

**Інститут правотворчості та науково-правових експертиз
Національної академії наук України**

**Відділення цивільно-правових наук
Національної академії правових наук України**

ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО УКРАЇНИ: ПОГЛЯД У МАЙБУТНЄ

**Збірник наукових праць до 70-річчя з дня народження
Наталії Семенівни Кузнецової**

**За загальною редакцією:
Руслана Олексійовича Стефанчука,
Олексія Олександровича Кота**



УДК 347(477)(062.552)
Ц58

*Рекомендовано до друку на засіданні Вченої ради
Інституту правотворчості та науково-правових експертиз
Національної академії наук України
(протокол № 2 від 29 лютого 2024 р.)*

Цивільне право України: погляд у майбутнє : збірник наукових
Ц58 праць до 70-річчя з дня народження Наталії Семенівни Кузнецової /
за заг. ред. Р. О. Стефанчука, О. О. Кота. — Одеса : Видавництво
«Юридика», 2024. — 622 с.

ISBN 978-617-8182-07-6

Збірник наукових праць відомих в Україні вчених-цивілістів присвячено ювілею корифея вітчизняної цивілістичної науки, доктора юридичних наук, професора, дійсного члена (академіка) Національної академії правових наук України, заслуженого діяча науки і техніки України Наталії Семенівни Кузнецової. У виданні проаналізовано шляхи оновлення цивільного законодавства України, дослідження новітніх змін у механізмі правового регулювання приватноправових відносин.

Книга адресована науковим та науково-педагогічним працівникам, докторантам, аспірантам, суддям, адвокатам, нотаріусам та всім, хто цікавиться питаннями оновлення правового регулювання приватноправових відносин в Україні.

УДК 347(477)(062.552)

ISBN 978-617-8182-07-6

© Колектив авторів, 2024
© Інститут правотворчості та науково-правових експертиз
НАН України, 2024





Президент України

Академіку Національної академії
правових наук України

Н.С.КУЗНЕЦОВІЙ

Шановна Наталіє Семенівно!

Прийміть щиросердні вітання з нагоди Вашого ювілею.

У Вашій особі українська спільнота віншує видатного вченого в галузі цивілістики, талановитого організатора юридичної освіти й науки, мудрого керівника і громадського діяча, дійсного члена (академіка) Національної академії правових наук України.

Своє життя Ви присвятили відданому служінню юриспруденції, досягнувши найвищих освітянських та академічних вершин.

Ви належите до плеяди визнаних не лише в Україні, а й поза її межами вчених, які по-справжньому вболівають за авторитет наукової думки і впевнено відстоюють свої погляди. Створена Вами наукова школа є флагманом вітчизняної цивілістичної науки.

Щиро дякую за професіоналізм, за утвердження принципу верховенства права, за наполегливу працю.

Зичу Вам, шановна Наталіє Семенівно, оптимізму й віри, міцного здоров'я і невичерпної енергії, щастя та родинного благополуччя, переможного миру і нових здобутків в ім'я української науки й України.

Многії літа!

З повагою

Володимир ЗЕЛЕНСЬКИЙ

*Академіку Національної академії
правових наук України,
заступнику голови Науково-консультативної
ради при Голові Верховної Ради України
Н.С. КУЗНЕЦОВІЙ*

Вельмишановна Наталіє Семенівно!

Прийміть теплі найщиріші вітання з нагоди Вашого славного ювілею.

Знаю, поважаю і ціную Вас як провідного в Україні та поза її межами видатного вченого в галузі приватного права, талановитого організатора юридичної освіти і науки, досвідченого керівника і громадського діяча, дійсного члена (академіка) Національної академії правових наук України.

Притаманні Вам енциклопедична освіченість, широкий спектр наукових інтересів, креативність та глибина аналітичної думки, шляхетність помислів і при цьому толерантність, скромність та доступність вирізняють Вас серед плеяди українських науковців. Швидкоплинний час збагатив Вас життєвою мудрістю, багатограним талантом, вірними друзями та однодумцями, значними науковими здобутками, повагою людей за добрі справи, а створена Вами наукова школа стала флагманом вітчизняної цивілістичної науки.

Різноманітною і плідною є Ваша державотворча діяльність як голови та члена робочих груп, науково-консультативних рад, автора низки законопроектів та пропозицій до проектів законів України, а також наукового координатора робочої групи з підготовки законопроекту щодо рекодифікації (оновлення) цивільного законодавства України.

Щиро дякую Вам за багаторічну наполегливу працю та професіоналізм задля розбудови незалежної демократичної правової держави, утвердження принципу верховенства права, самовіддане служіння юридичній освіті, науці та народу України.

Зичу Вам, вельмишановна Наталіє Семенівно, міцного здоров'я і довголіття, щастя і родинного затишку, оптимізму і віри, невичерпної енергії, творчого натхнення та подальших творчих здобутків в ім'я розвитку української цивілістичної науки і найскорішої нашої Перемоги! Многії і благії літа!

З глибокою повагою



Руслан СТЕФАНЧУК



НАЦІОНАЛЬНА АКАДЕМІЯ НАУК УКРАЇНИ

Володимирська, 54, Київ-30, 01601, МСП.
E-mail: prez@nas.gov.ua. Факс: (044) 234-32-43
Телефон: канцелярія 234-51-67, 239-65-94; для довідок 239-66-66, 239-64-44
Для телеграм: Київ, Наука. ЕДРПОУ 00019270

Академіку Національної академії
правових наук України
Почесному доктору
Національної академії наук України
Наталії КУЗНЕЦОВІЙ

Вельмишановна Наталіє Семенівно!

Від імені Національної академії наук України і від себе особисто щиро вітаю Вас з нагоди Вашого славного Ювілею.

Наукова спільнота України знає, глибоко поважає й цінує Вас як видатного науковця в галузі приватного права, талановитого організатора юридичної освіти та науки.

Притаманні Вам життєва мудрість, глибоке розуміння наукової сфери, вміння знайти відповіді на актуальні виклики сьогодення, виваженість і справедливість у спілкуванні з опонентами й колегами, мудрі поради та взаємна підтримка викликають щире захоплення й пошану.

Як віцепрезидент Національної академії правових наук України упродовж п'яти років та керівник Київського регіонального центру НАПрН України Ви всіляко сприяли подальшому розвитку правової науки, формуванню напрямів цивілістичних досліджень, співпраці галузевих академії наук, становленню Інституту правотворчості та науково-правових експертиз НАН України.

Багатогранною й плідною є Ваша наукова та громадська діяльність як голови та члена цілого ряду робочих груп і науково-консультативних рад, автора понад 200 наукових праць, низки законопроектів та пропозицій до проектів законів України. Створена Вами власна наукова школа є взірцем вітчизняної цивілістики.

Сердечно дякую Вам за багаторічну наполегливу працю, спрямовану на утвердження принципу верховенства права в нашій державі, самовіддане служіння юридичній освіті та нації.

Щиро зичу Вам, вельмишановна Наталіє Семенівно, добра, щастя, родинного затишку, міцного здоров'я та довголіття, творчого натхнення й оптимізму, подальших творчих здобутків в ім'я розвитку правової науки й найскорішої Перемоги України!

Многії і благая літа!

З глибокою повагою

Президент

Анатолій ЗАГОРОДНІЙ



Академіку Національної академії
правових наук України

Н.С.КУЗНЕЦОВІЙ

Шановна Наталіє Семенівно!
Щиро вітаю Вас з ювілеєм!

Ваш внесок у розвиток правової науки й виховання багатьох поколінь фахових юристів є неоціненний для сьогодення та майбутнього України.

Ваші наукові здобутки, участь у створенні й систематизації низки нормативно-правових актів, без перебільшення, сформували сучасне правове середовище.

Ви легендарний вчений і викладач, а для мене особисто – гідний наставник, який мотивує досягати цілей в обраній справі.

Ви завжди наголошували, що порядність, професіоналізм та патріотизм – це три слова-цінності, які роблять людину і людиною, і науковцем. Ви завжди дотримувалися цих принципів і залишаєтеся взірцем! Пишаюсь особистим знайомством та роботою під Вашим мудрим наставництвом!

Шановна Наталіє Семенівно, щиро бажаю Вам міцного здоров'я та невичерпної енергії для подальших наукових досліджень на благо України!



**Академіку Національної академії правових
наук України**

Наталії КУЗНЕЦОВІЙ

Вельмишановна Наталіє Семенівно!

Від імені академічної спільноти Київського національного університету імені Тараса Шевченка та особисто від мене прийміть щирі привітання з нагоди Вашого Ювілею!

Колектив Університету знає і цінує Вас як видатну вчену в галузі приватного права, відому в Україні та світі, і талановитого організатора науки. Енциклопедична освіченість, широкий спектр наукових зацікавлень, креативність та глибина аналітичної думки, шляхетність помислів, толерантність та високі особисті й професійні якості вирізняють Вас, Наталіє Семенівно, серед плеяди відомих науковців. Академічна спільнота пишається, що становлення Вас як правника, науковця і викладача відбулося саме в стінах нашого Університету. Все своє життя Ви присвятили цивілістичній науці, свідчення чого є ефективне й плідне функціонування власної наукової школи.

Багато хто знає Вас як члена робочої групи з розробки проєкту Цивільного кодексу України, Законів України: «Про господарські товариства», «Про цінні папери та фондову біржу», «Про заставу», «Про банкрутство», «Про приватизацію майна державних підприємств», «Про приватизаційні папери», «Про антимонопольний комітет», «Про судоустрій та статус суддів», «Про державну допомогу суб'єктам господарювання», «Про акціонерні товариства», «Про цінні папери та фондовий ринок», «Про забезпечення права на справедливий суд», «Про внесення змін до Конституції України щодо удосконалення судової системи та засад здійснення правосуддя в Україні».

Як керівник Київського регіонального центру НАПрН України, Ви забезпечили становлення нової наукової установи – Інституту правотворчості та науково-правових експертиз Національної академії наук України. Ваше глибоке розуміння магістральних процесів, що відбуваються в науковій сфері, Ваша мудрість і виваженість у рішеннях, справедливість, вміння ефективно комунікувати з колегами, добрі поради, взаємна підтримка і розуміння – все це викликає почуття щирого захоплення і шани. Ми горді працювати пліч-о-пліч з Вами та розв'язувати найскладніші завдання, відповідаючи на виклики часу.

Зичимо Вам міцного здоров'я і творчого натхнення, нехай і надалі множаться здобутки у царині науки, реалізовується Ваш потенціал як науковця у цей складний для української науки час, нових звершень на благо науки.

**З незмінно глибокою повагою –
Ректор**

Володимир БУГРОВ

СЛОВО ПРО НАТАЛІЮ СЕМЕНІВНУ КУЗНЕЦОВУ —

*доктора юридичних наук, професора,
дійсного члена (академіка)
Національної академії правових наук України,
заслуженого діяча науки і техніки України,
заслуженого професора
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка*

У кожної людини є своя життєва вісь. У Наталії Семенівни Кузнецової її можна було б визначити так: з новими ідеями, драйвом та незламністю по життю! Мабуть, першим із колег-цивілістів, хто розгледів суперпотужний професійний та організаційно-громадський потенціал ювілярки, був професор О. А. Пушкін. Колись давно, вже перед своїм уходом, він висловив впевненість у провідній ролі в науці незалежної України саме київської цивілістичної школи. І, не приховуючи, він пов'язував це з Наталією Кузнецовою, яка на той час, можливо, навіть ще не забрала з канцелярії свої дипломи докторки та професорки — не було часу. У «буремні 1990-ті» їй не вистачало й білого дня для всіляких викладацьких, кафедральних, наукових, законодавчих, адвокатських, сімейних, побутових та інших невідкладних справ. Через роки виявилось, що пророцтво професора О. А. Пушкіна було не точним лише в одному: лідерство Наталії Семенівни справдилося не тільки в київській чи вітчизняній цивілістиці, а й в усій правничій «надбудові» держави та навіть у суміжних сферах.

Авангардні та пасіонарні риси характеру Наталії Семенівни визнають і поважають нині всі колеги, які крокують поруч давно чи недавно, постійно чи тимчасово. Держава теж не залишилась осторонь, про що свідчить значна кількість

нагород та різних відзнак. Усі, хто спілкувався з Наталією Семенівною, підтвердять, що, маючи такий багаж здобутків, визнань і перемог, вона залишається скромною людиною, від якої ніколи не почувеш і не відчуєш зверхності чи самовдоволеності. У її власній самооцінці завжди переважають вимогливість до себе та працелюбність. Звідси і певна іронія та ніяковість через занадто гучні дифірамби на свою адресу, намагання відвернути увагу на цікаві спогади чи успіхи інших¹.

Однак, не звертаючи уваги на іронію Наталії Семенівни і на те, що в неї усього багато: публікацій, захищених кандидатів / докторів, звань, посад, нагород тощо, потрібно, на нашу думку, окремо зазначити, що Наталія Семенівна до того ж є заслуженою професоркою Київського національного університету імені Тараса Шевченка, почесним доктором Національної академії наук України, лауреатом Державної премії в галузі науки і техніки.

За плечима Наталії Семенівни дійсно багато важливих і корисних справ. І варто назвати деякі з них, які на багато років закарбуються в історії університету, юриспруденції та країни.

Шевченків університет дав Наталії Семенівні путівку в життя, а вдячна його студентка-вихованка ось уже 40 років примножує його авторитет і славу своїми лекціями, науковою роботою, розбудовою кафедри цивільного права та юридичного факультету (інституту), підготовкою наукових кадрів, міжнародними зв'язками тощо. Її виступи на різноманітних наукових форумах — це завжди непересічна подія. У її слові вражають глибина знань, оригінальність думки, харизма, твердість характеру та толерантність до думки колег. Недарма знані вчені з багатьох країн світу із радістю відгукнулися на запрошення долучитися до підготовки цього ювілейного видання. Не залишає нікого байдужим такий штрих:

¹ Актуальні проблеми приватного права : збірник статей до ювілею доктора юридичних наук, професора Наталії Семенівни Кузнецової / відп. ред. Р. А. Майданик та О. В. Кохановська. Київ : ПрАТ «Юридична практика», 2014. С. 15.

завантажена-перевантажена всілякими справами і посадами, Наталія Семенівна поспішає до аудиторії, в якій лише кілька студентів-магістрів якоїсь спеціалізації чекають на неї — свою Вчительку. Коли пафосно говорять про служіння науці, університету і т.ін., в уяві постає Наталія Семенівна в русі до аудиторії, студентства, незважаючи на невідкладні державні справи, самопочуття чи погоду. В основі цього — майже сакральне ставлення до *alma-mater*.

Цивілістика — ще одна любов Наталії Семенівни. Наука цивільного права в усі періоди її життя була у думці та центрі свідомості, чим би вона в той час не займалася. Це давало сили плідно працювати й отримувати вагомні результати у багатьох ділянках цивілістики: наукові дослідження, публікації, наукове спілкування, дидактика, законопроекування, судова практика, підготовка вчених тощо. Деякі з цих ділянок будуть згадані нижче. Тут же хочеться сказати кілька слів про її наукові праці. Їх багато, і присвячені вони майже всім важливим теоретичним і практичним питанням та частинам цивільного права. Усі наукові розвідки професора спрямовані на модернізацію вітчизняного цивільного права з тим, щоб воно сприяло розбудові громадянського суспільства, основою якого, крім іншого, є: економічна свобода, поліформія власності, ринкова економіка, визнання природних прав людини, демократична влада тощо. Наукові праці, підручники, коментарі, публіцистика ювілярки давно стали інтелектуальною і духовною скарбницею для багатьох поколінь правознавців.

Університет та цивілістика — ось складники «замісу», що знаходиться в основі будь-яких інших граней діяльності Наталії Семенівни. Перш ніж коротко зазначити про інші її справи, хочеться сказати про ще одну любов ювілярки. Це любов до сина Олексія, яка сприяла його становленню як знаного вченого та людини з активною життєвою позицією.

Кодифікація цивільного права незалежної України на зламі століть і тисячоліть стала надбанням країни і вже давно

увійшла в історію її суспільно-політичного життя. Волею долі Наталія Семенівна була активним учасником багаторічного марафону зі створення проекту нового Цивільного кодексу України. У непрості часи перших років незалежності України професор Кузнецова зробила неоціненний внесок у велику державну справу. У складній економічній ситуації, коли багатьом людям потрібно було хоч якось виживати, члени робочої групи, працюючи над документом, роками приносили в жертву свій час, заробітки, спокій, певні обов'язки тощо. Місяці і роки напруженої «домашньої» та спільної праці професорів у Києві, Пущі-Водиці, багатьох закордонних містах увінчалися написанням тексту документа, який подано до Верховної Ради України наприкінці 1996 року. До прийняття кодексу залишалось ще п'ять років, і ці роки були не легше за попередні. Необхідно було захищати написане. І тут Наталія Семенівна перетворювалась на Жанну д'Арк цивілістики.

Національна академія правових наук України завдяки таланту та енергії ювілярки змінювалася як «фізично», так і змістовно. Тільки віце-президенту, академіку Наталії Семенівні було під силу «оживити» особняк Київського регіонального центру, який занепадав у центрі столиці, перетворюючись на пустку. А київське відділення академії на багато років стало справжнім натхненником і керманичем правничих студій у регіоні, забезпечуючи зв'язок академічної науки з університетською, а останніх — з практикою. Ідеї, ініціатива, наполегливість, енергія, знання та досвід Наталії Семенівни матеріалізувалися в новий та перспективний дослідний Інститут правотворчості та науково-правових експертиз. А багаторічна праця як академіка-секретаря відділення цивільно-правових наук зміцнила приватноправовий сектор вітчизняної правничої науки.

Рекодифікація цивільного законодавства — нова «епопея» у професійному житті Наталії Семенівни. Праця в цьому напрямі звичайно розпочиналася з невідкладних

організаційних питань — створення відповідних урядових і парламентських робочих груп, у яких проф. Н. С. Кузнєцова була науковим координатором. Результатом трирічної (2019–2021) праці вчених стало написання й широке обговорення Концепції оновлення Цивільного кодексу України (далі — Концепція). Подальша праця на короткий час була перервана війною. Одразу ж після деокупації Київщини за активної участі та підтримки Наталії Семенівни робота в цьому напрямі продовжилась. Цікавими стали круглі столи, організовані відділенням цивільно-правових наук Національної академії правових наук України, Київським регіональним центром Національної академії правових наук України (тепер — Інститут правотворчості та науково-правових експертиз Національної академії наук України) та Німецьким фондом міжнародного правового співробітництва (IRZ). Результати цих обговорень та пропозиції науковців усіх цивілістичних шкіл нашої країни дозволили підготувати на основі Концепції текст нормативних змін до Книги першої Цивільного кодексу України. На порядку денному вченої — подальша робота та завершення разом із колегами оновленої редакції всього кодексу.

Юридичні енциклопедії — ще один важливий і показовий штрих у професійній біографії ювілярки. Згадаємо лише про одну книгу з масштабного проекту Національної академії правових наук України «Велика українська юридична енциклопедія». У 2023 році за редакцією Н. С. Кузнєцової виходить друком 9-й том цього проекту — «Цивільне право». Варто зазначити, що підготовка цього Зводу знань про цивільне право завершувалась у часи війни з російською федерацією, воєнного стану, коли змінилися пріоритети і самої держави, і кожного її громадянина. Однак у Наталії Семенівни не буває незавершених справ... Додатковими матеріалами енциклопедії можна сміливо вважати два видання (2021 р. та 2022 р.) монографічного дослідження «Рекодифікація цивільного законодавства

України: виклики часу», що побачили світ завдяки старанням професора Кузнецової.

Попереду нові виклики, нові ідеї, нові завдання. Наукова спільнота вітає вельмишановну Наталію Семенівну зі святом і впевнена, що її високий професоналізм, лідерський талант, самовіддана праця й надалі слугуватиме розвитку цивілістики, університету та розбудові України.

Анатолій ДОВГЕРТ,
професор кафедри міжнародного приватного права
Інституту міжнародних відносин
Київського національного університету
імені Тараса Шевченка,
професор, доктор юридичних наук,
член-кореспондент НАПрН України,
заслужений юрист України

Андрій ГРИНЯК,
заступник директора Інституту правотворчості
та науково-правових експертиз
Національної академії наук України,
професор, доктор юридичних наук,
член-кореспондент НАПрН України,
заслужений юрист України

МІЙ ШЛЯХ ДО ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА

Кузнецова Наталія Семенівна

професор, доктор юридичних наук,

дійсний член (академік)

Національної академії правових наук України,

заслужений діяч науки і техніки України,

професор кафедри цивільного права

Навчально-наукового інституту права

Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Вибір майбутньої професії — це одна із найважливіших подій у житті кожної людини.

Коли я для себе вирішила стати юристом? Сталося це, коли вчилася у дев'ятому класі середньої школи. Моє рішення дещо здивувало моїх шкільних наставників, які бачили мене чи то хіміком, чи то філологом, чи то економістом.

Але в сім'ї мій вибір сприймався абсолютно природно: батько, який своє життя присвятив юриспруденції, цілком підтримував моє рішення. Неабияке значення мало і моє загострене відчуття справедливості. Однак шлях до омріяної професії виявився непростим, а подекуди і драматичним...

Закінчивши середню школу із золотою медаллю (а я була однією із двох «медалістів» на одинадцять випускних класів!), я провалила вступний іспит з історії і залишилася «за бортом» юридичного факультету КДУ ім. Т. Г. Шевченка. Сказати, що я була шокована і пригнічена — це не сказати нічого... Мені довелося пройти через особистий біль, сором, бажання сховатися від усього.

Тільки з роками я зрозуміла, що доля посилала мені це перше випробування для того, щоб навіки «прибрати» відчуття «зірковості», гордині, яке згубило не одну талановиту людину.

Готуючись до наступної вступної кампанії, я вивчала історію так, що і дотепер пам'ятаю окремі важливі дати і події (щоправда, багато чого змінилося в їх інтерпретації). Паралельно, працюючи секретаркою в Міністерстві промислового будівництва, я докладно оволодівала секретами діловодства. У подальшому це стало у великій пригоді. Уміння організувати роботу з документами, дисципліна в дотриманні термінів — дуже важлива атрибутика кожного юриста.

І ось нарешті я студентка юридичного факультету Тарасового університету: щоправда спочатку вечірнього відділення, де я навчалася перші три роки — не вистачало стажу, потім — стаціонару, хоча в процесі переходу я «втратила» один рік і була студенткою замість п'яти років цілих шість.

Уперше я дізналася про цивільне право як право студенткою 2 курсу юридичного факультету університету ім. Т. Г. Шевченка на лекціях доцента Тетяни Петрівни Коваленко. Про неї на факультеті були складені легенди: надзвичайно сувора, вимоглива, безкомпромісна викладачка, яку студенти боялися і не радили з нею жартувати...

Забігаючи наперед, хочу сказати, що ці чутки були занадто перебільшені: Тетяна Петрівна була наділена неабияким почуттям гумору, любила розповідати анекдоти, була надзвичайно чуйною, ніжно любила своїх дочок, а згодом — онучок і була безмежно віддана цивільному праву. Саме ця відданість, можливо, і була причиною її вимогливого ставлення до студентів.

Цивільне право мене захопило вже з перших лекцій. Мабуть, тому я записалася в студентський гурток, який вела Тетяна Петрівна.

Зауважу, що я починала своє навчання на вечірньому відділенні юридичного факультету, але батьки забезпечили мені можливість основну частину свого часу присвятити саме навчанню: працювала я неповний день, а точніше — декілька разів на тиждень. Тож багато часу проводила в бібліотеці

ім. КПРС (згодом Парламентська бібліотека, тепер — Національна бібліотека ім. Ярослава Мудрого).

Наш гурток з цивільного права був цікавим зібранням студентів різних курсів і стаціонару, і вечірнього відділення. Тетяна Петрівна була його керівником, але якщо доповідачі (студенти) працювали з іншими викладачами кафедри, вони також були присутніми на доповіді. Саме на засіданні гуртка я вперше побачила Діну Василівну Боброву, Олександра Васильовича Дзеру, Віталія Антоновича Золотаря.

За порадою батька, який займався практичною юриспруденцією, я обрала собі тему «Відповідальність сторін за договором підряду на капітальне будівництво». Проблема надзвичайно складна, мало розроблена, але батько обіцяв мені свою допомогу: він читав відповідний курс лекцій для юрисконсультів, які підвищували кваліфікацію в системі Міністерства юстиції. Батько був у мене як «енциклопедія» у будівельному підряді. Надзвичайно складні взаємини сторін у нього не викликали жодних ускладнень. На жаль, у нього не завжди вистачало часу для детальних роз'яснень, але те, що для мене було незрозумілим, він досить чітко пояснював.

Засідання гуртка проходили цікаво і жваво. Необхідно наголосити, що науковий керівник доповідача обов'язково попередньо знайомився з доповіддю і давав свої настанови і поради. Нашим вчителям ми маємо бути безмежно вдячними за те, що вони на нас не шкодували своїх знань, досвіду і часу.

На засіданні, як правило, було не менше 10 студентів, а ще декілька викладачів. Збиралися по середах увечері (у цей день у вечірників не було лекцій). Після доповіді охочі (і студенти, і викладачі) ставили запитання, потім було обговорення, викладачі також брали в ньому участь, визначаючи сильні і слабкі сторони доповіді. Підсумок підбивала Тетяна Петрівна.

Кращі доповіді рекомендували на студентську конференцію. До слова, на секцію по цивільному праву виносилися тільки ті доповіді, які пройшли апробацію на засіданні гуртка.

З Тетяною Петрівною у мене склалися особливі відносини. Хоча вона була надзвичайно вимогливою, особливо до тих, кого любила, але завжди справедливою. Я підтримувала з нею стосунки впродовж всього її довгого життя, аж до останніх днів.

Зауважу, що в усіх викладачів кафедри цивільного права був свій особистий авторський стиль читання лекцій. Лекції Т. П. Коваленко були змістовними і давали чітке уявлення про той інститут цивільного права, який розглядався.

Мені поталанило із вчителями — вони зуміли передати мені свою любов до цивільного права. І коли я мала зробити вибір, де писати дипломну роботу — на кафедрі цивільного права і процесу чи на кафедрі господарського права (тема дипломного дослідження мала тісний зв'язок з цими двома кафедрами), я не вагалася: безперечно, тільки цивільне право. Це моє рішення, щоправда, «відтермінувало» початок моєї науково-педагогічної діяльності на довгих п'ять років, а свою кандидатську дисертацію я захистила тільки в 1985 році.

Однак і тоді, і зараз у мене не виникало жодних сумнівів щодо правильності мого вибору. Уже після складання кандидатських іспитів я познайомилася з людиною, яка відіграла в моєму житті особливу роль: у 1983 році повернувся на юридичний факультет після закордонного відрядження професор Юрій Геннадійович Матвеев, який очолив кафедру цивільного права і процесу, а згодом став деканом юридичного факультету.

Надзвичайно талановита людина, правознавець європейського гатунку, цивіліст на «генному рівні», він був для нас, молодих викладачів, взірцем сучасного науковця — юрист із широким правничим світоглядом, позбавлений будь-яких проявів «пихи», хоча захист обох його дисертацій відбувався в Москві, він вільно володів двома іноземними мовами, працював в ЮНЕСКО в Парижі, а ще був сином легендарного професора Г. К. Матвеева. Усе це могло б створити навколо

нього «ореол» невідступності, але нам він став старшим товаришем, який завжди міг дати корисну пораду, вислухати, підтримати у важку хвилину.

Саме завдячуючи Юрію Геннадійовичу, я стала викладачем кафедри цивільного права і процесу.

Перед самим захистом кандидатської дисертації мені пощастило особисто познайомитися також і з Геннадієм Костянтиновичем Матвєєвим, батьком Юрія Геннадійовича. Я пам'ятаю той травневий день 1985 року, коли я сиділа на краєчку шкіряного крісла в його кабінеті і, затамувавши подих, слухала його критичні зауваження щодо моєї позиції з приводу вини юридичної особи.

У подальшому я часто навідувалася до Г. К. Матвєєва в будинок на вул. Пушкінській, де часто бували викладачі юридичного факультету.

Геннадій Костянтинович давав мені надзвичайно цінні поради, коли я навчалася в докторантурі, уважно слухав мої розповіді про справи на кафедрі, на факультеті.

Він дав мені можливість вибрати з його бібліотеки книжки за тематикою моєї докторської дисертації (вони і зараз для мене є надзвичайно цінним подарунком!).

Розмови з Геннадієм Костянтиновичем були завжди дуже цікавими: він товаришував практично з усіма відомими цивілістами СРСР, був неодноразово експертом ВАКу СРСР по складних дисертаціях, тож його розповіді про цивілістів, про проблеми цивільного права, про розвиток цивілістичної науки для мене були тим «гумусом», який підживлював мене у моїх власних наукових пошуках. Характер у Геннадія Костянтиновича був складний, він не цурався різких оцінок і висновків, досить часто критикував нас за «нерішучість» у боротьбі з «господарниками», бо ж сам був їх непримиримим опонентом.

А ще в Геннадія Костянтиновича можна було повчитися мужності: він, незважаючи на слабкий зір, багато читав, а, коли стомлювався, просив уголос почитати йому цікаві статті.

Він стійко переніс страшну трагедію — передчасну смерть сина Юрія Геннадійовича. Ніколи не дозволяв собі показати назовні глибини свого горя.

Інколи розповідав про своїх учнів — Тетяну Петрівну Коваленко, Діну Василівну Боброву, Опанаса Андроновича Підпригору, Володимира Васильовича Луця, Ярославну Миколаївну Шевченко.

То була «Школа професора Геннадія Костянтиновича Матвеева». Ці українські цивілісти завжди із вдячністю згадували його, неодноразово чула їх спогади про спілкування зі своїм вчителем.

Уже коли у 1993 році я очолила кафедру цивільного і трудового права, Геннадій Костянтинович не проминав жодної можливості поцікавитися станом справ на кафедрі, кадровим складом, проблематикою наукових досліджень.

У цих розмовах я завжди відчувала себе навіть не студенткою, а, скоріше, школяркою. Завжди намагалася прислухатися до його порад, мудрих настанов, і якщо моя робота як завідувачки і була успішною, то багато в чому завдячуючи саме спілкуванню з Геннадієм Костянтиновичем.

Уже багато років поспіль восени кафедра цивільного права проводить Матвеевські цивілістичні читання, віддаючи данину світлій пам'яті наших вчителів, видатних українських цивілістів — професорів Геннадія Костянтиновича і Юрія Геннадійовича Матвеевих.

До речі, наприкінці 1980-х років саме Юрій Геннадійович Матвеев спорокував настання зіркового часу для приватного права.

Я тоді (1989—1992) навчалася в докторантурі, і мене несподівано запросили в Комісію Верховної Ради України з питань економічної реформи, яку очолював Володимир Мефодійович Пилипчук. У той час фахівці працювали над проектом Закону «Про обмеження монополізму і недопущення недобросовісної конкуренції». Серед розробників були переважно економісти,

і мені запропонували взяти участь у формуванні норм юридичної відповідальності за порушення цього закону.

Зауважу, що ця Постійна комісія опікувалася підготовкою практично всіх ринкових законів, тож я «осіла» в ній надовго, оскільки щодня виникали юридичні питання, а кадровий склад консультантів секретаріату комісії формувався здебільшого з економістів.

Працювати було надзвичайно цікаво: у роботі були законопроекти про господарські товариства, про банки і банківську діяльність, про страхування, про банкрутство, про цінні папери і фондову біржу та багато інших.

Це було просто фантастично: сьогодні ти працюєш над якоюсь проблемою, пропонуєш варіанти, а завтра парламент розглядає це питання вже в залі. Відчуття особистої причетності до законотворення настільки захоплювало, що на певний час докторська дисертація відійшла «на другий план».

Особливим був період роботи над пакетом приватизаційних законів. Паралельно працювали дві робочі групи — у Верховній Раді (М. В. Онищук, В. Г. Чепинога і я) і в Кабінеті Міністрів (В. Т. Лановий, Л. Т. Верховодова, А. В. Федоренко).

Зрештою в зал винесли законопроект, підготовлений нашою групою, який і був прийнятий з певними змінами і доповненнями на початку березня 1993 року.

Можна без перебільшень стверджувати, що, працюючи декілька років на абсолютно волонтерських засадах позаштатним консультантом Постійної комісії ВРУ з питань економічної реформи, я одержала неоціненний досвід нормопроектувальної роботи і неабиякі знання в галузі новоствореного ринкового законодавства України.

У професійному житті кожної людини відбуваються події доленосного характеру. Для мене такою стала участь у розробленні проекту Цивільного кодексу України. Хронологічно цей період тривав більше 10 років — з листопада 1992 року по січень 2003 року. Ментально в цей час я відчула себе

справжнім цивілістом. Хоча на момент затвердження в складі Робочої групи з підготовки проєкта ЦК України я вже дев'ять років працювала викладачем на кафедрі цивільного права, але це відчуття прийшло саме в ході роботи над проєктом ЦК, коли пощастило співпрацювати з «гуру» української цивілістики — Олександром Анатолійовичем Пушкіним, Володимиром Васильовичем Луцем, Ярославною Миколаївною Шевченко, Опанасом Андроновичем Підпригорою, Діною Василівною Бобровою. Одночасно члени робочої групи отримали можливість спілкуватися з іноземними колегами, оскільки консультативну допомогу нам надавали два міжнародні фонди юридичної співпраці — німецький і голландський.

Без перебільшень можна сказати, що для всіх нас це був час пізнання справжнього цивільного права як права приватного.

Не один рік викладаючи цивільне право в українських університетах, ми «на клітинному рівні» відчували всі утиски приватного права, які постійно супроводжували процес регулювання відповідних відносин.

Достатньо згадати окремі статті Цивільного кодексу УРСР, зокрема **ст. 101 ЦК УРСР**, яка регламентувала право особистої власності на житловий будинок і передбачала, що в подружжя, яке спільно проживає, та їх неповнолітніх дітей може бути лише один житловий будинок (або його частина) у їхній особистій власності.

Стаття 102 ЦК УРСР обмежувала розмір житлового будинку, який може мати в особистій власності громадянин, він не мав перевищувати 60 кв. м, а для громадян, що мали велику сім'ю, виконком за їх клопотанням міг видати дозвіл на будівництво будинку більшого розміру.

Стаття 103 ЦК УРСР передбачала, що якщо в подружжя або їхніх неповнолітніх дітей за підставами, передбаченими законом, виявлялося більше одного будинку, власник був зобов'язаний впродовж одного року за своїм вибором залишити у власності один будинок. Якщо власник не скористався

цим правом, то за рішенням виконкому цей будинок підлягав примусовому продажу.

Також можна згадати й сумнозвісну **ст. 106 ЦК УРСР**, яка передбачала вилучення будинку, дачі або іншого майна, яке використовувалося для одержання нетрудових доходів. З цього приводу була прийнята відповідна постанова Пленуму Верховного Суду СРСР, яка «дохідливо» роз'яснювала практику застосування цієї норми.

«Вершиною» глуму над здоровим глуздом можна вважати **ст. 108 ЦК УРСР**, яка визначила граничну кількість худоби, яку міг утримувати у власності громадянин. Ця кількість встановлювалася Указом Президії Верховної Ради УРСР від 4 листопада 1964 р.: на сім'ю — не більше однієї корови, однієї голови молодняка, однієї свиноматки з приплодом або двох свиней для відгодівлі, до п'яти голів кіз або овець разом тощо. Чи то сміятися, чи плакати над проблемами законодавця, який «вираховував» оптимальну кількість, дбаючи про те, щоб у громадянина аж ніяк не виникало жодної думки «розбагатіти», реалізуючи результати своєї праці на селянській ниві.

Радянський закон дуже суворо стояв на сторожі охорони особистої власності як джерела задоволення розумних потреб громадянина та членів його сім'ї. Причому саме закон встановлював рівень цих потреб практично в усіх сферах приватного життя людини.

Отже, у Робочій групі з'явилася реальна можливість «прибрати» з кодексу всі адміністративні нашарування, які в період панування адміністративно-командної економіки до невпізнання змінювали обличчя Цивільного кодексу.

Чи потрібно говорити, наскільки ця робота захопила нас?! Усі наші заходи проходили у жвавих обговореннях, палких дискусіях, які тривали інколи до пізнього вечора. Надзвичайно цікавими і корисними були наші зустрічі з німецькими і голландськими фахівцями, що відбувалися і в Україні, і в Німеччині, і в Нідерландах. Особливо близьким для мене

став Лейден, де, по суті, формувалося обличчя пострадянського цивільного права.

Тоді ми були справжніми романтиками. Працюючи над Модельним цивільним кодексом для країн СНД, мріяли створити «єдиний цивілістичний простір», по-справжньому цивілізований, демократичний, такий, щоб повною мірою відповідав інтересам громадянського суспільства.

Разом з нами над цим проектом працювали цивілісти Росії, Білорусі, Грузії, Казахстану, Молдови, Узбекистану. Тоді ще жила в наших серцях ілюзія єдності, спільних цивілістичних традицій. Ба більше, у цій групі ми з професором Довгертом не відчували себе «науковцями з провінції», активно обстоювали свою позицію, достатньо згадати наші «баталії» з приводу долі міжнародного приватного права.

Принагідно необхідно зазначити, що і за структурою, і за змістом окремих статей проект Цивільного кодексу України істотно відрізнявся як від Модельного цивільного кодексу країн СНД, так і від ЦК РФ, хоча окремі «колеги» постійно намагалися принизити нас закидами про те, що проект ЦК України був нібито «списаний» з Цивільного кодексу Російської Федерації. Хоча не можу заперечувати того, що в ті часи рівень нашої наукової співпраці був надзвичайно високим.

Водночас згодом надії російських цивілістів на проведення повноцінної модернізації ЦК РФ були вщент зруйновані: після обрання нового / старого президента РФ інтерес до приватного права і до громадянського суспільства в їхній державі був зведений нанівець, замість громадянського суспільства з'явилася нова політико-правова категорія — «глибинний народ». І знову, як і в 1920 році, виявилися пророчими слова Михайла Агаркова:

«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 треба подолати».¹

Спочатку навесні 2014 року, а остаточно 24 лютого 2022 р. настало повне «прозріння» в тому, що шляхи наші розійшлися, мабуть, назавжди... Навряд чи ми зможемо колись забути Бучу, Ірпінь, Маріуполь, Ізюм, Бахмут і ще тисячі зруйнованих і понівечених українських міст і сіл, мільйони українських громадян, змушених залишити свої домівки і поневірятися світом з надією зберегти життя своїм дітям...

А чи можна змиритися із загибеллю рідних і близьких, знайомих, студентів, а особливо невинних діточок, да і просто незнайомих людей?!

При цьому російська інтелігенція, у тому числі й колишні наші колеги, дуже органічно «влилися» в цей «глибинний російський народ», який тотально підтримує агресію проти України і політику геноциду всього українського тільки за те, що ми хочемо самі вирішувати свою долю, шанувати свою історію, мову, національні традиції, жити на своїй землі вільно, своїм розумом, поважаючи права і свободи кожної людини. І в цьому ми абсолютно різні, а тому в нас немає спільного майбутнього, і вочевидь — спільного цивільного права.

Сьогодні, як ніколи, ми впевнені в нашому європейському виборі.

Цивільний кодекс України, робота над проектом якого тривала більше десяти років, уже двадцять років поспіль є стрижневим актом українського цивільного законодавства. Незважаючи на те що в процесі його прийняття було багато втрат і розчарувань, ЦК України дійсно став кодексом громадянського суспільства.

Ще на ранніх етапах формування основних концептуальних положень ЦК України розробники саме так визначили його змістовну основу. Як кодекс приватного права він органічно

¹ Агарков М. М. Ценность частного права. Иркутск, 1920. 31 с.

поєднував основні засади, притаманні саме громадянському суспільству: егалітарність, примат приватної власності, всеохопний захист основних прав і свобод людини.

Цивільний кодекс України вперше нормативно закріпив основоположні принципи приватного права, зокрема свободу власності, підприємництва і договору; неприпустимість свавільного втручання у сферу особистого життя людини: засади добросовісності, розумності, справедливості, судовий захист будь-якого цивільного права. Як зазначав Сергій Головатий, екс-міністр юстиції України, голова робочої групи з підготовки проєкта ЦК України, саме ці принципи забезпечують функціонування й розвиток громадянського суспільства і роблять ЦК кодексом приватного життя.¹

Хоча робота над проєктом ЦК України всіляко підтримувалася нашими західними партнерами, а її завершення з нетерпінням очікували іноземні інвестори, прийняття кодексу у Верховній Раді відбувалося доволі драматично. Далеко не всі в Україні позитивно сприймали перебіг політичних подій і закладення засад ринкової економіки. Процес роздержавлення і приватизації рухався досить повільно і не завжди послідовно, «червоний директорат» аж ніяк не захоплювався перспективою втрати одноособової влади над державними підприємствами, представники комуністичної верхівки, які гаряче підтримували збереження монополії державної власності, залякували населення численними «страшилками».

«Прокинулися» і затяті опоненти цивілістів — представники науки господарського права зі своєю споконвічною ідеєю прийняти Господарський кодекс.

Необхідно враховувати, що в Україні «господарники» із своїм потужним академічним оплотом — Донецьким інститутом економіко-правових досліджень НАН України зуміли

¹ Див.: Українське право. 1996. Число 2 (спецвипуск). С. 4.

«приклеїтися» до ідеї розроблення Торговельного кодексу, підготовкою якого займалася парламентська Постійна комісія з питань торгівлі. І за дуже короткий строк з проектом Торговельного кодексу відбулися дивні метаморфози: він спочатку перетворився на Торговельно-комерційний, потім — Комерційно-торговельний, а далі — Комерційно-господарський і зрештою — на Господарський.

Чи варто говорити, що основна скрипка в цьому оркестрі належала саме донецьким господарникам — акад. В. К. Мамутову, проф. Г. Л. Знаменському, доц. В. Хахуліну?!

І, коли проєкт ЦК України вже йшов на перше читання, його наче в «чоботях-скороходах» наздоганяв проєкт ГК...

Не останню роль у цьому процесі відіграв і Комітет ВРУ з питань правової політики, прокомуністичне керівництво якого відверто й відкрито заявило, що обидва кодекси будуть розглядатися і прийматися одночасно.

Можна багато розповідати про «парламентські перипетії» обох кодексів, про зустрічі розробників із парламентськими комісіями і фракціями, на яких було все: і підтримка, і зацікавлена увага, подекуди — нерозуміння і відверта байдужість, а інколи — пряма агресія, що межувала з погрозами...

Ситуація була, як тепер прийнято говорити, неоднозначною. Наш проєкт, який ідеологічно готувався як єдиний системний нормативний акт, норми якого були органічно пов'язані між собою і своєю регламентацією, охоплювали весь спектр приватних відносин, при розгляді в парламенті (а була створена спеціальна комісія з числа депутатів для розгляду обох кодексів) був розділений по окремих книгах, які депутатами обговорювалися окремо.

Саме обговорення законопроектів у цій комісії й забезпечило «стикування» строків і практично паралельне обговорення текстів. Не обійшлося без змов та інтриг, які сприяли задоволенню особистих амбіцій і відверто зашкодили якості проєкту Цивільного кодексу, в який було вкладено стільки інтелекту,

сил та життєвої енергії розробників проекту, експертів та в цілому всіх, хто був зацікавлений у підготовці сучасного ЦК, який би відповідав усім прогресивним правничим стандартам.

Однак сили були нерівними, оскільки результат десятилітньої кропіткої та вдумливої праці розробників опинився в руках осіб, які були наділені законодавчою владою, але або не зовсім усвідомлювали рівень відповідальності, або поставили свої амбітні особисті бажання і плани вище цієї відповідальності. Мова про те, що в цій спеціальній комісії сформувалася така собі «компромісна» позиція: прийняти одночасно обидва кодекси, не особливо переймаючись тим, що вони різні за своєю ідеологією, але мають практично близький предмет правового регулювання. При цьому прибічники прийняття Господарського кодексу за підтримки їхньої позиції погодилися з вилученням із проекту ЦК двох книг — шостої «Сімейне право» і восьмої «Міжнародне приватне право», і чином результатом проект ЦК значно «схуд» і багато в чому втратив ознаку універсальності. Ось такою була ціна компромісу за підтримку прийняття Господарського кодексу України! Принагідно зазначу, що з 1 січня 2004 р. набрали чинності одночасно три кодекси: Цивільний, Господарський та Сімейний. Щодо положень книги восьмої проекту ЦК, то вони не ввійшли до остаточного тексту кодексу, водночас з набуттям чинності нового ЦК України втратив чинність у повному обсязі попередній кодекс, зокрема і його розділ VIII, який містив норми міжнародного приватного права. Отже, з «легкої руки» наших парламентарів Україна з 1 січня 2004 р. аж до прийняття 25 червня 2005 р. не мала законодавства, яким би регулювалися відносини, ускладнені іноземним елементом.

16 січня 2003 р. стало для українського законодавства важливим днем — була результативно завершена робота, що тривала більше десяти років. Проте і до сьогодні не забувся присмак гіркоти від того, що в процесі цього «парламентського марашону», який не завжди був послідовним і добросердечним,

проект ЦК певною мірою втратив рівень регулювання суспільних відносин у сфері приватного життя. Інколи навіть виникали сумніви, а чи буде кодекс у такому вигляді спроможним стати надійним регулятором приватних відносин.

Однак насправду наші побоювання не реалізувалися. Навіть підданий істотним резекціям, Цивільний кодекс України зберіг свої основні регуляторні механізми, і можна сміливо пишатися тим, що вже двадцять років він є основним регулятором приватних відносин у суспільстві.

Я часто повторюю своїм студентам, що цивільне право зустрічає новонароджену людину біля колиски, з її першим подихом і супроводжує її все життя, даючи можливість стати власником, розпоряджатися майном, обирати сферу діяльності, бути творцем, зрештою — проводить у кращі світи і ще деякий час опікується його майном... Ось таке воно цивільне право...

Але воно стоїть так близько до людини не тільки з цієї причини. За своїм змістом цивільне право є найбільш демократичним. Чому? Тому, що воно надає людині (особі) можливість діяти на свій розсуд — бути господарем своєї поведінки.

Для цивільного права приватність — це домінуюча ознака. Вона проявляється практично в усіх аспектах цивільного права:

- його суб'єкти — є юридично рівними, незалежними один від одного, у майновому плані автономними;
- юридична рівність і майнова та організаційна незалежність забезпечують особі можливість діяти на свій розсуд (тобто, бути господарем своєї поведінки);
- особи, діючи на свій розсуд, самі вирішують, з ким встановлювати свої відносини і на яких умовах;
- юридична рівність осіб обумовлює, що їхні відносини виникають за взаємною згодою (на основі угод, які мають виключне значення в цих відносинах);
- для забезпечення цієї приватності, змістом якої є права особи, встановлюються гарантії — у разі будь-яких порушень прав можливість звернутися за захистом до суду.

Приватність як основна характерна риса цивільного права обумовлює «мегапринцип» цивільного права — його диспозитивність.

Він є ключовим у формуванні поведінки особи — волю діяти на свій розсуд («як захочу!»), але... Все ж таки є «але».

Дійсно, цивільно-правова диспозитивність дає широкі можливості, але вони все ж таки певною мірою обмежені.

Чим? Законом, який захищає **публічний порядок**.

Що таке «публічний порядок» у розумінні цивільного права? Не варто забувати, що поряд з особою, яка в цивільних відносинах є «господарем своєї поведінки», знаходяться й інші особи, які також є «господарями своєї поведінки». Тож необхідно встановити за таких умов певні правила, які дозволяють кожній особі відчувати себе комфортно і захищено! Ці правила встановлюються законом і не можуть порушуватися учасниками цивільних відносин.

Ці правила спрямовані на забезпечення суспільного (загального) інтересу і прав та інтересів третіх осіб, тобто публічного порядку. Можна сказати, що це своєрідні «правила цивілістичного руху».

По-перше, вони унеможливають використання особою прав у спосіб, яким заподіюється шкода іншим особам.

По-друге, вони забезпечують охорону суспільного блага (навколишнє середовище, природні цінності, національне багатство тощо).

По-третє, ці обмеження є цілком об'єктивною потребою і за своїм характером є збалансованими. Знову згадуємо тезу: **усім** має бути комфортно.

Ці обмеження є обов'язковими і не можуть ігноруватися учасниками цивільних правовідносин, вони є певною запорукою гармонічного існування приватної сфери.

Ще одна важлива особливість приватного права: воно переважно налаштоване на нормальне життя, тобто воно регулює нормальні відносини у суспільстві: різноманітні договори,

які укладаються щоденно (купівля-продаж, підряд, перевезення, зберігання, доручення, комісія тощо), володіння, користування і розпорядження майном, реалізація творчих можливостей (написання літературних, музичних та інших творів, створення медійних продуктів, виконання творів, створення комп'ютерних програм та інших аналогічних продуктів). Тому для цивільного права домінантною є регулятивна функція.

Водночас не варто думати, що воно таке собі миле, беззахисне, «біле і пухнасте» — є в його арсеналі такі юридичні інструменти, які спрямовані на усунення наслідків правопорушень у сфері приватного життя.

Пам'ятаємо, що найважливішою цінністю в суспільстві (і це є конституційний постулат!) є людина в усьому різноманітті її суспільних зв'язків — її життя, здоров'я, інформаційна сфера, складові її приватного життя.

Цивільне право надійно стоїть на сторожі цих особистих немайнових благ. У разі заподіяння будь-якої шкоди особі, особистим цінностям, ця шкода має відшкодовуватися особою, яка її заподіяла, причому в повному обсязі, включаючи і моральну шкоду.

Для цього в цивільному праві існує механізм цивільно-правової відповідальності за вчинене правопорушення (делікт), яким особі заподіяна шкода.

Цивільно-правова відповідальність — це різновид юридичної відповідальності, її застосовують до порушника незалежно від його бажання, від його волі, тобто примусово в судовому порядку.

Однак, оскільки цивільне правопорушення вчиняється у сфері приватного життя, відповідальність за нього має певні особливості.

Основною метою цивільно-правової відповідальності є відновлення порушених прав шляхом справедливої компенсації, яку має отримати потерпіла особа від правопорушника. Ця компенсація охоплює всю матеріальну і моральну

шкоду, заподіяну особі правопорушенням у повному обсязі. Саме в цьому полягає справедливність цивільно-правової відповідальності.

Ще одна її особливість: вона спрямована не на особу порушника, а на його майно. Тому цивільно-правова відповідальність за своїм характером є майновою.

І насамкінець. Цивільне право своїм корінням сягає у сиву давнину — витоки цивільного права ми знаходимо у Стародавньому Римі!

Безперечно, кожна галузь права має свою історію. Але історія цивілістики унікальна!

Річ у тім, що римське приватне право сформувало надзвичайно досконалу в юридичному розумінні систему правових конструкцій, які і в наш час використовуються цілком ефективно. Важко переоцінити значення цього чинника! Ми маємо в нашому вжитку такі правові інструменти, дієвість яких перевірена століттями.

Отже, **першим етапом** можна вважати виникнення римського цивільного права.

Другий етап розвитку — це період глосаторів та постглосаторів університетської доби, через праці яких ідеї римського приватного права закріпилися в регулюванні суспільних відносин у період феодалізму.

Третій етап — розпочинає добу кодифікації, перш за все у Франції. Цей процес ґрунтувався на поєднанні ідей римського приватного права (південні території Франції) та звичаєвого права (північні території). Зрештою, 1804 рік ознаменувався прийняттям Цивільного кодексу Франції, відомого в історії як Кодекс Наполеона. Цей кодифікований акт був побудований за інституційною системою Гая, характерною для Стародавнього Риму.

ФЦК відіграв в історії людства надзвичайну роль: він мав безпрецедентний вплив на формування приватного права капіталістичної доби.

Далі у 1811 році було прийняте Австрійське цивільне уложення, а в 1896 р. — Німецьке цивільне уложення (BGB). ФЦК та BGB мали неабияку рецепцію в законодавствах всього світу.

Новий, сучасний етап розвитку приватного права характеризується явищами, обумовленими глобалізаційними процесами, які викликали зближення приватного правового масиву, тобто гармонізацію цивільного законодавства.

Останні 30–40 років найкращі представники світового цивілістичного наукового товариства доклали чимало зусиль для створення «модельного» цивільного законодавства, яке може використовуватися національними законодавцями з метою формування національної правової системи на принципово єдиних засадах.

Отже, нині в розпорядженні цивілістів є:

- Принципи європейського контрактного права, підготовлені комісією на чолі з Оле Ландо (ще відомі як «Принципи Оле Ландо»);
- Принципи європейського деліктного права;
- DCFR (Draft Common Frame of Reference). Принципи. Визначення та Модельні правила європейського приватного права.

Події Революції гідності, підписання Угоди про асоціацію між Україною і Європейським Союзом, орієнтація політичного розвитку країни на європейські стандарти — усе це обумовило вибір європейського вектора для оновлення ЦК України.

У липні 2019 року київськими цивілістами було ініційовано створення Робочої групи при Міністерстві юстиції України щодо рекодифікації (оновлення) цивільного законодавства України.

Ураховуючи всі обмеження, які були пов'язані з пандемією коронавірусу, члени Робочої групи суцільно поринули в розроблення концептуальних засад майбутньої рекодифікації. Працювали інтенсивно, з настроєм, долаючи суперечності

в поглядах, з рішучим наміром реалізувати все найкраще, що запропонувала консолідована європейська цивілістична думка в рекомендаційних актах європейської гармонізації приватного права.

І, зрештою, через півтора року з'явилася Концепція оновлення Цивільного кодексу України. Вона була розміщена для широкого обговорення, перекладена на англійську мову і стала доступною для цивілістичного загалу.

Чи не вперше в практиці кодифікаційного нормотворення (хоча й на стадії оновлення чинного кодексу) розроблення пропозицій щодо напрямів рекодифікації здійснювалося на основі Концепції, яка системно й послідовно визначила чинники та передумови оновлення ЦК України, проаналізувала основні результати кодифікації цивільного законодавства 2004 року та зміни, внесені після прийняття ЦК України.

А найголовніші чинники, які розглядалися як критерії для вдосконалення цивільно-правових норм, — це позиції судової практики, а також глибокий аналіз новітніх актів зарубіжного законодавства, численних директив та регламентів ЄС, інших надзвичайно авторитетних міжнародних актів — таких, як Принципи комісії Ландо, DCFR, CISG, Принципи УНІДРУА та ін.

І, хоча Концепція була підготовлена групою київських цивілістів, у подальшому до обговорення її положень було залучено представників усіх цивілістичних шкіл України, міжнародних експертів, організовано широкі обговорення на круглих столах, науково-практичних конференціях, міжнародних форумах.

Після завершення роботи над Концепцією змінилися склад і статус Робочої групи. Вона була значно розширена: до неї увійшли представники інших цивілістичних шкіл України — одеської, львівської, харківської, а також народні депутати, які представляють в парламенті різні політичні сили.

Робота над оновленням ЦК України активно триває і під час війни з росією.

Як би це зовні пафосно не звучало, це наша відповідь на виклик збройній російській агресії, це віра в нашу Перемогу і впевненість у тому, що Україна ввійде в європейську сім'ю народів, а отже, українське приватне право, цивільне законодавство має створити надійне підґрунтя для інтеграції Української держави і українського громадянського суспільства у європейський правовий простір.

Завершуючи ретроспективний огляд свого професійного шляху напередодні чергового ювілею, можу впевнено стверджувати, що я є надзвичайно щасливою людиною. Маю прекрасну родину, яка мене підтримує в усіх справах, усе життя займаюся омріяною професією: понад сорок років віддано цивілістичній науці й викладанню цивільного права в найкращому університеті нашої держави, певний час був приділений організації університетської та академічної правничої науки, а також юридичній практиці.

Усе це надихало і далі надихає на нові справи, спонукає не підбивати підсумки, а лаштувати нові плани, яких багато.

Хочеться ще багато зробити: прийняти зміни й доповнення до Цивільного кодексу, результативно завершити процес рекодифікації, сприяти своїм викладацьким досвідом розвитку юридичної освіти в Україні, щоб забезпечити її конкурентоспроможність на юридичному ринку праці.

Зрештою, «віддати відкладені борги» цивільному законодавству — скасувати Господарський кодекс України й відкрити широкий простір для подальшого розвитку нового цивільного права.

Яким я його бачу?

Демократичним — щоб кожна людина мала можливість у повному обсязі реалізувати весь свій суспільний потенціал у приватноправовій сфері.

Ефективним — щоб надійно працювали всі регуляторні механізми і запобіжники можливих порушень цивільних прав.

Цивілізованим — щоб Україна як держава стала органічною складовою європейського співтовариства.

Справедливим — щоб основою приватного правопорядку були високі моральні засади, притаманні громадянському суспільству.

Такому цивільному праву має відповідати й сучасна цивілістична доктрина, підвалини якої вже закладені і мають розвиватися університетською й академічною наукою, спираючись на українські правничі традиції, еволюційний досвід і найкращі зразки європейського і світового приватного права.

ЗАКОН УКРАЇНИ «ПРО ПРАВОТВОРЧУ ДІЯЛЬНІСТЬ»: ВІД ІДЕЇ ДО ВТІЛЕННЯ

Стефанчук Руслан Олексійович

*професор, доктор юридичних наук,
дійсний член (академік)*

*Національної академії правових наук України,
заслужений діяч науки і техніки України,
Голова Верховної Ради України*

Правотворча діяльність в Україні тривалий час залишалася безсистемною: в одних випадках здійснювалася поспіхом, без урахування усіх необхідних для створення якісних нормативно-правових актів факторів, а в інших — навпаки, дуже повільно із виконанням непотрібної роботи. Усе це в результаті впливає на якість та ефективність нормативно-правових актів, призводить до виникнення прогалин у законодавстві, неоднозначності у змісті правових норм та їх конкуренції, ускладнення правозастосовної діяльності, зокрема й судової.

Відсутність єдиного законодавчого підходу до питання визначення видів нормативно-правових актів, їхньої юридичної сили та ієрархії, питання набрання чинності, дії, припинення дії нормативно-правових актів, питання подолання колізій та усунення прогалин під час застосування нормативно-правових актів призводить до суперечливої практики правозастосування і, як наслідок, до численних порушень прав і свобод громадян.

Наслідком безсистемної правотворчості, зокрема, є те, що переважна більшість законопроектів, які розглядаються Верховною Радою України, — це зміни та доповнення до чинного законодавства. Лише 12% поданих до Верховної Ради законопроектів стають законами, а 80% — не можуть бути

рекомендовані до взяття навіть за основу. Загалом же кількість чинних нормативно-правових актів в Україні набагато перевищила мільйон.

Ураховуючи величезну кількість сфер суспільних відносин, які потребують правового регулювання на різних рівнях реалізації державної влади та місцевого самоврядування, правотворчість вимагає визначення єдиних, насамперед концептуальних, засад такої діяльності. У сучасних умовах правове регулювання правотворчої діяльності має охоплювати значно ширше коло питань, ніж це було передбачено окремими нормативно-правовими актами. Серед таких можна згадати Регламент Верховної Ради України, Регламент Кабінету Міністрів України або Бюджетний кодекс України. Проте в цих нормативних актах головну увагу зосереджено здебільшого на процедурах розгляду та ухвалення відповідних нормативно-правових актів, тобто, так би мовити, на технологічному аспекті без урахування концептуальних, змістовних питань правотворчої діяльності.

Правотворча діяльність як одна з основних функцій органів публічної влади з часу набуття незалежності Україною гостро потребувала комплексної нормативної регламентації на рівні закону. Неодноразові невдалі спроби прийняття закону про нормативно-правові акти, спроби врегулювати питання планування правотворчої діяльності, забезпечити належні механізми контролю за вказаною діяльністю наражалися на нездатність законодавця сформулювати політично узгоджену позицію, що призвела до фундаментальних прогалин у сфері законодавчого регулювання правотворчості.

Історію розвитку законопроектної роботи щодо напрацювання єдиного нормативного акта у сфері правотворчості висвітлював у своїй роботі О. І. Ющик¹.

¹ Ющик О. І. Закон про закони: необхідність і концепція. *Університетські наукові записки*. 2005. № 3 (15).

Він зазначає, що в грудні 1996 року проект Закону «Про закони і законодавчу діяльність», у розробленні якого брали участь доктори юридичних наук В. В. Копейчиков, М. І. Козюбра, Є. В. Назаренко, В. Ф. Опришко, інші науковці та співробітники апарату Верховної Ради України, було внесено в порядку законодавчої ініціативи на розгляд парламенту. Прийнятий 14.09.2000 Закон був повернутий Президентом на повторний розгляд Верховної Ради України. Після його прийняття в оновленій редакції Президент України вдруге скористався правом вето щодо нього. Доопрацьований після цього Закон, що було схвалено парламентом, також не отримав підтримки Президента та не був ним підписаний.

Поряд із цим предметом розгляду Верховної Ради України був проект Закону «Про нормативно-правові акти», зареєстрований н. д. В. М. Стретовичем 05.01.1995 (реєстр. № 0923). Закон було прийнято 13.01.2000, однак за пропозицією Президента України скасовано парламентом 05.04.2001.

Проект Закону «Про нормативно-правові акти» (реєстр. № 2577 від 21.02.2007), авторства н. д. І. Т. Зварича парламентом так і не розглядався. Так само як і проект Закону про закони і законодавчу діяльність (реєстр. № 2763 від 18.12.2006), внесений н. д. С. В. Ківаловим та Д. М. Притикою.

Прийнятий у першому читанні 20.05.2011 проект Закону про нормативно-правові акти, що був внесений н. д. Ю. Р. Мірошниченком, також у подальшому було відкликано.

Невдовзі після початку роботи Верховної Ради України IX скликання Міністерством юстиції 25 листопада 2019 р. було створено робочу групу з розроблення проекту закону про нормативно-правові акти. До її складу увійшли провідні науковці, фахівці у сфері теорії держави і права, представники органів державної влади, громадськості, а також структурні підрозділи Міністерства юстиції України.

Серед довгострокових пріоритетів діяльності Уряду, що були закріплені в Програмі діяльності Кабінету Міністрів

України, затвердженій постановою від 12 червня 2020 р. № 471, визначалася необхідність створення «правил про правила» (законодавства про нормативно-правові акти), що дасть змогу встановити єдині вимоги до нормопроектувальної техніки для всіх суб'єктів нормотворення, вирішити колізійні питання, пов'язані з прийняттям нормативно-правових актів, набранням ними чинності, їх державною реєстрацією, обліком та ієрархією (підрозділ 19.2).

Завдання щодо підготовки проекту Закону про засади правотворчості в Україні також було визначено у п. 364 Плану законопроектної роботи Верховної Ради України на 2021 рік, затвердженого Постановою Верховної Ради України від 2 лютого 2021 р. № 1165-ІХ. Водночас у п. 365 цього Плану було також передбачено підготовку проекту Закону про нормативно-правові акти, а відповідальним за його розроблення визначено Міністерство юстиції України.

Окремо необхідно зазначити, що під егідою Н. С. Кузнецової було вперше 16.03.2021 розроблено Концепцію цього закону.

25.06.2021 за моєї ініціативи та за підтримки групи народних обранців в парламенті було зареєстровано проект Закону про правотворчу діяльність (реєстр. № 5707).

У сучасній юридичній науці існують різні тлумачення терміна «правотворчість», а саме:

- діяльність державних органів і посадових осіб, громадських організацій, уповноважених на те державою, а також усього народу держави, що спрямовується на утворення, зміну чи скасування нормативно-правових актів¹;
- це процес, під час якого ідея закону перетворюється на закон²;

¹ Законотворчість і законодавство : хрестоматія / авт.-упоряд.: Копиленко О. Л., Богачова О. В. Київ : Інститут законодавства Верховної Ради України, 2011. С. 799.

² Bogdanovskaia I. A. (1999). The legislative bodies in the law-making process. URL: <https://www.nato.int/acad/fellow/97-99/bogdanovskaia.pdf>

- це будь-яка діяльність, що має наслідком створення або зміну законів¹;
- напрям діяльності держави, пов'язаний з офіційним закріпленням норм права шляхом формування приписів, їх зміни, доповнення та скасування² тощо.

Демократичною правотворчістю є процес, за допомогою якого закони розробляються, складаються, обговорюються, перевіряються, змінюються, приймаються та публікуються, а пізніше контролюються та оцінюються відповідно до ключових демократичних принципів. Цей процес здійснюється демократично обраними або призначеними органами, які дотримуються принципу поділу влади та системи стримувань і противаг. Процес відповідає принципу верховенства права та зобов'язанням у сфері прав людини. Він є відкритим, прозорим, доступним, недискримінаційним, гендерно-чутливим, інклюзивним, репрезентативним, партисипативним та чутливим до потреб різних груп суспільства³.

У широкому розумінні правотворчість забезпечує функціонування держави, з урахуванням механізмів реалізації її функцій, проголошених у Конституції України, особливостей системи права та правової сім'ї. Ці аспекти впливають на характер правотворчої діяльності.

Орієнтиром під час розроблення законопроектів про правотворчу діяльність став кращий досвід країни розвинутої демократії щодо вироблення державної політики із забезпеченням проведення консультацій, залученням зацікавлених осіб та належним рівнем прозорості роботи державних інституцій.

¹ Jeremy Waldron. Representative lawmaking. *Boston University Law Review*. 2009. Vol. 89:335. URL: <https://www.bu.edu/law/journals-archival/bulr/volume89n2/documents/WALDRON.pdf>

² Юридична енциклопедія / ред. Ю. С. Шемшученко та ін. ; НАН України, Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького. Київ : Вид-во «Українська енциклопедія» ім. М. П. Бажана, 1998. Т. 5 : П–С. Київ : 2003. С. 51.

³ ODHR Brief: Guiding Principles of Democratic Lawmaking and Better Laws. OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights (ODIHR). Poland. 2023. URL: <https://www.osce.org/files/i/documents/c/a/552682.pdf>

У цьому законопроекті було враховано міжнародний досвід, практику Європейської Комісії, окремих держав — членів Європейського Союзу, висновки та рекомендації Венеційської комісії та рекомендації аналітичних матеріалів, що розроблялися незалежними експертами Офісу парламентської реформи для Верховної Ради України в межах Проєкту з парламентської реформи, який впроваджувався Програмою розвитку Організації Об'єднаних Націй за фінансової підтримки Європейського Союзу.

Зрештою, після тривалого та складного обговорення, а до проєкту було внесено більш ніж 1100 поправок, у День незалежності України (24.08.2023) проєкт було прийнято як Закон.

Важливою новацією Закону, яка вирізняє його серед законопроектів з цього питання, що були зареєстровані у Верховній Раді України, є визначення правових засад планування правотворчої діяльності. Метою вказаного планування є забезпечення передбачуваності розвитку публічної політики, єдності, безперервності, гнучкості та точності процесу підготовки та прийняття (видання) нормативно-правових актів, координація діяльності суб'єктів правотворчої.

На цей час в Україні відсутнє довгострокове планування правотворчої діяльності. Це виявляється в проблемах із системністю законотворчої роботи, відсутністю належної фахової комунікації та проблемах у регламентації взаємодії між суб'єктами правотворчої діяльності, зокрема й координації цієї роботи. Ініціювання абсолютно різних законодавчих ініціатив, що часто є неузгодженими між собою або з програмними документами, апріорі не може забезпечити сталий і поступовий розвиток України у визначеному напрямі.

У зв'язку з цим необхідно привести у відповідність строки й покращити процес планування законопроектної роботи: змістити акцент з орієнтовної назви законопроекту на його цілі та завдання, закріпити обов'язкову пріоритетизацію питань Плану законопроектної роботи Верховної Ради України,

забезпечити можливість вносити до нього зміни, урахувати цей документ під час планування роботи комітетів, покращити процедуру звітування про його виконання, підвищити прозорість і відкритість процесу законодавчого планування.

Планування є невід'ємною частиною правотворчості й безпосередньо впливає на її ефективність, якість та право-реалізацію нормативно-правових актів.

Із наукового погляду планування законодавчої діяльності — це процес розроблення державних програм розвитку законодавства, перспективних і поточних планів законодавчих робіт, на основі яких здійснюється законодавча діяльність. Планування законодавчої діяльності спрямовується на створення цілісної, науково обґрунтованої системи законодавства, воно має забезпечувати послідовність підготовки, розгляду та прийняття законів Верховною Радою України, координацію законотворчої діяльності, залучення до законопроектних робіт відповідних наукових установ, громадських організацій та використання у цій діяльності результатів наукових досліджень. Планування полягає в програмуванні правотворчого процесу на забезпечення досягнення найважливіших — стратегічних цілей розвитку суспільства і держави на певну тривалу перспективу¹.

Законом суттєво оновлюються підходи щодо процедури підготовки проектів нормативно-правових актів. Зокрема, передбачено, що проект нормативно-правового акта має розроблятися на підставі концепції проекту нормативно-правового акта, яка відображає обраний підхід до регулювання суспільних відносин, мету і завдання правового регулювання, описує нові права й обов'язки учасників правовідносин, а також передбачувані соціально-економічні та інші наслідки його реалізації в разі прийняття (видання) нормативно-правового акта.

¹ Законотворча діяльність. Словник термінів і понять / за ред. акад. НАН України В. М. Литвина. Київ: Парламентське вид-во, 2004. С. 256.

Концепція проекту закону розробляється для найважливіших за змістом та значних за обсягом проектів законів (кодексу, первинного закону, що системно регулює окрему сферу суспільних відносин).

Розроблення концепцій нормативно-правових актів фактично є діяльністю з реалізації таких фундаментальних принципів правотворчості, як правова визначеність, доцільність та обґрунтованість, пропорційність. Саме на етапі підготовки концепції нормативно-правового акта необхідно здійснити аналіз суспільних відносин та стану їх правового регулювання, дослідити можливість врегулювання відповідних суспільних відносин без ухвалення (видання) нормативно-правового акта, обґрунтувати причини необхідності та правові підстави розроблення проекту нормативно-правового акта, визначити мету проекту нормативно-правового акта, предмета правового регулювання, основних правових механізмів реалізації нормативно-правового акта з обґрунтуванням їхньої ефективності. Крім того, у межах розроблення концепції нормативно-правового акта необхідно зробити належні фінансово-економічні розрахунки, якщо реалізація нормативно-правового акта потребує фінансування з державного та/або місцевих бюджетів. Так само в концепції можна визначити орієнтовну структуру проекту нормативно-правового акта та зміст його основних положень, оцінити відповідність запропонованого правового регулювання міжнародно-правовим зобов'язанням України, а саме: двостороннім і багатостороннім угодам та договорам держави у сфері європейської інтеграції та щодо приєднання до міжнародних організацій, зокрема й положенням Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод і Протоколів до неї та практиці Європейського суду з прав людини тощо.

У Законі чітко визначено суспільні відносини, на врегулювання яких він спрямований, на всіх етапах правотворчої діяльності: планування правотворчої діяльності; розроблення

проектів нормативно-правових актів; прийняття (видання) нормативно-правових актів; доведення нормативно-правових актів до відома населення та набуття чинності нормативно-правовими актами; ведення обліку нормативно-правових актів; дії нормативно-правових актів, усунення прогалин, подолання колізій у нормативно-правових актах; здійснення контролю за реалізацією нормативно-правових актів (правовий моніторинг).

Новелою закону є введення здійснення правового моніторингу прийнятих нормативно-правових актів, якому присвячено розділ XII «Правовий моніторинг» цього закону, що визначає мету, суб'єктів, складові, строки та етапи, а також інші особливості правового моніторингу.

Під моніторингом розуміється регулярне спостереження за процесом, збір інформації і підготовка рекомендацій для опрацювання та виправлення. Необхідно зазначити, що правовий моніторинг є одним із найбільш ефективних інститутів законодавчого процесу. За ефективного використання можливостей інституту правового моніторингу можна впорядкувати систему актів законодавства, забезпечити відповідність правозастосовної практики цілям прийняття нормативно-правових актів шляхом широкого використання його результатів¹.

При цьому визначальними (основоположними) нормами Закону є закріплені в ньому принципи правотворчої діяльності. Здійснення правотворчої діяльності на всіх етапах з опорою на принципи, закріплені цим Законом, є одним із вирішальних чинників формування правової системи України та забезпечує розвиток правової демократичної державності.

Необхідно звернути увагу на те, що запропонований у цьому Законі перелік принципів правотворчої діяльності має ієрархічний порядок, критерієм якого є людиноцентризм.

¹ Rustambek Sayidov. Legal Monitoring — Is An Important Institution Affecting The Effectiveness Of Laws. *The American Journal of Political Science Law and Criminology*. 2021. Vol. 03, iss. 06. URL: <https://doi.org/10.37547/tajpslc/Volume03Issue06-08>

Отже, логічною є пріоритетність принципу верховенства права, який має універсальний та комплексний характер і тлумачиться Конституційним Судом України як панування права в суспільстві, що вимагає від держави його втілення в правотворчу та правозастосовну діяльність, зокрема, у закони, які за своїм змістом мають бути проникнуті передусім ідеями соціальної справедливості, свободи, рівності тощо. Вагомим є акцент на тому, що закон становить лише одну з форм верховенства права, яке включає й інші соціальні регулятори, зокрема норми моралі, традиції, звичаї тощо, які легітимовані суспільством і зумовлені історично досягнутим культурним рівнем суспільства та об'єднуються якістю, що відповідає ідеології справедливості, ідеї права (див. Рішення Конституційного Суду України № 15-рп/2004 від 2 листопада 2004 р.). Зазначений принцип та його складові / елементи розуміються і втілюються відповідно до Конституції України (ст. 8) та міжнародно-правових документів¹ і з урахуванням національної правової доктрини.

Впровадження принципу законності у правотворчій діяльності передбачає дотримання таких правил: 1) здійснення суб'єктами правотворчої діяльності планування, розробки, прийняття (видання), офіційного оприлюднення, зокрема опублікування, правового моніторингу прийнятих (виданих) ними нормативно-правових актів на підставі, у межах їхніх повноважень та в спосіб, які визначено Конституцією України та/або законом; 2) відповідність нормативно-правових актів положенням Конституції України та міжнародних договорів України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України; 3) наявність у нормативно-правових актах дієвого порядку реалізації встановлених ними норм права органами державної влади та органами місцевого самоврядування, їхніми

¹ Report on the rule of law — Adopted by the Venice Commission at its 86th plenary session (Venice, 25–26 March 2011). CDL-AD(2011)003rev-e. URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2011\)003rev-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2011)003rev-e)

посадовими особами, фізичними та юридичними особами; 4) можливість тимчасового відступу від встановленого Законом порядку здійснення правотворчої діяльності допускається лише за умови введення відповідно до закону в Україні або окремих її місцевостях воєнного стану, надзвичайного стану, оголошення окремих місцевостей України зонами надзвичайної екологічної ситуації.

Реалізація принципу юридичної визначеності у правотворчій діяльності потребує чіткості, логічності, однозначності, стислості викладення норм права. Тексти нормативно-правових актів, навіть ті, що регулюють складні суспільні відносини, мають бути легкими для розуміння. Крім того, нормативно-правові акти мають бути доступними для ознайомлення з їх змістом суб'єктам, на яких поширюватиметься їхня дія, шляхом їх офіційного оприлюднення, у тому числі опублікування в порядку, встановленому Конституцією та Законом. Нормативно-правові акти, що визначають права і обов'язки громадян, мають бути доведені до відома населення у встановленому законом порядку (ч. 1 ст. 57 Конституції України) до набуття ними чинності та бути передбачуваними за своїми наслідками, аби суб'єкти відповідних суспільних відносин мали можливість передбачати правові наслідки їх реалізації.

Правотворча діяльність має забезпечувати сталість і послідовність норм права. Зміна нормативно-правових актів здійснюється за умови, що суб'єкти, на яких поширюватиметься дія нормативно-правового акта, знають про це наперед і беруть участь в обговоренні такої зміни. Суб'єкти правотворчої діяльності мають дотримуватися публічно проголошених ними намірів щодо нормативного регулювання (зміни нормативного регулювання) відповідних суспільних відносин, щоб фізичні та юридичні особи, які діють добросовісно на підставі чинного законодавства, не були обмануті щодо своїх легітимних очікувань.

Дотримання під час здійснення правотворчої діяльності принципу запобігання зловживанню повноваженнями

передбачає визначення обсягу повноважень органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб, а також межі таких повноважень та способу їх здійснення виключно Конституцією та законами України. Якщо спосіб здійснення повноважень органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб передбачає дискрецію, її обсяг має бути чітко визначений законом. Закон має передбачати чіткий і доступний порядок оскарження рішення, дії чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб та/або інший незалежний порядок здійснення контролю за ними.

Відповідно до принципу рівності перед законом і недискримінації, що закріплені у міжнародному праві, нормативно-правові акти не можуть надавати привілеї чи встановлювати обмеження за певними ознаками. Необхідно наголосити на динамічності змісту цього принципу, що проявляється, зокрема, у поступовому розширенні його змістовного каркасу. Так, у Хартії основних прав Європейського Союзу 2012 року (ст. 21), крім таких «традиційних» ознак, за якими заборонено дискримінацію, як стать, раса, колір шкіри, соціальне походження, мова, релігійні, політичні та інші переконання, національність, належність чи національної меншини, майновий стан, народження, що передбачені Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року (ст. 14) містяться такі нові ознаки, як етнічне походження, генетичні особливості, переконання, політичні чи будь-які інші погляди, інвалідність, вік або сексуальна орієнтація. Відповідний перелік, закріплений законодавством України, має власні особливості й містить, крім загальноновизнаних ознак, ще й такі, як громадянство, сімейний стан, місце проживання (п. 2 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні»). Водночас цей список як у міжнародних актах, так і в законодавстві України не є вичерпним. Закон має забезпечити рівні й справедливі можливості для всіх. Норми права

мають регулювати однорідні суспільні відносини однаково, а відмінні суспільні відносини — по-різному та гарантувати право на захист від потенційної дискримінації, що забезпечить рівність громадян перед законом.

Заборона дискримінації не перешкоджає запровадженню або підтриманню тимчасових особливих заходів, призначенням яких є запобігання невідгідному становищу (усунення такого становища), в яке потрапляють особи у зв'язку з належністю до конкретної групи, або для сприяння їхній повноцінній участі в житті суспільства. Такі заходи мають запроваджуватися з легітимною метою та відповідати принципу пропорційності й припинятися після досягнення їхніх цілей.

Принцип доступу до правосуддя у правотворчій діяльності втілюється шляхом забезпечення нормативно-правовими актами функціонування справедливого суду та доступного й дієвого порядку оскарження фізичними та/або юридичними особами правових актів, які порушують їхні права. Конституційний Суд України у рішенні № 2-р(II)/2022 від 6 квітня 2022 р. наголошує, що законодавець має встановити такий обсяг права осіб на судовий захист, який забезпечував би його дієву реалізацію. Відповідно до Хартії основних прав Європейського Союзу кожному має забезпечуватися право на справедливий і публічний розгляд справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, створеним відповідно до закону, а також можливість отримати консультацію, мати захисника та призначити представника. Правова допомога надається тим, хто не має достатніх ресурсів, оскільки така допомога необхідна для забезпечення ефективного доступу до правосуддя.

Використання універсального принципу пріоритетності утвердження та забезпечення прав і свобод людини у правотворчій діяльності ґрунтується на конституційному положенні про те, що права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави

(ст. 3 Конституції України). Нормативно-правові акти мають відповідати міжнародним стандартам у сфері прав людини.

Втілення принципу демократичності правотворчої діяльності сприяє формуванню правового механізму забезпечення одного з елементів верховенства права — принципу рівності перед законом і недискримінації та принципу пріоритетності утвердження й забезпечення прав і свобод людини у правотворчій діяльності.

Необхідно зазначити, що демократичність проявляється в трьох основних напрямках. По-перше, у забезпеченні всім учасникам можливості подати відповідно до закону свої пропозиції щодо предмета та змісту регулювання на відповідних стадіях правотворчої діяльності. Завдяки широкій участі всіх зацікавлених осіб, які використовуватимуть легальні форми та методи, пріоритет становитиме узгодження положень проекту нормативно-правового акта з потребами жінок та чоловіків й різних соціальних груп, зокрема тих, чий інтерес раніше маргіналізувалися чи були недостатньо представлені. Інклюзивність підготовки проекту забезпечується проактивними заходами органів державної влади та місцевого самоврядування щодо залучення всіх зацікавлених осіб, завчасним поширенням проекту та всіх супровідних матеріалів як на електронних, так і на паперових носіях у простій та зрозумілій формі й іншими методами. По-друге, у взаємодії представників різних гілок влади, відповідно до встановлених Конституцією та законами України повноважень, що є проявом одного з елементів верховенства права — принципу запобігання зловживанню повноваженнями. По-третє, у дотриманні конституційно закріплених форм багатоманітності — політичної, економічної та ідеологічної¹.

Принцип пропорційності реалізується у правотворчій діяльності шляхом забезпечення справедливого балансу між

¹ ODIHR Brief: Guiding Principles of Democratic Lawmaking and Better Laws Published by the OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights (ODIHR). URL: <https://www.osce.org/files/i/documents/c/a/552682.pdf>.

інтересами особи та суспільства в цілому. Обмеження прав і свобод є необхідним навіть у демократичній державі з метою захисту досить широкого кола інтересів більшості громадян. Це — національна та громадська безпека, територіальна цілісність, економічний добробут країни, охорона публічного порядку, запобігання заворушенням чи злочинам, захист здоров'я чи моралі, захист репутації чи прав інших осіб, запобігання розголошенню конфіденційної інформації, підтримання авторитету й безсторонності суду. Разом з тим відповідні заходи, як закріплено у міжнародному праві¹ та неодноразово зазначалося в рішеннях Конституційного Суду України (див. Рішення Конституційного Суду України № 2-рп/2016 від 1 червня 2016 р. та Рішення Конституційного Суду України № 3-р(П)/2023 від 22 березня 2023 р.), мають відповідати правомірній меті, бути обумовлені суспільною потребою досягнення цієї мети, домірними, з мінімальним втручанням у реалізацію цього права (свободи) і не порушувати сутності такого права. Запровадження в Україні Указом Президента України № 64/2022 від 24 лютого 2022 р. правового режиму воєнного стану зумовило розширення практики застосування принципу пропорційності під час підготовки проєктів нормативно-правових актів.

Для втілення принципу необхідності та обґрунтованості суб'єкти правотворчої діяльності мають виявити потребу у правовому регулюванні через аналіз суспільних відносин. Для цього необхідно виявити ситуацію, що викликає суспільне занепокоєння, чітко та правильно визначити проблему, що потребує прийняття управлінського рішення, здійснити аналіз усіх альтернативних запровадженню правового регулювання варіантів вирішення. Лише в разі непридатності інших соціальних інструментів вирішення суспільно значущої

¹ Guide on Article 18 of the European Convention on Human Rights. Limitation on use of restrictions on rights. URL: https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Guide_Art_18_ENG.

проблеми потрібно започатковувати підготовку проєкту нормативно-правового акта. Такий підхід сприятиме зменшенню як прийняття нормативно-правових актів, що матимуть низьку ефективність застосування, так й внесення суттєвих змін до чинного законодавства. У пояснювальній записці до проєкту нормативно-правового акта необхідно сформулювати юридичний мотив та обґрунтувати об'єктивну необхідність його прийняття (видання).

Принцип системності правотворчої діяльності полягає в забезпеченні узгодженості правових норм між собою, відповідності нормативно-правових актів нижчої юридичної сили актам вищої юридичної сили, усунення дублювання, прогалин та колізій у нормативно-правових актах. Один із факторів втілення цього принципу становить планування процесу підготовки та прийняття (видання) нормативно-правових актів. Реалізація принципу системності також потребує дотримання необхідності та обґрунтованості у правовому регулюванні, що забезпечить ефективність законодавства. Європейська інтеграція України зумовлює особливу увагу до зазначеного принципу як одного з інструментів досягнення належної гармонізації українського законодавства із законодавством ЄС.

Наукове забезпечення правотворчої діяльності передбачає врахування досягнень юридичної та інших спеціалізованих галузей наукових знань, що безпосередньо пов'язані з предметом правового регулювання, зокрема через залучення до правотворчої діяльності представників наукових установ та науковців у відповідних галузях науки.

Втілення принципу ресурсної забезпеченості правотворчої діяльності потребує прийняття (видання) нормативно-правових актів за наявності фінансово-економічного обґрунтування (включаючи відповідні розрахунки) їхніх проєктів у разі, якщо їх прийняття (видання) призведе до зменшення надходжень до бюджету та/або збільшення витрат бюджету.

Як висновок зауважу, що Закон «Про правотворчу діяльність» є результатом тривалої науково-дослідницької роботи, яка проводилась в Україні представниками різних правничих шкіл.

Правотворча діяльність є однією з основних функцій органів публічної влади та вперше з часу набуття незалежності Україною отримала комплексну нормативну регламентацію на рівні Закону. Така діяльність як вид юридичної діяльності має на меті досягнення високого рівня правопорядку в державі шляхом підвищення змістовної та формальної якості законодавчих актів. Як явище правотворча діяльність є динамічною, складною та багатогранною.

Варто зазначити, що зі вступом України до Європейського Союзу процес правотворення зазнає змін. Держави — члени Європейського Союзу зобов'язані враховувати положення установчих договорів Союзу та його законодавчих актів при розробленні та прийнятті внутрішніх нормативно-правових актів.

Отже, правотворчу діяльність необхідно розглядати як єдиний цикл. Цей цикл складається з таких етапів: визначення необхідності врегулювання тих чи інших суспільних відносин; розроблення проекту нормативно-правового акта; прийняття нормативно-правового акта; моніторинг та оцінка його ефективності. Останній етап завершує цикл та ілюструє рівень і якість правотворчої діяльності. Крім того, результати моніторингу та оцінки мають враховуватися при удосконаленні та зміні методик розроблення проектів нормативно-правових актів, їх перевірки та оцінки.

ВОЛОДІННЯ: ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ КОНЦЕПЦІ ОНОВЛЕННЯ ЦИВІЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ З ПОЛОЖЕННЯМИ ЦИВІЛЬНОГО КОДЕКСУ РЕСПУБЛІКИ МОЛДОВА

Біешу Сержиу

*професор, доктор права, завідувач департаменту
приватного права факультету права
Молдавського державного університету*

У Республіці Молдова новий Цивільний кодекс набув чинності 12 червня 2003 р., а в Україні — 1 січня 2004 р. Наші країни були останніми на пострадянському просторі, де були прийняті нові цивільні кодекси. У Республіці Молдова існувало кілька точок зору за і проти того факту, що тільки через 12 років після розпаду Радянського Союзу вдалося прийняти новий Цивільний кодекс. Можливо, такі бачення були і в Україні. Ми повинні визнати, що в той час новий Цивільний кодекс Республіки Молдова явно перевершував Цивільний кодекс 1964 року, і це також стосується нового Цивільного кодексу України. Відтоді пройшло майже два десятиліття, і зміни, що відбулися останнім часом, справедливо спонукають повернутися до змісту положень цивільних кодексів, прийнятих в той час. Аналіз нових цивільних кодексів на пострадянському просторі дозволяє нам констатувати, що останніми роками вони були значно змінені й доповнені. Те саме саме відбулося і в Республіці Молдова.

Я вже зазначив, що 19–20 вересня 2013 р. в Кишиневі відбулася Міжнародна конференція на тему «10 років з Цивільним кодексом Республіки Молдова — досягнення, резерви,

перспективи». На цій конференції було запропоновано створити робочу групу, яка розгляне всі пропозиції і розробить зміни до Цивільного кодексу. У цьому контексті наказом міністра юстиції № 519 від 3 грудня 2013 р. було створено Робочу групу щодо внесення змін і доповнень до Цивільного кодексу. Ця робоча група спільно з Міністерством юстиції підготувала проєкт закону, який містить зміни до Цивільного кодексу й до інших законодавчих актів.

Робоча група здійснювала свою діяльність безперервно з грудня 2013 року до квітня 2017 року, провела при цьому більше 70 засідань, а також численні засідання різних підгруп для обговорень. Робоча група спільно з Міністерством юстиції розробила проєкт змін і доповнень до Цивільного кодексу, а також до суміжних законодавчих актів.

Проєкт закону про внесення змін і доповнень до Цивільного кодексу є кроком вперед і передбачає масштабні зусилля на шляху модернізації вітчизняної правової інфраструктури та вибудовування нових регульовальних норм, що застосовуються на міжнародному рівні, ураховуючи при цьому проблеми тлумачення й застосування Цивільного кодексу в чинній редакції.

З цією метою було вивчено й ураховано останні законодавчі зміни на міжнародному та європейському просторі, зокрема: а) Проєкт Єдиного зводу норм (Draft Common Frame of Reference) Європейського Союзу, розроблений європейським науковим середовищем і опублікований в 2008 році; б) Цивільний кодекс Німеччини; с) Цивільний кодекс Франції, включаючи зміни, внесені Ордонансом № 2016-131 від 10 лютого 2016 р. про зміну порядку укладення договорів, загального режиму і доказу обов'язків (Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations); д) Цивільний кодекс Італії; Нідерландів; закони про приватне право Естонії; нові цивільні кодекси Чехії (2014), Угорщини (2014), Аргентини (2015); е) новий Цивільний кодекс

Румунії, який набув чинності 1 жовтня 2011 р.; f) Цивільний кодекс Російської Федерації зі змінами, внесеними внаслідок проведення реформи в період 2013–2015 рр.; g) європейське право — зокрема, директиви у сфері приватного права і захисту прав споживачів. Крім того, ураховано положення проєкту Регламенту Європейського Парламенту та Ради про спільне європейське законодавство у сфері продажів (Common European Sales Law Regulation — CESL), який, однак, не був прийнятий на рівні ЄС.

Мета проєкту — модернізація приватного права в Республіці Молдова згідно з останніми європейськими і міжнародними тенденціями у цих сферах, надання цивільному законодавству більш точного та передбачуваного характеру, поліпшення регулювання прав особистості та їх меж, удосконалення захисту дійсності договорів, підвищення відповідальності керівників юридичних осіб приватного права та ін.

Зміни і доповнення, внесені до Цивільного кодексу Республіки Молдова, набули чинності 1 березня 2019 р. Ці зміни торкнулися й інституту володіння, який, на наш погляд, мав відносно успішне регулювання, зокрема чотирьох наслідків володіння: презумпції права власності, придбання власності добросовісним власником, захисту володіння і набувальної давності. Звичайно, нові доповнення, які набули чинності з 1 березня 2019 р., поліпшили ці правила, тому далі ми порівнюємо концепцію реформування Цивільного кодексу України з положеннями, що містяться в Цивільному кодексі Республіки Молдова, присвяченими володінню.

*Отже, у Концепції оновлення Цивільного кодексу України, в § 3.7 обговорюється правова природа володіння, де зазначається, що «**поняття і місце володіння в системі національного права значною мірою залежать 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 має 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 отже, володіння не належить до категорії речових прав. Визнання володіння фактичним станом, що породжує правові наслідки, зумовлює місце цього інституту в системі речового права та архітектуру книги третьої ЦК. У цьому випадку володінню має бути відведено окремий розділ, який слідуватиме за розділом «Загальні положення» та передуватиме розділам, присвяченим речовим правам».

На наш погляд, цей предмет заслуговує більш глибокого аналізу, оскільки залежно від зроблених висновків регулювання володіння може мати той чи інший контур. Ось чому ми маємо намір надати більш детальну інформацію з цього питання.

Питання про юридичну природу володіння є одним із найбільш спірних у юридичній літературі. Аналіз наукових розвідок з цього питання дозволив визначити два напрями. Так, одна група авторів вважає, що володіння — це фактичний стан, а інша група — що володіння є правом. Складність тлумачення питання впливає також із законодавчих положень у зв'язку з тим, що в деяких цивільних кодексах володіння вважається правом¹, а в інших — фактичним станом, при цьому в більшості кодексів його не відносять прямо

¹ Див. Цивільний кодекс України, де в ст. 395 безпосередньо визначено, що володіння є речовим правом.

ні до фактичного стану, ні до права, а завдання тлумачення покладається на теоретиків¹.

Отже, у більшості джерел за фахом існують дві великі течії, які обґрунтовують правовий характер володіння. У новіших джерелах засвідчується й третя позиція, за якою володіння є фактичним станом, що породжує права. Далі ми проаналізуємо ці три теорії, які обґрунтовують правовий характер володіння, ґрунтуючись на думках прихильників цих трьох позицій, сформулювавши в результаті, а за необхідності, і в процесі аналізу власну думку з приводу правового характеру володіння.

Теорія про володіння як про фактичний стан. Згідно з деякими твердженнями², спосіб регулювання володіння у французькому праві, відтворений, своєю чергою, у румунському праві, традиційно відноситься до впливу, який чинився на нього суб'єктивною концепцією Карла фон Савінї, сучасника наполеонівського Цивільного кодексу, яка містить ідею, що володіння є фактом, що не породжене правом і вказує не більше ніж на зміст, який визначається як «здійснення права». Анна Боар, автор цього твердження, вважає, що цю позицію поділяє навіть *«комісія з реформування Цивільного кодексу Франції, яка пропонує визначити володіння як факт здійснення особисто або через іншу особу прерогативи права на певну річ, за умов наявності бажання проявити себе як власника цього права»*³.

За більш докладного аналізу можна помітити, що визначення володіння комісії з реформування французького Цивільного кодексу, на яке посилається автор цитати, не дозволяє нам дійти однозначного висновку, що володіння є фактичним станом. Навіть у цьому визначенні можна помітити,

¹ Аналогічна ситуація має місце в цивільних кодексах Румунії і Республіки Молдова.

² Boar, Ana. Uzucapiunea, prescriptia, posesia și publicitatea drepturilor. Lumina LEX, București, 1999. P. 36–37.

³ Ibid. P. 37.

що володіння полягає в особистому здійсненні або через іншу особу прерогатив права на певну річ. Ми вважаємо, що такий висновок, якого дійшла Анна Боар, занадто категоричний, оскільки в ситуації, коли власник здійснює прерогативи певного права, не можна говорити про наявність простого фактичного стану.

Автори К. Хаманджіу, І. Россеті-Беленеску, Ал. Бейкояну також вважають, що володіння є фактичним станом, точніше, фактичним відношенням між людиною і річчю; наявність володіння незалежно від існування права власника здійснювати владу над річчю¹. Ці автори стверджують, що закон захищає володіння як простий матеріальний факт, не піклуючись про дійсність права, на реалізацію якого претендує власник, не розглядаючи, чи обґрунтовується цей факт будь-яким правом².

Вчений Валеріу Стойка вважає, що володіння — це фактичний стан³, висловлюючи свою критичну думку з приводу ідеї, що володіння — це фактичний стан, що породжує право, підтверджуючи свою позицію таким запереченням: *«Не виправдано змішування правових наслідків володіння з прерогативами володіння як елемента юридичного змісту речового права, інакше кажучи, змішування між **jus** або **jura possessionis**, з одного боку, і **jus possidendi**, з іншого боку»⁴*. Виходячи з цього, автор доходить висновку: *«Насправді володіння як фактичний стан не може бути прирівняне до права і не має змішуватися з правовими наслідками»⁵*.

¹ Hamangiu, C. Rossetti Bălănescu, I. Băicoianu, Al. Tratat de drept civil român. V. I. Editura ALL, București, 1996. P. 580.

² Ibid.

³ Stoica, Valeriu. Drept civil: drepturile reale principale. Vol. 1. București, 2004. P. 142–149.

⁴ Stoica, Valeriu. Posesia ca stare de fapt protejată juridic. *Curierul judiciar*. 2003. Nr. 4. P. 140–141.

⁵ Stoica, Valeriu. Drept civil: drepturile reale principale. C. 148.

Флорін Скрієчу в результаті аналізу дій, пов'язаних з володінням, дійшов висновку, що їх предметом є володіння як фактичний стан, і у зв'язку з цим зауважив: *«Суттєвою є загально визнана ідея, що особа може перебувати у фактичних відносинах з річчю, не будучи при цьому власником або володарем речового права. Інакше кажучи, фактичне володіння може бути розтотожнено від права. Юридичною мовою — володіти не означає бути власником. Отже, володіння є фактичним відношенням, яке полягає в матеріальному володінні річчю з наміром зберегти її для себе»*¹.

Інший румунський автор Віорел Терзя також вважає, що володіння є фактичним станом, становлячи собою фактичну владу, здійснювану особою щодо певної індивідуальної речі, яка знаходиться або може знаходитися в цивільно-правовому обороті².

Відомий учений Іон П. Філіпеску разом з Андрієм І. Філіпеску підтримує ідею того, що володіння — це фактичний стан. На думку цих авторів, *володіння — це матеріальна сила, яку особа здійснює стосовно речі, прояв фактичної влади, що дає власнику можливість вести себе так, немов він є дійсним власником речі. Отже, володіння може полягати в: фактичному володінні автотранспортним засобом, будинком; фактичному здійсненні права узуфрукту або права сервітуту; фактичному здійсненні користування предметом, яке виникає як зовнішня маніфестація права на нього; укладанні угод щодо права, предметом якого є річ, яка перебуває у володінні*³.

¹ Scrieci, Florin. Acțiunile posesorii. Editura Lumina LEX, București, 1998. P. 108–109.

² Terzea, Viorel. Acțiunile posesorii. Editura C. H. Beck, București, 2006. P. 34–35.

³ Filipescu, Ion P. Filipescu, Andrei I. Dreptul civil. Dreptul de proprietate și alte drepturi reale. Editura ACTAMI, București, 2000. P. 50.

Ці автори, як і Валеріу Стойка, визнають, що не варто змішувати права власника, які випливають з правового захисту володіння, з правом володіння, що належить власнику або володільцю іншого речового права. У зв'язку з цим зазначені автори вважають, що фактичний власник володіє, не маючи на це права, а з факту володіння випливають деякі права на його користь, які є юридичними наслідками володіння, а не наслідками права володіння¹.

Прихильниками ідеї того, що володіння є фактичним станом, а не правом, є також вчені Костянтин Стетеску і Корнеліу Бірсан, які стверджують, що *в нашому праві володіння² сприймається не як юридичний стан, а як фактичний стан, що полягає у володінні річчю, здійсненні фактичної влади, яка дає можливість власнику поводити себе як справжній володільець речового права щодо цієї речі³*. Подібну позицію висловлено і в роботі професора Корнеліу Бірсан⁴.

Іоан Луціан також поділяє думку, що володіння є фактичним станом. *«У нашому праві, — пише він, — володіння не сприймається як юридичний стан, а як фактичний стан. Тому необхідно зазначити, що володіння річчю передбачає матеріальний контакт з нею без наміру володіти, а застосування права передбачає наявність права щодо речі, яка використовується особою⁵*.

Такої самої думки дотримується і колектив авторів⁶, які стверджують, що якщо власність є правовим станом, тоді

¹ Filipescu, Ion P. Filipescu, Andrei I. Drept civil. Dreptul de proprietate și alte drepturi reale. Editura ACTAMI, București, 2000. P. 52.

² Мається на увазі право Румунії.

³ Stătescu, Constantin. Bîrsan, Corneliu. Drept civil. Drepturile reale. București, 1988. P. 227.

⁴ Corneliu Bîrsan. Drept civil. Drepturile reale principale (în reglementarea noului Cod civil). București, 2013. P. 335.

⁵ Lucian, Ioan. Drept civil român. Drepturi reale. Timișoara, Editura Augusta, 1997. P. 75.

⁶ Bîrsan, Corneliu. Gaiță, Marița; Pivniceru, Mona Maria. Drept civil. Drepturile reale. Iași, 1997. P. 138.

володіння є фактичним станом, а ці два поняття не можна змішувати.

Пауль Мірча Қосмовіч зазначає, що визнана багатма авторами концепція, яка визначає володіння як фактичний стан, зважаючи на те що воно існує незалежно від законодавчих положень про придбання або втрату прав, а фактичний стан може проявлятися не тільки як психічний стан і не обов'язково як відношення між особою і річчю¹. На підтримку своєї позиції вчений посилається на те, що володіння не може бути предметом передачі.

Російський вчений Д. Мейєр², ґрунтуючись, зокрема, на законодавстві³, стверджував, що не існує жодних підстав не вважати володіння фактичним станом. Серед російських вчених адептами теорії володіння як фактичного стану можна вважати і Ф. Л. Морошкіна⁴, пізніше і Г. Демченка, К. П. Победоносцева, І. О. Покровського⁵.

У сучасній російській літературі прихильниками теорії про володіння як фактичний стан є К. І. Скловський⁶ та А. В. Бабаєв⁷.

¹ Cosmovici, Paul Mircea. Dreptul civil. Drepturi reale. Obligații. Legislație. București, 1996. P. 58.

² Мейєр Д. И. Русское гражданское право. Т. 2. Москва, 1997. С. 9.

³ Ми вважаємо, що позиція російського вченого Д. Мейєра була зумовлена, зокрема, тим, що він навчався у К. Савіньї (1841–1842), який, як уже зазначалося, був прихильником концепції, згідно з якою володіння є фактичним станом.

⁴ Морошкин Ф. Л. О владении по началам российского законодательства. Москва, 1837. С. 65–81.

⁵ Демченко В. Г. Русское гражданское право. Право вещное. Киев, 1894. С. 42; Победоносцев К. П. Курс гражданского права. Ч. 1. СПб., 1896. С. 150; Покровский И. А. История римского права. СПб., 1898. С. 344.

⁶ У своїй відомій праці «Власність у цивільному праві» К. І. Скловський зазначає: «...Доводиться визнати, що потрібно багато років систематичних і неослабних зусиль, щоб такий найважливіший продукт світової культури, як володіння, повернувся у свідомість тих російських юристів, які перебувають сьогодні в тому безтурботному примітивному стані... Визначення володіння як панування, фактичної влади над річчю, над її фізичною субстанцією важливе саме тим, що воно відвернене від власності правом, що дозволяє залишатися поза системою речових прав» (Скловський К. І. Собственность в гражданском праве. Москва: Статут, 2008. С. 509–511).

⁷ Бабаєв А. В. Система вещных прав. Москва, 2006. С. 209–248.

Теорія про володіння як про право. Більшість авторів¹ вважають, що автором теорії про володіння як про право в юридичній науці потрібно вважати Рудольфа фон Ієрінга.

З приводу концепції цього великого німецького юриста румунський юрист П. К. Влакідє² зазначає: *«Питання все більше набуває форму, оскільки в доктрині Ієрінга володіння визначено ідеєю зовнішнього прояву права на підставі його здійснення»*. Грунтуючись на концепції об'єктивної теорії, автором якої, як ми вже зазначали, є Ієрінг, П. К. Влакідє доходить висновку: якщо існує здійснення права, точніше, його зовнішнє вираження, отже, володіння є **самим правом (s.p.)** у динамічному стані.

На думку цього вченого, володіння є правом, оскільки, з одного боку, воно дозволяє захистити його за допомогою дій, визначених володінням, а тривале володіння, що здійснюється відповідно до закону, є підставою для набуття права власності внаслідок набувальної давності, з іншого боку. На підтримку цієї позиції автор стверджує, що *в принципі, права є статичними, вони не починають рух окрім як тоді, коли необхідність вимагає їх здійснення, коли власник повинен активно використовувати їх або захистити. Становлячи собою матеріалізацію права, володіння є формою його вираження. Тому його захист здійснюється за допомогою дій, визначених володінням. У зв'язку з цим набувальна давність має ретроактивний ефект, доходячи в минулому до дати вступу власника у володіння річчю. Отже, **факт володіння**, про який йдеться в першій частині ст. 1846 Цивільного кодексу Румунії (у редакції 1864 р.)³, не є просто фактом, а здійсненням права⁴.*

¹ Gherasim, Dimitrie. Teoria generală a posesiei în dreptul civil român. Editura Academiei Republicii Socialiste România, București, 1986. P. 22 ; Vlacheide, P. C. Op. cit. C. 66–67 ; Conovalov, A. V. Op.cit. C. 16–17.

² Vlacheide, P.C. Op. cit. P. 67.

³ У цитованій праці є посилання на Цивільний кодекс 1864 року.

⁴ Там само.

Далі ми побачимо, що володіння згідно з положеннями Цивільного кодексу Республіки Молдова не тільки захищається за допомогою посесорних позовів і може слугувати підставою для набуття права власності внаслідок набувальної давності, але також є презумпцією власності відповідно до положень ст. 490, а також унаслідок того, що воно припускає можливість набуття права власності на плоди речі, якщо власник є добросовісним (ці наслідки володіння також передбачені новим румунським ЦК у ст. 919, 928–948).

Ми вважаємо, що той факт, що володіння наділене правовим захистом, що воно є презумпцією власності, що воно визначає набуття права за набувальною давністю, не дозволяє стверджувати, що воно є правом. Якщо визнати ідею, що володіння є правом, тоді необхідно відповісти на питання: «Яким саме правом воно є — речовим чи зобов'язальним?». Аналізуючи положення Цивільного кодексу Республіки Молдова про речові права як вичерпні (ст. 454), а також виходячи зі змісту ст. 551 нового ЦК Румунії, можна дійти логічного висновку, що володіння не може бути віднесено до категорії речових прав. Крім того, якщо стверджувати, що володіння є правом, а воно є речовим правом, тоді неможливо зрозуміти логіку законодавця: чому, якщо і володіння є речовим правом, воно не користується тими самими засобами захисту, що й право власності? Крім того, якщо володіння є речовим правом, тоді потрібно розглянути, як воно співвідноситься з найважливішим речовим правом — правом власності. Ці констатації дозволяють нам стверджувати, що володіння не є речовим правом.

Отже, якщо володіння не є речовим правом, це означає, що його можна віднести до категорії зобов'язальних прав або вимог, як вони визначені в юридичній літературі. Однак ми вважаємо, що і в такому разі відповідь має бути негативною. Право вимоги часто виникає на підставі цивільно-правового правочину. Зауважимо, однак, що відповідно до положень Цивільного кодексу Республіки Молдова власником

є не тільки особа, яка володіла річчю на підставі цивільно-правового правочину, а й будь-яка особа, у тому числі злодій, який, зрозуміло, не володіє річчю на підставі певного цивільно-правового правочину. Звідси випливає висновок, що володіння не може бути віднесене до категорії права вимоги.

І в російській юридичній літературі підтримується ідея, що володіння є правом. У своїй новій роботі¹ О. В. Коновалов, підтримуючи позицію adeptів ідеї того, що володіння є правом, обґрунтовує твердження, що питання про правовий характер володіння в сучасній спеціальній літературі необхідно вирішити на користь безперечного визнання володіння як суб'єктивного права. Для аргументування своєї позиції дослідник посилається на те, що на сучасному етапі було б анархічно оголосити про існування правових відносин між суб'єктом і об'єктом. На думку цього вченого, правові відносини можуть існувати тільки між суб'єктами, а не між суб'єктом і матеріальною річчю. Дійсно, на сучасному етапі більшість правознавців загалом, як і більшість вчених у галузі цивільного права зокрема поділяють думку, що правовідносини можуть виникати тільки між суб'єктами. Незважаючи на це, деякі цивілісти вважають, що можна говорити про наявність відносин між правовласником і матеріальною річчю, особливо щодо речових прав². Цю думку поділяють румунські вчені І. Міческу³ і П. К. Влакіде. Ми вважаємо, що правовідносини виникають між суб'єктами правових відносин. У межах речового права, однак, «зміст»⁴ речового права може бути «виражений» саме

¹ Коновалов А. В. Владение и владельческая защита в гражданском праве. Санкт-Петербург : Юридический центр, 2004 С. 20–31.

² Егоров Х. Д. Понятие имущественного правоотношения. Вестник ЛГУ. 1980. Вып. 4. №. 23. С. 60–62.

³ Micescu, Istrate. Op. cit. P.C. 236–244; 277–297 ; Vlacheide, P. C. Op. cit. P 35–38.

⁴ Мається на увазі реальна влада володаря речового права, яка часто не залежить від бажання третьої особи, яка, однак, дозволяє їй ухвалити рішення щодо правового режиму предмета (предмета у сенсі речей та майнових прав). Хоча це наше твердження дійсне і для майна, і для майнових прав, у контексті матеріалу нашого аналізу мається на увазі переважно зв'язок між власником речового права та річчю.

за допомогою зв'язку між його володарем і матеріальною річчю безпосередньо. Виходячи з цих міркувань, ми вважаємо, що аргумент наявності правовідносин тільки між суб'єктами, а не між суб'єктом і річчю, не є ні переконливим, ні достатнім для підтримки думки, що володіння є речовим правом.

Володіння як фактичний стан, що породжує правові наслідки. Теорія володіння як фактичного стану, що породжує права, є порівняно новою. Вчений Дімітріє Герасім стверджує¹, що насправді теорія володіння як права і теорія володіння як фактичного стану містять тільки певну частку істини. Незважаючи на це, на думку цього вченого, безперечно, володіння не можна вважати речовим правом, *оскільки спричинює змішування між речовими правами і фактичним ситуаціями, пов'язаними з цими правами, точніше — ситуації, які відображають, як мінімум, мабуть, змішування між речовими правами і фактичними ситуаціями, пов'язаними з цими правами, наявність речового права*².

Деякі французькі вчені також вважають володіння складником змісту речового права, особливо права власності, але саме по собі воно не є речовим правом, а простим фактом, що породжує права, які не залежать від попереднього права власника³. Науковці вважають, що ці права загалом і становлять те саме *ius possessionis*, яке полягає в праві на дії, визначені володінням, і праві придбання права власності внаслідок набувальної давності після спливу певного періоду часу.

У Цивільному кодексі Республіки Молдова, крім цих двох наслідків, породжуваних володінням, містяться норми, що регулюють ще два його наслідки як фактичного стану — можливість добросовісного власника придбати плоди предмета, які

¹ Dimitrie Gherasim. Op. cit. P. 23.

² Ibid.

³ Rodiere, Rene. Possession. In Encyclopedie juridique, Paris, Dalloz, Droit civil. Vol. V. Nr. 6. apud: Gherasim, Dimitrie. Op. cit. P. 23.

знаходяться у його володінні, а також встановлення презумпції власності власника речі. Необхідно зазначити, що і в новому румунському ЦК містяться норми, що регулюють це право, при цьому дії, які випливають з володіння, розміщені не в розділі, присвяченому наслідкам володіння (ст. 928–938), а в окремому розділі, присвяченому тільки діям, що випливають з володіння (у ст. 949–952 відповідно). Можливо, цей матеріал розміщено в новому румунському ЦК навмисно, під впливом теоретичної течії, про яку ми згадали вище, суть якої полягає в тому, що захист володіння за допомогою зазначених двох власницьких позовів не є наслідком володіння як фактичного стану¹. Ураховуючи також цю структуризацію матеріалу на тему володіння в новому румунському ЦК, не виключено, що в майбутньому в юридичній літературі, присвяченій новим регулювальним нормам, автори наполягатимуть на ідеї, що володіння є фактичним станом, хоча ми схильні вважати, що положення ч. 1 ст. 916 нового румунського ЦК — додатковий аргумент для тих, хто підтримує теорію володіння як речове право.

Якщо посилатися на норми Цивільного кодексу Республіки Молдова на тему володіння, можна дійти висновку, що **воно є фактичним станом, що породжує правові наслідки**. На підтримку цієї позиції наводимо такі аргументи.

По-перше, стаття 482 дозволяє виявити «покрив» фактичного стану володіння. Насправді ми не можемо з повною впевненістю стверджувати, що володіння є простим фактичним станом, оскільки в частині (1) зазначеної статті законодавець має на увазі придбання володіння внаслідок бажаного здійснення фактичного володіння річчю, без указівки на те, що володіння є фактичним станом.

По-друге, статті 482–499 того самого кодексу не дозволяють дійти однозначного висновку, що володіння є речовим

¹ Подробиці див. в: Stoica, Valeriu. Drept civil: drepturile reale principale. Vol. 1. București, 2004. P. 148–159.

правом. У цьому сенсі красномовною є архітектоніка другої книги Цивільного кодексу: Розділ I — Майно; Розділ II — Володіння; Розділ III — Власність; Розділ IV — Інші речові права, з якої можна помітити, що володінню відведено окремий розділ, при тому що речові права регулюються в першому і третьому розділах відповідно. Якщо підтримати ідею того, що володіння є речовим правом, тоді, безперечно, воно має бути відображене в розділі IV, у якому, однак, подані інші речові права: право узурфрукту, право користування, право проживання, право сервітуту, право суперфіцію, право застави. За таких обставин доходимо висновку, що володіння не належить до категорій речових прав.

По-третє, Цивільний кодекс регулює чотири правові наслідки володіння: презумпцію власності (ст. 490); привласнення плодів сумлінним власником (ст. 310, 311); захист володіння за допомогою власницьких позовів¹ (ст. 497); набуття володіння внаслідок набувальної давності (ст. 498, 524—534). Саме тому вважаємо, що володіння є фактичним станом, що породжує правові наслідки.

По-четверте, твердження, що володіння є фактичним станом, що породжує правові наслідки, ще не означає, що ми допускаємо його і як фактичний стан, і як право, і також не допускаємо змішування між правовими наслідками володіння і його прерогативами як елемента, що входить до складу юридичного змісту певного речового права².

Відносно структури розділу «Володіння» *Концепція оновлення Цивільного кодексу України* пропонує два розділи — *«Загальні положення»* і *«Наслідки володіння», які будуть містити положення про набуття, здійснення*

¹ У спеціальній літературі наводиться і позиція, за якою правові наслідки володіння та захист володіння — це два різні аспекти. Тому не варто змішувати володіння із його захистом. Див.: Stoica, Valeriu. Drept civil. Drepturile reale principale. Vol. I. București, 2004. P. 159.

² Деякі автори вважають невдалим синтез володіння як фактичного стану з його правовими наслідками. Див.: Stoica, Valeriu. Drept civil: drepturile reale principale. Vol. I. București, 2004. P. 148.

і види володіння, перетворення виду володіння, добросовісне володіння, презумпції безперервного володіння і власності, захист володіння, наслідки володіння і припинення володіння. У зв'язку з цим ми хотіли б зазначити, що ця практична концепція аналогічна до положень Цивільного кодексу Республіки Молдова. Отже, Цивільний кодекс Республіки Молдова регулює володіння в Книзі другій «Речові права» у розділі II «ВОЛОДІННЯ», який міститься **дві глави.**

Глава I «Загальні положення» містить такі статті:

Стаття 482. Набуття та здійснення володіння.

Стаття 483. Безпосереднє і опосередковане володіння.

Стаття 484. Власник на правах власника і власник обмеженого права.

Стаття 485. Володіння через уповноважену особу.

Стаття 486. Перетворення виду володіння.

Стаття 487. Сумлінне володіння.

Стаття 488. Презумпція безперервного володіння.

Стаття 489. Припинення володіння.

У главі II «Наслідки володіння» регулюються три наслідки володіння: презумпція права власності, привласнення плодів сумлінним власником і захист володіння. Щодо набувальної давності, то вона регулюється в розділі, присвяченому способам набуття права власності.

Згідно з § 3.9 зміст володіння з Концепції оновлення Цивільного кодексу України, як проголошують самі автори Концепції, пропонується реалізувати як опосередковане і пряме володіння, що прямо передбачено в Цивільному кодексі Республіки Молдова в ст. 483 під назвою «Безпосереднє і опосередковане володіння», яка передбачає: «(1) *Володіння є безпосереднім, якщо фактичне володіння здійснюється власником особисто або через його уповноважену особу.* (2) *Володіння є опосередкованим, якщо фактичне володіння здійснюється через власника обмеженого права.*».

Після 1 березня 2019 р. Цивільний кодекс Республіки Молдова у зв'язку з цим був доповнений двома статтями: 1. Стаття 484. *Власник на правах власника і власник обмеженого права*¹; 2. Стаття 485. *Володіння через уповноважену особу*², які вирішують кілька ситуацій, що виникли на практиці, зокрема, для виявлення ситуацій, у яких особа, хоча й володіє майном, не вважається власником, відповідно, не може скористатися всіма правовими наслідками володіння (ст. 485, п. 2).

¹ Стаття 484. Володілець на правах власника та володілець обмеженого права

- (1) Володілець може здійснювати володіння як володілець на правах власника або як володілець обмеженого права.
- (2) Володільцем на правах власника визнається особа, яка здійснює володіння річчю з наміром поводитися по відношенню до неї як власник.
- (3) Володільцем обмеженого права визнається особа, яка здійснює володіння річчю:
 - a) як володілець обмеженого речового права, як наймач, позичальник або учасник часткової власності щодо часток інших учасників часткової власності, а також в інших випадках, коли здійснює володіння з наміром поступати з речами в такий спосіб у своїх інтересах на основі певних правовідносин з власником на правах власника, за допомогою якого володілець обмеженого права набув права володіння річчю; або
 - b) як підприємець, перевізник, зберігач, а також в інших випадках, коли здійснює володіння з наміром поводитися з речами в певний спосіб за вказівкою володільця на правах власника, на основі певних правовідносин з володільцем на правах власника, за допомогою якого володілець обмеженого права має право утримувати річ доти, доки пов'язані з володінням витрати або збитки не будуть оплачені володільцем на правах власника.
- (4) Положення частини (3) застосовуються в разі, якщо інший власник обмеженого права здійснює володіння на основі певних правовідносин з власником обмеженого права, передбаченого частиною (3).
- (5) Доти, доки не буде доведено протилежне, володілець речі вважається володільцем на правах власника.

² Стаття 485. Володіння через уповноважену особу

- (1) Уповноваженою на здійснення володіння є особа:
 - a) яка здійснює безпосереднє фактичне панування над річчю як володілець, без наміру та без того, щоб бути стороною правовідносин, передбачених ч. (3) с. 484; або
 - b) якій володілець може давати обов'язкові вказівки у зв'язку з пануванням над річчю або використанням речі на користь володільця.
- (2) До категорії уповноваженої особи може, зокрема, належати:
 - a) працівник володільця або особа, яка виконує подібні функції; або
 - b) особа, якій володілець з практичних міркувань надає фактичне панування над річчю.
- (3) Уповноваженою особою є також особа, яка випадково отримує можливість здійснювати та насправді здійснює безпосереднє фактичне панування над річчю для володільця.

УЧАСТЬ ПУБЛІЧНИХ ЮРИДИЧНИХ ОСІБ У ЦИВІЛЬНИХ ВІДНОСИНАХ: ДО ПРОБЛЕМИ УДОСКОНАЛЕННЯ ЦИВІЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА

Борисова Валентина Іванівна

*професор, кандидат юридичних наук,
член-кореспондент Національної академії правових наук України,
професор кафедри цивільного права
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

Виходячи з того, що норми права можуть прискорювати або гальмувати дію економічних законів, в умовах рекодифікації цивільного законодавства постало завдання окреслити шляхи подальшого розвитку цивільного законодавства, окремих його інститутів. Повною мірою це стосується й інституту юридичної особи, оскільки саме юридична особа є тією правовою формою, за допомогою якої приватноправові утворення — організації отримують можливість стати разом з фізичними особами учасниками цивільного обороту.

Цивільний кодекс України 2003 року (далі — ЦК України) відніс до учасників цивільних відносин фізичних та юридичних осіб, а також визнав учасниками цих відносин державу Україна (далі — держава), Автономну Республіку Крим (далі — АРК), територіальні громади, іноземні держави та інших суб'єктів публічного права (ст. 2 ЦКУ). Проблема поділу юридичних осіб на юридичних осіб приватного та юридичних осіб публічного права цікавить багатьох науковців¹; 2; 3; 4].

¹ Борисова В. І. До проблеми участі публічних юридичних осіб у цивільних правовідносинах. *Матеріали міжнародної науково-практичної конференції «Трансформація ринкових відносин в Україні: організаційно-правові та економічні проблеми»* (Одеса, 15 трав. 2003 р.). Одеса : Астропринт, 2003. С. 7–11.

Внесення публічних утворень до кола учасників цивільних відносин пояснюється необхідністю поряд із публічними, загальнодержавними, місцевими завданнями вирішення ними як учасниками майнових відносин допоміжних завдань, що потребує наділення цих утворень цивільною правоздатністю. Однак поєднання в діяльності публічних утворень владних повноважень із цивільною правоздатністю вимагає й особливого підходу до визнання їх учасниками цивільних відносин.

На рівні ЦК України закріплено правові форми участі держави, АРК, територіальних громад (далі — публічних утворень) у цивільних відносинах (ст. 167–169), визначено органи та представників, через яких вони можуть діяти в цих відносинах (ст. 170–173), а також встановлено засади відповідальності за їх зобов'язаннями (ст. 174–176).

Перелік публічних утворень, що діють у цивільних відносинах, ґрунтується на системі адміністративно-територіального устрою України (ст. 133 Конституції) і є вичерпним, що обумовлюється здійсненням територіальної автономії та місцевого самоврядування.

Необхідно зазначити, що в період кодифікації цивільного законодавства пропонувалося державу, АРК і територіальні громади разом з іншими публічними утвореннями (органами державної влади, влади АРК, органами місцевого самоврядування, державними підприємствами тощо) визнати, як це, наприклад, було запроваджено в законодавстві Німеччини, юридичними особами публічного права, охопивши, терміном «юридична особа публічного права» майже всі види публічних

² Борисова В. І. Публічні утворення як суб'єкти цивільних відносин. *Державне будівництво та місцеве самоврядування* : зб. наук. праць. Харків : Право, 2005. № 10. С. 88–96.

³ Майданік Р. А. Юридичні особи публічного права: поняття та місце в системі права України. *Юридичні особи публічного права: участь у цивільному обороті (Матвеевські цивілістичні читання)*: матеріали міжнар. наук.-практ. конф. Київ, 8 листоп. 2016 р. Київ : ТОВ «Білоцерківдрук», 2016. С. 12–18.

⁴ Ромащенко І. О. Регулювання корпоративних відносин цивільним законодавством. Рекодифікація цивільного законодавства України: виклики часу : монографія / за заг. ред. Н. С. Кузнецової. Одеса : Видавничий дім «Гельветика», 2021. С. 429–451.

утворень: від господарюючих публічних організацій, органів державної влади, органів місцевого самоврядування до публічно-владних організацій¹. Такий підхід мав суто утилітарний характер, а саме бажання обмежитися традиційними інститутами цивільного права з тим, щоб не виділяти нового додаткового суб'єкта цивільного обороту. Безперечно, виходячи з того, що публічні утворення не природні, а штучні утворення, логічним було б прирівняти їх у межах цивільного обороту до статусу такого штучного утворення як юридична особа. Однак уже в останній редакції ЦКУ розробники основного Закону відійшли від згаданої вище концепції і, сприйнявши традиційну теорію держави, не віднесли ні державу, ні інші публічні утворення до юридичних осіб публічного права, визнавши державу нарівні з АРК і територіальними громадами самостійними учасниками цивільного обороту.

Хоча держава традиційно визнавалася особливим суб'єктом цивільних відносин, чіткого її статусу як безпосереднього її суб'єкта законодавство до прийняття ЦКУ 2003 р. не визначало. Нормативно регулювалися лише окремі аспекти участі держави в цивільному обороті, зокрема, перехід у її власність деяких видів майна (ст. 136, 137 ЦК УРСР), відшкодування шкоди, заподіяної незаконними діями державних і громадських організацій, а також службових осіб (ст. 442 ЦК УРСР), участь у спадкових відносинах (ч. 2 ст. 524, ст. 534 ЦК УРСР).

ЦК України 2003 р. визначив статус держави в цивільних відносинах, визнавши її нарівні з АРК і територіальними громадами учасником цих відносин. Визнання АРК і територіальних громад учасниками цивільних відносин обумовлювалося здійсненням територіальної автономії та місцевого самоврядування.

Усі публічні утворення діють у цивільних відносинах на рівних правах з іншими їх учасниками. Утім як це досягається?

¹ Кодифікація приватного (цивільного) права України / за ред. проф. А. Довгерта. Київ : Український центр правничих студій, 2000. 356 с.

Розуміючи, що до цивільного обороту залучаються нові учасники, закон встановив, що вони набувають і здійснюють права та обов'язки через відповідні органи в межах компетенції¹ останніх, яка встановлена законом. Так, держава набуває та здійснює права й обов'язки через органи державної влади, АРК — через органи влади АРК, територіальні громади — через органи місцевого самоврядування (ст. 170–172 ЦК). Відповідно до ст. 173 ЦК України у випадках і в порядку, встановленими законом, іншими нормативно-правовими актами, від імені держави, АРК, територіальних громад за спеціальними дорученнями можуть виступати фізичні та юридичні особи, органи державної влади, органи влади АРК та органи місцевого самоврядування. Зокрема, згідно з Конституцією України, Законом України «Про Верховну Раду АРК»² представницьким органом АРК є Верховна Рада АРК. Відповідно до Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні»³ місцеве самоврядування здійснюється територіальними громадами сіл, селищ, міст через сільські, селищні, міські ради та їхні виконавчі органи (виконавчі комітети, відділи, управління тощо) (ч. 2 ст. 2; ст. 11). Органи місцевого самоврядування від імені та в інтересах територіальних громад здійснюють правомочності щодо володіння, користування та розпорядження об'єктами права комунальної власності, зокрема виконують усі майнові операції, можуть передавати об'єкти права комунальної власності в постійне або тимчасове користування юридичним та фізичним особам, здавати їх в оренду, продавати й купувати, використовувати

¹ Категорія «компетенція» пов'язана із встановленням публічно-правового статусу відповідного органу державної (публічної) влади, а тому не є цивільно-правовою і передбачається нормами конституційного або адміністративного права.

² Про Верховну Раду Автономної Республіки Крим : Закон України від 28.12.2015 р. № 90/98-ВР.
URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/90/98-%D0%B2%D1%80#Text>

³ Про місцеве самоврядування в Україні : Закон України від 21.05.1997 р. № 280/97-ВР.
URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/280/97-%D0%B2%D1%80#Text>

як заставу, вирішувати питання їх відчуження, визначати в договорах умови використання й фінансування об'єктів, що приватизуються та передаються в користування та оренду (ч. 5 ст. 60 Закону).

Для того щоб не руйнувати основний принцип цивільно-правового регулювання у відносинах за участю публічних утворень, для яких основною ознакою є і залишається публічна влада (а це стосується не тільки держави, а певною мірою також АРК і територіальних громад), законодавець знаходить їм для участі в цих відносинах заміну, застосувавши відому цивільному законодавству модель представництва. Ураховуючи, що відповідно до доктрини цивільного права до участі в цивільному обороті допускаються тільки ті організації, які є юридичними особами, органам влади надається статус юридичних осіб публічного права. Саме ці органи (органи державної влади, органи влади АРК, органи місцевого самоврядування) є суб'єктами цивільно-правових відносин.

Утім до останнього часу в науковій літературі стосовно правового статусу цих органів теж існували різні точки зору. Одні правники вважали, що вони повинні мати статус юридичної особи, інші ж виступали проти цього, висловлюючи побоювання, що поява юридичних осіб публічного права перетворить державний апарат на цивілістичну структуру, по суті, ототожнюючи такі поняття, як державна служба і публічна юридична особа. Вважаємо, що цей підхід звужує поняття юридичної особи публічного права, а для перетворення державного апарату на цивілістичну структуру немає підґрунтя, оскільки органи влади діють у цивільних відносинах тільки для виконання певних завдань.

Щоб стати учасником цивільних відносин, представницькі органи публічних утворень набувають статус юридичної особи публічного права, будучи одним з її видів. **Публічні юридичні особи — це публічні утворення, що мають на меті державні інтереси, тобто визнані державою**

і забезпечені правом інтереси соціальної спільноти, задоволення яких служить неодмінною умовою і гарантією її існування та розвитку.

Єдиною нормою, яка на сьогодні визначає критерії розмежування юридичних осіб приватного і публічного права, є стаття 81 ЦК України, згідно з положеннями якої поділ їх здійснено на основі так званого «інструментального критерію, за яким мають значення підстава і порядок утворення юридичної особи. Так, юридичні особи приватного права створюються за ініціативою їх засновників на підставі установчих документів, а юридичні особи публічного права — розпорядчим актом Президента України, органу державної влади, органу влади АРК або органу місцевого самоврядування. Інших формальних критеріїв поділу юридичних осіб на приватні і публічні, крім порядку і підстав їх створення, у законодавстві не закріплено.

Саме тому і порядок створення, організаційно-правові форми, правовий статус юридичних осіб публічного права визначаються не положеннями цивільного законодавства, а нормами державного, адміністративного та інших галузей публічного законодавства. Звідси й основою їх виникнення є публічно-правовий акт, що одночасно визначає також внутрішню сторону відносин юридичної особи публічного права. Коли ж публічні юридичні особи стають учасниками цивільних відносин, на них, якщо інше не буде встановлено законом, поширюються правила ЦК України (ст. 82), оскільки саме в цих випадках вони немовби прирівнюються до юридичних осіб приватного права, але, безперечно, ними не стають. При цьому зазначені публічні утворення позбавляються будь-яких привілеїв перед іншими учасниками цивільних відносин — фізичними та юридичними особами.

У випадках і в порядку, встановленими законом, іншими нормативно-правовими актами, від імені держави, АРК, територіальних громад за спеціальними дорученням можуть виступати

фізичні та юридичні особи, органи державної влади, органи влади АРК та органи місцевого самоврядування (ст. 173 ЦКУ). Так, відповідно до Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» певні повноваження для вступу в цивільно-правові відносини можуть бути покладені на сільського, селищного, міського голову, але в межах його компетенції (ст. 42).

Виходячи з викладеного вище, необхідно розрізняти, тим не менше, хто стає стороною у договорах, які укладаються такими представниками. Так, якщо договір укладається безпосередньо компетентним органом держави від її імені, остання і стає стороною цього договору. Саме в держави в такому випадку виникають права, обов'язки та відповідальність за невиконання або неналежне виконання умов договору. Навпаки, якщо договір укладається, наприклад, державним підприємством без посилення на те, що воно діє як представник держави, то така публічна юридична особа діє як самостійний учасник цивільного обороту, і за її дії держава не відповідає.

Публічні утворення як учасники цивільних відносин мають спеціальну цивільну правоздатність, що відповідає меті їх створення.

До цивільних відносин, у яких можуть брати участь публічні утворення, потрібно віднести речові, спадкові, зобов'язальні, виключні правовідносини тощо.

До суттєвих ознак учасників цивільних відносин ЦКК відносить їх майнову самостійність (ст. 2). А це означає, що кожен з останніх має майно, яке належить йому на відповідному праві (титулі). Право власності — основне з речових прав, яке свідчить про майнову самостійність учасника. Звідси логічним є той підхід, який застосував законодавець при визначенні видів права власності, здійснивши її поділ за суб'єктним принципом, закріпивши існування таких видів права власності, як право власності Українського народу, право приватної власності, право державної власності та право комунальної власності (ст. 324–327 ЦК).

Утім ЦК України не наводить перелік майна, що може перебувати, наприклад, у державній власності, встановлюючи лише, що у такій власності є майно, у тому числі грошові кошти, яке належить державі Україна (ч. 1 ст. 326)¹. У власність держави переходить скарб, що є пам'яткою історії та культури (ч. 4 ст. 343 ЦК), реквізоване (ст. 353 ЦК) та конфісковане майно (ст. 354 ЦК) тощо.

Комунальна власність — самостійний вид права власності, суб'єктами якої є територіальні громади. ЦК України теж не містить переліку майна, що може бути в комунальній власності. Такий перелік закріплено в ст. 142 Конституції й деталізовано в ст. 60 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні». Підставою для набуття права комунальної власності є передача майна територіальним громадам безоплатно державою, іншими суб'єктами права власності, а також майнових прав, створення, придбання майна органами місцевого самоврядування в порядку, встановленому законом.

Необхідно зазначити, що ЦК України дещо по-новому підходить до вирішення питань, пов'язаних із набуттям права власності, зокрема, на безхазяйну нерухому річ (ст. 335), знахідку (ст. 338), бездоглядну домашню тварину (ст. 341) тощо, встановлюючи, що за певних обставин вказане майно може перейти і до комунальної власності.

Публічні утворення можуть створювати юридичні особи публічного права (державні підприємства, комунальні підприємства, навчальні заклади), а також юридичні особи приватного права (підприємницькі товариства тощо), брати участь

¹ Донедавна перелік такого майна встановлювався Законом «Про власність» (*Відомості Верховної Ради України*. 1991. № 20. Ст. 249), відповідно до ст. 34 якого це було: майно, яке, зокрема, забезпечує діяльність Верховної Ради та утворюваних нею державних органів; майно Збройних сил, органів державної безпеки, прикордонних і внутрішніх військ; оборонні об'єкти; єдина енергетична система; системи транспорту загального користування, зв'язку та інформації, що мають загальнодержавне значення; кошти державного бюджету; Національний банк України, інші державні банки та їх установи і створювані ними кредитні ресурси; державні резервні, страхові та інші фонди; майно вищих і середніх спеціальних навчальних закладів тощо.

у їх діяльності на загальних підставах, якщо інше не встановлено законом (частини 2 та 3 ст. 167, ст. 168, 169 ЦК). Причому юридична особа публічного права, як і юридична особа приватного права, набуває право власності на майно, передане їй у власність, та на майно, набуте нею у власність на підставах, не заборонених законом (ст. 329 ЦК).

Публічні утворення можуть стати суб'єктами спадкових відносин, а саме: набути право на майно, що входить до спадкової маси. Суб'єктами права спадкування за заповітом можуть бути: держава, АРК, територіальні громади, іноземні держави (ч. 2 ст. 1222 ЦК). Територіальна громада за місцем відкриття спадщини стає її власником у разі визнання цієї спадщини відумерлою (ст. 1277 ЦК).

Публічні утворення беруть участь і в договірних зобов'язаннях, за винятком випадків, прямо передбачених законом. Зокрема, ч. 1 ст. 720 ЦК України встановлює, що сторонами в договорі дарування можуть бути не тільки фізичні особи, юридичні особи, а також держава, АРК, територіальна громада. Це саме стосується й договору про пожертву (ч. 1 ст. 729 ЦКУ). Утім за договором довічного утримання (догляду) сторонами можуть бути: відчужувач — лише фізична особа, а набувач — повнолітня фізична особа або юридична особа (ст. 746 ЦК). Держава здійснює внутрішні й зовнішні державні позики, зокрема, шляхом випуску державних цінних паперів.

Держава бере участь і в недоговірних зобов'язаннях, зокрема у тих, що виникають унаслідок рятування здоров'я та життя фізичної особи, майна фізичної або юридичної особи (глава 80 ЦК); у зобов'язаннях про відшкодування шкоди, завданої прийняттям закону про припинення права власності на певне майно (ст. 1170 ЦК); у зобов'язаннях про відшкодування шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органу дізнання, попереднього (досудового) слідства, прокуратури або суду (ст. 1176 ЦК) тощо.

АРК чи органом місцевого самоврядування відшкодовується шкода у випадках, передбачених ст. 1173, 1174, 1175 ЦК України.

Для публічних утворень, як і для інших учасників цивільних відносин, майнова самостійність є суттєвою ознакою, оскільки вони несуть самостійну майнову відповідальність за своїми зобов'язаннями своїм майном, крім майна, на яке відповідно до закону не може бути звернено стягнення (ст. 174, 175 ЦК). Це означає, що держава не відповідає за зобов'язаннями АРК, територіальних громад, юридичних осіб, які нею створені, крім випадків, установлених законом (ч. 3 та ч. 1 ст. 176 ЦК). Відповідно й АРК не відповідає за зобов'язаннями держави і територіальних громад, а також юридичних осіб, що нею створені, крім випадків, передбачених законом (ч. 4 та ч. 1 ст. 176 ЦК), а територіальна громада не відповідає за зобов'язаннями держави, АРК, інших територіальних громад та юридичних осіб, які нею створені, крім випадків, установлених законом (ч. 5 та ч. 1 ст. 176 ЦК). Логічним є й те, що юридичні особи, створені публічними утвореннями, не відповідають за зобов'язаннями останніх (ч. 2 ст. 176 ЦК).

Аналіз норм ЦК України дозволяє дійти висновку, що, хоча АРК визнається учасником цивільних правовідносин, утім ЦК України не містить спеціальної статті, яка вказувала б, за рахунок якого майна відповідає цей учасник цивільних правовідносин за своїми зобов'язаннями. Проте в умовах Рекодифікації цивільного законодавства пропонується удосконалена редакція ст. 176 ЦКУ, відповідно до ч. 1 якої держава, Автономна Республіка Крим, територіальні громади несуть **субсидіарну відповідальність** за зобов'язаннями створених ними юридичних осіб *публічного права*, крім випадків, встановлених законом.

Держава, АРК та територіальні громади не відповідають за зобов'язаннями створених ними юридичних осіб **приватного права**, крім випадків, коли підпорядковані їм юридичні особи

приватного права завдали шкоди життю і здоров'ю фізичної особи або умисно завдали шкоди майну фізичної або юридичної особи.

Підпорядкуванням у розумінні цієї статті вважається:

- 1) пряме або опосередковане володіння більше ніж 50 відсотками голосів у статутному (складеному) капіталі підприємницького товариства або реалізація більше ніж 50 відсотків голосів у непідприємницькому товаристві та (або)
- 2) право призначення більшості членів органу управління юридичної особи приватного права та (або)
- 3) здійснення іншого прямого чи опосередкованого контролю за допомогою корпоративних прав або здійснення контролю за допомогою іншого корпоративного інтересу.

Юридичні особи, створені державою, Автономною Республікою Крим, територіальними громадами, *не відповідають* за зобов'язаннями, відповідно, держави, Автономної Республіки Крим, територіальних громад.

Стосовно таких учасників цивільних відносин, як іноземні держави, то в ч. 2 ст. 2 ЦК України лише згадується про можливість існування вказаних відносин за участю іноземних держав, але відсутні норми, які б їх регулювали. Тому на сьогодні головним джерелом, що регулює такі відносини, є відповідні міжнародні договори.

Підсумовуючи наведене вище, необхідно виходити з того, що підрозділ 3 розділу П Особи Книги першої ЦК України — ***Участь держави, Автономної Республіки Крим, територіальних громад у цивільних відносинах*** потребує суттєвих змін¹, з урахуванням того що порядок створення, організаційно-правові форми, правовий статус юридичних осіб публічного права визначаються не положеннями

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

цивільного законодавства, а нормами державного, адміністративного та інших галузей публічного законодавства. Звідси й основою їх виникнення є публічно-правовий акт, що одночасно визначає також внутрішню сторону відносин юридичної особи публічного права. Коли ж публічні юридичні особи стають учасниками цивільних відносин, на них, якщо інше не буде встановлено законом, поширюються правила ЦКУ (ст. 82), оскільки саме в цих випадках вони немовби прирівнюються до юридичних осіб приватного права, але, безперечно, ними не стають.

ПРАВОВІ НАСЛІДКИ ПОРУШЕННЯ ЗОБОВ'ЯЗАННЯ: ПЕРЕГЛЯД ПІДХОДІВ ДО РОЗУМІННЯ ПОНЯТТЯ «ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ»

Великанова Марина Миколаївна

*доктор юридичних наук, доцент,
завідувач відділу приватноправових досліджень
Інституту правотворчості та науково-правових експертиз
Національної академії наук України*

Глава 51 Цивільного кодексу України (далі — ЦК України) «Правові наслідки порушення зобов'язання. Відповідальність за порушення зобов'язання» присвячена, власне, регулюванню відносин, що виникають з невиконання або виконання з порушенням умов, визначених змістом зобов'язання (неналежного виконання) зобов'язань.

Відповідно до чинних на цей час норм (ст. 610–625 ЦК України) порушенням зобов'язання є його невиконання або виконання з порушенням умов, визначених змістом зобов'язання (неналежне виконання). У разі порушення зобов'язання настають правові наслідки, встановлені договором або законом, зокрема: 1) припинення зобов'язання внаслідок односторонньої відмови від зобов'язання, якщо це встановлено договором або законом, або розірвання договору; 2) зміна умов зобов'язання; 3) сплата неустойки; 4) відшкодування збитків та моральної шкоди.

Особа, яка порушила зобов'язання, несе відповідальність за наявності її вини (умислу або необережності), якщо інше не встановлено договором або законом. Особа є невинуватою, якщо вона доведе, що вжила всіх залежних від неї

заходів щодо належного виконання зобов'язання. Особа, яка порушила зобов'язання, звільняється від відповідальності за порушення зобов'язання, якщо вона доведе, що це порушення сталося внаслідок випадку або непереборної сили. Не вважається випадком, зокрема, недодержання своїх обов'язків контрагентом боржника, відсутність на ринку товарів, потрібних для виконання зобов'язання, відсутність у боржника необхідних коштів. Боржник відповідає за порушення зобов'язання іншими особами, на яких було покладено його виконання (ст. 528 ЦК України), якщо договором або законом не встановлено відповідальність безпосереднього виконавця. Боржник, який порушив зобов'язання, має відшкодувати кредиторів завдані цим збитки. Якщо за порушення зобов'язання встановлено неустойку, то вона підлягає стягненню в повному розмірі, незалежно від відшкодування збитків. Договором може бути встановлено обов'язок відшкодувати збитки лише в тій частині, в якій вони не покриті неустойкою.

Верховний Суд у Постанові ВС КЦС від 23 травня 2018 р. у справі № 537/4905/15-ц (провадження № 61-11408св18) зазначив, що законодавство містить загальні умови виконання зобов'язання, що полягають у його виконанні належним чином відповідно до умов договору та вимог цього Кодексу, інших актів цивільного законодавства, а за відсутності таких умов та вимог відповідно до звичаїв ділового обороту або інших вимог, що звичайно висуваються. Це правило є універсальним і підлягає застосуванню як до виконання договірних, так і недоговірних зобов'язань. Недотримання умов виконання призводить до порушення зобов'язання¹.

Невиконання взятих на себе зобов'язань за договором розуміється як порушення договору Конвенцією Організації

¹ Постанова ВС КЦС від 23 травня 2018 року у справі № 537/4905/15-ц. URL: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads/supreme/file_3.pdf (дата звернення: 01.02.2024)

Об'єднаних Націй про договори міжнародної купівлі-продажу товарів від 11 квітня 1980 р¹.

У науковій літературі непоодинокими є твердження, що в разі невиконання чи неналежного виконання зобов'язань застосовується цивільно-правова відповідальність як у договірних, так і в недоговірних зобов'язаннях². При цьому відповідальність за порушення зобов'язання в цивільному праві визначається як застосування до особи, яка не виконала або неналежним чином виконала умови договору й/або порушила норми цивільного законодавства, що регулюють зазначені правовідносини, заходів негативного характеру, коли сторона-порушник несе певні майнові обмеження, установлені в договорі або в законі, а потерпіла сторона отримує відшкодування шкоди та відновлення порушених прав³. А підставою цивільно-правової відповідальності є «склад цивільного правопорушення»⁴, який у сучасній літературі ще називають умовами цивільно-правової відповідальності.

Утім, чи дійсно в разі порушення зобов'язання йдеться лише про відповідальність і чи можна вести мову не тільки про застосування заходів цивільно-правової відповідальності, а й використовувати заходи захисту.

Певним чином усталеною в науці можна вважати позицію про два значення поняття «відповідальність» — позитивно-перспективне та негативно-пасивне. Як писав В. А. Ойгензихт, «...відповідальність — поняття багатогранне, воно пов'язане не тільки з минулим (з уже вчиненим проступком), а й і з майбутнім. ...Обов'язок і відповідальність завжди

¹ Конвенція Організації Об'єднаних Націй про договори міжнародної купівлі-продажу товарів від 11 квітня 1980 року. *Офіційний вісник України*. 2006. № 15. Ст. 1171.

² Фоменко Я. Є. Цивільно-правова відповідальність за невиконання грошових зобов'язань в іноземній валюті : дис. ... д-ра філософії в галузі права. Львів, 2022. С. 67.

³ Габриадзе М. Система цивільно-правової відповідальності за порушення зобов'язання. *Юридичний вісник*. 2020. № 1. С. 86.

⁴ Матвеев Г. К. Вина в советском гражданском праве. Киев : Киевский университет, 1955. С. 7.

залежать одне від одного. ...Юридичне поняття відповідальності є перш за все відповідальним ставленням до своїх обов'язків, що забезпечує правильне їх виконання. Відповідальність за порушення є наслідком безвідповідальної поведінки, порушенням обов'язку, наслідком того, що окремим особам зрадило “почуття відповідальності”»¹.

Габріадзе М., досліджуючи цивільно-правову відповідальність за порушення зобов'язання, наводить досвід іноземних держав, вказуючи, що «...наприклад, у цивільному праві Німеччини термін “відповідальність” має різні варіації. Так, для її позначення використовуються *Verantwortung*, *Haftpflicht*, *Verantwortlichkeit*, *Haftung*, але з аналізу німецької наукової доктрини й цивільного законодавства можна зробити висновок, що найбільш еквівалентним для нашого терміна “відповідальність” є *Haftung*. Цей термін може в одному контексті зводитися до обов'язку нести відповідальність за свої дії, а в іншому — до обов'язку з відшкодування шкоди. При цьому важливо також розмежування понять “відповідальність” (*Haftung*) та “обов'язок” (*Verpflichtung*), що виникли на підставі судового рішення. Обов'язок пов'язаний з особою (боржником), а відповідальність — із його майном»².

Нині домінує негативно-ретроспективне розуміння юридичної відповідальності. У доктрині права під юридичною відповідальністю переважно розуміють правоохоронний інститут, який передбачає державно-примусові заходи за скоєне правопорушення та полягає у встановленні для правопорушника негативних наслідків у формі обмежень особистого та майнового характеру³. Утім такий підхід називають одностороннім,

¹ Ойгензихт В. А. Имущественная ответственность в хозяйственных договорах : учеб. пособ. Душанбе, 1980. С. 6.

² Габріадзе М. Система цивільно-правової відповідальності за порушення зобов'язання. *Юридичний вісник*. 2020. № 1. С. 86.

³ Юридична відповідальність: проблеми виключення та звільнення / кол. авт. ; відп. ред. Ю. В. Баулін. Донецьк : ПП «ВД “Кальміус”», 2013. С. 86.

оскільки юридична відповідальність має перспективно-позитивні витoki, відіграє трансформуючу роль, ефективно виконання якої передбачає оперування не тільки примусом і вимогами санкцій, а й методами переконання та заохочення, обліку та контролю, виховання і перевиховання¹.

У зарубіжній доктрині вчення про цивільно-правову відповідальність зводиться до таких теорій: теорія відповідальності як обов'язку, теорія відповідальності як ціни та теорія відповідальності як вразливості. За першою теорією відповідальність розуміється як вторинний обов'язок, що виникає в результаті невиконання первинного обов'язку. При цьому вторинний обов'язок є юридичним наслідком порушення первинних прав або невиконання первинних обов'язків, утім початкове зобов'язання не зникає, а трансформується в іншу форму. Відповідальність як ціна розглядається в контексті тих витрат, втрат, плати, яку заподіювач шкоди має сплатити за порушення. І відносно нова теорія — теорія відповідальності як вразливості була сформульована Натаном Б. Оманом (Nathan B. Oman). На його думку, перші дві теорії мають спільний суттєвий недолік: вони орієнтовані на державний примус. Однак такий державний примус не буде застосований без вчинення відповідних дій потерпілою особою. Натомість відповідальність як вразливість пояснюється автором тим, що бути відповідальним означає, що особа піддається нападу, якому раніше не піддавалась. Власність і свобода відповідача, якого визнали не відповідальним за певні цивільні правопорушення, залишаються захищеними від будь-яких подальших дій позивача. Однак, якщо відповідача буде визнано відповідальним, все змінюється. Тепер позивач має право звернутися до примусового апарату держави з вимогою про примушування відповідача виконати певний обов'язок. Оскільки відповідач більше не є «невразливим» у результаті

¹ Дашковська О. Р., Яворський В. О., Безсонова К. Д. Позитивна юридична відповідальність: загальнотеоретична характеристика. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Сер. Право.* 2021. Вип. 64. С. 23.

захисту держави, саме той примусовий механізм, який його захищав, тепер надається позивачу для використання так, як він вважає за потрібне. Звісно, існують обмеження щодо вразливості відповідача. У розпорядження позивача надаються лише певні засоби правового захисту. Визначальна ознака правового статусу цивільно-правової відповідальності полягає саме в цьому нестабільному становищі — можливості бути підданому приватному нападу з боку позивача¹.

З позицій економічного аналізу права на відповідальність покладається не тільки (і не стільки) компенсаційна функція, а й функція забезпечення належних стимулів щодо зменшення ризиків. Виконання відповідальністю другої функції залежить від того, у яких відносинах вона виникає. Так, якщо йдеться про недоговірні відносини, зокрема із заподіяння шкоди, то здатність відповідальності стимулювати осіб до зменшення чи уникнення різних небезпек є високою. Це пояснюється тим, що за відсутності відповідальності на потенційних правопорушників покладаються всі витрати на запобіжні заходи без можливості їх трансформації у переваги, тобто в потенційного правопорушника відсутній стимул вживати запобіжних заходів, оскільки він не очікує зменшення відповідальності, що, своєю чергою, призводить до неоптимального рівня дбайливості та надмірної кількості випадків заподіяння шкоди. Натомість через наявність відповідальності потенційний правопорушник усвідомлює переваги своєї обережності, що спонукатиме його вживати оптимальних запобіжних заходів з метою зменшення очікуваної відповідальності².

Вирішення питання про те, як відповідальність створює стимули для зниження ризику, залежить від того, на підставі

¹ Oman, Nathan B. A Theory of Civil Liability (2014). Faculty Publications. 1669. URL: <https://scholarship.law.wm.edu/facpubs/1669> (дата звернення: 11.01.2024).

² Mattiacci Giuseppe Dari, Parisi Francesco. The Economics of Tort Law: A Précis. URL: <http://www.koopmansinstitute.uu.nl> (дата звернення: 11.01.2024).

якого принципу особа притягується до цивільно-правової відповідальності. У науці визначають два принципи відповідальності — сувору відповідальність та принцип вини. Згідно з правилами суворої відповідальності сторона, яка завдає шкоди іншому, компенсує її незалежно від того, хто винен. Відповідно до принципу вини правопорушник повинен сплатити за заподіяну шкоду, якщо така шкода зумовлена недостатньою його завбачливістю, тобто тільки тоді, коли його рівень турботи був меншим, ніж стандарт, що вимагається¹. Інакше кажучи, йдеться про відповідальність незалежно від вини та залежно від вини.

Сувору відповідальність, як і відсутність відповідальності, не може забезпечити ефективний результат з погляду стимулювання до зменшення небезпек. Автори пояснюють це тим, що в системі суворої відповідальності заподіювач шкоди повинен нести як витрати на запобіжні заходи, так і очікуваний розмір шкоди, а отже, і мінімізувати суму цих витрат. Це забезпечує ефективний рівень життя запобіжних заходів, але тільки з боку заподіювача шкоди. Натомість для потерпілого відсутні стимули для запобігання шкоді, оскільки він завжди отримує компенсацію. За відсутності відповідальності ситуація стає протилежною. Те саме стосується й договірних відносин, тому що ні сувору відповідальність, ні відсутність відповідальності не можуть одночасно впливати на обидві сторони з метою стимулювання до зменшення ризику, у той час як жодна зі сторін не може вжити необхідних запобіжних заходів, змінивши свої дії в односторонньому порядку, коли інша сторона не змінює свої².

¹ Kaplow Louis, Shavell Steven. *Economic Analysis of Law*. 1999. URL: http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/251.pdf (дата звернення: 11.12.2018) ; Mattiacci Giuseppe Dari, Parisi Francesco. *The Economics of Tort Law: A Précis*. URL: <http://www.koopmansinstitute.uu.nl> (дата звернення: 11.01.2024).

² Mattiacci Giuseppe Dari, Parisi Francesco. *The Economics of Tort Law: A Précis*. URL: <http://www.koopmansinstitute.uu.nl> (дата звернення: 11.01.2024).

Відповідальність залежно від вини може виконувати функцію створення оптимальних стимулів як для заподіювачів, так і для потерпілих, у тому числі для досягнення ефективності в договірних відносинах. Правила відповідальності залежно від вини визначають рівень належної обачності та перевіряють, прийняла цей рівень обачності відповідна сторона чи ні. Відповідно, обидві сторони правовідносин вмотивовані до вжиття всіх необхідних заходів щодо запобігання заподіяння шкоди або, за неможливості її уникнення, зменшення розміру завданої шкоди. Отже, при вирішенні питання про здійснення певного виду діяльності розумна особа вирішуватиме, чи виправдовує вигода від діяльності ризик відповідальності та/або витрати на запобігання шкоді (чи «гра варта свічки»). За цією логікою, суб'єкти будуть реагувати на відповідальність шляхом вжиття соціально оптимального рівня запобіжних заходів¹. А це, своєю чергою, характеризуватиме поведінку окремих суб'єктів як перспективну і раціональну, а з погляду добробуту — соціально бажану².

Сучасна уніфікація норм приватного права та запровадження європейських стандартів зумовили потребу оновлення приписів чинного законодавства щодо цивільно-правової відповідальності³. Так, гармонізація цивільного законодавства у сфері недоговірних зобов'язань здійснюється під впливом Принципів європейського деліктного права (Principles of European Tort Law — PETL). Проте підхід, реалізований у PETL, не може співіснувати з конструкцією негативно-ретроспективної цивільно-правової відповідальності, оскільки деліктна

¹ Mattiacci Giuseppe Dari, Parisi Francesco. *The Economics of Tort Law: A Précis*. URL: <http://www.koopmansinstitute.uu.nl> (дата звернення: 11.01.2024).

² Великанова М. М. *Ризики в цивільному праві України: теоретичні та практичні аспекти* : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2020. С. 386–388.

³ Dzera, O. V., Velykanova, M. M. & Bilenko, M. S. (2022). Overview of approaches to the institute of civil legal responsibility in the process of recodification of the civil code of Ukraine. *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*. Vol. 29(1). P. 108.

відповідальність може мати місце також у разі правомірного завдання шкоди або незалежно від вини заподіювача шкоди¹.

У літературі наголошується, що юридична відповідальність єдина, як єдиний і будь-який інший вид соціальної відповідальності. Розрізняються лише форми її реалізації — добровільна і примусова².

У Європі застарілі підходи до розуміння цивільно-правової відповідальності вже давно переглянуті. Зокрема, після реформи французького договірної права у Франції розпочався другий етап модернізації цивільного права — реформа законодавства про цивільну відповідальність. Основні завдання реформування: консолідація законодавства; урахування принципів позицій, які активно обговорюються в професійному середовищі; доповнення чинного законодавства низкою новел³.

В Україні також виникла нагальна необхідність перегляду підходів до цивільно-правової відповідальності. При цьому мають бути враховані такі основні функції цивільно-правової відповідальності, як компенсаційна (спрямованість на поновлення порушеної сфери потерпілої особи), так і превентивна (забезпечення належних стимулів щодо вжиття оптимальних запобіжних заходів з метою зменшення або уникнення очікуваної відповідальності)⁴.

Відповідно до п. 22 ч. 1 ст. 92 Конституції України⁵ виключно законами України визначаються засади цивільно-правової відповідальності; діяння, які є злочинами, адміністративними

¹ Рекодифікація цивільного законодавства України: виклики часу : монографія / за заг. ред. Н. С. Кузнецової. Одеса : Видавничий дім «Гельветика», 2021. С. 416.

² Про українське право. *Часопис кафедри теорії та історії держави і права Київ. нац. ун-ту імені Тараса Шевченка* / за ред. проф. І. Безклубого. Київ, 2010. № 5. С. 37.

³ Рютюка Y. D., Khomenko M. M., Bulat I. A. The reform of civil legislation on legal liability. *Global Journal of Comparative Law*. 2021. Vol. 10, no. 1–2. P. 108–109.

⁴ Dzera, O. V., Velykanova, M. M. & Bilenko, M. S. (2022). Overview of approaches to the institute of civil legal responsibility in the process of recodification of the civil code of Ukraine. *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*. Vol. 29(1). P. 108.

⁵ Конституція України від 28 червня 1996 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.

або дисциплінарними правопорушеннями, та відповідальність за них. Розглядаючи питання щодо офіційного тлумачення положень п. 22 ч. 1 ст. 92 Конституції України, Конституційний Суд України (далі — КСУ) поняття юридичної відповідальності використав у розумінні застосування заходів публічно-правового характеру за невиконання чи неналежне виконання своїх обов'язків. Системний аналіз викладених конституційних положень дав підстави КСУ дійти висновку, що за своїм змістом п. 22 ч. 1 статті 92 Конституції України спрямований не на встановлення переліку видів юридичної відповідальності. Ним визначено, що виключно законами України мають врегулюватися засади цивільно-правової відповідальності (загальні підстави, умови, форми відповідальності тощо), підстави кримінальної, адміністративної та дисциплінарної відповідальності — діяння, які є злочинами, адміністративними або дисциплінарними правопорушеннями (основні ознаки правопорушень, що утворюють їх склад), та відповідальність за них¹. Отже, можна констатувати, що на відміну від кримінальної, адміністративної та дисциплінарної відповідальності підстави цивільно-правової відповідальності не зводяться лише до тих, які закріплені законом. Це дозволяє вести мову про досить широке розуміння поняття цивільно-правової відповідальності, яким охоплюється й порушення зобов'язань².

У зарубіжній науковій літературі термін «відповідальність» вживається у прив'язці до деліктів³. Наприклад, у публікації,

¹ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням відкритого акціонерного товариства «Всеукраїнський акціонерний банк» щодо офіційного тлумачення положень пункту 22 частини першої статті 92 Конституції України, частин першої, третьої статті 2, частини першої статті 38 Кодексу України про адміністративні правопорушення (справа про відповідальність юридичних осіб). *Офіційний вісник України*. 2001. № 24. С. 57. Ст. 1076.

² Dzera, O. V., Velykanova, M. M. & Bilenko, M. S. (2022). Overview of approaches to the institute of civil legal responsibility in the process of recodification of the civil code of Ukraine. *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*. Vol. 29(1). P. 106–115.

³ Richard Marcus. A Legend in His Own Time, and a Fixer for Mass Tort Litigation. *Law and Contemporary Problems*. 2021. Vol. 84, no. 2. P. 183–206; Robert E. Scott. The Paradox of Contracting in Markets. *Law and Contemporary Problems*. 2020. Vol. 83, no. 2. P. 71–99.

присвяченій дослідженню договорів у сфері торгівлі, поняття «відповідальність» вживається в контексті позадоговірних претензій¹. Цілями деліктного права називають відшкодування шкоди та стримування майбутньої деліктної поведінки², що за своєю суттю є виконанням компенсаційної та превентивної функцій цивільно-правової відповідальності. Також висловлюється думка, що порушення договору традиційно не вважається правопорушенням³.

У Концепції оновлення Цивільного кодексу України членами Робочої групи щодо рекодифікації (оновлення) цивільного законодавства України в межах системного оновлення Цивільного кодексу України запропоновано переглянути нормативний підхід до співвідношення понять «правові наслідки порушення зобов'язання» та «відповідальність». Замість словосполучення «відповідальність за порушення зобов'язання», на думку авторів, доцільно в назві глави 51 ЦК України використовувати категорію «правові наслідки невиконання зобов'язання». Натомість категорія «відповідальність» має використовуватися до випадків протиправного заподіяння шкоди⁴.

Зрозуміло, що відповідальність за протиправне заподіяння шкоди та правові наслідки невиконання зобов'язання охоплюються ретроспективним та перспективним поняттям цивільно-правової відповідальності відповідно. Перше є наслідком правопорушення, а друге — невиконанням взятого на себе чи покладеного обов'язку. Разом з тим поняття цивільно-правової відповідальності, як і її підстави та заходи, доцільно уточнити. Зокрема, чи доречно охоплювати поняттям цивільно-правової

¹ Robert E. Scott. The Paradox of Contracting in Markets. Law and Contemporary Problems. 2020. Vol. 83, no. 2. P. 83.

² Giuffrida I. Liability for AI decision-making: Some legal and ethical considerations. Fordham Law Review. 2019. Vol. 88, no. 2. P. 443.

³ Theories of the Common Law of Torts. URL: <https://plato.stanford.edu/entries/tort-theories/> (дата звернення: 11.01.2024).

⁴ Концепція оновлення Цивільного кодексу України. Київ : Видавничий дім «АртЕк», 2020. С. 43.

відповідальності і, відповідно, застосовувати умови цивільно-правової відповідальності до тих ситуацій, коли відсутнє відповідальне ставлення суб'єктів до своїх обов'язків, що забезпечує правильне їх виконання. І як у такому разі бути із ризиковою діяльністю? Вона охоплюється умовами цивільно-правової відповідальності чи ні, адже ризик характеризує діяльність, яка здійснюється в межах правового поля? А отже, важко говорити про першу умову відповідальності — протиправність поведінки. І хоча категорія «цивільно-правова відповідальність» нерідко змішується з категорією «ризик», утім за своєю правовою спрямованістю і правовими наслідками вони суттєво відрізняються. Ризик виходить далеко за межі майнової відповідальності, і в багатьох випадках в силу нормативного припису особа змушена нести негативні майнові наслідки за відсутності протиправності її поведінки. У зв'язку з цим співвідношення категорій ризику і відповідальності проявляється в тому, що ризик дає змогу подолати негативні наслідки, які не зумовлені не тільки протиправністю поведінки боржника, а і його поведінкою взагалі. Відповідальність же в будь-якому випадку пов'язана з несприятливими наслідками для особи, яка порушила норми права¹.

З іншого боку, варто пам'ятати, що відповідальність разом із функцією компенсації виконує й функцію стримування, що дає змогу забезпечити ефективний (соціально та економічно) результат². З економічного погляду правила відповідальності є інструментом інтерналізуванню ризиків, створюючи стимули для суспільно вигідної поведінки³. Наприклад, коли йдеться

¹ Dzera, O. V., Velykanova, M. M. & Bilenko, M. S. (2022). Overview of approaches to the institute of civil legal responsibility in the process of recodification of the civil code of Ukraine. *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*. Vol. 29(1). P. 106–115.

² Maydanyk, R. A., Maydanyk, N. I. & Velykanova, M. M. Liability for damage caused using artificial intelligence technologies. *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*. 2021. Vol. 28(2). P. 150–159.

³ Zech, H. Liability for AI: Public policy considerations. *ERA Forum*. 2021. Vol. 22. P. 150.

про особливий рід діяльності, пов'язаний з відносинами з використання техніки, штучного інтелекту чи здійсненням окремих видів професійної діяльності, то поняття більш високої відповідальності вживається в позитивно-перспективному значенні. Мається на увазі відповідальне ставлення суб'єктів до своїх обов'язків, що забезпечує правильне їх виконання. При цьому через особливості діяльності, пов'язаної з відносинами з використання техніки чи здійсненням окремих видів професійної діяльності, вимоги до відповідального ставлення до обов'язків є завищеними порівняно з іншою діяльністю. Відшкодування винного заподіяння шкоди в таких випадках потрібно розуміти як міру цивільно-правової відповідальності. При безвинному заподіянні шкоди відшкодування є мірою захисту прав потерпілої особи.

Загалом, схвалюючи згадану ідею, висловлену в Концепції оновлення Цивільного кодексу України, видається доцільним ввести до Цивільного кодексу України не категорію «правові наслідки невиконання зобов'язання», а «правові наслідки невиконання, порушення цивільного обов'язку». У такому випадку поняттям «правові наслідки невиконання (порушення) цивільного обов'язку» охоплюватимуться: 1) заходи захисту цивільних прав та інтересів; 2) заходи, якими забезпечується відновлення динаміки та функціонування цивільних правовідносин; 3) заходи цивільно-правової відповідальності. У зв'язку з цим вбачається доцільним внести зміни до ст. 14 Цивільного кодексу України, зокрема викласти ч. 3 ст. 14 у такій редакції: «Виконання цивільних обов'язків забезпечується засобами заохочення, застосуванням заходів відповідальності та іншими правовими наслідками, які встановлені договором або актом цивільного законодавства». Це дозволить розширити можливість захисту порушених прав та інтересів й ефективного їх відновлення¹.

¹ Dzera, O. V., Velykanova, M. M. & Bilenko, M. S. (2022). Overview of approaches to the institute of civil legal responsibility in the process of recodification of the civil code of Ukraine. *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*. Vol. 29(1). P. 106–115.

Також є потреба внесення змін до назви глави 51 Цивільного кодексу України. Зараз ця глава називається «Правові наслідки порушення зобов'язання. Відповідальність за порушення зобов'язання». Таке формулювання є не дуже коректним, оскільки правові наслідки порушення зобов'язання протиставляються відповідальності. Утім відповідальність є лише складовою правових наслідків порушення зобов'язання. Тому доцільно розглянути питання про перейменування глави 51 Цивільного кодексу України на «Відповідальність та інші правові наслідки порушення зобов'язання».

ООНОВЛЕННЯ ГЛАВИ 16 ЦИВІЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ: ДОГОВОРИ ТА ІНШІ ПРАВОЧИНИ

Гриняк Андрій Богданович

*професор, доктор юридичних наук,
член-кореспондент Національної академії правових наук України,
заслужений юрист України,
заступник директора Інституту правотворчості
та науково-правових експертиз
Національної академії наук України,
академік-секретар відділення цивільно-правових наук
Національної академії правових наук України*

Розпочинаючи аналіз підходів до оновлення глави 16 Цивільного кодексу України з урахуванням необхідності їх гармонізації зі стандартами Європейського Союзу, насамперед варто наголосити, що вироблення таких спільних підходів є нагальним питанням як для нашої країни, так і країн — членів ЄС. Пов'язано це з низкою чинників як глобалізаційного характеру, так і проблемою поділу правопорядків на: 1) європейський правопорядок у цілому; 2) міжнародний правопорядок, що складається в рамках ЄС (інтернаціональний правопорядок); 3) транснаціональний правопорядок (*suī generis*) (“soft law”, “lex mercatoria”); 4) національні правопорядки держав-членів ЄС. Сьогодні ж цей процес ускладнюється й міжнародними конфліктами.

Наведені вище чинники безпосередньо чи опосередковано впливають і на розвиток сучасного договірного права ЄС. Зокрема, це пов'язано з особливостями приватних кодифікацій національного законодавства окремих країн, яке подекуди не відповідає глобалізаційним економічним інтересам. Зазначене підтверджується наявністю в межах ЄС трьох моделей договірного права французької, німецької

та англійської¹, що серйозно ускладнює механізм гармонізації договірнього права та зумовлює пошук альтернативних цьому шляхів — таких, як, наприклад, гармонізація колізійних норм про договірні зобов'язання. Саме тому процес гармонізації договірнього права ЄС сьогодні спрямований на узгодження спільних підходів, вироблення загальних принципів договірнього права (так звана «мінімальна гармонізація»), коли на рівні директив ЄС закріплюються тільки мінімальні стандарти, а країни-члени можуть встановлювати більш жорсткі вимоги до договірнього регулювання приватноправових відносин. Такий підхід в європейській правовій доктрині пояснюється можливістю визначення базового рівня однакового регулювання та можливістю збереження національних особливостей².

Особливий інтерес з погляду імплементації гармонізованих підходів ЄС у ЦК України становлять закріплені в документах з уніфікації європейського договірнього права (DCFR, PECL, Принципах УНІДРУА, Принципах Acquis тощо) новітні зміни в механізмі договірнього регулювання не лише з огляду на феномен договору, його свободу, дотримання правових принципів, а й на новітні розуміння свободи форми договору, механізму регулювання договірних відносин, його стадій тощо. Усе пов'язано з необхідністю пошуку взаємозв'язку між трьома одночасними й взаємопов'язаними явищами: 1) економічною глобалізацією; 2) правовою глобалізацією; 3) зміною ролі національної держави як основного фундаменту приватного права й основного захисника правових, економічних інтересів осіб³.

¹ Conference 'Which European contract law for the European Union?' Press Pack. Université de 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).

² Barnard C. The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms. Second Edition. New York : Oxford University Press, 2007. P. 600.

³ Гармонизация договорного права / Белоусов Ю. В., Бек Ю. Б., Дыминская Е. Ю. и др. ; под ред. У. Хельманна, С. А. Балашенко, Ю. В. Белоусова. Хмельницкий : Хмельницкий университет управления и права, 2015. С. 44.

Кардинальні соціально-економічні зміни векторів розвитку країни після збройної агресії росії проти України, що розпочалася у 2014 році, отримання Україною у 2022 році статусу кандидата в члени ЄС поставили перед українськими вченими-правниками важливе завдання з реформування підходів до належного правового регулювання економічних відносин шляхом оновлення цивільного законодавства загалом та орієнтованого на ЄС договірного законодавства зокрема. Це, своєю чергою, сприяє змінам парадигми цивільно-правового договору від другорядного до рівного із законом регулятора відносин. Відповідно, реформування договірного законодавства має торкнутися не стільки форми, в якій виражаються певні правові ідеї, скільки зміщення акцентів із законодавчого регулювання правовідносин між їх учасниками в бік договірної їх визначення. При цьому договір варто вважати не загальнообов'язковим актом, а похідною від закону домовленістю, що зобов'язує лише тих сторін, які прийняли в ній участь¹.

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); систематизацію договорів у ЦК України; розмежування станів визнання договору неукладеним та недійсним; належного та реального виконання договірних зобов'язань; недосягнення згоди щодо усіх істотних умов чи їх неоднозначне розуміння сторонами тощо.

Ба більше такі процеси зближення правових систем є можливими виключно за умови розроблення гармонійного внутрішнього законодавства. Це, відповідно, і стимулює подальшу

¹ Рекодифікація цивільного законодавства України: виклики часу : монографія / за заг. ред. Н. С. Кузнецової. 2-ге вид., допов. та переробл. Одеса : Видавничий дім «Гельветика», 2021. С. 359–360.

роботу над оновленням Цивільного кодексу України, зокрема над завершенням підготовки оновленої редакції Книги першої, з приводу глави 16 якої сьогодні тривають дискусії. Зокрема:

1. Щодо доцільності об'єднання та назви глави 16 ЦК України.

На стадії обговорення пропозицій щодо оновлення Книги першої ЦК України постало питання об'єднання «розпорошеного» нормативного матеріалу про правочини та загальні положення про договори між главою 16 «Правочини» та главою 52 «Загальні положення про договір» і главою 53 «Укладення, зміна і розірвання договору» ЦК України. Зазначена ідея щодо доцільності об'єднання в межах однієї глави нормативного матеріалу щодо конструкції договору та правочину закріплена в Концепції оновлення Цивільного кодексу України¹ та обґрунтовується змістовним наповненням зазначеної глави, оскільки у ній, по суті, йдеться про договір як правочин як юридичний факт, а не як зобов'язання. З цього приводу варто підтримати міркування Н. С. Кузнецової, що з погляду загальної архітектури ЦК України цей розділ «Загальні положення про договір», 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 потрібно розглядати також як важливий регулятор приватних відносин².

Отже, пошук найбільш дієвих підходів щодо об'єднання «розпорошеного» нормативного матеріалу про правочини (гл. 16) та договори (гл. 52, 53) у ЦК України доцільно розпочати з обґрунтування такої необхідності. Аналіз

¹ Концепція оновлення Цивільного кодексу України. Київ : Видавничий дім «АртЕк», 2020. С. 11.

² Рекодифікація цивільного законодавства України: виклики часу : монографія / за заг. ред. Н. С. Кузнецової. 2-ге вид., допов. та переробл. Одеса : Видавничий дім «Гельветика», 2021. С. 347.

практики застосування положень цих глав свідчить про близькість їх змістовних частин, оскільки практично всі правочини (за винятком заповіту та довіреності, відмов від переважного права і ще деяких поодиноких дій) є договорами. Правочинну природу договору відстоював В. В. Луць, на думку якого, договір є видом правочину, а саме, дво- чи багатостороннім правочинном як погодженою дією (а отже, і волею) двох або більше сторін, спрямованою на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків (ч. 1, 4 ст. 202 ЦК України)¹. Схожої позиції дотримується й М. М. Сибільов, на думку якого, саме правочинна природа договору дала можливість дослідникам виявити його ознаки як юридичного факту: по-перше, наявність єдиного волевиявлення двох або більше осіб, що виражає їх спільну волю; по-друге, спрямованість спільних дій на досягнення певних цивільно-правових результатів². Прикладом наведеного служать положення § 2 «Правові наслідки недодержання сторонами при вчиненні правочину вимог закону» глави 16 ЦК України, що стосуються здебільшого недійсності саме цивільно-правових договорів.

Більше того, чинний ЦК України, відійшовши від радянської моделі («можна те, що дозволено»), запровадив іншу модель («дозволено все, що не заборонено») правового регулювання. Принциповою відмінністю цих моделей є те, що діюча сьогодні не обмежує свою сферу тільки нормативними актами, а має справу з великою кількістю інших джерел, у тому числі й договору, який використовується не тільки цивільним, а й багатьма іншими галузями права (міжнародним, конституційним, адміністративним, трудовим, земельним тощо). З цього приводу варто навести тезу Н. С. Кузнецової, що правочин як юридичний

¹ Новітні підходи до розуміння юридичних фактів у механізмі правового регулювання приватних відносин : зб. наук. праць / 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. 63.

² Сибільов М. М. Загальні положення регулювання відносин у сфері надання послуг за проектом нового Цивільного кодексу України. *Вісник Академії правових наук України*. 1996. № 4. С. 88.

факт знаходиться під впливом двох правових «світів» — приватного і публічного. Як «агент приватного права» правочин зберігає всі ознаки, характерні приватній автономії. Водночас правочин, щоб стати юридичним фактом, має бути «протестованим» публічним правом — він має відповідати нормам об'єктивного права¹. Разом із тим договір відрізняється від інших юридичних фактів тим, що він безпосередньо регулює поведінку сторін, визначає права та обов'язки учасників правовідношення, а не лише дає підстави для застосування тієї чи іншої норми права до конкретного правовідношення. Відповідно, сам договір є джерелом того правового стандарту, який буде визначати модель належної поведінки сторін². Розглядаючи договір як самостійне джерело цивільного права, необхідно мати на увазі не нормативні договори (*типові, примірні договори, статuti господарських товариств, угоди, конвенції, пакти тощо* (курсив наш. — А. Г.)), а договір, не передбачений актами цивільного законодавства. Такий договір укладається виключно внаслідок власного волевиявлення сторін, а його зміст визначається без посилання на чинні норми, що регулюють певні договори, у тому числі із застосуванням аналогії закону. Укладений у такий спосіб договір є єдиним регулятором суспільних відносин, що породжуються ним³.

Як юридичному факту договору притаманна спеціальна ознака, яка, незважаючи на похідну від правочину природу, відрізняє договір від інших юридичних фактів. Зокрема, у ньому фіксується воля двох і більше сторін, яка спрямована на досягнення конкретних цивільно-правових наслідків. Інакше кажучи, договір як юридичний факт є правомірною

¹ Рекодифікація цивільного законодавства України: виклики часу: монографія / за заг. ред. Н. С. Кузнецової. Одеса: Видавничий дім «Гельветика», 2021. С. 482–483.

² Кузнецова Н. С. Договір у механізмі регулювання цивільно-правових відносин. *Право України*. 2012. № 9. С. 14.

³ Бірюкова А. Г. Особливості договору як джерела цивільного права України. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Сер. Юриспруденція*. 2018. № 33. С. 90.

дією, що відображає волю його сторін, спрямовану на виникнення, зміну або припинення цивільних прав і обов'язків, зміст якої залежить тільки від такого волевиявлення.

Із наведеного можна дійти висновку про доцільність змістовного об'єднання в межах глави 16 ЦК України загальних положень про правочини та цивільно-правові договори. Це пов'язано й з усуненням певного дисбалансу в межах Книги п'ятої ЦК України, де закріплено загальні положення про зобов'язання, загальні положення про договір, однак загальних положень про делікти не визначено. Ба більше, урегулюванню договірних зобов'язань присвячено близько 500 статей, натомість недоговірним — 71 стаття, що визнається цілком виправданим, оскільки договір є одним із головних концептів приватного права, а недоговірні зобов'язання в цілому тяжіють до публічного права (зокрема, за методом правового регулювання відповідних відносин)¹. Відповідно, і такий дисбаланс доцільно нівелювати шляхом переміщення глав 52, 53 у главу 16 Книги першої ЦК України. У цьому випадку Книга п'ята розпочинатиметься із загальних положень про зобов'язання (як договірні, так і позадоговірні) без виокремлення розділу II «Загальні положення про договір».

Окремого аналізу потребує й питання найменування такої «об'єднаної» глави. З цього приводу заслуговує на увагу відображений у Модельних правилах європейського приватного права (Draft Common Frame of Reference (далі — DCFR) підхід, за яким Книга II називається «Договори та інші юридичні акти». Схожий підхід закріплено й у структурі Німецького цивільного уложення, де в межах Книги I «Загальна частина» в частині 3 «Угоди (правочини)» розміщено розділ 3 «Договір». Такий же підхід до структурування відображено й у Цивільному законі Латвійської Республіки, де частина 4 «Зобов'язальне право» розпочинається з глави «Юридичні угоди в цілому»,

¹ Харитонов Є. О., Харитонova О. І. Оновлення (кодифікація та рекодифікація) цивільного законодавства України: досвід, проблеми та перспективи : монографія / Харитонов Є. О., Харитонova О. І. Одеса : Фенікс, 2020. С. 290.

а наступна глава, що стосується цивільно-правових договорів, — із загального правила: «все, що встановлено щодо вчинення юридичних угод загалом, застосовується і до укладання договорів». Відповідно, зважаючи на наведений європейський досвід, главу 16 ЦК України доцільно назвати «Договори та інші правочини», виходячи з назви Книги II Модельних правил європейського приватного права, однак зберігаючи історично усталене ще в Цивільному кодексі УРСР 1922 року використання терміна «правочини».

2. Щодо структурного переформатування матеріалу в межах об'єднаної глави 16 ЦК України.

З метою оптимального структурування нормативного матеріалу в межах оновленої глави 16 ЦК України доцільно подумати над її нумерацією. Вирішення цього питання можливо двома шляхами: 1) через нумерацію з додатковою цифрою (ст. 209-прим; ст. 209-2 тощо); 2) через оновлення нумерації всього ЦК України. Безперечно, якщо говорити про зручність використання, то нумерація з додатковою цифрою буде більш ускладненою, зважаючи на існуючий нині обсяг статей у главах 52 та 53 (30 статей) ЦК України, що створюватиме певні труднощі в застосуванні. Разом із тим потрібно й усвідомлювати, що процес оновлення кодексу відбувається поетапно («покнижно»), тому пропонується робочим варіантом допоки обрати нумерацію з додатковою цифрою (ст. 209-прим тощо), а уже коли завершуватиметься робота над останніми книгами — повернутися до цього питання та повністю переформатувати нумерацію кодексу.

3. Щодо змістовного переформатування матеріалу в межах об'єднаної глави 16 ЦК України.

Пропонуємо об'єднану главу 16 «Договори та інші правочини» структурувати за трьома параграфами:

- § 1. Загальні положення про договори та інші правочини.
- § 2. Укладення, зміна і розірвання договору.
- § 3. Недійсність договору.

У межах § 1 «Загальні положення про договори та інші правочини» об'єктом правового врегулювання буде саме договір як основний (порівняно із законодавчим) регулятор приватноправових відносин, що змістить акценти з нормативного в бік індивідуального їх регулювання із закріпленням загального правила, що *«все, що встановлено щодо договору, застосовується і до правочинів»*.

У межах цього параграфу планується виокремлення статей, присвячених закріпленню дефініцій договору та правочину, а також виокремленню видів договорів. Пропонується зміна підходів до загальних умов дійсності договорів та інших правочинів шляхом закріплення презумпції їх дійсності (ст. 203), за винятком випадків, якщо вони визнані недійсними судом. Відповідно статтю 203 ЦК України перейменовано як «Загальні умови дійсності договору», а самі умови дійсності класифіковано на ті, що спрямовані: 1) на забезпечення додержання суспільного правопорядку (імперативні норми); 2) на забезпечення додержання принципу автономної волі (вимог щодо суб'єктного складу та вільного волевиявлення).

Потребують змістовного перегляду глави 52 і 53 ЦК України. Зокрема, до § 1 «Загальні положення про договори та інші правочини» з метою оптимального та більш логічного структурування нормативного матеріалу стосовно конструкції договору перенесено норми щодо поняття договору та ознак, що його характеризують. У цивілістиці існують різні точки зору щодо юридичної природи договору і, відповідно, й різні підходи до визначення його поняття. Пояснити це можна неможливістю вироблення однозначного визначення цього поняття, оскільки договору властиво набувати різного значення за різних обставин (договір-правочин, договір-правовідношення, договір-документ, договір-регулятор). Не вдаючись до детального аналізу цього питання, аналіз якого досить детально здійснено у вітчизняній правовій доктрині, одразу ж зазначимо щодо доцільності визначення поняття договору через спрямовану на встановлення,

зміну або припинення цивільних прав та обов'язків домовленість. Такого висновку доходимо, зважаючи на певну спорідненість понять «договір» і «домовленість», у яких закладено єдиний зміст — правові наслідки повинні виникати тільки після погодження їх сторонами і за взаємною згодою. Якщо сторони не нададуть досягнутій домовленості відповідної форми, до неї не застосовуватиметься принцип «*pacta sunt servanta*», оскільки будь-яка сторона може відмовитися від домовленості. З цього приводу в юридичній літературі слушно наголошується, що, оскільки за межами права поєднана воля сторін не становить собою договір, а лише домовленість, узгодження тощо, у подальшому така домовленість має бути у відповідний спосіб оформлена для надання їй юридичної сили¹. Відповідно договір є належним чином оформленою домовленістю сторін, спрямованою на виникнення, зміну чи припинення цивільних прав та обов'язків, що відображає погодження волі сторін щодо виникнення зобов'язального правовідношення. Домовленість набуває форми договору за умови дотримання необхідних вимог укладення договору, коли сторони визначають, якими будуть умови їх домовленості. Термін «домовленість» вживається і в низці інших статей ЦК України як синонім поняття договору (ч. 1 ст. 123, ч. 1, 2 ст. 604 ЦК України).

З цього приводу існує й протилежна точка зору, яка ґрунтується на тому, що термін «домовленість» не охоплює конклюдентні дії та дії з передання майна за реальними договорами. Зважаючи на це, пропонується визначати договір як правочин двох або більше осіб у зазначеній законодавством формі, який спрямований на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків². На наш погляд, розробники ЦК України 2003 року цілком слушно поклали в основу дефініції договору

¹ Васильєва В. В. Договір як підстава виникнення цивільно-правового зобов'язання : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2013. С. 60.

² Олюха В. Г. Цивільно-правовий договір: поняття, функції і система : автореф. дис. на здобуття наукового ступеня канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2003. С. 9.

теорію згоди Р. Барнета, за якою законна дійсність договору зумовлена моральними принципами, тому що добровільні дії того, хто обіцяє, відображають його намір створити зобов'язання, що має законну силу, шляхом передачі відчужуваних прав¹. Недарма в англо-американській правовій сім'ї основною ознакою договору вважається наявність різних воель у сторін та їх погодження в процесі укладення договору. «Конкурентія воель» (concurrency of wills), що призводить до consensus ad idem (meeting of the minds)) — зближення чи погодження позицій двох чи більше сторін². Відповідно, і запропонований підхід щодо заміни в дефініції договору терміна «домовленість» терміном «правочин» вноситиме деструктив у співвідношення договору як дво- або багатостороннього правочину й одностороннього правочину як спрямованої на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків дії особи, для вчинення якої узгодження волі не відбувається. Односторонній правочин відображає односторонню дію, з якої виникають відповідні правові наслідки. Зважаючи на це, в оновленій редакції глави 16 ЦК України пропонується закріпити визначення одностороннього правочину, під яким розуміти дію особи (не варто виключати і їх множинність), спрямовану на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. Натомість визначення поняття договору пропонується залишити в діючій редакції як домовленості двох або більше сторін, спрямованої на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків.

У межах § 1 «Загальні положення про договори та інші правочини» пропонується деталізувати закріпленій у ст. 3, 6 та 627 ЦК принцип свободи договору шляхом виокремлення в окремій статті «Свобода договору» *принципу автономії волі сторін*

¹ Randy E. Barnett «A Consent Theory of Contract». *Columbia Law Review*. 1986. № 86. P. 269.

² Brian H. Bix. *The Ethics of Consent: Theory and practice* / ed. by Franklin G. Miller and Alan Wertheimer. Oxford university press. 2010. 251 p. ; Barbara H. Fried. «What's Morality Got to Do With It?». *Harvard Law Review Forum* 120 (2007):53–61. P. 254. URL: <http://harvardlawreview.org/forum/issues/120/jan07/bfried.pdf> (дата звернення: 07.02.2024).

та закріпити загальне правило про можливість сторін з урахуванням імперативних норм вільно укладати договір чи вчиняти інший правочин та визначати їх зміст. Конкретизовано можливість укладання непойменованих договорів, до яких застосовуються загальні положення актів цивільного законодавства про договори та правочини, звичаї ділового обороту, а також у відповідних випадках аналогія закону та аналогія права.

Окремо в канву об'єднаної глави доцільно включити конструкції типового та примірного договорів. Зважаючи на наявність зареєстрованого проекту Закону № 6013 від 09.09.2021 р., основною ідеєю якого є визнання ГК України таким, що втратив чинність, запропоновано редакцію статті, що містить типовий та примірний договори. Зокрема, доцільно закріпити право сторін на укладення договору на основі типового договору, затвердженого Кабінетом Міністрів України чи іншим органом державної влади, без права відступати від його змісту, але з можливістю конкретизувати його умови. Щодо застосування конструкції примірного договору доцільно передбачити право сторін на укладення договору на основі рекомендованого Кабінетом Міністрів України, іншим органом державної влади або органом місцевого самоврядування примірного договору, в якому сторони можуть за взаємною згодою змінювати умови, щодо яких відсутні заборони на їх зміну, доповнювати його новими умовами та/або виключати з його змісту існуючі.

Крім того, з метою уникнення випадків хибного ототожнення понять «типовий договір» і «типові умови» запозичено досвід європейських держав у частині заміни терміна «типові умови» терміном «стандартні умови», під якими пропонується розуміти заздалегідь сформульовані умови, призначені для багаторазового використання, які одна сторона встановлює для іншої сторони при укладанні договору. Окрему статтю варто також присвятити характеристиці договору як змішаного, закріпивши положення, що елементи змішаного договору не є самостійними. У разі недосягнення згоди щодо істотних умов, необхідних для

одного з елементів змішаного договору або визнання недійсним відповідного елементу змішаного договору, неукладеним або недійсним визнається змішаний договір у цілому.

Уточнено положення про попередній договір, зважаючи на внесені до статті 635 ЦК України зміни у зв'язку з прийняттям Закону України «Про гарантування речових прав на об'єкти нерухомого майна, які будуть споруджені в майбутньому», шляхом закріплення в ній можливості, крім стягнення збитків зі сторони, яка ухиляється від укладення основного договору, також і можливості спонукання в судовому порядку до його укладення. Статтю 635 ЦК України з метою посилення тенденцій кращого правового захисту інтересів слабкої сторони доцільно доповнити правилом, що якщо договір укладений між підприємцем і споживачем, підприємець несе тягар доведення того, що запропонована ним умова була погоджена окремо. Крім того, у межах цієї статті варто закріпити й обов'язок підприємця ще до укладення договору надати контрагенту інформацію про відповідний товар, результати робіт чи послуг.

Окремо в межах параграфу 1 глави 16 ЦК України доцільно здійснити розмежування станів визнання договору неукладеним та недійсним, а також у статті 16 ЦК України закріпити окремим способом захисту визнання договору неукладеним з відповідною презумпцією укладеності договору.

Параграф 2 доцільно залишити з апробованою часом назвою глави 53 ЦК України «Укладення, зміна і розірвання договору». У межах цього параграфу потребує вирішення низка питань, що стосуються: 1) необов'язковості письмової форми договору; 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) засобів правового захисту в разі його порушення; 4) можливості укладення договору з використанням електронних засобів; 5) можливості звільнення від відповідальності за невиконання

умов договору; 6) можливості зміни або припинення договору в разі виникнення труднощів при його виконанні (частковий відхід від принципу *pacta sunt servanda* внаслідок закріплення права на відмову від договору); 7) захисту від недобросовісних умов у договорах; 8) розширення сфери розрахунків за договорами тощо; 9) закріплення спеціальних правил про переддоговірну відповідальність (*culpa in contrahendo*).

Варто зауважити, що на доцільності вирішення більшості з наведених вище питань наголошується й у Концепції оновлення Цивільного кодексу України. Як приклад, варто навести визначену параграфом 5.27 Концепції потребу в унормуванні інституту переддоговірної відповідальності з огляду на потребу в імплементації до ЦК України норм, які передбачали б відповідальність недобросовісного учасника на стадії до вступу в договірні правовідносини. Обґрунтовується це тим, що схожі підходи знайшли своє відображення у DCFR (глава 3 «Маркетинг та переддоговірні обов'язки»), де закріплено особливості притягнення до відповідальності потенційного контрагента за завдані ним під час переговорів збитки. Зокрема, при оновленні параграфу 2 глави 16 ЦК України «*Укладення, зміна і розірвання договору*» доцільно врахувати закріпленій у DCFR досвід покладання на потенційних контрагентів на переддоговірному етапі обов'язку добросовісної поведінки, наслідком порушення якого буде відшкодування заподіяних цим збитків.

Сьогодні ж констатується відсутність нормативно закріпленої переддоговірної цивільно-правової відповідальності, що перешкоджає попередженню зловживання принципом свободи договору при укладенні договору, не дає змоги забезпечувати належний правовий захист законних інтересів добросовісних учасників переговорів у тих випадках, коли недобросовісні переговори призводять до неукладання договору¹. Зважаючи

¹ Відповідальність у приватному праві : монографія / [Безклубий І. та ін.]; за заг. ред. І. Безклубого. Київ : Грамота, 2014. С. 90.

на це, у юридичній літературі пропонується доповнити главу 53 ЦК України положенням про «загальний юридичний обов'язок добросовісної поведінки в процесі переговорів при укладенні договору та цивільну відповідальність за його невиконання у вигляді обов'язку недобросовісного учасника переговорів компенсувати добросовісному учаснику понесені ним під час переговорів витрати, а також утрачену ним можливість укласти аналогічний договір з третьою особою»¹. Зазначений підхід пояснюється тим, що вступ у підготовчий, переддоговірний діловий контакт покладає на контрагентів підвищений обов'язок бути старанними та обережними щодо інших осіб. За порушення цього обов'язку контрагенти повинні нести відповідальність такою самою мірою, як і за порушення обов'язків, які виникають з договору².

Разом із тим варто зазначити, що вітчизняне законодавство все ж закріплює два випадки настання переддоговірної відповідальності: 1) у разі визнання договору недійсним; 2) у разі неукладення договору. Зокрема, ч. 2 ст. 216 ЦК України передбачено обов'язок винної сторони відшкодувати завдані другій стороні або третій особі збитки та моральну шкоду за вчинення недійсного правочину. При цьому ч. 3 цієї статті закріплено правило, за яким загальний обов'язок з відшкодування збитків та моральної шкоди, заподіяних у зв'язку з недійсністю правочину, виникає у винної особи, якщо законом не встановлені особливі умови його застосування або особливі правові наслідки окремих видів недійсних правочинів. Прикладом настання переддоговірної відповідальності у зв'язку із неукладенням договору є закріплені в Законі України «Про захист від недобросовісної конкуренції» правові наслідки вступу в переговори без дійсної мети укласти договір і недобросовісної

¹ Горев В. О. Свобода договору як загальна засада цивільного законодавства України : автореф. дис. на здобуття наукового ступеня канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2007. С. 10.

² Відповідальність у приватному праві : монографія / [Безклубий І. та ін.]; за заг. ред. І. Безклубого. Київ : Грамота, 2014. С. 90.

відмови від укладення договору. Разом із тим недобросовісне ведення переговорів без мети укласти договір або недобросовісна відмова від укладання договору можуть бути кваліфіковані як недобросовісна конкуренція, що матиме юридичні наслідки для недобросовісного суб'єкта, зокрема цивільної відповідальності шляхом покладання на недобросовісного перемовника обов'язку відшкодувати завдану матеріальну та моральну шкоду за ст. 1116, 1167 ЦК України (відповідальність за делікт)¹.

Із наведеного вбачається доцільність внесення положень про ведення переговорів та вирішення переддоговірних спорів у канву оновленої глави 16 ЦК України. Зокрема, пропонується включити статтю «Ведення переговорів», в якій передбачити право особи на вільне та добросовісне ведення переговорів з дійсним наміром досягти домовленостей з іншою стороною. У разі порушення цього обов'язку винна сторона відповідатиме за збитки та моральну шкоду, завдані іншій стороні таким порушенням. На інформацію, отриману в ході переговорів, доцільно поширити режим конфіденційності, якщо інше не буде визначено домовленостями між ними. Розбіжності, що виникатимуть між сторонами, можуть бути вирішені судом у випадках, встановлених за домовленістю сторін або законом. День набуття чинності рішенням суду, яким вирішено питання щодо переддоговірного спору, вважається днем укладення договору.

У межах параграфу 3 «Недійсність договору» глави 16 ЦК України також змінено акценти, чому присвячено окремий розділ цієї праці. Насамперед розкриття недійсності правочину відбувається через положення про недійсність договору із застереженням про те, що такі положення з урахуванням вимог розумності застосовуються й до інших правочинів. Крім того, перегляд положень цього параграфу здійснено шляхом зміни підходу

¹ Відповідальність у приватному праві : монографія / [І. Безклубий та ін.]; за заг. ред. І. Безклубого. Київ : Грамота, 2014. С. 96.

від закріплення наслідків недійсності правочину (чинна редакція) до закріплення юридичних складів, з якими закон пов'язує можливість визнання договору недійсним (пропонована редакція). Такий підхід дозволив по-іншому сформулювати визначення наслідків недійсності договору шляхом застосування до відносин з повернення переданого за договором майна положень глави 83 ЦК (про безпідставне збагачення), вилучити з ЦК України інститут цивільно-правової конфіскації (ст. 228 ЦК).

Підсумовуючи розгляд питань оновлення глави 16 Цивільного кодексу України, доцільно наголосити, що в процесі опрацювання поданих представниками усіх цивілістичних шкіл пропозицій, а також зважаючи на відображені в Концепції оновлення Цивільного кодексу України ідеї, при напрацюванні нормативного масиву глави 16 ЦК України основне завдання полягало в об'єднанні розпорошеного між Книгами першою та п'ятою матеріалу про цивільно-правовий договір та намагання його інтегрувати разом із матеріалом про правочини, чим нівелювати певні дублювання та надмірну деталізацію, однак зі збереженням повноцінного регуляторного впливу цих норм. Зважаючи на це, основні напрями оновлення глави 16 ЦК України стосуються: 1) диференціації договірних зобов'язань на комерційні та споживчі, включенню нових (непойменованих) договірних конструкцій, комплексних (змішаних) і нетипових договірних взаємозв'язків; 2) деталізації положень про «несправедливі» умови договору, що призводять до істотного дисбалансу договірних прав та обов'язків на шкоду споживачів; 3) внесення в канву об'єднаної глави ЦК конструкцій типового та примірного договорів; 4) уточнення положення про попередній договір; 5) розмежування станів визнання договору неукладеним та недійсним, нікчемним та оспорюваним; 6) редагування положень про договір на користь третьої особи шляхом відмежування договорів на користь третіх осіб від договорів про виконання третім особам, зміни підходів до можливості зміни та розірвання договору без згоди третьої особи тощо.

ПРАВОВИЙ РЕЖИМ МАЙНА ЗАГАЛЬНОСОЮЗНИХ ГРОМАДСЬКИХ ОБ'ЄДНАНЬ (ОРГАНІЗАЦІЙ) КОЛИШНЬОГО СОЮЗУ РСР: АНАЛІЗ ПРОЄКТУ ЗАКОНУ

Дзера Олександр Васильович

*професор, доктор юридичних наук,
член-кореспондент Національної академії правових наук України,
заслужений юрист України, головний науковий співробітник
відділу приватноправових досліджень
Інституту правотворчості та
науково-правових експертиз Національної академії наук України*

Надзвичайно складним і неоднозначним виявився досвід законотворчої діяльності в Україні щодо правовідносин, які «врегульовані» в проекті Закону України «Про правовий режим майна загальносоюзних громадських об'єднань (організацій) колишнього Союзу РСР» (реєстр № 6420 від 10.12.2021 (далі — проект Закону 2021 р.). Постановою Верховної Ради України від 4 листопада 2022 р. № 2730-ІХ рекомендовано Комітету Верховної Ради України з питань економічного розвитку доопрацювати зазначений законопроект з урахуванням поправок і пропозицій суб'єктів права законодавчої ініціативи та внести його на розгляд Верховної Ради України у другому читанні.

Цьому проекту передували 11 проектів Закону України (від 13.07.2000; від 28.03.2001; від 24.05.2002; від 11.07.2002; від 06.04.2005; від 16.07.2007; від 13.12.2007; від 19.02.2008; від 30.03.2016; від 14.06.2012; від 27.12.2019), в яких пропонувалися різні варіанти законодавчого або судового визначення суб'єктів права власності зазначеного майна (державу

або зазначені об'єднання), але жодний із проєктів не став законом.

У пояснювальній записці тексту проєкту до Закону України від 10.12.2021 пропонується визнати правонаступником майна громадських об'єднань (організацій) колишнього Союзу РСР державу, а їхнє майно державною власністю. Тим часом додана до проєкту закону пояснювальна записка не містить достатніх аргументів на підтвердження пропонованих норм. До того ж у ній закладені юридично некоректні судження, а також помилкові положення, що ставлять під сумнів законність пропонованих норм

Так, у пояснювальній записці беззаперечно стверджується, що відповідно до Постанови Верховної Ради України від 04.02.1994 № 3943 «Про майно загальносоюзних громадських організацій колишнього союзу РСР» **тимчасово** до законодавчого визначення суб'єктів права власності таке майно є загальнодержавною власністю. Це твердження не може слугувати належним обґрунтуванням визнання такого майна загальнодержавною власністю з багатьох міркувань. По-перше, у Постанові не було визначено суб'єктів права власності, без яких таке право не може існувати. По-друге, у Постанові зазначене майно оголошено загальнодержавною власністю **тимчасово**. По-третє, національній правовій системі невідомо є конструкція «тимчасова власність».

У пояснювальній записці зазначається, що з 2011 року в органи прокуратури в інтересах держави в особі Фонду державного майна України подано більше 200 позовів щодо повернення в державну власність майна, яке перебуває в користуванні закладів професійних спілок та створених ними юридичних осіб. Автори пояснювальної записки стверджують, що «огляд судової практики свідчить, що позовні вимоги обґрунтовані тим, що спірне майно є державною власністю та у визначеному законодавством порядку у власність, зокрема, організаціям і закладам професійних спілок не передавалося»,

однак вони неправомірно володіють цим майном та оспорюють право власності держави на нього. Такий однобічний погляд може створити враження про правомірність цих позовів. Проте насправді це далеко не завжди так, оскільки є судові рішення, у тому числі на рівні Верховного Суду, якими було відмовлено в задоволенні таких позовів, що буде підтверджено конкретними справами.

У статті 3 проекту передбачено витребування майна громадських об'єднань (організацій) колишнього Союзу РСР з чужого незаконного володіння. Нормі статті 3 проекту притаманна невизначеність, яка може давати судам підстави вважати можливим таке витребування також від цих об'єднань (організацій), незважаючи на правомірність набуття ними майна у володіння. У пояснювальній записці також відсутні рекомендації щодо умов застосування віндикації такого майна.

Неможливою для застосування в запропонованій редакції є норма ст. 5 проекту про непоширення на зазначені вимоги позовної давності щодо майна, переданого на підставі Постанови від 10.03.1960 Укрпрофраді, адже з моменту його передачі пройшло вже 60 років.

На наш погляд, для правового закону щодо досліджуваних відносин необхідно проаналізувати: а) історію формування правового режиму, наприклад, профспілкового майна; б) судову практику справ даної категорії; в) юридичну доктрину щодо цього питання. При цьому основну увагу зосередимо на правовому режимі профспілок, оскільки питання щодо правового режиму деяких об'єднань (організацій) колишнього Союзу РСР знайшла своє законодавче вирішення. Так, у статті 9 (абзац 12) прямо передбачено, що всеукраїнські творчі спілки, які діяли як юридичні особи до 24 серпня 1981 р., є правонаступниками майна творчих спілок колишнього Союзу РСР.

Постановою від 17 квітня 1956 р. № 433 Рада Міністрів Української РСР зобов'язала Міністерство охорони

здоров'я УРСР прийняти від профспілкових організацій та інших міністерств, відомств майно, що перелічене в додатку.

За пропозицією ВЦРПС і Рад Міністрів союзних республік Постановою Ради Міністрів СРСР «Про передачу профспілкам санаторіїв і будинків відпочинку» від 10.03.1960 № 335 у відання республіканських рад профспілок було передано лікувально-оздоровчі та санітарно-курортні заклади.

Рада Міністрів УРСР прийняла також відповідну Постанову від 23.04.60 № 606 «Про передачу профспілкам санаторіїв і будинків відпочинку Міністерства охорони здоров'я УРСР», якою зобов'язала Міністерство охорони здоров'я України до 01.06.60 передати у відання безоплатно Українській республіканській Раді профспілок діючі санаторії, будинки відпочинку та пансіонати, які раніше знаходились у віданні міністерства. Зазначене майно, як випливає зі змісту постанов РМ СРСР і РМ УРСР, було передано Укрпрофраді безоплатно не в тимчасове користування, не за строковим договором найму (оренди) чи іншим подібним договором, тобто було передане в безповоротне «відання» без обов'язку його повернення. На той момент майно не могло бути передане у власність, оскільки чинне законодавство того періоду не передбачало володіння профспілковим майном на праві власності. Така передача зазначених об'єктів за рішенням уповноважених органів згодом стала юридичною підставою виникнення на них права профспілкової власності, яке було також законодавчо підтверджене ст. 20 Основ цивільного законодавства Союзу РСР і союзних республік від 08.12.1961, ст. 87, 97–98 Цивільного кодексу УРСР від 18 липня 1963 р., п. 62, 63 Статуту професійних спілок СРСР, затвердженого XIII з'їздом профспілок СРСР 01.11.1963 (з наступними змінами), та іншими законодавчими актами.

Незадовго до створення акціонерного товариства право власності на майно профспілок передбачалося ст. 17 Закону СРСР від 06.03.1990 «Про власність в СРСР», ст. 20, 28

Закону України від 07.02.1991 «Про власність» (втратив чинність згідно із Законом України від 27.04.2007), ст. 17–18 Закону СРСР від 09.09.1990 «Про громадські об'єднання», ст. 20 Закону СРСР від 10.12.1990 «Про професійні спілки, права та гарантії їх діяльності» та іншими законодавчими актами.

Так, відповідно до ст. 28 Закону України «Про власність» (втратив чинність у 2007 р.) об'єктами права власності громадських об'єднань, у тому числі професійних спілок, є майно культурно-освітнього та оздоровчого призначення, грошові кошти, акції, інші цінні папери, житлові будинки та інше майно, необхідне для забезпечення їх статутної діяльності.

Акціонерне товариство «Укрпрофоздоровниця» було створено за установчим договором від 04.12.1991, засновники — Рада Федерації незалежних профспілок України та Фонд соціального страхування України, і зареєстроване виконкомом Ленінської районної Ради народних депутатів м. Києва 22.12.1991.

Отже, передані до установчого фонду санаторно-курортні заклади безперечно стали **профспілковою власністю**.

Так, відповідно до ст. 20 Закону СРСР від 10.12.1990 «Про професійні спілки, права та гарантії їх діяльності» «профспілки, відповідно з їх статутними цілями і завданнями мають право в установленому порядку здійснювати зовнішньо-економічну діяльність, створювати профспілкові банки, страхові й акціонерні товариства, спільні комерційні підприємства, займатися видавничою діяльністю, формувати необхідні фонди солідарності, культурно-просвітницькі та інші необхідні фонди». Фактично такі права профспілок передбачалися ст. 17 Закону СРСР «Про власність в СРСР», ст. 28 Закону України «Про власність».

У статті 2 Закону України «Про підприємництво» від 07.02.1991 (втратив чинність у 2007 р.) було прямо записано, що суб'єктами підприємницької діяльності можуть бути

«юридичні особи всіх форм власності». Отже, це правило стосується і юридичних осіб, заснованих на профспілковій власності (звичайно, це стосується профспілок лише в тій мірі, в якій підприємницька діяльність відповідає їх статутним цілям і завданням). При цьому не має практичного значення факт, на якому праві володіють майном профспілкові юридичні особи — на праві оперативного управління (повного господарського відання) чи на праві власності.

Загальновідомо, що в правовій системі колишнього Союзу РСР суб'єктом права профспілкової власності була в цілому вся профспілкова організація як багатоланкова система, яку утворюють первинні, обласні, галузеві, республіканські ланки (організації), наділені правами юридичної особи. Інакше кажучи, власником майна була профспілкова організація Союзу РСР, а утворені нею окремі юридичні особи володіли, користувалися й розпоряджалися закріпленим за ними майном на праві оперативного управління чи повного господарського відання. Відповідно, Статутом професійних спілок СРСР визначалися правомочності профспілкових організацій різних рівнів щодо профспілкового майна, щодо його розподілу в межах області, між областями і республіками.

Однак з прийняттям нового законодавства ринкової орієнтації відбулися зміни в конструкції профспілкової власності. Наприклад, згідно зі ст. 20 Закону України «Про власність» суб'єктами права колективної власності, зокрема, були визнані професійні спілки та інші громадські об'єднання й організації, що є юридичними особами. Профспілки та їх органи є юридичними особами і володіють, користуються та розпоряджаються належним їм на праві власності майном і грошовими коштами (ст. 20 Закону СРСР «Про професійні спілки, права і гарантії їх діяльності»). Це означає, що за новим законодавством окремі юридичні особи профспілок (у т.ч. й Укрпрофрада) набули можливість володіти майном на праві власності.

Тепер важливо встановити, яке майно належало до моменту створення АТ спершу Укрпрофраді, а згодом її правонаступнику — Федерації профспілок України (від 6 жовтня 1990 р.).

Насамперед, зазначимо, що в період існування СРСР майно профспілок ділилося на майно, яке знаходилось у віданні центральних всесоюзних органів, тобто колишнього ВЦРПС, і майно, яке знаходилось у віданні республіканських органів, тобто колишньої Укрпрофради. Отже, з моменту першого законодавчого визнання не лише за громадськими об'єднаннями в цілому та їх організаціями права мати у власності майно, тобто з моменту прийняття 9 жовтня 1990 р. Закону СРСР «Про громадські об'єднання», Федерація незалежних профспілок України набула право власності на майно, що знаходилось у віданні Укрпрофради. Належність майна на праві власності Федерації профспілок України закріплене також у Положенні про неї від 6 жовтня 1990 р. (п. 26). Це право також було підтверджене Законом СРСР від 10.12.90 «Про професійні спілки, права та гарантії їх діяльності», Законом України «Про власність» та іншими законодавчими актами України.

Ба більше, є достатньо юридичних підстав вважати, що Федерація профспілок України стала суб'єктом права власності і щодо загальнопрофспілкового майна, адже в п. 1.1 Положення про Фонд профспілкового майна від 08.04.91 визначалися об'єкти, що знаходилися в спільній власності профспілок СРСР, а в п. 2.2.5 розмежовувалася профспілкова власність **загальносоюзного, республіканського та місцевого** значення.

Отже, передане АТ «Укрпрофоздоровниця» майно належало на законних підставах Федерації профспілок України.

Однак незалежно від того, на якому праві знаходилось профспілкове майно у віданні профспілкових органів (на праві оперативного управління, господарського відання, праві власності чи іншому праві), Рада Федерації профспілок України та Фонд соціального страхування України мали право бути засновниками акціонерного товариства та розпоряджатися в межах

своїї компетенції щодо профспілкового майна, у тому числі шляхом внесення його до статутного фонду.

04.02.1994 було прийнято Постанову Верховної Ради України від 04.02.1994 р. «Про майно загальносоюзних громадських організацій колишнього Союзу РСР». Однак ця постанова не повинна поширюватися на розташоване на території України майно, яке до прийняття Постанови Верховної Ради від 24.08.1991 «Про проголошення незалежності України» не перебувало у віданні центральних органів загальносоюзних громадських об'єднань колишнього Союзу РСР з таких міркувань.

По-перше, Постановою «Про проголошення незалежності України» не передбачалося вилучення профспілкової власності та обертання її у власність України. Окремі положення цієї постанови не встановлювали перерозподілу майна суб'єктів різних форм власності, а лише певною мірою стосувалися розмежування загальносоюзної і республіканської власності. До того ж у ній проголошувався захист усіх форм власності. Проблема розмежування загальносоюзної і республіканської власності певним чином була вирішена ще в постанові Верховної Ради СРСР від 06.03.1990, якою у зв'язку з дію набуттям чинності Закону СРСР «Про власність в СРСР» Раді Міністрів СРСР було доручено разом з урядами союзних республік провести розмежування загальносоюзного і республіканського майна.

По-друге, Постанова Верховної Ради України «Про майно загальносоюзних громадських організацій колишнього Союзу РСР» не може мати зворотної сили щодо відносин, які виникли на момент створення акціонерного товариства (22.12.1991). Із цих же міркувань не може бути застосована Постанова Верховної Ради України від 10.04.1992 «Про майнові комплекси і фінансові ресурси громадських організацій колишнього СРСР, розташованих на території України». Цією Постановою передбачалося до визначення правонаступників

загальносоюзних громадських організацій колишнього СРСР передати **тимчасово** Фонду державного майна України майно і фінансові ресурси розташованих на території України підприємств, установ та об'єктів, що перебували у **віданні центральних органів цих організацій**, а не майна, що перебувало у віданні республіканських профспілок, тобто у віданні Укрпрофради.

Зазначені постанови щодо майна загальносоюзних громадських організацій не можуть стосуватися спірного майна і тому, що санаторно-курортні заклади, які перебували у віданні Укрпрофради, з моменту їх внесення до статутного фонду АТ стали власністю АТ «Укрпрофоздоровниця», а у відання засновників перейшли акції та відповідні корпоративні права на законних підставах.

Важливо зазначити, що Постановою Верховної Ради України «Про майно загальносоюзних громадських організацій колишнього Союзу РСР» не визначено суб'єктів (правонаступників) права власності майна таких організацій, а загальнодержавною власністю це майно визнане **тимчасово**. Однак із 1996 р. правовий режим такого майна, що тягне зміну форми власності, може бути визначений лише **законом**, а не іншим актом, оскільки відповідно до п. 7 ст. 92 Конституції України правовий режим власності може визначатися **виключно законами України**. Власне такий принцип був закріплений і в Законі України «Про власність». Це означає, що постанови Верховної Ради України 1992 і 1994 рр. щодо майна загальносоюзних громадських організацій колишнього СРСР вступили в суперечність із новою Конституцією України, не мають юридичної сили і не повинні слугувати підставою для визнання майна профспілок державною власністю. Тому постановою Верховної Ради України від 01.11.1996 доручено ФДМУ разом з уповноваженими громадськими організаціями, до яких належить і Федерація профспілок України, до 01.01.97 провести інвентаризацію

майна загальносоюзних громадських організацій колишнього СРСР і подати Верховній Раді перелік суб'єктів, у володінні яких знаходиться це майно, та передбачено розглянути проєкт Закону щодо права власності на майно загальносоюзних громадських організацій колишнього СРСР.

Правомірність створення акціонерного товариства «Укрпрофоздоровниця» та набуття ним майна підтверджена судовими рішеннями.

Так, ще 21.11.1996 Фонд державного майна України звернувся з позовною заявою про визнання недійсними установчих документів АТ «Укрпрофоздоровниця» з тих мотивів, що майно, на якому створене акціонерне товариство, не належало його засновнику — Федерації профспілок України. Рішенням Вищого арбітражного суду України у справі № 137/7 від 20.01.1997 в позові ФДМУ було відмовлено і, відповідно, визнано правомірним створення АТ «Укрпрофоздоровниця» та набуття права власності на передане йому майно. Зазначене рішення було залишено в силі постановою Судової колегії Вищого арбітражного суду України від 17.06.1997. При цьому ухвалою колегії суддів Верховного Суду України від 22.11.2007 було відмовлено в порушенні касаційного провадження з перегляду постанови ВАСУ від 17.06.1997 за касаційним поданням Генеральної прокуратури України.

За таких обставин рішення Вищого арбітражного (нині — господарського) суду України, Верховного Суду України набули законної сили і відповідно до ст. 13 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» є обов'язковими до виконання всіма органами державної влади, органами місцевого самоврядування, їх посадовими та службовими особами, фізичними і юридичними особами та їх об'єднаннями на всій території України. Невиконання судових рішень тягне за собою відповідальність, визначену законом.

Відповідно, АТ «Укрпрофоздоровниця» має вважатися таким, що набуло право власності правомірно, оскільки інше

не впливає із закону і незаконність набуття права власності не встановлена судом.

АТ «Укрпрофоздоровниця» як юридична особа має право здійснювати свою статутну діяльність відповідно до вимог чинного законодавства України, у тому числі вчиняти щодо свого майна будь-які дії, які не суперечать закону (ч. 1 ст. 319 ЦК України), а з 2007 року — з дотриманням вимог Закону України «Про мораторій на відчуження майна, яке перебуває у володінні Федерації професійних спілок України» від 22 лютого 2007 р. Прийняття такого Закону не зумовлює зміни правового режиму профспілкової власності та майна АТ «Укрпрофоздоровниця». Навпаки, цей Закон не містить будь-яких положень, які передбачають підстави для поширення на це майно режиму державної власності.

У статті 346 ЦК України визначені підстави припинення права власності. Однак жодна з наведених підстав не може бути застосована до майна Федерації профспілок України та АТ «Укрпрофоздоровниця», яка набула належне йому майно в порядку, встановленому законом. Ба більше, навіть прийняття спеціального закону про можливе повернення майна Федерації профспілок України у державну власність буде неконституційним, оскільки відповідно до ст. 41 Конституції України примусове безоплатне вилучення у власника майна можливе шляхом конфіскації, яка застосовується виключно за рішенням суду у випадках, обсязі та в порядку, встановлених законом. Згідно ж зі ст. 354 ЦК України до особи може бути застосовано позбавлення права власності на майно за рішенням суду як санкція за вчинення правопорушення (конфіскація) у випадках, встановлених законом. Таких правопорушень АТ «Укрпрофоздоровниця» не вчиняло, а отже, відсутні підстави для конфіскації належного йому майна.

У грудні 2005 року перший заступник прокурора Одеської області звернувся у господарський суд Одеської області з позовом в інтересах держави в особі Міністерства охорони

здоров'я України до закритого акціонерного товариства лікувально-оздоровчих закладів профспілок України «Укрпрофоздоровниця» та Товариства з обмеженою відповідальністю «Кварта» про визнання недійсним договору купівлі-продажу № 51131764/2002-37 від 9 грудня 2002 р. будівель та споруд пансіонату «Мирний», загальною площею 1180,3 кв. м, що знаходиться за адресою: м. Одеса, Фонтантська дорога, 71-А, укладеного між відповідачами.

Позов мотивований тим, що спірне майно було передане на виконання постанови РМ УРСР у відання Укрпрофради, а згодом внесено її правонаступником Радою Федерації незалежних профспілок до статутного фонду ЗАТ «Укрпрофоздоровниця» неправомірно. Прокуратура послалася на ст. 86 ЦК УРСР, вважаючи, що відповідно до неї профспілки мають право лише володіти та користуватися державним майном і просила визнати договір купівлі-продажу недійсним на підставі ст. 228 ЦК України,

Рішення господарського суду Одеської області від 9 березня 2006 р. залишене без змін постановою Одеського апеляційного господарського суду від 19 червня 2006 р., упозові відмовлено.

Постановою Вищого господарського суду України від 7 листопада 2006 р. рішення попередніх судових інстанцій залишені без змін.

Постановою судової палати в господарських справах ВСУ від 25 вересня 2007 р. було задоволене касаційне подання Генерального прокурора, скасовано всі попередні рішення, а справу передано на новий розгляд до господарського суду Одеської області. Судова палата, зокрема, зазначила, що майно, передане до статутного фонду ЗАТ «Укрпрофоздоровниця», є державною власністю, а господарські суди не з'ясували питання про правовий режим спільного майна, яке перебувало у володінні й користуванні ЗАТ «Укрпрофоздоровниця», а також чи має ЗАТ право розпоряджатися ним як власник.

Проте постанова Судової колегії у господарських справах ВСУ не може слугувати підставою для визнання майна ЗАТ «Укрпрофоздоровниця» державною власністю. **По-перше**, Судова колегія рекомендувала з'ясувати правовий режим спірного майна господарському суду Одеської області. **По-друге**, абсолютно протилежна думка з цього питання була висловлена колегією суддів ВСУ в ухвалі від 22 листопада 2007 р.

Показовою є справа за позовом заступника прокурора міста Києва до Приватного акціонерного товариства лікувально-оздоровчих закладів профспілок України «Укрпрофоздоровниця» № 48/340 (провадження № 12-14звГ19).

Так, у серпні 2011 року заступник прокурора міста Києва (далі — прокурор) в інтересах держави в особі Фонду державного майна України (далі — Фонд держмайна) звернувся до Господарського суду міста Києва з позовом до Приватного акціонерного товариства лікувально-оздоровчих закладів профспілок України «Укрпрофоздоровниця» (далі — Укрпрофоздоровниця), Всеукраїнського громадського благодійного фонду «Батьківська турбота» (далі — ВГБФ «Батьківська турбота»), благодійної організації «Центр реабілітації соціально дезадаптованих дітей, підлітків та молоді «Ковчег» (далі — Благодійна організація), за участю третіх осіб, які не заявляють самостійних вимог щодо предмета спору, на стороні відповідачів: Федерації професійних спілок України (далі — Федерація), дочірнього підприємства «Санаторій імені Першого травня» Приватного акціонерного товариства лікувально-оздоровчих закладів профспілок України «Укрпрофоздоровниця» (далі — ДП «Санаторій імені Першого травня»), Фонду соціального страхування України з тимчасової втрати працездатності (далі — Фонд соцстрахування), у якому з урахуванням заяви про зміну позовних вимог просив: визнати право власності держави в особі Фонду держмайна на нерухоме майно загальною площею 2732,2 кв. м, що знаходиться за адресою:

м. Київ, вул. Гамарника, 40; витребувати у власність держави в особі Фонду держмайна з незаконного володіння ВГБФ «Батьківська турбота» на вказане спірне нерухоме майно загальною площею 2732,2 кв. м, що знаходиться за адресою: м. Київ, вул. Гамарника, 40 (перелік згідно з актом за договором № 8000109/2002-24); визнати недійсним з моменту укладення договір № 8000109/2002-24 купівлі-продажу будівель другого відділення ДП «Санаторій імені Першого травня» на вул. Гамарника, 40 у м. Київ загальною площею 2732,2 кв. м та вартістю 1 915 200 грн, укладений 30 серпня 2002 р. між Укрпрофоздоровницею, ВГБФ «Батьківська турбота» та Благодійною організацією.

Позов обґрунтований тим, що майно санаторію імені Першого травня в м. Київ (Пуща-Водиця), що знаходиться за адресою: м. Київ, вул. Гамарника, 40, є державною власністю та Укрпрофоздоровниці не передавалося, у зв'язку із чим прокурор указував на недійсність договору № 8000109/2002-24, за яким Укрпрофоздоровниця відчужила спірне майно на користь ВГБФ «Батьківська турбота», та на наявність підстав для повернення такого майна в державну власність.

Справа неодноразово розглядалася в різних судових інстанціях, у тому числі Великою Палатою Верховного Суду.

Так, у Постанові Великої Палати Верховного Суду від 02.07.2019 було визначено таке:

- укладаючи договір щодо спірного майна, ВГБФ «Батьківська турбота» покладався на судові рішення в іншій справі. А тому ВГБФ «Батьківська турбота» є добросовісним набувачем, який у силу приписів ст. 330 ЦК України набув право власності на набуте за спірним договором майно, бо не знав і не міг знати, що Укрпрофоздоровниця не є власником майна і не має права ним розпоряджатися;
- санаторій передано в управління профспілкам власником-державою на виконання Постанови № 606. Отже,

спірне майно не було загублене власником або особою, якій майно було передане власником у володіння, або викрадене у того чи іншого, або вибуло з їх володіння іншим шляхом поза їх волею;

- судами попередніх інстанцій не встановлено наявності такого суспільного інтересу в потребі держави в спірному майні, який би дозволяв дійти висновку про наявність підстав у втручання в майнові права ВГБФ «Батьківська турбота» як добросовісного набувача спірного нерухомого майна;
- отже, відповідно до статті 388 ЦК України держава не має права витребувати спірне майно від ВГБФ «Батьківська турбота», який як добросовісний набувач набув на нього права власника. Тому в задоволенні ввідикаційної вимоги слід відмовити.

На підставі викладеного Велика Палата Верховного Суду дійшла висновку про відсутність підстав як для задоволення вимоги про визнання права власності держави, так і вимоги про визнання недійсним договору № 8000109/2002-24 щодо відчуження спірного майна. Отже, ВС було ухвалено нове рішення відмовити в задоволенні позову заступника прокурора міста Києва.

У цій справі ЄСПЛ рішенням від 9 жовтня 2018 р. у справі «Фонд “Батьківська турбота” проти України» визнав прийнятою скаргу ВГБФ «Батьківська турбота» та встановив порушення національними судами статті 1 Першого протоколу до Конвенції в частині щодо втручання в майнові права заявника (мирне володіння майном), визнав, що майно санаторію становило «власність» заявника у розумінні статті 1 Першого протоколу до Конвенції, а також що немає жодних об’єктивних підстав вважати, що заявник придбав майно в недобросовісний спосіб, а витребування в добросовісного набувача майна становить порушення права на мирне володіння майном.

Питання правового режиму майна профспілок були предметом наукових досліджень цивілістичної науки. Переважна частина науковців аргументовано виступає на захист професійних спілок України.

Так, ще в 1995 році видатні українські вчені Я. М. Шевченко, В. І. Семчик дали Науково-правовий висновок, затверджений директором Інституту держави і права Ю. С. Шемчученком, в якому однозначно визнано Раду профспілок України та всі профспілки України суб'єктами права колективної власності. Всебічно аргументувала правомірність набуття права власності акціонерним товариством «Укрпрофоздоровниця» професор І. В. Спасибо-Фатєєва¹.

Категорично проти «одержавлення» профспілкового майна виступав доктор юридичних наук, професор В. Ф. Опришко, який додатково послався на постанову Великої Палати Верховного Суду від 2 липня 2019 р. (у справі № 48/340), якою було підтверджено правомірність набуття акціонерним товариством «Укрпрофоздоровниця» права власності на передане йому Федерацією профспілок України майно².

Висновок на зазначений вище проєкт до Верховної Ради України підготував кандидат юридичних наук, доцент Л. В. Єфіменко, який піддав його критичному аналізу, оскільки він допускає фактично «націоналізацію» майна та не відповідає вимогам ст. 41 Конституції України, згідно з якою ніхто не може бути протиправно позбавлений права власності.

Однак, незважаючи на загалом негативне ставлення науковців до поширення на майно профспілок України можливого режиму права державної власності повністю або частково, зберігається реальна небезпека в прийнятті такого законодавчого варіанта, адже при прийнятті законів народні депутати

¹ Спасибо-Фатєєва І. В. Проблеми права власності профспілок. *Університетські наукові записки*. 2007. № 2(22). С. 147–155.

² Опришко В. Ф. Чергове одержавлення профспілкового майна. *Юридичний вісник*. 2020. 12.02.

ігнорують навіть фахові висновки на окремі законопроекти Науково-експертного управління Верховної Ради України.

Підсумовуючи, варто зазначити, що:

1. Прийняття закону України у запропонованій редакції вступить у суперечність з Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р.

2. Пояснювальна записка до проекту закону не містить належних доказів визнання спірного майна державною власністю.

МІГРАЦІЙНИЙ СТАТУС І ВИЗНАЧЕННЯ ПРАВА, ЗАСТОСОВУВАНОВОГО ДО ПРИВАТНИХ ВІДНОСИН З ІНОЗЕМНИМ ЕЛЕМЕНТОМ

Діковська Ірина Андріївна

професор, доктор юридичних наук,

професор кафедри цивільного права

Навчально-наукового інституту права

Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Останніми роками у світі посилюються міграційні процеси. Мігранти можуть отримувати різні міграційні статуси в країні прибуття або ж очікувати на їх отримання. Можливою також є відсутність специфічного міграційного статусу, якщо, наприклад, в'їзд у країну прибуття і перебування в ній не потребують спеціального дозволу.

Більшість з таких мігрантів вступають у приватні відносини, які, як правило, набувають характеру міжнародних, отже, їх правове регулювання потребує насамперед відповіді на питання, яке право застосовується до таких відносин. Завданням цього дослідження є пошук відповіді на запитання, чи впливає міграційний статус людини на визначення права, застосовуваного до відносин з іноземним елементом.

Одразу зазначимо, що відповідь на нього значною мірою залежить від того, які колізійні прив'язки будуть використовуватися для визначення права, застосовуваного до відносин з іноземним елементом. Звичайно, що використання таких прив'язок, як, наприклад, *lex loci actus* (у її різних варіантах) чи *lex rei sitae* не залежить від міграційного статусу фізичних осіб — учасників відповідних відносин. Проте

є й інші прив'язки, застосування яких вимагатиме аналізу різних фактичних обставин справи, у тому числі, можливо, міграційного статуту учасників відносин. Мова йде, наприклад, про *право країни звичайного проживання*¹, *право країни постійного проживання*², *доміциль*³, *право країни проживання*⁴. Крім того, існують колізійні норми, обсяг яких вказує на те, що вони застосовуються до осіб з певним міграційним статусом. Показовою тут є ст. 12 Конвенції про статус біженців від 28 липня 1951 р. (далі — Конвенція), яка визначає право, що застосовується до особистого статусу біженців, відповідно, може застосовуватися до тих, хто має статус «біженця». Її застосування може призвести до того, що право, якому підпорядковується особистий статут мігранта, буде визначатися інакше, ніж якщо б воно встановлювалося згідно з національним законодавством конкретної країни. Це станеться тоді, коли національна колізійна норма визначить право, що застосовується до особистого статуту біженця, не як право країни, в якій він має доміциль (як це передбачено ст. 12 Конвенції), а в інший спосіб (наприклад, ст. 5 Вступного закону до Цивільного кодексу Німеччини вимагатиме застосування права країни громадянства). У випадку особи зі статусом біженця відповідь на питання, яка колізійна норма застосовується для визначення права, що застосовується до її особистого статуту, залежить від того, як правова система конкретної держави співвідносить

¹ Див., наприклад, ст. 26 Регламенту Ради (ЄС) 2016/1103 від 24 червня 2016 р. про посилення співпраці у сфері юрисдикції, застосуваного права та визнання й виконання рішень у питаннях режимів спільного майна подружжя (далі — Регламент 2016/1103); ст. 8 Регламенту Ради (ЄС) № 1259/2010 від 20 грудня 2010 р. про імплементацію посиленого співробітництва у сфері права, що застосовується до розривання шлюбу та роздільного проживання (далі — Регламент 1259/2010), ст. 21 (1) Регламенту Європейського Парламенту та Ради (ЄС) № 650/2012 від 4 липня 2012 р. про юрисдикцію, застосовуване право, визнання та виконання рішень, визнання та виконання автентичних документів у спадкових справах та про створення європейського спадкового свідоцтва (далі — Регламент 650/2012).

² Статті 35(1), 38(1) Договору між Україною і Литовською Республікою про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах від 07 липня 1993 р.

³ Стаття 12 Конвенції про статус біженців від 28 липня 1951 р.

⁴ Статті 16, 31, 32, 45, 49, 50, 60, 67, 67-1, 67-3, 67-4, 68, 70, 72 Закону України «Про міжнародне приватне право» від 23 червня 2005 р. № 2709.

норми міжнародних договорів і національного законодавства. У зв'язку з цим необхідно зазначити, що сьогодні багато держав законодавчо закріплюють або визнають пріоритет міжнародного права над внутрішнім,¹ хоча й роблять це по-різному².

На території ЄС може виникнути потреба у визначенні того, яку колізійну норму необхідно застосовувати для визначення права, що застосовується до відповідних відносин — певного регламенту ЄС чи Конвенції. Така необхідність виникатиме, якщо до питань особистого статусу³ відносити серед інших питання сімейного та спадкового права, оскільки є кілька регламентів ЄС, що визначають право, застосовуване до різних видів сімейних і спадкових відносин. Якщо іноземці прибувають до ЄС з третіх країн, Конвенція має переважну

¹ Economides C. The Relationship between International and Domestic Law: Report (1993) 6 Science and Technique of Democracy. URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDLSTD\(1993\)006-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDLSTD(1993)006-e)

² Зокрема, є держави, які надають пріоритет міжнародним договорам над: — законодавством у цілому, включаючи відповідні конституції; — законами (хоча деякі держави передбачають такий пріоритет лише щодо окремих міжнародних договорів, наприклад, тих, що стосуються прав людини). У деяких державах міжнародні договори мають однакову юридичну силу із законами. Однак тут пріоритет міжнародних договорів визнається фактично, оскільки вживаються заходи, спрямовані на запобігання колізіям між нормами міжнародних договорів і національним законодавством. У деяких державах деякі міжнародні договори можуть мати таку саму юридичну силу, як і акти виконавчої влади, тобто стояти нижче, ніж закони цієї держави. Там само, пар. 3.2–3.5.

³ Термін «особистий статус» може мати вузьке (змістове) та широке (формальне) значення. У першому значенні він охоплює певне коло питань або правових категорій. Marie-Luisa Hoheide. *Status Privatus und Status Politus im Internationalen Migrationsrecht* (Verlag Ernst und Werner Gieseking 2022) 68. У другому значенні він охоплює колізійні прив'язки, які передбачають застосування права держави громадянства фізичної особи або права її звичайного місця проживання — S. Lorenz, “EG BGB Art 5 Personalstatut” in W. Hau and R. Poseck (eds). *Beck'sche Online-Kommentare* (68th edn, CN Beck 2023). URL: <https://beck-online.beck.de/Bcid/Y-400-W-BECKOKBGB-GEGBGB-A-5>. Деякі автори розрізняють поняття особистого статусу та особистого закону. Відповідно до цього підходу особистий статус розуміється як «сукупність правових питань, що стосуються фізичної особи» — Alfonso Luis Calvo Caravaca and others. “Natural Person” in AL Calvo Caravaca and J. Carrascosa González (eds). *European Private International Law* (Granada 2022) 71. Інакше кажучи, він «описує становище цієї особи в правовому порядку» — Anatol Dutta, “Personal Status” in J. Basedow and others (eds). *Encyclopedia of Private International Law*. Vol. 2 (Edward Elgar Pub 2017) 1346. На відміну від особистого статусу особистий закон «...стосується сукупності норм». G. Tedeschi, “Personal Status” and “Statut Personnel” (1969) 15(3). *McGill Law Journal* 452. Крім того, обсяг питань, що охоплюються особистим статусом, також можна розуміти по-різному. У зв'язку з цим розрізняють широку та вузьку моделі особистого статусу. Широка модель передбачає, що особистий статус охоплює цивільно-правовий статус фізичних осіб, а також сімейні та спадкові відносини. Calvo Caravaca and others (n. 6) 73–74. Вузька модель виходить з того, що особистий статус охоплює лише цивільно-правовий статус фізичних осіб. Там само. 74–75. У цьому дослідженні термін «особистий статус» розуміється як коло питань, що тісно пов'язані з фізичною особою (питання цивільно-правового статусу, сімейних та спадкових відносин).

силу над положеннями відповідних регламентів ЄС згідно зі ст. 351 Договору про функціонування ЄС¹ та положеннями відповідних регламентів (див., наприклад, ст. 19(1) Регламенту 1259/2010, ст. 62(1) Регламенту 2016/1103, ст. 75(1) Регламенту 650/2012). Крім того, варто зазначити, що деякі держави зробили застереження щодо застосування ст. 12 Конвенції. (Наприклад, Швеція зробила застереження, згідно з яким «Конвенція не змінює чинну норму шведського міжнародного приватного права, згідно з якою особистий статут біженця регулюється законодавством країни його громадянства»². Згідно із застереженням, зробленим Ізраїлем, ст. 12 Конвенції до нього не застосовується³.

У випадку особи, яка має статус, відмінний від статусу біженця, відповідь на питання про застосування ст. 12 Конвенції буде залежати від того, чи охоплюється вона поняттям «біженець», вживаним у Конвенції.

У зв'язку з цим необхідно зазначити, що, крім статусу біженця (як це визначено в ст. 1 Конвенції та ст. 1 Протоколу до неї), іноземці можуть отримувати, наприклад, статус тимчасового захисту відповідно до національного законодавства конкретної країни, яка імплементує Директиву ЄС про тимчасовий захист⁴. Вони також можуть отримати статус додаткового захисту, передбачений національним законодавством певної країни, на підставі Директиви 2011/95/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 13 грудня 2011 р. про стандарти кваліфікації громадян третіх країн або осіб без громадянства

¹ Treaty on the Functioning of the European Union of 13 December 2007 (consolidated version). *Official Journal*. 2016. С. 202.

² "States Parties to the 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and the 1967 Protocol" (United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), 2023).

³ Ibid.

⁴ Акти національного законодавства, які імплементують Директиву, можна знайти тут: 'National Legislation Implementing the EU Temporary Protection Directive in Selected EU Member States' (European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), 3 August 2022).

як бенефіціарів міжнародного захисту, про єдиний статус біженців або осіб, які мають право на додатковий захист, і про зміст наданого (переглянутого) захисту¹. Іноземці також можуть отримувати інші статуси, передбачені національним законодавством певної країни (наприклад, право на притулок відповідно до ст. 16 Основного закону Федеративної Республіки Німеччина, право постійного проживання в певній країні). Вони також можуть очікувати на отримання одного з цих статусів.

З погляду міжнародного приватного права важливим є питання, чи впливає міграційний статус особи на визначення права, що застосовується до її особистого статусу. Необхідно зазначити, що законодавство деяких країн дозволяє визначити право, що застосовується до особистого статусу особи з невизначеним міграційним статусом на підставі ст. 12 Конвенції. Прикладом може слугувати ст. 28 (4) Закону Чеської Республіки «Про міжнародне приватне право», яка передбачає, що «якщо особа є заявником про надання міжнародного захисту, шукачем притулку, бенефіціаром додаткового захисту або особою безхатченком відповідно до іншого закону або міжнародної угоди, особистий статут такої особи регулюється положеннями міжнародних угод, що визначають правовий статут біженців або осіб без громадянства»².

У той самий час питання щодо можливості застосування ст. 12 Конвенції до осіб, які не мають статусу біженця, в інших країнах не є однозначним. Це, зокрема, стосується Німеччини. Для вирішення цієї невизначеності було запропоновано визначити право, що застосовується до особистого статусу осіб, які мають додатковий захист або право на притулок у Німеччині, на основі Конвенції, щоб зрівняти права цих осіб з правами

¹ Directive 2011/95/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 [2011]. *Official Journal*. L. 337.

² Пер. з англ. з: Unofficial translation by Petr Břiza and Ondřej Trubač, 'Attorneys at Law' in J. Basedow and others (eds). *Encyclopedia of Private International Law*. Vol. 4 (Edward Elgar Pub 2017) 3110.

біженців¹. Згідно з іншою позицією, ст. 12 Конвенції стосується біженців у вузькому сенсі і не повинна поширюватися на осіб з іншими статусами².

Крім того, існує невизначеність щодо того, які колізійні норми мають застосовуватися для визначення особистого статусу осіб, яким надано тимчасовий захист. Можна припустити, що деякі автори будуть стверджувати, що право, яке застосовується до особистого статусу таких осіб, має визначатися на основі ст. 12 Конвенції, оскільки вже пропонувалося застосовувати цю Конвенцію не лише до осіб, які мають статус біженців, а й до осіб, які мають статус додаткового захисту³. Водночас можна передбачити, що інші заперечуватимуть застосування ст. 12 Конвенції до осіб з тимчасовим захистом, оскільки вже існує позиція, згідно з якою ця стаття стосується лише біженців⁴.

У зв'язку з цим варто зазначити, що термін «біженець» у Конвенції можна розуміти по-різному. Згідно з «вузьким» підходом це поняття охоплює лідерів певних соціальних груп, які зазнають особистих переслідувань, або лише політичних активістів⁵. Широкий підхід охоплює так званих «звичайних людей», які зазнають переслідувань як представники певної групи або політичні активісти, а також представників переслідуваних груп та жертв конфліктів і соціального насильства⁶.

¹ Mankowski P, 'Die Reaktion des Internationalen Privatrechts auf neue Erscheinungsformen der Migration' (2017) 1 IPRax 40.

² Stefan Arnold, 'Der Flüchtlingsbegriff der Genfer Flüchtlingskonvention in Kontext des Internationalen Privatrechts' in Ch Budzikiewicz und andere (hrsg), Migration und IPR (Nomos 2018) 46.

³ Mankowski (n 14).

⁴ Arnold (n 15) 46.

⁵ Terje Einarsen, 'Drafting History of the 1951 Convention and the 1967 Protokol' in A. Zimmermann, J. Dörschner and F. Machts (eds), The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protokol: A Commentary (OUP 2011) 51.

⁶ Ibid.

Незалежно від того, який підхід застосовується, потрібно пам'ятати, що ключові характеристики поняття «біженець» наведено в ст. 1 Конвенції. Інакше кажучи, «біженцями» згідно з Конвенцією завжди є особи, які «внаслідок цілком обґрунтованих побоювань стати жертвою переслідувань за ознакою раси, релігії, громадянства, належності до певної соціальної групи або політичних переконань, перебувають за межами країни своєї громадянської належності і не можуть користуватися захистом цієї країни або не бажають користуватися таким захистом внаслідок таких побоювань; або які, не маючи певного громадянства і перебуваючи за межами країни свого попереднього постійного проживання, не можуть або не бажають повернутися до неї внаслідок таких побоювань».

Отже, міграційний статус особи не має значення для застосування ст. 12 Конвенції. Важливим є те, чи зазнавала особа переслідувань, зазначених у ст. 1 Конвенції, у країні її громадянства або колишнього звичайного місця проживання. Інакше кажучи, ст. 12 Конвенції може бути застосована не лише до осіб зі статусом біженця, а й до осіб з іншими міграційними статусами, чия ситуація відповідає ознакам, зазначеним у ст. 1 Конвенції.

У зв'язку з цим необхідно зазначити, що деякі автори наголошують, що в ситуації з громадянами України, які виїхали за кордон у зв'язку початком повномасштабної війни у себе на Батьківщині, не так важливо тлумачити ст. 12 Конвенції, як думати про доречність її застосування до них (оскільки застосування цієї статті означатиме, що українське право не регулюватиме особистий статут українських громадян, хоча вони не рятуються від переслідувань у своїй країні і багато хто з них хоче повернутися в Україну¹). Дійсно, оскільки українські біженці залишили свою країну не через переслідування

¹ Sabine Corneloup, 'Migrants in Transit or Under Temporary Protection: How Can Private International Law Deal with Provisional Presence?' (2023) 87(1) *RebelsZ* 60.

за ознакою раси, релігії, громадянства, належності до певної соціальної групи або політичних переконань, немає підстав для визначення права, що підлягає застосуванню відповідно до ст. 12 Конвенції.

Для іноземців, які підпадають під загальноприйняте поняття «біженець», важливо дати визначення поняття «особистий статут» згідно з Конвенцією. Як впливає з *Дослідження з питань безгромадянства*, яке називають «попередником Конвенції про статус біженців 1951 року»¹, розробники Конвенції, використовуючи термін «особистий статут», мали намір охопити ним питання «(а) дієздатності особи (вік досягнення повноліття, дієздатність заміжньої жінки тощо); (b) її сімейних прав (на шлюб, розлучення, визнання та усиновлення дітей тощо); (c) регулювання питань майна подружжя, тією мірою, якою вони не регулюються договірним правом; (d) спадкування рухомого, а в деяких випадках — нерухомого майна»².

Однак на практиці різні договірні держави по-різному розуміють коло питань, що охоплюються «особистим статутом» у ст. 12 Конвенції. Розбіжності виникають, наприклад, щодо того, чи охоплюються ним питання спадкування³. Тут також потрібно зазначити, що існують розбіжності щодо того, чи слід тлумачити поняття «особистий статут» у ст. 12 Конвенції уніфіковано, або ж договірні держави мають право тлумачити його по-різному. Одна з доктринальних пропозицій полягає в тому, що «особистий статут біженця» має охоплювати елементи, перераховані в *Дослідженні з питань безгромадянства*; розширення сфери застосування ст. 12 Конвенції

¹ Michelle Foster and Hélène Lambert, 'International Refugee Law and the Protection of Stateless Persons' (OUP 2019) 11.

² UN Economic and Social Council, A Study of Statelessness, United Nations, August 1949, Lake Success — New York E/1112/E/1112/Add.1 (UN Ad Hoc Committee on Refugees and Stateless Persons 1949).

³ Marie-Luisa Loheide, 'Status Privatus und Status Politus im Internationalen Migrationsrecht' (Verlag Ernst und Werner Gieseking 2022) 69.

на питання, які не перераховані в цьому *Дослідженні*, має бути залишено на розсуд держав-учасниць¹.

Відповідь на питання про коло питань, що охоплюються поняттям «особистий статут», згаданим у ст. 12 Конвенції, залежить від використовуваного методу тлумачення міжнародних договорів, і від того, наскільки він дозволяє використовувати підготовчі матеріали. Однак у будь-якому разі необхідно пам'ятати про причини створення цієї статті, які полягали у виключенні застосування права країни громадянства біженця² (під яким зазвичай розуміють право держави, звідки особа втікає). Отже, широке розуміння особистого статуту в ст. 12 Конвенції (тобто включення всіх питань, згаданих у *Дослідженні з питань безгромадянства*) є виправданим, оскільки воно мінімізує можливість застосування права держави, з якої особа втекла, до питань, що охоплюються особистим статутом.

Іншим важливим питанням у застосуванні ст. 12 (1) Конвенції є тлумачення термінів «країна доміцилію» та «країна проживання», вживаних у ній. Розробники Конвенції не дійшли консенсусу щодо того, як потрібно розуміти поняття доміцилію, але всі погодилися з тим, що цей термін є розпливчастим³. Крім того, було зазначено, що важко визначити це поняття спеціально для біженців, оскільки воно, як правило, пов'язане з тим, що людина вважає своїм домом⁴, що у випадку з біженцями може бути складним завданням.

У зв'язку із цим варто зазначити, що в англійському праві (яке традиційно оперує поняттям доміцилію) вважається, що ключовим питанням для визначення доміцилію біженця

¹ Marie-Luisa Loheide, 'Status Privatus und Status Politus im Internationalen Migrationsrecht' (Verlag Ernst und Werner Gieseking 2022) 69.

² Axel Metzger, 'Juridical Status, Article 12' in A Zimmermann, J. Dörschner and F. Machts (eds), *The 1951 Convention Relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol: A Commentary* (OUP 2011) 875.

³ James C. Hathaway, 'The Rights of Refugees under International Law' (CUP 2018) 214.

⁴ Ibid.

має бути те, чи має він намір повернутися до країни, з якої втік, якщо ситуація в цій країні зміниться. Однак можливість змін не повинна бути надто малоїмовірною. І, навпаки, намір залишитися в країні, куди він втік, навіть після зміни ситуації в рідній країні, може бути підставою для розгляду країни втечі як місця доміцилію¹.

Водночас наведена вище позиція англійського права є лише однією з можливих. Річ у тім, що розробники Конвенції не змогли вирішити, як саме розуміти цей термін, і тому було запропоновано, щоб його визначали суди країни, яка приймає біженця². Однак намір мігранта залишитися в країні, яка надала йому притулок, здається, є важливим фактором для визначення того, чи має він або вона доміцилій у цій країні, якщо цей намір є реалістичним. Його реалістичність буде залежати від того, чи дозволяють фактичні обставини життя мігранта залишатися у відповідній країні (наприклад, чи відповідають вони вимогам міграційного законодавства, які дозволяють перебувати в певній країні протягом більш тривалого періоду).

Якщо ситуація біженця така, що місце його доміцилію не може бути визначене, відповідно до ст. 12 (1) Конвенції, його особистий статус підпорядковується праву країни його «місця проживання». У певних ситуаціях, однак, цей критерій також нелегко використовувати, оскільки деякі біженці можуть розглядатися як такі, які не мають навіть «місця проживання» (наприклад, ті, які перебувають у транзитних таборах)³. Вважається, що в цьому випадку має застосовуватися право країни транзиту, оскільки основною метою ст. 12 Конвенції є запобігання підпорядкуванню питань особистого статусу законодавству країни, з якої особа втекла⁴. Ця ідея заслуговує

¹ Dicey, Morris and Collins, 'The Conflicts of Laws'. Vol. 1 (16th edn, Sweet and Maxwell 2022) 224.

² Hathaway (n 26) 216.

³ Ibid.

⁴ Ibid.

на підтримку, оскільки мігранти, дійсно, можуть не мати «місця проживання» відповідно до законодавства певної країни. У такому разі визначення держави, в якій така особа має місце проживання, як держави її фактичного перебування дозволяє визначити застосовне право і, відповідно, вирішити питання, яке потребує врегулювання.

Однак, визначаючи право, що застосовується до особистого статусу біженців, необхідно пам'ятати про ст. 5 Конвенції¹, яка розуміється як така, що дозволяє звертатися до колізійних норм, не передбачених Конвенцією, якщо вони є більш сприятливими для біженців², а також ст. 12 (2) Конвенції, яка закріплює більш загальне положення, і зобов'язує договірні держави поважати права, набуті біженцем, пов'язані з його особистим статутом, зокрема, права, пов'язані зі шлюбом.

Право, що регулює особистий статут (або окремі питання, що охоплюються цим поняттям), які не відповідають критеріям біженців у розумінні Конвенції, може визначатися на основі інших міжнародних договорів (наприклад, двосторонніх договорів про правову допомогу), права ЄС та національних колізійних норм. У межах цього дослідження неможливо зупинитися на аналізі всіх колізійних норм, які гіпотетично можуть слугувати основою для визначення права, застосовуваного до особистого статусу, тому ми зосередимося лише на деяких з них. У зв'язку із цим необхідно зазначити, що деякі колізійні норми підпорядковують особистий статут (або окремі питання, що ним охоплюються) праву країни громадянства відповідної особи (наприклад, ст. 21(1) Договору між Республікою

¹ Відповідно до ст. 5 Конвенції «ніщо в цій Конвенції не порушує жодних прав і переваг, наданих біженцям будь-якою договірною державою незалежно від цієї Конвенції».

² Є випадки, коли національні суди застосовували право країни громадянства, а не право країни доміцилю біженців, оскільки це дозволяло захищати права, що охоплюються особистим статутом. Наприклад, в одній справі бельгійський суд застосував не бельгійське право (право країни доміцилю біженців), а право країни їхнього громадянства, оскільки, на відміну від бельгійського права, воно дозволяло їм реєструвати прізвище їх новонародженої дитини в Бельгії відповідно до свого національного права і традицій, що було б неможливо за бельгійським правом. Короткий виклад цієї справи можна знайти у: Jinske Verhellen, 'Cross-Border Portability of Refugees' Personal Status' (2017) 31(4). Journal of Refugee Studies. 437.

Польща та Україною про правову допомогу та правові відносини у цивільних і кримінальних справах від 24 травня 1993 р.). Тому в деяких випадках міграція не вплине на право, що застосовується до особистого статусу, якщо особа зберігає громадянство країни походження.

Складніше буде визначити право, що застосовується до особистого статусу, у ситуаціях, коли колізійна норма сформульована так, що її застосування вимагає аналізу не лише громадянства особи, а й інших обставин її життя (наприклад, у випадку, коли колізійна норма передбачає застосування права держави звичайного місця проживання особи). Ситуація ускладнюється ще й тим, що деякі мігранти, можуть перебувати в транзиті протягом тривалого часу. Було запропоновано, що за відсутності вибору, зробленого відповідною особою або особами, життєві ситуації таких мігрантів мають регулюватися законодавством країни їхнього кінцевого призначення, за винятком ситуацій, коли мігрант більш тісно пов'язаний з якоюсь іншою країною¹. Пропозиція щодо визначення права, застосовуваного до особистого статусу мігрантів, які перебувають під тимчасовим захистом, є аналогічною². Єдина відмінність полягає в тому, що для транзитного мігранта країною призначення завжди є інша країна, ніж країна походження, тоді як для мігранта з тимчасовим захистом країна призначення і країна походження збігаються, оскільки більшість з них мають намір повернутися на Батьківщину³.

Ідея про те, що зацікавлені особи повинні мати право обирати право, яке застосовується до їхніх відносин, заслуговує цілковитої підтримки, оскільки можливість такого вибору узгоджується з приватноправовою природою відносин, що охоплюються поняттям особистого статусу. Доцільність

¹ Corneloup (n 20) 75.

² Ibid. 72.

³ Ibid. 70.

застосування до таких відносин права держави кінцевого призначення мігранта (за відсутності вибору права зацікавленими особами) викликає певні сумніви, оскільки таку країну не завжди можна визначити з упевненістю. На нашу думку, за відсутності вибору зацікавленими особами права питання, що охоплюються особистим статутом транзитного мігранта, мають регулюватися правом держави, з якою такий мігрант має найтісніший зв'язок на момент звернення до суду з відповідним питанням. Реальні перспективи мігранта щодо інтеграції (можливість знайти роботу, знання мови, родинні чи ділові зв'язки) можуть бути факторами для визначення такої країни.

Водночас потрібно погодитися з думкою, що визначення звичайного місця проживання не повинно залежати від міграційного статусу особи, який може враховуватися при визначенні звичайного місця проживання разом з іншими обставинами справи¹. Це викликано тим, що міграційний статус може змінюватися зі зміною умов життя особи.

Отже, право, що застосовується до особистого статусу мігранта, визначається на підставі ст. 12 Конвенції, якщо він відповідає ознакам біженця, визначеним цією Конвенцією. Однак не тільки особи зі статусом біженця, а й особи з іншими міграційними статусами можуть відповідати критеріям біженця, встановленим нею. У цьому сенсі міграційний статус не впливає на визначення права, що застосовується до особистого статусу. Якщо право, що застосовується до особистого статусу мігранта, визначається на основі ст. 12 Конвенції, то широке розуміння особистого статусу є виправданим, оскільки дозволяє виключити більше питань зі сфери дії права держави, від переслідувань якої він тікає.

Чи має мігрант доміциль у країні призначення в розумінні ст. 12 Конвенції залежить від того, чи має він намір залишитися в цій країні, якщо причини залишення ним рідної

¹ Corneloup (n 20) 70.

країни відпадуть, та чи є його намір реальним. Якщо колізійна прив'язка, яка визначає право, що застосовується до особистого статусу, сформульована так, що вимагає аналізу обставин життя мігранта, то ними можуть бути: можливості працевлаштування, знання мови, родинні або ділові зв'язки, а також його бажання залишитися в цій країні. Непостійність міграційного статусу особи не впливає на право, що застосовується до особистого статусу мігранта.

МІЖНАРОДНИЙ ВИМІР ПРИВАТНОГО ПРАВА: ПОГЛЯД У МАЙБУТНЄ

Довгерт Анатолій Степанович

*професор, доктор юридичних наук,
член-кореспондент Національної академії правових наук України,
заслужений юрист України,
професор кафедри міжнародного приватного права
Навчально-наукового інституту міжнародних відносин
Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

Вступ. Приватне право вималюється для багатьох лише як національне (внутрішнє) право під назвою «цивільне право». Міжнародний аспект приватного права зазвичай перебуває на узбіччі свідомості. Такій ситуації є багато пояснень, серед яких недавня «залізна завіса» у відношеннях з країнами світу, слабка загальна інтеграція тощо. Проте найбільшої шкоди завдало галузеве структурування права при соціалізмі. Воно призвело до того, що внутрішнє (цивільне) і міжнародне приватне право оголошувалися самостійними галузями права. Така демаркація єдиних за своєї суттю приватноправових відносин порушувала їхні «родинні» зв'язки, а «цивілістів» і «міжнародників» розводила в різні «кути», робила їх далекими «родичами» або навіть «чужинцями». Усе це негативно позначилося на правозастосуванні, законотворчості, науці, викладанні права у закладах вищої освіти тощо.

Приватне (цивільне) право в кожній країні може розглядатися у двох вимірах — національному і міжнародному. Вони (виміри) поєднані єдиною природою правовідносин, принципами регулювання, кодифікацією тощо. Тому процес рекодифікації цивільного (приватного) права, який розпочався в Україні у 2019 р., стосується й міжнародного його виміру (МПрП).

Основи концепції та зміст проекту кодифікації МПрП були створені у 1992–1996 рр.¹. З того часу за чверть століття в Україні та світі багато змінилося. Рівень цих змін настільки значний, що дозволяє говорити про появу економічних, політичних і правових показників для суттєвого оновлення (рекодифікації²) в Україні приватноправового законодавства, включно з МПрП.

1. Економічні, політичні та юридичні чинники й передумови для суттєвого оновлення МПрП.

Рекодифікації МПрП в Україні 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 всіх компонентів суспільства.

Ринкова економіка. Українське суспільство за роки незалежності значно просунулося на шляху ринкових перетворень. На початку 1990-х років економічний вектор розвитку країни навіть чітко не вимальовувався. Тільки у 2005–2006 рр. ЄС та США визнали Україну країною з ринковою економікою, хоча очевидно, що таке рішення мало політичне забарвлення. Як би там не було, ринкове економічне середовище сьогодні є міцнішим порівняно з 90-ми роками минулого століття. Протягом наступного десятиліття варто очікувати значної гомогенності національної ринкової економічної системи з європейською. Очікуваний новий рівень ринкових відносин в Україні потребуватиме більш досконалого приватноправового регулювання, до того ж максимально гармонізованого з тим, яке діє в країнах ЄС.

Євроінтеграційна спрямованість. Значною подією на «шляху до Європи» стала *Угода про асоціацію між Україною,*

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

² Рекодифікацією пропонується називати масштабне, на відміну від поточних «точкових» змін, оновлення кодифікації МПрП.

з одного боку, та Європейським Союзом, Європейським Співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами — з іншого (*Association Agreement between the European Union and the European Atomic Energy Community and their member states, of the one part, and Ukraine, of the other part*).

Угода про асоціацію, яка готувалася з 2007 р. та набула чинності у 2017 р., за своїм обсягом і тематичним охопленням є найбільшим міжнародно-правовим документом за всю історію України та найбільшим міжнародним договором з третьою країною, коли-небудь укладеним ЄС. Вона визначає якісно новий формат відносин між Україною та ЄС на принципах «політичної асоціації та економічної інтеграції» і слугує стратегічним орієнтиром системних соціально-економічних реформ в Україні. Угода про асоціацію спрямована на поступове входження економіки України до спільного ринку ЄС.

Оптимістичну перспективу членства України в ЄС відкриває набуття нею статусу кандидата на вступ до цієї організації.

Західноєвропейська модель розвитку підвищує рівень міжнародного спілкування громадян та юридичних осіб України. Перспектива членства в ЄС стала важливим драйвером будь-яких оновлень та реформ в Україні. Повною мірою це стосується доктрини, науки й практики МПрП. Можна навіть сказати, що основним напрямом рекодифікації МПрП є подальша його європеїзація.

Крім політико-економічних запитів рекодифікації МПрП, існують суто правові. Зупинимося нижче на таких основних правових чинниках та передумовах як: (i) знаходження глобально-придатних норм регулювання завдяки досягненням в уніфікації МПрП; (ii) новий досвід реформ внутрішнього колізійного права в країнах ЄС та світу на основі засад міжнародних документів; (iii) спроможність вітчизняної доктрини до практичного здійснення рекодифікації МПрП.

Міжнародна уніфікація норм МПрП. Питання про рекодифікацію МПрП України не виглядало б сьогодні таким

актуальним, якби на межі століть спільними зусиллями фахівців країн Європи не були знайдені найоптимальніші та глобально-придатні правові норми (рішення) для багатьох сфер приватно-правових відносин, у тому числі відносин з іноземним елементом. Такі норми-рішення втілено в численні міжнародні документи з уніфікації МПрП. Час показав, що зазначені акти «випромінюють» величезну «гармонізуючу» силу. На їх основі у європейських країнах розпочалася найновіша модернізація (одночасно й гармонізація) національних законів та відповідних доктрин. Отже, потрібно визнати, що світова (особливо європейська) тенденція до уніфікації та гармонізації МПрП є вагомим чинником сучасної рекодифікації МПрП багатьох країн. Україна не мусить виключенням становити винятку.

Уже під час нинішньої кодифікації українського МПрП широко використовувалися ідеї *Римської конвенції про застосування права до договірних зобов'язань 1980 р. (Римська конвенція)*, *Гаазької конвенції про право, що застосовується до міжнародної купівлі-продажу товарів 1986 р. (Гаазька конвенція з купівлі-продажу товарів 1986 р.)*. З того часу нові підходи до колізійних рішень та міжнародного цивільного процесу набули подальшого розвитку й відображення в документах ЄС та багатьох міжнародних організацій.

Документи ЄС. Моделі оптимальної регламентації для багатьох сфер приватноправових відносин сьогодні пропонуються численними директивами й регламентами ЄС, іншими актами, зокрема, такими, без перебільшення, епохальними міжнародними документами, як: *Принципи європейського контрактного права*, *Проект європейського приватного права*. Лише наведені акти свідчать про те, що в напрямі створення широкого глобально-уніформованого приватного права зроблено величезні кроки¹.

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

Щодо колізійного права, то принципово важливими в аспекті рекодифікації українського МПрП уявляються сучасні регламенти ЄС, які фактично створили європейську кодифікацію МПрП. Серед цих документів: *Регламент № 593/2008 «Про право, що застосовується до договірних зобов'язань» (Рим I)*; *Регламент № 864/2007 «Про право, що застосовується до недоговірних зобов'язань» (Рим II)*; *Регламент № 1259/2010 про право, що застосовується до розлучення та правової сепарації (Рим III)*. *Регламент № 650/2012 «Про юрисдикцію, застосовуване право, визнання і виконання рішень, прийняття і виконання автентичних документів з питань спадкування, а також про створення європейського свідоцтва про спадкування» (Рим IV)*; *Регламент ЄС № 2016/1103 щодо режимів майна подружжя*; *Регламент ЄС № 2016/1104 щодо майнових наслідків зареєстрованих партнерств*; *Регламент ЄС № 1215/2012 «Про юрисдикцію, визнання і виконання рішень у цивільних та комерційних справах» (Брюссель I)* та ін.

Міжнародні організації. На різних міжнародних майданчиках також створено уніфікаційні документи з питань колізійного регулювання та міжнародного цивільного процесу. Як уже зазначалося, Гаазькій конференції з МПрП належить особливе місце в здійсненні уніфікації. У посткодифікаційний період (тобто після 2005 р.) підготовлено нові важливі конвенції: *Конвенція про угоди про вибір суду*, *Конвенція про міжнародне стягнення аліментів на дітей та інших видів сімейного утримання*, *Протокол про право, що застосовується до зобов'язань про утримання*, *Конвенція про визнання та виконання іноземних судових рішень*. Проте не варто забувати про ті конвенції, до яких Україна ще не приєдналася, зокрема: *Конвенція про право, що застосовується до агентських відносин (1978)*; *Конвенція про право, що застосовується до трастів (1985)*; *Конвенція про цінні папери (2006)* тощо.

Беручи до уваги сучасний стан (якість і кількість) уніфікації колізійних та інших норм МПрП, можна дійти висновку про суттєве «визрівання» міжнародної моделі реформ як чинника рекодифікації. На нашу думку, названі вище міжнародні уніфікаційні документи мають стати найсуттєвішим джерелом для українських фахівців у процесі рекодифікації МПрП.

Реформи колізійного права в країнах ЄС та світу.

Вагомим чинником для здійснення рекодифікації МПрП в Україні є новітнє реформування внутрішнього колізійного права та міжнародного процесу в країнах ЄС та світу, зокрема, розроблення й прийняття нових законів, модернізація «старих» цивільно-правових кодифікацій з урахуванням європейських та універсальних міжнародних документів. У ХХІ ст. найсучасніші ідеї колізійного регулювання втілено в численних нових кодифікаціях МПрП як у межах цивільних кодексів (Аргентина, Литва, Молдова, Нідерланди, Румунія тощо), так і в окремих законах з МПрП Естонії (2002), Бельгії (2004), Болгарії (2005), Японії (2007), Туреччини (2007), Польщі (2011), Чехії (2012), Монако (2017), Угорщини (2017) тощо.

Доктрина МПрП в Україні та рекодифікація. Необхідною передумовою створення концепції та нормативного тексту проекту рекодифікації МПрП на сьогодні є спроможність вітчизняної доктрини МПрП «очолити» та науково забезпечити реформаторський процес.

Річ у тім, що на цей час роль правової доктрини в нормотвірчій діяльності скрізь у світі, як ніколи, є високою. Ще у ХІХ ст. у західноєвропейських країнах законодавчим роботам передувало створення якісного теоретичного фундаменту, в основу якого покладено ідею рецепції римського приватного права¹. Нині в цих країнах триває процес зближення відповідного законодавства на базі попередніх (часом спільних або

¹ Харитонов Є. О. Рецепція римського приватного права: (Теоретичні та історико-правові аспекти). Одеса : Одеська національна юридична академія, 1997. 286 с. ; Харитонов Є.О. Україна — Європа: проблеми адаптації у галузі приватного права. Одеса : Фенікс, 2017. С. 62.

скоординованих) наукових досліджень. Зближення їхніх національних доктрин, термінології тощо у сфері МПрП завдячує багатьом обставинам, серед яких: глобалізація та регіоналізація життя в різних проявах, вільні рух та співпраця вчених, поява міжнародних джерел м'якого права «доктринального» характеру тощо.

Історично в Україні (принаймні на більшій частині), як і в інших країнах, розвиток яких відбувався за візантійським цивілізаційним вибором, законотворення характеризувалося відсутністю адекватної методологічної бази, попередніх глибоких наукових розвідок тощо.

Без належної теоретичної бази також розпочиналася у 1992 р. кодифікація МПрП. 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 всеохопної державної власності до приватної, від закритого від світу суспільства до відкритого, від тоталітаризму до демократії тощо. У 1990-х рр. фундаментальні наукові установки, уявлення, терміни тощо, які були притаманні соціалістичній доктрині МПрП, почали поступово відмирати, трансформуватися, наповнюватися новим змістом.

Завдання щодо зміни парадигми вітчизняного МПрП випало на кодифікатори МПрП. Саме процес підготовки нової кодифікації (1992—2005) став важливим чинником розвитку доктрини. Працюючи над концепцією та текстом проекту, вчені-розробники сформулювали низку наукових ідей, які започатковували перехід до нової парадигми науки МПрП в Україні¹.

Завдяки кодифікації МПрП вітчизняна нормативна система та доктрина МПрП набули основних світових характеристик.

¹ Довгерт А. С. Кодифікація цивільного права незалежної України — важливий етап розвитку цивільно-правової доктрини. *Правова доктрина України*: у 5 т. Т. 3: Доктрина приватного права України. Харків : Право, 2013. С. 56–80.

Розробники кодифікації виходили з того, що природне приватне право є одним-єдиним для всього людства, тобто природні закони мають універсальний характер для людей незалежно від їхнього національного або державного угруповання. Універсалізм природного приватного права через МПрП «пробиває» собі дорогу і в позитивному праві. Тенденція розвитку останнього в напрямі формування всесвітнього приватного права стає дедалі очевиднішою. Ідея гомогенності вітчизняної доктрини і законодавства в галузі МПрП з відповідними компонентами в країнах ЄС посідала авангардне місце при реконцептуалізації української доктрини МПрП.

Отже, необхідно визнати, що сьогодні українська наука МПрП і кодифікація не виглядають *terra incognita* на правовій мапі світу. Тому, незважаючи на невідповідність окремих параметрів нашої та європейської доктрин, все ж вважаємо, що в цілому вітчизняна наука здатна забезпечити процес рекодифікації МПрП.

З огляду на запити соціальної практики, Кабінет Міністрів України та Верховна Рада України прийняли відповідні акти з утворення Робочих груп з оновлення (рекодифікації) цивільного законодавства України¹. Життя потребує системної модифікації не тільки основного акту цивільного законодавства — *ЦК України*, а й інших актів приватного права, насамперед тих законів України, сфера регулювання яких входить до цивільних кодексів багатьох країн, а саме — *Закону про МПрП*. Очікується, що оновлення кодифікації МПрП забезпечить більш ефективну взаємодію української правової системи з правовими системами світу і тим самим сприятиме розвитку міжнародних економічних та інших відносин.

¹ Див.: Постанова КМ України «Про утворення робочої групи щодо рекодифікації (оновлення) цивільного законодавства України» від 17 липня 2019 р. № 650 ; Наказ Міністерства юстиції України від 24 липня 2019 р. № 2771/7/1 ; Розпорядження Голови ВР України від 28 липня 2020 р. № 260 «Про створення робочої групи з підготовки законопроекту з рекодифікації (оновлення) цивільного законодавства України».

2. Базові ідеї модернізації колізійного регулювання.

Закон про МПрП проектувався за лекалами новітніх на той час кодифікацій колізійного права західних країн та міжнародних організацій. Незважаючи на глибоку модернізацію колізійного права в Україні у 2005 році, сьогодні національна «колізійна» теорія і нормотворча практика вже не відповідають повною мірою доктринальним і законодавчим досягненням МПрП європейських країн. Адже прогресивні ідеї колізійного права і міжнародного цивільного процесу знайшли відображення в багатьох документах сучасності.

Спираючись на міжнародний та іноземний досвід, можна передбачити, що рекодифікація МПрП в Україні полягатиме в законодавчому розширенні та поглибленні базових ідей модерних кодифікацій МПрП, які свого часу було закладено у фундамент *Закону про МПрП*, а саме: зміцнення приватноправових начал колізійного права, розширення диспозитивності в *МПрП*, підвищення регулятивних можливостей колізійних норм, надання останнім більшої гнучкості з одночасним збереженням їх визначеності, матеріалізації вибору права тощо. Окремим напрямом оновлення є, на наш погляд, реформатування тексту *Закону МПрП* у завершальну книгу модифікованого *ЦК України*. Зміст основних напрямів рекодифікації МПрП полягає в такому.

Зміцнення приватноправових начал колізійного регулювання. У кодифікації МПрП 2005 р. приватноправові начала колізійного права зміцнювалися передусім шляхом покращення всіх параметрів «автономії волі» (*lex voluntatis*). У цьому питанні втілено якісно нові рішення. Основні приписи щодо *lex voluntatis* сконцентровано в спеціальній статті *Закону про МПрП* (ст.5), а сфера застосування *lex voluntatis* значно розширена. Крім раніше відомих ділянок його використання — зовнішньоекономічні договори та питання права власності у зовнішньоторговельних угодах, *Закон про МПрП* надав сторонам міжнародних

приватних відносин можливість вибирати право будь-якої країни щодо змісту майже всіх правочинів (майже всі договори, а не тільки зовнішньоекономічні, односторонні дії, шлюбний договір). В обмеженому вигляді *lex voluntatis* міг застосовуватися: при захисті речових прав (ст. 42); у деліктних зобов'язаннях (ст. 49, 50); у зобов'язаннях, що виникли внаслідок збагачення (ст. 51); у багатьох питаннях сімейного права; у спадкових відносинах (ст. 70) тощо.

Під час очікуваного оновлення кодифікації МПрП інститут *lex voluntatis* потребує подальшого удосконалення як у частині загальних правил, так і в частині спеціальних 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. Ще в книзі восьмій *проекту ЦК України* були сформульовані правила про те, що сторони (сторона) не обмежуються вибором права конкретної країни і що вони можуть вибирати норми транснаціонального характеру, наприклад такі, як загальні принципи права, *lex mercatoria* або аналогічні положення¹. Інакше кажучи, сторони договору мали змогу підпорядковувати договір не тільки національному праву конкретної держави, а й транснаціональному праву, норми якого не належать до певної національної правової системи. На жаль, це положення не потрапило до *Закону про МПрП*.

На удосконалення інституту *lex voluntatis* у багатьох його аспектах, у тому числі щодо застосування ненаціонального права, нині спрямовують ухвалені у 2015 р. Гаазькою конференцією з МПрП *«Принципи вибору права у міжнародних*

¹ Порівняльна таблиця до проекту Цивільного кодексу України (третє читання) від 8 липня 2000 р. Київ : Верховна Рада України, 2000. 477 с.

комерційних договорів» (*Гаазькі принципи*)¹. У зв'язку з появою цього документа «м'якого» права, у вітчизняних наукових працях запропонована низка доповнень до законодавчого наповнення принципу «автономії волі». Зокрема, пропонується надати сторонам можливість обирати не лише право певної держави, а й право недержавного походження у формі зводів, принципів або конвенцій (наприклад, *Принципи міжнародних комерційних договорів УНІДРУА*, або *CISG*)².

До законодавчого покращення інституту «автономії волі» в Україні націлюють також положення регламентів ЄС у сфері МПрП.

Зміцнення приватноправової природи колізійного права досягається також шляхом посилення регулятивної функції колізійних норм, що найбільш повно розкривається в наданні останнім більшої гнучкості. Головним інструментом тут є сучасний інститут найтіснішого зв'язку.

Підвищення гнучкості колізійних норм. Як зазначалося вище, українська система колізійного права збудована за допомогою загального *принципу найтіснішого зв'язку*³ права із правовідносинами в поєднанні з великою кількістю *формалізованих* колізійних норм, у яких втілюється загальний принцип. За такого підходу досягався розумний баланс між правовою визначеністю і гнучкістю колізійних норм, а вибір права вже залежав не від локалізації якогось одного контакту, а від оцінки багатьох обставин конкретної справи. Найтісніший зв'язок став не тільки колізійною прив'язкою та головним

¹ Принципи вибору права у міжнародних комерційних договорах. URL: <https://assets.hech.net/docs/a3b1d0ac-4b81-4330-8716-ab1ea96de790.pdf>

² Цірат К. Г. Автономія волі сторін у Гаазьких принципах вибору права у міжнародних комерційних договорах : автореф. дис. на здобуття наукового ступеня канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ : Київський національний ун-т ім. Тараса Шевченка, 2018. 19 с.

³ 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 удосконаленням термінології.

колізійним принципом. Цю категорію почали використовувати також в інших контекстах, зокрема у зв'язку з усуненням прогалин у колізійному праві тощо.

Найтісніший зв'язок як колізійна прив'язка представлений у Законі про МПрП для визначення права щодо змісту правочину (ч. 2 ст. 32), договору (ч. 4 ст. 44), правових наслідків шлюбу (ч. 1 ст. 60), прав та обов'язків батьків і дітей (ст. 66) тощо. Найтісніший зв'язок використаний у контекстах застосування імперативних норм інших країн (ч. 2 ст. 14), визначення особистого закону біпатрида (ч. 2 ст. 16).

Надзвичайно важливим кроком у побудові системи колізійного права України стало надання категорії найтіснішого зв'язку функції заповнювача прогалин у колізійному регулюванні. В українській кодифікації встановлено, що у випадку, коли неможливо визначити право країни, що підлягає застосуванню на підставі формалізованих колізійних норм, застосовується право країни, яке має більш тісний зв'язок із приватноправовими відносинами (ч. 2 ст. 4). Більш того, у Законі про МПрП сформульовано загальне захисне коригувальне застереження (*general escape clauses*): визначене на підставі формалізованих колізійних норм право країни, 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. Це положення не застосовується, якщо сторони (сторона) самі здійснили вибір права (ч. 3 ст. 4).

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 в ст. 1 Закону про МПрП Австрії. Його суть полягає в тому, що окремі колізійні правила закону розглядаються як вияв *принципу найтіснішого*

зв'язку¹. Необхідно зауважити, що при написанні тих чи інших колізійних правил української кодифікації її розробники завжди відшукували прив'язку, виходячи із сучасного розуміння принципу найбільш тісного зв'язку. На це вказують їх численні публікації і коментарі як до, так і після прийняття Закону про МПрП². У цих працях йшлося, зокрема, про те, що «...такі колізійні прив'язки, як право країни місця знаходження речі в речовому праві або право країни звичайного місця перебування чи місцезнаходження сторони правочину, у тому числі договору, що повинна здійснити виконання, яке має вирішальне значення для змісту правочину, є лише втіленням згаданого вище принципу...»³. У тексті самого Закону про МПрП ця ідея не була матеріалізована. Пізніше вона виводилася коментаторами із тлумачення ч. 2 і 3 ст. 4 та інших положень Закону про МПрП. Сьогодні, оновлюючи кодифікацію, є нагода закріпити в ній таке бачення принципу найтіснішого зв'язку.

Інший момент удосконалення категорії найтіснішого зв'язку пов'язаний з потребою в наданні судам певних законодавчих орієнтирів для знаходження в широкому колі зв'язків правовідносин з кількома країнами того одного, нормоутворюючого, найбільш тісного зв'язку. Інакше кажучи, мова йде про розкриття змісту найтіснішого зв'язку.

Сьогодні у європейській доктрині і судовій практиці переважає територіальний підхід до цього питання, згідно з яким найтісніший зв'язок вбачається в ступені інтенсивності територіальних контактів правовідносин з певною країною.

¹ Federal Statute of 15 June 1978 on Private International Law. *Encyclopedia of Private International Law* / ed. by Jürgen Basedow, Giesela Rühl, Franco Ferrari and Pedro de Miguel Asensio. Fourth Volume. London : Edward Elgar Publishing, 2017. 4034 p.

² Міжнародне приватне право. Актуальні проблеми : монографія / за ред. проф. А. Довгерта. Київ : Український центр правничих студій, 2001. 334 с. ; Міжнародне приватне право. Науково-практичний коментар Закону / за ред. А. Довгерта. Харків : ТОВ «Одіссей», 2008. 352 с.

³ Довгерт А. С. Кодифікація міжнародного приватного права в Україні. *Міжнародне приватне право. Актуальні проблеми* : монографія / за ред. проф. А. Довгерта. Київ : Український центр правничих студій, 2001. С. 22.

Тому, якщо ми орієнтуємо український суд на суто «географічне» прикріплення правовідносин, тоді в законі можна записати, що при визначенні найбільш тісного зв'язку необхідно враховувати виключно територіальні контакти та їх значення для обставин конкретного спору.

Проте, на наш погляд, у сучасних умовах краще надавати перевагу не стільки «географічному», скільки матеріально-правовому (змішаному) підходу до змісту найтіснішого зв'язку. Європейська наука дедалі більше схиляється до необхідності враховувати при визначенні найтіснішого зв'язку не тільки географічні контакти (*conflict justice*), а й фактори, що заходяться в площині матеріального права і матеріального результату (*material justice*). Такий підхід, на думку його прихильників, дозволяє зробити колізійний масив ще більш гнучким, а суд «озброїти» всіма тими можливостями при визначенні права, які має законодавець при моделюванні конкретної прив'язки.

Українському законодавцю варто визначитися з тим, на підставі яких матеріальних факторів (крім суто колізійних) суди будуть визначати найтісніший зв'язок. У цьому плані одразу ж спадає на думку колізійний підхід (*approach*), що втілений у розділі 6 другого Зводу законів конфліктного права США (*Restatement of the Law, Second: Conflict of Laws*). Щоправда, останнім часом зарубіжна законодавча практика має також інші приклади так званих *approaches* як загального, так і спеціального характеру. Колізійний підхід (*approach*) відрізняється від колізійної норми тим, що підхід, на відміну від норм, не вказує прямо на застосовне право, а лише пропонує перелік принципів, політик і факторів, через які суд вибирає право якоїсь країни після вивчення обставин конкретної справи. Тут законодавець і суддя мовби міняються місцями: у колізійній нормі законодавець заздалегідь вказує на застосовуване право, а при колізійному підході суддя *a posteriori* відшуковує право в межах загальних параметрів.

Визначення змісту найтіснішого зв'язку на основі матеріальних факторів можна пропонувати для всіх або окремих сфер правовідносин.

Так, у *Законі про МПрП Венесуели (1998)* гнучкий підхід запропонований лише для сфери договорів: «...договірні зобов'язання регулюються правом, з яким вони мають прямі зв'язки. Для визначення цього права суд розглядає всі об'єктивні та суб'єктивні елементи. До уваги беруться також загальні принципи комерційного права, прийняті міжнародними організаціями (ст. 30). // З метою виконання вимог права та справедливості у вирішенні конкретної справи, крім наведених вище положень, у разі потреби застосовуються норми, звичаї і принципи міжнародного комерційного права, так само як і загальноновизнані торговельні звичаї і практика» (ст. 31)¹.

Поєднання колізійних норм і «підходу» загального характеру втілено в ст. 3515 книги IV *Цивільного кодексу штату Луїзіани*: «[я]кщо інше не передбачено у цій Книзі, відносини, що мають зв'язок з іншими штатами, регулюються правом того штату, політиці якого зашкодить найбільше в разі незастосування його права. // Цей штат визначається через оцінку потенціалу та відповідності політик всіх штатів, які мають стосунок до справи у світлі: (1) зв'язків кожного штату зі сторонами та спором; і (2) політик та вимог міжштатної та міжнародної систем відносин, включно з необхідністю захищати законні очікування сторін і мінімізувати несприятливі наслідки, які можуть виникнути в разі підпорядкування особи праву більш ніж одного штату»².

¹ Venezuelan Act on Private International Law. *Encyclopedia of Private International Law* / ed. by Jürgen Basedow, Giesela Rühl, Franco Ferrari and Pedro de Miguel Asensio. Fourth Volume. London : Edward Elgar Publishing, 2017. Vol. 4. P. 2149–2163.

² Louisiana Civil Code. *Encyclopedia of Private International Law* / ed. by Jürgen Basedow, Giesela Rühl, Franco Ferrari and Pedro de Miguel Asensio. Fourth Volume. London : Edward Elgar Publishing, 2017. Vol. 4. P. 2075–2086.

Виходячи з наведеного, в оновленому колізійному законодавстві України можна спробувати запропонувати судам при визначенні найтіснішого зв'язку (як прив'язки, принципу чи захисного застереження) враховувати крім територіальних, також *матеріальні фактори*. Набір останніх залежатиме від нашого бажання поширити такий підхід на всі правовідносини з іноземним елементом або їх частину (скажімо, лише на договірні зобов'язання як у законодавстві Венесуели).

Матеріалізація колізійного права. Питанням матеріалізації колізійного права не приділялося належної уваги у вітчизняній теорії, судовій та законотворчій практиці увесь попередній час. Вище мова йшла про необхідність використання матеріальних факторів при визначенні найтіснішого зв'язку. Проте враховувати матеріально-правове регулювання і матеріально-правовий результат пропонується завжди, коли законодавець або суд визначають застосоване право.

При першому типі матеріалізації до уваги береться переважаючий інтерес певного інституту приватного права або групи осіб, а основним її інструментом є множинність колізійних прив'язок, тобто прив'язок, що доповнюють одна одну або конкурують при визначенні застосовного права. В українській кодифікації цей інструмент матеріалізації представлений альтернативними, субсидіарними, кумулятивними та іншими видами прив'язок. Так, наприклад, за допомогою альтернативних колізійних прив'язок вирішено колізійне питання щодо форми правочинів, форми заповіту або акту його скасування та ін. У цих нормах законодавцем закладено матеріально-правовий результат, який полягає в забезпеченні дійсності певних юридичних актів, а отже, скорочення випадків недійсності правочинів у міжнародному обороті. Інші альтернативні прив'язки націлюють правозастосовника на порівняння матеріальних законів країн з метою віднайдення серед них «кращого» права для особи, інтереси якої підлягають пріоритетному захисту. У Законі про МПРП знайдено більш

сприятливого права передбачається у відносинах між опікуном (піклувальником) і особою, яка перебуває під опікою або піклуванням (ч. 3 ст. 24), між споживачем і підприємцем при виборі права в договорі споживання (ч. 2 ст. 45), між батьками і дітьми (ст. 66).

Для покращення української кодифікації лінію на ширше використання множинності колізійних прив'язок належить продовжити. В одних випадках це можна зробити шляхом розширення переліку альтернативних прив'язок для визнання дійсності / недійсності актів. В інших — надати підвищений захист новим суб'єктам, наприклад, працівникам у трудових договорах (див. про це §5 нижче). У деяких випадках варто подумати про перенесення тягаря вибору кращого права з суду на учасника, як це зроблено в ст. 50 Закону про МПрП, у якій потерпілому внаслідок недоліків товарів (послуг) надається широкий вибір права, що застосовується.

У другому типі матеріалізації враховується переважаючий публічний інтерес¹, а основним її інструментом є інститут імперативних норм (*mandatory rules*)², який європейська доктрина відносить до сучасного одновекторного (*unilateral*) підходу до вирішення колізій.

Одновекторний (*unilateral*) підхід. Як було вже з'ясовано, такий підхід характеризується тим, що вибір права відбувається, виходячи з аналізу дії у просторі та щодо осіб самих матеріальних норм, а не з аналізу приватноправових відносин. Інститут імперативних норм введено до Закону МПрП, ст. 14 якого передбачає дві ситуації. У першій ситуації встановлено правило про застосування імперативних норм України

¹ Колізійні норми, як і приватне право в цілому, взаємодіють з публічним правом. Серед прикладів такої взаємодії можна назвати правило ч. 2 ст. 6 Закону про МПрП про те, що застосування норми права іноземної держави не може бути обмежене лише на тій підставі, що ця норма належить до публічного права. Зв'язки МПрП і публічного права демонструють застереження про публічний порядок (*order public*) тощо.

² Матеріальні фактори публічно-правового характеру можуть також впливати на побудову «звичайних» двосторонніх або односторонніх колізійних норм.

незалежно від права, яке підлягає застосуванню; у другій — мова йде про застосування імперативних норм третіх країн, які мають тісний зв'язок з відповідними правовідносинами. Відмінність між двома режимами імперативних норм *lex fori* та *lex causae* полягає в тому, що перші застосовуються обов'язково, а застосування імперативних норм *lex causae* передано на розсуд суду.

Практика доктринального тлумачення та судового застосування інституту імперативних норм в Україні свідчить про необхідність внесення до нього під час оновлення приватно-правового законодавства певних коректив.

По-перше, варто змінити назву цих норм. У доктрині та кодифікаціях МПрП багатьох країн норми, про які йдеться в ст. 14 Закону про МПрП, прийнято називати «надімперативними». Така назва точніше передає характер таких норм та усуває їх змішування з імперативними нормами внутрішнього приватного права. Річ у тім, що застосування останніх може бути усунено внаслідок колізійної відсилки до іноземного права (або внаслідок вибору іноземного права сторонами відносин). Відповідно до основних принципів МПрП, вибір правопорядку якоїсь країни охоплює як диспозитивні, так й імперативні норми вибраного права. Тому, ясна річ, що в ст. 14 Закону про МПрП мова йде не про звичайні імперативні норми цивільного права, а про ті особливі, які доктрина МПрП визначає як надімперативні, і які належить застосовувати незалежно від того, яке право визнається компетентним стосовно конкретних правовідносин. По суті, мова йде про особливу імперативність як наслідок надважливого значення для держави чи суспільства цих правовідносин, і тому законодавець за жодних обставин не хоче допустити підпорядкування відповідних відносин іноземному праву.

По-друге, практика показує, що зарахування окремих норм до розряду надімперативних є досить складним завданням як для науковців, так і суддів. У тексті ст. 14 Закону МПрП

відсутні хоча б якісь орієнтири для цього. А в літературі наводяться або занадто широкі загальні ознаки надімперативних норм, або сфери їх концентрації, що не збігаються¹. До категорії таких норм до того ж відносять норми як приватноправового, так і публічно-правового характеру.

Уточнення ст. 14 Закону в аспекті полегшення визначення таких норм можна здійснити в такий спосіб. До категорії таких норм пропонуємо відносити тільки норми публічно-правового змісту. Дійсно, практика показує, що в більшості випадків надімперативні норми пов'язуються з реалізацією публічних державних інтересів. Щодо імперативних норм, метою яких є захист приватноправових інтересів окремих суб'єктів (наприклад, слабкої сторони правовідносин), то їх, як показано вище, потрібно враховувати при формуванні двосторонніх колізійних норм. Якщо на законодавчому рівні такий інтерес з якихось причин не був урахований, то ситуацію можна виправити на правозастосовному рівні за допомогою коригувального застереження.

Отже, якщо визначитися з тим, що в межах одновекторного підходу до надімперативних норм належать лише ті, що мають публічно-правовий характер, то можна окреслити приблизний перелік норм і сфер їх знаходження. Зокрема, можна говорити

¹ Так, серед загальних ознак вказується на особливе значення імперативних норм для забезпечення прав та інтересів учасників приватноправових відносин. Серед орієнтирів наводяться такі: «По-перше, це можуть бути норми українського законодавства, у яких зазначено, що вони регулюють певні правовідносини завжди, незалежно від приписів колізійних норм. По-друге, це можуть бути норми, які забезпечують важливі права учасників цивільно-правового обігу. По-третє, норми, з якими українське законодавство пов'язує забезпечення охорони законодавством важливих інтересів учасників цивільно-правового обігу. ... [в] залежності від конкретної ситуації суд може визнати такими, що підлягають обов'язковому застосуванню, норми, що регулюють в українському законодавстві питання загальних засад цивільного законодавства: межі здійснення цивільних прав; свободи договору; захист прав споживачів та інші. Зарубіжна судова практика та доктрина до таких норм відносить також правила, які пов'язані з захистом певних соціальних груп людей або національної економічної системи; норми, що є результатом державного втручання в договірні правовідносини; норми по захисту прав працівників та споживачів; норми про монополії, антирастові та імпорнтні обмеження; норми, що забезпечують контроль над валютними операціями; норми, що не допускають звільнення від відповідальності; деякі правила про цінні папери; норми, що забезпечують державну політику в галузі страхування та банківської діяльності». (Див.: Кисіль В. І. Коментар ст. 14. Міжнародне приватне право. Науково-практичний коментар Закону / за ред. А. Довгерта. Харків : ТОВ «Одіссей», 2008. С. 107–108).

про норми спрямовані на: (i) захист інтересів держави щодо підтримання платіжної системи і платіжного балансу (норми валютного регулювання тощо); (ii) захист фіскальних інтересів (митне регулювання тощо); (iii) захист економічних інтересів вітчизняних виробників (ліцензування і квотування експорту-імпорту тощо); (iv) захист місцевих фінансових ринків (обмеження на ринку цінних паперів тощо); (v) реалізацію політичних і воєнних інтересів держави (ембарго тощо); (vi) захист оточуючого середовища та тваринного світу (заборони на обіг певних видів рослин та тварин тощо); (vii) захист конкуренції та функціонування товарних і фінансових ринків (норми антимонопольного законодавства тощо).

Переміщення кодифікації МПрП до Цивільного кодексу України. Під час написання проекту ЦК України на зламі століть питання систематизації приватного права, що народжувалося, набувало важливого концептуального значення. Воно безпосередньо впливало, зокрема, на побудову його макроструктури¹. Відповідь на це питання розробники проекту ЦК України шукали у вченні Фрідріха Савіньї про цивільні правовідносини та про систему приватного права².

Спираючись на результати проведеного дослідження, розробники запропонували модифіковану пандектну структуру проекту ЦК України, яка, крім звичайних для пандектної системи п'яти частин, містила ще три частини — особисті немайнові права фізичних осіб, право інтелектуальної

¹ Під макроструктурою тут розуміється кількість та послідовність великих частин кодексу, що згодом дістали назву «книги».

² Вбачаючи сутність цивільних (приватних) правовідносин у незалежному пануванні індивідуальної волі щодо власної особи, неживої природи та чужих осіб, Ф. Савіньї визначив 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 із 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 містила б спільні положення (правоздатність суб'єктів права, захист порушених прав тощо) щодо всіх інших чотирьох частин системи. Див.: Савіньї Ф. К. фон. Система современного римского права. Т. I / пер. с нем. Г. Жигулина; под ред. О. Кутателадзе, В. Зубаря. Москва: Статут, 2011. С. 456–504.

власності та *міжнародне приватне право*. У 1996 р. проєкт 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, уже після другого читання запропонованого розробниками *проєкту ЦК України у ВР України* (2000), 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 чинного ЦК України було значно знижено порівняно з проєктом. 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 припав на структуру: 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.

Сьогодні знову постає питання про оптимальну структуру оновлюваного кодексу, зокрема в аспекті його доповнення книгою про МПрП. Вивчення результатів новітніх рекодифікаційних процесів у різних країнах світу допоможе, на наш погляд, з пошуками відповіді на це питання. За 20 років вже нинішнього століття прийнято багато нових цивільних кодексів у країнах всіх континентів: наприклад, в Америці —

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

ЦК *Аргентини* (2014), ЦК *Бразилії* (2002); у Європі — кодекси *Литви* (2000), *Молдови* (2002), *Каталонії* (2002–2018), *Румунії* (2009), *Чехії* (2012), *Угорщини* (2013); в Азії — ЦК *В'єтнаму* (2015), Загальна частина цивільного права *Китаю* (2017) тощо. На порозі нових кодифікацій стоять *Польща* та *Словаччина*, а до чинних кодексів додавалися нові книги (наприклад, ЦК *Нідерландів*).

Важливою характеристикою сучасних приватноправових кодифікацій є продовження практики включення до їх структур окремих книг (частин) про міжнародне приватне право. Цивільні кодекси *Аргентини* (2014), *В'єтнаму* (2015), *Литви* (2000), *Молдови* (2002), *Монголії* (2002), *Нідерландів* (2011), *Румунії* (2011), *РФ* (2002), *Таджикистану* (2005) містять чималі масиви колізійного права. Інколи ці книги (частини, розділи), крім колізійних норм, охоплюють норми міжнародного процесуального права.

Як відомо, розробники проекту ЦК *України* на підставі вивчення світової практики та аналізу історії права в Україні свого часу також вирішили проводити кодифікацію та новелізацію українського МПрП у межах окремої книги кодексу¹, до якої передбачалося включити не тільки положення у сфері міжнародних цивільних відносин у їх вузькому розумінні (за радянською термінологією), а й колізійні правила сімейного та трудового права, а також норми міжнародного цивільного процесу. Фактично йшлося про створення спеціального закону про МПрП у межах нового цивільного кодексу.

Відповідно до зазначених вище параметрів і була розроблена книга 8 проекту під назвою «Міжнародне приватне

¹ Особливо надихали розробників прийняті напередодні української кодифікації *Цивільні кодекси Нідерландів* і *Квебеку*. Орієнтована на пандектну систему голландська кодифікація (1992) передбачала таку макроструктуру (книги): фізичні особи та сімейне право; юридичні особи; загальні положення майнового права; спадкове право; речове право; зобов'язальне право; окремі договори; транспортне право; право інтелектуальної власності; *міжнародне приватне право*. Оригінальність структури нового ЦК *провінції Квебек* (1991) з ледве помітними слідами інституційної системи полягала в такій послідовності книг: особи; сім'я; спадкування, майно; зобов'язання; забезпечення та іпотеки; докази; давність; публічна реєстрація прав; *міжнародне приватне право*.

право». У пояснювальних записках до проекту та в наукових працях розробників обґрунтовувалися зміст цієї книги та її розташування в проєкті¹. Висновки щодо форми та структури кодифікації МПрП, яких дійшли розробники чверть століття потому, підтверджуються сучасною законодавчою практикою держав. 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 проєктами) за 50-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); чотири (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 кодекси². Кодифікації МПрП останніх двох десятиліть ХХІ ст., як видно з наведеного вище, також показують широке використання для свого «пристанища» цивільні кодекси. Поява ж окремих законів про МПрП у деяких країнах пояснюється традицією (Польща, Чехія Угорщина, країни колишньої Югославії, Турція, Албанія, Японія) або відсутністю в них цивільних кодексів чи розпочатих процесів їх модернізації.

Під час оновлення цивільного законодавства варто, на нашу думку, повернутися до структури проєктів ЦК України, прийнятих у 1-му та 2-му читаннях, зокрема, додати до чинного кодексу книгу про міжнародне приватне право. До цієї книги «перейшли» б модернізовані положення Закону про МПрП.

¹ Див., наприклад: Довгерт А. С. Кодифікація міжнародного приватного права. *Міжнародне приватне право. Актуальні проблеми*. Київ: Українська правнича фундація, 2001. С. 13–15.

² Symeonides S. Codifying Choice of Law Around the World. *International Comparative Analysis*. New York: Oxford University Press, 2014. С. 5–16.

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 здаються необґрунтованими. Можливість їх включення надає, на наш погляд, загальний підхід до кодифікації цивільного права, відповідно до якого ЦК України розглядається як кодифікація всього приватного права. Такий підхід означає застосування його норм до всіх приватних відносин (у тому числі й до тих, які складаються у сферах сім'ї, праці, охорони навколишнього середовища тощо), якщо в законодавстві відсутні спеціальні правила.

Щодо питання про включення норм міжнародного цивільного процесу, то досвід зарубіжних країн (Аргентина, Квебек, Перу) свідчить про доцільність такого поєднання. За такого підходу ліквідується надмірний плюралізм у внутрішніх джерелах колізійного права. Цей прийом знімає також питання щодо створення якогось «інтеграційного» закону про МПрП. Вагомим аргументом на користь включення правил міжнародного цивільного процесу служить також специфічна ситуація в Україні, коли ще й досі існує неузгодженість і конкуренція між господарськими та загальними судами щодо розгляду справ з іноземним елементом. Варто також взяти до уваги і той факт, що у 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 належить до сфери приватного права.

Відновлення книги «Міжнародне приватне право» в оновленому ЦК України відповідатиме 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 у регулюванні приватних відносин, так і ваги самих правил МПрП. А сам кодекс матиме завершений вигляд: якщо в попередніх книгах йдеться про врегулювання внутрішніх цивільно-правових відносин, то в останній книзі пропонуються спеціальні механізми регулювання в разі появи в цих відносинах іноземного елемента. Включення МПрП до цивільних кодексів до переваг єдності, логічності і зручності правового масиву додає також всі переваги так званої «автономної» кодифікації.

ІНСТИТУТ ЮРИДИЧНОЇ ОСОБИ В КОНТЕКСТІ РОЗВИТКУ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНИ: ПРОБЛЕМИ УДОСКОНАЛЕННЯ КОНСТРУКЦІЇ

Жорнокуй Юрій Михайлович

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

Розвиток суспільних відносин, зміна економічної складової людського буття та глобалізаційні процеси, що мають місце останні десятиріччя, зумовлюють потребу в переосмисленні окремих правових конструкцій, їх сутності та нормативного забезпечення. Не оминає стороною вказане й приватні відносини, «конституцією» для яких є Цивільний кодекс України (далі — ЦК України).

Саме право, яке функціонує як цілісна правова система, на думку Н. С. Кузнецової, відіграє ключову роль у трансформаційних процесах, що відбуваються сьогодні в Україні, ... а розвиток такої системи сприятиме якісному її удосконаленню, дотриманню євроінтеграційного курсу, відповідності загальноновизнаним міжнародним нормам і принципам¹. При цьому, на думку вченої, першочерговим і пріоритетним завданням є відновлення (відродження) приватноправового характеру цивільного права².

¹ Кузнецова Н. С. Передмова. *Правова система України в умовах воєнного стану* : зб. наук. праць / за заг. ред. О. О. Кота, А. Б. Гриняка, Н. В. Міловської, М. М. Хоменка. Одеса : Видавничий дім «Гельветика», 2022. С. 5.

² Кузнецова Н. С. Сучасні тенденції розвитку приватного права як регулятора суспільних відносин. *Рекодифікація цивільного законодавства України: виклики часу* : монографія / за заг. ред. Н. С. Кузнецової. 2-ге вид., допов. та переробл. Одеса : Видавничий дім «Гельветика», 2022. С. 11.

На сьогодні системних змін і суттєвих структурних новацій потребують усі книги ЦК України, що їй поставлено за мету розробниками Концепції його оновлення. Особливу увагу в контексті вивчення потреби оновлення окремих положень вказаного Кодексу заслуговують його загальні положення (Книга перша), а саме розділ II (підрозділ 2 «Юридична особа»), що зумовлюється гострою потребою в чіткій регламентації як загальних положень про юридичні особи, так і їхніх організаційно-правових форм.

Юридична особа є самостійним суб'єктом правовідносин та існує незалежно від фізичних осіб, які її утворили, і хоч це колективне утворення і визнається суб'єктом правовідносин, однак як юридична особа воно може бути носієм лише тих прав та обов'язків, які не пов'язані з природними властивостями людей (Н. С. Кузнецова)¹. Інститут юридичної особи традиційно ґрунтується на внутрішньому державному регулюванні, оскільки в ньому відображаються національна специфіка і традиції. Особливу увагу в контексті вивчення оновлення окремих положень законодавства про юридичні особи необхідно приділити чіткій регламентації розуміння самої конструкції юридичної особи, її організаційно-правових форм, а також природи та сутності корпоративних відносин, які можуть мати місце в окремих видах таких організацій.

Незважаючи на тривалий час вивчення проблематики інституту юридичної особи, на сьогодні не можна стверджувати, що всі питання щодо відповідної правової конструкції вирішені (практично вирішені). На окремих з них у контексті розвитку та рекодифікації цивільного законодавства варто зупинитися.

1. *Юридичні особи публічного права в межах положень ЦК України.* У цивілістичній науці відома велика кількість теорій, що пояснюють сутність юридичної особи. Не піддається

¹ Цивільне право України. Загальна частина : підручник / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, Р. А. Майданика. 3-тє вид., переробл. і допов. Київ : Юрінком Інтер, 2010. С. 310.

сумніву твердження про визнання вказаної особи цивільно-правовою конструкцією. Проте ЦК України (ст. 81) закріплює існування такої категорії, як юридична особа публічного права, яка нарівні з юридичними особами приватного права визнається суб'єктом цивільних відносин. У спектрі рекодифікації цивільного законодавства виникають певні запитання щодо сутності, особливостей та доцільності існування юридичних осіб публічного права в контексті визнання їх учасниками цивільних правовідносин.

Зокрема, на увагу заслуговує сам зміст ст. 81 ЦК України «Види юридичних осіб», що викликає певні зауваження, а саме:

- а) доречність розміщення в ній положень, що стосуються порядку *створення*, а не видів юридичних осіб (ч. 1, 3, 4). Так, відповідно до ч. 1 зазначеної статті юридична особа може бути створена шляхом об'єднання осіб та (або) майна. У той самий час ч. 3 цієї ж норми містить положення про те, що цим Кодексом встановлюються порядок створення, організаційно-правові форми, правовий статус юридичних осіб приватного права. Порядок створення та правовий статус юридичних осіб публічного права встановлюються Конституцією України та законом. Крім того, ч. 4 аналізованої норми закріплює, що юридична особа може бути створена шляхом примусового поділу (виділення) у випадках, встановлених законом. Як бачимо, правила цих частин ст. 81 ЦК України стосуються виключно порядку створення юридичних осіб і, як наслідок, мають бути розташовані в ст. 87 цього Кодексу «Створення юридичної особи». Тим більше, що й ч. 2 ст. 81 ЦК України закріплює вимогу, за якою юридична особа приватного права створюється на підставі установчих документів відповідно до ст. 87 цього Кодексу, а юридична особа публічного права створюється розпорядчим актом

Президента України, органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування;

- б) існує необхідність зміни критерію поділу юридичних осіб на юридичні особи приватного та юридичні особи публічного права, про що неодноразово зазначалося в наукових працях¹. Так, відповідно до ч. 2 ст. 81 ЦК України юридичні особи, залежно від порядку їх створення поділяються на юридичні особи приватного права та юридичні особи публічного права.

Щодо обрання в ЦК України критерію для класифікації необхідно зазначити, що ним передусім потрібно вважати все ж таки не порядок, а *мету* створення, а також брати до уваги *функції*, для виконання яких створюється відповідна юридична особа, оскільки такі особи можуть створюватися в одній сфері, але виконувати різні функції приватної чи публічної спрямованості. У зв'язку з наведеним вище вважаю за доцільне змінити критерій поділу юридичних осіб на особи приватного та публічного права з «порядку їх створення» на «мету та покладені функції».

Зауважимо, що між юридичними особами публічного та приватного права існують відмінності: а) порядок створення (юридична особа публічного права не може бути створена відповідно до положень ЦК України (ст. 87, 88 ЦК України), а створюється на підставі розпорядчого акту); б) правоздатність юридичних осіб приватного права, як правило, є загальною, а юридичних осіб публічного права — спеціальною; в) якщо здійснення окремих видів діяльності для юридичних осіб приватного права є правом, то для юридичних осіб публічного права може становити обов'язок; г) в окремих випадках законодавством юридичним особам публічного права

¹ Огляд наукових підходів з цього питання більш докладно див.: Жорнокуй Ю. М. Проблемні питання застосування конструкції «юридична особа публічного права». *Право та інновації*. 2016. № 4. С. 41–48.

надається право на прийняття обов'язкових до виконання іншими особами нормативних актів, чого *a priori* не можуть мати юридичні особи приватного права; д) відмінним є також і правовий режим майна юридичних осіб публічного та приватного права; е) за загальним правилом спори з участю юридичних осіб публічного права вирішують адміністративні суди або інші компетентні державні органи, але якщо вони беруть участь у цивільному обороті, на них поширюється дія цивільного права, а відповідні спори розглядають «звичайні» цивільні суди¹. Отже, публічний статус визначається нормами публічного, а не приватного права. Навіть якщо публічне право і встановлює регулювання діяльності таких суб'єктів, як міністерства та відомства, це ніяк не стосується їхнього правового становища як юридичних осіб публічного права.

Головним завданням цивільного права, на думку прихильників концепції існування юридичних осіб публічного права, є визнання цих осіб суб'єктами цивільного права та надання їм прав, притаманних юридичним особам приватного права. Якщо визнавати за юридичними особами публічного права такі самі права, які мають юридичні особи приватного права, виникає питання взагалі про доречність введення інституту юридичних осіб публічного права, оскільки, використовуючи принцип леза Оккама, ми штучно збільшуємо реальність.

Отже, незважаючи на складність і неоднозначність цивільних відносин за участю юридичних осіб публічного права, сучасним українським законодавством не врегульовані особливості такої участі. Значна популярність ідеї юридичної особи публічного права не має чіткості у своєму розумінні, як вона діє, яким правом на майно володіє, який її статус та відповідальність за свою діяльність. Визначення юридичної особи публічного права як суб'єкта правових зв'язків, що вже запропоновані

¹ Жорнокуй Ю. М. Проблемні питання застосування конструкції «юридична особа публічного права». *Право та інновації*. 2016. № 4. С. 43–44 (41–48).

до обговорення, не є досконалыми. Як наслідок, це не дозволяє ідентифікувати всі види юридичних осіб публічного права.

Вирішення вказаних проблем статусу конкретного виду юридичних осіб насправді виходить за межі цивільного права й самої категорії «юридична особа». По-перше, варто визначитися з проблематикою існування юридичних осіб публічного права, оскільки закріплення в ЦК України їх існування зовсім не вирішує пов'язаних із цим проблем. По-друге, потребує перегляду правове становище юридичних осіб публічного права, у т. ч. наділення їх цивільно-правовим статусом, з чітким відмежуванням від юридичних осіб приватного права. В іншому випадку риторичним залишається питання про доречність введення такого суб'єкта до кола учасників цивільних правовідносин. З метою попередження небезпеки знецінення цивільного права воно має обмежувати себе правовим регулюванням лише тих юридичних осіб, створення яких дозволено приватним особам, державі, територіальним громадам та іншим суб'єктам публічного права, за умови, що вони виступають як приватні особи.

2. Важливим викликом сучасному приватному праву в контексті його гармонізації є *проблема визначення співвідношення, співіснування, взаємного впливу і взаємного «проникнення» континентального і прецедентного (загального) приватного права*, які на етапі свого історичного розвитку мали істотні відмінності¹. Отже, актуалізується питання рецепції окремих положень конструкції фідучіарних правовідносин (англосаксонська правова сім'я) у правозастосовну діяльність в Україні щодо функціонування юридичних осіб.

Звертаючись до питання про визначення фідучіарних відносин, варто застерегти, що не існує їх загальновизнаного розуміння. Загалом їх тлумачать як правовідносини, зміст яких

¹ Кузнєцова Н. С. Сучасні тенденції розвитку приватного права як регулятора суспільних відносин. *Рекодифікація цивільного законодавства України: виклики часу* : монографія / за заг. ред. Н. С. Кузнєцової. 2-ге вид., допов. та переробл. Одеса : Видавничий дім «Гельветика», 2022. С. 24.

полягає в наділенні одним суб'єктом *іншого суб'єкта*¹ можливостями по здійсненню свого права, з метою, щоб останній здійснював таке право у відносинах з третіми особами в інтересах першого, так, як він би діяв, здійснюючи його у власних інтересах. Зауважено, що практичне значення такої схеми вбачається у двох аспектах — *управління переданими активами й забезпечення інтересів сторін*².

Цивільне законодавство України закріпило за виконавчим органом (директором) деякі обов'язки, які традиційно характеризують і фідучіарні відносини, а саме: а) здійснює управління поточною діяльністю товариства (ч. 1 ст. 161 ЦК України, ч. 1 ст. 81 Закону України «Про акціонерні товариства», ч. 1 ст. 39 Закону України «Про товариства з обмеженою і додатковою відповідальністю», ст. 16 Закону України «Про кооперацію»); б) діє в інтересах юридичної особи добросовісно і розумно³, і не перевищувати своїх повноважень (ч. 3 ст. 92 ЦК України).

Зауважимо, що відповідно до правової доктрини загального права всі директори щодо компанії виконують фідучіарні (довірчі) обов'язки, схожі з обов'язками довірчого управляючого. Тим не менше статуси директора і довірчого управляючого відрізняються, оскільки дії директора визнаються діями самої юридичної особи. Його метою не є забезпечення повного збереження майна та зменшення ризиків, він має забезпечити ризикову підприємницьку діяльність компанії⁴.

¹ Сучасне цивільне законодавство і доктрина не визнають органи юридичної особи самостійним учасником цивільних правовідносин. З такого підходу похідним є те, що відповідні правові зв'язки виникають між двома суб'єктами. Це породжує більше питань, ніж дає відповідей, у контексті застосування конструкції «фідучіарні відносини» до відносин у межах окремих організаційно-правових форм юридичних осіб.

² Hartkamp A. S., Hesselink M. W., Hondius E. H., Joustra C. A. Towards a European Civil Code. 2nd rev. and expanded ed. / Nijmegen. The Hague: Ars Aequi Libri/ Kluwer Law International. The Hague/London/Boston, 1998. P. 572–574.

³ Для осіб, які становлять органи юридичної особи, така розумність і добросовісність обумовлюють напрацювання оптимальних рішень в рамках управління з урахуванням звичайного підприємницького ризику // В. Г. Жорнокуй. Розумність та добросовісність: світова практика застосування категорій щодо відповідальності членів органів акціонерного товариства за його борги. *Підприємництво, господарство і право*. 2019. № 2. С. 27.

⁴ Sealy L., Worthington S. Cases and Materials in Company Law. Oxford University Press; 8th Revised edition, 2008. P. 313.

Необхідність під час вчинення дій керуватися інтересами товариства і дотримуватися розумності та добросовісності передбачена багатьма розвинутими правопорядками¹. Змістовно такі обов'язки мають спільні риси з обов'язками лояльності (*duty of loyalty*²) і необхідного ступеня турботливості (*duty of care*³), напрацьованими переважно в країнах загального права. Світова практика свідчить, що в одних країнах категорії «розумність» і «добросовісність» законодавству невідомі (наприклад, Німеччина⁴, Франція⁵, Канада⁶), в інших — відповідний категоріальний апарат використовується судовою практикою і закріплений в нормативних актах, але під назвою «лояльності» і «турботливості» (наприклад, Велика Британія⁷, США⁸).

Однак сучасний підхід у романо-германській правовій сім'ї до розуміння цивільно-правової відповідальності переважно розкривається через поняття обачності та турботливості

¹ Жорнокуй В. Г. Розумність та добросовісність: світова практика застосування категорій щодо відповідальності членів органів акціонерного товариства за його борги. *Підприємництво, господарство і право*. 2019. № 2. С. 28 ; Gerner-Beuerle C., Paech Ph. and Schuster E. Ph. Study on Directors' Duties and Liability. London, 2013. P. 74–162.

² У Німеччині застосовується термін *treupflicht*, у Франції — *devoir de loyauté et de fidélité*.

³ У Німеччині застосовується термін *sorgfaltspflicht*, у Франції — *devoir de diligence et conseil*.

⁴ У німецькому праві закріплений обов'язок директора діяти старанно, під час його виконання § 93 Закону Німеччини про акціонерні товариства (AktG) застосовує поняття уважності під час визначення обов'язку турботливості та відповідальності: «при здійсненні діяльності члени правління проявляють старанність уважного і свідомого керівника». Там же міститься перелік конкретних випадків, коли члени правління можуть нести відповідальні (наприклад, у випадку схвалення ними незаконної виплати дивідендів).

⁵ У французькому корпоративному праві не сказано, що варто розуміти під необхідною поведінкою директорів. Замість цього в ньому визначені можливі способи порушення закону, за які директори несуть відповідальність.

⁶ Вимога про розумність вчинків директорів у канадському законодавстві не закріплена. Щодо обов'язку «діяти чесно і добросовісно» закон не дає визначення поняття добросовісності (§ 122 Закону Канади про комерційну компанію (*Canadian Business Corporation Act*), § 134 Закону Канади про комерційну компанію провінції Онтаріо (*Ontario Business Corporation Act*)).

⁷ У Великій Британії фідучіарні обов'язки директорів напрацьовані судовою практикою і закріплені в Законі про компанії (2006). При цьому «турботливість» містить вимогу про розумність уважності, а «дотримання лояльності» — обов'язок діяти добросовісно. Поняття «добросовісність» в англійському праві не визначене, але за загальним правилом існує презумпція добросовісності директорів.

⁸ Американське корпоративне право вважає директора довіреною особою компанії, яка зобов'язана проявляти необхідний ступінь турботливості та обачності в процесі виконання своїх функцій. У разі порушення директорами своїх обов'язків як довірених осіб вони можуть бути притягнуті до відповідальності за збитки, завдані корпорації, за позовом самої корпорації або її акціонерів.

(а не через суб'єктивну оцінку особою своєї поведінки), що етимологічно й функціонально є близьким до добросовісності та розумності¹. Отже, розумність і добросовісність поведінки визнаються основними критеріями правомірності поведінки особи. Якщо рішення членів органів призвели до збитків, але при цьому такі особи діяли розумно і добросовісно, вони не можуть притягуватися до відповідальності, незважаючи на збитки товариства.

Вважаємо, що необхідно врахувати різну специфіку застосування принципу добросовісності та фідучіарних правил, оскільки: 1) добросовісність первинно передбачається у «звичайних» цивільних правовідносинах, а у фідучіарних її необхідно додатково визначати (у законі або договорі); 2) мають місце різні стандарти поведінки учасників правовідносин, а отже, немає жодної потреби встановлювати нові правила, що є характерними для фідучіарних відносин в усіх цивільних правовідносинах.

Фактично обов'язки осіб, які становлять органи підприємницького товариства, можна поділити на дві групи: 1) внутрішні корпоративні обов'язки, пов'язані з добросовісним і розумним управлінням товариством або виконанням інших обов'язків, пов'язаних з внутрішньою організацією його функціонування, у межах їхніх повноважень; 2) зовнішні корпоративні обов'язки, пов'язані з участю в цивільному обороті від імені такого товариства, набуттям для нього цивільних прав і обов'язків у межах повноважень, наданих законодавством або установчим документом. Звідси випливає, що цивільно-правова відповідальність таких осіб може виникати або за невиконання (неналежне виконання) внутрішніх корпоративних обов'язків або зовнішніх корпоративних («представницьких») обов'язків,

¹ Необхідність використання таких оцінних понять, як «розумність» і «добросовісність», при характеристиці обов'язків посадових осіб корпорацій пояснюється відсутністю в цивільному праві країн романо-германської сім'ї права напрацьованої доктрини фідучіарних відносин у межах корпоративних правових зв'язків.

або одночасно і за перші, і за другі. Цікаво, що в кожному з цих випадків підстави виникнення відповідальності будуть різними, оскільки різним буде зміст протиправної поведінки (порушення відповідних обов'язків).

Здійснений аналіз дозволяє стверджувати, що наділення членів органів підприємницького товариства (корпорації) фідуціарними обов'язками максимально наближає розуміння юридичної особи як фікції. Інакше кажучи, якщо визнати, що між органом такої юридичної особи і самою організацією існують фідуціарні відносини, то маємо таке: 1) втрачається конструкція юридичної особи в тому розумінні, яке ми в неї вкладаємо сьогодні (юридична особа перетворюється на систему контрактів, в основі якої довірчі відносини); 2) такі відносини можуть виникати виключно в рамках підприємницьких товариств (ст. 85 ЦК України), що обумовлено здійсненням ризикової діяльності з метою отримання прибутку (при цьому така діяльність, як правило, здійснюється не самими учасниками юридичної особи, а менеджерами (найманими особами), які, здійснюючи ризикову діяльність, фактично не ризикують власним майном або іншими матеріальними цінностями, що їм належать, використовуючи для корпоративного управління майно, яке є власністю підприємницького товариства; 3) докорінно варто переглянути підходи до розуміння відповідальності членів органів підприємницького товариства, оскільки мова йде не про корпоративні відносини, а про особисті довірчі відносини, в яких на посадових осіб юридичної особи може покладатися додаткова (субсидіарна) відповідальність, що змінює сутність положень ст. 96 ЦК України.

3. Проведений аналіз зумовлює іншу проблематику — *вирішення питання тлумачення категорії «корпорація» або вказівки лише на існування корпоративних правовідносин у межах конкретних організаційно-правових форм юридичних осіб* (наприклад, підприємницьких товариств), оскільки § 1.2 Розділу I Загальних положень (Книга перша

ЦК України) Концепції оновлення ЦК України передбачена доцільність закріплення додаткових сфер соціальної реальності, у яких складаються приватноправові за своєю природою відносини, що регулюються цивільним законодавством, у т. ч. корпоративні.

Звісно, що таке прагнення має бути схвалене не лише науковою спільнотою, але й практиками (у т. ч. іноземними інвесторами), що надасть можливість у майбутньому закріпити на нормативному рівні зрозумілі конструкції організаційно-правових форм таких учасників економічного обороту.

Однак, незважаючи на всі прагнення наукової спільноти, останнім часом отримуємо досить цікаві прояви «відсутності» поступу до встановлення єдиного знаменника щодо «вичерпного переліку організаційно-правових форм юридичних осіб». Натомість активно використовується конструкція «*корпорація*» без чіткого визначення — чи це лише об'єднання юридичних осіб (за Господарським кодексом України), чи умовна назва *окремих* організаційно-правових форм юридичних осіб, в яких мають місце корпоративні відносини. Крім того, починає застосовуватися термінологія, яка не є притаманною романо-германській системі права — «компанія». Саме Законом України «Про фінансові послуги та фінансові компанії» вводяться доволі «цікаві» категорії — «фінансова компанія», «публічна компанія» тощо. Логічно виникають питання про: 1) місце цих суб'єктів серед організаційно-правових форм вже існуючих юридичних осіб; 2) доцільність застосування відповідної термінології та її відмінність від уже існуючої; 3) розширення кола юридичних осіб за рахунок категорій «корпорація» та/або «компанія» чи взагалі підміну конструкції «юридичної особи» на них.

Відповідь на перше питання може бути цікавою. Чи доцільно й далі застосовувати поняття «корпорація» та/або «фінансова компанія», тим самим вводячи в «юридичний оборот» термінологію, не притаманну українській правовій традиції,

протиставляючи їх категорії «товариство»? Навряд чи на це питання варто дати ствердну відповідь, оскільки поняття «товариство» є загальноновизнаним і загальноновживаним у правовій площині України¹.

Виходячи із зазначеного, вважаємо, що відсутні підстави для застосування такого понятійного апарату, як «корпорація» (у розумінні самостійної юридичної особи), «фінансова установа» та «публічна компанія», оскільки це зводить нанівець усі прагнення до встановлення «вичерпного переліку організаційно-правових форм юридичних осіб з одночасною відмовою від їх архаїчних конструкцій». Так, звичайно «установа» чи «компанія» не є архаїчними конструкціями, відомими різним світовим правопорядкам. Проте порівняно із Законом України «Про фінансові послуги та фінансові компанії» установа, за ЦК України, має інше смислове навантаження, і не визнається організаційно-правовою формою юридичної особи, метою якої є отримання прибутку з подальшим його розподілом між учасниками. Своєю чергою, термін «компанія» використовується країнами англосаксонської правової сім'ї та не є характерним для романо-германської правової традиції, до якої належить й Україна. Відповідно, з метою удосконалення чинного нормативного масиву у Законі України «Про фінансові послуги та фінансові компанії» словосполучення «фінансова компанія» варто замінити на словосполучення «фінансове підприємницьке товариство», а «публічна компанія» — на «публічне акціонерне товариство».

Потреба в тлумаченні категорії «корпорація» або вказівки лише на існування корпоративних правовідносин у межах конкретних організаційно-правових форм юридичних осіб

¹ Жорнокуй Ю. М. Визначення вичерпного переліку організаційно-правових форм юридичних осіб: ідеальність та реальність сьогодення. *Проблеми цивільного права та процесу* : тези доп. учасників наук.-практ. конф., присвяч. 98-й річниці від дня народження О. А. Пушкіна (м. Вінниця, 19 трав. 2023 р.) / МВС України, Харків. нац. ун-т внутр. справ ; Харків. обл. осередок Всеукр. громад. орг. «Асоціація цивілістів України», Наук. парк «Наука та безпека». Вінниця : ХНУВС, 2023. С. 36–39.

(наприклад, підприємницьких товариств) зумовлена тим, що сучасна судова практика визнає існування корпоративних правовідносин і в рамках *обслуговуючих кооперативів* (Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 03.03.2020 у справі № 922/756/19; постановах Великої Палати Верховного Суду від 24.04.2019 у справі № 509/577/18, від 01.10.2019 у справі № 910/7554/18, від 17.12.2019 у справі № 904/4887/18), і *кредитних спілок* (Постанова Великої Палати Верховного Суду від 22.09.2020 у справі № 338/667/19), і *приватних підприємств* (Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 06.03.2018 у справі № 907/167/17), і не є сталою щодо відносин у межах *об'єднань співвласників багатоквартирних будинків*, в одних випадках не визнаючи виникнення корпоративних відносин між співвласниками багатоквартирного будинку та об'єднанням співвласників багатоквартирного будинку (Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 23.01.2018 у справі № 925/1321/16), а в інших, навпаки, зазначається, що неповідомлений співвласник будинку позбавляється можливості володіти об'єктивною інформацією, що може перешкодити співвласнику будинку реалізувати його право на участь в управлінні багатоквартирним будинком шляхом участі у відповідних зборах, голосування з питань порядку денного, підписання протоколу зборів тощо (Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 15.10.2020 р. у справі № 922/2575/19) та інші випадки.

Отже, як правильно зазначається в юридичній літературі, аналіз судової практики, яка формується в умовах «перманентної» судової реформи, подекуди доволі суперечливої за своїм характером, спонукає до обачного й обережного ставлення до правових позицій, закріплених в окремих рішеннях касаційного цивільного та касаційного господарського судів у складі

Верховного Суду, які не завжди є однозначними. Як наслідок, цей фактор ще раз доводить важливість вирішення проблемних питань, виявлених у процесі правозастосування, на нормативному рівні, безпосередньо у ЦК України¹.

Вважаємо, що доцільним у контексті окреслення вичерпного переліку організаційно-правових форм юридичних осіб (§ 1.8 Розділу I Загальних положень (Книга перша ЦК України) Концепції оновлення ЦК України) *вилучити* зі ст. 84 ЦК України положення про *віднесення сільськогосподарського кооперативу та сільськогосподарського кооперативного об'єднання, що діють з метою одержання прибутку, до видів організаційно-правових форм підприємницьких товариств*. Таке бачення ґрунтується на співвідношенні норм ЦК України та Законів України «Про кооперацію» та «Про сільськогосподарську кооперацію», а саме:

- 1) ст. 2 Закону України «Про кооперацію» містить визначення виробничого кооперативу, обслуговуючого кооперативу та споживчого кооперативу. Із трьох зазначених типів кооперативів лише діяльність виробничого кооперативу має за мету одержання прибутку. У той самий час за напрямками діяльності кооперативи можуть бути: сільськогосподарськими, житлово-будівельними, садово-городніми, гаражними, торговельно-закупівельними, транспортними, освітніми, туристичними, медичними тощо (ч. 2 ст. 6 вказаного Закону). Фактично мова йде про конкретизацію сфери діяльності, а не мети створення кооперативної організації. І, якщо говорити про сільськогосподарські кооперативи чи сільськогосподарські кооперативні об'єднання, що діють з метою одержання прибутку, необхідно мати на увазі виробничі кооперативи, які діють у сфері сільського господарства

¹ Кузнєцова Н. С. Сучасні тенденції розвитку приватного права як регулятора суспільних відносин. *Рекодифікація цивільного законодавства України: виклики часу* : монографія / за заг. ред. Н. С. Кузнєцової. 2-ге вид., допов. та переробл. Одеса : Видавничий дім «Гельветика», 2022. С. 25.

(напряв діяльності в розумінні Закону України «Про кооперацію»), тобто сільськогосподарський виробничий кооператив, оскільки:

- а) сільськогосподарський кооператив — юридична особа, утворена фізичними та/або юридичними особами, які є виробниками сільськогосподарської продукції і добровільно об'єдналися на основі членства та на засадах самоврядування для провадження спільної господарської та іншої діяльності з метою задоволення економічних, соціальних та інших потреб (ст. 1 Закону України «Про сільськогосподарську кооперацію»), де про отримання прибутку прямо не вказується. Хоча й у ч. 3 ст. 5 вказаного Закону закріплено, що сільськогосподарський кооператив *може* здійснювати діяльність з метою одержання прибутку або без мети одержання прибутку;
 - б) основними видами діяльності сільськогосподарського кооперативу є виробництво, переробка, заготівля, закупівля, зберігання, збут, продаж сільськогосподарської продукції, постачання засобів виробництва і матеріально-технічних ресурсів та інші види сервісного *обслуговування членів кооперативу* (ч. 1 ст. 5 Закону України «Про сільськогосподарську кооперацію»), а сільськогосподарський кооператив, що здійснює діяльність з метою одержання прибутку, може надавати послуги, здійснювати операції, тощо..., за умови що сумарна вартість таких послуг та операцій не перевищує 20 % виручки кооперативу за рік (ч. 5 ст. 5 Закону України «Про сільськогосподарську кооперацію»);
- 2) наведена пропозиція жодним чином не суперечить положенням Закону України «Про сільськогосподарську кооперацію», оскільки в ньому мова йде про

сільськогосподарський кооператив, де сільськогосподарський є лише напрямом діяльності у розумінні Закону України «Про кооперацію». Вважаємо, що в Законі України «Про сільськогосподарську кооперацію» деталізується напрям діяльності кооперативу, який може бути створений з метою одержання прибутку, тобто виробничого кооперативу.

З наведеного можна зазначити, що визнання в ст. 84 ЦК України статусу підприємницького товариства за сільськогосподарським кооперативом або сільськогосподарським кооперативним об'єднанням, що діють з метою одержання прибутку, є дублюванням правового становища виробничого кооперативу, що свідчить лише про штучне збільшення видів організаційно-правових форм підприємницьких товариств.

З урахуванням позиції, що корпоративні правовідносини можуть мати виключно в межах підприємницьких товариств, вважаю за доцільне ст. 97 ЦК України «Управління товариством» доповнити частинами 4–6, що дозволить: а) віднести корпоративні відносини до предмета регулювання цивільного законодавства; б) визнати належність корпоративних прав саме учасникам підприємницьких товариств; в) припинити хибну судову практику щодо існування корпоративних правовідносин у будь-яких різновидах кооперативів, об'єднань співвласників багатоквартирних будинків, кредитних спілок, приватних підприємств (узагалі за умови їх визнання). Відповідні частини потрібно викласти в такій редакції:

«4. Учасники підприємницького товариства мають корпоративні права, що надають їм право брати участь в управлінні ним.

5. Корпоративні права — це передбачені законом та/або статутними документами майнові та немайнові права особи, що надають їй можливість брати участь в управлінні підприємницьким товариством та посвідчені часткою (акцією) у його статутному капіталі.

6. Володіння корпоративними правами не вважається підприємництвом. Законом можуть бути встановлені обмеження певним особам щодо володіння корпоративними правами та/або їх здійснення».

4. *Проблематика визначення кола корпоративних прав та їх належності учасникам окремих організаційно-правових форм юридичних осіб поставила низку проблемних питань.* Так, останнім часом окреслилися зміни в контексті нормативного забезпечення корпоративних відносин шляхом внесення окремих положень до ЦК України. Так, відповідно до ч. 1 ст. 96¹ цього Кодексу права учасників юридичних осіб (корпоративні права) — це сукупність правомочностей, що належать особі як учаснику (*засновнику, акціонеру, пайовику*) юридичної особи відповідно до закону та статуту товариства¹. У той самий час ч. 2 цієї ж статті закріплено, що корпоративні права *набуваються* особою з моменту набуття права власності на частку (акцію, пай або інший об'єкт цивільних прав, що засвідчує участь особи в юридичній особі) у статутному капіталі юридичної особи.

Виникає питання, над яким тривалий час йшли наукові дискусії, і, здавалося, що в ньому ось-ось буде поставлена крапка. Це питання про суб'єктний склад корпоративних відносин. Так, якщо щодо правового становища юридичної особи, створеної як організація корпоративного типу, яка бере участь у корпоративних відносинах, особливих зауважень як не існувало, так і не має на сьогодні, то стосовно інших суб'єктів у зв'язку з внесенням змін до чинного законодавства вони лише «розігриваються».

Із незрозумілих причин до ЦК України було внесено статтю 96¹, фактично визнавши, виходячи з її назви, належність

¹ Майже аналогічну норму містить проект Закону «Про особливості регулювання підприємницької діяльності окремих видів юридичних осіб та їх об'єднань у перехідний період», у перехідних положеннях якого міститься вказівка про віднесення до суб'єктів, які можуть бути носіями суб'єктивних корпоративних прав ще й членів.

корпоративних прав учасникам будь-яких юридичних осіб. Такий підхід є помилковим, оскільки не в усіх, а лише у підприємницьких товариствах, на нашу думку, їх учасники можуть мати корпоративні права. Крім того, як уже зазначалося, у ЦК України є ст. 97 «Управління товариством», і логічно було б норми про корпоративні права розмістити в ній, що відповідало б послідовності здійснення корпоративного управління учасниками підприємницьких товариств.

Законодавець виходить з того, що *учасниками* корпоративних відносин, яким *належать корпоративні права*, є учасник (засновник, акціонер, пайовик). Логічно виникає питання, чи всі вказані особи мають статус учасника корпоративних відносин, тобто чи всі вони можуть бути носіями суб'єктивних корпоративних прав. На нашу думку, відповідна проблематика має вирішуватися шляхом з'ясування кількох питань:

- Що є корпорація для української правової дійсності?
- У межах яких організаційно-правових форм юридичних осіб можуть мати місце корпоративні правовідносини?
- З якого моменту виникають корпоративні відносини і кого слід визнавати носіями корпоративних прав?

Тривала наукова дискусія розпочинаючи з 1990-х років була зведена до розуміння корпорації як: 1) об'єднання кількох юридичних осіб або 2) окремих організаційно-правових форм юридичних осіб, в яких мають місце корпоративні відносини. Інакше кажучи, мова йде про «окремі організаційно-правові форми», а не про всі юридичні особи (уже зверталася увага на спірність питання про існування корпоративних відносин в обслуговуючих кооперативах, кредитних спілках, об'єднаннях співвласників багатоквартирних будинків тощо), хоча судова практика виходить з дещо інших підходів і фактично зводить можливість виникнення корпоративних відносин у межах будь-яких юридичних осіб.

Одним із «можливих» аргументів для цього можуть слугувати положення п. 3 ч. 1 ст. 20 Господарського процесуального

кодексу України, за яким справи у спорах, що виникають з корпоративних відносин, у т. ч. у спорах між учасниками (*засновниками*, акціонерами, членами) юридичної особи або між юридичною особою та її учасником (*засновником*, акціонером, членом), у т. ч. учасником, який вибув, пов'язані зі *створенням*, діяльністю, управлінням або припиненням діяльності такої юридичної особи, крім трудових спорів. Однак визнання юрисдикційності господарських судів щодо спорів, стороною яких є *засновники*, пояснюється розглядом справ про *створення* юридичної особи, де дійсно засновники є стороною «спірних відносин». Для нас очевидно, що не можна вести мову про корпоративний спір поза межами корпоративних відносин.

Отже, відносини, які виникають між особами, що передують виникненню створюваної ними юридичної особи, не можуть вважатися за своєю сутністю корпоративними лише тому, що їх характеризує реалізація цивільної правоздатності та конституційного права на об'єднання осіб, які виявили бажання бути учасниками створюваної ними юридичної особи. Рішення про її створення, будучи волевиявленням самостійних осіб, є узгодженим і взаємним волевиявленням *майбутніх* учасників юридичної особи і не виражає корпоративної волі *майбутньої* правосуб'єктної особи. Узгоджена воля майбутніх учасників юридичної особи виражає лише їхню спільну мету і наміри, готовність нести видатки у спільній діяльності, але не може належати ще неіснуючій особі, слугувати виразом її особистості і волі в цивільному обороті.

Якщо ж у межах українського законодавства поширювати корпоративні відносини, а отже, і конструкцію «корпорація», на всі юридичні особи, то виникає питання про їх співвідношення — «корпорація» vs «юридична особа». Має прояв неузгоджене поєднання континентального і англо-американського підходів до регулювання корпоративних відносин. У вітчизняний правопорядок, що традиційно належить

до континентальної системи права, активно впроваджуються принципи, характерні для англосаксонської правової сім'ї, рецепційовані переважно з американського права¹.

Розуміння існування корпоративних правовідносин в окремих організаційно-правових формах юридичних осіб пов'язане з питанням про момент виникнення таких правових зв'язків. Законодавець момент створення будь-якої юридичної особи безпосередньо пов'язує з фактом її *державної реєстрації* (ч. 4 ст. 87 ЦК України). Відповідно, якщо корпоративні відносини мають місце в межах лише існуючих (зарєстрованих) юридичних осіб, то *чи можна визнавати носіями корпоративних прав їх засновників?* Вважаю, що *засновник юридичної особи не може мати жодних корпоративних прав*, виходячи з їх розуміння, передбаченого положеннями законодавства (Закони України «Про акціонерні товариства», «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю», «Про кооперацію»), тим більше що законодавцем розмежовується правове становище засновника та учасника (акціонера, члена). Як наслідок, засновник не може мати жодних корпоративних прав та бути учасником корпоративних відносин.

Відповідно, аналіз змісту ст. 96¹ ЦК України дозволяє зауважити, що засновників юридичних осіб не слід наділяти корпоративними правами. Таке зауваження ґрунтується на тому, що:

- а) засновники юридичної особи не мають (не можуть мати) жодних корпоративних прав, оскільки такі права виникають лише з моменту створення (державної реєстрації) юридичної особи (права щодо управління нею)

¹ По-перше, прагнучи «втиснути» в існуючу систему юридичних осіб таку конструкцію, як корпорація, окремі спеціалісти помилково ототожнюють категорії «юридична особа» і «корпорація», що належать до різних правових сімей; по-друге, наголошується відмінність між корпорацією і установою, що підтверджує існування конструкції юридичної особи як родового поняття щодо цих категорій; по-третє, якщо брати до уваги підхід про існування корпорацій і установ як видів юридичних осіб, то місця такому правовому явищу, як товариство, у такій системі немає. Однак цивільне законодавство України виходить зовсім з іншого підходу, закріплюючи в ЦК поняття «товариство» (ч. 2 ст. 83).

- і не випадково у законодавстві закріплено норму, за якою «особи, які створюють юридичну особу, несуть солідарну відповідальність за зобов'язаннями, що *виникли до її державної реєстрації*¹» (ч. 4 ст. 96 ЦК України);
- б) з моменту державної реєстрації юридичної особи її засновники набувають інший правовий статус, який залежить від організаційно-правової форми самої юридичної особи, — учасники, акціонери, члени тощо;
 - в) панівною в цивілістиці є думка, що між засновниками щодо створення юридичної особи виникають організаційні, а не корпоративні відносини, оскільки про будь-які правові відносини між юридичною особою і засновниками не може бути мови, бо першої ще не існує взагалі, а дії других — лише спрямовані на її створення.

На користь визнання засновників особами, яким належать корпоративні права може бути наведено аргумент про можливість притягнення їх до відповідальності за несплату (неповну сплату) своєї частки у встановлений строк. Проте законодавство закріплює норми, за якими:

- 1) до моменту затвердження результатів емісії цінних паперів органом емітента, уповноваженим приймати таке рішення, *розміщені цінні папери мають бути оплачені в повному обсязі* (ч. 2 ст. 25 Закону України «Про акціонерні товариства»);
- 2) кожен учасник товариства повинен повністю зробити свій внесок протягом шести місяців з дати державної реєстрації товариства, якщо інше не передбачено статутом². При цьому *голоси*, що припадають на частку

¹ Юридична особа відповідає за зобов'язаннями її учасників (засновників), що пов'язані з її створенням, тільки у разі *наступного схвалення* їхніх дій відповідним органом юридичної особи.

² У разі прострочення внесення вкладу чи його частини учасником виконавчий орган товариства має надіслати йому письмове попередження про прострочення. Якщо учасник товариства не зробив внесок для погашення заборгованості протягом наданого додаткового строку, виконавчий орган товариства має скликати загальні збори учасників, які можуть прийняти одне з рішень, передбачених ст. 15 Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю».

учасника, який має заборгованість перед товариством, *не враховуються* при визначенні результатів голосування для прийняття рішення (ч. 2 ст. 15 Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю») — фактично *учасник не набуває корпоративних прав*;

- 3) член виробничого кооперативу зобов'язаний внести до дня державної реєстрації кооперативу не менше 10 % пайового внеску, а частину, що залишилася, — протягом року з дня його державної реєстрації, якщо інший строк не встановлений статутом кооперативу (ч. 2 ст. 165 ЦК України). Деякі уточнення містить ч. 11 ст. 6 Закону України «Про сільськогосподарську кооперацію», за якою після державної реєстрації сільськогосподарського кооперативу його *засновники вносять вступний внесок та вклад, після чого набувають статусу члена* такого кооперативу, *прав та обов'язків, установлених цим Законом і статутом цього кооперативу для його членів*.

Викладене дозволяє показати відмінність у правовому становищі засновників та учасників (акціонерів, членів) юридичних осіб, яким можуть належати корпоративні права. Крім того, не може піддаватися сумніву те, що виникнення корпоративних відносин як особливого виду цивільних відносин є можливим лише в рамках створеної правосуб'єктної юридичної особи, організаційно-правова форма якої ґрунтується на засадах членства і опосередковує відносини, пов'язані з економічною участю в такій юридичній особі та (або) залученням до управління її підприємницькою діяльністю¹.

¹ Жорнокуй Ю. М. Питання щодо визнання критерія «членство» єдиним для кваліфікації корпоративних відносин. *Проблеми цивільного права та процесу* : тези доп. учасників наук.-практ. конф., присвяч. 97-й річниці від дня народження О. А. Пушкіна (м. Харків, 20 трав. 2022 р.) / МВС України, Харків. нац. ун-т внутр. справ ; Харків. обл. осередок Всеукр. громад. орг. «Асоціація цивілістів України». Харків : ХНУВС, 2022. С. 37–42.

Відповідно й ч. 6 ст. 96¹ ЦК України суперечить наведеному вище засадам щодо виникнення корпоративних відносин між засновниками, а вказівка про те, що корпоративними відносинами є відносини, які виникають між засновниками *до моменту державної реєстрації юридичної особи*, не відповідає ні усталеній правозастосовній практиці, ні цивілістичній доктрині.

Необхідно звернути увагу й на те, що виходячи зі змісту ст. 96¹ ЦК України відсутньою залишається й відповідь на питання, куди поділася така категорія учасників корпоративних відносин, як «члени кооперативу» (безпосередньо виробничого кооперативу), хоча цей Кодекс (§ 2 «Виробничий кооператив» глави 8 «Підприємницькі товариства») та Закон України «Про кооперацію» оперують нею. Натомість актуалізується питання щодо появи такої категорії, як *пайовики*, оскільки про неї згадується лише в «новій» ст. 96¹ ЦК України, а Закон України «Про кооперацію» (ст. 2) закріплює, що «неподільний фонд — обов'язковий фонд, що формується за рахунок вступних внесків та відрахувань від доходу кооперативу і не підлягає розподілу між *пайовиками*».

У зв'язку з удосконаленням цивільного законодавства України про юридичні особи пропоную:

- 1) вилучити зі ст. 96¹ ЦК України слова «засновник» та «пайовик», а доповнити словом «учасник (акціонер, член)» в усіх частинах та відмінках. Назву цієї статті викласти в такій редакції: «Права учасників (акціонерів, членів) юридичних осіб (корпоративні права)»;
- 2) частину 6 ст. 96¹ ЦК України викласти в такій редакції: «Корпоративними відносинами є відносини між учасниками (акціонерами, членами) та юридичною особою, що стосуються виникнення, здійснення, зміни, захисту та припинення корпоративних прав».

Виходячи з викладеного варто зауважити, що, незважаючи на значний поступ у нормативному забезпеченні правового

становища самої юридичної особи як учасника цивільних відносин, так і вирішення окремих питань, що виникають у процесі її створення, функціонування та припинення, існує низка невіршених (віршених неповною мірою) завдань, які перед нами сьогодні ставить розвиток суспільних відносин. Відповідна проблематика викликана соціальними, економічними та правовими обставинами, що мають прояв у європейському векторі соціального та економічного розвитку, а також існуванням законодавства, яке хоча й постійно оновлюється, але ще не повністю гармонізоване із законодавством Європейського Союзу.

Тому перед науковою спільнотою стоять питання, які потребують відповіді з погляду майбутнього розвитку цивільного права в Україні. Одним із таких проблемних пластів на сьогодні є інститут юридичної особи. Його поступове удосконалення дозволить: а) відповісти на питання про сутність та місце юридичних осіб публічного права серед кола учасників цивільних правовідносин; б) дати відповідь на питання щодо місця корпорації в системі організаційно-правових форм юридичних осіб, а в разі негативної відповіді на питання про можливість існування відповідного виду юридичної особи з'ясувати можливість існування корпоративних правовідносин в конкретних організаційно-правових формах юридичних осіб; в) з'ясувати доцільність / недоцільність рецепції окремих положень конструкції фідуціарних правовідносин у правозастосовну діяльність в Україні щодо функціонування юридичних осіб, а також вирішити низку інших питань, відповіді на які ми маємо отримати в процесі рекодифікації цивільного законодавства України.

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ПОСТМОРТАЛЬНОГО ВІДТВОРЕННЯ В КОНТЕКСТІ ОНОВЛЕННЯ ЦИВІЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ

Калаур Іван Романович

*професор, доктор юридичних наук,
заслужений юрист України,
народний депутат України*

Усі пари й окремі особи мають фундаментальне право на прийняття вільного та відповідального рішення щодо кількості дітей і тривалості періоду між їх народженням, а також доступу до інформації, освіти і засобів для забезпечення цього права.
Конференції з народонаселення в Мехіко (1985)

На початку 2021 року українській громадськості було представлено Концепцію оновлення Цивільного кодексу України (надалі — Концепція). Автори Концепції наголошують, що здійснення рекодифікації впливає із логіки подальшої трансформації суспільства, зокрема формування реальної й ефективної ринкової економіки як невід’ємної складової громадянського суспільства та євроінтеграційної спрямованості всіх компонентів суспільства¹.

Основна ідея цієї законотворчої діяльності полягає не лише у створенні єдиного кодексу приватного права, а й перетворенні Цивільного кодексу України (надалі — ЦК України) на своєрідний «супермаркет» правових можливостей. Метою

¹ Рекодифікація Цивільного кодексу: на які зміни очікувати правовій спільноті: URL: <https://jur-gazeta.com/golovna/rekodifikaciya-civilnogo-kodeksu-na-yaki-zmni-ochikuvati-pravoviy-spilnoti.html> (дата звернення: 8.02.2024).

є забезпечення можливості для кожного громадянина безперешкодно звернутися до положень Цивільного кодексу України та обрати для себе необхідну опцію правових відносин, яка б була максимально захищеною державою¹. Безперечно, така масштабність поставленого завдання вимагатиме суттєвих змістовних і структурних новацій усіх книг чинного ЦК України.

Однією із новацій Книги другої ЦК України є об'єктивація репродуктивних прав фізичної особи у форматі системи відокремлених особистих немайнових прав, що спрямовані на реалізацію репродуктивної функції та охоплення таких прав: право на репродуктивний вибір; право на репродуктивне здоров'я; право на інформацію щодо репродуктивних прав; право на таємницю здійснення та захист репродуктивних прав. Водночас кожне із зазначених прав змістовно наповнене низкою правових можливостей, що розкривають їхню сутність та деталізують зміст. Наприклад, зміст права особи на репродуктивний вибір охоплює обрання способу реалізації нею репродуктивної функції, — природним біологічним шляхом чи з використанням безпечних, ефективних, доступних і прийнятних ДРТ, дозволених в Україні, а також передбачених міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України².

Законодавче закріплення репродуктивних прав як окремого виду природних прав на рівні кодифікованого акта приватного життя зумовлене тенденціями оновлення цивільного законодавства у європейських державах та низкою національних чинників. Ключовим серед них є збереження генофонду Українського народу в умовах критичного загострення демографічної кризи, спричиненої зниженням народжуваності впродовж останніх двадцяти років, виїздом за кордон значної кількості

¹ Оновлення Цивільного кодексу: Руслан Стефанчук розповів про основні напрямки роботи: URL: https://jurfiga.ligazakon.net/news/202004_onovlennya-tsivilnogo-kodeksu-ruslan-stefanchuk-rozповv-pro-osnovni-napryamki-roboti (дата звернення: 8.02.2024).

² Стефанчук Р. О. Особисті немайнові права фізичних осіб (поняття, зміст, система, особливості здійснення та захисту) : монографія / відп. ред. Я. М. Шевченко. Київ : КНТ, 2008. С. 350–353.

жінок фертильного віку та невиправданою військовою росією проти України. Водночас така законодавча об'єктивізація репродуктивних можливостей є одним із проявів нормативної основи виконання державою конституційного обов'язку щодо збереження генофонду народу (ст. 16 Конституції України), базовою підвалиною юридичних гарантій прав у репродуктивній сфері та відображає національне сприйняття права на репродуктивне відтворення як одного із фундаментальних прав людини.

Приєднавшись разом з іншими країнами — членами ООН до глобального процесу забезпечення сталого розвитку та виконання Цілей сталого розвитку до 2030 року, прийнятих у вересні 2015 р. на Саміті ООН у Нью-Йорку, Україна взяла на себе зобов'язання щодо виконання до 2030 року 17 цілей та 86 національних завдань, одними з яких є: забезпечення загального доступу до послуг у сфері охорони сексуального та репродуктивного здоров'я, включаючи послуги з планування сім'ї, інформування та просвіти; забезпечення обліку інформації з питань охорони репродуктивного здоров'я в національних стратегіях та програмах; забезпечення загального доступу до послуг з охорони сексуального й репродуктивного здоров'я та дотримання репродуктивних прав, відповідно до Програми дій МКНР та Пекінської платформи дій, а також підсумкових документів конференцій з огляду реалізації зазначеної програми та платформи¹.

Сьогодні Україна перебуває на етапі формування дієвих механізмів здійснення й захисту права людини на репродуктивне відтворення, юридичне підґрунтя яких становитимуть спеціальні закони, що регулюватимуть процес здійснення репродуктивних функцій. У квітні 2023 р. у Верховній Раді України був зареєстрований проєкт Закону «Про застосування допоміжних репродуктивних технологій та заміне материнство», покликаний, на переконання авторів, урегулювати

¹ Пояснювальна записка до проєкту Закону про застосування допоміжних репродуктивних технологій та заміне материнство. URL: <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/41737> (дата звернення: 09.02.2024).

організаційні та правові засади у сфері застосування допоміжних репродуктивних технологій і замінного материнства, зокрема: умови та порядок застосування допоміжних репродуктивних технологій, у тому числі послуг замінного материнства; права й обов'язки осіб, щодо яких застосовуються ці технології; умови і порядок здійснення донації репродуктивних клітин, їх зберігання та використання; захист прав і законних інтересів громадян України та іноземців при замінному материнстві.

Утім зазначений законопроект було відхилено та знято з розгляду, унаслідок чого нормативне регулювання застосування репродуктивних технологій залишилося на підзаконному рівні (наказ Міністерства охорони здоров'я України «Про затвердження Порядку застосування допоміжних репродуктивних технологій в Україні»¹).

Крім потреби врегулювання на рівні закону застосування допоміжних репродуктивних технологій в Україні, відчутним є дефіцит нормативного регулювання постмортального відтворення, яке набуло глобального характеру в умовах повномасштабної війни. Постмортальна репродукція зумовлена можливістю особи розпоряджатися криоконсервованим біологічним матеріалом після смерті та створює можливість зачаття й народження дитини після смерті одного чи обох біологічних батьків. Отже, постмортальна репродукція є феноменом, що поєднує не лише репродуктивні права та права людини на життя, повагу до приватного життя, а й розширює наслідки настання такого юридичного факту, як смерть².

Сучасні репродуктивні технології дозволяють здійснювати запліднення щонайменше двома способами: шляхом

¹ Про затвердження Порядку застосування допоміжних репродуктивних технологій в Україні : наказ Міністерства охорони здоров'я України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1697-13#Text> (дата звернення: 09.02.2024).

² Мусієнко А. В., Мусієнко М. А. До проблеми нормативно-правового забезпечення постмортальної репродукції: Україна та зарубіжний досвід. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2022. № 10. URL: http://home-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/http://lsej.org.ua/10_2022/110.pdf (дата звернення: 09.02.2024).

використання кріоконсервованих репродуктивних клітин (гамет), взятих ще за життя людини, та шляхом перенесення раніше замороженого ембріона. Водночас сьогодні стало можливим отримати певну кількість сперматозоїдів від недавно померлого чоловіка з метою подальшого використання в програмах запліднення *in vitro*. Ця методика отримала назву «посмертне отримання сперми» та має тенденцію до зростання в проблемах репродукції¹. Так, у 2007 році в Ізраїлі судовим шляхом вирішувалося питання щодо надання дозволу на посмертне вилучення статевих клітин чоловіка за відсутності його письмового розпорядження. Було враховано та визнано аргументованими доводи щодо бажання особи мати дітей та задоволення прохання матері померлого². Наведені види можливості постмортального відтворення повинні стати одним із ключових чинників при формуванні концепції та моделюванні структури й змістовного наповнення норм національного законодавства у сфері репродукції людини та ембріології.

Реалізація охоронюваних законом інтересів у репродуктивних правовідносинах є мультиаспектною і зачіпає як індивідуальні (приватні), так і публічні інтереси, морально-етичні засади суспільства, приватні інтереси носія цих прав, а також може стосуватися інтересів іншої фізичної особи (наприклад, іншого з подружжя, сурогатної матері), інтересів зачаті, проте ненародженої дитини³. Широкий спектр морально-етичних суспільних постулатів і релігійних догм стали викликом для національних систем права, що зумовило не лише відсутність уніфікованих підходів до формування законодавства у сфері постмортального

¹ Дахно Ф. В. Допоміжні репродуктивні технології і проблеми постмортальної (посмертної) репродукції. *Жіночий лікар*. 2009. № 2. URL: <http://z-l.com.ua/ua/article/281> (дата звернення: 9.02.2024).

² Мусієнко А. В., Мусієнко М. А. До проблеми нормативно-правового забезпечення постмортальної репродукції: Україна та зарубіжний досвід. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2022. № 10. URL: http://home-extension://efaidnbmnnnibpccajpcglclefindmkaj/http://lsej.org.ua/10_2022/110.pdf (дата звернення: 09.02.2024).

³ Венедиктова І. Реалізація і захист інтересів осіб у репродуктивних правовідносинах. *Юридична Україна*. 2012. № 11. С. 49.

використання гамет та людських ембріонів із метою реалізації репродуктивних прав, а й спричинило різновекторність у формуванні моделей правового опосередкування зазначених відносин.

Так, у багатьох європейських державах та країнах пострадянського простору (наприклад, Великобританії, Вірменії, Казахстані, Киргизії, Латвії, Молдові, Таджикистані) питання застосування допоміжних репродуктивних технологій, у тому числі й постмортального відтворення, урегульовані на рівні окремого законодавчого акта. У межах іншої моделі правового регулювання цих відносин норми щодо застосування допоміжних репродуктивних технологій та його наслідки «розкидані» по окремих правових актах, що регулюють питання сімейних відносин та охорони здоров'я (Азербайджан, Узбекистан, Україна)¹.

Водночас у деяких державах (Австралії, Канаді, Словенії, Угорщині, Швеції) законодавчо встановлено чітку заборону на використання гамет померлих осіб для допоміжної репродукції або взагалі не врегульовано питання постмортального відтворення.

В ісламських державах питання постмортальної репродукції тісно пов'язане з релігійними догмами. Існують дві основні ісламські концепції щодо смерті та шлюбу: окремі представники духовенства вважають, що після смерті одного з подружжя шлюб автоматично припиняється, а натомість інші переконані, що протягом 4 місяців і 10 днів (так звана *edda*) після смерті ця пара залишається чоловіком і дружиною. Залежно від того, якої концепції дотримуються священнослужителі, одні з них вважають використання сперми померлого чоловіка упродовж цього періоду дозволеною практикою, а інші — забороненою².

В Україні відносини між пацієнтами (жінками, чоловіками) та закладами охорони здоров'я, що забезпечують застосування

¹ Красицька Л. В. Проблеми здійснення та захисту особистих та майнових прав батьків і дітей : монографія. Київ : Ліра-К, 2014. С. 87.

² Viktor Checherskyi. Posthumous reproduction: actual problems of legal regulation and external experience. *Visegrad Journal on Human Rights*. 2019. 4 (volume 1). P. 172–177.

методик допоміжних репродуктивних технологій, сьогодні регулюються зазначеним вище наказом Міністерства охорони здоров'я, у якому відсутні механізми реалізації прав на репродуктивне відтворення після смерті. Водночас у цьому нормативному акті відсутня пряма заборона використання гамет померлих осіб, що не спричиняє перешкод для посмертного застосування кріоконсервованої сперми чи кріоконсервованих ембріонів.

Однак така правова невизначеність вимагає невідкладного нівелювання шляхом внесення відповідних змін до ЦК України та прийняття спеціального закону, який би закріпив репродуктивні права, розкрив їх зміст і передбачив гарантії здійснення, виходячи з пріоритету прав і свобод людини та громадянина. Якісне вирішення першої складової цього завдання насамперед потребує з'ясування правової природи репродуктивних прав, що дозволить визначити їх місце в системі цивільних прав.

Аналіз наукових досліджень з цієї тематики дозволяє виявити в доктрині цивільного права діаметрально протилежні підходи до вирішення поставленого завдання. Концепт першого підходу полягає в похідному характері репродуктивних прав, внутрішні два доктринальні розгалуження у якому обумовлені видом особистого немайнового права, від якого походять репродуктивні права: похідний характер від права на життя та похідний характер від права на охорону здоров'я.

Інша теорія правової природи репродуктивних прав розглядає систему відокремлених особистих немайнових прав фізичних осіб, що забезпечують їх природне існування та спрямовані на здійснення репродуктивної функції¹. Аргументи цього доктринального напрямку ілюструються щонайменше трьома фактами. Таким правам властива низка позитивних повноважень, вони мають власну чітку структуру, а також відмежовуються за об'єктом. Зокрема, об'єктом права на життя

¹ Длугопольська Тетяна. *Правова природа репродуктивних прав фізичних осіб. Актуальні проблеми правознавства*. 2016. Вип. 2. С. 103–107.

є особисте немайнове благо — життя особи-носія цього права, а об'єктом репродуктивних прав є здійснення репродуктивної функції, що спрямоване на зачаття іншого життя. І, незважаючи на те що репродуктивні права певною мірою забезпечують право на життя, вони не можуть ототожнюватися лише на тій підставі, що за відсутності в особи можливостей здійснення репродуктивних прав це буде трактуватись як порушення права на життя, що є неправильним¹.

Перший підхід до розуміння правової природи репродуктивних прав знайшов своє відображення в ст. 281 та ст. 290 ЦК України, де в контексті права на життя закріплено деякі репродуктивні можливості фізичної особи. Зокрема, зазначено, що штучне переривання вагітності, якщо вона не перевищує дванадцяти тижнів, може здійснюватися за бажанням жінки. Переривання вагітності можливе й при вагітності від дванадцяти до двадцяти двох тижнів, але лише у випадках, встановлених законодавством. Перелік таких обставин визначено в Постанові Кабінету Міністрів України від 15 лютого 2006 р. № 144 «Про реалізацію статті 281 Цивільного кодексу України»². Також згідно зі ст. 281 ЦК України повнолітні жінка або чоловік мають право за медичними показаннями на проходження лікувальних програм допоміжних репродуктивних технологій згідно з порядком та умовами, встановленими законодавством. Водночас у ст. 290 ЦК України закріплено право повнолітньої дієздатної фізичної особи бути донором крові, її компонентів, а також органів й інших анатомічних матеріалів і репродуктивних клітин. Особа віком до 18 років може бути живим донором гемопоетичних стовбурових клітин. Донорство

¹ Стефанчук Р. О. Поняття, система, особливості здійснення і захисту репродуктивних прав фізичної особи. *Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права*. 2004. № 1–2. С. 66–72.

² Про реалізацію статті 281 Цивільного кодексу України : Постанова Кабінету Міністрів України від 15.02.2006. № 144. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/144-2006- %D0 %BF#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/144-2006-%D0-%BF#Text) (дата звернення: 09.02.2024).

крові, її компонентів, органів та інших анатомічних матеріалів, репродуктивних клітин здійснюється відповідно до закону.

Утім не допускається вилучення органів та інших анатомічних матеріалів з тіла померлої особи, за винятком випадків, передбачених законом (п. 2 ст. 290). Водночас фізична особа може дати письмову згоду чи заборону на донорство її органів та анатомічних матеріалів на випадок своєї смерті (п. 3 ст. 290). Необхідно звернути увагу на відсутність у змісті п. 2 ст. 290 словосполучення «репродуктивні клітини». Це дозволяє дійти висновку, що закон не забороняє вилучення репродуктивних клітин з тіла померлої особи.

З прийняттям Верховною Радою України проекту Закону «Про внесення змін до статті 281 Цивільного кодексу України щодо збереження генофонду Українського народу» стаття 281 ЦК України буде доповнена пунктом 8 такого змісту: «Фізична особа, репродуктивні клітини якої зберігаються відповідно до законодавства, на випадок своєї смерті або оголошення судом її померлою має право скласти заповіт щодо власних репродуктивних клітин. Заповіт складається в формі та порядку, визначеному цим Кодексом. Розпорядження репродуктивними клітинами такої фізичної особи, а також застосування допоміжних репродуктивних технологій із використанням таких репродуктивних клітин здійснюється відповідно до заповіту згідно з порядком та умовами, встановленими законодавством».

Ця норма має на меті врегулювати питання щодо способу й форми розпорядження замороженими репродуктивними клітинами померлої особи та припинити дискусії юристів із цього приводу.

Відповідно до п. 5.1 наказу Міністерства охорони здоров'я України «Про затвердження Порядку застосування допоміжних репродуктивних технологій в Україні» донатія гамет та ембріонів — процедура, за якою донори на підставі письмово оформленої добровільної згоди надають свої статеві клітини-гамети (сперму, ооцити) або ембріони

для використання іншими особами при лікуванні безпліддя. За відсутності будь-яких темпоральних застережень у наказі така добровільна згода може бути достатньою підставою для проведення постмортальної репродукції.

У юридичній літературі неодноразово висловлювалася думка, що право на розпоряджання кріоконсервованим біоматеріалом у випадку смерті особи в умовах дефіциту нормативного регулювання цього питання варто оформлювати саме у формі нотаріальної заяви на розпоряджання кріоконсервованими гаметами та ембріонами на випадок смерті¹. Проте застосування цього підходу до вирішення питання способу розпорядження біоматеріалом особи після її смерті спричиняє для нотаріальної практики низку труднощів, що можуть негативно вплинути на реалізацію репродуктивних прав. По-перше, номенклатура справ нотаріуса не передбачає спеціального наряду для зберігання заяв, на яких засвідчено оригінальність підпису особи щодо розпоряджання її біоматеріалом після смерті та документів, на підставі яких засвідчувалися такі заяви (зокрема, паспорту особи) в архіві нотаріуса. Важливо, що оригінал такої заяви може бути втрачено, і відновити його (отримати дублікат) просто не буде фізичної можливості, оскільки нотаріус не матиме у своєму архіві другого примірника заяви (на відміну від заповіту, процедура посвідчення якого, як зазначалося вище, передбачає наявність двох примірників, де зберігаються заяви-згоди на виїзд дітей поза межі України). По-друге, такі заяви не підлягають реєстрації в спеціальних електронних реєстрах нотаріусами (на відміну від заповітів, які реєструються в Спадковому реєстрі). Крім Реєстру для вчинення нотаріальних дій (велика письмова книга, що ведеться від руки кожним нотаріусом із зазначенням короткого змісту нотаріальної дії та реквізитів документа особи, за яким вона була встановлена),

¹ Данченко О., Левчук Ю. Правові та етичні проблеми постмортальної репродукції в умовах воєнного стану. URL: <https://pravo.ua/pravovi-ta-etychni-problemy-postmortalnoi-reproduksii-v-umovakh-voiennoho-stanu/> (дата звернення: 09.02.2024).

де відповідна особа, для якої вчинялась нотаріальна дія, ставить свій підпис, та Реєстру спеціальних бланків нотаріальних документів, куди вноситься інформація про використаний нотаріусом бланк для вчинення відповідної нотаріальної дії безпосередньо в день її вчинення. По-третє, у нашому законодавстві відсутній правовий механізм скасування заяви, справжність підпису на якій засвідчено нотаріально, зокрема і заяви на розпорядження біоматеріалом у разі, якщо особа передумала (знову ж таки, на відміну від заповіту, який можна скасувати), що є важливим фактором у сфері постмортальної репродукції¹.

Крім зазначених недоліків застосування нотаріально посвідченої заяви щодо розпорядження кріоконсервованим біоматеріалом, потребуватиме реформування збалансоване спадкове право шляхом запровадження нового інституту та його кореляцію з інститутом заповіту.

Підсумовуючи, необхідно зазначити, що в українському суспільстві є гостра потреба правового врегулювання питання постмортального відтворення. Основою такого регулювання становитимуть нові за змістом норми ЦК України, що виокремлюватимуть систему репродуктивних прав, у тому числі й постмортальних, та оновлення інституту заповіту і спадкового права. Зокрема, необхідно вирішити низку правових питань стосовно визначення правового режиму репродуктивних клітин як об'єктів цивільних прав: коло спадкоємців, що успадковуватимуть за заповітом репродуктивні клітини; механізми виконання таких заповітів; статусу постмортальних дітей спадкодавця у спадковому праві.

¹ Данченко О., Левчук Ю. Правові та етичні проблеми постмортальної репродукції в умовах воєнного стану. URL: <https://pravo.ua/pravovi-ta-etychni-problemy-postmortalnoi-reproduksii-v-umovakh-voiennoho-stanu/> (дата звернення: 09.02.2024).

ГОСПОДАРСЬКИЙ КОДЕКС — СИМВОЛ УКРАЇНСЬКОГО НЕЗДУЖАННЯ

Кніпер Рольф

професор, доктор права, міжнародний арбітр

I. Вступ

2 лютого 1998 р. професор Валентин Карлович Мамутов, шановний юрист і академік, запросив мене відвідати його в Донецьку й обговорити кодифікацію цивільного і господарського законодавства для України.

У той час я був одним із «командних лідерів» в Українсько-європейському центрі політики та юридичних консультацій (UEPLAC), створеному українським урядом та Європейським Союзом (TACIS) для супроводу правових і судових реформ, і переходу до демократії, верховенства права і ринкової економіки. Одним із пріоритетів UEPLAC було надання допомоги українській робочій групі на останніх етапах розробки Цивільного кодексу¹. У березні 1997 року під час міжнародної конференції в Бремені (Німеччина) тодішній міністр юстиції України Сергій Головатий наполегливо настоював на тому, що Цивільний кодекс і його впровадження є найважливішими умовами успішної правової реформи².

¹ Для більш глибокого аналізу кодифікаційного процесу, який розпочався у 1992 р., я звертався до: A. Dovgert / N. Kusnetsova, *Konzeption und Struktur des Entwurfs des Zivilgesetzbuches der Ukraine*, in: M. Boguslawskij / R. Knieper, *Wege zu neuem Recht*, 1998, Seiten 99–126 (німецькою та російською мовами).

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

Спираючись на мої письмові нотатки про зустрічі¹, я пам'ятаю, що професор Мамутов і разом з ним уся школа української господарсько-правової думки була незадоволена цим розвитком подій. Школа була впевнена, що Господарський кодекс є найбільш актуальним елементом кодифікації не тільки для сучасного українського суспільства, а й для всіх розвинутих держав. Вона визнавала, що цивільні кодекси все ще можуть мати стосунок до повсякденних споживчих операцій, але наполягала на тому, що вони втратили своє економічне значення, яке вони мали у ХІХ і на початку ХХ ст., коли були здійснені відповідні кодифікації у Франції, Австрії, Німеччині та Швейцарії.

Теорія економічного (господарського) права вважає, що причиною цього розвитку є еволюція способу виробництва і матеріальної бази політичної економії, до якої повинен адаптуватися правовий процес подальшого розвитку. На ранніх етапах капіталістичного виробництва і розподілу сировинних товарів, за відсутності монопольних підприємств і активного втручання держави в ринковий механізм товарно-грошові відносини могли б організовуватися на горизонтальному рівні, керуватись і формуватись цивільним кодексом. Ця теорія стверджує, що цей історичний етап залишився позаду. Поява монополістичних підприємств і потужних фінансових установ, з одного боку, і необхідність того, щоб держави втручалися в ринковий механізм і діяли на ринку, з іншого боку, безперечно, перевершили класичний поділ на суто приватні і суто державні сектори.

Як наслідок, і приватний, і державний сектори тепер повинні розглядатися як взаємопов'язані й органічно взаємозалежні в так званій «змішаній економіці». Про це свідчить не тільки те, що держава діє як покупець і продавець на ринку,

¹ Його думки також висвітлені у: V. K. Mamutov, Die Konzeption eines Wirtschaftsgesetzbuches der Ukraine, in: Monatshefte für osteuropäisches Recht, 1994. S. 373 ff.

але й втручається в економіку за допомогою податкової, фінансової, соціальної політики тощо. Про це також свідчать великі, часто глобальні корпорації, які здатні маніпулювати ринком і проявити соціальний і політичний вплив.

У цій концепції «змішана економіка» є матеріальною базою, яка має бути відображена в змішаних процесах розвитку — таких, як складні кодифікації, що поєднують у собі елементи приватного та публічного права. Метафора Адама Сміта про «невидиму руку ринку», безперечно, вийшла з ужитку.

Професор Мамутов пояснив, що українські вчені розробили Комерційний (Господарський) кодекс як етап складної кодифікації і подали текст до Верховної Ради в 1996 році, надалі міністр юстиції відклав консультації по Кодексу на користь Цивільного кодексу, задля чого Верховна Рада в травні 1997 р. заснувала спеціальну комісію для вивчення й порівняння Господарського і Цивільного кодексів без конструктивного результату. Він скаржився на упереджену позицію UEPLAC на користь Цивільного кодексу і був особливо засмучений тим фактом, що я як німець не підтримував Господарський кодекс, незважаючи на те що саме Німеччина прийняла Господарський кодекс, який поєднає засади приватного і публічного права у відображенні змішаної економіки.

II. Системні недоліки

Зустріч була дуже приємною. Однак жоден з аргументів професора Мамутова не переконав мене, а мої аргументи не переконали його. Кожен залишився при своїй думці.

Зрештою, українська правова реформа зазнала серйозного пошкодження грубим компромісом, коли 16 січня 2003 р. одночасно були прийняті Цивільний кодекс і Господарський кодекс, що створило заплутану й неоднозначну законодавчу ситуацію, яка знизила правову визначеність і створила перешкоди сталому економічному розвитку в Україні. Цей процес кодифікації характеризується низкою системних недоліків.

II.1. «Господарський» кодекс німецького типу

Певною мірою коріння Торгового кодексу Німеччини сягають меркантилістської концепції особливого купецького маєтку, яке відрізнялося від дворянського, а також від третього стану. У 1673 році французький міністр Кольбер прийняв “*Ordonnance sur le Commerce*” («Порядок про торгівлю») для регулювання відносин між купцями. Незважаючи на своє походження від «старого режиму», *Ordonnance* (Порядок) був збережений після Французької революції і затверджений у 1807 році як “*Code de Commerce*” (Торговий кодекс).

До об'єднання німецьких земель у 1871 році різні незалежні держави Німеччини розробили «Загальний торговий кодекс» відповідно до Торгового кодексу. Він був прийнятий у Північно-німецькому союзі, Австрії та Ліхтенштейні приблизно в 1863–1869 рр. Цей кодекс пережив об'єднання Німеччини в 1871 році насамперед тому, що Німецький рейх не мав законодавчої компетенції від початку свого існування приймати Цивільний кодекс¹.

Отже, причина збереження Торгового кодексу в Німеччині поряд з Цивільним кодексом була суто технічного характеру, а не через структурні особливості комерційної сфери на відміну від приватної сфери правовідносин. Навпаки, французькі, а також німецько-австрійсько-ліхтенштейнські кодекси були вже застаріли, коли вони були прийняті в 1807 і 1863–1869 рр. як копії *Ordonnance* (Порядку) 1673 року: вони були вкорінені в концепціях гільдій і маєтків купців, які були скасовані разом з *ancien régime* (зі старим режимом), замість того щоб відображати потреби промислового виробництва і ринків.

Дійсно, у 1920–1930-х рр. окремі автори поширювали особливий економічний закон, а саме: у Франції та Німеччині.

¹ З приводу легіслативної історії я використовував: R. Knieper, *Gesetz und Geschichte — ein Beitrag zu Bestand und Veränderung des Bürgerlichen Gesetzbuches*, 1996.

Вони були натхненні ідеями органічної нації, де кожен член нації має своє заздалегідь визначене місце і де етнічні зв'язки й узи повинні бути міцніші, ніж індивідуалізм, приватні права і транзакційні зобов'язання. Такі ідеології набули деяку популярність у німецькому фашизмі. Від них відмовилися після 1945 року, та їх ніколи не вводили до законодавчих актів.

Тому не дивно, що сучасні кодифікації з початку ХХ ст. охопили всі теми, які були розділені в Німеччині, в один унікальний Цивільний кодекс. Насправді, поділ був не структурним, а штучним.

Це почалося в 1904—1911 рр. з Цивільного кодексу та Зобов'язального права у Швейцарії і знайшло свої останні успішні результати в Цивільному кодексі Квебека 1991 року та в Цивільному кодексі Нідерландів 1992 року. Не залишилися забутими цивільні кодекси нових незалежних пострадянських держав, де окремі юрисдикції, такі як Узбекистан, якийсь час загравали з ідеєю Торгового кодексу, тільки щоб правильно від нього відмовитися, і Цивільний кодекс КНР, який приймався поступово, частково через наявність конституційних обмежень щодо приватної власності на землю, але не залишається сумнівів, що після завершення він буде вичерпним, без доповнень Комерційного кодексу.

Це не означає, що в цивільних кодексах не існує розходження між певними класами і групами суб'єктів у певних відносинах. Деякі права і обов'язки можуть бути специфічними для підприємців або споживачів, як це завжди було для неповнолітніх, літніх людей та/або осіб з розумовими відхиленнями. На щастя, відмінність між чоловіками і жінками щодо діяльності у правовому полі вже зникла. Це питання правової політики, законодавчої техніки і чітких положень, але не гільдії, майна або корпоративних привілеїв, як у *ancien régime* (за старого режиму).

У будь-якому разі торгові або комерційні кодекси, де вони все ще існують за межами України, є виключно актами

приватного права з особливим акцентом на ділові та ринкові операції. Вони навіть не намагалися відобразити «змішану економіку» й утримувалися від змішування сфери приватного права зі сферою публічного права.

Останньою кодифікацією, яка не проводить відмінності між публічним і приватним правом, є «Загальний державний закон для пруської держави» або «PrALR» 1794 року, очевидно, не для того, щоб відобразити еволюцію капіталістичного виробництва, а для визнання корпоративної структури пруського суспільства у XVIII ст.

Отже, найменування українського кодексу як «Господарський кодекс» є термінологічною помилкою.

II.2. Об'єднання публічного та приватного права

Ідея про те, що еволюція матеріальної бази політичної економії — від звичайного виробництва і розподілу сировинних товарів до високого накопичення капіталу в глобальних інтегрованих монопольних і складних мережах розподілу — має бути відображена в складному правовому процесі розвитку, виникає зі школи філософської думки, яка назвала себе діалектичним матеріалізмом. Це був не аналіз історичних подій та їх труднощів, а механічна модель, яка передбачила неминучість все більш високої концентрації капіталу, що зумовлює остаточний розпад системи і тріумфу нового суспільства.

Ця школа мала «західний» еквівалент, рівною мірою натхненний гегелівською діалектикою, яка стверджувала, що історія просунулася вперед у триступеневій процедурі «теза — антитеза — синтез» до все більш високих стадій соціальних розробок і, нарешті, досягла «Кінця історії»¹ в ліберальних демократіях (а не, як думав сам Гегель, у державі Пруссія).

¹ Це назва відомої книги Франсіса Фукуями, опублікованої у 1989 році, яка й досі є популярною та актуальною.

Обидві філософські школи різко провалилися в аналізі реальності. Сама історія показала, що це не механічний годинниковий механізм, і не шлях до ще кращих етапів цивілізації, і її курс суперечить прогнозам обох ідеологій.

У «східної» призми діалектичного матеріалізму виробництво організоване монополіями й олігополіями, які кидають виклик «логіці» ринку та відіграють пряму політичну роль; держава безпосередньо втручається у сферу виробництва й розподілу товарів; а приватні і громадські сфери розмиті.

Усе це має бути відображено в правовому процесі розвитку, який більше не може підтримувати поділ права на приватне і публічне. Ця концепція не витримує випробування реальністю.

Звичайно, я не заперечую, що не раз впливові й недобросовісні бізнесмени захоплюють політичні позиції та використовують інструменти держави для зміцнення своїх приватних інтересів. Це не обмежується перехідними суспільствами пострадянського світу, а також документується прикладами Італії і США в певні моменти. Я також не заперечую, що недобросовісні політики захоплюють приватні підприємства і змушують їх розвивати свої політичні цілі.

Однак це не є вираженням системної або діалектичної логіки. Навпаки, це демонструє те, що взаємозв'язок між державною і приватною сферами та їх відповідними установами, які гарантують стійкість виробництва багатства і соціальних відносин, порушуються й створюють дисбаланс. Ми можемо бачити, що кожного разу, коли бізнес-магнат узурпує політичну владу або коли політики узурпують бізнес без поваги до сфер приватного виробництва та державної політики, сталий економічний, соціальний і культурний розвиток серйозно підривається.

Я впевнений, що це є головною причиною млявого розвитку багатьох національних економік в Африці, Латинській Америці і пострадянському світі, незважаючи на їхній високий потенціал природних і людських ресурсів.

III. Належні місця приватного і публічно-економічного права

III.1. Приватне право

У приватному праві мета цивільних кодексів полягає у створенні збалансованих меж і рівних умов для комерційних і некомерційних суб'єктів на ринку та в інших горизонтальних, неієрархічних відносинах. Договори купівлі-продажу товарів під гроші та інші синалагматичні операції та операції без розгляду, також є їх предметом, так само як підтвердження широкого набору майнових прав концепції «*erga omnes*», встановлення й виконання прав і обов'язків, відшкодування збитків і реституція, відносини між членами сім'ї та поколіннями, а також визначення, визнання та правомочність самих фізичних чи юридичних осіб.

Усі ці теми можуть бути внесені та вбудовані в одну всеосяжну частину кодифікації. Однак найчастіше, і особливо в юрисдикціях, де кодекси мають певний вік, таких як Франція, Австрія, Німеччина та Швейцарія, основні кодекси можуть бути доповнені й змінені спеціальними статутами щодо певних предметів. Вони можуть бути зумовлені практичними потребами або мати особливо тісний зв'язок з міжнародними відносинами. Статути з корпоративного права або про сучасні типи контрактів є прикладами.

Ще однією причиною конкретних статутів є вибір у предметах, які мають тісний зв'язок як з приватним, так і з публічним правом. Яскравим прикладом є рішення голландського законодавця, який спочатку планував інтегрувати патентне право в новий Цивільний кодекс, але, зрештою, відмовився від цього підходу, тому що патентне право обов'язково характеризується як приватним правом — захистом і використанням майнових прав, так і публічним правом — створенням і функціонуванням патентного відомства.

III.2. Публічне право

Публічно-економічним правом охоплюється ціла низка питань. Можливо, їх об'єднує теза (усупереч неоліберальній пропаганді) «ринку робить не все», що висловлюється проти. Стала ринкова взаємодія не може існувати без додаткового державного сектора і публічного права, представленого, прийнятого і здійснюваного державою. Це усвідомлення супроводжувало появу ринкової економіки і сучасної території держави від початку XV ст. Автори, починаючи від Нікколо Макіавеллі та Жана Бодина і закінчуючи Адамом Смітом і Карлом Марксом, проаналізували необхідність того, щоб держава організовувала й фінансувала державні витрати, які «найвигідніші великому суспільству, однак мають такий характер, що прибуток ніколи не зможе відшкодувати витрати будь-якій окремій або невеликій кількості фізичних осіб», і має фінансуватися за рахунок односторонніх обов'язкових внесків — податків, які, за словами Адама Сміта, повинні сплачуватися поступово залежно від фінансового прибутку особи¹.

Це не паралізує змішування в сенсі змішаної економіки і складного правового процесу прогресу. Швидше, існує функціональна взаємодоповнюваність, коли різні сфери мають свої контури, зміст і компетентність, які не повинні бути розмиті.

З евристичною метою я навожу деякі елементи публічно-економічного права, які, на мою думку, мають вирішальне значення:

- а) конституційний та адміністративний закон про інфраструктуру, який запобігає прийняттю дискреційних рішень при будівництві та обслуговуванні фізичної інфраструктури, такої як автомобільні дороги, порти, аеропорти та залізниці, або соціальна інфраструктура, така як школи, університети, лікарні;

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

- б) організація державних й інших органів (таких, як Центральний банк або Патентне відомство);
- в) процедури, які мають використовуватися адміністративними та іншими державними органами для прийняття рішення або вжиття будь-яких інших дій, які не відповідають логіці ринку (але можуть сприяти націленості на прибуток діяльності учасників ринку), а також адміністративного та/або судового оскарження таких рішень і дій.

Я наголошую, що такі закони є обов'язковими для адміністративних органів, які повинні діяти на їх основі і в межах своєї компетенції анулювання ліцензії на підприємництво, заходи грошово-кредитної політики, експропріації або конфіскації, усі такі адміністративні акти є законними тільки в разі, якщо засновані на законі;

- г) нормативні вимоги, які повинні виконуватися будь-якою фізичною або юридичною особою, будь то приватне чи державне підприємство, яке хоче вийти на ринок і діяти законно в економічній сфері. Сутність цих правил і положень стосується повідомлення, ліцензування та нагляду за загальною та спеціальною діяльністю, тобто всього спектра діяльності, включаючи перукарні, ресторани, банки, страховки, виробників.

Я наголошую, що адміністративні органи зобов'язані надавати повідомлення, ліцензію тощо, якщо вимоги виконані і не мають права просити нічого більше.

III.3. Взаємозв'язок приватного та публічного права

У той час як приватне право захищає свободу власності і встановлює основу для угод, публічне право може вимагати ліцензії для відкриття бізнесу. Там, де власність не захищена, бізнес-ліцензія буде мати невелику практичну цінність. І, навпаки, добре розроблені положення про свободу укладання договорів і захисту майна можуть втратити свою цінність, якщо

ліцензії надаються або відхиляються довільно чи на підставі незаконних платежів і хабарів.

Обидві сфери мають вирішальне значення, обидві потребують своїх конкретних інститутів і процедур примусової реалізації, будь то в судах загальної юрисдикції, адміністративних судах чи в арбітражних судах.

Сфери чітко розрізняються. Цивільний кодекс може передбачати межі правочинів між банками і приватними особами, а окремий статут про банківський нагляд буде охоплювати публічно-правові аспекти ліцензування, вимоги до капіталу і контролю банків. Цивільний кодекс або окремий статут (закон) приватного права може передбачати межі правочинів між страховиками і клієнтами, а окремий статут про страховий нагляд буде охоплювати публічно-правові аспекти страхових компаній.

Було б помилкою змішувати ці сфери. Вони дотримуються різних обґрунтувань.

Приватне право стосується горизонтальних відносин і свободи учасників. Якщо аспект свободи очевидно спотворюється через нерівномірний розподіл ринкової влади, законодавець прийме положення приватного права, щоб компенсувати матеріальну нерівність і обмежити свободу договору обов'язковими нормами для захисту більш слабкої сторони.

Публічне право встановлює основу для вертикальних відносин між державою і фізичними та юридичними особами приватного права, коли держава здійснює свої правові повноваження на односторонній основі і в тією мірою, в якій публічне право дозволяє їй це робити. Конфіденційність і свобода діяти обмежені.

Ідея заплутати сфери у змішаних чи складних законодавчих актах, таких як господарський кодекс українського типу, тягне за собою обов'язково негативні наслідки для верховенства права та створює перешкоди для відповідальності як держави, так і приватних осіб.

IV. Держава в цивільних відносинах

Держава є дволикою, подібно Янусу, у більшості юрисдикцій світу, зокрема в Україні. Як було наголошено раніше, вона наділена державною і суверенною владою, є одночасно державним органом: «У цивільних відносинах держава діє на рівних правах з іншими учасниками цих відносин» (ст. 167(1) Цивільного кодексу України (ЦКУ)).

У цьому ключі ст. 2(2) ЦКУ відносить державу та інших суб'єктів публічного права до потенційних учасників цивільних відносин; вона несе відповідальність за свою власність (ст. 174 ЦКУ), якою вона володіє, з певним застереженням, не відрізняється від інших юридичних осіб (ст. 326 ЦКУ). Як і будь-яка особа, держава може створювати та інкорпорувати юридичних осіб приватного права (ст. 167(3) ЦКУ). Її подвійне обличчя і роль фігурують в ст. 167(2) ЦКУ, яка передбачає можливість створювати юридичні особи публічного права для держави.

Отже, держава здійснює свої публічні повноваження щодо регулювання економіки шляхом прийняття обов'язкових законів та інших нормативних актів, включаючи вертикальні адміністративні акти. Водночас вона діє і в горизонтальному аспекті, як будь-яка інша фізична чи юридична особа в межах своїх повноважень, встановлених конституцією та законом.

Як учасник цивільних відносин держава підпорядковується цим законам, актам і статутам, коли вона укладає ринкові операції, наприклад договір купівлі-продажу оргтехніки для міністерства. Ці останні відносини є нормальними діловими відносинами, де держава не матиме права здійснювати свої публічні повноваження, але де вона користується свободою укладання договорів.

У положеннях ЦКУ немає нічого вражаючого. Вони відповідають стандарту, який дотримується в більшості цивільних кодексів та/або національній судовій практиці. Розмежування державних актів публічного права та комерційних операцій за приватним правом державою відповідає також сучасному

міжнародному праву, задокументованому в Конвенції ООН про юрисдикційні імунітети держав та їх власність.

Їх належному системному розумінню заважатиме концепція «складної» кодифікації — такої, як Господарський кодекс України. Публічне та приватне право не потрібно змішувати, а розрізняти, як це переконливо зроблено в ЦКУ: якщо держава діє як державна влада та регулює економіку, застосовується публічне, тобто конституційне та адміністративне право; якщо держава є учасником цивільних відносин — застосовується цивільний кодекс.

Знову ж таки немає концептуальної, а тим паче законодавчої потреби в конкретному економічному законі, який би регулював участь держави та інших державних органів в операціях на ринку. Навпаки, він надає додаткові докази того, що дійсно Господарський кодекс України є законодавчою помилкою.

ПРАВОВА ПРИРОДА МАЙНОВИХ ПРАВ ІНВЕСТОРА НА ОБ'ЄКТ ЖИТЛОВОЇ НЕРУХОМОСТІ, ЯКИЙ БУДЕ СПОРУДЖЕНИЙ У МАЙБУТНЬОМУ

Коссак Володимир Михайлович

*професор, доктор юридичних наук,
заслужений юрист України, завідувач кафедри
цивільного права та процесу юридичного факультету
Львівського національного університету імені Івана Франка*

Інвестиції у вигляді грошових коштів та інших матеріальних цінностей здійснюються в об'єкти інвестиційної діяльності з метою отримання прибутку та/або досягнення соціального ефекту. Об'єктом інвестиційних правовідносин, зауважує В. Д. Чернадчук, є те, заради чого суб'єкти вступають у відносини з метою реалізації своїх законних прав і задоволення інтересів, і на що спрямовані їхні суб'єктивні права й обов'язки¹. З погляду цивільного закону здійсненням суб'єктивного права вважається фактичне вчинення тих дій, актів реальної поведінки особи, можливість вчинення яких надана цій особі шляхом закріплення за нею (набуття) суб'єктивного цивільного права².

Об'єкт цивільного правовідношення визначає, на що спрямовані права та обов'язки їх учасників. Із правовідношення випливає те благо, стосовно якого складається фактична поведінка суб'єктів.

¹ Чернадчук В. Д. Основи інвестиційного права України : навч. посібник. Суми : Університетська книга ; Київ : Княгиня Ольга, 2005. С. 66.

² Кот О. О. Здійснення та захист суб'єктивних цивільних прав: проблеми теорії та судової практики : монографія. Київ : Алерта, 2017. С. 18.

У цьому контексті С. О. Сліпченко стверджує, що суб'єктивне цивільне право є способом досягнення мети суб'єкта цивільних правовідносин, яка полягає в задоволенні певних потреб і спонукає до вступу у відповідне цивільне правовідношення, процес, змістом якого є здійснення цивільних прав та виконання обов'язків. Засобами задоволення потреби виступають саме ті матеріальні та нематеріальні блага, які є об'єктами суб'єктивних прав, бо саме на них спрямована діяльність суб'єктів цивільного правовідношення¹.

У цивілістичній науці декларуються суперечливі підходи до поняття майнових прав та їх ознак. Це пов'язано з відмінностями в розумінні правової природи майнових прав. Майнові права безпосередньо пов'язані з певними матеріалізованими благами, зокрема речами. Водночас майнові права можуть бути самостійними об'єктами цивільного обороту.

Визначаючи особливості категорії «майнові права», І. В. Спасибо-Фатєєва акцентує увагу на таких: а) входять до складу майна; б) за відсутністю окремого визначення як такі виділяються права вимоги, майнове право, посвідчене цінними паперами, майнові права інтелектуальної власності та ін.; в) майновими є такі права, що мають економічний зміст, грошову оцінку, характеризуються відчужуваністю і до яких належить як речові, так і зобов'язальні².

Майнові права мають речову або зобов'язальну правову природу. Речові права пов'язуються з речами як об'єктами цивільних прав. Характеризуючи майнове право, С. І. Шимон визначає такі ознаки.

По-перше, функціональна самостійність майнового права дозволяє йому бути об'єктом у різних видах цивільних правовідносин. По-друге, майнові права перебувають в особливих

¹ Сліпченко С. О. Особисті немайнові правовідносини щодо оборотоздатності об'єктів : монографія. Харків : Діса плюс, 2013. С. 3.

² Спасибо-Фатєєва І. В. Питання майна, майнових та корпоративних прав. *Українське комерційне право*. 2004. № 5. С. 10.

зв'язках з іншими елементами системи об'єктів цивільних прав, насамперед з речами (у тому числі грошима, цінними паперами, об'єктами інтелектуальної власності). По-третє, майнове право, виступаючи об'єктом цивільного правовідношення, стають його елементом. По-четверте, процес появи майнового права як об'єкта супроводжується складним зв'язком суб'єктів стосовно реально існуючих матеріальних чи нематеріальних благ. По-п'яте, майнове право наділене інтеграційними властивостями в системі об'єктів, оскільки інвестор інвестує певні блага (речі, об'єкти інтелектуальної власності) та правові можливості щодо них у єдиний об'єкт — суб'єктивне право. По-шосте, щодо майнового права як нематеріального майнового об'єкта особа, якій воно належить, наділена певними повноваженнями: права володіння, що означає належність особі відповідного майнового права і здійснення (реалізація позитивного змісту суб'єктивного цивільного права), права розпорядження (можливість відчуження права, передання іншій особі). По-сьоме, стосовно всіх об'єктів цивільних прав необхідно визнати наявність особливих статичних відносин абсолютного характеру, однією стороною в яких є уповноважена особа (правоволоділець), а іншою — треті особи, відносні цивільні правовідносини виникають як наслідок динаміки абсолютних (статичних) без зміни об'єктів¹.

Наведені ознаки майнових прав, незважаючи на певну декларативність, властиві майновим правам інвестора об'єкта нерухомості, право власності на яке виникне в майбутньому. Загалом термін «майнові права» широко використовується в законодавстві. Зокрема, у Законі України «Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні» встановлено, що майновими правами, які можуть оцінюватися, визначаються будь-які права, пов'язані з майном, відмінні

¹ Шимон С. І. Теорія майнових прав як об'єктів цивільних правовідносин. Київ : Юрінком Інтер, 2014. С. 83–84.

від права власності, у тому числі права, які є складовими частинами права власності (права володіння, розпорядження, користування), та також інші специфічні права і права на провадження діяльності, використання природних ресурсів тощо та права вимоги.

Майнові права на об'єкт нерухомості, який буде споруджений у майбутньому, мають зобов'язально-речову природу. Наслідком вкладання інвестиції в об'єкт інвестиційної діяльності на підставі договору є виникнення зобов'язальних правовідносин між інвестором та фондом фінансування будівництва (забудовником). Водночас майнові права безпосередньо пов'язані з об'єктом нерухомості, який буде споруджений у майбутньому. У цьому аспекті майновим правам властива речово-правова природа.

Зміст майнових прав на об'єкт інвестиційної діяльності складають правомочності, визначені законом та договором, на підставі якого вони виникли. Поняття «речові права» використовується в ст. 395 Цивільного кодексу України (далі — ЦК України) для визначення прав на чуже майно:

- 1) право володіння;
- 2) право користування (сервітут);
- 3) право користування земельною ділянкою для сільсько-господарських потреб (емфітевзис);
- 4) право забудови (суперфіцій).

Однак інвестиційні майнові права мають іншу природу, оскільки їх предметом є незавершене будівництво, яке після введення в експлуатацію буде об'єктом права власності інвестора. Отже, майнові права трансформуються в речове право власності.

Зазначена особливість пов'язана з правовою природою майнових інвестиційних прав, які залежать від виду об'єкта інвестиційної діяльності. У коментованому випадку об'єктом є нерухоме майно, право власності на яке виникне в майбутньому після завершення будівництва. До цього моменту

йдеться лише про майнові права інвестора. Водночас доцільно з'ясувати їхню правову природу, адже інвестиційні права залежно від їх характеристики можуть бути речовими або зобов'язальними. Від їх природи залежить зміст цих прав, а саме: правомочності, що складають його суть.

Водночас необхідно внести термінологічну чіткість у поняттєвий апарат коментованих інвестиційних відносин. У затвердженому Постановою Кабінету Міністрів України від 13.06.2023 «Порядку поширення дії Закону України “Про гарантування речових прав на об'єкти нерухомого майна, які будуть споруджені в майбутньому”» на об'єкти будівництва та їх складові частини, які після прийняття в експлуатацію нерухомого майна (квартира, гаражний бокс, інше житлове або нежитлове приміщення, машино-місце тощо), право на виконання будівельних робіт, щодо яких набуто до набрання чинності зазначеним законом», міститься визначення терміна «права інвестора». Згідно із зазначеним терміном це відомості Державного реєстру речових прав на нерухоме майно та право, яке виникає на об'єкт будівництва (його складову частину), право на виконання будівельних робіт, набутих до набрання чинності названим вище законом, відповідно, до укладення правочинів, які передбачають права на отримання об'єкта будівництва або його складових частин у власність після прийняття в експлуатацію завершеного будівництвом об'єкта.

У наведеній дефініції поєднуються зобов'язальні та речові засади регулювання майнових відносин. Зобов'язальні майнові права виникають на підставі правочинів (договорів), укладених із фондом фінансування будівництва або забудовником. Водночас зазначене майнове право безпосередньо пов'язане з об'єктом нерухомості, який буде споруджений у майбутньому. У цьому немає суперечності, адже змістом майнового права можуть охоплюватися як речові, так і зобов'язальні повноваження.

Це підтверджується внесенням змін до дефініції поняття договору найму (оренди) в ст. 759 Цивільного кодексу України. Згідно із нинішньою редакцією, за договором найму (оренди) наймодавець передає або зобов'язується передати наймачеві майно у володіння та користування за плату на певний строк. Отже, у коментованому визначенні до правомочності користування законодавець додав повноваження речового характеру — право володіння.

Необхідно зазначити, що поєднання договірних і речових засад характерне для речових прав на чуже майно. Так, право володіння чужим майном виникає на підставі договору з власником або особою, якій майно було передане власником, а також на інших підставах, передбачених законом. Аналогічно право користування чужим майном (сервітут) може бути встановлене договором, законом або постановою суду. Договір буде регулятором речових відносин між особою, яка вимагає його встановлення, та власником (володільцем) земельної ділянки. І лише в разі недосягнення домовленості про встановлення сервітуту та про його умови спір вирішується судом за позовом особи, яка вимагає встановлення сервітуту. Право користування чужою земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб також встановлюється договором між власником земельної ділянки і особою, яка виявила бажання користуватися цією земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб. Власник земельної ділянки має право надати її в користування іншій особі для будівництва промислових, побутових, соціально-культурних, житлових та інших споруд і будівель (суперфіцій). Таке право виникає на підставі договору або заповіту.

Реалізація речових прав не завжди може здійснюватися в абсолютних відносинах, які відображають статику правовідносин. Традиційним поглядом на речові права і право власності є те, що вони за своїм характером статичні на відміну від зобов'язальних. Відповідно фетишизувалася абсолютна

природа речових правовідносин, але в сучасних реаліях у чистому вигляді абсолютних цивільних прав власності не існує. Речові права постійно змінюються за змістовною суттю. Це залежить від суті повноважень, які складають зміст права власності та похідних від нього речових прав.

Значення має сутнісна наповненість змісту поняття суб'єктивного права власності. Перелік правомочностей, які складають зміст суб'єктивного права власності, не мають категорично ознак абсолютності. Наприклад, право розпорядження тяжіє за своєю природою до зобов'язальних відносин. Адже розпорядчі правомочності опосередковують динаміку цивільних правовідносин.

Володілець речового права може розпоряджатися правомочностями, що складають його зміст. Аналіз речових правомочностей свідчить, що практично всі вони, складаючи зміст абсолютного права, в об'єктивному сенсі можуть бути об'єктами розпорядчих правочинів. Формою волевиявлення є договори та односторонні правочини, які виражають волю володільца речового права.

Предметом розпорядчого правочину є речове право у вигляді певних повноважень або їх сукупності, які переходять до набувача зазначеного права (правомочності). Розпорядче волевиявлення характеризується обсягом речових прав, які переходять до набувача зазначеного права (правомочності). Розпорядче волевиявлення характеризується обсягом речових прав, які передаються і мають здійснюватися відповідно до положень речового та зобов'язального права з урахуванням правосуб'єктності володільца речового права¹.

Отже, речові права на чуже майно можуть виникати на підставі договору як регулятора майнових відносин між сторонами. Договір опосередковує динаміку цивільного обороту

¹ Ільків О. В. Речові права в умовах новелізації цивільного законодавства України : монографія. Рівне : О. Зень, 2021. С. 45–46.

у сфері переходу майнових, зокрема речових прав від одного суб'єкта до іншого. Договори є правовою формою передання повноважень, які складають зміст речових прав.

У проєкті рекодифікації Цивільного кодексу України задекларований підхід до традиційного розуміння речових прав, визнаний у країнах континентальної системи права. Особливістю становлення інституту речового права в сучасний період є його взаємозв'язок із зобов'язальним правом, адже обіг майнових (речових) прав неможливо здійснити без використання договірних форм передання суб'єктивних речових прав.

Такий підхід дозволяє розуміти внутрішню логіку абсолютного права і чітко усвідомити, що саме абсолютне право щодо кожної конкретної ситуації може розглядатися і як відносне, при цьому при такому перетворенні воно не буде втрачати притаманних їй ознак, адже воно — сума таких відносних прав. Речові права можуть реалізовуватися і в межах речових, і зобов'язальних правовідносин, чому сприяє оборотоздатність їх об'єктів¹. Правовий режим майнових прав залежить від виду та природи об'єкта, речових правовідносин. При цьому необхідно враховувати сучасну концепцію безтілесного майна. Зокрема, ст. 177 ЦК України «Види об'єктів цивільних прав» доповнена новим об'єктом — цифровою річчю. Безтілесні речі можуть мати економічну вартість і бути об'єктами цивільного обороту. При цьому такі об'єкти можуть охоплюватися поняттям «майно». Наприклад, віртуальні активи мають певну майнову оцінку.

Зміст майнових прав на окремі об'єкти характеризується сукупністю повноважень, які мають суб'єктивний характер. Зазначені повноваження пов'язані з відповідним об'єктом. Правовий режим цього об'єкта впливатиме на зміст та обсяг повноважень управненої особи. Правовий режим окремих об'єктів залежить від їх характеристик з позиції речового

¹ Харченко Г. Г. Речові права : монографія. Київ : Юрінком Інтер, 2015. С. 38.

та зобов'язального прав. Майнові права мають різну правову природу в статичі та динаміці цивільних відносин. У статичних відносинах йдеться про абсолютні речові права. Натомість у динаміці цивільного обороту основна увага приділяється суб'єктивному праву розпорядження як елементу речового права власності, хоча в статичному правовідношенні зміст речового права власності складає тріада повноважень: право володіння, користування, розпоряджання, які здійснюються на розсуд власника (уповноваженої особи). Зазначені суб'єктивні майнові права здійснюються залежно від виду та характеристики об'єкта цих прав.

Визначення природи суб'єктивного майнового права здійснюється через прив'язку цього терміна до конкретного об'єкта. Майнові права виникають щодо певних об'єктів. Ці права в статичі фокусуються на речовому об'єкті. У динаміці здійснення майнових прав відбувається в межах правовідносин з іншими особами.

В інвестиційних відносинах, що виникають у процесі спорудження об'єкта нерухомості, останній є результатом, якого досягнути не можна без прив'язки до особи — інвестора. Вступаючи у відносини з фондом фінансування будівництва або забудовником, інвестор отримує майнові права на об'єкт нерухомості, який буде споруджений у майбутньому. Зазначені майнові права виникають на основі інвестиційного договору і мають зобов'язальну природу. Водночас кінцевою метою зобов'язальних правовідносин є їх трансформація у речові, які характеризуються виникненням права власності на об'єкт будівництва після введення його в експлуатацію.

Традиційно вважається, що речові права за своїм характером статичні, у той час як шляхом реалізації майнових зобов'язальних прав забезпечується динаміка цивільного обороту. Тому часто обґрунтовується висновок, що речові права можуть існувати лише в абсолютних (речових) відносинах. Такої концепції дотримується В. І. Нагнибіда, наголошуючи, що необхідними

і достатніми ознаками суб'єктивного речового права є абсолютний характер відносин¹.

У сучасних умовах регулювання приватних відносин здійснюється з використанням норм речового та зобов'язального права. Тому не завжди можна провести чітке розмежування між абсолютними і зобов'язальними правовідносинами. Зміст права власності складають повноваження володіння, користування, розпорядження. Передача всіх або деяких із наведених правомочностей здійснюється в межах зобов'язального правовідношення.

Як зазначає Н. С. Кузнєцова, договір у цивільному праві є багатофункціональним правовим інструментом, він є надзвичайно поширеним юридичним фактом, різновидом правочину. Водночас його необхідно розглядати також як важливий регулятор приватних відносин².

При визначенні речових прав природа останніх розкривається через ознаки абсолютного правовідношення, яке схематично можна зобразити так: суб'єкт речового права має право, а всі інші учасники цивільних правовідносин — обов'язок не порушувати суб'єктивне речове право. У разі необхідності передання речового права зобов'язальні відносини виникають між конкретними суб'єктами цивільного обороту, але в обох випадках майнові права, які становлять зміст цих правомочностей, мають «прив'язку» до конкретного об'єкта.

Відносне (зобов'язальне) правовідношення не впливає на абсолютний характер речового. У динаміці речове право стає об'єктом зобов'язального правовідношення. У зобов'язальних відносинах особа набуває речових прав після передачі майнових прав на певний об'єкт, а це означає, що право власності

¹ Нагнибіда В. І. Речові права на чуже майно: цивільно-правовий аспект : автореф: дис. на здобуття наукового ступеня канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2010. С. 3.

² Кузнєцова Н. С. Сучасні тенденції правової регламентації договірних відносин у гармонізованих актах європейського приватного права. *Рекодифікація цивільного законодавства України: виклики часу*. Одеса : Видавничий дім «Гельветика», 2021. С. 333.

(речове право) як елемент змісту зобов'язання втрачає свій абсолютний характер. Таким чином, зобов'язальні майнові права можуть трансформуватися в речове право на конкретний об'єкт. Зокрема, це має місце в інвестиційних відносинах.

Закон України «Про гарантування речових прав на об'єкти нерухомого майна, які будуть споруджені в майбутньому» визначає особливості цивільного обороту об'єктів незавершеного будівництва і майбутніх об'єктів нерухомості та спрямований на гарантування речових прав на такі об'єкти. Цей закон упроваджує поняття «спеціальне майнове право» на майбутній об'єкт нерухомості. Власником спеціального майнового права на неподільний об'єкт незавершеного будівництва є фізична або юридична особа, за якою в установленому порядку зареєстровано спеціальне майнове право на майбутній об'єкт нерухомості.

У наведеному вище законі спеціальне майнове право на об'єкт незавершеного будівництва майбутній об'єкт нерухомості трактується як різновид майнового права на об'єкт незавершеного будівництва, майбутній об'єкт нерухомості, яке полягає у:

- володінні та розпорядженні таким об'єктом за своєю волею, незалежно від волі інших осіб, якщо інше не визначено законом та виникає після права на виконання будівельних робіт, але не раніше державної реєстрації такого права і припиняється після прийняття в експлуатацію завершеного будівництва об'єкта та державної реєстрації;
- праві особи, за якою зареєстроване таке право, вимагати завершення будівництва об'єкта (у тому числі об'єкта, складовою частиною якого є майбутній об'єкт нерухомості) та прийняття його в експлуатацію, що має наслідком набуття такою особою права власності на об'єкт нерухомого майна, який відповідає зазначеним у договорі технічним характеристикам відповідного об'єкта.

У Законі України «Про гарантування речових прав на об'єкти нерухомого майна, які будуть споруджені в майбутньому» майнові права мають прив'язку до об'єкта.

Об'єктами спеціального майнового права є:

- 1) неподільні об'єкти незавершеного будівництва;
- 2) подільні об'єкти незавершеного будівництва;
- 3) майбутні об'єкти нерухомості.

Отже, спеціальні майнові права мають об'єктом нерухому річ, яка може перебувати в цивільному обороті лише за умови державної реєстрації спеціального майнового права або обтяження на користь особи, яка сплатила частково ціну такого об'єкта, у Державному реєстрі речових прав на нерухоме майно. Тому правочини та/або дії із зазначеними вище об'єктами можуть бути вчинені лише за умови державної реєстрації спеціального майнового права.

Це свідчить про речово-правову природу спеціального майнового права. Зрештою, спеціальне майнове право трансформується в речове право власності на об'єкт, введений в експлуатацію, але й до цього моменту спеціальне майнове право може бути після державної реєстрації предметом цивільного обороту.

При переході спеціального майнового права на неподільний об'єкт незавершеного будівництва / майбутній об'єкт нерухомості (крім першого продажу) або обтяження речових прав, зареєстрованого на користь покупця, який сплатив частково ціну за неподільний об'єкт незавершеного будівництва / майбутній об'єкт нерухомості, до правонабувача одночасно переходять права та обов'язки покупця за договором купівлі-продажу неподільного об'єкта незавершеного будівництва / майбутнього об'єкта нерухомості (перший продаж) або договором про участь у фонді фінансування будівництва. Такий правонабувач вважається покупцем / довірителем за договором купівлі-продажу неподільного об'єкта незавершеного будівництва / майбутнього об'єкта нерухомості (перший

продаж) або договором про участь у фонді фінансування будівництва. Отже, у разі переходу спеціального майнового права на неподільний об'єкт до покупця переходить речове право на об'єкт незавершеного будівництва, який буде споруджений у майбутньому.

У назві Закону України «Про гарантування речових прав на об'єкти нерухомого майна, які будуть споруджені в майбутньому» наголошується речовий характер цих майнових прав. Однак у самому змісті закону використовується термін «спеціальні майнові права». На нашу думку, спеціальні майнові права мають речово-правову природу і є формою опосередкування відносин з набуття у власність у майбутньому об'єкта нерухомості. Не змінює речово-правової природи коментованого майнового права договір як підстава виникнення інвестиційних відносин, адже метою договірних відносин є придбання в майбутньому права власності на об'єкт нерухомості.

Спеціальне майнове право є елементом перехідної форми відносин, який дає змогу зафіксувати факт належності об'єкта незавершеного будівництва або майбутнього об'єкта нерухомості фізичній або юридичній особі, надаючи їм можливість розпоряджатися майновими правами на цей об'єкт навіть до введення його в експлуатацію. Отже, зареєстроване спеціальне майнове право на об'єкт нерухомості, який буде споруджено в майбутньому є підставою для набуття права власності на нього після введення в експлуатацію, а до цього моменту — предметом договорів, які опосередковують цивільно-правовий оборот об'єктів незавершеного будівництва.

ЗАГАЛЬНІ ЗАСАДИ ОНОВЛЕНОГО ЦИВІЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА

Кот Олексій Олександрович

*професор, доктор юридичних наук,
член-кореспондент Національної академії правових наук України,
заслужений юрист України,
директор Інституту правотворчості та науково-правових
експертиз Національної академії наук України*

Еволюційне оновлення цивільного законодавства України¹ є об'єктивним процесом, тісно пов'язаним з чітко визначеними завданнями нашої держави інтегруватися у єдину Європу та відповідати загальноновизнаним стандартам правого регулювання приватних відносин, здійснення та захисту суб'єктивних цивільних прав — навіть у ці нелегкі часи національного спротиву збройній неспровокованій російській агресії.

Приватне право та Господарський кодекс

Підготовлена Робочою групою щодо рекодифікації цивільного законодавства України² у 2020 році Концепція оновлення Цивільного кодексу України³ (далі — Концепція), цілком очікувано як перший крок, а точніше — як необхідна передумова вдосконалення приватноправового регулювання в Україні

¹ Запропонована стаття є продовженням дослідження зазначеної наукової проблеми, зокрема, див.: Кот О. О. Загальні положення ЦК України: сталі принципи і новітні тенденції. *Рекодифікація цивільного законодавства України: виклики часу* : монографія / за заг. ред. Н. С. Кузнецової. Одеса : Видавничий дім «Гельветика», 2021. С. 66–90.

² Кузнецова Н. С. є науковим співкоординатором Робочої групи щодо рекодифікації цивільного законодавства України.

³ Концепція оновлення Цивільного кодексу України. Київ : Видавничий дім «Артек», 2020. 128 с.

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

Як влучно зазначає Н. С. Кузнецова, експеримент, що розпочався в Україні у 2003–2004 рр., не тільки не виявив жодних переваг здійсненої кодифікації господарського законодавства, а зовсім навпаки: підтвердив, що єдиний правильний та логічно послідовний шлях — це інкорпорація господарського законодавства за його основними напрямками: фондовим, інвестиційним, конкуренційним, банківським, страховим, корпоративним, про банкрутство тощо¹.

Обґрунтуванню необхідності визнання таким, що втратив чинність, Господарського кодексу України як основної передумови рекодифікації цивільного законодавства в Україні було присвячено достатньо уваги², тому зупинятися на цьому питанні в межах цієї статті недоцільно.

Сьогодні майже завершена робота над підготовкою законопроекту № 6013³ (який як цивілісти, так і господарники називають «проектом закону про скасування Господарського кодексу») до розгляду у другому читанні, і ми оптимістично сподіваємося на його найшвидший розгляд та підтримку в сесійному залі Верховної Ради України.

Цілком зрозуміло, що «скасування» Господарського кодексу України є лише передумовою становлення оновленого цивільного права майбутнього як ефективного інструменту регулювання приватноправових відносин для відновлення української економіки.

¹ Кузнецова Н. С. Вибрані праці. Київ : ПрАТ «Юридична практика», 2014. С. 539.

² Дивись, зокрема: 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. Vol. 27(1). P. 100–131 ; 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.

³ Мова йде про Проект Закону «Про особливості регулювання підприємницької діяльності окремих видів юридичних осіб та їх об'єднань у перехідний період». URL: https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pi3511=72707

Наступним кроком є оновлення цивільного законодавства України, передусім Цивільного кодексу. Концепція оновлення ЦК України передбачає уточнення сфери приватноправових відносин, які будуть регулюватися цивільним законодавством. Стаття 1 чинного 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. Своєю чергою, 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.

Правило про те, що законом можуть бути передбачені особливості регулювання майнових відносин у сфері господарювання (ч. 2 ст. 9 ЦК) залишатиметься актуальним з певними редакційними змінами навіть після скасування Господарського кодексу, адже спеціальні закони, які *ipso facto* витіснили ГК України, завжди відіграватимуть вирішальну роль у регулюванні специфічних сфер підприємницьких відносин.

Предмет регулювання ЦК України

Логічним продовженням тези про скасування Господарського кодексу через відсутність його регуляторного впливу на приватноправові відносини є питання про необхідність уточнення предмета цивільно-правового регулювання.

Концепція оновлення ЦК України передбачає, що в ст. 1 ЦК доцільно прямо поійменувати окремі види відносин, що регулюються цивільним правом (додатково до згаданих у ст. 9 ЦК).

Норма про цивільно-правові відносини, як неодноразово зазначали розробники ЦК, є одним із концептуальних положень Книги першої ЦК України «Загальна частина» (у первинному законопроекті Книга перша називалася саме «Загальна частина», а не «Загальні положення», як у чинній редакції ЦК).

Під регулювання Цивільного кодексу підпадають практично всі відносини приватноправового характеру¹.

Тому й норма частини першої ст. 1 ЦК України «Відносини, що регулюються цивільним законодавством» була сформульована відповідно до цієї абсолютно правильної, на наш погляд, ідеології:

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

Натомість частина друга цієї статті окреслювала коло відносин, до яких цивільне законодавство не застосовується (зрозуміло, якщо інше не встановлено законом).

Утім, як з'ясувалося, наша держава і суспільство виявилися 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.

«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 р. отримало Сімейний кодекс. Господарський кодекс, ухвалений у 2003 р. одночасно з Цивільним кодексом України, фактично «вимив» з ЦК весь блок, пов'язаний зі здійсненням підприємницької діяльності, причому не тільки із загальних положень, а й з договірного права. Трохи згодом, у червні 2005 р., Верховна Рада України ухвалила Закон України «Про міжнародне приватне право».

Ба більше, на цьому тлі спроби руйнування цілісного предмета регулювання ЦК України не завершилися. У грудні

¹ Кодифікація приватного (цивільного) права України / за ред. проф. А. Довгерта. Київ : Український центр правничих студій, 2000. С. 122.

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 кілька статей (звичний підхід для ГК України), з яких станом на початок 2024 року залишилася єдина стаття — ст. 172 «Законодавство про корпоративні права держави», яка прямо вказує, що ці правовідносини врегульовані Законом України «Про управління об'єктами державної власності».

Час від часу, як привид у відомій шекспірівській п'єсі, у різноманітних інтернет-ресурсах з'являється ідея розроблення 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, в Цивільному кодексі, тільки іншими словами»¹.

Дослідники сходяться на думці про те, що всі ці небезпечні та відверто деструктивні процеси мають бути враховані під час оновлення Цивільного кодексу України.

Як уже зазначалося, з метою збереження єдності (точніше, з метою повернення до єдності предмета цивільно-правового регулювання) у Концепції пропонується як зміни до ст. 1 ЦК України не тільки вказати ознаки приватних відносин, які регулюються цивільним законодавством, а й перерахувати основні з них задля уникнення ризику подвійного тлумачення та розмивання меж регулювання цивільного права.

Загальні засади цивільного законодавства

Стаття 3 чинного ЦК України до загальних засад цивільного законодавства відносить такі:

- 1) неприпустимість свавільного втручання у сферу особистого життя людини;

¹ Зарди справедливості варто зазначити, що до цієї ідеї за 20 років вже звикли і всерйоз її не сприймають. Див., зокрема: Ганжа Л. Інформаційний кодекс: реанімація привида, який харчується мільйонами. URL: <https://www.pravda.com.ua/columns/2015/06/26/7072512/> (дата звернення: 18.02.2024).

- 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.

Є підстави стверджувати, зазначена норма ЦК містить закритий перелік загальних засад цивільного законодавства — як мінімум, це впливає з її буквального тлумачення. Ураховуючи суспільний запит, а також актуальну судову практику, перелік основних засад цивільного законодавства (галузевих принципів цивільного права), необхідно розкрити, що дасть можливість розширити правовий інструментарій для регулювання приватно-правових відносин.

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

Стаття 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.

Стаття 1 ЦК Молдови в редакції 2018 р. передбачає, що цивільне законодавство ґрунтується на визнанні рівності учасників урегульованих ним відносин, захисту інтимного, приватного

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.

і сімейного життя, визнання недоторканності власності, свободи договору, захисту сумлінності, захисту прав споживача, визнання неприпустимості втручання будь-кого в 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.

Аналогічно вирішено це питання й у 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 багато уваги). Так само вирішено це питання й у ЦК Латвії.

ЦК Японії в ст. 1 кодексу визначає 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 визначає принципи цивільного законодавства, а 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 внесення 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. Інакше кажучи, обмеження будь-якого права має ґрунтуватися 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 цивільного законодавства, чи, навпаки, ураховуючи його призначення, перенести до Книги п'ятої «Зобов'язальне право». Будь-яка із наведених позицій заслуговує 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.

Вочевидь 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.

¹ Див. абзац третій підпункту 3.1 пункту 3 мотивувальної частини Рішення Конституційного Суду України у 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 р. № 17-рп/2010.

Здійснення та захист суб'єктивних цивільних прав

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

Як уже неодноразово наголошувалося, правило про неприпустимість зловживання суб'єктивними цивільними правами, у тому числі з урахуванням європейського досвіду, варто віднести до загальних засад (принципів) цивільного законодавства.

У нових процесуальних кодексах, які набули чинності в грудні 2017 р., основним завданням 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 насамперед основним завданням судочинства, яким є ефективний захист прав та інтересів особи. На цьому принципі ґрунтується 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 реакції, що набула чинності 15.12.2017 (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).

Стаття 5 ЦПК України в 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 разі 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.

Пунктом 4 ч. 3 ст. 175 ЦПК України передбачено, що позовна заява має 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 ураховує при вирішенні питання про розгляд справи в порядку спрощеного або загального позовного провадження (п. 3 ч. 3 ст. 274 ЦПК України).

Інакше кажучи, 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 в разі, якщо закон або договір не визначають ефективного способу захисту порушеного права чи інтересу особи, яка звернулася до суду.

Проте, повертаючись до відсилки до закону, що міститься в 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 міститися не у процесуальних кодексах, а у матеріальному праві, а саме: у відповідних положеннях Цивільного кодексу.

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

Особи як учасники цивільного обороту

Суттєві 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 й положення про юридичні особи, 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 різноманіття підприємств, які необхідно розглядати виключно як об'єкти цивільного права, а не як суб'єкти права.

У Концепції пропонується повернутися до рішення цього питання, напрацьованого ще під час розроблення ЦК (йдеться про проект ЦК, підготовлений його розробниками до першого читання у 1996 р.²).

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. З-поміж іншого були

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://coordinata.com.ua/naukovij-visnovok-sodo-vidskoduvanna-pozadogovirnoi-skodi-vkladniku-banku>

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

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.

Головною ж новелою Концепції порівняно з чинним ЦК необхідно визнати повернення до закритого переліку організаційно-правових форм — відповідна норма була закріплена в ст. 65 Проекту ЦК, підготовленого до першого читання. Утім з урахуванням одночасного прийняття у 2003 році ЦК України і ГК України у ст. 83 ЦК України перелік організаційно-правових форм юридичних осіб був визначений як відкритий. За нинішніх умов, з урахуванням європейського досвіду, а також 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 (щодо юридичних осіб, зареєстрованих у формах, передбачених ЦК України) здійснюється відповідно до правил, встановлених ст. 97–103 ЦК України. Така прозорість щодо управління юридичною особою є однією з основних гарантій захисту прав усіх суб'єктів економічного обороту.

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 з цифровізацією нашого суспільного життя, на етапі формування пропозицій до підрозділу I «Фізичні особи» розділу II «Особі»

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.

Об'єкти цивільних прав

Об'єкти цивільних прав — ще один із 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. Так, ст. 177 ЦК України до об'єктів цивільних прав первісно відносила 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, а з середини 2023 року додалася окрема категорія об'єктів — так звані «цифрові речі».

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 ст.

На сучасному етапі розвитку нашого суспільства цивільне право об'єктивно стикається з низкою викликів, зумовлених розвитком науки і техніки, впровадженням в наше життя новітніх інноваційних технологій тощо. Штучний інтелект та робототехніка, автономні роботи, новітні інформаційні технології, блокчейн, інші інноваційні зміни світу, що нас оточує, — усе це стало передумовами для відповідної реакції

цивільного права у вигляді необхідності запропонувати учасникам цивільного обороту певні моделі цивільно-правового регулювання відповідних відносин.

Зрозуміло, що 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.

Зокрема, доцільно розширити перелік об'єктів цивільних прав, додавши до нього корпоративні права, які на практиці вже давно стали оборотоздатним об'єктом цивільного обігу.

Виходячи з цього, як уже 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 внести 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 внесення до переліку об'єктів також біологічного матеріалу, але рішення з цього питання має бути виваженим та збалансованим як з погляду 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.

Правочини в оновленому ЦК

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

За таких умов у Концепції пропонується переглянути загальні правила щодо форми правочинів, зокрема щодо обсягу вимог до форми правочинів, визначення кола правочинів, які належить вчиняти у 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).

Суттєвого переосмислення потребують і положення ЦК, що регулюють недійсність правочинів.

Попередні кодифікації цивільного законодавства (мова про ЦК 1922 р. та ЦК 1963 р.) не виділяли у складі недійсних правочинів такі їх види, як нікчемні та оспорювані. У цивілістичній літературі це питання жваво обговорювалося і було досить дискусійним. Зокрема, зазначалося, що нікчемність та оспорюваність потрібно 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 у здатності самостійно вчиняти правочини) певних вад наділені правом оспорити правочин. Разом з тим правові наслідки нікчемних та оспорюваних правочинів є однаковими.

Отже, з практичного погляду 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 у зарубіжних кодифікаціях немає.

Німецьке цивільне уложення розглядає проблему недійсності правочинів у контексті дотримання чи недотримання певних вимог, що встановлюються як до волевиявлення (дієздатності 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 «нікчемність» та «оспорюваність».

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 мала право будь-яка особа, яка має в цьому дійсну та актуальну зацікавленість, 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 за жодних умов не може бути визнаний дійсним.

Водночас відповідно до параграфу 1419 договір є відносно недійсним, якщо підставою визнання його недійсним є 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 має право лише особа, в інтересах якої встановлено положення про відносну недійсність, або її 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 за 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 прийнятий і при підготовці DCFR, підставами недійсності також вважають 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 засвідчується і в новітніх кодифікаціях, зокрема в 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 зі змісту і цілей закону. Разом з тим недійсність правової дії може бути визнана внаслідок часткової дієздатності особи (параграф 581), невідповідності форми правової дії встановленим вимогам (параграф 582), за 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».

Ураховуючи змістовний зв'язок предмета 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 мають 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 «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Податкового кодексу України», у результаті 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 таким 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 встановлено 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, а 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 більш

доречно 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 досить органічним, оскільки лєвова частка правочинів (за поодинокими винятками на кшталт довіреності та заповіту) охоплюється саме поняттям договору.

Представництво

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

Строки та терміни. Позовна давність

Передбачені чинним ЦК України підходи до визначення строків та термінів у цілому 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 термін, 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 всього суспільства об'єктів навколишнього природного середовища: особливо цінних земель, пам'ятників природи, природних парків, земель водного і лісового фонду тощо.

Загальні висновки

На 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 в цілому.

Книга перша ЦК (а за нею — й 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.

МАЙБУТНЄ ПРАВА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ В ПРОПОЗИЦІЯХ ОНОВЛЕННЯ ЗАГАЛЬНИХ ПОЛОЖЕНЬ КНИГИ ЧЕТВЕРТОЇ ЦК УКРАЇНИ¹ З УРАХУВАННЯМ ЄВРОПЕЙСЬКОГО ВЕКТОРУ РОЗВИТКУ ВІТЧИЗНЯНОГО ЗАКОНОДАВСТВА

Кохановська Олена Велеонінівна

*професор, доктор юридичних наук,
дійсний член (академік)*

Національної академії правових наук України,

заслужений діяч науки і техніки України,

професор кафедри цивільного права

Навчально-наукового інституту права

Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Кузнєцова Н. С. як ідейний натхненник і один із головних ініціаторів рекодифікації (оновлення) ЦК України зазначає, що «...першочерговим і пріоритетним завданням є відновлення (відродження) приватноправового характеру цивільного права»², оскільки він має стати «ключовим законодавчим актом «для людини і про людину»»³. Підтримуючи таке бачення і звернувшись до завдань оновлення Книги четвертої ЦК України, необхідно згадати, що сама ідея оновлення норм,

¹ У цій статті йдеться переважно про пропозиції, висловлені й подані в Робочу групу з рекодифікації (оновлення) ЦК України в ході підготовки до оновлення Книги четвертої такими науковцями, як І. Є. Якубівський, Ю. М. Капіца, А. О. Кодинець, та колективами фахівців у галузі права інтелектуальної власності НДІ ІВ НАПрН України, кафедр цивільного права КНУ імені Тараса Шевченка і НЮА ім. Ярослава Мудрого, НУ ОЮА та низки інших науково-дослідних інститутів і установ станом на 25 жовтня 2023 р.

² Кузнєцова Н. С. Сучасні тенденції розвитку приватного права як регулятора суспільних відносин. *Рекодифікація цивільного законодавства України: виклики часу* : монографія / за заг. ред. Н. С. Кузнєцовой. Одеса : Видавничий дім «Гельветика», 2021. С. 10.

³ Там само. С. 16.

які врегульовують відносини інтелектуальної власності одночасно з іншими нормами головного приватноправового кодифікованого акту, викликала свого часу наукову дискусію як серед спеціалістів у сфері права інтелектуальної власності, так і серед цивілістів інших напрямків досліджень, оскільки таке оновлення потребує комплексного підходу до вивчення всього відповідного законодавства, ґрунтується на необхідності використання як традицій вітчизняного нормотворення у цій сфері, так і кращої європейської та міжнародної практики, урахування змісту значної кількості міжнародних актів і спеціального законодавства, що вже прийняте за роки незалежності України. Крім того, на нинішньому етапі важливо ще раз підтвердити провідну роль ЦК України для розвитку принципово важливих положень цього традиційно приватноправового за своєю сутністю інституту, не відкидаючи при цьому міжгалузеве його значення і необхідність деталізації низки положень у низці окремих нормативних актів.

Сьогодні актуальність перегляду норм Книги четвертої зумовлюється також потребою в наукових розробках високого інтелектуального творчого рівня у військовій сфері для захисту України від наявних і потенційних загроз, необхідністю оцінки результатів попередньої кодифікації і практикою застосування положень ЦК України за роки, що минули з дня прийняття нині чинного ЦК України, у поєднанні зі спеціальним законодавством, і, звичайно, викликами, які стоять перед Україною в процесі підготовки до прийняття в члени ЄС, ефективної імплементації всіх положень для такої асоціації і необхідністю адаптації законодавства України до законодавства ЄС.

У межах цієї статті ми вважаємо за необхідне проаналізувати передусім послідовно пропозиції й надати власну оцінку чинних статей кодексу, що присвячені загальним положенням про право інтелектуальної власності, тому звертаємося до найбільш важливих питань саме цього напрямку, оскільки пропозиції по змінах охоплюють нині практично всі норми

Книги четвертої і потребують ретельного обговорення науковою спільнотою і законодавцем. Виходячи із зазначеного, одним із центральних питань права інтелектуальної власності вважаємо, як і більшість цивілістів, майнові права, які можуть належати його суб'єктам. Серед цих прав традиційно (якщо інше не передбачено ЦК України чи іншими законами) вітчизняні фахівці називають виключне право на використання об'єкта права інтелектуальної власності, а також виключне право дозволяти використання об'єкта права промислової власності і виключне право перешкоджати неправомірному використанню об'єкта права інтелектуальної власності, у тому числі забороняти таке використання. Отже, зручніше не залишати в ст. 424 ЦК України п. 4, в якому зазначалося, що майновими правами інтелектуальної власності можуть бути також «інші майнові права інтелектуальної власності, встановлені законом», а зміст статті відредагувати, зазначивши про це одразу в п. 1: «Майновими правами інтелектуальної власності, якщо інше не передбачено цим Кодексом чи іншим законом, є: ...». У такій редакції склад майнових прав набуває визначеності й чіткості, охоплюючи три складові, які теоретично обґрунтовано сформульовані за допомогою терміна «виключні». Отже, закріплюються як виключні: право на використання, право дозволяти використання і право перешкоджати використанню об'єкта права інтелектуальної власності. У цьому позиція розробників оновленої Книги четвертої ЦК України єдина. Крім того, такий уніфікований підхід відповідає як положенням низки міжнародно-правових актів, так і провідним дослідженням з цього питання вітчизняних науковців, які послідовно висловлювались щодо необхідності покласти в основу законодавчого регулювання прав інтелектуальної власності теорію виключних прав — як у доктринальних розробках, так і в Концепції рекодифікації (оновлення) ЦК України¹. Можливі

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

винятки, які можуть бути передбачені кодексом, не можуть завадити закріпленню загального підходу такої собі «тріади» майнових прав інтелектуальної власності, сформульованих крізь призму теорії виключних прав, у Загальних положеннях Книги четвертої ЦК України.

Аналізуючи інші важливі пропозиції з оновлення Загальних положень Книги четвертої ЦК України, надані членами робочої групи та окремими науковцями, спеціалізованими інститутами та установами, необхідно передусім схвалити пропозиції щодо зміни самої назви ст. 418 ЦК України, в якій йдеться про поняття, а також про зміст права інтелектуальної власності. Нині не викликає сумніву, що будь-яка творча діяльність є інтелектуальною. Оскільки право опікується людьми як суб'єктами, а тварини так само залишаються і в пропозиціях до кодексу досить специфічними, але все-таки об'єктами права, ми не будемо приділяти уваги феномену проявів творчості у тварин, так само як не будемо вести мову в цій публікації про автоматичних роботів чи штучний інтелект як суб'єктів цивільного права, що генерують результати, які в низці випадків можуть породжувати дещо подібне до людської творчості, оскільки і вони, попри всі дискусії, навряд чи можуть бути названі суб'єктами права вже за часів нинішньої рекодифікації. Утім незалежно навіть від того, є фізична особа — суб'єкт цивільного права недієздатною чи обмежено дієздатною, неповнолітньою чи малолітньою, для неї, як для живої істоти, характерна можливість творити (від народження), а для цього потрібен певний рівень чи принаймні ознаки інтелекту, тому будь-яка творча діяльність має визнаватись інтелектуальною. Саме з цього твердження випливає і наступний висновок про те, що виокремлення серед об'єктів права інтелектуальної власності саме результатів творчої діяльності (існування фізичної особи чи осіб — творців із належними їм особистими немайнровими правами) — має важливе правове значення. Запропоноване в проєкті оновленого кодексу робоче

визначення є правильним за змістом і лаконічним за формою, оскільки право інтелектуальної власності — це дійсно право особи на результат творчої діяльності або на інший об'єкт права інтелектуальної власності, визначений цивільним кодексом чи іншим законом.

Одразу простежується за такого підходу, що в кодексі логічним буде закріпити поділ об'єктів права інтелектуальної власності на результати творчої діяльності та інші об'єкти, які не є такими за своєю суттю, а отже, складають диференційовані групи: а) результати творчої діяльності (твори, винаходи, промислові зразки, сорти рослин тощо), на які виникають особисті немайнові та майнові права та б) інші об'єкти (фонограми, програми організацій мовлення, неоригінальні бази даних, комерційні найменування, торговельні марки тощо), на які виникають за загальним правилом лише майнові права, а особисті немайнові — лише в тих випадках, які прямо передбачені законом: такими можуть бути фонограми, програми організацій мовлення та інші об'єкти. Таку пропозицію не можна визнати абсолютно новою, оскільки такий поділ вже пропонувалося закріпити на стадії розроблення нині чинного ЦК України у 1996 році¹, але повернення до первісної логіки розробників кодексу в цьому питанні може бути доречним.

Жодних змін не передбачається в ст. 419 ЦК України, що саме по собі доводить усталеність наукової думки — як світової, так і вітчизняної — у питанні співвідношення права інтелектуальної власності та права власності: право інтелектуальної власності на річ так само не залежать одне від одного, а перехід права на об'єкт права інтелектуальної власності не означає переходу права власності на річ, звідси і перехід права власності на річ жодним чином не означає переходу права

¹ Реформа цивільного права в Україні. Українське право. Число 2. 2 (4). 96. Українська правнича фундація, 1996. С. 171–194.

на об'єкт права інтелектуальної власності. Наведені правові презумпції і надалі мають залишатися незмінними.

Основною метою оновлення ст. 420 ЦК України, в якій перераховані об'єкти права інтелектуальної власності, є: закріплення переліку відповідних об'єктів так, щоб, з одного боку, він відповідав зобов'язанням України за міжнародними договорами, а з іншого — містив лише ті об'єкти, які знайшли реальну охорону в нашій країні, а також вилучення застарілих категорій об'єктів, зокрема, рудиментів радянського законодавства, які були внесені в чинний ЦК України. Йдеться про наукові відкриття та раціоналізаторські пропозиції, а також про породи тварин та комерційну таємницю, які насправді втратили значення в сучасних умовах. Більш того, наукові відкриття і комерційна таємниця від самого початку є об'єктами інформаційними за своєю сутністю, тому їх охорона нормами інформаційного законодавства не менш важлива, про що свідчать формулювання їх визначень у нинішньому кодексі і пропозиціях з оновлення кодексу.

Не менш важливим завданням на сьогодні є потреба доповнити перелік об'єктів прав інтелектуальної власності такими видами, що вже містяться в чинному законодавстві про інтелектуальну власність. Згадаємо в цьому аспекті неоригінальні бази даних, низку інших неоригінальних об'єктів, згенерованих комп'ютерною програмою тощо. У пропозиціях науковців ці об'єкти позначаються інколи як об'єкти прав особливого роду, що насправді не полегшує їх розуміння і не посилює охорону, але відділяє від інших об'єктів, які вже можна визнати позитивними.

Неодноразово під час роботи над оновленням Книги четвертої ЦК України висловлювалися побажання структурувати об'єкти цих прав на групи, а саме: у відповідності з інститутами, відомими праву інтелектуальної власності. Це так само слушно, як і ідея уніфікувати термінологію за низкою

об'єктів, зокрема, щодо знаків для товарів і послуг, які не слід позначати як фірмові, і змінити самий цей термін на категорію «торговельні марки»¹. Поняття «оригінальний» об'єкт, навпаки, навряд чи потребує внесення в перелік, оскільки сам термін «оригінальний» є багатограним, а оригінальність не є ознакою, яка необхідна для всіх об'єктів, і не вимагається в усіх випадках, а передбачається, в разі необхідності, безпосередньо в нормах спеціального закону про авторське право і суміжні права.

Щодо питання про необхідність змін у ст. 421 ЦК України стосовно суб'єктів права інтелектуальної власності, то редакція, яка пропонується розробниками оновленого кодексу, дійсно, назріла і зумовлює необхідність віднесення до них суб'єктів публічного права, насамперед держави. У цьому простежується логіка й щодо цих суб'єктів як таких, які визнаються власниками майна. Одночасно уточнення положення, яке має місце в теорії цивільного права щодо первинних і вторинних суб'єктів права інтелектуальної власності, можливе, але було б, скоріше, зайвим для закріплення на законодавчому рівні й обтяжувало б зміст відповідної норми.

Особливо необхідно зупинитися на терміні «творець», який має залишитися основним позначенням для головного суб'єкта права інтелектуальної власності, найважливішого учасника таких відносин і набути свого узагальненого сенсу, стати складовою низки статей, які присвячені йому. Вітаючи такий підхід, зазначимо, що творець-людина дійсно є головною «дійовою особою» творчих відносин і має надалі залишатися джерелом і смислом усієї можливої турботи суспільства і права в цій сфері. Саме заради творця, його прав і добробуту створюється весь механізм правового регулювання відносин інтелектуальної власності. У цьому формулюванні — повага

¹ Кодинець А. О. Засоби індивідуалізації учасників цивільного обороту, товарів і послуг у цивільному праві України : автореф. дис. на здобуття наукового ступеня канд. юрид. наук. Київ, 2006. 18 с.

до людини-творця здобуває свій практичний сенс. Тому пропозиції щодо вилучення цього центрального терміна із кодексу або заміни його на розлоге й непрактичне словосполучення, наприклад, «людина, творчою діяльністю якої створено об'єкт», не можуть бути сприйняті розробниками і законодавцем.

Важливою ініціативою можна назвати пропозицію вилучення із ч. 4 ст. 423 ЦК України положення про допустимість переходу особистих немайнових прав інтелектуальної власності до іншої особи, оскільки практика не підкріпила за тривалий проміжок часу чинності ЦК України значущість такої норми, а спеціальне законодавство досі не виробило механізму його застосування. Необхідність звертатися за захистом права авторства чи права на недоторканність твору в спадкоємців померлого автора полягає зовсім в іншій площині, яка не свідчить про перехід самих цих прав до спадкоємців. У них є лише право звертатися за їх захистом, а не право інтелектуальної власності на ці права. Водночас серед підстав виникнення (набуття) права інтелектуальної власності варто врахувати не лише договори, а й інші правочини, що цілком доречно зробити в ст. 422 ЦК України.

У чинному ЦК України передбачено встановлення «винятків та обмежень у майнових правах інтелектуальної власності» за певних умов, а саме: якщо такі обмеження і винятки не створюють істотних перешкод для нормальної реалізації майнових прав інтелектуальної власності та здійснення законних інтересів суб'єктів цих прав (ч. 2 ст. 424 ЦК України). Утім термінологія, яка тут використана — «винятки», «обмеження», не має під собою належного підґрунтя. Розробники оновленого ЦК України в поясненнях до відповідної порівняльної таблиці зазначають, що термін «rightholder», який вживається в низці міжнародних актів, перекладений з англійської невдало як «винятки і обмеження». Йдеться фактично про певні випадки (а не винятки і обмеження), які допускають

правомірне використання об'єкта права інтелектуальної власності без дозволу суб'єкта майнових прав інтелектуальної власності (правоволодільця) іншими особами за умови, що це не створює істотних перешкод для нормального використання такого об'єкта правоволодільцем та не перешкоджає, причому невиправдано (це уточнення досить важливе, оскільки йдеться лише про відносну заборону таких дій, а не абсолютну, коли особа діє поза законом), реалізації його законних інтересів. Саме таке уточнення в ч. 2 ст. 424 ЦК України буде необхідним для оновлення кодексу, так само як це має місце в редакції ч. 3 цієї ж статті, у якій враховано, що майнові права інтелектуальної власності можуть не просто «використовуватись в інших цивільних відносинах», як це закріплено в чинній редакції, а можуть бути саме об'єктом інших цивільних відносин, крім названих без змін.

На думку розробників Книги четвертої, доцільно запровадити термін «правоволоділець» як загальний на позначення суб'єкта майнових прав інтелектуальної власності. Дійсно, такий підхід знайомий значній кількості міжнародних актів і буде сприяти загальному розумінню відмінності термінології у сфері права інтелектуальної власності і права власності, зокрема, щодо недоречності використовувати у випадку відносин інтелектуальної власності термінів, характерних для інституту права власності.

Стосовно строків чинності прав інтелектуальної власності, то вони уніфіковані в країнах ЄС і для України важливо їх дотримуватись. Тому в ст. 425 ЦК України вони залишаються в результаті рекодифікації фактично незмінними, ураховуючи що Україна приєдналася до більшості важливих міжнародних актів у сфері права інтелектуальної власності. При цьому мають бути враховані винятки, які стосуються безстрокового характеру особистих немайнових прав інтелектуальної власності — таких у законах ми не зустрічаємо, тому недоречно в ч. 1 про них згадувати у формулюванні «якщо інше

не встановлено законом», а тому формулювання ч. 1 ст. 425 ЦК України в оновленому варіанті має бути таким: «Особисті немайнові права інтелектуальної власності є чинними безстроково». Також звертає на себе увагу, що на практиці доведено існування майнових прав інтелектуальної власності, які діють безстроково, і це такий строк, чинність якого визначається знов-таки тільки законом. Отже, частина 2 ст. 425 ЦК України пропонується в дещо оновленому вигляді: «строк чинності майнових прав інтелектуальної власності визначається цивільним кодексом чи іншим законом, причому у випадках, передбачених цивільним кодексом, або іншим законом, майнові права інтелектуальної власності є чинними безстроково і можуть бути припинені достроково у випадках, встановлених ЦК України чи іншим законом».

Очікуваною є пропозиція доповнити ЦК України додатковою статтею, в якій закріпити положення про територіальні межі, що характеризують майнові права інтелектуальної власності. Формулювання в проєкті додаткової ст. 425-1, яка має назву «Чинність майнових прав інтелектуальної власності на території України», нині знаходиться у двох частинах пропонованої статті і полягає в уточненні про те, що на території України є чинними майнові права інтелектуальної власності, які виникли відповідно до цивільного кодексу та іншого закону, і що майнові права інтелектуальної власності, які виникли за законодавством іноземної держави, є чинними на території України у випадках і на умовах, встановлених міжнародним договором України та (або) законом.

Практичне значення в усі часи має використання об'єкта права інтелектуальної власності (ст. 426 ЦК України), так само як і використання такого об'єкта права інтелектуальної власності, який перейшов у суспільне надбання. На жаль, уже тривалий час ці важливі положення не були закріплені належним чином у відповідній статті ЦК України, тому запропоноване доповнення кодексу новою статтею відповідного змісту стане

перспективною новелою розробників оновленого ЦК України. Право на використання об'єкта права інтелектуальної власності передусім потребує закріплення за суб'єктом майнових прав інтелектуальної власності, про якого йшлося вище, а тому необхідно чітко зазначити, що ним є правоволоділець. Особливо варто наголосити, що інші особи, крім правоволодільца, не мають права використовувати об'єкт права інтелектуальної власності без його дозволу. Винятком із такого правила можуть бути встановлені тільки законом. Ліцензійний договір — форма, в якій варто передбачати умови надання дозволу чи видачу ліцензії на використання об'єкта права інтелектуальної власності, він має бути укладений із додержанням усіх необхідних вимог як ЦК України, так і спеціальних законів, що регулюють відносини права інтелектуальної власності.

У чинному ЦК України відсутня норма щодо об'єкта права інтелектуальної власності, який перейшов у суспільне надбання, хоча теорія з цього питання набула загального визнання. Для подолання прогалини в законодавстві на майбутнє розробниками оновленого кодексу пропонується формулювання статті, яка має доповнити ЦК України. Так, на думку фахівців Науково-дослідного інституту інтелектуальної власності НАПрН України, необхідно врахувати, що закінчення строку чинності майнових прав на об'єкт права інтелектуальної власності має наслідком його перехід у суспільне надбання; причому об'єкт права інтелектуальної власності, що перейшов у суспільне надбання, може бути використаний будь-якою особою за умови дотримання особистих немайнових прав інтелектуальної власності на цей об'єкт. Важливою умовою такого переходу є дотримання особистих немайнових прав інтелектуальної власності.

Так само доцільним є закріплення в ст. 427 ЦК України загального правила щодо моменту переходу до набувача за договором майнових прав інтелектуальної власності. Якубівський І. Є., втілюючи свої теоретичні нароби, викладені

в ґрунтовному монографічному дослідженні про набуття, здійснення та захист майнових прав інтелектуальної власності, які стали джерелом багатьох запропонованих Робочою групою змін у законодавстві про інтелектуальну власність¹ пропонується звернутися до подібного положення ст. 334 ЦК України, що враховане для права власності. Отже, залишивши без змін ч. 1 і ч. 2 ст. 427 ЦК України про те, що майнові права інтелектуальної власності можуть бути передані відповідно до закону повністю або частково іншій особі і що умови передання майнових прав інтелектуальної власності можуть бути визначені договором, який укладається відповідно до ЦК України та іншого закону, автор пропонує влучно сформульовані додаткові частини 3 і 4 у доповнення до ст. 427 ЦК України, зміст яких полягає в тому, що майнові права інтелектуальної власності переходять до набувача за договором з моменту його укладення, якщо інше не встановлено договором або законом і що майнові права інтелектуальної власності, набуття яких відповідно до положень кодексу чи іншого закону пов'язується з їх державною реєстрацією, переходять до набувача за договором з моменту такої державної реєстрації. Підтримуючи такі доповнення, зазначимо, що формулювання, які вибудовуються за прикладом подібних для права власності, не тільки дозволить поєднати інститути ЦК України в єдину систему, а й додатково наголосити на відмінності регулювання відносин власності і відносин інтелектуальної власності, оскільки ці норми в структурі кодексу посядуть кожна своє природне місце, позбавивши можливості плутанини в зазначених питаннях.

Стаття 427 ЦК України, як відомо, не містить нині загального правила про момент переходу до набувача за договором майнових прав інтелектуальної власності, як це має місце для права власності, тому це необхідно виправити шляхом

¹ Якубівський І. Є. Набуття, здійснення та захист майнових прав інтелектуальної власності в Україні : монографія. Львів : ЛНУ імені Івана Франка, 2018. 522 с.

додавання двох додаткових частин до цієї статті. Запропоновані формулювання розробників оновленої Книги четвертої на чолі з І. Є. Якубівським досить чіткі, тому не викликають дискусій. По-перше, майнові права інтелектуальної власності переходять до набувача за договором з моменту його укладення, якщо інше не встановлено договором або законом (і це доречно зазначити в кодексі), а по-друге, майнові права інтелектуальної власності, набуття яких відповідно до ЦК України чи іншого закону пов'язується з їх державною реєстрацією, переходять до набувача за договором з моменту такої державної реєстрації, тому ми вважаємо можливим підтримати зазначені доповнення.

Стосовно здійснення права інтелектуальної власності, яке належить кільком особам, то дискусія точилася, починаючи ще з радянських часів, і була вирішена нарешті в ЦК України найбільш відповідним панівній вітчизняній теорії і практиці способом: право інтелектуальної власності, яке належить кільком особам разом, може здійснюватися за договором між ними, а в разі відсутності такого договору право інтелектуальної власності, яке належить кільком особам, здійснюється спільно. Це не потребує оновлення чи змін, оскільки будь-який інший варіант вирішення цього питання тягне за собою ускладнення і спори між самими співволодільцями та їх спадкоємцями, а часом і третіми особами.

Для удосконалення змісту ст. 429 ЦК України, яка нині має назву «Права інтелектуальної власності на об'єкт, створений у зв'язку з виконанням трудового договору (контракту)», розробниками оновленого ЦК України сприйнята пропозиція фахівців Науково-дослідного інституту інтелектуальної власності НАПрН України щодо закріплення замість зазначеної назви із застосуванням поняття «службовий об'єкт»: «службовий об'єкт права інтелектуальної власності». Пояснюючи таку ідею тим, що саме такий термін використовується в спеціальному законодавстві і в доктрині, автори стверджують,

що наводити перелік об'єктів, які можуть бути службовими, немає потреби. На нашу думку, розуміння запропонованого терміна має розкриватися в конкретних нормах ст. 429 ЦК України, починаючи із його визначення в ч. 1 статті, що аналізується як об'єкт права інтелектуальної власності, створений працівником у зв'язку із виконанням трудового договору (контракту). Отже, мова йде лише про ті об'єкти права інтелектуальної власності, які є результатами інтелектуальної, творчої діяльності, що так само важливо для формулювання ст. 418 ЦК України. Додатково варто уточнити, що законом можуть бути передбачені умови віднесення об'єкта права інтелектуальної власності до категорії службових.

Безперечно, має залишитись в оновленому ЦК України уточнення щодо особистих немайнових прав інтелектуальної власності на службовий об'єкт права інтелектуальної власності, що належить працівникові, який його створив. Це є підтвердженням вірності принципам цивільного права і права інтелектуальної власності, основним і найважливішим суб'єктом, для якого працює вся система права інтелектуальної власності, — це творець, фізична особа, чією інтелектуальною, творчою працею створюються всі об'єкти права інтелектуальної власності. Крім того, у законі мають бути враховані випадки, коли окремі особисті немайнові права інтелектуальної власності на відповідний службовий об'єкт можуть належати юридичній або фізичній особі, де або в якій працює працівник, інтелектуальною, творчою працею якого створений відповідний об'єкт, тобто в особливих випадках це право може належати роботодавцеві. При цьому варто зрозуміти, що мова йде не про можливість відчуження особистих немайнових прав їх первісного володільця, а про можливість їх належності згідно із спеціальним застереженням закону. Утім це питання залишається дискусійним у теорії цивільного права, насамперед через необхідність в усіх випадках захистити інтереси слабкої сторони, якою в даному разі є працівник. Так само може

виявити різні погляди питання про ефективність конструкції спільної належності майнових прав інтелектуальної власності на службовий об'єкт. З цього питання думки спеціалістів відрізняються, зокрема, пріоритетною нині стала позиція про те, що подібна конструкція спільності володіння майновими правами творцю і роботодавцю є неефективною з огляду на недостатню надійність здійснення та захисту цих прав, а спеціальні закони презюмують належність майнових прав інтелектуальної власності на службовий об'єкт роботодавцю. Ураховуючи наведене, розробники оновленого ЦК України пристали до позиції, яка, однак, потребує додаткового обговорення про те, що майнові права інтелектуальної власності на службовий об'єкт переходять до роботодавця, якщо інше не встановлено договором або законом, і про те, що особливості набуття та здійснення майнових прав інтелектуальної власності на службовий об'єкт права інтелектуальної власності можуть бути встановлені договором або законом. У будь-якому разі потрібно надати додаткові гарантії позитивного вирішення цього питання задля ефективного здійснення й захисту прав працівника-творця, які можливі не тільки завдяки правильно сформульованим нормам цивільного і спеціального законодавства, а й подальшого запровадження європейських традицій ведення бізнесу, етично вивіреніх і забезпечених загальнолюдськими цінностями, звичаями ділового обороту, диспозитивних начал договірних відносин, які мають відповідати таким і в укладанні, зміні, припиненні відносин, заснованих на договорі. Трудовий договір у цьому розумінні і в розрізі цих конкретних питань права інтелектуальної власності не має відрізнитися від цивільно-правових договорів, і роботодавець повинен належним чином оцінювати творчу працю такого працівника, іти назустріч його позиції щодо розміру майнової винагороди та захисту його прав та інтересів. Такий підхід у відомих ІТ-компаніях, наприклад, сприяє порозумінню між працівником і працедавцем, знижує потребу у зверненні до суду за захистом своїх прав самими працівниками.

На тих самих засадах має будуватися нормативне регулювання питань права інтелектуальної власності на об'єкт, створений за замовленням. Зміст ч. 1 ст. 430 ЦК України має залишатися незмінним — особисті немайнові права інтелектуальної власності на об'єкт, створений за замовленням, завжди має залишатися таким, що належить творцеві цього об'єкта, і лише у випадках, передбачених законом, окремі особисті немайнові права інтелектуальної власності на такий об'єкт можуть належати замовникові. Щодо розподілу майнових прав інтелектуальної власності у цьому випадку, то слід прийняти до уваги всі викладені вище застереження і зауваження до службових об'єктів. Пропонується закріпити належність майнових прав на об'єкт, створений за замовленням, за замовником, зокрема, на думку розробників оновленої Книги четвертої ЦК України, норма ч. 2 ст. 430 має бути сформульована так, щоб майнові права інтелектуальної власності на об'єкт, створений за замовленням, переходили до замовника, якщо інше не встановлено договором або законом. Це відповідає, так само як і в попередній нормі, нормам ЦК України, положенням ч. 4 ст. 15 Закону України «Про авторське право і суміжні права».

Будь-яке право потребує не лише належного закріплення у відповідних нормах, а й забезпеченого законодавчо належного здійснення і захисту. Тому значну увагу розробники оновленого ЦК України приділяють проблемі підстав та порядку захисту права інтелектуальної власності, вказуючи передусім на недоліки чинної редакції норми чинної ст. 431 ЦК України. Йдеться, зокрема, про те, що нинішнє формулювання цієї норми зводить наслідки порушення права інтелектуальної власності лише до заходів відповідальності, що, звісно, не те саме в теорії і практиці цивільного права. Дійсно, дискусійною залишається і постановка питання про відповідальність за невизнання цього права. Можна погодитися тому і з пропозиціями фахівців Національного університету «Одеська юридична

академія» про доцільність конкретизувати підстави та порядок для захисту права інтелектуальної власності, зокрема, про те, що право інтелектуальної власності може бути захищене як у судовому, так і в іншому порядку, за саме: згідно із законом — в Апеляційній палаті НОІВ, у позасудовій процедурі захисту, передбаченій ст. 56 Закону України «Про авторське право і суміжні права». Отже, порушення, невизнання, оспорування чи створення загрози порушенню права інтелектуальної власності є підставами для його захисту й потребує закріплення в нормі ст. 431 ЦК України. При цьому варто уточнити, що захист права інтелектуальної власності здійснюється в судовому або в іншому порядку, встановленому законом.

Значна увага в чинному ЦК України приділяється захисту прав інтелектуальної власності судом (ст. 432 ЦК України), утім, насправді мова йде про *способи захисту* права інтелектуальної власності судом, тому аргументи на користь зміни назви зазначеної статті приймаються як переконливі. Згідно із загальними засадами цивільного права, закріпленими в ст. 16 Загальних положень ЦК України «Захист цивільних прав та інтересів судом» і ч. 1 ст. 432 ЦК України, кожна особа має право звернутися до суду за захистом свого особистого немайнового або майнового права та інтересу, так само і права інтелектуальної власності. Частина 2 цієї статті є нормами прямої дії, тому достатньо сформулювати її як «способи захисту права інтелектуальної власності» і назвати їх. Роз'яснюючи зміни, що пропонуються до цієї статті розробниками оновленого ЦК України, І. Є. Якубівський звертає увагу на необхідність урахування положень, про які згадується в Концепції рекодифікації (оновлення) ЦК України¹: про заборону неправомірного використання як окремого способу захисту; вилучення положення про застосування негайних заходів та зупинення пропуску через митний кордон, які за своєю природою

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

не є способами захисту; про закріплення поняття «піратські» та «контрафактні» товари; щодо можливості вилучення чи вилучення і знищення таких товарів; про застосування разової грошової компенсації замість судової заборони використання; а також про необхідність конкретизувати положення щодо збитків і запровадити норму щодо відшкодування моральної шкоди, як це передбачено щодо інших суб'єктивних цивільних прав книгами 2, 3, 5 ЦК України. Необхідно уточнити, крім іншого, положення щодо моральної шкоди, зокрема, у чому саме вона може проявлятися. Виходячи із зазначеного, є логіка в тому, щоб погодити досить широкий перелік способів захисту права інтелектуальної власності судом, які зазнали суттєвих змін у своїй редакції, пов'язаних із законодавчою заборонаю неправомірного використання об'єкта права інтелектуальної власності певним способом (способами); із вилученням із цивільного обороту піратських, контрафактних або інших товарів, виготовлених або введених в цивільний оборот з порушенням права інтелектуальної власності, або вилученням та знищенням таких товарів за рахунок особи, яка вчинила порушення; вилученням із цивільного обороту матеріалів та знарядь, які використовувалися переважно для виготовлення товарів із порушенням права інтелектуальної власності, або вилученням та знищенням таких матеріалів та знарядь за рахунок особи, яка вчинила порушення; із застосуванням разової грошової виплати замість застосування способів захисту права інтелектуальної власності, встановлених попередньо зазначеними тут положеннями. При цьому можна погодитися з тим, що застосування разової грошової виплати здійснюється за заявою відповідача, за умови, що право інтелектуальної власності порушено відповідачем ненавмисно і без недбалості та що застосування способів захисту, встановлених попередніми пунктами, зазначеними вище, є неспіврозмірним шкоді, заподіяній позивачеві, а розмір разової грошової виплати має визначатися судом як розмір винагороди, яка була б сплачена

за надання позивачем дозволу на використання права інтелектуальної власності, щодо якого виник спір, що обґрунтовано задовольняє позивача. Так само заслуговують на схвалення пропозиції, висловлені розробниками Книги четвертої ЦК України щодо таких способів захисту, як відшкодування збитків, що містять усі види майнових втрат, яких зазнала особа внаслідок порушення права інтелектуальної власності, або застосування компенсації замість відшкодування збитків за неправомірне використання об'єкта права інтелектуальної власності. Розмір компенсації при цьому визначається відповідно до закону з урахуванням вини особи та інших обставин, що мають істотне значення. Питання моральної шкоди в усіх можливих для захисту прав інтелектуальної власності випадках завжди актуальне, тому уточнення, чим є моральна шкода для цієї категорії справ, є надзвичайно важливим. Так, відшкодування моральної шкоди у вигляді душевних страждань, яких зазнала фізична особа внаслідок порушення її права інтелектуальної власності, та (або) у вигляді приниження честі та (або) ділової репутації фізичної особи чи приниження ділової репутації юридичної особи є одним із витребуваних способів захисту в цивільному праві і має бути закріплено в окремому пункті переліку способів захисту прав інтелектуальної власності. Щодо такого способу захисту прав інтелектуальної власності, як опублікування за заявою позивача в засобах масової інформації або доведення до загального відома іншим визначеним судом шляхом відомостей про порушення права інтелектуальної власності та зміст судового рішення щодо такого порушення за рахунок особи, яка вчинила правопорушення, то він не потребує редагування після змін, внесених у п. 6 ч. 1 ст. 432 ЦК України у 2023 році.

Загалом, можна стверджувати, що оновлення Загальних положень про право інтелектуальної власності Книги четвертої ЦК України відбувається послідовно і є логічним результатом гармонізації законодавства України до законодавства

країн ЄС, виконання Україною своїх зобов'язань як держави, що вже приєдналась і приєднується далі до більшості міжнародних актів у цій сфері, є логічним продовженням традицій вітчизняної теорії виключних прав, на яких воно ґрунтується, аргументованого оновлення всього законодавства сфери інтелектуальної власності і основних положень, які закріплюються на рівні ЦК України, тому ми підтримуємо більшість пропозицій, висловлених на рівні роботи робочої групи щодо окреслених питань до етапу підсумкового обговорення в Робочій групі й обговореннями у відповідних робочих групах з представниками законодавчого органу державної влади України.

ЗАСОБИ УСУНЕННЯ ПРОГАЛИН У ЦИВІЛЬНОМУ ТА СІМЕЙНОМУ ПРАВІ

Красицька Лариса Василівна

*професор, доктор юридичних наук,
завідувач відділу науково-правових експертиз
Інституту правотворчості та науково-правових експертиз
Національної академії наук України*

Ефективність норм цивільного та сімейного права знаходить своє відображення передусім у правозастосовній практиці. Саме правозастосовна діяльність, як лакмусовий папір, є індикатором правового регулювання приватноправових відносин та правового забезпечення належного захисту прав їх учасників. У правозастосовній діяльності досить часто виникають ситуації, пов'язані з наявністю прогалин у праві — відсутністю правової норми, яка б регулювала конкретні суспільні відносини. Саме аналогія закону та аналогія права є оперативними засобами подолання прогалин у праві для вирішення конкретної юридичної ситуації.

У сучасних умовах розвитку правової системи України, в умовах оновлення (рекодифікації) цивільного законодавства України, проведення судово-правової реформи питання застосування аналогії закону та аналогії права становлять підвищений інтерес для наукових досліджень.

Прийняття Закону України «Про правотворчу діяльність» від 24 серпня 2023 р. № 3354-IX¹ і врегулювання ним положень щодо правових прогалин і подолання правових колізій також ставлять перед правниками низку питань, що потребують свого

¹ Закон набув чинності 20.09.2023, вводиться в дію через один рік з дня припинення або скасування воєнного стану в Україні, введеного Указом Президента України «Про введення воєнного стану в Україні» від 24 лютого 2022 р. № 64/2022, затвердженим Законом України «Про затвердження Указу Президента

вирішення та правозастосування. Згідно зі ст. 65 Закону України «Про правотворчу діяльність» правова прогалина — це повна або часткова відсутність норми права, що не забезпечує завершеність правового регулювання відповідних суспільних відносин. У разі виявлення правової прогалини відповідний суб'єкт правотворчої діяльності зобов'язаний прийняти (видати) нормативно-правовий акт, що її усуває, актом того самого виду, що містить прогалину. Усунення правової прогалини шляхом прийняття (видання) нормативно-правового акта нижчої юридичної сили не допускається. Суд для подолання правової прогалини може застосовувати у випадках, передбачених законом: 1) аналогію закону — шляхом застосування до неврегульованих суспільних відносин положень закону, який регулює подібні суспільні відносини; 2) аналогію права — шляхом застосування до суспільних відносин, не врегульованих нормативно-правовими актами, загальних принципів права. Аналогія закону або аналогія права не застосовується для визначення підстав, меж повноважень та способу дій органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб, притягнення особи до юридичної відповідальності¹.

Застосування аналогії закону та аналогії права в сучасному цивільному праві України було предметом наукового дослідження О. П. Печеного², І. В. Спасибо-Фатєєвої³, Є. О. Харитонова, О. І. Харитонової⁴ та інших правників. Системне дослідження теоретичних підходів до розуміння цивільно-правових

України «Про введення воєнного стану в Україні» від 24 лютого 2022 р. № 2102-IX, крім положень, визначених у пункті 1 Прикінцевих положень.

¹ Про правотворчу діяльність : Закон України від 24 серпня 2023 р. № 3354-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3354-20#Text> (дата звернення: 02.02.2024).

² Печений О. Деякі проблеми застосування аналогії в цивільному праві. *Вісник Академії правових наук України*. 2007. № 2. С. 108–119.

³ Спасибо-Фатєєва І. В. «Трансцедентна судова мімікрія», або Про принципи права, аналогію закону та права у судовій практиці. *Вісник Академії правових наук України*. 2003. № 4. С. 137–149.

⁴ Харитонов Є. О., Харитонova О. І. «Прогалини» у цивільному законодавстві та їхнє подолання у процесі юрисдикційної діяльності. *Цивільне судочинство у світлі судової реформи в Україні* : матеріали міжнар. наук.-практ. конф. ім. Ю. С. Червоного (м. Одеса, 18 грудня 2015 р.). Одеса : Фенікс, 2015. С. 11–14.

норм, їх тлумачення, аналіз методологічних засад та особливостей застосування диспозитивних та імперативних цивільно-правових норм у цивільному судочинстві України було проведено Я. М. Романюком, при цьому автором під час розгляду стадій тлумачення цивільно-правових норм фрагментарно розглядалися й питання застосування аналогії закону та аналогії права для врегулювання цивільних відносин¹. Безперечно, аналогія права та аналогія закону є предметом дослідження теоретиків права, зокрема О. В. Колотової², Ю. І. Матата³, С. Погребняка⁴, С. В. Шмаленя⁵ та інших вчених. Проте процес оновлення (рекодифікації) цивільного законодавства потребує звернення до проблеми визначення оперативних засобів заповнення прогалин у цивільному та сімейному праві.

У юридичній літературі «прогалину» розглядають як неповноту або повну відсутність правових норм, необхідних для врегулювання суспільних відносин, які знаходяться у сфері дії права та потребують юридичного вирішення⁶. При цьому в навчальній та науковій літературі живаються такі поняття, як «прогаліни у праві»⁷ та «прогаліни в законодавстві»⁸. Так, прогалину в законодавстві визначають як відсутність регулювання

¹ Романюк Я. М. Проблеми застосування цивільно-правових норм у цивільному судочинстві України : дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03 / Київськ. нац. ун-т ім. Тараса Шевченка. Київ, 2017. 518 с.

² Колотова О. В. Прогалини у праві та шляхи їх подолання : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Київ, 2010. 231 с.

³ Матат Ю. І. Прогалини в законодавстві та засоби їх подолання в юридичній практиці : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Харків, 2013. 200 с.

⁴ Погребняк С. Прогалини в законодавстві та засоби їх подолання. *Вісник Академії правових наук України*. 2013. № 1. С. 44–56.

⁵ Шмаленя С. В. Особливості застосування аналогії права при вирішенні юридичних справ : автореф. дис. на здобуття наукового ступеня канд. юрид. наук : 12.00.01. Львівськ. нац. ун-т ім. І. Франка. Львів, 2009. 20 с.

⁶ Там само. С. 9.

⁷ Колотова О. В. Прогалини у праві та шляхи їх подолання : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Київ, 2010. 231 с.

⁸ Цивільне право : підручник : у 2 т. / Борисова В. І. (кер. авт. кол.), Баранова Л. М. та ін. ; за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатеевої, В. Л. Яроцького. Харків : Право, 2011. Т. 1. С. 54.

певних суспільних відносин за умови, коли ці відносини мають бути врегульованими з позицій принципів права¹.

У Законі України «Про правотворчу діяльність» вживається термін «правова прогалина». На сьогодні в Україні в умовах євроінтеграції, розширення видів джерел права, зміни підходів до застосування норм права та розгляду справ у судах, керуючись принципом верховенства права (правовладдя), доцільніше говорити про прогалини в праві, а не прогалини в законодавстві, ураховуючи, що право як правове явище значно ширше за своїм обсягом від законодавства.

Так, Н. С. Кузнецова наголошує, що в умовах, коли трансформуються наші погляди на джерела цивільного права і в їх системі законне місце поряд із нормами цивільного права, втіленими в акти законодавства, посідають звичай ділового обороту, а також принципи цивільного права (через застосування інституту аналогії права), кваліфікація цивільно-правового договору як джерела цивільного права не викликає абсолютного неприйняття опонентів. Справа в іншому: не кожний цивільно-правовий договір може претендувати на такий особливий статус — тільки в разі, якщо він на законних підставах регулює цивільні відносини інакше, ніж це передбачено в актах цивільного законодавства².

Як справедливо зазначає Р. А. Майданик, в умовах європеїзації українське приватне право загалом має характеризувати природно-правова ідея необхідності творчого, соціально обумовленого підходу в розумінні та застосуванні права з метою виконання покладених на нього соціальних функцій. Право не створюється апріорним шляхом і не міститься виключно в законодавчих нормах. Пошук права — завдання,

¹ Загальна теорія держави і права: підручник для студентів юридичних вищих навчальних закладів / М. В. Цвік 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. 416.

² Кузнецова Н. Договір у механізмі регулювання цивільно-правових відносин. *Право України*. 2012. № 9. С. 17.

яке має виконуватися всіма юристами, кожним у своїй сфері і з використанням усіх методів. При цьому ними має керувати загальний ідеал — намагання досягти в кожному питанні вирішення, яке відповідає загальному почуттю справедливості і засноване на поєднанні різних інтересів — як приватних, так і всього суспільства¹.

Прогалини в правовому регулюванні цивільних та сімейних відносин необхідно відрізнити від тих ситуацій, коли законодавець спеціально певному виду суспільних відносин не надає правової регламентації на певному етапі розвитку суспільства. Так, до набуття чинності Цивільним кодексом України від 16 січня 2003 р. № 435-IV² (далі — ЦК України) не регулювалися цивільним законодавством України суспільні відносини, подібні до тих, що виникають зі спадкового договору. Причому не можна сказати, що в цьому випадку мала місце прогалина в цивільному праві, оскільки законодавець навмисне не надавав таким відносинам правового значення, передбачаючи лише такі правові конструкції, як договір довічного утримання, заповіт, договір дарування тощо. Розвиток приватної власності, підприємництва поставили перед законодавцем та суспільством нові завдання та нові вимоги, для вирішення яких і було запроваджено до Цивільного кодексу України інститут спадкового договору.

Аналогічна ситуація складалася в Україні з фактичними шлюбними відносинами. Безперечно, чоловіки та жінки проживали однією сім'єю без реєстрації шлюбу і за радянських часів, між ними виникали суперечки з приводу набутого майна, проте законодавець не регулював такі відносини нормами сімейного права, надаючи перевагу правовій регламентації відносин між ними щодо виникнення права спільної часткової

¹ Майданик Р. А. Розвиток приватного права України : монографія. Київ : Алерта, 2016. С. 21.

² Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. № 435-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text> (дата звернення: 02.02.2024).

власності нормами цивільного права, «не помічаючи» існування сім'ї. Зміна ментальності українського суспільства, пріоритет загальнолюдських цінностей призвели до того, що в Сімейному кодексі України від 10 січня 2002 р. № 2947-III¹ (далі — СК України) «з'явилися» статті 74, 91, які регулюють майнові відносини жінки та чоловіка, які проживають однією сім'єю, але не перебувають в шлюбі між собою або в будь-якому іншому шлюбі.

Безперечно, найбільш ефективним засобом заповнення (усунення чи подолання) прогалин у цивільному та сімейному праві є правотворчість. Так, в Україні десятиліттями, доки діяв Цивільний кодекс УРСР від 18 липня 1963 р. № 1540-VI², до суспільних відносин, що виникали з відшкодування шкоди, завданої громадянину при рятуванні майна іншого громадянина, за аналогією закону застосовувалися норми ЦК УРСР, що регулювали відносини з рятування майна організації. Саме шляхом правотворчості було заповнено цю прогалину в праві, і ЦК України вже містить ст. 1162, яка регулює зобов'язання, що виникають у зв'язку з рятуванням майна іншої особи.

Однак і після набуття чинності ЦК України СК України деякі цивільні та сімейні відносини опинилися поза сферою правового регулювання, хоча об'єктивно існували всі передумови, що підтверджують, що ці суспільні відносини мали бути у сфері дії права. Так, до набрання чинності Законом України від 6 лютого 2018 р. № 2275-VIII «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю»³ аналогія закону досить часто застосовувалася судами для вирішення корпоративних спорів. Зокрема, у пункті 4.10 Постанови пленуму

¹ Сімейний кодекс України від 10 січня 2002 р. № 2947-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14#Text> (дата звернення: 02.02.2024).

² Цивільний кодекс УРСР від 18 липня 1963 р. № 1540-VI. *Відомості Верховної Ради УРСР*. 1963. № 30. Ст. 463.

³ Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю : Закон України від 6 лютого 2018 р. № 2275-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2018. № 13. Ст. 69.

Вищого господарського суду України від 25 лютого 2016 р. № 4. «Про деякі питання практики вирішення спорів, що виникають з корпоративних правовідносин» зазначалося, що в разі продажу частки в праві спільної часткової власності з порушенням переважного права купівлі співвласник може подати до суду позов про переведення на нього прав та обов'язків покупця. Наведена норма застосовується за аналогією до випадків порушення переважного права учасника ТОВ (ТДВ) на купівлю частки в статутному капіталі. При цьому судам слід мати на увазі, що ця норма застосовується до відповідних позовів учасників товариства лише з обмеженнями, передбаченими нею¹. Після набуття чинності Законом України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» таку прогалину в регулюванні корпоративних відносин було усунуто. Частина 5 ст. 20 Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» регулює відносини, що стосуються порушення переважного права учасника товариства на придбання частки (частини частки) іншого учасника товариства, що продається третій особі.

Дійсно, правотворчість — дієвий засіб подолання прогалин у цивільному та сімейному праві, проте розвиток суспільних відносин, недосконалість законодавчої техніки, відсутність системного аналізу правового регулювання суспільних відносин все ж таки породжують правові прогалини. Так, певні прогалини існують у правовому регулюванні відносин щодо визначення походження дитини, народженої сурогатною матір'ю, коли замовником є самотній чоловік. Уже відомі випадки народження дитини сурогатною матір'ю та передачі її батькові, який не перебуває в шлюбі. Відповідно до п. 6.11 Порядку застосування допоміжних репродуктивних технологій

¹ Про деякі питання практики вирішення спорів, що виникають з корпоративних правовідносин : Постанова Пленуму Вищого господарського суду України від 25 лютого 2016 р. № 4. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0004600-16#Text> (дата звернення: 02.02.2024).

в Україні, затвердженого наказом МОЗ України від 9 вересня 2013 р. № 787, для проведення сурогатного материнства, зокрема, необхідна нотаріально засвідчена копія письмового¹ спільного договору між сурогатною матір'ю та жінкою (чоловіком) або подружжям². Отже, законодавство України дозволяє самотнім чоловікам бути стороною договору про сурогатне материнство. Проте сімейним законодавством України не врегульовано порядок визначення походження такої дитини від матері та батька, якщо батько дитини не перебуває в шлюбі, а дитина народжена внаслідок застосування допоміжних репродуктивних технологій.

У зв'язку з цим пропонується ст. 135 СК України доповнити частиною третьою в такій редакції: «3. Якщо батько дитини не перебуває в шлюбі, а дитина народжена в результаті застосування допоміжних репродуктивних технологій за допомогою сурогатного материнства, запис про батька дитини в Книзі реєстрації народжень провадиться за його заявою з наданням нотаріально засвідченої копії нотаріально посвідченого договору між ним та сурогатною матір'ю. Запис про матір дитини в Книзі реєстрації народжень провадиться за прізвищем та громадянством батька, а ім'я та по батькові матері дитини записуються за його вказівкою».

До засобів усунення прогалин у цивільному та сімейному праві традиційно відносять аналогію закону та аналогію права. Згідно зі ст. 8 ЦК України, якщо цивільні відносини не врегульовані цим Кодексом, іншими актами цивільного законодавства або договором, вони регулюються тими правовими нормами цього Кодексу, інших актів цивільного законодавства, що регулюють подібні за змістом цивільні відносини

¹ Вбачається, що ці положення законодавства потребують удосконалення, зокрема, в частині того, що доцільно визначити обов'язкове нотаріальне посвідчення договору між сурогатною матір'ю та жінкою (чоловіком) або подружжям.

² Про затвердження Порядку застосування допоміжних репродуктивних технологій в Україні : наказ Міністерства охорони здоров'я України від 9 вересня 2013 р. № 787. *Офіційний вісник України*. 2013. № 82. Ст. 3064.

(аналогія закону). У разі неможливості використати аналогію закону для регулювання цивільних відносин вони регулюються відповідно до загальних засад цивільного законодавства (аналогія права)¹.

Застосування аналогії як засобу усунення прогалин у правовому регулюванні цивільних відносин властиве й правовим системам іноземних держав. § 10 Цивільного кодексу Чеської Республіки від 3 лютого 2012 р. передбачає, що у випадках, коли відносини прямо не врегульовані законодавством, то необхідно застосувати правову норму, що регулює подібні за змістом та метою відносини. За неможливості використання такої норми відносини визначаються, виходячи з принципів справедливості та загальних засадах цього закону так, щоб досягти належного врегулювання прав та обов'язків з урахуванням звичаїв приватного права, вимог науки юриспруденції та усталеної правозастосовної практики².

Згідно зі ст. 10 СК України, якщо певні сімейні відносини не врегульовані цим Кодексом, іншими нормативно-правовими актами або домовленістю (договором) сторін, до них застосовуються норми цього Кодексу, які регулюють подібні відносини (аналогія закону). Якщо до регулювання сімейних відносин неможливо застосувати аналогію закону, вони регулюються відповідно до загальних засад сімейного законодавства (аналогія права)³.

Отже, за наявності прогалин у правовому регулюванні сімейних відносин СК України «дозволяє» застосовувати виключно норми СК України, які регулюють подібні відносини, на відміну від усунення прогалин у правовому регулюванні

¹ Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. № 435-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text> (дата звернення: 02.02.2024).

² Civil Code of the Czech Republic of 3 February 2012. URL: <http://obcanskyzakonik.justice.cz/images/pdf/Civil-Code.pdf> (access date: 07.02.2024).

³ Сімейний кодекс України від 10 січня 2002 р. № 2947-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14#Text> (дата звернення: 05.02.2024).

цивільних відносин, коли можуть застосовуватися норми ЦК України, інших актів цивільного законодавства. Отже, сімейне законодавство України не допускає застосування до не врегульованих сімейних відносин так званої міжгалузевої аналогії¹, яку ще називають в юридичній літературі субсидіарною аналогією, застосування якої допускається за законодавством інших країн.

Так, згідно з пунктом 2 ст. 5 Кодексу Республіки Казахстан про шлюб (подружжя) та сім'ю від 26 грудня 2011 р. у випадках, коли відносини, передбачені ст. 3 цього Кодексу, прямо не врегульовані законодавством Республіки Казахстан або угодою сторін і відсутні звичаї, що застосовуються до них, до таких відносин, оскільки це не суперечить їх суті, застосовуються норми шлюбно-сімейного та (або) цивільного законодавства Республіки Казахстан, що регулюють подібні відносини (аналогія закону). За неможливості використання в зазначених випадках аналогії закону права та обов'язки суб'єктів шлюбно-сімейних (подружньо-сімейних) відносин визначаються, виходячи із загальних засад і сенсу шлюбно-сімейного або цивільного законодавства Республіки Казахстан та вимог добросовісності, розумності та справедливості (аналогія права), також з дотриманням принципів дії закону в часі, у просторі та за колом осіб².

У юридичній літературі України ведеться активна дискусія про самостійність (несамостійність) такої галузі права, як сімейне право, тому актуальним залишається питання, що виникає в правозастосовній практиці, щодо того, який період часу проживання однією сім'єю чоловіка та жінки, які не перебувають у шлюбі між собою, можна вважати «тривалим

¹ Автор статті дотримується позиції, що сімейне право є самостійною галуззю права, яка входить до сфери приватного права.

² On Marriage (Matrimony) and Family : The Code of the Republic of Kazakhstan dated 26 December, 2011. No. 518-IV. URL: <https://adilet.zan.kz/eng/docs/K110000518> (access date: 07.02.2024).

часом проживання однією сім'єю», ураховуючи, що згідно з ч. 1 ст. 91 СК України, якщо жінка та чоловік, які не перебувають у шлюбі між собою, тривалий час проживали однією сім'єю, той із них, хто став непрацездатним під час спільного проживання, має право на утримання відповідно до ст. 76 цього Кодексу¹. Виникає питання, чи допускається застосування за аналогією закону норм ст. 1264 ЦК України, які регулюють суспільні відносини у сфері спадкування спадкоємцями за законом четвертої черги, до якої законодавець відносить осіб, які проживали зі спадкодавцем однією сім'єю не менше ніж п'ять років до часу відкриття спадщини.

Вбачається, що в цій ситуації правозастосовник має вирішувати питання не з позиції міжгалузевої аналогії закону, якщо виходити з того, що сімейне право є самостійною галуззю права, а питання про тлумачення так званих оцінних понять у праві («каучукових параграфів»), до яких і належить поняття «тривалий час». Отже, необхідно розрізняти оцінні поняття в праві та прогалини в цивільному та сімейному праві.

Висловлюється й думка, що субсидіарне застосування норм права є одним із засобів подолання прогалин. Так, Є. О. Харитонов, О. І. Харитонova зазначають, що ще одним засобом подолання прогалин без внесення змін у цивільне законодавство є субсидіарне застосування норм, коли юрисдикційний орган використовує приписи суміжного правового інституту або спорідненої галузі. Вказівка на можливість субсидіарного застосування норм законодавства може міститися в самому законі (наприклад, ст. 9 ЦК України) або впливати з сутності цивільних відносин. Умовами субсидіарного застосування законодавства є: 1) відсутність норм, що спеціально регулюють дані відносини; 2) наявність таких

¹ Сімейний кодекс України від 10 січня 2002 р. № 2947-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14#Text> (дата звернення: 05.02.2024).

норм у суміжних інститутах або галузях права, однорідних з тим, стосовно яких відбувається субсидіарне застосування; 3) однорідність методу правого регулювання, що застосовується в одному та іншому випадках¹.

Відповідно до ч. 1 ст. 9 ЦК України 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 законодавства².

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 Цивільного кодексу України, якщо це не суперечить суті сімейних відносин (ст. 8 СК України)³.

Вбачається, що субсидіарне застосування норм іншої галузі права, якщо це допускає законодавець, свідчить про відсутність самої прогалини в праві. Так, наприклад, згідно зі ст. 103 СК України шлюбний договір на вимогу одного з подружжя або іншої особи, права та інтереси якої цим договором порушені, може бути визнаний недійсним за рішенням суду з підстав, встановлених Цивільним кодексом України. Отже, до цих правовідносин субсидіарно можна застосовувати норми ст. 203, 215 ЦК України, що регулюють підстави недійсності правочинів.

Прогалину в праві відмежовують від технічних прогалин, помилок в праві та юридичних колізій, а також від випадків помилкової впевненості правозастосувача в перебуванні

¹ Харитонов Є. О., Харитонova О. І. «Прогалини» у цивільному законодавстві та їхнє подолання у процесі юрисдикційної діяльності. *Цивільне судочинство у світлі судової реформи в Україні* : матеріали міжнар. наук.-практ. конф. ім. Ю. С. Червоного (м. Одеса, 18 грудня 2015 р.). Одеса : Фенікс, 2015. С. 12.

² Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. № 435-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text> (дата звернення: 02.02.2024).

³ Сімейний кодекс України від 10 січня 2002 р. № 2947-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14#Text> (дата звернення: 02.02.2024).

спірних питань поза межами правового регулювання або відсутності їх правового регулювання (уявних прогалин)¹.

Варто зазначити, що на сьогодні в судовій практиці досить часто застосовується аналогія закону, хоча в деяких випадках прогалин в праві не існує, оскільки законодавець при врегулюванні певних відносин обрав «спеціальний дозволений тип правового регулювання», за яким «дозволяються лише ті форми поведінки соціальних суб'єктів, що безпосередньо визнаються правовими нормами як припустимі»², і якщо законодавець обмежив правове регулювання певного виду суспільних відносин, то це зовсім не означає, що існує прогалина в праві, а означає використання певного типу правового регулювання задля досягнення іншої мети правового регулювання, наприклад, забезпечення прав «слабкої» сторони правовідносин, створення додаткових правових гарантій захисту прав та інтересів певних учасників правовідносин тощо.

Зокрема, вбачається, що існують «уявні прогалини» щодо врегулювання відносин з оспорування батьківства після смерті особи, яка записана батьком дитини. Так, Верховний Суд за аналогією закону застосував ч. 3 ст. 137 СК України, зазначаючи, що можуть існувати випадки, коли чоловік, який записаний батьком після своєї смерті, помер до народження дитини і не знав або не міг знати про вагітність жінки, з якою такий чоловік перебував у шлюбі (зокрема, подружжя не підтримує шлюбних відносин; не проживає разом, однак продовжує перебувати в шлюбі; роз'єднання подружжя через поважні причини, зумовлені повномасштабним вторгненням

¹ Шмаленя С. В. Особливості застосування аналогії права при вирішенні юридичних справ : автореф. дис. на здобуття наукового ступеня канд. юрид. наук : 12.00.01. Львівськ. нац. ун-т ім. І. Франка. Львів, 2009. С. 9.

² Загальна теорія держави і права : підручник для студентів юридичних вищих навчальних закладів / Цвік М. В. 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. 216.

російських військ в Україну; перебування жінки на ранній стадії вагітності під час смерті чоловіка, який в силу природних причин не може подати відповідну заяву до нотаріуса про невизнання свого батьківства тощо). У подібних випадках у спадкоємців чоловіка, який записаний батьком дитини після його смерті, виникає спір про те, чи є чоловік батьком новонародженої дитини. Позбавлення спадкоємців права оспорювати батьківство чоловіка, який записаний батьком дитини, що народилася вже після смерті такої особи, суперечить принципу розумності та справедливості. Тому касаційний суд констатує, що в СК України є прогалина та відсутній регулятор, який визначав би правило поведінки учасників сімейних відносин для випадку, коли чоловік, який записаний батьком після своєї смерті, помер до народження дитини і не знав або не міг знати про вагітність жінки, з якою такий чоловік перебував у шлюбі. Подібною нормою є частина третя ст. 137 СК України, яка підлягає застосуванню на підставі аналогії закону. Тому Об'єднана палата вважає, що спадкоємці (дружина, батьки та діти) чоловіка, який записаний після своєї смерті батьком дитини, можуть оспорювати його батьківство, якщо він не знав або не міг знати про вагітність жінки, з якою такий чоловік перебував у шлюбі згідно з частиною третьою ст. 137 СК України, яка підлягає застосуванню на підставі аналогії закону¹.

Натомість у постановках Верховного Суду у складі колегії суддів Третьої судової палати Касаційного цивільного суду від 23 вересня 2020 р. у справі № 202/4051/18 (провадження № 61-18435св19) та постанові від 14 серпня 2019 р. у справі № 760/6156/15-ц (провадження № 61-25367св18) сформульовано висновки про те, що частина третя ст. 137 СК України

¹ Постанова Верховного Суду у складі Об'єднаної палати Касаційного цивільного суду від 31 липня 2023 р., судова справа № 461/3122/19. URL: <https://reestr.court.gov.ua/Review/112731316> (дата звернення: 05.02.2024).

не може бути в цих справах підставою для звернення до суду, оскільки в такому випадку актовий запис щодо особи як батька дитини має вчинятися за його життя¹.

Застосовуючи граматичний (мовний, текстовий) та логічний способи тлумачення правової норми, що закріплена в ч. 3 ст. 137 СК України, можна дійти висновку, що оспорювання батьківства спадкоємцями після смерті того, хто записаний батьком дитини і помер до її народження, можливе в разі встановлення такого фактичного складу²:

- 1) наявність поважних причин, через які особа не знала про те, що записана батьком дитини. Термін «поважні причини» належить до оцінних понять у сімейному праві. «Поважність» причин, що особа не знала про те, що записана батьком дитини, суд досліджує в кожній конкретній життєвій ситуації. Усталеним у доктрині приватного права і в судовій практиці є підхід, що поважними є причини, пов'язані з об'єктивними, непереборними, істотними труднощами для вчинення особою певних дій;
- 2) особа записана батьком дитини. Щодо цієї обставини, то необхідно зазначити, що положення ч. 3 ст. 137 Сімейного кодексу України «особа не знала про те, що записана батьком дитини, і померла» необхідно тлумачити в контексті того, що йдеться про життєву ситуацію, коли особа була записана батьком дитини за своє життя, а не після своєї смерті. Слово «записана» означає вчинення дії про запис особи як батька в минулому часі, а не в майбутньому, як «буде записана».

¹ Ухвала Верховного Суду у складі Об'єднаної палати Касаційного цивільного суду від 13 березня 2023 р., судова справа № 461/3122/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/109491705> (дата звернення: 05.02.2024).

² Фактичний склад — це система юридичних фактів і юридично значущих умов, передбачених нормами права як підстава для настання правових наслідків. Цит. за: Завальний А. М. Юридичний факт. *Велика українська юридична енциклопедія : у 20 т. Т. 3 : Загальна теорія права* / редкол.: О. В. Петришин (голова) та ін. ; Нац. акад. прав. наук України ; Ін-т держави і права імені В. М. Корещького НАН України ; Нац. юрид. ун-т імені Ярослава Мудрого. Харків : Право, 2017. С. 926.

На це вказує системний аналіз положень СК України, оскільки в тих випадках, коли йдеться про можливе вчинення дій у майбутньому, законодавець використовує мовні (граматичні) конструкції зі словом «буде...», «будуть». Наприклад, у ч. 1 ст. 109 СК України зазначається, що «подружжя, яке має дітей, має право подати до суду заяву про розірвання шлюбу разом із письмовим договором про те, з ким із них будуть проживати діти, яку участь у забезпеченні умов їхнього життя братиме той із батьків, хто буде проживати окремо...»; в абзаці першому ч. 1 ст. 161 СК України зазначається: «Якщо мати та батько, які проживають окремо, не дійшли згоди щодо того, з ким із них буде проживати малолітня дитина, спір між ними може вирішуватися органом опіки та піклування або судом» тощо;

- 3) особа, яка записана батьком дитини, померла. Це положення законодавства означає, що на момент подання позову про оспорування батьківства особи, яка записана батьком дитини, немає в живих;
- 4) право на оспорування батьківства мають не всі спадкоємці померлої особи, записаної батьком дитини, а тільки дружина, батьки та діти. Це положення законодавства означає обмеження кола спадкоємців, які можуть звернутися з позовом про оспорування батьківства після смерті особи, записаної батьком дитини.

Застосовуючи історичний спосіб тлумачення правових норм, необхідно зазначити, що в абз. 2 ч. 4 ст. 1347 Книги шостої «Сімейне право» проекту Цивільного кодексу України в редакції від 25 серпня 1996 р. передбачалося, що ніхто не може оспорити батьківство після смерті особи, яка записана батьком¹. У подальшому вже в ч. 3 ст. 124 проекту Сімейного

¹ Проект Цивільного кодексу України в редакції від 20 грудня 1996 р. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?pf3516=0890&skl=5 (дата звернення: 05.02.2024).

кодексу України в редакції від 16 липня 1999 р. визначалося: «Якщо через екстремальні ситуації особа не знала про те, що записана батьком дитини, і померла, позовну заяву можуть подати його дружина, батьки та діти як спадкоємці»¹.

Застосовуючи телеологічний спосіб тлумачення правових норм з метою аналізу змісту правового припису шляхом виявлення й розкриття цілей прийняття правової норми, що викладена в ч. 3 ст. 137 СК України, у співвідношенні з нею граматичної і логічної суті формулювань законодавця, що містяться в СК України, необхідно зазначити, що до набуття чинності СК України за сімейним законодавством України взагалі не допускалось оспорювання батьківства після смерті особи, записаної батьком дитини. Стаття 137 СК України передбачає вичерпний перелік підстав, коли допускається оспорювання батьківства після смерті особи, записаної батьком дитини.

У науці сімейного права це положення є прийнятним: «Із загального правила про недопустимість оспорювання батьківства після смерті особи, яка записана батьком дитини, стаття 137 встановлює лише три винятки. Оспорення батьківства після смерті того, хто записаний батьком, можливе в разі: 1) подання ним письмового заперечення свого батьківства до народження дитини; 2) подання ним за життя позову до суду про вилучення запису про нього як батька дитини; 3) відсутності в нього з поважних причин інформації про запис батьком дитини. Тобто за інших обставин ніхто не може оспорити чуже батьківство, навіть за наявності для цього вагомих доказів»².

Системний аналіз положень СК України щодо регулювання сімейних відносин з максимально можливим урахуванням інтересів дитини, щодо тісного зв'язку сімейних прав з особою і неможливості їх передання іншій особі, щодо

¹ Проект Сімейного кодексу України в редакції від 16 липня 1999 р. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?pf3516=4001&skl=4 (дата звернення: 06.02.2024).

² Ромовська З. В. Сімейний кодекс України : науково-практичний коментар. [3-тє вид., переробл. і допов.]. Київ : Правова єдність, 2009. С. 209–210.

оспорювання батьківства (оспорювання батьківства можливе лише після народження дитини і до досягнення нею повноліття) надає підстави для висновку, що неможливе оспорювання спадкоємцями того, хто записаний батьком дитини і помер до її народження його батьківства (за умови відсутності подання ним за життя до нотаріуса заяви про невизнання свого батьківства) на підставі ч. 3 ст. 137 СК України з одночасним доведенням того, що ця особа не знала або не могла знати про вагітність дружини, але в силу презумпції батьківства записана батьком дитини.

Вбачається, що суд не може застосовувати аналогію закону, якщо є відповідне правове регулювання суспільних відносин із застосуванням спеціального дозволеного типу правового регулювання, оскільки суд не може «перебирати» на себе повноваження законодавця, мотивуючи своє рішення навіть тим, що закон є несправедливим. Якщо обирати такий шлях правозастосування, то це руйнує «підвалини» правового регулювання суспільних відносин, призводить до втрати довіри до суду (суб'єктивно суддівським розсудом визначається «несправедливість» норми права), оскільки універсального сприйняття справедливості чи розумності не існує. Наприклад, у наведеному вище прикладі суд захистив право спадкоємців на оспорювання батьківства спадкодавця після його смерті, застосувавши аналогію закону, проте, на мій погляд, суд порушив основний принцип сімейного права — принцип регулювання сімейних відносин з максимально можливим урахуванням інтересів дитини, який й закладено в правових нормах, викладених в ст. 137 СК України, захистивши права спадкоємців, суд порушив сімейні права дитини, народженої в шлюбі, що є несправедливим та нерозумним. Наведений приклад демонструє, що за наявності закону, навіть, на думку когось, несправедливого, не можна говорити про наявність правової прогалини. Якщо в суспільстві є потреба в зміні закону, його удосконаленні, то в державі існує механізм реалізації правотворчої діяльності.

Варто зазначити, що Велика Палата Верховного Суду висунувала такий підхід до застосування аналогії закону: «Застосування закону за аналогією закону допускається, якщо: відносини, щодо яких виник спір, за своїм характером потребують цивільно-правового регулювання; ці відносини не регулюються будь-якими конкретними нормами права; вирішити спір, що виник, неможливо, ґрунтуючись на засадах і змісті законодавства; є закон, який регулює подібні відносини і який може бути застосований за аналогією закону»¹.

Вочевидь такий підхід правозастосовця не є беззаперечним, зважаючи на твердження, що «вирішити спір, що виник, неможливо, ґрунтуючись на засадах і змісті законодавства», оскільки застосування засад законодавства має місце при застосуванні аналогії права.

На більш активному застосуванні аналогії права в правозастосовній діяльності наполягають А. С. Довгерт, С. О. Погрібний, зазначаючи, що в нинішніх умовах, коли Конституцією України встановлено принцип верховенства права, а в ЦК України записано загальні засади цивільного законодавства включно з принципом справедливості, добросовісності, розумності, механізм аналогії права, незважаючи на справді гігантський масив актів законодавства, варто застосувати сміливіше. До нього можна звернутися навіть у тому разі, коли застосування передбаченої законодавством норми до певних цивільних відносин у нестандартній ситуації призводить до несправедливого та нерозумного результату².

Отже, у контексті оновлення (рекодифікації) цивільного законодавства України, ураховуючи закріплення на

¹ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 23 червня 2020 р., судова справа № 909/337/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/90359317> (дата звернення: 06.02.2024).

² Довгерт А. С., Погрібний С. О. Аналогія права. *Велика українська юридична енциклопедія : у 20 т. Т. 9 : Цивільне право* / редкол.: Н. С. Кузнецова (голова), О. В. Кохановська (заст. голови), А. Б. Гриняк (відп. секретар) та ін. ; Нац. акад. прав. наук України ; Ін-т держави і права ім. В. М. Корещького НАН України ; Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого ; Науково-дослідний інститут правотворчості та науково-правових експертиз НАПрН України. Харків : Право, 2023. С. 15.

законодавчому рівні звичаїв та договорів як регуляторів цивільних відносин, варто зазначити на необхідності удосконалення правової норми, яка регулює застосування аналогії закону в цивільному праві. У зв'язку з цим пропонується частину першу статті 8 ЦК України викласти в редакції: «Якщо цивільні відносини не врегульовані цим Кодексом, іншими актами цивільного законодавства, договором або звичаєм, зокрема звичаєм ділового обороту, вони регулюються тими правовими нормами цього Кодексу, інших актів цивільного законодавства, що регулюють подібні за змістом цивільні відносини (аналогія закону)».

Підсумовуючи, варто зазначити, що найбільш ефективним засобом подолання прогалин у цивільному та сімейному праві є правотворчість, аналогія закону та аналогія права є оперативними засобами подолання прогалин у цивільному та сімейному праві в процесі правозастосовної діяльності.

ОБНОВЛЕННЯ ОСНОВНИХ ПОЛОЖЕНЬ СЕРВІТУТНОГО ПРАВА УКРАЇНИ

Лічман Леонід Григорович

*кандидат юридичних наук, доцент,
заслужений юрист України,
провідний науковий співробітник відділу
науково-правових експертиз*

*Інституту правотворчості та науково-правових експертиз
Національної академії наук України*

Україну тривалий час відносили до так званої православної цивілізації, центром якої вважається російська федерація. Українці в абсолютній своїй більшості справедливо вважають себе європейцями і, природно, прагнуть до західної цивілізації або західного світу як сукупності культурних, політичних та економічних ознак, що об'єднує країни Європи, Америки та Океанії та виділяє їх на тлі інших держав світу¹. Характеризуючи західну цивілізацію, відомий британський історик, письменник, журналіст, професор історії Гарвардського університету Ніл Фергюсон зазначав, що це цілий комплекс, який охоплює: політичний плюралізм (численні держави, поділ влади), капіталізм, свободу думки, науковий метод, верховенство права і захист власності, демократію².

Послідовно рухаючись до західного світу, Україна у 1995 році прийняла Закон «Про приєднання України до Статуту Ради Європи»³, закріпила у ст. 1 Конституції України положення,

¹ Вікіцитати. URL: <https://uk.wikiquote.org/wiki> (дата звернення: 15.02.2024).

² Фергюсон, Ніл. Цивілізація. Як Захід став успішним / пер. Вячеслав Циба. Київ : Наш Формат, 2017. 488 с.

³ Закон України Про приєднання України до Статуту Ради Європи від 31.10.1995 р. № 398/95-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1995. № 38. Ст. 287.

відповідно до якого Україна є суверенна і незалежна, демократична, соціальна, правова держава, у 2006 році прийняла Закон України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини»¹, у 2014 році підписала Угоду про асоціацію з Європейським Союзом. Державою Україна за роки незалежності здійснені й інші важливі дії, спрямовані на набуття рівноправного статусу з країнами західної цивілізації.

Такий історичний вибір українського народу виправдав себе, особливо під час військової агресії з боку російської федерації, яка має на меті знищення України як незалежної, суверенної держави.

Зазначені конкретно-історичні обставини висувають перед українським суспільством, наукою і, зокрема, цивільним правом, низку завдань. Серед них важливе місце посідає питання рекодифікації (оновлення) цивільного законодавства з метою його удосконалення та приведення у відповідність (адаптації) до стандартів права Європейського Союзу і Ради Європи зі збереженням національних особливостей правового регулювання й правозастосування.

Академік Національної академії правових наук України Наталія Семенівна Кузнецова, формальна і неформальна лідерка української цивілістики, науковий координатор Робочої групи з підготовки законопроекту з рекодифікації (оновлення) цивільного законодавства України є одним із спів-авторів Концепції оновлення Цивільного кодексу України. Постійно генеруючи нові ідеї рекодифікації, проводячи значну організаційну й аналітичну роботу в цій царині сучасного приватного права, Н. С. Кузнецова під час експертного обговорення «Оновлення цивільного законодавства: досвід правозастосування», що відбулося в січні 2023 року в Касаційному

¹ Закон України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23.02.2006 р. № 3477-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2006. № 30. Ст. 260.

цивільному суді у складі Верховного Суду зазначила, що українською судовою практикою за ці двадцять років напрацьовано безцінний досвід застосування Цивільного кодексу. Тож, якщо у 1990-х роках ми лише вгадували майбутнє обличчя приватного права та ринкової економіки, то сьогодні вже маємо величезний масив правових позицій, зокрема, Касаційного цивільного суду у складі Верховного Суду та Великої Палати Верховного Суду, і можемо максимально врахувати їх під час оновлення Цивільного кодексу України та зміцнення його позицій як основного регулятора суспільних відносин¹.

Дійсно, немає нічого більш практичного за гарну теорію. Тому на основі цих суджень спробуємо дослідити проблемні питання правового регулювання та судового застосування сервітутного права України. Загальновідомо, що правове регулювання речових прав на чуже майно в Цивільному кодексі 2003 року (далі — ЦК) було однією з новел цивільного законодавства. Найбільш поширеним видом речового права на чуже майно, цілком очікувано стало право користування (сервітут). Нотаріальна, адвокатська і судова практики, навчальний процес у юридичних навчальних закладах потребували теоретичного обґрунтування правової природи речових прав на чуже майно, їх змісту, підстав встановлення (виникнення) і припинення тощо.

Серед наукових праць, присвячених речовому праву, потрібно назвати роботи учнів Н. С. Кузнецової, відомих науковців-цивілістів. Перший науково-практичний посібник «Речові права на чуже майно» написав у 2006 році В. В. Цюра², у 2017 році вийшла монографія Г. Г. Харченка «Речові права»³. У 2019 році був надрукований підручник

¹ Оновлення Цивільного кодексу має продовжити дерадянізацію законодавства та наблизити його до громадян. URL: <http://www.golos.com.ua/article/367734> (дата звернення: 15.02.2024).

² Цюра В. В. Речові права на чуже майно. Київ : КНТ, 2006.

³ Харченко Г. Г. Речові права : монографія. Київ : Алерта, 2017. 556 с.

Р. А. Майданика «Речове право»¹. Сервітути в Україні були предметом дисертаційного дослідження Г. В. Сосніної². Були й інші наукові розвідки українських вчених з питань сервітутного права.

Необхідно зазначити, що спори щодо права власності чи іншого речового права на нерухоме майно посідають значне місце в практиці Касаційного цивільного суду у складі Верховного Суду. Лише у 2022–2023 рр. цим судом було розглянуто 1409 і 1641 справу зазначеної категорії відповідно³.

ЦК України (ст. 401) передбачає два основні види сервітуту — земельний і особистий. До земельного сервітуту прирівнюється право користування іншим нерухомим майном (будівлями, спорудами тощо) (ч. 3 ст. 404 ЦК). До особистого сервітуту законодавець відніс право членів сім'ї власника житла, які проживають разом з ним, на користування цим житлом відповідно до закону (ст. 405 ЦК).

Будь-який сервітут може бути встановлений договором, законом, заповітом або рішенням суду, що впливає зі змісту ч. 1 ст. 402 ЦК. Виняток із цього правила становить вказаний особистий сервітут. Отже, ЦК встановив особистий сервітут на невизначений строк конкретно визначеній особі, підставою якого став юридичний склад з фактом набуття членства сім'ї власника житла і фактом проживання в цьому житлі члена сім'ї разом з власником житла за їхньою взаємною згодою (за власною волею). Такий фактичний склад стає підставою виникнення суб'єктивного права користування чужим житлом та суб'єктивного обов'язку власника не перешкоджати у здійсненні ним права користування, за наявності

¹ Майданик Р. А. Речове право : підручник. Київ : Алерта, 2019. 1102 с.

² Сосніна Г. В. Правове регулювання сервітутів в Україні : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Одеса, 2015. 200 с.

³ Підсумки роботи за 2023 рік Секретаріат Касаційного цивільного суду. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads/supreme/2024_prezent/Info_KCS_sekr_2023.pdf (дата звернення: 15.02.2024).

визначальної обставини, яка міститься в понятті користування чужим майном, яка є суттю цього правового інституту (ч. 1 ст. 401 ЦК). Йдеться про те, що член сім'ї не може задовольнити власну потребу в житлі в інший спосіб, тобто в майбутнього сервітуарія відсутнє інше житло на праві власності або іншого користування, відсутні доходи, які б надавали йому реальну можливість придбати його у власність або взяти в оренду. На підставі цього можна сформулювати норму права, відповідно до якої фізична особа, яка не може задовольнити власну потребу у житлі, будучи членом сім'ї власника житла, вселилася до цього житла за згодою його власника, набуває суб'єктивне права користування чужим житлом на невизначений строк, а у власника житла виникає суб'єктивний обов'язок не перешкоджати їй у здійсненні права користування. Відповідно до ч. 2 ст. 18 Закону України «Про охорону дитинства» діти — члени сім'ї наймача або власника жилого приміщення мають право користуватися займаним приміщенням нарівні з власником або наймачем.

Може виникнути питання про правове положення члена сім'ї власника житла, який не набув прав та обов'язків сервітуарія. Така особа, на нашу думку, користується житлом як тимчасовий мешканець, допоки йому це дозволяє власник житла.

Звернемося до судової практики розгляду справ про визнання колишніх членів сім'ї власника житла такими, які втратили право на житло, і виселення їх без надання іншого житлового приміщення, і інше позбавлення права на житло, яка, на перший погляд, з цього питання вже сформована.

У постанові Великої Палати Верховного Суду від 13 жовтня 2020 р. у справі № 447/455/17 сформульовано основні правові позиції з питання, що обговорюється. Вважаючи, що розірвання шлюбу та припинення сімейних відносин унеможливили користування житлом його власницею та малолітньою дитиною, яка залишилася проживати разом

із матір'ю і відповідачем, колишнім членом сім'ї власника житла, Велика Палата Верховного Суду зазначила, що у даному випадку спір виник між власником житлового будинку, яка є одночасно і його користувачем, та користувачем цього будинку з приводу користування вказаним житлом після припинення шлюбу з власником будинку. На думку суду, необхідно вирішити питання про співвідношення і застосування ст. 391, 395, 405, 406 ЦК України та ст. 64, 150, 156 ЖК УРСР. Велика Палата Верховного Суду звернула увагу, що ЖК УРСР був прийнятий 30 червня 1983 р. і не відображає всіх реалій сьогодення. ЦК України є кодифікованим актом законодавства, який прийнято пізніше в часі, тому темпоральна колізія вирішується саме на користь норм ЦК України, який у ст. 9 ЦК не визначив особливостей застосування норм ЦК України до житлових правовідносин у цілому. Отже, при розгляді питання про припинення права користування колишнього члена сім'ї власника житла, суди мають брати до уваги як формальні підстави, передбачені ст. 406 ЦК України, так і зважати на те, що сам факт припинення сімейних відносин із власником будинку (квартири) не позбавляє їх права користування займаним приміщенням, та вирішувати спір з урахуванням балансу інтересів обох сторін.

На нашу думку, для справедливого вирішення подібних спорів відповідно до вимог ст. 41 і ст. 47 Конституції України, ст. 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі — Конвенція) та ст. 1 Першого протоколу до Конвенції, практики Європейського суду з прав людини (далі — ЄСПЛ), викладеної у рішеннях ЄСПЛ, норм цивільного та житлового законодавства, які регулюють спірні правовідносини, суди мають керуватися принципом верховенства права і законності.

Перше. Суд має встановити, чи набув відповідач статусу члена сім'ї власника житла та чи припинилися між ним і власником житла сімейні відносини.

Друге. Суд має перевірити наявність правоприпиняючих юридичних фактів, а саме: такої підстави припинення сервітуту, як припинення обставини, яка була підставою для встановлення сервітуту (п. 4 ч. 1 ст. 406 ЦК), тобто наявність у сервітуарія іншого житла на праві власності або іншого користування, фактичне вибуття до іншого житла, доходів, які б надавали йому реальну можливість придбати житло у власність або взяти в оренду.

Третє. За позовом власника житла, у тому числі нового, про припинення сервітуту встановити наявність інших правоприпиняючих обставин, які мають істотне значення (ч. 2 ст. 406 ЦК). Наприклад, між сторонами спору склалися дуже неприязні відносини, які впливають на психологічний та моральний стан власника житла та неповнолітніх дітей; спільне користування житлом є неможливим через наявність однієї житлової кімнати, інших членів сім'ї власника житла; незначний строк проживання.

Четверте. Членів сім'ї власника жилого будинку (квартири) може бути виселено у випадках, передбачених частиною першою ст. 116 цього Кодексу. Виселення здійснюється в судовому порядку без надання іншого жилого приміщення. Якщо наймач, члени його сім'ї або інші особи, які проживають разом з ним, систематично руйнують чи псують жиле приміщення, або використовують його не за призначенням, або систематичним порушенням правил співжиття роблять неможливим для інших проживання з ними в одній квартирі чи в одному будинку, а заходи запобігання і громадського впливу виявилися безрезультатними, виселення винних на вимогу наймодавця або інших зацікавлених осіб здійснюється без надання іншого жилого приміщення (ст. 157 і ч. 1 ст. 116 ЖК). Така норма явно застаріла, тому що зазначені обставини є підставами для припинення сервітуту.

П'яте. Член сім'ї власника житла втрачає право на користування цим житлом у разі відсутності члена сім'ї без поважних

причин понад один рік, якщо інше не встановлено домовленістю між ним і власником житла або законом (ч. 2 ст. 405 ЦК). Якщо член сім'ї власника житла відсутній понад один рік, то очевидно, що сімейні відносини припинені. Тому в разі повернення такої особи до житла вона може бути позбавлена права користування у зв'язку з припиненням обставини, яка була підставою для встановлення сервітуту (п. 4 ч. 1 ст. 406 ЦК) або невикористання сервітуту протягом трьох років підряд (п. 5 ч. 1 ст. 406 ЦК). Отже, ця норма також застаріла і застосовується на практиці лише у зв'язку з невизначеністю правового статусу члена сім'ї власника житла.

Саме встановлення зазначених підстав з урахуванням конкретних обставин справи, які стосуються особи колишнього члена сім'ї власника житла, будуть правовою основою для виконання вимог ст. 1 Першого протоколу до Конвенції, а саме: чи буде виселення без надання іншого житлового приміщення або визнання особи такою, яка втратила право на житло колишнього члена сім'ї власника житла законним втручанням у право на мирне володіння майном; чи буде забезпечений «справедливий баланс» та пропорційність між загальним інтересом суспільства та вимогами захисту основоположних прав конкретної особи без покладення на неї індивідуального та надмірного тягаря.

Щодо земельного сервітуту і права користування іншим нерухомим майном (будівлями, спорудами тощо).

Касаційний цивільний суд у складі Верховного Суду забезпечує однакове застосування закону подібних правовідносин, застосовуючи ЦК, Земельний кодекс, Лісовий кодекс, інші кодекси і закони, що регулюють право земельного сервітуту.

Заслуговують на увагу правові позиції суду касаційної інстанції щодо умов та підстав встановлення земельного сервітуту. Касаційний цивільний суд послідовно зазначає: земельний сервітут може бути встановлено для задоволення потреб особи, яка вимагає його встановлення, які не можуть

бути задоволені іншим способом; при його встановленні має бути чітко визначено обсяг прав щодо користування особою чужим майном; сервітут повинен здійснюватися способом, найменш обтяжливим для власника земельної ділянки та не може призводити до позбавлення власника земельної ділянки прав володіння, користування та розпорядження нею (постанови від 13 грудня 2023 р. у справі № 522/357/20, від 16 січня 2019 р. у справі № 351/1146/16-ц та ін.); передумовою звернення до суду за встановленням сервітуту має бути доказ вчинення дій зацікавленою особою щодо встановлення сервітуту та недосягнення про це згоди із власником ділянки, щодо якої планується встановити сервітут. Якщо особа до звернення до суду не вчиняла дій щодо встановлення сервітуту за домовленістю сторін (зокрема, не звернулася до іншої сторони з пропозицією про укладення договору про встановлення сервітуту), то в суду немає підстав для задоволення відповідних вимог у зв'язку з відсутністю у позивача права вимагати встановлення сервітуту за рішенням суду (постанови від 12 квітня 2022 р. у справі № 306/612/20, від 12 червня 2019 р. у справі № 487/4106/14-ц, від 19 червня 2019 р. у справі № 925/603/18, від 17 жовтня 2019 р. у справі № 484/690/16-ц та від 27 листопада 2019 р. у справі № 751/8865/15-ц), умовою для встановлення сервітуту є збереження за власником (користувачем) можливості використання земельної ділянки за цільовим призначенням (постанова від 20 червня 2023 р. у справі № 468/836/21-ц); договір сервітуту з особою, яка не має права на його укладення у зв'язку з відсутністю в неї такої потреби, не може укладатися на майбутнє (постанова від 13 грудня 2023 р. у справі № 522/357/20).

Положення ч. 6 ст. 403 ЦК про те, що сервітут зберігає чинність у разі переходу до інших осіб права власності на майно, щодо якого він встановлений, з погляду Верховного Суду не поширюються на відносини щодо особистого сервітуту.

Така правова позиція підтримується і деякими вченими, які обґрунтовують її особливістю природи та підстав виникнення особистого сервітуту, яка не стільки пов'язана з цивільними правовідносинами, скільки зумовлена родинними зв'язками власника приміщення з членами його сім'ї¹. Право слідування в разі зміни власника поширюється, на нашу думку, і на особистий сервітут. Як ми уже доводили, не лише родинні, сімейні відносини породжують сервітутне право проживання, а й відсутність у сервітуарія іншого житла на праві власності або іншого користування, доходів, які б надавали йому реальну можливість придбати житло у власність або взяти в оренду. Така особа правомірно вважає це житлом своїм, не дбає про інше житло. Новий власник свідомо укладає такий правочин і тому зобов'язаний не порушувати право сервітуарія на користування чужим житлом. В оновленому ЦК ця суперечливість має бути усунута, оскільки і застосування категорій обтяження і обмеження, які викликали дискусію серед науковців, по-різному розуміються в судовій практиці.

Як уже зазначалося, правове регулювання сервітутних відносин, які за своєю природою є цивільними, здійснюється різними кодексами і законами. Основним актом цивільного законодавства України є Цивільний кодекс України (ч. 2 ст. 4 ЦК). Саме в нормах ЦК мають бути встановлені винятки, які передбачають інакше регулювання цивільних відносин іншими кодексами або законами. Неприпустимим потрібно визнати положення ст. 23 Лісового кодексу, в якій вказується, що положення Цивільного та Земельного кодексів України застосовуються до лісових сервітутів у частині, що не суперечить вимогам цього Кодексу.

¹ Харченко Г. Г. Речові права : монографія. Київ : Алерта, 2017. С. 82.

УДОСКОНАЛЕННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ДОГОВІРНИХ ВІДНОСИН ЗІ СТРАХУВАННЯ В УМОВАХ РЕКОДИФІКАЦІЇ ЦИВІЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ

Міловська Надія Василівна

*професор, доктор юридичних наук,
завідувач відділу дослідження проблем правотворчості та
адаптації законодавства України до права ЄС
Інституту правотворчості та науково-правових експертиз
Національної академії наук України*

Світова тенденція до уніфікації та гармонізації приватно-правового регулювання, формування найбільш оптимальних правових норм (рішень) для багатьох сфер приватноправових відносин і їх втілення в численних міжнародних документах з уніфікації приватного права слугує сьогодні вагомим чинником модернізації цивільних кодексів багатьох країн, у тому числі й України. Процес рекодифікації (оновлення) цивільного законодавства, який зумовлений низкою економічних, політичних і правових чинників, передбачає системне оновлення всіх книг Цивільного кодексу України 2003 року з урахуванням законодавчого досвіду європейських країн у цій сфері¹.

Моделі оптимальної регламентації для багатьох сфер приватноправових відносин сьогодні пропонуються численними директивами і регламентами ЄС, іншими актами, зокрема такими міжнародними документами, як: Принципи міжнародних комерційних контрактів УНІДРУА (Принципи UNIDROIT)

¹ Оновлення Цивільного кодексу України: формування підходів : колективна монографія / Виговський О. І. та ін. ; за ред. проф. А. С. Довгерта і проф. Є. О. Харитонова. Одеса : Видавничий дім «Гельветика», 2020. С. 10.

(у редакції 2016 р.); Принципи європейського контрактного права (Принципи Ландо, PECL — Principles of European Contract Law); Принципи, визначення та модельні правила Європейського приватного права, Проект Загальної системи координат 2009 року (DCFR — Draft Common Frame of Reference, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law) тощо¹.

В умовах рекодифікації цивільного законодавства в Україні² важливого значення набуває потреба в удосконаленні правового регулювання приватноправового сегменту відносин у сфері надання страхових послуг. Значний поштовх для цього дає судова практика вищих судових інстанцій, яка свідчить про непоодинокі випадки неоднакового застосування законодавчих приписів під час перегляду справ, пов'язаних зі сферою страхування. Це є підтвердженням недосконалості правової регламентації страхових відносин, визначення статусу учасників договірних зобов'язань зі страхування, що зумовлено передусім відсутністю єдиного розуміння страхової послуги, її видів, та інших проблем законодавства.

Серед значної кількості зобов'язальних правовідносин договір страхування, який є правовим засобом зменшення негативних наслідків настання випадкових обставин (знищення майна, зменшення працездатності чи смерті застрахованої особи, настання інших страхових випадків), посідає важливе місце в системі договорів про надання послуг, що обумовлено тенденціями розвитку ринку страхових послуг.

На сьогодні правове регулювання страхових відносин здійснюється гл. 67 ЦК України, § 2 гл. 35 ГК України, Законом України «Про страхування»³, іншими нормативно-правовими

¹ Довгерт А. С. Рекодифікація Цивільного кодексу України: основні чинники і передумови для старту. *Право України*. 2019. № 1. С. 27–41.

² Концепція оновлення Цивільного кодексу України. Київ : Видавничий дім «АртЕк», 2020. 128 с.

³ Закон України «Про страхування» від 7 березня 1996 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 18. Ст. 78.

актами, правилами окремих видів страхування, не всі норми яких є взаємоузгодженими. Крім того, гл. 63 ЦК України об'єднані загальні положення про договори з надання послуг, які застосовуються до різних видів договорів страхування субсидіарно, тобто тільки в тому разі, якщо спеціальними правилами про ці договори не встановлено інше.

Відповідно до ч. 1 ст. 979 ЦК України за договором страхування одна сторона (страховик) зобов'язується в разі настання певної події (страхового випадку) виплатити другій стороні (страхувальникові) або іншій особі, визначеній у договорі, грошову суму (страхову виплату), а страхувальник зобов'язується сплачувати страхові платежі та виконувати інші умови договору. З погляду загальної характеристики цивільно-правових зобов'язань договір страхування належить до двосторонніх, взаємних, оплатних, строкових, диспозитивно реальних, алеаторних (ризикових) договорів.

Система договорів страхування є складовою частиною більш широкої системи договорів про надання послуг, яка характеризується властивими їй родовими ознаками. Наявність родових ознак надає змогу застосовувати до договірних відносин зі страхування норми загальних положень про послуги ЦК України. Водночас система договорів страхування складається з елементів нижчого рівня (видів, підвидів договорів), кожен з яких, маючи загальні ознаки договору страхування, характеризується специфікою, що обумовлює необхідність їх особливого правового регулювання. Так, у межах договірного підтипу із надання страхових послуг, відповідно до характеру страхових послуг і сфери їх надання, можна визначити такі види договорів страхування: а) договори особистого страхування; б) договори майнового страхування; в) договори страхування відповідальності; г) договори перестраховання; д) договори співстрахування. Крім того, критеріями для класифікації договорів страхування є: а) спосіб визначення розміру страхової виплати (страхового відшкодування): договори страхування

збитків; договори страхування сум; б) наявність накопичувальної ознаки: договори накопичувально-ризикового страхування; договори ризикового страхування; в) спрямованість дії: прямі договори страхування; комбіновані договори страхування; г) форма страхування: договори добровільного страхування; договори обов'язкового страхування. Така систематизація договорів страхування, на нашу думку, є виправданою і надасть можливість моделювання правового регулювання договірних відносин із надання страхових послуг у ЦК України та Законі України «Про страхування».

Спільними ознаками, які об'єднують усі договірні зобов'язання зі страхування в один підтип договорів, що опосередковують надання страхових послуг у межах типу договорів про надання послуг, є: а) наявність в особи інтересу, який підлягає страховому захисту; б) страховий захист майнових інтересів особи становить страхову послугу як предмет договору страхування; в) надання страхового захисту здійснюється на випадок настання подій, які характеризуються ознаками ймовірності та випадковості; г) збіг у часі надання страхової послуги та її споживання; д) платність страхової послуги; е) наявність спеціально сформованих грошових фондів, якими і забезпечується страховий захист майнових інтересів.

Важливо зазначити, що в основу удосконалення правового регулювання договірних відносин із надання страхових послуг має бути покладено концепцію цивільно-правової природи договору страхування при укладенні його як у добровільному порядку на підставі вільного волевиявлення сторін із метою захисту приватних інтересів, так і при використанні його як засобу реалізації публічного обов'язку, тобто незважаючи на примусовий характер укладення договорів обов'язкового страхування та стандартизації їх умов. При цьому публічний інтерес у сфері договірних відносин зі страхування має стосуватися лише необхідності забезпечення фінансової стійкості та платоспроможності страховиків із метою забезпечення належного

виконання взятих ними на себе зобов'язань щодо здійснення страхової виплати (страхового відшкодування) у разі настання страхового випадку, а також створення підвищених гарантій захисту для тих осіб, які внаслідок об'єктивних обставин піддаються підвищеному ризику, та поширення страхового захисту на всі випадки можливого порушення суспільних інтересів шляхом гарантованості отримання страхової виплати (страхового відшкодування).

На законодавчому рівні має бути передбачено й саме визначення страхової послуги, що зумовлює потребу в узгодженні вітчизняних і міжнародних нормативно-правових актів, що регулюють сферу страхування, насамперед це стосується ЦК України та Закону України «Про страхування»¹, що не містить визначення поняття та наведеного в Угоді про асоціацію між Україною, з одного боку, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами — з іншого, а також Додатку щодо фінансових послуг до Генеральної угоди про торгівлю послугами (GATS)², переліку страхових послуг, серед яких: 1) пряме страхування (у тому числі спільне страхування): життя; не пов'язане зі страхуванням життя; 2) перестраховування; 3) страхове посередництво — таке, як брокерське та агентське; 4) допоміжні послуги щодо страхування (консультаційні, актуарні, оцінка ризику, послуги щодо врегулювання претензій (збитків)), що забезпечують якісне та гарантоване надання страхового захисту і певною мірою обслуговують цей процес. Власне, зважаючи на те що правове значення має сам процес надання послуги (страхового захисту), який починається з моменту набуття договором страхування чинності, а не лише її результат

¹ Про страхування : Закон України від 07.03.1996. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 18. Ст. 78.

² Генеральна угода про торгівлю послугами від 15.04.1994. // База даних «Законодавство України» / Верховна Рада України. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/981_017/page2 (дата звернення: 25.02.2024).

(здійснення страхової виплати (страхового відшкодування)), під страховою послугою доцільно розуміти сукупність дій страховика щодо надання страхового захисту майнових інтересів фізичних та юридичних осіб шляхом прийняття на страхування ризику в межах страхової суми та здійснення страхової виплати (страхового відшкодування) у разі настання певних подій (страхових випадків), визначених договором страхування.

В умовах розширення як пропозицій на ринку страхових послуг, так і збільшення кількості реально укладених договорів страхування, постає питання про належну якість страхових послуг, що надаються. Якість страхової послуги характеризується наявністю в ній тих властивостей, які здатні задовольнити потреби фізичних та юридичних осіб у захисті їхніх майнових інтересів. Оскільки споживання корисних властивостей страхової послуги відбувається ще до настання страхового випадку, критеріями якості страхових послуг до настання страхового випадку доцільно розглядати: надійність, авторитетність страховика, що базуються на його фінансовій стабільності, відповідність страхового покриття потребам споживача, відповідність вартості страхової послуги сукупності ризиків, прийнятих на страхування. Критеріями ж якості страхових послуг після настання страхового випадку необхідно вважати здійснення страхової виплати (страхового відшкодування) страховиком в необхідному розмірі та в належний строк. При цьому, якщо страховик обґрунтовано відмовив у здійсненні страхової виплати з підстав, передбачених ст. 991 ЦК України, то послуга вважається якісною, оскільки задоволення потреби споживача в отриманні страхової виплати (страхового відшкодування) у даному випадку є неможливим у зв'язку зі вказівкою чинного законодавства або згідно з умовами договору.

Важливо зазначити, що за міжнародними нормами, якість обов'язково має бути не нижче середнього рівня, оскільки, виходячи зі змісту Принципів європейського договірного права, якість визначається в договорі, але сторона, у крайньому разі,

має дотримуватися середньої якості¹. При цьому найважливішим показником якості послуги є безпека². Світова практика управління якістю передбачає, що послуги за нормальних умов їх використання або інших умов, які надавач послуги зобов'язаний передбачити, повинні забезпечити рівень безпеки і не завдавати шкоди здоров'ю людей³.

У цьому контексті необхідно вказати на те, що Директивою 2019/770 про деякі аспекти договорів поставки цифрового контенту та цифрових послуг, прийнятою 20 травня 2019 р., процес імплементації якої припадає на рекодифікацію вітчизняного цивільного законодавства, значну увагу приділено відповідності (conformity) як одному із ключових питань у сучасному договірному праві⁴. Водночас об'єктивним критерієм відповідності послуг європейський законодавець вважає придатність для мети, для якої послуга звичайно використовується, з урахуванням вимог законодавства ЄС, національного законодавства, технічних стандартів або, за їх відсутності, галузевих кодексів поведінки, а також відповідності якісним вимогам, у тому числі функціональності та безпеки, на які споживач може обґрунтовано очікувати.

Аналіз положень Директиви 2019/770 про деякі аспекти договорів поставки цифрового контенту та цифрових послуг від 20 травня 2019 р. вказує на те, що основними новелами законодавства ЄС у сфері об'єктивних критеріїв відповідності послуг є закріплення оцінного поняття «обґрунтовані

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

² Human security in the context of globalization: modern legal paradigm [monograph] / Under the general editorship Iryna Sopilko. Slovak Republic, Podhajska : Vyshodoeuropaska agentura pre rozvoj, n.o. Eastern European Development agency n.o., 2017. P. 200.

³ Федорченко Н. В. Інноваційний підхід в рекодифікації відносин з надання послуг в контексті європейського приватного права. *На шляху до європейського приватного права* : зб. матеріалів XI Міжнародного цивільно-правового форуму. Київ : Київський регіональний центр НАПрН України, 2021. С. 134.

⁴ Schulze R. Supply of digital content — a new challenge for european contract law. *European contract law and the digital single market — the implications of the digital revolution* / ed by A. D. Franceschi. Intersentia, 2016. P. 127–144.

очікування» (reasonably expect) споживача як однієї з вимог об'єктивної відповідності. При цьому важливо, що критерієм визначення «обґрунтованого очікування» є не суб'єктивне сподівання певного споживача, а те, що підлягає об'єктивному встановленню, урахуовуючи предмет договору та звичаї ділового обороту¹.

Щодо забезпечення належної якості послуг, важливими є й положення ст. IV.C.-2:105 DCFR², відповідно до якої виконавець зобов'язаний надати послугу: (а) з турботливістю та професіоналізмом; (b) відповідно до закону або інших обов'язкових правових норм, що застосовуються при наданні послуги. Водночас при визначенні того, на який ступінь дбайливості та професіоналізму має право очікувати замовник, також повинні враховуватися: (а) природа, величина, частота та передбачуваність ризиків, що можуть виникнути при наданні послуги замовнику; (b) у разі заподіяння шкоди — вартість витрат, пов'язаних із вживання заходів, які могли б запобігти цій або подібній шкоді тощо.

Зважаючи на викладене вище, вбачається за доцільне внесення в гл. 63 «Послуги. Загальні положення» ЦК України окремої статті про якість послуги, яка має відповідати умовам договору про надання послуг, обов'язковим вимогам, передбаченим законом, або ж вимогам, що звичайно висуваються до таких послуг.

Свого легального визначення потребує й поняття споживача страхових послуг, чому певною мірою сприяло прийняття Кабінетом Міністрів України Концепції захисту прав споживачів небанківських фінансових послуг³, а також питання

¹ Staudenmayer D. The Directives on digital contracts: first steps towards the private law of the digital economy. *European review of private law*. 2020. Vol. 28, iss. 2. P. 239.

² Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of reference (DCFR). Full Edition. Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group) / ed. by Christian von Bar and Eric Clive. Vol. I—VI. Munich, 2009.

³ Про схвалення Концепції захисту прав споживачів небанківських фінансових послуг в Україні : Розпорядження КМУ від 3 вересня 2009 р. № 1026-р. *Офіційний вісник України*. 2009. № 69. С. 30.

щодо встановлення можливості застосування до договірних відносин зі страхування за участю фізичної особи як споживача положень Закону України «Про захист прав споживачів» у частині, не врегульованій спеціальним законом.

Важливо зазначити, що, як впливає із Закону України «Про захист прав споживачів», споживачем страхових послуг може бути не тільки фізична особа, яка набуває або замовляє послугу для особистих потреб, а й та фізична особа, яка використовує таку послугу для цих цілей (зокрема, застрахована особа, вигодонабувач). Тому споживачем страхових послуг доцільно вважати не лише дієздатну фізичну особу, яка укладає зі страховиком договір страхування, а також фізичну особу, в інтересах та на користь якої укладено договір страхування та яка отримує страхову послугу, необхідну для задоволення особистих потреб, безпосередньо не пов'язаних з підприємницькою діяльністю цієї фізичної особи або виконанням нею обов'язків найманого працівника.

Непрофесійний статус споживача страхових послуг та асиметрія сторін договору страхування визначають потребу в додатковому механізмі захисту цієї категорії страхувальників. Так, сьогодні на практиці поширюється «продаж страхових полісів», у яких усі умови договору страхування передбачені в односторонньому порядку страховиком, так звані стандартні форми договору (страхового полісу) з окремих видів страхування. Придбавши такий поліс, страхувальник погоджується із запропонованими умовами і не може запропонувати свої умови договору¹. У цьому контексті необхідно зазначити, що законодавство ЄС, також визнаючи договір страхування різновидом договору приєднання, водночас захищає споживачів від невігідних умов страхового договору. Так, Директива № 93/13 права Європейського Союзу від 5 квітня 1993 р.

¹ Харитонов Є. О., Харитонova О. І., Старцев О. В. Цивільне право України. Вид. 3-тє, переробл. і допов. Київ : Істина, 2011. С. 380.

щодо несправедливих умов споживчих договорів¹ встановлює, що «несправедливі» умови договору, укладеного між поставальником послуг і споживачем, не можуть бути примусово виконані щодо споживача (наприклад, через суд), за умови, що такі «несправедливі умови» не були належним чином погоджені сторонами в ході індивідуальних переговорів.

Статтею II.-9:410 DCFR також передбачені положення, що визначають умови, які вважаються несправедливими в договорах між підприємцем і споживачем. Так, умова договору між підприємцем і споживачем вважається несправедливою, якщо вона: (а) виключає або обмежує відповідальність підприємця за шкоду, заподіяну життю чи здоров'ю споживача діями або бездіяльністю підприємця; (b) неналежним чином виключає або обмежує засоби захисту, доступні споживачеві щодо підприємця або третьої особи у разі невиконання підприємцем зобов'язань за договором; (c) пов'язує споживача обов'язком, умови виконання якого залежать виключно від намірів підприємця.

Важливо зазначити, що споживчі договори у сфері надання послуг, які укладаються на стандартних умовах, є пріоритетною сферою застосування принципу *contra proferentem* (від лат. *verba fortius accipiuntur contra proferentem* — слова в договорі слід тлумачити проти того, хто їх написав), який застосовується для тлумачення змісту договору на користь споживача. Так, вважається, що оскільки стандартні умови споживчих договорів визначаються однією зі сторін договору, то вони не є результатом переговорів і в їх змісті не відображається реальна воля контрагентів. Тому при тлумаченні стандартних умов для забезпечення справедливості змісту договору та добросовісності поведінки сторін на майбутнє необхідним є використання спеціальних правил *contra proferentem*².

¹ Директива Ради 93/13/ЄЕС від 05 квітня 1993 р. «Щодо несправедливих умов споживчих договорів». URL: <http://old.minjust.gov.ua/45878> (дата звернення: 25.02.2024).

² Zimmermann R. *The Law of Obligation. Roman Foundation of the Civilian Tradition*. N. Y., 1996. P. 641.

Якщо умови договору формуються одним із контрагентів, то він повинен нести відповідальність за негативні наслідки, які викликані їх неясністю. Такою стороною є, зокрема, компанія-професіонал у відповідній сфері послуг (такій, як страхування, банківська діяльність, юридичні послуги, перевезення, зберігання тощо). У зазначених випадках саме розробник договірної умови фактично одноосібно контролює її зміст і може спеціально використовувати незрозумілий текст договірних умов, щоб ускладнити для деяких категорій контрагентів (насамперед споживачів) їх розуміння. Тому праву однієї зі сторін визначати умови договору про надання послуг має відповідати обов'язок забезпечувати зрозумілість таких умов. У зв'язку з цим застосування правила *contra proferentem* у такому випадку є справедливим та обґрунтованим, що дає змогу захистити права слабшої сторони договору¹.

Принцип *contra proferentem* закріплений у міжнародних актах, зокрема, відповідно до ст. 4.6 Принципів УНІДРУА, ст. II-8:103 DCFR, ст. 5:103 Принципів Європейського договірного права, у разі сумніву щодо значення спеціально неузгодженої умови договору перевага надається тлумаченню, яке протилежне інтересам сторони, яка її запропонувала². У деяких країнах запровадження принципу *contra proferentem* пов'язано з імплементацією в їх національне законодавство Директиви ЄС 93/13/ЄЕС «Про несправедливі умови споживчих договорів». Водночас у ст. 1. 288 ЦК Іспанії, ст. 915 Загального цивільного уложення Австрії, п. 2 § 305с Німецького цивільного уложення, ст. 1370 ЦК Італії, ст. 1602 ЦК Бельгії такий принцип був закріплений ще до прийняття Директиви ЄС 93/13/ЄЕС.

¹ Процьків Н., Никифорак В. Використання принципу *Contra Proferentem* у правозастосовній практиці. *Підприємництво, господарство і право*. 2021. № 3. С. 52.

² Міловська Н. В. Удосконалення механізмів регулювання договірних відносин з надання послуг в умовах рекодифікації Цивільного кодексу України. *Рекодифікація цивільного законодавства України: виклики часу* : монографія / за заг. ред. Н. С. Кузнецової. 2-ге вид. Одеса : Видавничий дім «Гельветика», 2022. С. 431.

Європейський суд з прав людини, зокрема, у справі «Воловік проти України» також зазначив, що національні суди мають вибирати способи такого тлумачення, які зазвичай можуть включати акти законодавства, відповідну практику, наукові дослідження тощо¹. Тому суд з метою встановлення дійсного волевиявлення контрагентів за договором застосовує різні методи тлумачення договору, зокрема принцип *contra proferentem*, який являє собою тлумачення спірної чи суперечливої умови договору на користь контрагента сторони, яка склала договір. Важливість цього принципу підтверджується й практикою Верховного Суду². Деякі позиції принципу *contra proferentem* були підтримані Верховним Судом у постанові Касаційного цивільного суду у складі Верховного Суду від 18 квітня 2018 р. у справі № 753/11000/14-ц та постанові Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду від 02 травня 2018 р. у справі № 910/16011/17.

Отже, застосування принципу *contra proferentem* у договірних відносинах із надання послуг є ефективним інструментом забезпечення справедливості й добросовісності при вирішенні спорів, пов'язаних із тлумаченням відповідних договорів, і стимулюванні учасників договірного процесу до належної поведінки. У зв'язку з цим вбачається, що закріплення зазначеного принципу в оновленому ЦК України з більш детальним його описом є оптимальним і найбільш надійним шляхом для його подальшого розвитку³.

¹ Volovik v. Ukraine, App. № 15123/03, 06.12.2007. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_336#Text (дата звернення: 25.02.2024).

² Постанова Верховного Суду у складі Об'єднаної Палати Касаційного цивільного суду в рамках справи № 756/1381/17-ц, провадження № 61-30637/18 від 25 березня 2020 р. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/88460776> (дата звернення: 25.02.2024).

³ Міловська Н. В. Удосконалення механізмів регулювання договірних відносин з надання послуг в умовах рекодифікації Цивільного кодексу України. *Рекодифікація цивільного законодавства України: виклики часу* : монографія / за заг. ред. Н. С. Кузнецової. 2-ге вид. Одеса : Видавничий дім «Тельветика», 2022. С. 432.

У контексті обов'язкової наявності в страхувальника як сторони договору страхування страхового інтересу в захисті своїх правомірних майнових інтересів на випадок можливого настання страхової події, що проявляється у: а) зацікавленості в збереженні об'єкта страхової охорони — життя, здоров'я, працездатності, майна, цивільної відповідальності; б) зацікавленості в ненастанні страхового випадку, а саме в тому, щоб у майбутньому не виникли витрати, пов'язані з відшкодуванням шкоди, заподіяної життю, здоров'ю, майну страхувальника, застрахованій особі або третій особі за договором страхування відповідальності; в) здійсненні активних дій, спрямованих на отримання в майбутньому грошової компенсації для покриття випадкових витрат, шляхом укладення договору страхування, вбачається доцільним внесення змін до ч. 1 ст. 3 Закону України «Про страхування» із вказівкою на те, що страхувальниками визнаються дієздатні фізичні та юридичні особи, які наділені страховим інтересом у захисті своїх правомірних майнових інтересів на випадок можливого настання страхового випадку та уклали зі страховиками договори страхування або є страхувальниками відповідно до законодавства України. При цьому з урахуванням значної ролі страхового інтересу у виникненні та існуванні договірних відносин зі страхування необхідним є також передбачення на законодавчому рівні втрати страхового інтересу страхувальника (застрахованої особи) як однієї із підстав припинення договору особистого страхування та страхування цивільної відповідальності, за якими не передбачається можливості передання страхового захисту іншій особі. Водночас припинення існування страхового інтересу страхувальника за договором майнового страхування не може бути підставою для припинення дії відповідного договору¹.

¹ Міловська Н. В. Договірні зобов'язання зі страхування у цивільному праві України: проблеми теорії та практики : монографія. Київ : НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2019. С. 414.

Важливим також питанням, яке потребує уваги з боку як науковців, так і законодавця, є питання врегулювання правового статусу інших учасників страхових відносин (вигодонабувачів; застрахованих осіб; страхових посередників; страхових актуаріїв тощо), участь яких у страхових правовідносинах залежить від волевиявлення страховика та/або страхувальника, або є наслідком дії положень чинного законодавства України. Так, спираючись на аналіз питання про правовий статус інших учасників договірних зобов'язань зі страхування, необхідно звернути увагу на те, що норми чинного законодавства України (ст. 985 ЦК України, ст. 16 Закону України «Про страхування»), які визначають, що вигодонабувачем за договором страхування може бути лише особа, яка визначена в договорі страхування, при страхуванні цивільної відповідальності є неприйнятними, адже при страхуванні відповідальності виникає особлива конструкція договору на користь третьої особи, яка невідома в момент укладання договору страхування, оскільки не може бути відомо заздалегідь, кому саме буде заподіяно шкоду страхувальником або особою, відповідальність якої застрахована.

Крім того, якщо в договорах особистого та майнового страхування вигодонабувач бере участь не в кожному договорі страхування, а лише в тому, у якому страхувальник цього захоче, то в договірних зобов'язаннях зі страхування цивільної відповідальності участь вигодонабувача, причому незалежно від волі страхувальника, є обов'язковою, оскільки становить необхідну умову існування самого страхового правовідношення. З урахуванням цього вигодонабувачем за договором страхування доречно вважати призначену страхувальником (у випадку особистого страхування чи страхування майна) або невідому заздалегідь (у випадку страхування цивільної відповідальності) третю особу — фізичну або юридичну особу, яка не є стороною договору страхування, однак на користь якої укладається договір і яка має право на отримання страхової виплати (страхового відшкодування) у разі настання страхового

випадку, визначеного в договорі страхування між страховиком і страхувальником¹. У зв'язку з цим необхідним є доповнення ст. 3 Закону України «Про страхування» положенням про те, що договір страхування цивільної відповідальності вважається укладеним на користь фізичних або юридичних осіб (вигодонабувачів), яким може бути заподіяна шкода страхувальником або особою, відповідальність якої застрахована в результаті настання страхового випадку, і яким здійснюється виплата страхового відшкодування страховиком.

Відповідного оновлення потребує й законодавче визначення поняття страхового ризику як передумови виникнення страхових праводносин, а також поняття страхового випадку як реалізованого страхового ризику. Так, згідно з ч. 1 ст. 8 Закону України «Про страхування» страховий ризик — це певна подія, на випадок якої проводиться страхування і яка має ознаки ймовірності та випадковості настання. Власне, фактор ризику і необхідність захисту від його наслідків викликають потребу в страхуванні. М. М. Великанова зазначає, що ризику притаманні як об'єктивні, так і суб'єктивні ознаки. До об'єктивних належить результат (наслідок дії, події) та ймовірний характер настання такого результату (наслідку), невизначеність, до суб'єктивних — усвідомлення факторів ризику, визначення ступеня ймовірності та рівня ризику, передбачення можливих результатів своєї діяльності та вибір варіанта поведінки в конкретній ситуації². Саме наявність страхового ризику визначає можливість укладання договору страхування і, отже, існування страхових праводносин, які виникли на основі цього договору³.

¹ Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження Тимчасового положення про товариство взаємного страхування» від 01 лютого 1997 р. № 132. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/132-97-%D0%BF> (дата звернення: 25.02.2024).

² Великанова М. М. Поняття та структурні елементи ризику: цивільно-правовий аспект. *Університетські наукові записки*. 2017. № 3. С. 83 ; Великанова М. М. Ризики в цивільному праві : монографія. Київ : Алерта, 2019. С. 126–127.

³ Міловська Н. В. Договірні зобов'язання зі страхування у цивільному праві України: проблеми теорії та практики : монографія. Київ : НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2019. С. 165.

Зважаючи на те що для здійснення страховиком обов'язку зі страхової виплати (страхового відшкодування), необхідним є не лише настання події, на випадок якої здійснюється страхування і яка характеризується випадковістю і ймовірністю настання, а й наявність несприятливих наслідків від настання передбаченої договором страхування події та безпосереднього причинного зв'язку між подією та несприятливими наслідками, доцільною є вказівка на юридичну значущість для страхування таких трьох складових елементів страхового ризику, а отже, і страхового випадку як реалізованого страхового ризику: 1) подія, на випадок якої здійснюється страхування і яка характеризується випадковістю та ймовірністю настання; 2) несприятливі наслідки від настання передбаченої договором страхування події; 3) безпосередній причинний зв'язок між подією та несприятливими наслідками.

Отже, ототожнення події, на випадок настання якої здійснюється страхування, лише з небезпекою без урахування заподіяної шкоди спотворює сенс страхування як захисту майнового інтересу і суперечить принципу компенсації. Адже сама по собі подія, якщо вона ще не заподіяла шкоду, не порушує страхового інтересу. У зв'язку з цим під поняттям страхового ризику доцільно вважати ймовірну та випадкову подію, на випадок настання негативних наслідків якої здійснюється страхування.

Своєю чергою, під страховим випадком за договором страхування також необхідно розуміти не просто обумовлену договором подію, яка відбулася і з настанням якої виникає обов'язок страховика здійснити страхову виплату, а випадкове заподіяння прямої шкоди життю, здоров'ю, майну страхувальника (застрахованої особи) (у випадку особистого та майнового страхування) або життю, здоров'ю, майну третіх осіб (у випадку страхування цивільної відповідальності) внаслідок настання обумовленої договором події під час дії договору страхування, унаслідок чого виникає обов'язок страховика здійснити страхову виплату (страхове відшкодування). При цьому доцільним

є закріплення на законодавчому рівні положення про те, що моментом настання страхового випадку є момент, коли небезпека, від якої здійснюється страхування, почала завдавати шкоди, однак, якщо встановлений факт заподіяння шкоди, але момент її завдання не може бути встановлений (коли шкода може виявлятися не одночасно з її заподіянням), доречним є використання презумпції настання страхового випадку в момент виявлення шкоди.

Одним з основних джерел, яким потрібно керуватися під час реформування положень ЦК України про договори надання послуг, у тому числі й договори страхування, можна вважати норми, які містяться в Книзі IV «Договори, права та обов'язки, що слідують з них» DCFR¹, що були підготовлені двома робочими групами під егідою Європейської комісії та становлять академічну працю, в якій синтезовано та систематизовано принципи, дефініції та модельні правила європейського приватного права.

Важливо також зазначити, що в Концепції оновлення Цивільного кодексу України мова йде про необхідність значного розширення обсягу нормативного регулювання й переддоговірних відносин, у тому числі й у сфері надання послуг. Автори Концепції зазначають доцільність урахування положення DCFR, у яких досить детально регламентуються інформаційні права та обов'язки учасників переддоговірного процесу (зокрема, ст. II.-3:101, II.-3:103, II.-3:104, II.-3:106, II.-3:107, II.-3:108, II.-3:109); а також положення, присвячені самій процедурі ведення переговорів: дотримання принципу добросовісності під час ведення переговорів, дотримання принципу конфіденційності, а також встановлення відповідальності за порушення умов ведення переговорів². Крім того, у § 5.27

¹ Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition. URL: <https://sakig.pl/wp-content/uploads/2019/01/dcfcr.pdf> 121_(дата звернення: 25.02.2024).

² Концепція оновлення Цивільного кодексу України. Київ : Видавничий дім «АртЕк», 2020. С. 47.

Концепції оновлення Цивільного кодексу України вказується на необхідність об'єктивізації інституту переддоговірної відповідальності з огляду на потребу в імплементації до ЦК України норм, які передбачали б відповідальність недобросовісного учасника на стадії до вступу в договірні правовідносини. Крім приписів DCFR, тут згадуються й положення Цивільного кодексу Франції¹ як вдалого прикладу унормування відповідальності за збитки, завдані іншим учасникам своїми винними діями на будь-якій стадії переговорів².

Структурно інститути переддоговірних відносин та переддоговірної відповідальності у DCFR досить детально закріплюються на рівні глави 3 «Маркетинг та переддоговірні обов'язки» Книги II «Договори та інші юридичні акти» цього документа. Серед таких зобов'язань, закріплених у DCFR, дослідниками розрізняється чотири ключові, три з яких визначаються як загальні або основні переддоговірні обов'язки (“general precontractual duties”), пов'язані із добросовісністю (“good faith”), законними очікуваннями (“legitimate expectations”) та веденням переговорів й окремим блоком — інформаційні обов'язки³.

Найважливішими для потреб оновлення положень ЦК України в частині запровадження інституту переддоговірних відносин, на нашу думку, є саме встановлення основних переддоговірних обов'язків, проте варто зосередитись і на інформаційних зобов'язаннях учасників переговорів, що лише частково відображені в чинному законодавстві України в аспекті захисту прав споживачів. Перший розділ глави 3 цілком присвячено інформаційним обов'язкам сторін у переддоговірних відносинах, а другий розділ — обов'язку запобігти помилкам

¹ French Civil Code. URL: <https://www.fd.ulisboa.pt/wpcontent/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Frances-French-Civil-Codeenglish-version.pdf> (дата звернення: 25.02.2024).

² Концепція оновлення Цивільного кодексу України. Київ : Видавничий дім «АртЕк», 2020. С. 45.

³ Twigg-Flesner C. Pre-contractual duties — from the Acquis to the Common Frame of Reference. Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law / ed. by R. Schulze. Munich : Sellier ELP, 2008. P. 3.

цифрового введення при укладенні договору за допомогою електронних засобів і прийняти факт замовлення (підтвердження укладення договору) з боку іншої сторони¹.

Для належного врегулювання переддоговірних відносин безпосередньо у сфері надання послуг, у тому числі й страхових, важливе значення мають й положення ст. IV.C.-2:102 DCFR, відповідно до якої до укладення договору про надання послуг виконавець зобов'язаний попередити замовника про відомий виконавцю ризик того, що необхідна послуга: може не забезпечити результату, на який вказує або який має намір отримати замовник; може завдати шкоди іншим інтересам замовника; або може вимагати більше витрат чи часу, ніж того очікує замовник. Своєю чергою, замовник зобов'язаний до укладення договору попередити виконавця про відомі йому обставини, які не є звичайними, якщо вони можуть призвести до збільшення вартості послуги або збільшення часу, необхідного для її надання, порівняно з тим, що очікує виконавець, або можуть загрожувати інтересам виконавця чи інших осіб під час надання послуги.

Велике значення сьогодні має переосмислення підходів до форми договору. Актуальності це питання набуває й унаслідок поширення практики вчинення електронних правочинів і необхідності спрощення самої процедури укладення договору через брак часу, недоцільність використання письмової форми договорів для контрагентів, які мають багаторічну ефективну ділову практику. Положення оновленого ЦК України щодо правочинів мають забезпечувати повноцінне функціонування відносин у сфері електронної комерції, смартконтрактів, веббанкінгу та враховувати сучасні тренди цифрової економіки.

¹ Міловська Н. В. Удосконалення механізмів регулювання договірних відносин з надання послуг в умовах рекодифікації Цивільного кодексу України. *Рекодифікація цивільного законодавства України: виклики часу* : монографія / за заг. ред. Н. С. Кузнецової. 2-ге вид. Одеса : Видавничий дім «Гельветика», 2022. С. 429.

У ЦК України доречним є відображення особливих вимог до укладення договору, у тому числі договору про надання страхових послуг, за допомогою електронних засобів, без особистої комунікації¹, передбачених ст. II.–3:105 DCFR², згідно з якою за таких умов на суб'єкта підприємницької діяльності покладаються зобов'язання надати іншій стороні до моменту надсилання нею оферти або її акцептування, інформацію щодо: (а) технічних кроків, які необхідно здійснити для укладення договору; (б) чи буде документ, який містить договір, надсилатися таким суб'єктом і чи буде він доступним для іншої сторони; (с) технічних засобів для виявлення та виправлення помилок введення перед надсиланням або прийняттям іншою стороною пропозиції (оферти); (d) перелік мов, які пропонуються для укладення договору; (е) тлумачення будь-яких договірних умов, що використовуються.

Отже, рекодифікація цивільного законодавства України відкриває перспективи для якісного оновлення правового регулювання договірних відносин зі страхування, сприятиме розвитку сфери надання страхових послуг, зміцненню правових інститутів у сфері страхування, підвищенню стандартів надання страхових послуг та забезпеченню належного захисту прав учасників страхових відносин.

¹ Цюра В. В. Механізм укладення договору у світлі положень Draft Common Frame of Reference. *На шляху до європейського приватного права* : збірник матеріалів XI Міжнародного цивілістичного форуму. Київ : Київський регіональний центр НАПрН України, 2021. С. 140.

² Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Articles and Comments [Interim Edition, to be completed] / ed. by C. von Bar, E. Clive and H. Schulte-Nölke et al. 1604 p. URL: https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/EUROPEAN_PRIVATE_LAW/EN_EPL_20100107_Principles_definitions_and_model_rules_of_European_private_law_Draft_Common_Frame_of_Reference_DCFR.pdf (дата звернення: 25.02.2024).

ВИЗНАЧЕННЯ РОЗМІРУ КОМПЕНСАЦІЇ МОРАЛЬНОЇ ШКОДИ: ПСИХОЛОГІЧНА ПІДТРИМКА ЮРИСПРУДЕНЦІЇ

Отрадна Олесь Олександрівна

*професор, доктор юридичних наук,
директор Тренінгового центру прокурорів України*

Інститут компенсації моральної шкоди нині вже не є новим для вітчизняної юриспруденції. Вимоги про компенсацію моральної шкоди часто супроводжують як деліктні, так і договірні позови. Суди всіх інстанцій мають значну практику вирішення такої категорії справ.

Разом з тим щоразу при прийнятті рішення про компенсацію моральної шкоди суд стикається із важливим питанням: якою має бути сума компенсації. Ще в далекому 1994 році один із перших вітчизняних дослідників компенсації моральної шкоди Є. Солодко зазначав, що при будь-якій формі відшкодування компенсація моральної шкоди буде частковою, оскільки точно визначити ступінь заподіяної моральної шкоди і, відповідно, розмір її відшкодування є неможливим¹. За 30 років ситуація майже не змінилася.

Стаття 23 Цивільного кодексу України так визначає моральну шкоду.

Моральна шкода полягає у:

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

¹ Солодко Е. Моральный вред. Понятие и порядок возмещения. *Бизнес*. 1994. № 8. С. 14.

- 2) душевних страждань, яких фізична особа зазнала у зв'язку з протиправною поведінкою щодо неї самої, членів її сім'ї чи близьких родичів;
- 3) душевних страждань, яких фізична особа зазнала у зв'язку із знищенням чи пошкодженням її майна;
- 4) приниженні честі та гідності фізичної особи, а також ділової репутації фізичної або юридичної особи.

Верховний Суд визначає моральну шкоду як страждання, заподіяні громадянину внаслідок фізичного чи психічного впливу, що призвело до погіршення або позбавлення можливості реалізації ним своїх звичок і бажань, погіршення відносин з оточуючими людьми, інших негативних наслідків морального характеру¹.

У доктрині цивільного права пропонуються два види інструментів визначення розміру компенсації моральної шкоди. Перший — це встановлення меж компенсації, нижньої та/або верхньої. Такий підхід, зокрема реалізований у Законі України «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, органів досудового розслідування, прокуратури і суду», ст. 13 якого визначає, що відшкодування моральної шкоди за час перебування під слідством чи судом здійснюється виходячи з розміру не менше одного мінімального розміру заробітної плати за кожен місяць перебування під слідством чи судом². Це правило застосовується в рішеннях Верховного Суду, який, зокрема, зазначає, що мінімальний розмір компенсації моральної шкоди

¹ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 15.12.2020 у справі № 752/17832/14-ц. URL: <http://iplex.com.ua/doc.php?regnum=95177479&red=1000035d4de08318982e4e362d1067066aa7b2&d=5> (дата звернення: 14.02.2024).

² Закон України «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, органів досудового розслідування, прокуратури і суду» від 1.12.1994 р. № 266/94-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1995. № 1. Ст. 1.

в будь-якому випадку не може бути зменшено, оскільки він є гарантованим мінімумом¹.

У минулому подібний підхід застосовувався в ЦК УРСР 1963 р., стаття 440-1 якого передбачала, що розмір відшкодування визначається судом з урахуванням суті позовних вимог, характеру діяння особи, яка заподіяла шкоду, фізичних чи моральних страждань потерпілого, а також інших негативних наслідків, але не менше п'яти мінімальних розмірів заробітної плати.

Деякі вітчизняні дослідники також підтримують встановлення меж компенсації моральної шкоди. Так, зокрема, І. Бакірова зазначає, що необхідно розробити принципи мінімальної та максимальної межі визначення розміру оцінки моральної шкоди. Це дасть можливість судам реально оцінити та призначити потерпілому відшкодування зазначеної шкоди². Однак більшість дослідників із таким підходом не погоджуються. Так, наприклад, В. Паліюк обґрунтовує недоцільність встановлення меж компенсації тим, що встановлення мінімального і максимального розмірів відшкодування унеможливорює звернення за захистом своїх прав у випадках, коли потерпілий оцінить свої втрати нижче (вище) визначеного законом рівня.³ До того ж як аргумент проти встановлення меж можна навести той факт, що будь-яке встановлення меж передбачає обґрунтування саме цих меж. Чому має бути саме така нижня та/або верхня межа? На підставі яких критеріїв вони визначаються? Будь-яке встановлення меж — це також узагальнення. Однак у випадку компенсації моральної шкоди

¹ Постанова ВП ВС від 15 грудня 2020 року у справі № 752/17832/14-ц. URL: <http://iplex.com.ua/doc.php?regnum=95177479&red=1000035d4dc08318982e4e362d1067066aafb2&d=5> (дата звернення: 14.02.2024).

² Бакірова І. Застосування судами законодавства України щодо відшкодування моральної шкоди: проблемні питання. *Право України*. 2006. № 5. С. 90.

³ Паліюк В. П. Відшкодування моральної (немайнової) шкоди. *Відшкодування моральної та матеріальної шкоди* : навч. посіб. / за ред. М. К. Галянтича. Київ : Юрінком Інтер, 2011. С. 126.

будь-яке узагальнення не має місця для існування внаслідок індивідуального характеру душевних і моральних страждань конкретного потерпілого.

Другий інструмент, який пропонується застосовувати при обчисленні суми компенсації моральної шкоди, передбачає створення загальної методики обрахунку розміру компенсації, яку можна застосувати для будь-якого випадку заподіяння моральної шкоди. Тут дослідники пропонують визначити критерії (як об'єктивні, що стосуються порушення права, так і суб'єктивні, що стосуються особи потерпілого), які впливають на розмір компенсації моральної шкоди.

Так, зокрема, С. Шимон пропонує брати до уваги такі критерії:

- характер моральних страждань (прості переживання, душевні страждання, психічні страждання, пов'язані із з фізичним болем (у цьому випадку необхідно також урахувувати тяжкість ушкодження здоров'я — легке, середньої тяжкості, тяжке);
- вид психічних страждань (занепокоєння, нервозність, сором, приниження, страх, відчай);
- глибину моральних страждань (незначний душевний біль, значний, сильний, нестерпний, душевний біль руйнівної сили для здоров'я);
- істотність вимушених змін у житті потерпілого (неістотні, які можуть бути повністю чи частково відновлені, та істотні, які не можна відновити);
- тривалість негативних наслідків (короткочасні, тривалі, довічні);
- час, що минув з моменту виникнення моральної шкоди у випадку короткочасної чи тривалої дії негативних наслідків;
- ступінь вини потерпілої особи у випадках ушкодження особи (значення має лише вина у формі грубої необережності);

- регіон поширення відомостей про події, що сталися (коло обізнаних осіб);
- спосіб поширення відомостей та ступінь зниження престижу, репутації залежно від характеру професійної діяльності потерпілого у сфері захисту честі та гідності;
- суспільна небезпечність правопорушення, що спричинило моральні втрати;
- майновий стан особи, яка заподіяла шкоду¹.

В. Палиюк розрізняв загальні та приватні критерії визначення розміру компенсації моральної шкоди. До загальних критеріїв він відносив форму вини заподіювача шкоди, сутність позовних вимог, стійкість страждань, а до приватних — характер діяння заподіювача моральної шкоди, фізичні або моральні наслідки заподіяння, інші негативні наслідки².

Такий підхід закладено і в чинний Цивільний кодекс України. Так, відповідно до ч. 3 ст. 23 ЦК розмір грошового відшкодування моральної шкоди визначається судом залежно від характеру правопорушення, глибини фізичних та душевних страждань, погіршення здібностей потерпілого або позбавлення його можливості їх реалізації, ступеня вини особи, яка завдала моральної шкоди, якщо вина є підставою для відшкодування, а також з урахуванням інших обставин, які мають істотне значення. При визначенні розміру відшкодування враховуються вимоги розумності і справедливості³.

Свого часу Міністерство юстиції України випустило Методичні рекомендації щодо відшкодування моральної шкоди (лист від 13.05.2004 № 35-13/797), відповідно до яких при визначенні розміру компенсації моральної шкоди було рекомендовано враховувати стан здоров'я потерпілого, тяжкість

¹ Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України : у 2 т. / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. 5-те вид., переробл. та допов. Київ : Юрінком Інтер, 2013. Т. I. С. 55–56.

² Палиюк В. П. Моральный (неимущественный) вред. Киев : Право, 1999. С. 100.

³ Цивільний кодекс України. URL: <https://ips.ligazakon.net/document/T030435?an=843054&hide=true>. (дата звернення: 14.02.2024).

вимушених змін у його життєвих і виробничих стосунках, ступінь зниження престижу, ділової репутації, час та зусилля, необхідні для відновлення попереднього стану¹. І, хоча відповідно до листа Міністерства юстиції України від 20.09.2013 № 10.3-26/618 ці методичні рекомендації вже не мають застосовуватися в роботі, запропоновані критерії обрахування розміру компенсації моральної шкоди беруться судами до уваги.

Так, зокрема, Верховний Суд так аргументує свої рішення: «Гроші виступають еквівалентом моральної шкоди. Грошові кошти, як загальний еквівалент всіх цінностей, в економічному розумінні «трансформують» шкоду в загальнодоступне вираження, а розмір відшкодування «обчислює» шкоду. Розмір визначеної компенсації повинен, хоча б наближено, бути мірою моральної шкоди та відновлення стану потерпілого. При визначенні компенсації моральної шкоди складність полягає у неможливості її обчислення за допомогою будь-якої грошової шкали чи порівняння до іншого майнового еквіваленту. Тому грошова сума компенсації моральної шкоди є лише ймовірною, і при її визначенні враховуються характер правопорушення, глибина фізичних та душевних страждань, погіршення здібностей потерпілого або позбавлення його можливості їх реалізації, ступінь вини особи, яка завдала моральної шкоди, якщо вина є підставою для відшкодування, інші обставини, які мають істотне значення, вимоги розумності і справедливості»².

Визначаючи розмір відшкодування, суд має керуватися принципами розумності, справедливості та співмірності. Розмір відшкодування моральної шкоди має бути не більшим,

¹ Міністерство юстиції України. Лист. Методичні рекомендації «Відшкодування моральної шкоди» від 13.05.2004 № 35-13/797. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v_797323-04#Text (дата звернення: 14.02.2024).

² Постанова ОП КЦС ВС від 05.12.2022 в справі № 214/7462/20. URL: <http://iplex.com.ua/doc.php?regnum=108238968&red=1000032daa6653730ef45753cadbf0a27c39b6&d=5> (дата звернення: 14.02.2024).

ніж достатньо для розумного задоволення потреб потерпілої особи, і не повинен приводити до її безпідставного збагачення¹.

Отже, можна констатувати, що ні в законодавстві, ні у вітчизняній судовій практиці немає чітких вказівок щодо визначення розміру компенсації моральної шкоди, а містяться лише посилання на низку обставин, які суди мають враховувати та оцінювати при розгляді справ про компенсацію моральної шкоди. Інакше кажучи, не існує універсальної методики, а застосовується виключно індивідуальний підхід — оцінка всіх обставин конкретної справи.

Цікавою та неоднозначною є практика Європейського суду з прав людини (далі — ЄСПЛ або Суд) щодо компенсації моральної шкоди. Рішення про компенсацію приймається на підставі ст. 41 Європейської Конвенції з прав людини (далі — Конвенція), відповідно до якої «якщо Суд визнає факт порушення Конвенції або Протоколів до неї і якщо внутрішнє право відповідної Високої Договірної Сторони передбачає лише часткове відшкодування, Суд, у разі необхідності, надає потерпілій стороні справедливу сатисфакцію». Отже, Конвенція прямо не передбачає можливість компенсації моральної шкоди в разі порушення державою прав, гарантованих Конвенцією, однак Суд приймає відповідні рішення як частину справедливої сатисфакції (разом із відшкодуванням матеріальної шкоди та витрат).

Основним доказом, який має надати потерпілий, що вимагає компенсації моральної шкоди, є чітко зрозумілий причинний зв'язок між порушенням його фундаментальних прав, гарантованих Конвенцією та заподіяною йому моральною шкодою. Якщо такий причинний зв'язок явно спостерігається, інших доказів від потерпілого не вимагається².

¹ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 15 грудня 2020 року у справі № 752/17832/14-ц. URL: <http://iplex.com.ua/doc.php?regnum=95177479&red=1000035d4de08318982e4e3e62d1067066aafb2&d=5> (дата звернення: 14.02.2024).

² Practice direction issued by the President of the Court in accordance with Rule 32 of the Rules of Court on 28 March 2007 and amended on 9 June 2022 p. Just satisfaction claims, p. 10. URL: https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/pd_satisfaction_claims_eng (дата звернення: 14.02.2024).

Головний принцип, який покладений Судом в основу рішень про компенсацію моральної шкоди, — це принцип справедливості. Цей принцип проявляється у двох основних аспектах:

- 1) об'єктивна оцінка обґрунтованості (just), чесності (fair) та розумності (reasonable) вимог потерпілого;
- 2) індивідуальний підхід, адаптивність під кожен конкретну ситуацію¹.

У цьому контексті суд звертає увагу на те, які конкретно втрати та страждання зазнав потерпілий. У своїх рішеннях суд згадує психологічну шкоду (psychological harm)², засмучення (distress)³, розчарування (frustration)⁴, приниження (humiliation)⁵, відчуття несправедливості (sense of injustice)⁶, втрату репутації (loss of reputation)⁷, занепокоєння (anxiety)⁸, втрату відносин (loss of relations)⁹.

До того ж при прийнятті рішення про розмір компенсації моральної шкоди суд ураховує такі фактори:

- природу порушеного права та серйозність порушення;
- тривалість порушення;
- конкретні наслідки для потерпілого;

¹ Practice direction issued by the President of the Court in accordance with Rule 32 of the Rules of Court on 28 March 2007 and amended on 9 June 2022 p. Just satisfaction claims, p. 10. URL: https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/pd_satisfaction_claims_eng (дата звернення: 14.02.2024), п. 12.

² *Aydin v Turkey*, app. № 23178/94, 25 вересня 1997 р. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/ukr/?i=001-58371> (дата звернення: 14.02.2024).

³ *Hokkanen v Finland* (1994). Series A, no. 44. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/ukr/?i=001-57911>

⁴ *Van Der Leer v The Netherlands* (1990). Series A. No. 170. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/#{%22itemid%22:%22001-57620%22%22}> (дата звернення: 14.02.2024).

⁵ *Young, James and Webster*, app. No. 7601/76, 18 October 1982. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-57604> (дата звернення: 14.02.2024).

⁶ *Devlin v United Kingdom* (2002). 34 EHRR 43. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-59853> (дата звернення: 14.02.2024).

⁷ *Sakik v Turkey* (1998). 26 EHRR 662. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-58117> (дата звернення: 14.02.2024).

⁸ *Loper Ostra v Spain* (1994). Series A No. 303C. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-57905> (дата звернення: 14.02.2024).

⁹ *W. v United Kingdom* (1988). Series A No 136-C. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-57599> (дата звернення: 14.02.2024).

- мало місце порушення тільки одного права, гарантованого конвенцією, чи наявна різноманітність порушень;
- чи отримав потерпілий вже якісь відшкодування в державі-відповідачі;
- будь-який інший контекст, релевантний до справи.

Крім того, суд звертає увагу також і на вимоги потерпілого, на розмір відшкодування, який він запросив. Адже саме цю суму відшкодування сам потерпілий вважає справедливою.

Важливим аспектом у практиці ЄСПЛ щодо визначення розміру компенсації моральної шкоди є врахування економічної ситуації в державі-відповідачі. Суд бере до уваги макроекономічні показники, що публікуються Міжнародним валютним фондом. У зв'язку з цим сума компенсації за подібні порушення може бути різною залежно від того, яка держава є відповідачем у конкретній справі та від того, коли було прийнято рішення.

Разом з тим, незважаючи на розроблені критерії та рекомендації, Європейський суд з прав людини також зазначає складнощі у визначенні розміру компенсації немайнової (моральної) шкоди. «Сама природа немайнової шкоди свідчить про те, що її розмір не піддається точним розрахункам»¹.

Отже, дивлячись на компенсацію моральної шкоди виключно з правової позиції, ми однаково доходимо висновку щодо необхідності вимірювання розміру заподіяної шкоди, приведення внутрішніх страждань до грошового еквіваленту. А це, як ми бачимо, напругу неможливо.

Тому, на наш погляд, варто подивитися на цю ситуацію з іншого боку. Ми не можемо виміряти розмір страждань у грошах, але цілком можемо виміряти в грошах вартість ресурсів, необхідних для відновлення людини. І в цьому випадку варто звернутися до доробок психологів, які працюють зі стресами, травмами та відновленням.

¹ Practice direction issued by the President of the Court in accordance with Rule 32 of the Rules of Court on 28 March 2007 and amended on 9 June 2022. Just satisfaction claims, п. 11 (дата звернення: 14.02.2024).

Одна з найефективніших систем боротьби зі стресом та травмою була розроблена ізраїльським психологом професором Мулі Лахадом (Mooli Lahad). Із 1979 р. професор Лахад є засновником та президентом Суспільного центру попередження стресу (Community Stress Prevention Center¹, Ізраїль) та є колишнім віце-президентом Ізраїльської коаліції травми (Israel Trauma Coalition²). Протягом багатьох років, проводячи дослідження щодо реакції людини на травматичні обставини та гострий стрес, професор Лахад виявив, що тільки у десь 20 % людей, які пережили гострий стрес, розвивається ПТСР (посттравматичний стресовий розлад), що вимагає втручання професіоналів. 80 % людей справляються з наслідками стресу самостійно, без звернення до фахівців. Предметом дослідження професора Лахада стали саме ці самостійні, здорові способи долання людиною кризових ситуацій.

Як результат дослідження професором Лахадом була запропонована комплексна багатовимірна модель, яку він назвав BASIC PH. В основу моделі покладено вчення про ресурсні канали, які людина використовує для відновлення після травматичної події. Усього професор Лахад визначає шість ресурсних каналів. Перші літери їх назв англійською, власне, і складають аббревіатуру BASIC PH — загальну назву моделі.

B — Belief & values — віра, переконання, цінності, філософія життя.

A — Affect — вираження емоцій та почуттів.

S — Socialization — соціальні зв'язки, соціальна підтримка, соціальна належність, спілкування.

I — Imagination — уява, мрії, спогади, творчість.

C — Cognition — розум, пізнання, когнітивні стратегії.

Ph — Physical — фізична активність, тілесні ресурси.

¹ <https://icspc.org/> (дата звернення: 14.02.2024).

² <https://israeltraumacoalition.org/en/> (дата звернення: 14.02.2024).

Кожна людина застосовує ті чи інші ресурсні канали для відновлення. При цьому якісь канали є більш сильними, а інші застосовуються рідше або не застосовуються зовсім.

Представники напряму «*Віра*» для подолання стресу покладаються на вірування, цінності, відчуття своєї місії. І це не обов'язково мають бути релігійні вірування. Людина може вірити в певні політичні принципи, цінності організації або навіть у свою місію в житті.

Емоційна модель проявляється у вираженні емоцій: плач, сміх, розмова з кимось про свій досвід. Також це може бути невербальне вираження емоцій — гра на музичних інструментах, малювання, написання текстів для самовираження. Цей спосіб подолання стресу вимагає від людини передусім навчитися розуміти власні почуття, називати їх своїми власними іменами. Після цього з'являється можливість висловити розпізнані почуття найбільш прийнятними для кожної людини способами: словесно — в особистій розмові, письмово — у листі, без слів — у танці, малюнку, музиці чи драмі. Йдеться про безпосереднє чи опосередковане вираження почуттів: наприклад, записувати в щоденник свої почуття, висловлювати їх у будь-який артспосіб (малюнок, спів, інструментальна музика) тощо¹.

Соціальна модель реалізується в належності до якоїсь групи (створення або участь ком'юніті людей, які пережили подібну травму, належність до якоїсь організації, колективу, групи із чітко зрозумілою роллю тощо). Також зазначена модель реалізується у волонтерській діяльності, допомозі іншим, роботі у якійсь спільноті.

Творчий напрям проявляється у фантазуванні про майбутнє та згадуванні минулого, створення альтернативних фантазійних світів, а також у безпосередньо творчій діяльності будь-якого виду (малювання, вишивання, в'язання, музика, гончарство тощо).

¹ Ресурсоорієнтована модель стресодолання BASIC Ph. URL: <https://arpp.com.ua/articles/resursooriyentovana-model-stresodolannya-basic-ph/> (дата звернення: 14.02.2024).

Когнитивна стратегія передбачає збір інформації, її аналіз, створення алгоритмів вирішення проблем, списки справ, пріоритизація тощо.

І, нарешті, шоста група — *фізіологісти* застосовують певні фізичні методи. Це може бути зайняття спортом, походи в гори, плавання, а також вживання їжі, напоїв, медикаментів тощо.

Комбінація цих елементів становить собою унікальний стиль подолання стресу кожної людини. Зазвичай люди використовують більш ніж один елемент та мають потенціал для використання всіх шести. Однак кожна людина має свою індивідуальну комбінацію.

У психології розроблено багато тестів для визначення ресурсних каналів, властивих кожній конкретній людині. Крім того, психологи рекомендують не обмежуватися основними ресурсними каналами та намагатися включити якомога більшу їх кількість.

Отже, оскільки моральна шкода розглядається як фізичні та моральні страждання потерпілого, з погляду психології можна говорити про наявність у потерпілого стресу. І, хоча стресові навантаження — це повсякдення реальність сучасної людини, надмірний стрес негативно впливає як на фізичне, так і на ментальне здоров'я. Також, говорячи мовою психології, можна сказати, що моральна шкода є проявом травми — ситуації, коли людина опиняється у розриві безперервних зв'язків, у стані невизначеності та спустошеності. Єдине, що відрізняє заподіяну моральну шкоду від травми в більш широкому розумінні, — це те, що моральна шкода як травма завжди заподіюється іншою особою, тоді як травма як така може бути результатом зовнішніх, об'єктивних подій (травмування за випадкових обставин або смерть близької людини внаслідок стихійного лиха тощо). Отже, при загальній травмі психологи працюють виключно із самою людиною. А в разі заподіяння моральної шкоди є також особа, винна у її заподіянні та зобов'язана шкоду компенсувати.

Отже, сума компенсації моральної шкоди може вимірюватися вартістю ресурсів, необхідних людині для відновлення свого емоційного стану.

Якщо основний ресурсний канал людини — це віра, їй може допомогти паломництво чи просто відвідування святих місць. Або, якщо віра не передбачає релігійне забарвлення, але людина є фанатом якоїсь спортивної команди або їй подобається співак/співачка чи музична група, відновленням ресурсу може бути відвідування концерту такої групи або спортивного змагання за участю улюбленої команди.

Для представників емоційної моделі відновлення сума компенсації моральної шкоди може бути обумовлена необхідністю відвідування арттерапії або інших терапій щодо прояву відчуттів. Також це можуть бути уроки музики, живопису, літератури тощо.

Соціальний ресурсний канал може реалізовуватися в участі людини в певних групах по інтересам, клубах, організаціях. За рахунок отриманої компенсації людина може реалізовувати свою роль (донат, волонтерство, допомога).

Творчий ресурсний канал може поповнюватися відвідуванням уроків творчості, купівлею необхідних для творчості матеріалів, відвідуванням творчих заходів (вистав, кіно, художніх виставок, концертів тощо).

Для когнітивістів корисним може бути відвідування курсів аналізу даних, фінансової аналітики, кібербезпеки, а також будь-яких інших тренінгів та навчань, які зможуть забезпечити аналітичну діяльність. Також це може бути індивідуальний коучінг з питань роботи з даними.

І, нарешті, для «тілесників» розмір компенсації може обумовлюватися вартістю відвідування спортивних клубів та тренувань, участі у змаганнях, купівлі улюблених страв і напоїв, відвідування певних місць.

Отже, «наповнення» ресурсних каналів людини може бути одним із способів обчислення розміру компенсації моральної

шкоди. Потерпілий має пройти психологічний тест на визначення індивідуального набору ресурсних каналів. Після цього він чи вона мають визначитися стосовно того, які конкретно дії, що відображають реалізацію ресурсного каналу, мають бути здійснені. І, як третій крок, — надати розрахунок вартості таких дій. За такого підходу суди будуть відходити від спроб вимірювання страждань у грошах, а суми компенсації моральної шкоди будуть більш обґрунтованими.

ДО ПИТАННЯ ПРО ВИЗНАЧЕННЯ НОРМИ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА¹

Погрібний Сергій Олексійович

*професор, доктор юридичних наук,
член-кореспондент Національної академії правових наук України,
суддя Великої Палати Верховного Суду,
головний науковий співробітник
відділу приватноправових досліджень
Інституту правотворчості та науково-правових експертиз
Національної академії наук України*

Норма права як правова категорія завжди відіграла особливу роль. Це пов'язано з тим, що вона є найпростішим елементом права в об'єктивному розумінні.

Можна стверджувати, що при дослідженні таких правових явищ, як, зокрема, право, правотворення, правовідношення, правове регулювання суспільних відносин, застосування та тлумачення правових норм, правопорушення, їх предметом безпосередньо чи опосередковано є і норма права.

Отже, загальна та галузева характеристика правових норм міститься у великій кількості наукових робіт. Нормам радянського права було присвячено два спеціальні дослідження, здійснені відомими фахівцями загальної теорії права. Йдеться про роботу член-кореспондента АН УРСР, професора П. О. Недбайла «Советские социалистические правовые нормы»² та про колективну монографію «Нормы

¹ Цю статтю вперше опубліковано у виданні: Проблеми законності. Вип. 109. Харків : Нац. юрид. акад. України ім. Я. Мудрого, 2010. С. 84–94. (Стаття виправлена та доповнена).

² Недбайло П. Е. Советские социалистические правовые нормы. Львов : Изд-во Львовского ун-та имени Ив. Франко, 1959. 168 с.

советского права» за редакцією професорів М. І. Байтіна та В. К. Бабаєва¹.

У сучасних умовах, коли майже всі науковці визнають об'єктивний характер поділу права на приватне і публічне, питання щодо визначення норми права саме в приватному (цивільному) праві набуває, на нашу думку, особливої актуальності. Це пов'язано з тим, що, по-перше, чинне цивільне законодавство України визнає як регулятор цивільних відносин не тільки приписи актів цивільного законодавства, а й договори, а, по-друге, норма права є основою правового регулювання, яке у цій сфері зазнало принципів змін.

Запропоноване в підручнику визначення норм цивільного права як правових приписів, які регулюють особисті немайнові та майнові відносини їх учасників², є занадто загальним. З нього не можна навіть дійти висновку, про які саме правові приписи йдеться.

Це питання не вирішено і в статті Л. І. Заморської «Визначення норми права у цивільному праві України»³, оскільки фактично в ній аналізуються структура та окремі види цивільних норм.

Вважаємо, що розгляд питання щодо визначення норми цивільного права в історичному аспекті є найбільш доцільним.

Недбайло П. О. в зазначеній роботі визначив правову норму як формальне правило поведінки, встановлене або санкціоноване державою, що висловлює матеріально обумовлену державну волю панівного класу, та забезпечене державним примусом з метою охорони та регулювання найбільш істотних і корінних відносин суспільного життя шляхом офіційного

¹ Нормы советского права. Проблемы теории / под ред. докт. юрид. наук, проф. М. И. Байтина и докт. юрид. наук, проф. В. К. Бабаева. Саратов : Издательство Саратовского университета, 1987. 248 с.

² Цивільний кодекс України: Коментар. Харків : Одісеї, 2003. С. 26.

³ Заморська Л. І. Визначення норми права в цивільному праві України. *Актуальні питання цивільного та господарського права*. 2008. № 6 (13). С. 9–15.

їх закріплення у формі точно визначених прав та обов'язків учасників цих відносин¹.

Визначення правової норми, запропоноване П. О. Недбайлом, базується на її змістовних та формальних відмінностях від інших соціальних норм (норм моралі, звичаю, норм суспільних організацій).

Змістовна відмінність правової норми від інших соціальних норм, наголошував автор, полягає в тому, що норми права регулюють найбільш істотні і корінні відносини суспільного життя шляхом офіційного їх закріплення у формі прав та обов'язків людей².

Формальні ж відмінності правової норми від інших соціальних норм знаходять свій вияв у тому, що норми права: встановлюються або санкціонуються державою у суворо визначеному порядку; встановлюються в певних формах, що йменуються джерелом права у формальному (юридичному) сенсі, які надають правилам, що містяться в них, офіційне, нормативне значення та слугують підставою їх загальнообов'язковості; вводяться в дію офіційно та набувають чинності в точно визначений час; слугують єдиним загальнодержавним масштабом для всіх або окремих груп громадян; забезпечуються державним примусом; регулюють суспільні відносини шляхом встановлення точно визначених прав та обов'язків їх учасників³.

Аналізуючи підходи до визначення норми права в колективній монографії «Нормы советского права» за редакцією професорів М. І. Байтіна та В. К. Бабаєва, потрібно передусім наголосити на «факторові часу»: вона вийшла друком майже через тридцять років після опублікування монографії П. О. Недбайла. За цей час в СРСР відбулися зміни як у сфері

¹ Недбайло П. Е. Советские социалистические правовые нормы. Львов : Издательство Львовского университета имени Ив. Франко, 1959. С. 28.

² Там же. С. 25.

³ Там же. С. 25–27.

економічних, так і політичних відносин, які не могли не вплинути і на правову сферу.

Зміни у правовій сфері були пов'язані, зокрема, з проголошенням перетворення СРСР та радянського права, відповідно, у радянську загальнонародну соціалістичну державу та радянське загальнонародне соціалістичне право. Безперечно, це в той час не могло не вплинути на визначення як соціалістичного загальнонародного права, так і норми радянського права.

Невипадково в першій главі монографії «Норми советского права» розглядалися питання щодо сутності та поняття права. Саме в ній і йдеться про чинники, на яких ґрунтується визначення юридичної норми, запропонованої в ній. Водночас співавтори цієї глави М. І. Байтін та В. К. Бабаєв особливо наголошують, що з погляду нормативного розуміння права до головних визначальних його ознак належать класово-вольовий, нормативний та державно-регулятивний характер (ознака) права¹.

Розглядаючи класово-вольову ознаку права, згадані автори, поділяючи в цілому думку про те, що правом є не просто воля держави, а воля держави, втілена в закон, воля панівного класу або народу, одночасно вважали за доцільне внесення в цей умовивід необхідних коректив з урахуванням таких міркувань.

Якщо мова йде про панування того чи іншого класу в класовому суспільстві, зазначали М. І. Байтін та В. К. Бабаєв, то мається на увазі, що цей клас здійснює не тільки економічне, а й політичне панування, тримаючи у своїх руках політичну владу. Відповідно поняття «панівний клас» та «клас, що здійснює політичну владу» є ідентичними за своїм значенням. Утім клас, що здійснює політичну владу, в одних історичних умовах виступає як панівний клас, а в інших — як клас, що виконує керівну роль у суспільстві і державі (як це мало місце

¹ Нормы советского права. Проблемы теории / под ред. докт. юрид. наук, проф. М. И. Байтина и докт. юрид. наук, проф. В. К. Бабаева. Саратов : Издательство Саратовского университета, 1987. С. 17.

в радянській загальнонародній державі). Саме тому, зауважували М. І. Байтін та В. К. Бабаєв, правильніше характеризувати право взагалі як економічно обумовлену, втілену в закон волю класу, що здійснює політичну владу¹.

Сутність соціалістичного права, наголошували М. І. Байтін та В. К. Бабаєв, — це державна воля трудящих за керівної ролі робітничого класу, яка в умовах держави диктатури пролетаріату становить втілену в закон волю робітничого класу та його класових союзників, а в загальнонародній соціалістичній державі — втілену в закон волю всього народу на чолі з робітничим класом².

Нормативна ознака права, зазначали М. І. Байтін та В. К. Бабаєв, знаходить свій вияв у тому, що право виступає в реальному житті не інакше як система загальнообов'язкових відправних установлень та правил поведінки — норм права, що виходять від держави та охороняється нею³.

Нарешті, державно-регулятивна ознака права знаходить свій вияв у тому, що право є саме державним регулятором суспільних відносин. Ця ознака права, зазначали М. І. Байтін та В. К. Бабаєв, у нерозривній єдності з його класово-вольовою та нормативною ознакою дає впевнену синтезуючу відповідь на питання, чому саме право як державний регулятор становить найбільш всеохопний, дієвий, потужний, рухливий та гнучкий класовий регулятор суспільних відносин⁴.

На підставі аналізу головних ознак права, які складають серцевину його нормативного розуміння, М. І. Байтін та В. К. Бабаєв запропонували таке загальне визначення права: право — це система норм, які висловлюють економічно

¹ Нормы советского права. Проблемы теории / под ред. докт. юрид. наук, проф. М. И. Байтина и докт. юрид. наук, проф. В. К. Бабаева. Саратов : Издательство Саратовского университета, 1987. С. 19–20.

² Там же. С. 21.

³ Там же.

⁴ Там же. С. 31.

обумовлену, втілену в закон волю класу, що здійснює політичну владу, які встановлюються або санкціонуються та охороняються державою¹.

З урахуванням того що право співвідноситься з правовою нормою як загальне та окреме, В. К. Бабаєв під юридичною нормою розумів загальне, обов'язкове, формально визначене веління, яке виходить від держави та охороняється нею, висловлене (змодельоване) у формі відправного установаження або правила поведінки, що є державним регулятором суспільних відносин².

Зіставляючи визначення правової норми, запропоновані П. О. Недбайлом та В. К. Бабаєвим, необхідно зазначити, що, незважаючи на певні текстуальні відмінності, вони збігаються в головному.

Йдеться про те, що обидва дослідники наголошували, що правова норма є формальним правилом поведінки (велінням), яке виходить від держави та є державним регулятором суспільних відносин. Це визначення поширювалося на всі норми радянського права, незалежно від їхньої галузевої належності. Саме це обумовлювало й характер правового регулювання всіх суспільних відносин у період існування радянського права. Воно було зовнішнім та здійснювалося державою.

У межах зовнішнього (державного) регулювання суспільних відносин існувало так зване «автономне регулювання», яке допускалося та мало місце в тих випадках, коли диспозитивні норми надавали право їх учасникам відступати від моделі, запропонованої та втіленої в нормі права, та самим урегулювати певні частини цих відносин. Воно використовувалося при регулюванні певних відносин, зокрема й договірних цивільних відносин. Оскільки автономне регулювання є одним із видів зовнішнього

¹ Нормы советского права. Проблемы теории / под ред. докт. юрид. наук, проф. М. И. Байтина и докт. юрид. наук, проф. В. К. Бабаева. Саратов : Издательство Саратовского университета, 1987. С. 32.

² Там же. С. 93.

державного регулювання, можливість його використання пов'язана передусім із наявністю дозволу на це публічної влади, закріпленого у відповідних диспозитивних правових нормах. Водночас таке автономне регулювання могло мати місце лише в межах, установлених і окреслених публічною владою¹.

В умовах невизнання поділу права на приватне і публічне та опублічення всього права, зокрема і цивільного, яке входило до складу єдиного радянського соціалістичного права, такий підхід до визначення норми права та характеру правового регулювання суспільних відносин був цілком закономірним. Цілком закономірним у тих умовах, коли єдиним регулятором суспільних відносин визнавалися нормативні приписи актів законодавства, було й твердження про те, що тільки викладена в заздалегідь встановленій та певній формі державна воля набуває якості об'єктивованої правової норми. Саме таку зовнішню форму об'єктивізації правової норми умовно йменували джерелом права².

Після припинення існування СРСР та радянського права в умовах переходу від директивної економіки до економіки ринкової предметом наукового обговорення знову стало питання про об'єктивний характер поділу права на приватне та публічне. Це було пов'язано переважно з початком процесу кодифікації законодавства незалежної України і насамперед цивільного законодавства, що регулює відносини між людьми як членами громадянського суспільства.

При розробленні концептуальних засад нового Цивільного кодексу України (далі — ЦК України) як кодексу громадянського суспільства, кодексу приватного права³ були враховані

¹ Сібільов М. М. Цивільно-правовий договір у механізмі правового регулювання у сфері приватного права. *Проблеми законності* : респ. міжвідом. наук. зб. / відп. ред. В. Я. Тацій. Харків : Нац. юрид. акад. України, 2003. Вип. 58. С. 50.

² Зиве С. Л. *Источники права*. Москва : Наука, 1981. С. 3.

³ Кодифікація приватного (цивільного) права України / за ред. проф. А. Довгерт. Київ : Український центр правничих студій, 2000. С. 18–20.

ідеї, висловлені І. О. Покровським ще у 1917 р., який, аналізуючи способи регулювання правом суспільних відносин, зазначав таке.

В одних сферах такі відносини регулюються виключно веліннями, що виходять з єдиного центру, яким є державна влада. Саме вона своїми нормами вказує кожній окремій особі її юридичне місце, її права та обов'язки як щодо державного організму в цілому, так і щодо інших окремих осіб. Тільки від неї, від державної влади, можуть виходити розпорядження, що визначають становище кожної окремої людини в цій сфері відносин, і це становище не може бути змінено жодною приватною волею, жодною приватною угодою. Усе тут підкоряється єдиній керівній волі, єдиному центру, усе тут централізовано. Саме цей спосіб юридичної централізації і становить основну сутність публічного права. Зовсім в інший спосіб використовується право у сфері приватного (цивільного) права. Тут державна влада принципово утримується від безпосереднього та владного регулювання відносин і надає право такого регулювання множині малих центрів, що розглядаються як суб'єкти права. Усі ці малі центри визнаються носіями власної волі та власної ініціативи, і саме їм надається регулювання взаємних відносин між собою. Держава не визначає цих відносин від себе та примусово, а лише займає позицію органу, який охороняє те, що буде визначено іншими, встановлено приватною волею. Отже, наголошував далі Й. О. Покровський, якщо публічне право — це система юридичної централізації відносин, то цивільне право, навпаки, є системою юридичної децентралізації: воно за своєю суттю передбачає наявність множини центрів, що самовизначаються. Якщо публічне право є системою субординації, то цивільне право є системою координації; якщо перше є сферою влади та підкорення, то друге — сферою свободи і приватної ініціативи¹.

¹ Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. Петроград: Издание Юридического книжного склада «Право», 1917. С. 41–43.

Саме тому чинний ЦК України, схвалений 16 січня 2003 р., визначив як регулятори цивільних відносин не тільки приписи актів цивільного законодавства, а й договір, у тому числі міжнародний договір, звичаї та моральні засади суспільства, закріпив принцип свободи договору, який є нормативною підставою саморегулювання договірних цивільних відносин.

Визнання договору соціальним регулятором цивільних відносин обумовив потребу у встановленні в ст. 6 ЦК України спеціальних правил про співвідношення актів цивільного законодавства і договору.

Сам лише факт запровадження таких правил підтверджує наявність нормативних приписів не тільки в актах цивільного законодавства, а й у нормах, вміщених у договорах, у яких сторони відступили від правил актів цивільного законодавства та врегулювали свої відносини на власний розсуд, такої спільної ознаки, як здатність регулювати договірні цивільні відносини.

Усі правила, що містить ст. 6 ЦК України, пов'язані з дією такої загальної засади цивільного законодавства, закріпленої в ст. 3 ЦК України, як свобода договору. Підтвердженням цього є те, що ст. 627 ЦК України, у якій розкривається зміст цієї загальної засади, містить посилання на ст. 6 ЦК України.

Наголосимо на тому, що, оскільки свобода договору поширюється як на договори, передбачені актами цивільного законодавства, так і на договори, не передбачені ними, правила, які містить ст. 6 ЦК України, також торкаються обох цих видів договорів.

Відповідно до ч. 1 ст. 6 ЦК України сторонам надано право укладати будь-який договір, не передбачений актами цивільного законодавства, за умови, що він відповідає загальним засадам цивільного законодавства, закріпленим у ст. 3 ЦК України.

Сторонам у договорах, передбачених актами цивільного законодавства, надається право врегулювати в них

ті свої відносини, які не врегульовані цими актами (ч. 2 ст. 6 ЦК України), а також право відступати від приписів актів цивільного законодавства та врегулювати свої відносини на власний розсуд (абз. 1 ч. 3 ст. 6 ЦК України).

Безперечно, саморегулювання договірних цивільних відносин, як і свобода договору, мають свої межі. Межі саморегулювання зазначених відносин визначені в абзаці другому частини третьої ст. 6 ЦК України. Сторони в договорі не можуть відступати від приписів актів цивільного законодавства, якщо в цих актах прямо вказано про це, а також у разі, якщо обов'язковість для сторін положень актів цивільного законодавства випливає з їх змісту або із суті відносин між сторонами.

Зміст ст. 6 ЦК України свідчить про те, що в ній передусім закріплюється такий засіб правового регулювання договірних цивільних відносин, як загальний дозвіл.

На доповнення до наведеного зазначимо, що аналіз принципів приписів ст. 6 ЦК України про співвідношення актів цивільного законодавства і договору, як зауважує М. М. Сібільов, дає підстави стверджувати, що, з одного боку, вони беззаперечно свідчать про регулятивну роль договору, а з іншого — про те, що вони встановлюють межі дії принципу свободи договору. Справді, коли сторони укладають договір, не найменованій в актах цивільного законодавства, єдиним регулятором цивільних відносин та джерелом прав і обов'язків сторін є саме договір. Таку саму роль виконує договір і в тих випадках, коли сторони при укладенні найменованого договору врегульовують відносини, що не врегульовані актами цивільного законодавства. Нарешті, і в тих випадках, коли сторони, укладаючи договір, найменованій в актах цивільного законодавства, відступають від приписів, закріплених у них, урегульовуючи свої відносини на власний розсуд, договір укладений сторонами, також стає єдиним регулятором цивільних відносин та джерелом їхніх прав та обов'язків. Отже, у цих випадках йдеться про внутрішнє

регулювання суспільних відносин правилами, викладеними в договорі, що йменується саморегулюванням¹.

Отже, саморегулювання договірних цивільних відносин може бути визначено як можливість урегулювання їх на власний розсуд безпосередньо їх учасниками (сторонами) в укладеному між ними договорі, норми (правила) якого можуть відступати від нормативних приписів, закріплених у відповідних актах цивільного законодавства та розрахованих на врегулювання саме таких відносин, крім випадків, коли в актах цивільного законодавства безпосередньо зазначено про неможливість відступати від нормативних приписів, що вміщені в них, а також у разі, якщо обов'язковість для сторін положень актів цивільного законодавства впливає з їх змісту або із суті укладеного між сторонами договору.

Необхідно наголосити, що саморегулювання договірних цивільних відносин — це право сторін, яким вони можуть скористатися при вчиненні договору. У разі якщо сторони не побажають скористатися цим правом, регулювання зазначених відносин буде відбуватися на підставі приписів, що містяться в актах цивільного законодавства. Таке регулювання є зовнішнім (державним). У межах державного регулювання зберігається й автономне регулювання договірних цивільних відносин.

Саморегулювання договірних цивільних відносин, на нашу думку, принципово відрізняється від автономного регулювання цих відносин, що відбувається на підставі відповідних диспозитивних норм.

Сутність цих принципових відмінностей полягає в такому.

По-перше, підставою для саморегулювання договірних цивільних відносин є загальне правило, закріплене в абз. 1 ч. 3 ст. 6 ЦК України, яке поширюється на всі типи

¹ Правова система України: Історія, стан та перспективи : у 5 т. Т. 3. Цивільно-правові науки. Приватне право / за ред. Н. С. Кузнецової. Харків : Право, 2008. С. 322–323.

(види) договорів. Автономне ж регулювання не може здійснюватися на підставі єдиного загального правила, закріпленого в ЦК України чи іншому акті цивільного законодавства України.

По-друге, при саморегулюванні сторонам надається право відступати не від конкретного правила (нормативного припису), що стосується певного типу (виду) договору, як це має місце за автономного регулювання, а від будь-яких положень актів цивільного законодавства, що регулюють договірні відносини.

По-третє, загальним наслідком відступу при саморегулюванні від будь-яких правил актів цивільного законодавства є право сторін врегулювати свої відносини в конкретному договорі на власний розсуд. За автономного регулювання відповідна диспозитивна норма передбачає конкретний наслідок автономного регулювання, обраного сторонами.

По-четверте, межі автономного регулювання закріплені в конкретній диспозитивній нормі, тоді як межі саморегулювання встановлені загальним правилом в абз. 2 ч. 3 ст. 6 ЦК України.

Визнання чиним ЦК України можливості саморегулювання договірних цивільних відносин сторонами укладеного договору, норми (правила) якого відступають від нормативних приписів, закріплених у відповідних актах цивільного законодавства, розрахованих на врегулювання саме таких відносин, призводить до того, що єдиним регулятором цих відносин є саме норми (правила), що містяться в договорі.

Виходячи з цього З. В. Ромовська висловила думку, що норми договору, згідно з яким сторони відступили від приписів закону, мають вважатися нормами цивільного права¹. Аналогічну позицію підтримують М. М. Сібільов, який вважає, що договір у договірних відносинах сфери приватного права

¹ Кодифікація приватного (цивільного) права України / за ред. проф. А. Довгерта. Київ : Український центр правничих студій, 2000. С. 42.

є засобом саморегуляції й однією з форм вираження права¹, та Є. О. Харитонов, який наголошує, що договір, не передбачений актами цивільного законодавства, що укладається сторонами, є джерелом цивільного права, а умови договору, що регулюють відносини, не врегульовані актами цивільного законодавства, можуть створювати норми цивільного права².

Більш точно визначає значення саморегулювання договірних цивільних відносин Н. С. Кузнецова: «На відміну від галузей публічного права у цивільному праві, яке містить у концентрованому вигляді приватноправовий “код”, пріоритет у виборі моделей поведінки, зазвичай, має належати самим суб'єктам»³.

Поділяючи наведені позиції зазначених авторів, потрібно наголосити, що, на нашу думку, доцільно змінити уявлення щодо розуміння нормативності приватного права й нормативного характеру його норм.

В умовах, коли єдиним правотворцем була держава, її веління дійсно поширювалися на невизначене коло неперсоніфікованих учасників суспільних відносин. Водночас розуміння нормативності права через наведені складові його загальнообов'язковості стосувалися всіх галузей права, що були опублічені.

В умовах визнання поділу права на приватне і публічне закріплення можливості саморегулювання у сфері приватного права, зокрема, договірних цивільних відносин, нормативність, на нашу думку, має розумітися як властивість акта створювати правило поведінки, розраховане на певну життєву ситуацію, незалежно від того, персоніфіковані чи ні суб'єкти такої

¹ Сібільов М. М. Цивільно-правовий договір у механізмі правового регулювання у сфері приватного права. *Проблеми законності* : респ. міжвідом. наук. зб. / відп. ред. В. Я. Тацій. Харків : Нац. юрид. акад. України, 2003. Вип. 58. С. 53.

² Цивільний кодекс України: Коментар. Харків : Одиссей, 2003. С. 12.

³ Кузнецова Н. С. Принципи сучасного зобов'язального права України. *Методологія приватного права* : зб. наук. праць (за матеріалами наук.-теорет. конф., м. Київ, 30 травня 2003 р.) / ред. кол.: О. Д. Крупчан (голова) та ін. Київ : Юрінком Інтер, 2003. С. 147.

поведінки, розраховане це правило на одноразове чи багаторазове застосування.

Тим самим юридичне розуміння норми узгоджується з її загальним філософським значенням. Адже у філософії поняття «норма» — це передусім правило, взірць, стандарт — визначає такий рівень взаємних очікувань, що постає у своєму узагальненому вигляді¹.

Саме тому норми договору, згідно з яким сторони відступили від приписів актів цивільного законодавства, є нормами цивільного права, а сам договір є однією з форм вираження права та джерелом цивільного права.

З урахуванням наведеного пропонується таке визначення норм цивільного права.

Норма цивільного права — це правило поведінки, встановлене державою в актах цивільного законодавства, а також правила, встановлені безпосередньо учасниками цивільних відносин при здійсненні ними права на їх саморегулювання у сферах, передбачених законом, та поза межами, передбаченими законом державного регулювання, що спрямовані на врегулювання особистих немайнових і майнових відносин, заснованих на юридичній рівності, вільному волевиявленню, майновій самостійності їх учасників.

¹ Філософський енциклопедичний словник / НАН України, Ін-т філософії імені Г. С. Сковороди; [редкол.: В. І. Шинкарук (голова) та ін.]. Київ : Абрис, 2002. С. 433.

ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВІ НАСЛІДКИ ВИЗНАННЯ ПРАВОЧИНУ НЕДІЙСНИМ: ЧИ ПОТРІБНІ ЗМІНИ?

Романюк Ярослав Михайлович

*доктор юридичних наук, заслужений юрист України,
суддя Верховного Суду України у відставці*

За загальним правилом недійсний правочин не спричинює тих правових наслідків, на досягнення яких була спрямована воля його учасників під час вчинення правочину. Це закріплено в абзаці першому частини першої статті 216 Цивільного кодексу України.

Однак недійсний правочин спричинює інші юридичні наслідки. Відповідно до абзацу другого частини першої статті 216 Цивільного кодексу України в разі недійсності правочину кожна зі сторін зобов'язана повернути другій стороні в натурі все, що вона одержала на виконання цього правочину, а в разі неможливості такого повернення, зокрема, тоді, коли одержане полягає в користуванні майном, виконаній роботі, наданій послугі, — відшкодувати вартість того, що одержано, за цінами, які існують на момент відшкодування. В українській юридичній літературі за обов'язком повернути другій стороні в натурі все, що вона одержала на виконання недійсного правочину, закріпився термін «реституція»¹.

Реституція — повернення сторін до первісного юридичного стану. Інститут реституції — *restitutio in integrum* — був напрацьований у римському праві. Його використовували

¹ Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України : у 2 т. / за заг. ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. 6-те вид., переробл. і допов. Київ : Юрінком Інтер, 2019. Т. I. С. 323.

римські претори в тих випадках, коли існуючі правові норми не забезпечували справедливого вирішення спору¹.

В Україні інститут реституції як цивільно-правового наслідку визнання правочину недійсним був запроваджений Цивільним кодексом Української РСР 1963 року. Цивільний кодекс Української РСР 1922 року такого наслідку недійсності правочину не передбачав. На відміну від Стародавнього Риму в Україні інститут реституції став застосовуватися не за волею адміністративного органу, а на підставі рішення суду як цивільно-правовий наслідок недійсності правочину.

Законодавця реституція приваблювала своєю простотою: той, хто одержав благо на виконання правочину, визнаного в подальшому недійсним, повинен був повернути одержане тому учаснику правочину, від якого його одержав. Однак будучи простим, цей механізм разом з тим не був достатньо ефективним, адже за час користування майном, одержаним за правочинном, його стан в одних випадках погіршувався, а в інших, навпаки, покращувався. Реституція цього до уваги не брала, а отже, не забезпечувала повноти і всебічності врахування прав сторін недійсного правочину при поверненні їх до первісного правового стану. Ситуація ще більше погіршилася, коли в Україні розпочався період економічної нестабільності: ріст та коливання курсу національної грошової одиниці, зростання цін на ринку на товари та послуги.

А втім, інститут реституції перейшов і в Цивільний кодекс України 2003 року, але, крім реституції, законодавець в частині другій статті 216 Цивільного кодексу України передбачив також відшкодування збитків і моральної шкоди.

Обов'язковою умовою відшкодування збитків та моральної шкоди, як відомо, є вина. Про це вказав і законодавець: «Якщо

¹ Давидова І. В. Особливості двосторонньої реституції як наслідку визнання правочину недійсним за цивільним законодавством України. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Сер. Право.* 2013. Вип. 23. Ч. I. Т. I. С. 187.

у зв'язку із вчиненням недійсного правочину другій стороні або третій особі завдано збитків та моральної шкоди, вони підлягають відшкодуванню винною стороною». Так, наприклад, відповідно до абзацу першого частини першої статті 229 Цивільного кодексу України якщо особа, яка вчинила правочин, помилилася щодо обставин, які мають істотне значення, такий правочин може бути визнаний судом недійсним. На підставі абзацу другого частини другої статті 229 Цивільного кодексу України сторона, яка своєю необережною поведінкою сприяла помилці, зобов'язана відшкодувати другій стороні завдані їй збитки. Згідно з частиною першою статті 225 Цивільного кодексу України правочин, який дієздатна фізична особа вчинила в момент, коли вона не усвідомлювала значення своїх дій та (або) не могла керувати ними, може бути визнаний судом недійсним. Сторона, яка знала про стан фізичної особи в момент вчинення правочину, зобов'язана відшкодувати їй моральну шкоду, завдану у зв'язку із вчиненням такого правочину.

Відшкодування збитків стороні недійсного правочину винною стороною передбачили ст. 221 (правові наслідки вчинення правочину малолітньою особою за межами її цивільної дієздатності), ст. 222 (правові наслідки вчинення правочину неповнолітньою особою за межами її цивільної дієздатності), ст. 229 (правові наслідки правочину, який вчинено під впливом помилки). Стаття 225 (правові наслідки вчинення правочину дієздатною фізичною особою, яка у момент його вчинення не усвідомлювала значення своїх дій та (або) не могла керувати ними), ст. 226 (правові наслідки вчинення правочину недієздатною фізичною особою), ст. 227 (правові наслідки укладення юридичною особою правочину, якого вона не мала права вчиняти) Цивільного кодексу України передбачили відшкодування моральної шкоди стороні правочину винною стороною. А стаття 230 (правові наслідки вчинення правочину під впливом обману), ст. 231 (правові наслідки правочину,

який вчинено під впливом насильства), ст. 232 (правові наслідки правочину, який вчинено у результаті зловмисної домовленості представника однієї сторони з другою стороною), ст. 233 (правові наслідки правочину, який вчинено під впливом тяжкої обставини) Цивільного кодексу України передбачили й відшкодування збитків і моральної шкоди.

Та далеко не завжди сторона недійсного правочину є винною в заподіянні збитків іншій стороні правочину, отже, відсутня й підстава для відшкодування збитків чи моральної шкоди.

Для цих випадків в пункті 1 частини третьої статті 1212 Цивільного кодексу України законодавець також передбачив, що до вимог про повернення виконаного за недійсним правочинном також застосовуються положення глави 83 Цивільного кодексу України — набуття, збереження майна без достатньої правової підстави. У юридичній літературі за зобов'язанням у зв'язку з набуттям, збереженням майна без достатньої правової підстави закріпився термін «кондикційне зобов'язання».

Так само як і реституція, кондикція (*condictio*) зародилася в римському праві. Серед інших випадків, в яких збагачення визнавалося безпідставним, у Стародавньому Римі відносили випадки, за яких правова підстава збагачення в подальшому відпадала¹. Це саме передбачає й частина перша статті 1212 Цивільного кодексу України: «Особа зобов'язана повернути майно, коли підстава, на якій воно набуто, згодом відпала». Отже, якщо майно було передане на виконання вчиненого сторонами правочину, а його в подальшому визнано недійсним, то майно необхідно повертати за правилами кондикції.

Разом з тим, як зазначалося вище, відповідно до абзацу другого частини першої статті 216 Цивільного кодексу України в разі недійсності правочину застосовується реституція. Інакше кажучи, відповідно до положень Цивільного кодексу України належним способом захисту за наявності відносин, які виникли

¹ Ваштарева Є. А. Кондикція і реституція у римському праві. *Проблеми законності*. 2017. Вип. 139. С. 97.

у зв'язку з вчиненням особами правочину та внаслідок подальшого визнання його недійсним, є реституція.

За таких обставин кондикція, так само як і відшкодування винною стороною правочину іншій стороні збитків та моральної шкоди, можуть застосовуватися як цивільно-правовий наслідок визнання правочину недійсним лише як додаткова до реституції вимога, така, яка має субсидіарний характер. Це можливо в тих випадках, коли реституція не забезпечує повного відновлення порушеного права стороною правочину. Прикладами застосування цієї норми може бути недостача або погіршення майна, яке повертається в натурі за недійсним правочином, зміна його ринкової вартості, стягнення неотриманих доходів. Наприклад, на виконання вчиненого правочину сторона набула у власність квартиру, в якій у подальшому провела ремонт. У разі визнання правочину недійсним за правилами реституції вона має повернути квартиру контрагенту за договором. Вартість проведених покращень у квартирі необхідно в такому разі стягувати залежно від обставин справи шляхом стягнення збитків або застосування кондикції, адже саме на вартість покращень контрагент безпідставно збагатився. Кондикція застосовується в разі відсутності необхідних умов для виникнення між сторонами зобов'язання внаслідок заподіяння шкоди (наявність шкоди, протиправність поведінки заподіявача шкоди, причинно-наслідковий зв'язок між протиправною поведінкою та заподіяною шкодою, вина заподіявача шкоди).

У судовій практиці випадків застосування судами реституції як цивільно-правового наслідку визнання правочину недійсним є незліченна кількість. Натомість випадки поєднання реституції й відшкодування збитків і моральної шкоди, так само як поєднання реституції і кондикції, мають місце нечасто. Причиною цього, на мою думку, є громіздкість запропонованої законодавцем конструкції та її непереконлива логіка. Адже, як зазначалося вище, реституція відповідно до абзацу другого частини першої статті 216 Цивільного кодексу України

підлягає застосуванню до відносин, які виникли у зв'язку із вчиненням особами правочину та внаслідок подальшого визнання його недійсним. Натомість відшкодування збитків, моральної шкоди, так само як і кондиція, є позадоговірними способами захисту. Це і викликає несприйняття правників: як можна до договірних відносин одночасно застосовувати і договірний, і позадоговірний способи захисту? Адже ж відомо, що застосуванню підлягають ті способи захисту, які відповідають характеру спірних правовідносин.

Та варто замислитися над справжньою метою реституції — поверненням сторін правочину до первісного правового стану у зв'язку з визнанням правочину недійсним. Очевидно, що в основу повернення виконаного за недійсним правочином покладено ідею про недопустимість отримання благ без правової підстави. Отже, метою реституції є недопущення подальшого утримання майна чи коштів, правова підстава набуття яких — правочин — відпала. Інакше кажучи, метою реституції є повернення майна у зв'язку з тим, що правова підстава, на якій воно було набуто, згодом відпала. Але ж повернення майна у зв'язку з тим, що правова підстава, на якій воно було набуто, згодом відпала, є класичним, ще з часів римського права і донині, завданням кондикції! Та й сам термін «реституція» в зарубіжному праві застосовується на позначення того, що одержано несправедливо (Англія) або безпідставно (Німеччина)¹.

У правових системах країн континентальної Європи повернення виконаного за недійсним правочином здійснюється за правилами кондикції як таке, що набуто без правової підстави (параграф 812 Німецького цивільного уложення²,

¹ Чингаева Б. К. Институт реституции в современных европейских правовых системах. *Недействительные сделки в гражданском праве*: материалы междунар. науч.-практ. конф. в рамках ежегодных цивилистических чтений, посвященной 75-летию профессора Рольфа Книпера (Алматы, 19–20 мая 2016 г.) / отв. ред. М. К. Сулейменов. Алматы : НИИ частного права, 2017. С. 280–281.

² Гражданское уложение Германии: введ. закон к Гражданскому Уложению / пер. с нем. В. Бергманн, введ., сост., науч. ред. В. Бергманн и др. 3-е изд., перераб. Москва : Волтерс Клувер, 2008. 896 с.

параграф 1431 Загального цивільного кодексу Австрії¹, стаття 62 Швейцарського зобов'язального закону², стаття 904 Цивільного кодексу Греції³). Схожим чином регулюються відносини сторін недійсного правочину в Франції, Італії та Нідерландах⁴. У цих країнах обов'язок з повернення майна, одержаного на виконання недійсного правочину, зводиться до витребування безпідставного платежу. При цьому під поняття платежу підпадають як сам платіж, так і передача у власність будь-яких речей (ст. 1379 Цивільного кодексу Франції, ст. 2037, 2038 Цивільного кодексу Італії, ст. 6:203 Цивільного кодексу Нідерландів). Застосування кондикції як правового наслідку недійсності правочину передбачають і Модельні правила європейського приватного права (стаття II.-7:303)⁵. Передача майна за недійсним правочином є підставою для застосування кондикції також в Англії та США.

Натомість реституція передбачена цивільно-правовим наслідком недійсності правочину в деяких державах південної Африки, а також у країнах, які раніше входили до складу Радянського Союзу: Росії (частина друга статті 167 Цивільного кодексу Російської Федерації)⁶, Білорусі (частина друга статті 168 Цивільного кодексу Республіки Білорусь)⁷,

¹ Всеобщий гражданский кодекс Австрии / пер. с нем. С. С. Маслов. Москва : Инфотропик Медиа, 2011. 272 с.

² Швейцарский обязательственный закон. Федеральный закон о дополнении Швейцарского гражданского кодекса (Часть пятая: Обязательственный закон) от 30 марта 1911 г. (по состоянию на 01 марта 2012 г.) / пер. с нем., фр. Гайдаенко Шер Н. И., Шер М. Москва : Инфотропик Медиа, 2012. 576 с.

³ Гражданский кодекс Греции: 1940 г. Международное частное право: Иностранное законодательство. Москва : Статут, 2001. (Современное зарубежное и международное частное право). Кн. 1. Общие принципы. Гл 2. Международное частное право. С. 289–292.

⁴ Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона) / пер. с фр. В. Н. Захватаева. Москва : Инфотропик Медиа, 2012. 624 с.

⁵ Модельные правила европейского частного права / пер. с англ.; науч. ред. Н. Ю. Рассказова. Москва : Статут, 2013. 989 с.

⁶ Гражданский кодекс Российской Федерации. URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_5142/ (дата звернення: 14.02.2024).

⁷ Гражданский кодекс Республики Беларусь. URL: https://kodeksy-by.com/grazhdanskij_kodeks_rb.htm (дата звернення: 14.02.2024).

Казахстані (частина третя статті 157-1 Цивільного кодексу Республіки Казахстан)¹, Азербайджані (частина п'ята статті 337 Цивільного кодексу Азербайджанської Республіки)².

Однак і в країнах колишнього Радянського Союзу законодавець при оновленні цивільних кодексів відмовляється від реституції як цивільно-правового наслідку недійсності правочину на користь кондикції. Так, частина п'ята статті 331 прийнятого у 2002 році Цивільного кодексу Республіки Молдова встановлює: «Виконання, здійснене на підставі недійсного правочину, а також інші збагачення, отримані від цього виконання, підлягають поверненню у відповідності до правових положень про безпідставне збагачення». Аналогічне правило в тому самому 2002 році запровадив і естонський законодавець (частина перша статті 84 та частина друга статті 90 Закону про загальну частину Цивільного кодексу)³.

Така тенденція не є даниною моді, адже застосування кондикції як цивільно-правового наслідку недійсності правочину є переконливим з теоретичного погляду і простішим з прикладного.

У разі запровадження в Україні кондикції як правового наслідку визнання правочину недійсним у непоодиноких випадках відпаде потреба в такому правовому наслідку, як відшкодування збитків винною стороною недійсного правочину, оскільки збитки охоплюватимуться кондикційною вимогою. Наприклад, до укладення договору купівлі-продажу квартири продавець використовував її для надання в оренду та отримував дохід у вигляді орендної плати. Після переходу права власності на квартиру до покупця орендну плату в тому самому розмірі став

¹ Гражданский кодекс Республики Казахстан. URL: <https://adilet.zan.kz/rus/docs/K940001000> (дата звернення: 14.02.2024).

² Гражданский кодекс Азербайджанской Республики. URL: https://continent-online.com/Document/?doc_id=30420111 (дата звернення: 14.02.2024).

³ Гражданский кодекс Республики Молдова. URL: https://continentonline.com/Document/?doc_id=30397878#pos=6;-140 (дата звернення: 14.02.2024).

отримувати новий власник. У разі визнання договору купівлі-продажу недійсним продавцю за правилами кондикції належить повернути і квартиру, і суму отриманих орендних платежів з часу, коли набувач квартири дізнався або міг дізнатися про володіння нею без достатньої правової підстави (частина перша статті 1214 Цивільного кодексу України). Отже, поверненню підлягає все те, чим безпідставно збагатився набувач за визнаним недійсним договором. Однак якщо новий власник квартири договір оренди розірвав і орендної плати не отримував, то за правилами кондикції в разі визнання договору купівлі-продажу недійсним поверненню підлягає квартира, а неотримані суми орендної плати потрібно стягувати як упущену вигоду.

Щодо відшкодування моральної шкоди як правового наслідку визнання правочину недійсним, то для її застосування достатньо загальної норми — ст. 23 Цивільного кодексу України.

Отже, все стає досить логічним, адже і кондиція, і відшкодування збитків та моральної шкоди є саме тими способами захисту, які й підлягають застосуванню в зобов'язальних позадоговірних правовідносинах.

Також варто зауважити, що в правових системах зарубіжних країн відшкодування збитків та моральної шкоди як правові наслідки визнання правочину недійсним не передбачаються.

У юридичній літературі противники запровадження кондикції як цивільно-правового наслідку недійсності правочину звертають увагу на певні проблемні питання¹. Зупинюся на деяких з них.

Насамперед стверджується, що при взаємному виконанні недійсного правочину сторони передають одне одному рівноцінне майно, отже, відсутнє безпідставне збагачення. Але ж у разі визнання правочину недійсним відпадає правова

¹ Москалюк Н. Б. Теоретичні та практичні проблеми права державної власності та його реалізації. Тернопіль : ВПЦ «Економічна думка ТНЕУ», 2020. 352 с.

підстава одержання майна, тобто набуте воно безпідставно, що саме й призводить до виникнення кондикційного зобов'язання.

Звертається також увага на те, що кондикція, на відміну від реституції, має односторонній характер. Та ніщо не заважає сторонам недійсного правочину заявити зустрічні кондикційні вимоги, адже у зв'язку з визнанням правочину недійсним відпала правова підстава набуття майна чи коштів у кожної з них.

При застосуванні реституції майно повертається стороні правочину незалежно від того, чи має вона право на це майно, тобто відсутня потерпіла особа як обов'язковий елемент кондикції. Таким є ще одне зауваження критиків ідеї запровадження кондикції як правового наслідку недійсності правочину. Проте хіба справедливо на підставі реституції повертати майно особі, яка розпорядилася ним, не маючи на це права? Кондикція, на відміну від реституції, цього не допускає. А справжня потерпіла особа, майном якої неправомірно розпорядилася сторона правочину, може в такому разі витребувати своє майно від сторони недійсного правочину за правилами віндикації.

Щодо віндикації деякі науковці пропонують компромісний варіант цивільно-правових наслідків визнання правочину недійсним: гроші, а також речі, визначені родовими ознаками витребувати в сторони недійсного правочину за правилами кондикції, а речі, визначені індивідуальними ознаками, — за правилами віндикації.

Однак, як йшлося вище, у разі визнання правочину недійсним його сторони безпідставно збагатилися, бо правова підстава передачі майна чи коштів — правочин — відпала. Безпідставне збагачення є підставою виникнення позадоговірного зобов'язання. З цього приводу на початку ХХ ст. видатний тогочасний науковець-цивіліст, наш земляк — уродженець Херсонської губернії Г. Ф. Шершеневич писав, що одна з підстав виникнення зобов'язального правовідношення обумовлюється безпідставним збагаченням однієї особи за рахунок іншої, тобто переходом речі з майна однієї особи в майно іншої без достатньої правової

підстави¹. Він також звертав увагу на те, що безпідставне збагачення віднесено до підстав виникнення позадоговірного зобов'язання і Німецьким цивільним уложенням².

Якщо ж правовідносини щодо повернення переданого на виконання визнаного в подальшому недійсним правочину мають позадоговірний зобов'язальний характер, то й спосіб захисту необхідно також застосовувати позадоговірний зобов'язальний, яким саме і є кондикція.

Натомість віндикація є речово-правовим способом захисту, який не може застосовуватися до зобов'язальних правовідносин, та й відновити своє порушене право шляхом віндикації речі від контрагента за правочином сторона недійсного правочину, яка передала на його виконання індивідуально визначену річ, зможе далеко не завжди. Адже це можливо лише в тому разі, якщо майно вибуло з володіння цієї особи поза її волею. А таких випадків на практиці трапляється не так багато.

Щодо відмінності між віндикацією і кондикцією речі дуже влучно свого часу висловлювався видатний німецький правознавець Фрідріх Карл фон Савінії. Згідно з його так званою віндикаційною теорією, яка залишається панівною і донині, відмінність між віндикацією і кондикцією речі полягає в такому: віндикація — речово-правовий позов неволодіючого власника до володіючого невластника; а кондикція — навпаки, зобов'язальний позов особи, яка втратила разом з володінням і право власності на річ (а отже, і можливість її віндикувати) до нового власника речі. Виходячи з цього конкуренція кондикції і віндикації неможлива, адже ці способи захисту виключають один одного³.

Справді, передаючи річ на виконання вчиненого правочину, особа передає і право власності на неї. Це впливає з самого поняття правочину, яке міститься в частині першій статті 202

¹ Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права. Москва : Издательство Юрайт, 2017. С. 268.

² Там же. С. 269.

³ Новак Д. В. Неосновательное обогащение в гражданском праве. Москва : Статут, 2010. С. 284.

Цивільного кодексу України: «Правочином є дія особи, спрямована на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків». Отже, позбувшись права власності на передану на виконання правочину річ, особа позбулася й можливості віндикувати її в разі подальшого визнання цього правочину недійсним. Самим по собі фактом визнання правочину недійсним право власності сторони на річ, передану на його виконання, не відновлюється. Для цього необхідно вчинити активні дії, спрямовані на приведення сторони недійсного правочину до первісного правового стану — застосувати наслідки недійсності. Досягається це шляхом пред'явлення до контрагента за недійсним правочином позову про кондикцію речі.

Отже, і правове обґрунтування, і практичні переваги запровадження в Україні на заміну реституції саме кондикції як цивільно-правового наслідку визнання правочину недійсним є очевидними.

Також необхідно остаточно відмовитися від передбаченого частиною третьою статті 228 Цивільного кодексу України стягнення в дохід держави одержаного або належного на відшкодування стороні недійсного правочину, який порушує публічний порядок, вчиненого з метою, що суперечить інтересам держави і суспільства. Цією нормою фактично реанімовано цивільно-правову конфіскацію, яка існувала в ст. 49 Цивільного кодексу Української РСР 1963 р. і від якої розробники Цивільного кодексу України принципово відмовилися.

Тож, відповідаючи на винесене в заголовок запитання щодо необхідності змін у регулюванні цивільно-правових наслідків визнання правочину недійсним, відповідаю ствердно. І такі зміни на часі. Особливо зважаючи на європейські прагнення України та активну роботу групи провідних українських науковців щодо рекодифікації Цивільного кодексу України¹ і приведення його у відповідність до вимог часу та кращих європейських взірців.

¹ Рекодифікація цивільного законодавства України: виклики часу : монографія / за заг. ред. Н. С. Кузнецової. 2-ге вид., допов. та переробл. Одеса : Видавничий дім «Гельветика», 2022. С. 783, 821–822.

ПРИВАТНЕ ПРАВО: ПОГЛЯД У МАЙБУТНЄ

Серьогін Олександр Юрійович

кандидат юридичних наук, доцент,

доцент кафедри міжнародного приватного права

Навчально-наукового інституту міжнародних відносин

Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Історії приватного права відомо багато спроб передбачити напрям та перспективи розвитку. Зазвичай такі розвідки неможливі без визначення ключових майбутніх протиріч або потреб, що мають зумовити прогнозовані зміни в праві як одному з регуляторів відносин (якщо підходити з позиції позитивістських поглядів на приватне право) у відповідних суспільствах певного періоду. Будучи ж «приправленими» різними теоріями з метою пояснення способу та форми змін, результати таких досліджень додають ще більше запитань, особливо при їх порівнянні з іншими дослідженнями, а отже, сумнівів та невпевненості.

Єдине, що неможливо заперечувати: майбутнє приватного права залежить від безлічі складних викликів не менше ніж від швидкості до адаптації, тобто можливості якомога більш оперативно та чітко усвідомити об'єктивно існуючу систему природного права. Потенціал приватного права в цьому напрямі закладено у його природі та реалізується шляхом забезпечення рівності учасників, вільного волевиявлення та майнової самостійності (або точніше відшкодувального характеру — *O. C.*). За відсутності можливості передбачити все на майбутнє й динамізм розвитку відносин здатність до змін стає актуальною як ніколи. Де ж очікувати найбільші труднощі у найближчому майбутньому приватного права?

Як не дивно, але «пазурі» закону дедалі глибше заходять у приватну сферу. Гонитва за нібито досягненням соціальної справедливості, ефективністю, безпекою, вплив технологій, глобалізація та інші політичні цілі, на жаль, досягають протилежного ефекту в найгіршому випадку, або відмічаємо з часом зворотний рух.

Порівняно з цим диверсія у вигляді прийняття у 2001 році Господарського кодексу України поряд із Цивільним кодексом України виглядає не так уже й загрозливо, а головне — може бути швидко та ефективно вирішена шляхом відміни Господарського кодексу¹.

Набагато складніше дати відповідь на більш глибокі питання приватного права: як у сучасному постіндустріальному та майбутньому цифровому світі особисті немайнові, майнові права — свободи вільного суспільства — поєднати з загрозами їх обмеження?

Зрозуміло, що абсолютна безпека є недосяжною, однак навіть найменший захист у цьому сенсі має свою ціну — від незручностей та затримок під час перевірки пасажирів авіакомпанії, вимог до багажу, спричинених сучасними заходами безпеки, складних систем ідентифікації особи для користування всілякими сервісами до встановлення антивірусного, антифішингового програмного забезпечення на ваш комп'ютер, що сповільнює його роботу та має необмежений доступ до наявної інформації без винятку: електронних ключів, паролів, історій пошуків, налаштувань тощо.

¹ Див., зокрема: Довгерт Анатолій. Цей правовий монумент соціалізму необхідно розбити вщент. *Право*. 23.01.23. URL: <https://pravo.ua/tsei-pravovyi-monument-sotsializmu-neobkhdno-rozbyty-vshchent-anatolii-dovhert-pro-skasuvannia-hospodarskoho-kodeksu-ukrainy/> (дата звернення: 14.02.2024) ; Кузнєцова Наталія. Для приватного права євроінтеграція реалізується через процес гармонізації. *Право*. 16.03.2023. URL: <https://pravo.ua/dlia-pryvatnoho-prava-ievrointehratsiia-realizuietsia-cherez-protses-harmonizatsii-nataliia-kuznietsova-vitseprezydent-naprmu/> (дата звернення: 14.02.2024) ; Кот Олексій. Ми маємо передбачити, як будуть розвиватися приватноправові відносини в майбутньому. *Право*. 20.02.2023. URL: <https://pravo.ua/my-prahhemo-perebachtuty-ia-k-budut-rozvyvatysia-pryvatno-pravovi-vidnosyny-v-maibutnomu-oleksii-kot-zastupnyk-holovy-robochoi-hrupy-z-onovlennia-tsyvilnoho-zakonodavstva/> (дата звернення: 14.02.2024).

Звісно, ми не можемо дозволити порушникам «залізити на голову», тобто краще запобігти, ніж потім стягувати завдані збитки, але питанням є, наскільки ми готові ризикувати, поступаючись свободою заради особистої безпеки та непорушності власності. Жарт про те, що замки від чесних людей як ніколи набуває актуальності.

Цифровий світ, у якому створено можливості спостерігати за кожним рухом, руйнує саму свободу, на захист якої й розраховувалося таке стеження. Ключовим є те, що ми маємо переконатися, чи переважає соціальна вартість засобів, використаних для посилення безпеки, недоліки. Зворотною стороною встановлення відеоспостереження у торгових центрах, аеропортах, залізничних вокзалах, інших громадських місцях є не тільки витіснення потенційних порушників, які просто підуть в інші місця, але «відкриття дверей» до тоталітаризму. Суспільство спостереження досить швидко може почати генерувати атмосферу недовіри, підозри, ризикує скотитися до чергового «полювання на відьом», характеризуватися зниженням ролі верховенства права.

Необхідно також визнати, що спроби досягти соціальної справедливості з допомогою імперативних настанов не мали та не матимуть успіху. Заборони, наприклад, у питанні гендера є несуттєвим прогресом у справі рівності. Ба більше, утопічним є підхід, за яким цінності, що лежать в основі демократичних правових систем та їх інститутів, можна успішно експортувати в менш розвинені держави, а економічне зростання забезпечить утвердження прав людини, як це мало б бути у випадку Китаю.

Удосконалення технологій спрощує стеження за листуванням електронною поштою, повідомленнями в месенджерах, різними електронними платформами оголошень, блогів, фінансовими операціями. Запровадження всіляких ідентифікацій, широке використання різних біометричних даних, електронна верифікація, навіть автоматичне списання вартості

квитка чи інші «цифрові» угоди — усі ці досягнення цивілізації, з іншого боку, є вишуканими методами контролю.

Зрозуміло, що виробники баз для оперування біометричними та іншими даними процвітатимуть, продаючи свої технології як репресивним урядам, так і зміцнюватимуть свої позиції у вільних державах, шукаючи м'які цілі. Це можуть бути дані одержувачів соціальної допомоги, споживачі страхових послуг, ув'язнені та ін. Так поступово вільні держави будуть більш репресивними, а довіра суспільства до урядових установ та корпорацій, які це запроваджують, значно знизиться. Фінал цього сценарію — підкорення особистості подібним установам чи корпораціям. Як довго ці посягання на свободу залишатимуться непоміченими? Наскільки це порушує права особи та завдає шкоди верховенству права? Чи спроможна отримати захист особа від закону та наскільки суди є здатними забезпечити захист від цих нападів?

В інформаційному суспільстві інформація дедалі більше сприймається не лише як влада, але, що є не менш загрозливим, великим бізнесом. Центральною рисою розвинених економік стає залежність від зберігання інформації. Використання штучного інтелекту, надпотужних комп'ютерів сприяє значно більшій ефективності та швидкості збору, зберігання, опрацюванню, пошуку та передачі інформації. Нині навіть рутинні функції вимагають постійного надходження даних про клієнтів, про закупівлі, продажі, надані послуги тощо. Надання кредитів, страхування, працевлаштування, інформація про товар або контрагента передбачає доступність величезної кількості даних, з одного боку, а з іншого — готовність клієнтів та контрагентів її надавати.

Майбутнє приватного права точно не стане свідком покращення конфіденційності. Рутинний збір даних як у державному, так і в приватному секторах став звичним явищем. У більшості розвинених держав дедалі більше сприймається як належне тотальне відеоспостереження в громадських місцях,

моніторинг мобільних телефонів, транспортних засобів, електронних комунікацій та взагалі будь-якої цифрової активності. Тому прогноз є невтішним. У майбутньому матимемо ще більш витончене втручання в приватне життя, де все «розумне» матиме здатність збирати інформацію та працювати проти вас.

Крім того, інформаційні технології не мають національних кордонів. Міжнародний обмін даними є звичайною практикою навіть малих та середніх підприємств, не кажучи вже про транснаціональні компанії. Навіть наявний ефективний захист, наприклад, персональних даних в одній державі, в інформаційному суспільстві нічого не вартує, адже дані можуть бути завантажені в іншій державі, де контроль за їх використанням відсутній. Тому наступним кроком мають стати контроль та заборона передачі даних до держав, де відсутній відповідних захист («офшорів» даних або «цифрових гаваней»), а відсутність або нерозвиненість відповідного регулювання — призводити до залишення поза межами інформаційного бізнесу.

Майбутнє права на приватність залежить від здатності чітко сформулювати або окреслити саме поняття, у тому числі в інформаційному суспільстві. Частково «право на приватність» стало заручником або місцем взаємодії конкуруючих прав та інтересів, як то права на свободу думки та слова.

Загальноновизнано, що право на повагу до приватного та сімейного життя (ст. 8 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод 1950 року) є однією з найскладніших та найбільш дискусійних тем у практиці Європейського суду¹.

Не настільки також заспокоює думка, що, хоча з розвитком технологій і збільшуються можливості порушення прав та свобод, проте чи не більша частина з них є лише цифровими версіями старих. Просто на поверхні знаходяться проблеми, які переважно виникають через легкість копіювання інформації,

¹ Довідник із застосування статті 8 Європейської конвенції з прав людини — Право на повагу до приватного і сімейного життя, житла і кореспонденції. URL: https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Guide_Art_8_UKR (дата звернення: 14.02.2024).

програмного забезпечення, аудіовізуальних творів тощо. Якщо казати ширше, то віддільність інформації та її можливе «автономне» існування без сталого матеріального носія, чого не було раніше (наприклад, міжнародна охорона авторських прав сфокусована на захист примірника твору як носія інформації, а не власне інформації), є результатом, зокрема, роботи стрижневих протоколів мережі Інтернет — IP та TCP.

Якщо візуалізувати, то фундамент під стовпами, на яких було побудовано будівлю інтелектуальної власності, почав помітно слабшати. Порушення у сфері доменних імен, DoS-атаки, патентування винаходів, особливо тих, що стосуються розвитку технологій без наміру використання, шпигунське, вірусне програмне забезпечення, надання без дозволу власників прав доступу до охоронюваних об'єктів інтелектуальної власності в мережі Інтернет — це лише верхівка айсберга. Зберігання даних на мобільних телефонах та інших пристроях майже не щодня випробовує здатність власників захиститися від незаконного поширення такої інформації та можливості ефективно припинити порушення, отримати відшкодування завданих збитків.

Зрозуміло, що приватне право не зможе не йти в ногу з технологічними змінами. Спроби національним законом контролювати інтернет, його роботу чи контент не мали та не матимуть вирішального значення. Потенціал опору нав'язаному регулюванню є силою та беззаперечною його перевагою.

Саме комерційні міркування мають остаточно перетворити кіберпростір на придатне для децентралізованого (приватно-правового за своєю суттю — *О. С.*) регулювання середовище. Основою стануть цінності й принципи, аналогічні презумпціям у праві, створені на основі загального досвіду та розуміння природного стану речей.

По суті, програмне та апаратне забезпечення, без якого кіберпростір є неможливим, здатне забезпечити набагато більший контроль, ніж у реальному світі. Як наслідок, інтернет

або остаточно стане місцем, де панує свобода, або скотиться до деспотичного контролю. Усе залежатиме від архітектури, типу коду та того, хто ним «керуватиме». Небезпідставні очікування згуртування міжнародної спільноти держав та недержавних організацій навколо спільного розуміння відкритості, сумісності, безпеки, надійності, сталості та стабільності в дотриманні особистих прав і свобод у цифровому (бінарному) світі, безперечно, додає оптимізму. Наявний потенціал приватного права має допомогти віднайти на цьому шляху баланс між принципами чесної інформаційної політики та гарантіями конфіденційності в кіберпросторі, гарантуванні дотримання свобод вільного суспільства.

У цифровому світі дедалі чіткіше простежується тенденція ускладнення патентування програмного забезпечення. Із запровадженням різних типів програмного забезпечення, форм, архітектури комп'ютерних програм, складних об'єктів права інтелектуальної власності викликом стає чергове доведення відповідності критеріям патентоздатності створеного продукту. З іншого боку, можливості авторського права на захист права копіювати та забороняти використання — від повідомлення електронною поштою до вебсторінки, не кажучи вже про програмне забезпечення, є набагато перспективнішими.

Проте у більш віддаленій перспективі майбутнє авторського права, як і патентного, на комп'ютерні програми, скоріш за все, буде переглянуте. З економічного погляду збитки від піратства є певною мірою віртуальними, адже більшість із тих, хто користується піратським програмним забезпеченням, не можуть собі дозволити його придбати, отже, ніколи б і не придбали його. З політичного погляду або виміру громадянського суспільства вільне програмне забезпечення (з відкритим кодом) потрібно розглядати крізь призму свободи, а не ціни. За такого підходу безплатна (вільна) програма, по суті, дорівнює праву на свободу слова.

Вільне від копірайту програмне забезпечення — це насамперед свобода користувачів копіювати, поширювати, вивчати, користуватися, змінювати та покращувати. Можливість використання штучного інтелекту в написанні програм, відповідних корисних алгоритмів, формуванні баз даних, покращенні взаємодії вже наявних продуктів лише утворює в думці про неминучість переходу від *copyright* до *copyleft* у їх переважній більшості. У такому разі сама економічна модель побудови бізнесу на основі *copyright* ставатиме все менш конкурентною.

Щось подібне відбуватиметься і з музичними творами, точніше з окремими майновими правами на об'єкти суміжних прав. Індустрія звукозапису, скоріш за все, не матиме нічого, аби запропонувати виконавцям з того, що вони, скоріше за все, матимуть безплатно з розвитком технологій. Музика захоплюватиме серця не менше, якщо її поширювати безплатно, а плата, скоріш за все, залишатиметься на розсуд слухача або буде отримуватись опосередковано за рахунок масштабування чи від використання інших інструментів цифрового суспільства, не пов'язаних із суміжними правами.

Зміни також торкнуться й самого приватного права, як мінімум, його парадигми. Приватне право майбутнього — це право управління юридичними ризиками, аналіз яких здійснюватиметься на випередження можливих проблем. Фокус уваги буде зміщеним з вирішення спорів до їх попередження/недопущення або мінімізації можливої шкоди. Для цього приватне право стане набагато повніше інтегрованим у наше приватне, соціальне, ділове життя за рахунок використання відповідних цифрових інструментів, покликаних аналізувати дії чи плани, правовий матеріал та надавати відповідні поради, генерувати необхідні документи, шукати аналогічні випадки та оптимальні шляхи врегулювання тощо.

Природно, що складовою юридичного фаху юристів майбутнього неодмінно стане, мабуть, інженерна освіта за напрямом роботи з обробки інформації та відповідними цифровими

інструментами. Скорочення кількості робочих місць для юридичних професій (як і багатьох інших) є неминучим із зворотним рухом щодо підвищення до них рівня вимог та компетенцій, як і продуктивності праці.

У зв'язку з цим шлях до розв'язання проблеми робочих місць у майбутньому також вже окреслений. Так звана передчасна деіндустріалізація набирає обертів. Експортно орієнтована стратегія розвитку, яка виправдала себе переважно в державах Східної Азії, досягла свого максимуму. Подальше зростання можливе внаслідок збільшення обсягів світової торгівлі послугами, що відкриває запит на ефективне оновлення правового регулювання¹.

Приватне право майбутнього має дійти такого ступеня уніфікації, якого свого часу було досягнуто відносно товарів, щодо таких об'єктів, як послуга та результат роботи, раніше залишеними за дужками².

Угода ГАТС системи ГАТТ/СОТ 1995 року може бути в пригоді, але з урахуванням того, що глобалізацію, по суті, потрібно винаходити наново. Наявна модель, назвемо її гіперглобалізацією, скотилася до суперництва між США та Китаєм, оголила внутрішні соціальні, економічні та екологічні проблеми. Гіперглобалізація не виправдала покладені на неї надії. Потенціал віднайти баланс та узгодити національні потреби з вимогами здорової глобальної цифрової економіки, який сприятиме міжнародній торгівлі та довгостроковим іноземним інвестиціям, є у приватному праві.

Нова модель має ґрунтуватися на визнанні потреб всіх держав (не лише де-факто великих), за аналогією приватних суб'єктів, які потребують гнучкості в політичних підходах до розв'язання їхніх внутрішніх проблем, узгоджених з вимогами

¹ Див., зокрема: Рекодифікація цивільного законодавства України: виклики часу : монографія / за заг. ред. Н. С. Кузнецової. 2-ге вид., допов. та переробл. Одеса : ВД «Гельветика», 2022. С. 424–455, 818–819.

² Див.: ст.3 Конвенції ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів 1980 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_003#Text (дата звернення: 14.02.2024).

національної безпеки. Оптимальним сценарієм розвитку була б ситуація, за якої прагнення США до глобальної першості та Китаю до регіонального домінування піддавались би самообмеженню з огляду на те, що досягнення конкуруючих економічних цілей, імовірно, відбудеться шляхом компромісу та співпраці. Інакше економічна взаємозалежність буде використовуватись як зброя, а торгівля та інвестиції за предметної, постадійної, потехнологічної кооперації — як «гра з нульовою сумою».

Від недопущення розвитку цього сценарію, врешті-решт, виграла б світова економіка вже навіть тому, що він не допускає гіперглобалізації. Підтримання політичної та економічної автономії сприятиме соціальній згуртованості та національному зростанню (фокус на розв'язання внутрішніх проблем, а не досягнення глобальних цілей, які їх розв'яжуть) зокрема неминуче через розширення глобальної торгівлі та відкритість до іноземних інвестицій. Необхідний перехід до «м'якої» глобалізації, за якої успіх світової економіки досягатиметься внаслідок ефективного керування власними економіками. У протилежному разі через економічні, регіональні та культурні відмінності всередині держав ліберальні демократії та вільний світ занепадатимуть, розвертаючи суспільства до підтримки ксенофобських, авторитарних режимів та використання технічного прогресу й здобутків цифрового світу проти його свобод.

Якщо на початку XIX ст. Генрі Мен стверджував, що право та суспільство розвиваються від відносин «статусу» до відносин «контракту», отже, належність до певної групи, природно, слабшала з розвитком продуктивності праці, учасники дедалі більше розглядалися як автономні, наділені правом самостійно укладати договори та врегульовувати в такий спосіб свої взаємини¹, то за сучасних умов зазначаємо, що свобода

¹ Henry Sumner. *Maine Ancient Law: its connection with the early history of society, and its relation to modern adeas*. London, John Murray, Albemarle street, 1861. URL: <https://archive.org/details/ancientlawitsco-18maingooq/page/n6/mode/2up> (дата звернення: 14.02.2024).

договору є більш очевидною, ніж реальною. Усім є зрозумілими перспективи працевлаштування працівника до компанії, який спробує переглянути умови стандартного трудового договору (контракту) до підписання.

Така сама ситуація з умовами типових договорів про користування послугами природних монополій (електроенергія, комунальні послуги тощо). Численні підзаконні нормативні акти, адміністративне регулювання роблять вибір споживача не таким уже й переконливим.

Наявність при цьому ще й регуляторних органів, компетентних здійснювати відповідні розслідування, встановлювати правила та накладати стягнення. Подальше розширення подібних дискреційних повноважень вихолощує вимоги верховенства права щодо дотримання чітких правил, прав та обов'язків учасників відносин, спотворюючи роль самого права.

Маємо констатувати, навіть незважаючи на наявність законодавства у сфері захисту прав споживачів, для покращення його переддоговірної позиції, не завжди свідчить на користь цілковитого відходу від відносин «статусу».

Майбутнє приватного права, зокрема у відносинах за участю споживача, буде неминуче охоплено цифровими договорами приєднання, послідовностями відповідних конклюдентних дій, що визнаватимуться юридичними фактами (найкраще характеризуватиметься терміном «кіберздатність»¹), та частково сприятиме покращенню становища останнього. Однак необхідно зауважити, що договір зі споживачем (як і договір, укладений за допомогою технічних засобів) не може вважатися окремим видом договору, спеціальною договірною конструкцією, а використовується як родове поняття для окреслення відповідних відносин з акцентом на тому, що фізична особа виступає в них для задоволення власних потреб, а не підприємницької,

¹ Харитонов Є., Харитонova О. Цивільні категорії доби інформаційного суспільства у національній доктрині приватного права: правовідносини. *Право України*. 2019. № 1. С. 136–153.

незалежної професійної діяльності, чи на виконання обов'язків найманого працівника.

У цьому самому контексті спостерігаємо проходження «третього» кола реалізації прав людини. Спершу права людини склалися переважно з «негативних» громадянських прав і свобод у тому розумінні, що передбачали відповідні невтручання. Далі був рух на утвердження «позитивних» у розумінні прав на освіту, здоров'я тощо під егідою економічних, соціальних, культурних прав. Наступне коло — це переважно «колективні» права. Прообраз їх закладено у ст. 28 Загальної декларації прав людини 1948 року¹, але потенціал досі не розкрито: «Кожна людина має право на соціальний і міжнародний порядок, при якому права і свободи, викладені в цій Декларації, можуть бути повністю здійснені». Мова в контексті приватного права йде про право на економічний розвиток, право на участь й отримання зиску від ресурсів землі, космосу, наукової, технічної інформації, ІТ-активів тощо.

У відносинах за участю споживача, особливо у сфері надання послуг, це знаходить своє відображення в такому. На етапі «другого» кола парадигма правового регулювання зосереджувалася на усуненні перепон, уніфікації приватно-правового регулювання за місцем надання послуг (у приймаючій державі). При цьому існував постійний ризик відповідно до ст. 12 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права 1966 року, що ці права можуть бути об'єктом певних національних обмежень, якщо вони «...передбачені законом, які є необхідними для охорони державної безпеки, громадського порядку, здоров'я чи моральності населення або прав і свобод інших...»².

¹ Загальна декларація прав людини, прийнята і проголошена резолюцією 217 А (III) Генеральної Асамблеї ООН від 10 грудня 1948 р. (неофіційний переклад). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_015#Text (дата звернення: 14.02.2024).

² Міжнародний пакт про громадянські і політичні права. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_043#Text (дата звернення: 14.02.2024).

Тому, ураховуючи важливість цього виду «невидимого експорту», відбувся перехід до наступного етапу — усунення перепон у самій державі походження споживача, туриста тощо.

Іноді стверджується, що невиправдана перевага надається позитивному праву за рахунок природного. Проте реальність така, що обидва напрями важливі. У суспільствах, де захищені економічні та соціальні права, демократія має більше шансів на успіх, як і можливостей досягнути природне право. За таким підходом суспільства, розуміючи серйозність загроз інформаційного світу, швидше зможуть протидіяти технологіям та їх використанню проти свобод людини. Звісно, це вимагатиме відданості цінностям громадянського суспільства та сміливості обраних представників протидіяти тиску з боку корпорацій, потреб національної безпеки та правоохоронних органів у боротьбі з тероризмом, міграцією, прийняттю національних законів у виправданні впровадження репресивних технологій. Цей сценарій, будемо сподіватися, втілить можливості та реалізує потенціал приватного права в досягненні балансу між потребами кожної людини та суспільства в цілому.

ЦИФРОВА РІЧ: ПРАВОВА РЕАЛЬНІСТЬ АБО ЮРИДИЧНА НЕВИЗНАЧЕНІСТЬ

Сліпченко Святослав Олександрович

*професор, доктор юридичних наук,
професор кафедри цивільно-правових дисциплін
Харківського національного університету внутрішніх справ*

У Концепції оновлення Цивільного кодексу України¹, ідейною натхненницею підготовки якої була Н. Кузнецова, висловлено думку, що з розвитком цивільного обороту необхідно розширити перелік об'єктів цивільних прав, який був визначений на той час Цивільним кодексом України (далі — ЦК України). Законом України «Про внесення змін до Цивільного кодексу України щодо розширення кола об'єктів цивільних прав» легальний перелік об'єктів цивільних прав було доповнено цифровими речами та визначено їх правовий режим (ст. 177, 179-1 ЦК України).

У контексті цього в теорії цивільного права широкого обговорюються питання сутності та правового режиму цифрових речей. Позиції юристів можна умовно поділити на дві супротивні групи. Перша об'єднує тих, хто вважає, що цифрова річ є новим об'єктом, на який встановлено режим права власності. Друга — прихильників, яких вважають, що цифрова річ не є новим об'єктом, а встановлення на неї режиму права власності призведе до юридичної невизначеності.

Отже, набуває актуальності визначення поняття «цифрова річ», його сутності, правового режиму та правової природи відносин, в яких цифрова річ є об'єктом. Адже якщо дійсно

¹ Концепція оновлення Цивільного кодексу України. Київ : АртЕк, 2020. 128 с.

виникли нові об'єкти цивільного права або змінили сутність відомі об'єкти, то виникає необхідність встановлення для них відповідного правового режиму. У противному разі буде неврегульованою ціла низка цивільних відносин, що, своєю чергою, створить загрозу порушення суб'єктивних прав. Якщо ж цифрові речі лише здаються новими об'єктами цивільних прав, а насправді є традиційними (давно відомими), то встановлення для них нового правового режиму, відмінного від того, що встановлено для таких об'єктів за межами цифрового середовища, потребує з'ясування допустимості подібних новел, адже вони можуть становити загрозу виникнення невизначеності у праві. А, як відомо, остання порушує принцип верховенства права та ставить під сумнів правомірність застосування самого джерела права, яке породжує таку невизначеність.

***Узагальнені аргументи прихильників
та опонентів підходу щодо цифрових речей
як нових об'єктів цивільних прав, на які може
встановлюватися право власності***

Прихильники позиції, за якою цифрові речі є новими об'єктами цивільних прав, на які може встановлюватися право власності, наводять такі аргументи.

1. Сучасні інформаційно-комунікаційні технології настільки увійшли в повсякденне, професійне, творче життя людини, що виникло ціле цифрове середовище¹. В останньому сформувався новий вид цивільних правовідносин. Їх називають і інтернет-правовідносини, і віртуальні правовідносини, і цифрові правовідносини, і електронні правовідносини, і ІТ-правовідносини. Сутність і унікальність останніх полягає в тому, що вони існують у кіберпросторі², у цифровому середовищі.

¹ Некіт К. Г. Особливості змісту та здійснення права віртуальної власності. *Часопис цивілістики*. 2019. Вип. 32. С. 86–92. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Час_2019_32_18 (дата звернення: 16.01.2024).

² Бааджи Н. П. Правова природа правовідносин у мережі Інтернет. *Часопис цивілістики*. 2017. Вип. 22. С. 112–116. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Час_2017_22_25 (дата звернення: 16.01.2024).

2. Такі нові правовідносини виникли в результаті появи нових (новітніх) об'єктів цивільних прав, об'єктів, які раніше були невідомі цивілістиці, або, якщо й відомі, то цифрове середовище змінило сутність таких благ¹.

3. Нові об'єкти цивільних прав хоч і нематеріальні, але мають багато характеристик, притаманних традиційним об'єктам права власності². Цифрові речі «можуть повністю повторювати ознаки речей матеріального світу та виконувати аналогічні функції»³, тобто прихильники цієї групи виходять із того, що сутність цифрової речі за своїми функціями аналогічна сутності речі як предмета матеріального світу⁴. І з внесенням відповідних змін до ЦК України ці блага та їхній правовий режим уже стали правовою реальністю⁵.

4. Для встановлення права власності на цифрові речі, зазначають визнавці розглядуваного підходу, сьогодні в національній системі приватного права не існує навіть якихось перешкод, адже «згідно з українською концепцією права власності об'єктом права власності може бути як тілесна річ,

¹ Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про внесення змін до Цивільного кодексу України, спрямованих на розширення кола об'єктів цивільних прав». *Офіційний вебпортал Верховної Ради України*. URL: <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/pubFile/1507449> (дата звернення: 16.01.2024).

² Hunt K. This Land is not Your Land: Second Life, Copybot and the Looming Question of Virtual Property Right. *Texas Review of Entertainment and Sports Law*. 2007. Vol. 9. P. 172

³ Некіт К. Г. Віртуальні активи як різновид цифрових речей. *Часопис цивілістики*. Вип. 45. 2022. С. 53.

⁴ Sheldon D. Claiming ownership, but getting owned: contractual limitations on asserting property interests in virtual goods. *UCLA Law Review*. 2007. Vol. 54. P. 751–787 ; Palka P. Virtual property: towards a general theory. PhD. *Florence: European University Institute*. 2017. 240 p. URL: http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/49664/Palka_2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y (дата звернення: 16.01.2024) ; Некіт К. Г. До питання про специфіку змісту права власності на цифрові речі. *Доктрина приватного права: традиції та сучасність*: матеріали ХХ наук.-практ. конф., присвяч. 100-й річниці з дня народж. д-ра юрид. наук, проф., чл.-кор. АН УРСР, ректора Харків. юрид. ін-ту (1962–1987 рр.) В. П. Маслова (Харків, 4 лют. 2022 р.) / Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого, каф. цивіл. права № 1, каф. цивіл. права № 2 ; Нац. акад. прав. наук України, від-ня цивіл.-прав. дисциплін ; Харків. обл. осередок Всеукр. гром. орг. «Асоц. цивілістів України». Харків : Право, 2022. С. 247–252.

⁵ Мічурін Є. О. Цифрова річ як правова реальність. *Матеріали науково-практичної конференції «Проблеми вдосконалення приватноправових механізмів набуття, передачі, здійснення та захисту суб'єктивних цивільних та сімейних прав у сучасних умовах в Україні», присвяченої пам'яті професора Чингізхана Нуфатовича Азімова* (Харків, 12 січня 2024 р.). Харків, 2024. С. 82–88.

так і безтілесна»¹. Інакше кажучи, сучасна національна система цивільного законодавства «не обмежується поширенням режиму власності лише на речі як матеріальні предмети», а встановлює його й на нематеріальні блага². Вітчизняному законодавцю необхідно лише більш чітко це визнати³. На їхню думку, такими об'єктами вже є майнові права, безготівкові гроші, бездокументарні цінні папери тощо⁴. Відповідно, і на цифрові речі, які є нематеріальними, може бути встановлено право власності⁵.

5. Ще один з аргументів, який наводиться на користь того, що на розглядувані майнові нематеріальні блага цивільних прав може бути встановлено право власності, ґрунтується на переважанні авторитету джерел міжнародного права над авторитетом національних джерел права. Зокрема, стверджується, що ЄСПЛ уже давно під власністю розуміє не тільки матеріальні, а й нематеріальні блага⁶. Тому й цифрові речі підпадають під поняття власності у розумінні ст. 1 Протоколу 1

¹ Тимошенко Є. А. Проблема визначення права віртуальної власності як об'єкта правовідносин. *Часопис Київського університету права*. 2020. № 3. С. 266.

² Некіт К. Г. Право приватної власності в інформаційному суспільстві: цивілістична теорія і практика реалізації : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03. Одеса, 2021. С. 67 ; Тимошенко Є. А. Проблема визначення права віртуальної власності як об'єкта правовідносин. *Часопис Київського університету права*. 2020. № 3. С. 266.

³ Харитонов Є. О. Вітчизняна концепція права власності перед викликами інформаційного суспільства. *Часопис цивілістики*. Вип. 29. 2018. С. 82–88.

⁴ Еннан Р. Правовий режим «віртуальної власності»: поняття, ознаки, сутність і правова природа. *Теорія і практика інтелектуальної власності*. 2019. № 3. С. 123–131. URL: http://www.inprojournal.org/wp-content/uploads/2019/3_2019/14.pdf.

⁵ Некіт К. Г. Право приватної власності в інформаційному суспільстві: цивілістична теорія і практика реалізації : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03. Одеса, 2021. С. 67 ; Тимошенко Є. А. Проблема визначення права віртуальної власності як об'єкта правовідносин. *Часопис Київського університету права*. 2020. № 3. С. 266.

⁶ Побережник А. Гудвіл – грошове визначення ділової репутації компанії. *Юрист & Закон*. 2019. № 28. URL: https://uz.ligazakon.ua/ua/magazine_article/EA012937 (дата звернення: 25.03.2023) ; Ursula Kriebaum, Christoph Schreuer. The Concept of Property in Human Rights Law and International Investment Law. // Breitenmoser S (ed), Liber Amicorum Luzius Wildhaber, Human Rights Democracy and the Rule of Law. Nomos Publishers. 2007. P. 743 ; Карнаух Б. Захист власності Європейським судом з прав людини і горизонтальний ефект. *Право України*. 2021. № 5. С. 153. С. 149–166 ; Некіт К. Г. Цифрові дані та інформація як об'єкти права власності. *Часопис цивілістики*. 2021. Вип. 42. С. 41.

до Конвенції про захист прав людини та її основоположних свобод (далі – Конвенція). А якщо це так, то у світлі глобалізаційних та інтеграційних процесів, що відбуваються, законодавче встановлення для цифрових речей режиму права власності відповідає міжнародним стандартам¹.

Водночас опоненти наведеного вище підходу стверджують, що ті правовідносини, які виникають щодо цифрових речей, повністю охоплюються вже відомими видами цивільних правовідносин та не є новими порівняно з уже існуючими². До того ж вони виходять із того, що надання об'єкту цивільних прав цифрової форми не створює нового об'єкта або нової сутності традиційного об'єкта з новим правовим режимом³. Своєю чергою, Н. Кузнецова справедливо зазначає, що «традиційно інститут права власності в Україні, як і загалом у країнах континентальної системи права, розглядається як правовий масив, що регламентує права стосовно речей як об'єктів матеріального світу і цим практично обмежується...»⁴. Тому поширення режиму речей на нематеріальні блага, а тим більше режиму права власності, є доктринально неприпустимим⁵

¹ Некіт К. Г. Право приватної власності в інформаційному суспільстві: цивілістична теорія і практика реалізації : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03. Одеса, 2021. С. 52–53.

² Баранов А. А. Интернет: объект правоотношений и предмет регулирования : монография. Киев : Право Украины, Харьков : Право, 2013. 144 с. ; Сліпченко А. С., Сліпченко С. О. Цифрова річ як «новий» об'єкт «нових» цивільних правовідносин. *Право і безпека*. 2023. № 4 (91). С. 68–81. Doi: 10.32631/pb.2023.4.06 (дата звернення: 16.01.2024).

³ Becker J., Dreier Th. Urheberrecht und digitale Technologie. *Arbeitsitzung des Instituts für Urheber- und Medienrecht am*. 22. April 1994. Baden-Baden : Nomos-Verlagsgesellschaft, 1994. 184 s. URL: https://www.helvetica.llnwd.net/disclosure/fulldisplay?docid=alma991008853759703976&context=L&vid=41SNL_51_INST:helvetica&lang=de&search_scope=MyInstitution &adaptor=Local%20Search%20Engine&tab=LibraryCatalog&query=creator,exact,BECKER,%20J%C3%BCrgen&offset=0 (дата звернення: 16.09.2023) ; Глотов С. Можливість застосування законодавства про авторське право до творів у цифровій формі. *Теорія і практика інтелектуальної власності*. 2006. № 3. С. 10–15 ; Сліпченко А. С., Сліпченко С. О. Цифрова річ як «новий» об'єкт «нових» цивільних правовідносин. *Право і безпека*. 2023. № 4 (91). С. 68–81. Doi: 10.32631/pb.2023.4.06 (дата звернення: 16.01.2024).

⁴ Кузнецова Н. Нетипові об'єкти права власності в контексті статті 1 Першого протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. *Право України*. 2016. № 1. С. 34–40.

⁵ Яроцький В. Л. Цінні папери в механізмі правового регулювання майнових відносин (основи інструментальної концепції) : монографія. Харків : Право, 2006. С. 29–30.

і безперспективним¹. Щодо аргументу, що ЄСПЛ уже давно під об'єктом права власності розуміє не тільки матеріальні, а й нематеріальні блага, тому встановлення для цифрових речей режиму права власності повністю відповідає міжнародним стандартам, то, вбачається, особи, які наводять такий аргумент, не враховують при тлумаченні рішень ЄСПЛ характерні відмінності ідей побудови та розуміння норм права в різних правових системах.

Аналіз наведених вище позицій дозволяє сформулювати низку послідовних умовиводів.

Щодо виникнення у цифровому середовищі нового виду цивільних правовідносин

Раніше, у т. ч. й автором цієї статті², вже висловлювалася думка, що в цифровому середовищі (кіберпросторі, інтернет-середовищі) навіть гіпотетично не можуть існувати якісь «суспільні відносини»³, як іноді зазначається в юридичній літературі⁴. Таке твердження ґрунтується на тому, що суспільні відносини — це завжди зв'язок (взаємозв'язок, стосунки) між особами, заснований на їх взаємодії, співробітництві. Це форма співіснування осіб. Тому думка про співіснування (існування) осіб у цифровому середовищі (в Інтернеті) може сприйматися лише умовно, на побутовому рівні, подібно до того, як кажуть про телефонманів, що вони «живуть у телефоні»⁵.

¹ Карагусов Ф. С. Ценные бумаги и деньги в системе объектов гражданских прав : автореф. дис. на соискание ученой степени д-ра юрид. наук : 12.00.03. Казахский гуманитарно-юридический ун-т. Алматы, 2002. С. 9.

² Сліпченко А. С., Сліпченко С. О. Цифрова річ як «новий» об'єкт «нових» цивільних правовідносин. *Право і безпека*. 2023. № 4 (91). С. 68–81. Doi: 10.32631/pb.2023.4.06 (дата звернення — 16.01.2024).

³ Баранов А. А. Интернет: объект правоотношений и предмет регулирования : монография. Киев : Право Украины ; Харьков : Право, 2013. 144 с. ; Бааджи Н. П. Правова природа правовідносин у мережі Інтернет. *Часопис цивілістики*. 2017. Вип. 22. С. 112–116. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Chac_2017_22_25 (дата звернення: 16.01.2024).

⁴ Правове регулювання інноваційних відносин : монографія / Прилипко С. М. та ін. Харків : Юрайт, 2013. 688 с.

⁵ Сліпченко А. С., Сліпченко С. О. Цифрова річ як «новий» об'єкт «нових» цивільних правовідносин. *Право і безпека*. 2023. № 4 (91). С. 68–81. Doi: 10.32631/pb.2023.4.06 (дата звернення: 16.01.2024).

До того ж суб'єктивні права, обов'язки (не факт фіксації останніх, а права й обов'язки як такі) та їх носії (суб'єкти) перебувають зовні цифрового середовища. Тому й відносини між такими особами відбуваються зовні. Якщо ж у цифровому середовищі не можуть існувати суспільні відносини, то в ньому не можуть виникнути й правовідносини, адже правовідносини — це суспільні відносини, урегульовані нормами права, а останнім у цифровому середовищі нічого регулювати.

Цифрове середовище є лише інструментом (засобом), який дозволяє побудувати таку форму співіснування осіб, як суспільні відносини. Однак аналогічними засобами можуть розглядатися й інші комунікаційні системи. Наприклад, пошта, телеграф, радіо, телефонний зв'язок тощо. А якщо цифрове середовище як сукупність технічних засобів та цифрових технологій є лише засобом, то більш коректно вести мову про те, що суспільні відносини, правовідносини виникають (реалізуються) за допомогою цифрового середовища, а не в ньому, тобто в цифровому середовищі немає ніяких правовідносин, як їх немає в телефонній, телеграфній, радіомережі.

Наведене ставить під сумнів вивіреність твердження про те, що цифрове середовище, інтернет-простір стали передумовою появи нового виду цивільних правовідносин.

Видається слушною позиція О. Баранова, який поділяє всі приватні правовідносини, пов'язані з цифровим середовищем, на дві групи: 1) ті, що пов'язані безпосередньо зі створенням та обслуговуванням телекомунікаційної мережі як сукупності технічних та програмних засобів, призначених для їх подальшого використання; 2) ті, що пов'язані з використанням мережі Інтернет, інтернет-технологій та кінцевих пристроїв для реалізації різноманітних видів діяльності¹. До перших, наприклад, належать правовідносини з обслуговування

¹ Баранов А. А. Інтернет: объект правоотношений и предмет регулирования : монография. Киев : Право України ; Харьков : Право, 2013. С. 17—18.

комп'ютерів, офісної техніки, створення та обслуговування комп'ютерних мереж. Тому в такому випадку мають місце майнові, і, зокрема, зобов'язальні правовідносини з надання послуг або виконання робіт. Володіння та користування створеною сукупністю технічних засобів може відбуватись у межах зобов'язальних правовідносин (наприклад, орендних) або речових (наприклад, право власності). А розроблення комп'ютерних програм, застосунків, їх впровадження — це правовідносини інтелектуальної власності, правовідносини з розпоряджання майновими правами інтелектуальної власності тощо. Забезпечення функціонування телекомунікаційної мережі, її обслуговування знову ж таки є послугою, яка надається в межах зобов'язальних правовідносин. Отже, як можна помітити, усі правовідносини цієї групи не є новими для цивільного права. До другої групи входять правовідносини, які виникають із надання публічних послуг, телекомунікації та електронної комерції, наприклад, дистанційна освіта, телемедицина, інтернет-банкінг, електронні послуги, електронний документообіг тощо. Очевидно, що в такому випадку також мають місце майнові правовідносини, у т. ч. підприємницькі з надання послуг (освітніх, юридичних тощо), надання інформації, надання прав на результати інтелектуальної, творчої діяльності, інших прав.

Отже, у цифровому середовищі не виникає та не існує ніяких правовідносин, а ті, що пов'язані з цифровим середовищем, існують зовні цифрового середовища та повністю охоплюються вже відомими видами цивільних правовідносин і не є новими.

Щодо виникнення у цифровому середовищі нового виду об'єктів цивільних прав — цифрових речей

Згідно зі ст. 179-1 ЦК України цифровою річчю є благо, що створюється та існує виключно в цифровому середовищі та має майнову цінність. До цифрової речі наведена норма відносить віртуальні активи, цифровий контент та інші блага,

що створюються й існують виключно в цифровому середовищі та мають майнову цінність. І якщо розглядати наведене в Законі поняття цифрової речі та її складові, то це благо, на перший погляд, становить собою щось унікальне, нове, раніше невідоме цивільному праву. Водночас аналіз самого поняття та його складових дозволяє стверджувати, що блага, які запропоновано називати цифровими речами, — це лише нова додаткова назва вже давно відомих і навіть традиційних об'єктів цивільних прав.

Оскільки в попередніх працях автором уже висловлювалися думки з цього приводу¹, то в цій роботі будуть тільки тезисно наведені аргументи.

1. Відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про віртуальні активи»^{*} віртуальний актив як одна зі складових цифрової речі — це нематеріальне благо, що є об'єктом цивільних прав, має вартість і виражене сукупністю даних в електронній формі. Очевидно, що наведене поняття настільки всеосяжне, що може охоплювати собою, як мінімум, такі вже відомі об'єкти цивільних прав, як: послуги, майнові права, інформацію, результати інтелектуальної, творчої діяльності, оборотоздатні об'єкти особистих немайнових правовідносин тощо. По-перше, усі вони нематеріальні. По-друге, усі вони мають майнову цінність (можуть бути оцінені в грошах). По-третє, усі вони можуть бути виражені сукупністю даних в електронній формі. Наприклад, сукупністю даних про: характер послуги (опис послуги), майнову цінність (вартість) цього блага; результати інтелектуальної, творчої діяльності, як і сам результат. Це може бути й зміст консультації тощо. До того ж у юридичній літературі справедливо зазначається, що дефініція «віртуальні активи» охоплює й такі об'єкти цивільних

¹ Сліпченко А. С., Сліпченко С. О. Цифрова річ як «новий» об'єкт «нових» цивільних правовідносин. *Право і безпека*. 2023. № 4 (91). С. 68–81. Doi: 10.32631/рб.2023.4.06 (дата звернення: 16.01.2024).

* Закон України «Про віртуальні активи» хоча й не набув чинності, але є Законом.

прав, як бездокументарні цінні папери, електронні гроші¹. Отже, як можна звернути увагу, поняття віртуального активу містить у собі не нові, а вже давно відомі об'єкти цивільного права, які отримують лише додаткову назву. Принаймні так це сформульовано в його легальному визначенні.

2. Відповідно до п. 11 ч. 1 ст. 2 Закону України «Про цифровий контент та цифрові послуги» цифровий контент як ще одна зі складових цифрової речі — це дані, які створюються та надаються в цифровій формі. До нього належать, зокрема, комп'ютерні програми, застосунки, відеофайли, аудіофайли, музичні файли, цифрові ігри та електронні книги. Отже, поняття цифрового контенту охоплює такі відомі нематеріальні блага, як результати інтелектуальної, творчої діяльності, інформацію та деякі оборотоздатні особисті немайнові блага. Подібне його визначення міститься і в п. 65 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про авторське право і суміжні права» та п. 6 ст. 2 Директиви Європейського Парламенту і Ради (ЄС) про деякі аспекти, що стосуються договорів про продаж товарів, про внесення змін до Регламенту (ЄС) 2017/2394 і Директиви 2009/22/ЄС та про скасування Директиви 1999/44/ЄС (2019/771). Причому, як справедливо зазначається в юридичній літературі, складові цифрового контенту (результати інтелектуальної, творчої діяльності, інформація, оборотоздатні особисті немайнові блага) залишаються такими незалежно від того, відбувається доступ до них через завантаження чи потокову передачу². Отже, поняття цифрового контенту також охоплює собою не нові, а вже давно відомі об'єкти цивільних прав.

¹ Kud A. A. (2020). The Phenomenon of Virtual Assets : Economic and Legal Aspects. *International Journal of Education and Science*, 3(3), 1–13. Doi: 10.26697/ijes.2020.3.3 (дата звернення: 16.01.2024).

² Саванець Л. М., Стахира Г. М. Цифровий контент як об'єкт авторського права. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Сер. Право*. 2019. Вип. 59. Т. 1. С. 167–170 ; Сліпченко А. С. Цивільний оборот цифрового контенту. *Проблеми цивільного права та процесу* : тези доп. учасників наук.-практ. конф., присвяч. 98-й річниці від дня народження О. А. Пушкіна (м. Вінниця, 19 трав. 2023 р.) / МВС України, Харків. нац. ун-т внутр. справ ; Харків. обл. осередок Всеукр. громад. орг. «Асоціація цивілістів України» ; Наук. парк «Наука та безпека». Вінниця : ХНУВС, 2022. С. 341–345.

У юридичній літературі зазначається, що самі терміни «віртуальна реальність», «віртуальна власність» і, як наслідок, «цифрова річ», з'явилися завдяки комп'ютерним іграм. Створені в межах гри різноманітні віртуальні предмети почали сприйматися користувачами комп'ютерних ігор як звичайні (традиційні) об'єкти права власності як речі¹.

Разом з тим комп'ютерна гра є комп'ютерною програмою, яка приводить комп'ютер у дію для досягнення певної мети або результату, вираженого у вихідному кодї. У комп'ютерній грі таким вихідним кодом зазвичай є візуалізована рухома картинка, на рух якої може впливати гравець². І гравець, оскільки вихідний код комп'ютерної гри є варіативним, «впливаючи на життя персонажу гри», по суті, лише змінює цей вихідний код у межах, допустимих розробником програми. Та сама обставина, що віртуальні предмети почали сприйматися гравцями як звичайні (традиційні) речі, не змінюють самої суті таких віртуальних предметів. Останні є звичайною комп'ютерною симуляцією нашого світу, але не є частиною останнього.

Отже, як сама цифрова річ, так і її складові (віртуальні активи, цифровий контент та інші блага, що створюються й існують виключно у цифровому середовищі та мають майнову цінність) не є новими об'єктами цивільних прав. Поняття цифрової речі повністю охоплює собою не нові, а вже давно відомі (традиційні) об'єкти цивільного права, які отримали лише додаткову назву. Їхня єдина особливість — це форма втілення, середовище існування.

Щодо сутності цифрових речей

Згідно з реченням другим ч. 2 ст. 179-1 ЦК України, до цифрових речей застосовуються положення ЦК України

¹ Горобець Н. О., Майсун І. В. Віртуальні об'єкти, їх місце в інституті права власності. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2021. № 5. С. 52–54.

² Сліпченко А. С., Сліпченко С. О. Цифрова річ як «новий» об'єкт «нових» цивільних правовідносин. *Право і безпека*. 2023. № 4 (91). С. 68–81. Doi: 10.32631/рб.2023.4.06 (дата звернення: 16.01.2024).

про речі, якщо інше не встановлено самим ЦК України, законом або не впливає із сутності цифрової речі. Аналіз змісту наведеної норми дозволяє стверджувати, що законодавець поділяє цифрові речі залежно від їх сутності на дві групи (на два види). До першої входять ті, до яких застосування положень про речі відповідає їх сутності. І лише для деяких з них, як виняток, ЦК України або закон може встановити інше, тобто встановити незастосування положень про речі. Водночас такі винятки не змінюють сутності самих цифрових речей цієї групи. До другої входять ті, сутність яких унеможливило застосування до них положень про речі.

Отже, від сутності цифрових речей залежить застосування чи незастосування до них положень про речі. Інакше кажучи, вона впливає на можливість або неможливість встановлення для таких благ правового режиму речей, до якого, без сумніву, входить і режим права власності. Водночас зі змісту ст. 179-1 ЦК України не зрозуміло, яку саме сутність необхідно враховувати для визначення правового режиму цих об'єктів цивільних прав, яка кваліфікаційна ознака для такого визначення є юридично значущою, а яка юридично байдужою.

Перш ніж виявити дійсну сутність розглядуваних благ зазначу, що в межах цієї статті під сутністю як філософською категорією буде розумітися внутрішній зміст об'єкта пізнання, який залишається незмінним у різноманітних формах свого буття. Як термін він позначає істотні властивості об'єкта, без яких останній нездатний існувати. Така загальність установки однієї з базових категорій для даного дослідження та умовна узгодженість щодо її сприйняття дозволить згодом перевірити несуперечливість зроблених висновків щодо сутності цифрової речі, використовуючи ту саму установку.

Виразників точок зору щодо сутності цифрових речей можна поділити на дві групи. Представники однієї групи виходять з того, що цифрова річ є суть речі. Представники іншої заперечують такому твердженню.

Аналіз позицій, прихильники яких вважають, що сутність цифрових речей збігається із сутністю речей, оскільки перші «можуть повністю повторювати ознаки речей матеріального світу та виконувати аналогічні функції»¹, мають багато характеристик, притаманних саме традиційним об'єктам права власності², дозволяє дійти висновку, що подібне твердження не витримує критики. Адже як би особа собі не уявляла та не ставилася до цифрової речі (до нематеріального блага), остання нездатна повторити ознаки та виконати функцію предметів матеріального світу. Наприклад, вона нездатна виконати функцію харчових продуктів і втамувати голод людини, виконати функцію одягу або житла взимку тощо. Отже, цифрова річ не є суттю речі, не здатна повторити ознаки та виконувати функції останніх.

Разом з тим необхідно зазначити, що в ч. 1 ст. 177 ЦК України (у редакції Закону № 3320-IX від 10.08.2023) цифрові речі розглядаються як самостійний вид об'єктів цивільних прав. А, як відомо, у результаті поділу будь-якого поняття на види, елементи розподілу відповідно до правила логіки мають взаємно виключати одне одного. Тому сутність цифрових речей все ж таки має бути такою (за логікою, вона не може бути іншою), щоб виникала можливість виділити їх у самостійний вид об'єктів цивільних прав і не дозволяла перехрещуватися з іншими об'єктами. Спробуємо віднайти таку відмінність.

Зміст ч. 2 ст. 177 ЦК України вказує на те, що об'єкти цивільних прав можуть існувати в матеріальному світі та/або цифровому середовищі. Звідси прихильники підходу щодо цифрових речей як нового виду об'єктів цивільних прав доходять такого висновку. Якщо об'єкти, які існують у матеріальному світі,

¹ Некіт К. Г. Віртуальні активи як різновид цифрових речей. *Часопис цивілістики*. Вип. 45. 2022. С. 53.

² Hunt K. This Land is not Your Land: Second Life, Copybot and the Looming Question of Virtual Property Right. *Texas Review of Entertainment and Sports Law*. 2007. № 9. P. 172.

повинні мати матеріальну сутність, становити собою предмети (частину) матеріального світу, то логічним буде твердження, що в цифровому середовищі існують лише об'єкти, які мають цифрову сутність¹. З цього приводу в юридичній літературі зазначається, що на відміну від матеріальних речей цифрові речі існують лише в цифровій формі², у цифровому середовищі. На це вказує і ч. 1 ст. 179-1 ЦК України. А якщо звернутись до такої загальнофілософської категорії, як сутність, наведеної вище, то запропоноване розуміння цифрової речі начебто вказує на те, що її цифрова форма існування і є її сутністю. Адже без такої істотної властивості, як цифрова форма втілення, цей об'єкт не здатен існувати. Інакше кажучи, робиться висновок, що цифрова форма втілення будь-якого блага є його сутністю, яку й необхідно враховувати при визначенні правового режиму. Назвемо такий підхід у межах даного дослідження формальним.

Підсумовуючи позицію представників формального підходу до визначення сутності цифрової речі зазначимо, що здебільшого вони виходять із того, що, навіть охоплюючи традиційні об'єкти цивільних прав, цифрова форма втілення суттєво змінює їхню сутність. Це дозволило визнавцям формального

¹ Бааджи Н. П. Правова природа правовідносин у мережі Інтернет. *Часопис цивілістики*. 2017. Вип. 22. С. 112–116. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Час_2017_22_25 (дата звернення: 16.01.2024) ; Hunt K. This Land is not Your Land: Second Life, Copybot and the Looming Question of Virtual Property Right. *Texas Review of Entertainment and Sports Law*. 2007. № 9. P. 172 ; Некіт К. Г. Віртуальні активи як різновид цифрових речей. *Часопис цивілістики*. Вип. 45. 2022. С. 53 ; Sheldon D. Claiming ownership, but getting owned: contractual limitations on asserting property interests in virtual goods. *UCLA Law Review*. 2007. № 54. P. 751–787 ; Palka P. Virtual property: towards a general theory. PhD. Florence: European University Institute. 2017. 240 p. URL: http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/49664/Palka_2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y (дата звернення: 16.01.2024) ; Некіт К. Г. До питання про специфіку змісту права власності на цифрові речі. *Доктрина приватного права: традиції та сучасність* : матеріали XX наук.-практ. конф., присвяч. 100-й річниці з дня народж. д-ра юрид. наук, проф., чл.-кор. АН УРСР, ректора Харків. юрид. ін-ту (1962–1987 рр.) В. П. Маслова (Харків, 4 лют. 2022 р.) / Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого, каф. цивіл. права № 1, каф. цивіл. права № 2 ; Нац. акад. прав. наук України, від-ня цивіл.-прав. дисциплін ; Харків. обл. осередок Всеукр. гром. орг. «Асоц. цивілістів України». Харків : Право, 2022. С. 247–252 ; Ісаєв А. М. Місце віртуальних активів у системі об'єктів цивільних прав. *Нетипові об'єкти* : зб. ст. / за ред. І. В. Спасиби-Фатеевої. Харків : ЕКУС, 2022. 266 с.

² Майданик Р. А. Цифрова річ: поняття та правова природа. *Актуальні проблеми інтелектуального, інформаційного, IT- та Інтернет-права* : матеріали Шостої всеукр. наук.-практ. конф. (Львів, 29 вересня 2022 р.). Львів : Юрид. ф-т Львів. нац. ун-ту ім. І. Франка, 2022. С. 173.

підходу розглядати їх як окремий самостійний вид об'єктів цивільного права, об'єднаних під назвою «цифрові речі», з новою (цифровою) сутністю. Інакше кажучи, відповідно до наведеної позиції майнові права, послуги, результати інтелектуальної, творчої діяльності, інформація, інші нематеріальні блага, якщо вони створені та існують у цифровому середовищі, втрачають свою змістовну початкову сутність і набувають сутність речі.

Разом з тим формальний підхід містить у собі низку недоліків, які лежать на поверхні, а для їх виявлення навіть не потрібне окреме поглиблене дослідження.

По-перше, якщо сутність цифрових речей цифрова, а цифрові речі створюються та існують виключно в цифровому середовищі, то абсолютно всі вони мають однакову (єдину) сутність — цифрову. Однак тоді не зрозуміло, на яку іншу сутність, з якої може впливати інше, ніж застосування положень про речі, вказується в реченні другому ч. 2 ст. 179-1 ЦК України. А цієї іншої сутності не може не бути, адже вона унеможлиблює застосування положень про речі до розглядуваних благ.

По-друге, відповідно до законів діалектики сутність абсолютно всіх предметів матеріального і нематеріального світу проявляється зовні через форму їх втілення. І якщо сутністю цифрової речі розглядати її цифрову форму, то перед прихильниками формального підходу постає досить складне, на мою думку, завдання — визначення форми даного блага. Якщо ж цифровою є все ж таки форма зовнішнього прояву сутності цифрових речей, то при формальному підході втрачається їх сутність. А згідно із законами діалектики форма не може існувати без сутності, як і сутність без форми.

Вбачається, що можна уникнути наведених вище недоліків і досягти логічних, якнайповніших, обґрунтованих, зрозумілих, несуперечливих, без двозначностей висновків щодо сутності цифрових речей, якщо її визначати через зміст останніх.

Назвемо в межах даного дослідження такий підхід змістовним. У цьому контексті сутність вказує на те, що становить собою розглядуваний об'єкт цивільних прав, а форма — на те, як проявляється (втілюється) зовні цей об'єкт.

Визначаючи сутність цифрової речі на основі змістовного підходу, необхідно зазначити, що її складові вказують на те, що собою становить даний об'єкт цивільних прав. Адже логічним буде твердження, що це віртуальні активи, цифровий контент та інші блага, які створюються та існують у цифровому середовищі та мають майнову цінність (абз. 2 ч. 1 ст. 179-1 ЦК України). Своєю чергою, до складу віртуальних активів, цифрових контентів та інших благ, які створюються й існують у цифровому середовищі, можуть входити послуги, майнові права, безготівкові гроші, бездокументарні цінні папери, інформація, результати інтелектуальної, творчої діяльності, оборотоздатні особисті немайнові блага тощо, які виражені в цифровій формі. Отже, визначаючи, що таке цифрова річ, можна стверджувати, що це послуги, майнові права, безготівкові гроші, бездокументарні цінні папери, інформація, результати інтелектуальної, творчої діяльності, оборотоздатні особисті немайнові блага тощо.

Необхідно звернути увагу, що зроблений на основі змістовного підходу умовивід щодо сутності цифрової речі повністю підпорядковується діалектиці загального, особливого й окремого, адже, використовуючи зазначену тріаду діалектичних категорій, цифрова річ є поняттям вищого рівня (загальне). Віртуальні активи, цифровий контент, інші блага, які створюються та існують у цифровому середовищі та наповнюють собою зміст цифрової речі, є поняттями середнього рівня (особливе). А ті окремі види об'єктів цивільних прав, які охоплюються поняттями середнього рівня, становлять собою поняття нижчого рівня (окреме). Тому висновок, зроблений вище (у попередньому абзаці) відповідає співвідношенню загального та окремого в діалектиці: усе окреме повністю входить до складу загального. Водночас логічним буде

й твердження, що загальне (цифрова річ) є сукупністю окремого (сукупність певних нематеріальних благ). Визначаючи ж, як проявляються (втілюються) зовні наведені вище об'єкти цивільних прав, очевидним стає висновок, що зовні вони проявляються через цифрову форму. Іншої форми в цифровому середовищі й існувати не може. Причому на те, що цифрове втілення нематеріальних благ є саме формою їх зовнішнього прояву, а не сутністю, прямо вказано в чинному законодавстві України (див., наприклад, ч. 2 ст. 177 ЦК України, п. 1 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про віртуальні активи», пп. 9, 11 ст. 2 Закону України «Про цифровий контент та цифрові послуги», п. 65 ст. 1 Закону України «Про авторське право і суміжні права» тощо).

Отже, сутність цифрової речі (загального) становлять певні нематеріальні об'єкти цивільних прав (окреме). А у зв'язку з тим, що вони нематеріальні, то такі блага отримують своє втілення й зовнішній прояв, у т.ч. й через цифрову форму.

Зроблені висновки дозволяють стверджувати, що цифрова форма цифрової речі є вираженням її змісту як сукупності окремих нематеріальних благ. Зміст, своєю чергою, розкриває сутність цифрової речі. А сутність проявляється зовні через цифрову форму. Отже, отримуємо класичне в діалектиці співвідношення між поняттями «зміст», «форма» та «сутність». До того ж змістовний підхід дозволяє сформулювати якнайповніше розуміння сутності цифрової речі, яке знову ж таки повністю узгоджується із загальним розумінням сутності як філософської категорії, обраної однією з базових установок даного дослідження. Зокрема, сутність — це внутрішній зміст об'єкта, який залишається незмінним у різноманітних формах свого прояву, а кожен елемент змісту має такі суттєві властивості, які роблять і залишають його тим, чим він є, незалежно від того створюється, існує та надається він офлайн чи онлайн. Інакше кажучи, послуга залишається послугою, результати інтелектуальної, творчої діяльності — результатами інтелектуальної,

творчої діяльності, інформація — інформацією, безготівкові гроші — безготівковими грошима тощо. І цифрова форма втілення не змінює їх сутності.

Традиційно вважається, що природа тих окремих нематеріальних благ, які складають зміст цифрової речі, унеможлиблює застосування до них положень про речі. І така традиція склалася в результаті історичного розвитку приватного права упродовж досить тривалого часу. А якщо природа окремих об'єктів цивільних прав, які наповнюють зміст цифрової речі унеможлиблює застосування до кожного з них положень про речі, то очевидним є висновок, що застосування положень про речі не відповідає і сутності цифрової речі в цілому.

Щодо правового режиму цифрових речей в контексті вітчизняної концепції права власності

Незважаючи на наведені вище висновки про те, що правовідносини, у яких об'єктом є цифрова річ, як і сам об'єкт, не є новими для вітчизняного права, а застосування положень про речі не відповідає сутності цифрової речі, законодавець у ст. 179-1 ЦК України встановлює загальне правило застосування до цих благ положень про речі, тобто встановлює для них правовий режим речей. Інакше кажучи, правопорядок все ж таки поширює механізм правового регулювання цивільних відносин з матеріальними благами (речами) на відносини з нематеріальними благами (цифровими речами). Обґрунтування таких новел законодавця у вітчизняній юридичній літературі відбувається за двома напрямками. Представники першого напряму стверджують, що українська концепція права власності вже давно визнала об'єктом права власності як тілесну річ, так і безтілесну. Тому в установленні режиму права власності на цифрові речі, які є безтілесними, немає нічого надзвичайного та незвичайного¹. Інакше кажучи,

¹ Тимошенко С. А. Проблема визначення права віртуальної власності як об'єкта правовідносин. *Часопис Київського університету права*. 2020. № 3. С. 266.

на їхню думку, національна система права вже давно «не обмежується поширенням режиму власності лише на речі як матеріальні предмети», а поширює його й на безтілесні речі¹. Представники другого напрямку визнають, що об'єктами права власності можуть бути лише предмети матеріального світу. Однак, оскільки «спеціальної концепції щодо об'єктів цифрових технологій* не існує, і ще принаймні не один рік мине до її появи», а «правове ж регулювання правовідносин з об'єктами цифрових технологій є потрібним вже сьогодні», то законодавець може застосовувати режим речового права (права власності) до об'єктів цифрових технологій як юридико-технічний прийом правового регулювання².

Аналіз існуючих позицій, прихильники яких вважають, що режим права власності може бути встановлений і для цифрових речей, оскільки відповідно до сучасної вітчизняної концепції права власності об'єктом права власності можуть бути як матеріальні, так і нематеріальні блага³, дозволяє дійти висновку, що такі твердження базуються на хибних засновках.

По-перше, в Україні відсутній розподіл майна на тілесні та безтілесні речі як на легальному, так і на доктринальному рівні, оскільки в такій класифікації немає жодної потреби, адже в цивільному праві України нині більш загальним терміном стосовно речей є поняття майна. Тому розглядати питання

¹ Некіт К. Г. Право приватної власності в інформаційному суспільстві: цивілістична теорія і практика реалізації : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03. Одеса, 2021. С. 67 ; Тимошенко Є. А. Проблема визначення права віртуальної власності як об'єкта правовідносин. *Часопис Київського університету права*. 2020. № 3. С. 266.

* Тут застосовано термінологію, яку використовує у своїх наукових працях Є. О. Мічурін на позначення цифрових речей.

² Мічурін Є. Об'єкти цифрових технологій та їхнє правове регулювання. *Copernicus Political and Legal Studies*. Vol. 1, Issue 3 (September 2022). С. 25–26, 28.

³ Еннан Р. Правовий режим «віртуальної власності»: поняття, ознаки, сутність і правова природа. *Теорія і практика інтелектуальної власності*. № 3. 2019. С. 123–131. URL: http://www.inprojournal.org/wp-content/uploads/2019/3_2019/14.pdf (дата звернення: 10.02. 2024); Тимошенко Є. А. Проблема визначення права віртуальної власності як об'єкта правовідносин. *Часопис Київського університету права*. № 3. 2020. С. 266. С. 264–267; Некіт К. Г. Право приватної власності в інформаційному суспільстві: цивілістична теорія і практика реалізації : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03. Одеса, 2021. С. 67.

про тілесність або безтілесність можна лише в контексті майна або більш загальної абстракції — об'єкт цивільних прав. Для вчення про речі, як зазначалося ще на початку минулого століття, ця класифікація давно втратила будь-яке значення, крім історичного¹. Сам же термін «безтілесна річ» зазвичай використовується науковцями як методологічний прийом для розуміння того, що майнові права, які є нематеріальними благами, можуть функціонувати як об'єкти цивільних прав. Інколи його застосовують для кращого розуміння природи й інших майнових нематеріальних благ. З огляду на сучасну цивілістичну термінологію використання поділу об'єктів цивільних прав на «тілесні речі» та «безтілесні речі» в інших випадках є методологічно неправильним. Адже такий поділ може викликати помилкове уявлення про існування специфічних «нематеріальних предметів, які можуть існувати у матеріальному світі» або «матеріальних предметів, які можуть існувати у нематеріальному світі», що саме по собі є алогізмом. Очевидно, що в матеріальному світі існує тільки матеріальне (тілесне), а в нематеріальному — тільки нематеріальне (безтілесне).

Активне використання сучасними дослідниками, які вважають, що режим права власності може бути встановлено й для цифрових речей, термінології «безтілесна річ» і «тілесна річ» створило передумови для підсвідомої чи свідомої підміни сучасного поняття «річ» як матеріального блага на поняття «безтілесна річ» як нематеріального блага. Така підміна неминуче привела дослідників до хибних висновків. Наприклад, це можна спостерігати, будуючи простий категоричний силіогізм*. Ілюстрацію такого прикладу змодельуємо

¹ Гамбаров Ю. С. Курс гражданского права. Т. 1. Часть общая. Санкт-Петербург : Тип. М. М. Стасюлевича, 1911. 791 с. URL: <https://biblioclub.ru/index.php?page=book&id=120047> (дата звернення: 20.01.2024).

* Простий категоричний силіогізм — це опосередкований дедуктивний умовивід, що містить у собі два засновки та висновок, який є категоричним судженням [М. Г. Тофтун. Логіка : підручник. Вид. 2-ге, переробл. і допов. Київ : Видав. центр «Академія». 2006. С. 114].

так: «Якщо об'єктами права власності є лише речі (перший засновок), а речі можуть бути як тілесними, так і безтілесними (другий засновок), то безтілесні речі також можуть бути об'єктами права власності (висновок)».

У наведеній ілюстрації висновок лише на перший погляд є правильним. Він тільки здається логічним наслідком двох засновків. Насправді ж представлений умовивід містить у собі таку логічну помилку, як «підміна поняття», адже в наведених судженнях-засновках поняття «речі» використано у двох різних значеннях. У першому засновку маються на увазі речі як об'єкти права власності, якими є предмети матеріального світу, тоді як у другому засновку мається на увазі майно, яким є предмети не тільки матеріального світу, а й нематеріального. При цьому очевидно, що поняття «річ» та «майно» не тотожні за змістом. Перші є лише частиною останніх. Це співвідношення можна виразити так: усі речі є майном, але не все майно є речами. А той факт, що не всяке майно може бути об'єктом права власності, принаймні у країнах континентальної системи права¹, навіть не потребує якогось додаткового підтвердження та пояснення. Підміна ж понять у процесі мислення є прямим порушенням одного з таких основних законів логіки, як закон тотожності. Суть останнього полягає в тому, що в процесі міркування не можна підміняти одне поняття іншим. Не можна різні поняття видавати за тотожні. Разом з тим у наведеному вище твердженні сучасне поняття «майно» було підмінене поняттям «безтілесна річ» та поставлене в один логічний ряд з «тілесними речами» як видові категорії одного роду.

Отже, в основі тези, що українська концепція права власності вже давно визнала об'єктом права власності як тілесну річ, так і безтілесну, а тому встановлення режиму права

¹ Кузнецова Н. Нетипові об'єкти права власності в контексті статті 1 Першого протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. *Право України*. 2016. № 1. С. 34–40.

власності й для цифрових речей відповідає сучасним правовим реаліям, містяться дві логічні помилки. Перша — це використання аргументу про поділ речей на тілесні та безтілесні. Така класифікація сьогодні відсутня в цивілістиці як на легальному, так і на доктринальному рівнях. Тому цей аргумент може бути оцінений як штучний (надуманий). Друга — це порушення такого закону логіки, як закон тотожності. Підмінено сучасне поняття «майно» поняттям «безтілесна річ», яке не властиве вітчизняному цивільному праву сьогодення.

По-друге, твердження про те, що ч. 2 ст. 190 ЦК України, в якій зазначено, що майнові права є неспоживною річчю, вводить у сучасне вітчизняне цивільне право таку категорію, як безтілесні речі, також не витримує критики з погляду логіки. Адже визнання майнових прав речами:

1. Породжує таку логічну помилку, як хибне коло. Суть її полягає в тому, що при визначенні поняття «майнове право» використовується поняття «річ», яка, своєю чергою, визначається зокрема й через майнове право. Наприклад, майнове право — це річ, а річ — це в тому числі й майнове право.

2. Порушує правило логічного поділу будь-якого поняття на види, відповідно до якого елементи розподілу повинні взаємно виключати одне одного, не збігатися (повністю або навіть частково) між собою, тобто кожен вид об'єктів цивільних прав, який утворився в результаті поділу за одним і тим самим критерієм, не може входити ні до одного з інших видів. А відповідно до ч. 1 ст. 177 ЦК України, де наведено види об'єктів цивільних прав, і ч. 1 ст. 190 ЦК України, де вказано види майна, речі та майнові права представлені як окремі, самостійні види. Тому, якщо це самостійні види благ, то вони мають виключати одне одного, тобто за правилами логічного поділу поняття на види майнові права не можуть бути речами, як і речі майновими правами.

3. Порушує закон несуперечності, відповідно до якого два несумісні судження не можуть бути одночасно істинними.

Хоча б одне з них є з необхідністю хибним. Тому, якщо майнові права — це речі, то вони не можуть представляти собою самостійний вид об'єктів, а якщо це самостійний вид, то майнове право не може представляти собою річ, як і навпаки.

До того ж при визнанні майнових прав речами усупереч такій істотній ознаці останніх, як тілесність, втрачається законодавча логіка побудови Розділу III Книги Першої ЦК України¹. Наприклад, втрачається необхідність у відокремленні майнових прав від речей як самостійних видів благ, адже всі майнові права є речами. Зникає потреба в понятті «майно», оскільки останнє стає тотожним поняттю «річ». Видається зайвим визначення речі як предмета матеріального світу. Водночас не тільки зміст, а й відповідні норми ЦК України законодавець залишає незмінними, а отже, майнові права та речі розглядаються окремими видами об'єктів цивільних прав, що підтверджує ідею про те, що речі не є майновими правами, а майнові права не є речами.

Отже, твердження про те, що майнові права відповідно до чинного законодавства України визнані нематеріальними (безтілесними) речами, є суперечливим з погляду логіки.

По-третє, позиція тих дослідників, які на обґрунтування твердження, що сучасна національна система цивільного законодавства вже поширює режим права власності не тільки на матеріальні, а й на нематеріальні блага, посиляються на ч. 1 ст. 316 ЦК України, в якій зазначено, що правом власності є право особи на річ (майно)², була неодноразово піддана справедливій критиці, як і сам зміст наведених

¹ Ріш Ф. А. Майнові права як об'єкти заставних відносин (порівняльні аспекти) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2020. С. 138.

² Шимон С. І. Теорія майнових прав як об'єктів цивільних правовідносин : монографія. Київ : Юрінком Інтер, 2014. С. 174, 252 ; Некіт К. Г. Особливості змісту та здійснення права віртуальної власності. *Часопис цивілістики*. 2019. № 32. С. 87 ; Тимошенко Є. А. Проблема визначення права віртуальної власності як об'єкта правовідносин. *Часопис Київського університету права*. 2020. № 3. С. 265 ; Булеца С. Б. Віртуальне майно у метавсесвіті як об'єкт цивільних прав. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Сер. Право*. Вип. 72. Ч. 1. 2022. С. 129.

норм¹. Погоджуючись з критикою розглядуваної позиції, варто додати, що деякі прихильники встановлення режиму права власності на цифрові речі, на мою суб'єктивну думку, «не зовсім правильно» розтлумачили зміст ч. 1 ст. 316 ЦК України. Зокрема, вираз «Правом власності є право особи на річ (майно)...», який міститься в ст. 316 ЦК України, був помилково сприйнятий як те, що відповідно до чинного законодавства України в праві власності «об'єктом вважаються також майнові права та обов'язки»².

Хибність такого сприйняття змісту ст. 316 ЦК України може бути обґрунтована в такий спосіб.

1. Поняття «майно» є збірним та охоплює як окремі складові майна (окрема річ, сукупність речей, тварини, а також майнові права та обов'язки), так і всю його сукупність. У зв'язку з цим слово «майно» може використовуватися: на позначення окремої речі (наприклад, автомобіль — це майно); на позначення окремої сукупності речей (наприклад, сервіз — це майно); на позначення окремого майнового права (наприклад, безготівкові гроші, які по своїй суті становлять майнові

¹ Нижний С. В. Застава майнових прав як спосіб забезпечення виконання зобов'язань : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Інститут держави і права ім. В. М. Корещького НАН України. Київ, 2007. С. 36 ; Нижний С. В. Застава майнових прав як спосіб забезпечення виконання зобов'язань : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. В. М. Корещького. Київ, 2007. С. 36 ; Беліков О. Особливості майнових відносин згідно з Цивільним кодексом України. *Юридичний журнал*. 2009. № 1. С. 96 ; Глады Ю. О. Правові засади обігу зобов'язальних вимог кредитора. *Наукові праці МАУП*. 2011. Вип. 3 (30). С. 106 ; Яворська О. Майнові права як об'єкти цивільного обороту. *Вісник Львівського університету імені Івана Франка. Сер. Юридична*. 2011. Вип. 53. С. 226 ; Стефанчук Р. Десятиліття нового цивільного кодексу України: робота над помилками. *Науковий часопис Національної академії прокуратури України*. 2014. № 1. С. 204 ; Другова В. А. Договір іпотеки за цивільним законодавством України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2010. С. 165 ; Ріш Ф. Регулювання майнових прав за частиною 2 статті 190 Цивільного кодексу України. *Держава і право* : зб. наук. праць. Сер. 247. *Юридичні науки*. Вип. 73. Київ : Юридична думка, 2016. С. 301 ; Валах В. В. Теоретико-правове обґрунтування існування конструкції «право на право» в українському і російському громадянському праві. *Вісник Одеського національного університету. Правознавство*. 2011. Т. 16. Вип. 15. С. 45 ; Спасибо-Фатеева І. Об'єкти права власності: напрями модернізації права України. *Право власності: європейський досвід та українські реалії* : збірник доп. і матер. міжнар. конф. (м. Київ, 22–23 жовтня 2015 р.). Київ : ВАІТЕ, 2015. С. 79–87.

² Некіт К. Г. Особливості змісту та здійснення права віртуальної власності. *Часопис цивілістики*. 2019. № 32. С. 86–92 ; Тимошенко Є. А. Проблема визначення права віртуальної власності як об'єкта правовідносин. *Часопис Київського університету права*. 2020. № 3. С. 264–267 ; Булеца С. Б. Віртуальне майно у метавесівті як об'єкт цивільних прав. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Сер. Право*. Вип. 72. Ч. 1. 2022. С. 129.

права, — це майно); на позначення окремого обов'язку (наприклад, у правочині переведення боргу обов'язок — це майно); на позначення всієї сукупності майна загалом (наприклад, спадщина, до складу якої можуть входити і речі, і сукупності речей, і майнові права та обов'язки, — це майно, або підприємство як єдиний майновий комплекс — це майно). І в кожному випадку застосування законодавцем цього терміна необхідно чітко розуміти межі його застосування.

2. Видається очевидним, що вираз «Правом власності є право особи на річ (майно)...» вказує на те, що об'єктом права власності може бути не тільки окрема річ. Такими об'єктами можуть бути й інші предмети матеріального світу, які входять до поняття майна (сукупності речей, тварини).

3. Очевидно, що в наведеній нормі термін «майно» не вживається у значенні всієї сукупності його складових, до якої входять і такі нематеріальні блага, як майнові права (обов'язки). У протилежному разі законодавець просто б вказав, що правом власності є право особи на майно, тобто право на всі види майна.

Отже, висновок про те, що в ст. 316 ЦК України поширено режим права власності й на нематеріальні блага (майнові права та обов'язки), є, на мою думку, хибним.

Наведений вище аналіз дозволяє дійти висновку, що обґрунтування встановленого для цифрових речей режиму права власності, яке начебто ґрунтується на законодавчому визнанні об'єктами права власності, у тому числі й нематеріальні блага (зокрема, майнові права), і на хибних засновках.

Твердження ж про те, що встановлення для цифрових речей режиму права власності, як юридико-технічний прийом, припустиме, оскільки спеціального механізму правового регулювання відносин щодо таких благ ще не існує, а потреба в їх регулюванні вже виникла¹, сформоване з порушенням такого

¹ Мічурін Є. Об'єкти цифрових технологій та їхнє правове регулювання. *Copernicus Political and Legal Studies*. Vol. 1, iss. 3 (September 2022): С. 25–26, 28.

закону логіки, як закон достатньої підстави. Суть останнього полягає в тому, що достовірною може вважатися тільки та думка, істинність якої достатньо обґрунтована, тобто містить достатню підставу.

Необхідно зазначити, що, дійсно, історія розвитку приватного права вже знає подібні випадки застосування такого юридико-технічного прийому. Наприклад, такий прийом було застосовано при виникненні необхідності врегулювання відносин щодо результатів інтелектуальної, творчої діяльності та інформації. На самому початку для цих об'єктів було встановлено режим права власності, незважаючи на те що вони є нематеріальними благами. Застосування такого прийому відповідає принципам розроблення приватного права, відомим ще з часів Стародавнього Риму. Це принципи консервативності та прогресивності¹. Суть першого полягає в тому, що перш ніж створювати якусь нову правову конструкцію, необхідно спробувати використати вже існуючу. І лише в разі, коли нові утворення (наприклад, об'єкти цивільних прав) не вміщуються в уже відомі правові конструкції, коли існуючі правові механізми не здатні належним чином врегулювати нові відносини, застосовується принцип прогресивності, тобто розробляються нові правові конструкції.

З огляду на принципи розроблення приватного права, якщо навіть умовно припустити, що цифрова річ дійсно є новим об'єктом цивільних прав, дійсно новими є відносини, які виникають щодо таких благ, а цифрова форма втілення традиційних об'єктів цивільних прав змінює їх сутність на нову, то застосування консервативного принципу розроблення приватного права було б логічним і виправданим. Однак думка про те, що встановлення режиму права власності й для цифрових речей є належним юридико-технічним прийомом, як вбачається,

¹ Римское частное право : учебник / под ред. проф. И. Б. Новицкого и проф. И. С. Перетерского. Москва : Юристъ, 1996. С. 9.

сформована з порушенням такого закону логіки, як достатність підстави. По-перше, традиція пропріетарного підходу до об'єктів авторського й патентного права, яка виникла у Франції ще наприкінці XVIII ст., практично одразу ж була піддана критиці. Такий самий юридико-технічний прийом було застосовано й до інформації, і також він був підданий критиці. На сьогодні більшість країн континентального права відмовилися від поширення правового режиму матеріальних благ (речей) на нематеріальні у зв'язку з помилковістю такого підходу. Тому видається недостатньо обґрунтованою думка про те, що для цифрових речей все ж таки можливо або навіть необхідно встановити режим права власності. Адже останні також є нематеріальними благами. По-друге, на сьогодні правові конструкції (правові режими, механізми правового регулювання) для результатів інтелектуальної, творчої діяльності, інформації, особистих немайнових благ, які вже стали традиційними для вітчизняної цивілістики, побудовані з урахуванням їх нематеріальної природи. А отже, застосування до цифрових речей не тільки режиму права власності, а й будь-якого з інших відомих механізмів правового регулювання відносин щодо нематеріальних благ, відповідатиме принципу консервативності. У зв'язку з цим видається недостатньо обґрунтованою думка про встановлення для цифрових речей все ж таки режиму права власності, а не режиму, наприклад, права інтелектуальної власності або правового режиму інформації, або правового режиму особистих немайнових благ. Адже останні розроблялись саме з урахуванням нематеріальної природи об'єктів цивільних прав. По-третє, вище вже зазначалося, що до змісту цифрової речі можуть входити результати інтелектуальної, творчої діяльності, інформація, оборотоздатні особисті немайнові блага, послуги, майнові права, безготівкові гроші, бездокументарні цінні папери тощо. І для всіх цих благ вже вставлено свій правовий режим, з урахуванням їх властивостей. У зв'язку з цим видається недостатньо обґрунтованою думка про встановлення

для них режиму права власності, застосування положень про речі. Прихильники цього підходу не наводять достатніх підстав того, чому, наприклад, для тих об'єктів права інтелектуальної власності, які створені та існують у цифровому середовищі, має встановлюватися режим речей, а для тих, що на папері, — ні. Те саме стосується й інших видів цифрових речей.

Наведене вище свідчить, що, по-перше, встановлення для цифрових речей режиму права власності (режиму речей) суперечить вітчизняній концепції права власності; по-друге, у цьому немає необхідності, оскільки для всіх елементів, які наповнюють зміст поняття цифрової речі, вже давно встановлено свій, характерний саме для них правовий режим. До того ж таке встановлення створює невизначеність у праві, адже не зрозуміло, наприклад, який режим необхідно застосовувати до наукової статті, яка була написана на комп'ютері та опублікована в електронному журналі. Це мають бути водночас і режим речі, і режим об'єкта авторського права чи тільки режим речі. До цивільного обороту наукової статті мають застосовуватися правила обороту речей чи все ж таки об'єктів авторського права? Строки та способи захисту прав на таке благо застосовувати ті, які характерні для речей чи для результатів інтелектуальної, творчої діяльності? І таких питань виникає безліч.

Наведене дозволяє схилитися до думки, що цифрова річ та її правовий режим нині стали не правовою реальністю, як іноді стверджується в юридичній літературі¹, а створили правову невизначеність. Отже, ст. 179-1 ЦК України сприяє не утворенню нової правової реальності, а породженню правової невизначеності. Водночас, як було зазначено в рішенні ЄСПЛ, у справі «Редакція газети “Правое дело” та Штекель проти України» (заява № 33014/05) норма не може вважатися

¹ Мічурін Є. О. Цифрова річ як правова реальність. *Матеріали науково-практичної конференції «Проблеми вдосконалення приватноправових механізмів набуття, передачі, здійснення та захисту суб'єктивних цивільних та сімейних прав у сучасних умовах в Україні»*, присвяченої пам'яті професора Чингізхана Нуфатовича Азімова (Харків, 12 січня 2024 р.). Харків, 2024. С. 82–88.

законом доти, доки її не буде сформульовано з достатньою чіткістю, зрозумілістю та прозорістю¹. Таку позицію виказав і Конституційний Суд України, звертаючи увагу на те, що нормативні приписи закону, які не відповідають конституційному принципу верховенства права в аспекті вимоги юридичної визначеності, не можуть вважатися «правом» у державі, керованій верховенством права².

Отже, можна стверджувати, що ст. 179-1 ЦК України, по суті, через невизначеність її змісту є «мертвою» нормою.

Щодо правового режиму цифрових речей у розумінні ЄСПЛ ст. 1 Протоколу 1 до Конвенції з прав людини

У юридичній літературі висловлюється думка, що ЄСПЛ у своїх рішеннях виходить із того, що ст. 1 Протоколу 1 до Конвенції поширює режим права власності на предмети не тільки матеріального, а й нематеріального світу³. Тому робиться висновок, що законодавче встановлення в Україні для цифрових речей режиму права власності відповідає європейським стандартам⁴. Разом з тим деякі дослідники сходяться на думці, що термін «власність» у ст. 1 Протоколу 1 до Конвенції, як і в рішеннях ЄСПЛ, застосовується лише у значенні економічного блага. Зазначається, що ЄСПЛ досить широко застосовує

¹ Рішення Європейського Суду з прав людини від 05.05.2011 по справі «Редакція газети “Правое дело” та Штекель проти України» (заява № 33014/05). *Законодавство України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_807#Text (дата звернення: 15.09.2023).

² Рішення Конституційного Суду України від 1 березня 2023 р. № 1-р(П)/2023 у справі за конституційною скаргою Василенка Сергія Миколайовича щодо відповідності Конституції України (конституційності) п. 6 розділу II «Прикінцеві і перехідні положення» Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо першочергових заходів із реформи органів прокуратури». *Законодавство України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/va01p710-23#Text> (дата звернення: 15.09.2023).

³ Ursula Kriebaum, Christoph Schreuer. The Concept of Property in Human Rights Law and International Investment Law. In: Breitenmoser S (ed.), Liber Amicorum Luzius Wildhaber, Human Rights Democracy and the Rule of Law. Nomos Publishers. 2007. P. 743; Карнаух Б. Захист власності Європейським судом з прав людини і горизонтальний ефект. *Право України*. 2021. № 5. С. 153.

⁴ Некіт К. Г. Право приватної власності в інформаційному суспільстві: цивілістична теорія і практика реалізації : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03. Одеса, 2021. С. 52–53.

економічну термінологію у своїх рішеннях. Підтвердженням останнього, на їхню думку, є використання в ЄСПЛ для визначення поняття «майно» й інших економічних термінів, наприклад, «активи», «кошти», «накопичені активи» тощо¹.

Отже, зроблено справедливий висновок, що у своїй практиці застосування ст. 1 Протоколу 1 до Конвенції ЄСПЛ виходить із того, що власність як економічна категорія — це не право на об'єкт, а об'єкт права, яким особа може мирно володіти². При цьому в економіці як власність можуть розглядатися будь-які блага як матеріального, так і нематеріального світу, що перебувають у стані присвоєності особи та здатні оцінюватися в грошах³. Сам же факт належності економічного блага особі може бути юридично оформлений не тільки за допомогою права власності, а й інших прав (речових, зобов'язальних, прав інтелектуальної власності тощо)⁴.

Тому в юриспруденції при тлумаченні рішень ЄСПЛ об'єкти права власності не можуть і не повинні ототожнюватися з власністю як економічною категорією, а тим більше з правом власності. Вбачається, що подібні ототожнення відбуваються

¹ Кузнецова Н. Нетипові об'єкти права власності в контексті статті 1 першого Протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. *Право України*. 2016. № 1. С. 34–40 ; Розгон О. В. Вплив рішень Європейського суду з прав людини на визначення майна та складу майна. *Eurasian Academic Research Journal*. 2016. № 4 (04). С. 64–73 ; Карс-Фріск М. Право на власність: питання імплементації статті 1 Першого протоколу до Європейської конвенції з прав людини. *Європейська конвенція з прав людини: основні положення, практика застосування, український контекст*. Київ : ВІПОЛ, 2004. 960 с. ; Сліпченко А. С. Визначення поняття «майно» у праві ЄС та вітчизняному праві. *Форум Права*. 2020. № 2(61). С. 122–130. URL: <http://Doi.org/10.5281/zenodo.3883825> (дата звернення: 09.02.2024).

² Цивільний кодекс України : Науково-практичний коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців). Т. 5 : Право власності та інші речові права / за ред. І. В. Спасибо-Фатеєвої. Харків : ФОП Лисяк Л. С., 2011. С. 263 ; Сліпченко А. С. Визначення поняття «майно» у праві ЄС та вітчизняному праві. *Форум Права*. 2020. № 2(61). С. 122–130. URL: <http://Doi.org/10.5281/zenodo.3883825> (дата звернення: 9.02.2024).

³ Менгер К., Бем-Баверк Е., Визер Ф. Основа політичної економії. *Австрійська школа в політичній економії*. М., 1992. URL: <http://malchish.org/lib/economics/menger/mensod.htm> (дата звернення: 7.02.2024).

⁴ Slipchenko A. S. Understanding the property within the EU private law. *Legal, Economic Science and Praxis. Journal of Law and Social Sciences*. 2021. № 1. P. 32–36.

тому, що вітчизняні дослідники намагаються з'ясувати (розтлумачити) зміст рішень ЄСПЛ за допомогою прийомів правового мислення, характерних для юристів континентального права, та на основі фундаментальних правових ідей, притаманних романо-германському праву. І при цьому не враховуються характерні відмінності ідей побудови та розуміння норми права в різних правових системах.

По-перше, рішення ЄСПЛ мають прецедентний характер, що пояснює їх казуїстичність та наближає до «живого права», притаманного англо-американській системі права. Суть його в тому, що через регулярне винесення різними судами рішень відбувається постійне звуження або розширення меж суб'єктивних прав та обов'язків осіб¹, що розглядається як динамічність прецедентного права. Тому, на думку судді О. Барака, правові поняття та терміни, їх зміст не повинні ставати обов'язковою (визначальною) умовою їх застосування у процесі тлумачення². У зв'язку з цим визначеність прецедентного права проявляється не в чітких словесних формулюваннях норми (прецедентів), не в точних поняттях, а в творчій інтерпретації їх змісту, понять, термінів. Саме такий підхід відповідає орієнтованому на емпірику та значною мірою індуктивному стилю прецедентного юридичного мислення. Юристи ж континентального права звикли до чіткого текстуального та словесного вираження норми³, що дає можливість з високим ступенем точності визначати межі її застосування. Саме так вони здебільшого сприймають і зміст прецедентів ЄСПЛ. Тому термін «власність», який використовується в рішеннях ЄСПЛ та в ст. 1 Протоколу 1 до Конвенції для позначення майна, було розтлумачено деякими дослідниками як об'єкт права власності

¹ Pound R. *The Spirit of Common Law*. *College of Law, Faculty Publications*. Boston, 1921. P. 1.

² Barak, Aharon. *Purposive Interpretation in Law*. Trans. Sari Bashi. Princeton and Oxford : Princeton University Press, 2005. DOI: 10.1515/bjlp-2016-0013 (дата звернення: 16.01.2024).

³ Ibid.

або навіть ототожнено із самим правом власності. При цьому не враховано, що власність є лише економічною категорією та використана в прецедентах як елемент творчої інтерпретації змісту ст. 1 Протоколу 1 до Конвенції.

По-друге, зазвичай не береться до уваги й те, що в юриспруденції континентальної системи права на концептуальному рівні розмежування об'єктів права та суб'єктивних прав на них є принциповим, тоді як у прецедентному праві роз'єднання об'єктів права та суб'єктивних прав на них не вважається практично необхідним¹. Тому їх розмежування і не знаходить розуміння у спільноті практикуючих юристів прецедентного права.

У контексті наведеного вище твердження українських науковців стосовно того, що ЄСПЛ розглядає власність як об'єкти права власності, якими можуть бути будь-які види майна (матеріальні й нематеріальні майнові блага), не відповідають дійсності. Разом з тим вітчизняний законодавець, зважаючи на те що в континентальному праві юридичні поняття та конструкції, які в теорії права виводяться на рівень чітких логічних абстракцій та стають основою побудови норм, інститутів позитивного права, використовує вживані в рішеннях ЄСПЛ «слова» як новітній підхід, як думку про існування безтілесних (цифрових) речей та встановлення на них права власності. І це розглядається як інтеграція України до Європейського Союзу.

Вбачається, що сучасний європейський досвід регулювання відносин власності, навпаки, повністю підтверджує життєздатність і досконалість концепції права власності, притаманної континентальній системі права. А відповідно до останньої, як справедливо зазначає Н. Кузнецова, об'єктами права власності можуть бути лише речі як предмети

¹ Кузнецова Н. Нетипові об'єкти права власності в контексті статті 1 Першого протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. *Право України*. 2016. № 1. С. 34.

матеріального світу¹. Зважаючи на те що Україна входить до країн з романо-германською системою права як різновиду континентальної, то очевидно, що вітчизняна концепція права власності є відображенням концепції континентальної системи права. Останнє свідчить, що потреба в модернізації вітчизняного механізму правового регулювання відносин власності відсутня, як і відсутня у зв'язку з цим необхідність докорінного перегляду правової доктрини цивільного права щодо самого права власності.

Висновки

На основі проведеного дослідження цифрових речей як об'єктів цивільних прав, на які може встановлюватися режим права власності, зроблено такі висновки:

1. У цифровому середовищі не виникає та не може існувати ніяких правовідносин, а ті правовідносини, які пов'язані з цифровим середовищем, повністю охоплюються вже відомими видами цивільних правовідносин та не є новими.

2. Як сама цифрова річ, так і її складові (віртуальні активи, цифровий контент та інші блага, що створюються й існують виключно у цифровому середовищі та мають майнову цінність) не є новими об'єктами цивільних прав. Поняття цифрової речі повністю охоплює собою не нові, а вже давно відомі (традиційні) об'єкти цивільного права, які отримали лише додаткову назву.

3. Сутність цифрової речі становлять певні нематеріальні об'єкти цивільних прав. А у зв'язку з тим що вони нематеріальні, то в цифровому середовищі такі блага отримують своє вираження, втілення та зовнішній прояв через цифрову форму. При цьому сутність — це внутрішній зміст об'єкта, який залишається незмінним у різноманітних формах свого

¹ Кузнєцова Н. Нетипові об'єкти права власності в контексті статті 1 Першого протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. *Право України*. 2016. № 1. С. 35.

буття, а кожен елемент змісту має такі суттєві властивості, які роблять та залишають його тим, чим він є.

4. Застосування положень про речі не відповідає сутності цифрової речі. А цифрова форма втілення не змінює її сутності.

5. Встановлення для цифрових речей режиму права власності (режиму речей) суперечить вітчизняній концепції права власності. До того ж у такому встановленні немає необхідності, оскільки для всіх елементів, які наповнюють зміст поняття цифрової речі, вже давно встановлено свій, характерний саме для них правовий режим.

6. Встановлення для цифрових речей режиму права власності (режиму речей) стало не правовою реальністю, а створило правову невизначеність. Водночас норма не може вважатися законом доти, доки її не буде сформульовано з достатньою чіткістю, зрозумілістю та прозорістю. Інакше кажучи, нормативні приписи закону, які не відповідають конституційному принципу верховенства права в аспекті вимоги юридичної визначеності, не можуть вважатися «правом» у державі, керованій верховенством права. Отже, норми щодо цифрових речей є «мертвими» нормами.

7. Сучасний європейський досвід регулювання відносин власності повністю підтверджує життєздатність і досконалість традиційної концепції права власності, притаманної континентальній системі права. А відповідно до останньої об'єктами права власності можуть бути лише речі як предмети матеріального світу. Вітчизняна концепція права власності є відображенням концепції континентальної системи права. Остання свідчить, що потреба в модернізації вітчизняного механізму правового регулювання відносин власності у зв'язку з появою цифрових речей відсутня, як і відсутня у зв'язку з цим необхідність докорінного перегляду правової доктрини цивільного права.

МІСЦЕ «ДИНАМІЧНОЇ» ПРАВОЗДАТНОСТІ ФІЗИЧНОЇ ОСОБИ В СУЧАСНІЙ ЦИВІЛІСТИЧНІЙ ДОКТРИНІ УКРАЇНИ

Стефанчук Микола Олексійович

*професор, доктор юридичних наук,
заслужений юрист України, провідний науковий співробітник
Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва
імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України*

Проблема правоздатності фізичної особи належить до найважливіших та найбільш дискусійних питань у науці приватного права, оскільки ця категорія є вирішальною передумовою виникнення та розвитку будь-яких цивільних, сімейних, трудових та інших соціально-економічних правовідносин. Отже, не є дивним те, що майже з початку ХХ ст. і до цього часу збільшується питома вага і зростає значення норм, присвячених правоздатності, правосуб'єктності. Визначення поняття правоздатності в цивільному праві є визначальним для характеристики суб'єктів цивільного права в цілому, виявлення загальних ознак учасників цивільних правовідносин, для аналізу конкретних форм виникнення і здійснення цивільних прав.

Починаючи з двадцятих років ХХ ст. у законодавстві колишнього СРСР і законодавстві незалежної суверенної України можна констатувати істотні відмінності, зокрема, щодо природи права тощо. Можна зазначити, що в наш час людина стає носієм правоздатності без будь-яких зусиль з її боку. Права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави. Держава відповідає перед людиною за свою діяльність. Утвердження й забезпечення прав і свобод

людини є головним обов'язком держави (ці вихідні та визначальні положення закріплено в ст. 3 Конституції України).

Необхідно наголосити, що проблема правоздатності (у межах правосуб'єктності) уперше ставиться в цивілістичній науці лише у зв'язку з проведенням першої кодифікації радянського цивільного законодавства. Спочатку цивільна правосуб'єктність ототожнювалася з приватномайновою, товарно-грошовою персоніфікацією. Проте вже на цей час можна констатувати наявність певних теоретичних поглядів (концепцій) вчених того часу щодо змісту та іншій властивостей правоздатності, які впливали на правове регулювання приватноправової сфери відносин.

З часом бачення тих чи інших аспектів цивільної правоздатності під впливом теоретичних бачень вчених змінювалося: доповнювалося, трансформувалося, набувало нових якостей. Безперечно, що за тих часів радянські правові теорії, зокрема і цивілістичні, формувалися з огляду на процеси, що відбувалися в соціально-політичному та економічному житті СРСР та занотовувалися з рішень і вказівок верхівки панівної партії. Однак навіть за умов тоталітарного режиму, який існував протягом дуже тривалого часу, відбувалася генеза цивілістичної думки, розвивалася концепція природності та пріоритету прав людини, а отже, і правоздатності як обов'язкової передумови здійснення цих прав та виконання обов'язків у громадянському суспільстві.

Аналіз сучасних підручників та інших публікацій у галузі приватного права як українських, так й інших науковців країн пострадянського простору дозволяє стверджувати, що й сьогодні багато висновків та актуальних теорій ґрунтується на ідеях та запозиченнях того часу. Однак, навіть урахувавши гарний стан розвитку цивілістичної науки, необхідно зазначити, що явище правоздатності як теоретична та прикладна категорія й досі не перестає бути цікавою та спірною темою для дискусії.

Доречно нагадати, що цивільна правоздатність — це здатність фізичної особи мати цивільні права та обов'язки. Така дефініція міститься фактично в кожному підручнику з цивільного права (наприклад, у виданнях за редакцією В. І. Борисової, І. В. Спасиво-Фатеевої, В. Л. Яроцького¹ або за редакцією В. Г. Фазикоша та С. Б. Булеци² і т. д.), оскільки відповідає змісту ст. 25 ЦК України. З метою встановлення нових рис та якостей правоздатності як загальноправової категорії необхідно переглянути наявні в цивілістичній теорії погляди щодо її ознак та особливостей.

Є. О. Харитонов наводить такі ознаки цивільної правоздатності фізичних осіб: а) рівність правоздатності для всіх осіб незалежно від статі; б) невідчужуваність її на користь інших фізичних осіб; в) неможливість обмеження її актами суб'єктів приватного чи публічного права, крім випадків, прямо передбачених законом; г) існування правоздатності як природної невід'ємної властивості людини³. С. Б. Булеца, перераховуючи ті самі ознаки, додає ще таку: правоздатність існує незалежно від громадянства особи та релігійного віросповідання⁴.

Наступні автори (Ю. О. Заїка, Р. О. Стефанчук) визначають лише три, проте, на їхню думку, характерні ознаки правоздатності. На переконання Ю. О. Заїки, ними є: а) реальність (гарантованість). Кожній фізичній особі гарантується можливість стати суб'єктом всіх прав та обов'язків (ст. 24 Конституції України). Будь-які перешкоди, які обмежують можливість набувати цивільні права і свободи, усуваються заходами державного примусу; б) рівність. У всіх фізичних осіб є рівні

¹ Цивільне право : підручник : у 2 т. / Борисова В. І. (кер. авт. кол.) та ін. ; за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасиво-Фатеевої, В. Л. Яроцького Харків : Право, 2011. Т. 1. С. 114.

² Цивільне право України: Загальна частина : підручник / Фазикош В. Г., та ін. ; за ред. В. Г. Фазикоша, С. Б. Булеци. Київ : Знання, 2010. С. 81.

³ Харитонов Є. О., Саниахметова Н. О. Цивільне право України : підручник. Київ : Істина, 2003. С. 83.

⁴ Цивільне право України: Загальна частина : підручник / Фазикош В. Г., та ін. ; за ред. В. Г. Фазикоша, С. Б. Булеци. Київ : Знання, 2010. С. 81.

можливості мати передбачені законом права та обов'язки незалежно від раси, національності, політичних та релігійних переконань, статі, етнічного та соціального походження, місця проживання, мовних та інших ознак; в) невід'ємність. Фізична особа не може передати свою правоздатність іншій особі за оплатним чи безоплатним договором¹. Р. О. Стефанчук ці ознаки бачить дещо по-іншому: а) рівність; б) невіддільність (невідчужуваність) та в) необмежуваність². Нарешті, окремі цивілісти, розглядаючи правоздатність як «право бути учасником цивільних правовідносин» (саме це, на їхню думку, відрізняє цю категорію від суб'єктивного права конкретного учасника правовідносин), основні ознаки формулюють у такий спосіб: а) правоздатність є загальною, абстрактною можливістю мати права і обов'язки; б) правоздатність невідчужувана; в) правоздатність є органічною (природною) властивістю суб'єкта цивільного правовідношення³. У наведених варіантах окреслення характерних ознак цивільної правоздатності ми не вбачаємо принципових суперечностей, за більшістю позицій вони доволі збігаються, що може вказувати лише на їх об'єктивність.

Проте одним із дискусійних питань у загальному вченні про цивільну правоздатність від з 40-х років минулого століття і до наших днів залишається визначення її природи та змісту. Співиник переважно через те, що вчені по-різному ставляться до того, чим є правоздатність — суб'єктивним правом, властивістю (якістю) суб'єкта, сумарним вираженням суб'єктивних прав особи чи стадією розвитку суб'єктивного права. Навіть ураховуючи те що “disceptatio” (лат. — *суперечка*) триває вже досить великий проміжок часу, унаслідок чого з'явилося багато

¹ Заїка Ю. О. Українське цивільне право : навч. посіб. Київ : Істина, 2005. С. 29.

² Стефанчук Р. О. Цивільна правоздатність та дієздатність як необхідні передумови здійснення особистих немайнових прав фізичних осіб. *Університетські наукові записки*. 2006. № 3–4. С. 116.

³ Харитонов Є. О. Цивільне і сімейне право України : навч.-практ. посіб. / Харитонов Є. О. та ін. ; за ред. Є. О. Харитонова, А. І. Дрішлюка Харків : ТОВ «Одісей», 2003. С. 70.

наукових праць із зазначеної полеміки, переконливої відповіді на питання, чим є правоздатність, й досі не надано.

Початком зазначеної наукової дискусії вважається теорія «динамічної правоздатності» та протилежне бачення цього питання — концепція «статичної правоздатності». Суперечності серед наукової спільноти точилися навколо питання, чим є правоздатність — «суб'єктивним правом», «властивістю (якістю) суб'єкта», «сумарним вираженням суб'єктивних прав особи» чи «стадією розвитку суб'єктивного права». Однак, як зазначено в праці А. В. Пасічника, такі точки зору не знайшли широкої підтримки серед науковців, оскільки, по-перше, пропонувалася фактична підміна поняття «правоздатність» елементами такого явища, як правовий статус; по-друге, вказаний підхід не узгоджується із законодавством¹. Дискусія щодо суті правоздатності звелася до протистояння прихильників розуміння її як певної властивості чи якості особи та прихильників трактування правоздатності як суб'єктивного права².

Практичне значення цивільної правоздатності полягає в тому, що, якщо особа не здатна набувати конкретних цивільних прав і мати конкретні цивільні обов'язки, вона не може вступити у відповідні цивільні правовідносини, тобто не може стати його правомочною або уповноваженою стороною³.

Позиція про те, що правоздатність — це природна властивість кожної людини, є панівною й для західної цивілістичної думки. На сьогодні більшість українських учених дотримуються аналогічних поглядів. Напевно, виходячи саме з позиції природності правоздатності фізичної особи, укладачі Загальної декларації прав людини 1948 року в преамбулі цього міжнародного акту закріпили такі, наприклад, положення,

¹ Пасічник А. Щодо поняття правоздатності суб'єкта права. *Теорія держави і права*. 2009. № 11. С. 28.

² Там само. С. 29.

³ Парасюк В. М. Цивільна правоздатність та дієздатність фізичної особи. *Митна справа*. 2014. № 2(92). Ч. 2. Кн. 2. С. 140.

як: «...визнання гідності, яка властива всім членам людської сім'ї, і рівних та невід'ємних їх прав є основою свободи, справедливості та загального миру»; «всі люди народжуються вільними і рівними у своїй гідності та правах». До речі, питання пріоритетності правоздатності та закону також чітко визначається в цьому базовому правовстановлюючому документі: «необхідно, щоб права людини охоронялися силою закону з метою забезпечення того, щоб людина не була змушена вдаватися як до останнього засобу до повстання проти тиранії і гноблення»¹. Тому з позиції західної правової думки призначення закону — це лише правовий засіб охорони прав людини, тобто умова (як формальна оболонка) здійснення фізичною особою властивої їй від природи (від факту народження) правоздатності у вигляді набуття, користування та розпорядження конкретними суб'єктивними правами. Ба більше, наведене формулювання з преамбули Загальної декларації свідчить про те, що правоздатність людини превалює над законом та передбачає можливість його «скасування», навіть шляхом повстання в разі намагання зменшити природні права людини.

Аргументи на користь правоздатності як природної властивості людини, яка належить їй незалежно від волевиявлення держави, є лише констатацією рівня розвитку правосвідомості людства (принаймні «західної культури»). Ми вважаємо, що це, так би мовити, загальна абстракція моделі правоздатності (універсальні вихідні положення). Проте фактичне її втілення на рівні правовідносин так чи інакше прив'язується до меж територій держав, на які поширюється дія національних правових систем (національних законів). Такі закони діють з урахуванням загальносприйнятої свідомості суспільства, відбивають певні національні, культурні, а іноді й релігійні тенденції. Певна річ, що це може мати вплив на розбіжності в обсязі

¹ Загальна декларація прав людини (рос./укр.) : декларація ООН ; міжнародний документ від 10.12.1948. *Офіційний вісник України*. 2008. № 93. С. 89. Ст. 3103.

та змісті правоздатності людини в різних країнах або навіть окремих їх територіальних утворень (штатів, земель тощо).

Для наочності таких розбіжностей візьмемо, наприклад, правоздатність фізичної особи, яка є представником ЛГБТ-спільноти. Загальний обсяг можливостей такої людини мати права та обов'язки мало чим буде відрізнятися від інших фізичних осіб, за винятком сімейних правовідносин. У цьому контексті існує два види правовідносин: 1) публічного характеру (наявність чи відсутність прямих заборон щодо ведення подібного способу життя, юридичного переслідування та відповідальності за це); 2) приватного характеру (можливість укласти одностатевий шлюб, всиновлювати (удочеряти) дітей тощо). Факт реєстрації шлюбу закріплює за парою певні права, які мають значення для подальших цивільно-правових відносин, як-то: право на спільне майно, аліменти, спадкування, соціальне і медичне страхування, пільгове оподаткування та кредитування, спільне прізвище, право не свідчити в суді проти чоловіка (дружини), право виступати довіреною особою від імені чоловіка (дружини) в разі його (її) недієздатності за станом здоров'я, право на розпорядження тілом чоловіка (дружини) в разі його (її) смерті, право на спільне батьківство і виховання прийомних дітей, а також інші права, яких позбавлені незареєстровані пари.

На сьогодні одностатеві шлюби є повністю юридично визнаними на загальнодержавному рівні в таких країнах: Австралія, Австрія, Андорра, Аргентина, Бельгія, Бразилія, Данія, Еквадор, Естонія, Ірландія, Ісландія, Іспанія, Канада, Колумбія, Коста-Рика, Куба, Люксембург, Мальта, Мексика, Німеччина, Норвегія, ПАР, Португалія, Словенія, Тайвань, Уругвай, Фінляндія, Франція, Чилі, Швейцарія і Швеція. Крім того, Ізраїль визнає одностатеві шлюби, укладені за кордоном, а Аруба, Кюрасао й Сінт-Мартен визнають шлюби, зареєстровані в Нідерландах. Шлюби доступні для одностатевих пар також у деяких субнаціональних юрисдикціях (перераховані лише населені юрисдикції тих країн, де одностатеві шлюби не є доступними

на загальнодержавному рівні): У Великій Британії — усі чотири країни (провінції) (Англія, Уельс, Північна Ірландія і Шотландія), вісім заморських територій (Акротирі й Декелія, Британська Антарктична територія, Британська територія в Індійському океані, Гібралтар, Острови Святої Єлени, Вознесіння і Тристанда-Кунья, Південна Джорджія та Південні Сандвічеві острови, Піткерн, Фолклендські острови) і всі три коронні володіння (Гернсі, Джерсі й Острів Мен). У Королівстві Нідерландів — європейські Нідерланди й карибські Нідерланди (Бонайре, Саба та Сінт-Естатіус). У Королівстві Нової Зеландії — Нова Зеландія, усі Зовнішні острови (серед яких населений лише архіпелаг Чатем) й Територія Росса. У США — федеральний округ Колумбія, усі п'ятдесят штатів, чотири території (Віргінські острови, Гуам, Північні Маріанські острови й Пуерто-Рико), а також 52 юрисдикції корінних американців¹.

Прибічники одностатевих шлюбів спираються на природність походження правоздатності. Вони переконують, що закон має відповідати суспільним змінам, усувати наявну нерівноправність між людьми, як це і відбувається протягом останніх століть, коли поступово скасовувалися заборони, які існували раніше на реєстрацію шлюбів (наприклад, між подружжям, що належать до різних соціальних верств, конфесій чи рас). Противники цих ідей вважають, що визнання державою та реєстрація одностатєвого шлюбу змінює принципи цивільного законодавства, в якому замінюються слова «чоловік» і «дружина», «батько» і «мати» на безстатєві й загальні терміни («перший член подружжя» та «другий член подружжя», «батько 1» і «батько 2»). Крім того, при цьому скасовуються статєві особливості та переглядається принцип ідентичності людини, який властивий їй за природою.

¹ Дописувачі Вікіпедії. Одностатєвий шлюб [Інтернет]. Українська Вікіпедія; [щитовано 1 лютого 2024]. URL: https://uk.wikipedia.org/wiki/%D0%9E%D0%B4%D0%BD%D0%BE%D1%81%D1%82%D0%B0%D1%82%D0%B5%D0%B2%D0%B8%D0%B9_%D1%88%D0%BB%D1%8E%D0%B1 (дата звернення: 01.02.2024).

Наведені доводи спроможні похитнути стрілку на вагах критичного аналізу окреслених концепцій у бік переконання з приводу того, що правоздатність виникає не з моменту народження (вона набувається не від природи), а внаслідок закону, тобто є суспільною властивістю, певною юридичною можливістю (що є постулатом статичної теорії правоздатності).

Р. О. Стефанчук схильний вважати, що, крім наведених раніше двох концепцій «динамічної» та «статичної» правоздатності, у цивілістичній літературі існує ще одна позиція, яка того полягає в тому, що правоздатність пропонується розглядати як особливий вид правовідносин, які виникають між особою та державою. Правоздатність ніщо без держави, яка визнає за особою певні правові можливості¹.

Проте концепції про залежність чи незалежність правоздатності від волевиявлення держави — це не єдині, принаймні не останні підходи до з'ясування походження цієї загально-правової категорії. Навіть прихильники ідеї еволюції та пріоритету прав людини в країнах ісламського світу виходять з тих позицій, що правоздатність є вищим даром людині Господом: «...основні права і універсальні свободи в ісламі є невід'ємною частиною ісламської релігії..., ...ніхто не має права скасовувати їх повністю або частково, або порушувати, або зневажати їх, оскільки вони є обов'язковими заповідями Господа, які містяться в Книгах одкровення Господа та були послані через останнього з його пророків для завершення попередніх божественних послань, що зробило їх дотримання актом молитви, а їх нехтування або порушення страшним гріхом, і тому кожна людина несе особисту відповідальність, а ісламський світ — колективну відповідальність за їх охорону²».

¹ Стефанчук Р. О. Цивільна правоздатність та дієздатність як необхідні передумови здійснення особистих немайнових прав фізичних осіб. *Університетські наукові записки*. 2006. № 3–4. С. 116.

² Каїрська декларація про права людини у ісламі : декларація ООН ; міжнародний документ від 05.08.1990. *Офіційний сайт Верховної Ради України*. URL: http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995_882 (дата звернення: 01.02.2024).

Вважаємо, що питання природи походження правоздатності людини не може бути вирішене остаточно в категоричній формі, оскільки, ураховуючи суто теоретичну спрямованість, завжди може наповнюватися новими доводами та обґрунтуваннями переконливості тієї чи іншої концепції, які будуть сприйматися завжди суб'єктивно. Компромісним рішенням має стати теорія, відповідно до якої цивільну правоздатність необхідно розглядати як природну абстрактну здатність людини мати від народження права та обов'язки, зміст яких та умови здійснення окреслені в міжнародно-правових актах та національному законодавстві конкретної держави.

Проте розбіжності в концепціях динамічної та статичної правоздатності не обмежувалися лише за наслідками набуття (унаслідок природи чи закону). Одним із наріжних питань було те, що його прихильники вважали, що сам зміст наявної в кожній людині в однаковій мірі правоздатності в різних ситуаціях може динамічно змінюватися. Концепція динамічної правоздатності ставиться в залежність від того, якими конкретними правами володіє правоздатна особа, у яких відносинах з іншими суб'єктами вона фактично перебуває. Наприклад, будь-хто має право страхувати майно. Однак реальною така здатність стає лише для того, хто вже має якесь майно як можливий об'єкт страхування. А, оскільки конкретні відносини, учасником яких стає правоздатна особа, не залишаються незмінними, тому, відповідно, і правоздатність набуває динамічних якостей, змінюючи свій зміст щоразу для кожної окремої особи одночасно зі зміною її відносин з іншими суб'єктами. Ті науковці, які вважають, що правоздатність належить усім і кожному, залишаючись рівною і незмінною як за обсягом, так і за змістом, фактично ототожнюють її з суб'єктивним правом — виключним правом на право. Як вважають деякі автори — вітчизняний законодавець, визначаючи правоздатність у ст. 25 ЦК України

як здатність мати будь-які права та обов'язки, які допускаються законом, дотримується положень статичної теорії¹.

Серед українських представників цивілістичної науки, які звертали увагу на теорію «динамічної правоздатності», усе ще немає одностайності в поглядах щодо її обґрунтованості та корисності для теорії приватного права.

Так, Р. О. Стефанчук розуміє цивільну правоздатність як суб'єктивне цивільне право певного спеціального роду (*sui generis*)². Він вважає, що очевидними вадами динамічної концепції є заперечення рівності цивільної правоздатності фізичних осіб та ставлення її обсягу в залежність від низки інших обставин, що прямо суперечить позиції ЦК України. Однак правоздатність (у динамічному її розумінні) не виключає статистичної складової. З позиції динамічної теорії, наприклад, будь-яка особа (з урахуванням вимог ст. 31–39 ЦК України про дієздатність) має однакоvu правоздатність на вчинення правочинів. Так само на підставі договору про надання правової допомоги здійснюється адвокатська діяльність (ст. 26 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»³), але адвокату, адвокатському бюро або адвокатському об'єднанню забороняється укладати договір про надання правової допомоги в разі конфлікту інтересів (ст. 28 цього Закону). Такий конфлікт інтересів може виникнути в разі, якщо адвокат надає правову допомогу іншій особі, інтереси якої можуть суперечити інтересам особи, яка звернулася для укладення договору про надання правової допомоги. І це аж ніяк не суперечить вимогам ЦК України. Така динамічна правоздатність адвоката може виникати у зв'язку з укладеними договорами про надання

¹ Цивільне право України. Загальна частина : підручник / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, Р. А. Майданика. 4-те вид., стер. Київ : Юрінком Інтер, 2014. 976 с.

² Стефанчук Р. О. Особисті немайнові права фізичних осіб у цивільному праві : автореф. дис. на здобуття наукового ступеня докт. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2007. С. 13.

³ Про адвокатуру та адвокатську діяльність : Закон України від 05.07.2012 № 5076-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2013. № 27. Ст. 282.

правової допомоги, які в часі укладені раніше, ніж виникла нагода укласти договір з іншим клієнтом, інтереси якого суперечать інтересам попередніх клієнтів. Проте цей стан не позбавляє адвоката правоздатності в інших правочинах.

Такі особливості проявляються і в трудових правовідносинах. Право на працю є основним (конституційним) правом, яке закріплено в ст. 43 Конституції України: «Кожен має право на працю, що включає можливість заробляти собі на життя працею, яку він вільно обирає або на яку вільно погоджується». Відповідне право знаходить відображення у ст. 2 Кодексу законів про працю України. Це, так би мовити, абстрактна правоздатність фізичної особи. Проте низка інших законів обмежує зазначену правоздатність, наприклад, у разі, якщо людина, прийнята на державну службу, буде безпосередньо підпорядкована близьким їй особам (ст. 32 Закону України «Про державну службу»¹; ст. 27 Закону України «Про запобігання корупції»²). Так, раніше не пов'язані між собою родинними та сімейними зв'язками особи мали однакові можливості поряд з іншими державними службовцями. У разі виникнення обставин, що порушують вимоги зазначених вище правових норм, відповідні близькі особи вживають заходів щодо усунення таких обставин у п'ятнадцятиденний строк — переведення на іншу посаду до іншого підрозділу (установи), аж до звільнення. Цей приклад демонструє на тлі загальної рівності цивільної правоздатності фізичних осіб (навіть якщо вони здійснюють своє право на працю через державну службу) таку властивість правоздатності, як динамічність.

Козловська Л. В., яка схиляється до статичної теорії, є категоричною в тому, що всі характеристики правоздатності мають розглядатися виключно як абстрактна можливість.

¹ Про державну службу : Закон України від 16.12.1993 № 3723-ХІІ. *Відомості Верховної Ради України*. 1993. № 52. Ст. 490.

² Про запобігання корупції : Закон України від 14.10.2014 № 1700-VII. *Відомості Верховної Ради України*. 2014. № 49. Ст. 2056.

На її переконання, якщо повноваження належить визначеній особі щодо реально існуючого об'єкта, то йдеться вже про суб'єктивне право як елемент цивільного правовідношення в правовому механізмі здійснення та захисту¹. На наш погляд, таке знеособлення правоздатності занадто категоричне. Фактично подібна заява Л. В. Козловської виключає правоздатність з елементів правовідношення, тобто позбавляє її реального практичного значення, оскільки правовідносини не можуть виникати абстрактно — вони виникають, здійснюються та завершуються за обов'язковою участю хоча б одного суб'єкта. А обов'язкова наявність правоздатності та дієздатності як умов участі особи (фізичної чи юридичної) у правовідносинах є догмою правової науки.

Наведена нами позиція не є поодиноким випадком у науці. Так, аналізуючи зміст кількох праць Т. В. Шлапко, ми доходимо висновку, що автор належить до вчених, які позитивно сприймають ті положення, на яких заснована теорія «динамічної правоздатності». І, хоча в її публікаціях безпосередньо про це не йдеться, текст наукових праць Т. В. Шлапко містить деякі висновки, які можуть бути використані як аргумент при доведенні права існування зазначеної концепції.

Автор стверджує, що виникнення правоздатності у правомочного суб'єкта у сфері пенсійного забезпечення по інвалідності пов'язується з початком суспільно корисної діяльності чи настанням об'єктивних підстав для одержання пенсії. Обґрунтовується також виділення не лише спеціальної, а й видової та підвидової правоздатності². До того ж Т. В. Шлапко звертає увагу на такі закріплені у вітчизняному законодавстві правила у сфері соціального забезпечення: «...за призначенням пенсії по інвалідності до Пенсійного фонду можуть звертатися тільки

¹ Козловська Л. В. Правосуб'єктні передумови спадкових правовідносин у механізмі правового регулювання здійснення та захисту спадкових прав. *Науковий вісник Чернівецького університету*. 2014. Вип. 728. Правознавство. С. 71.

² Шлапко Т. В. Особливості правомочних суб'єктів пенсійних правовідносин по інвалідності в солідарній пенсійній системі. *Правовий вісник Української академії банківської справи*. 2012. № 1(6). С. 139.

особи, які повністю або частково втратили працездатність внаслідок загального захворювання і яким медико-соціальна експертна комісія встановила певну групу інвалідності. Пенсії призначаються на період встановлення інвалідності, а особам, що досягли пенсійного віку, — довічно. Головною умовою для призначення пенсії по інвалідності є наявність певного страхового стажу на час настання інвалідності¹».

Наведене ще раз підтверджує можливість зміни обсягу однієї й тієї самої правоздатності в кожному конкретному випадку. Такі випадки залежать від попередніх відносин, у яких брав участь суб'єкт відносин — фізична особа. При цьому наголосимо, що абстрактна загальна правоздатність залишається незмінною та однаковою для всіх: право громадян на пенсію закріплене в Конституції України і є матеріальною основою здійснення права громадян на соціальний захист.

Крім того, якщо переглянути норми Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування», то, наприклад, зміст ст. 35 також є прикладом прояву саме конкретної динамічної правоздатності — умови виплати пенсії по інвалідності в разі зміни групи інвалідності або відновлення працездатності: «...у разі якщо особа не з'явилася в органи медико-соціальної експертизи на повторний огляд у визначений для цього строк, виплата пенсії по інвалідності зупиняється з першого числа місяця, наступного за місяцем, у якому вона мала з'явитися на повторний огляд. Якщо виплату пенсії інвалідові було припинено у зв'язку з відновленням здоров'я або якщо він не отримував пенсії внаслідок нез'явлення на повторний огляд без поважних причин, то в разі наступного визнання його інвалідом виплата раніше призначеної пенсії поновлюється...²».

¹ Шляпко Т. В. Окремі питання пенсійного забезпечення інвалідів за законом України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування». *Університетські наукові записки*. 2006. № 1(17). С. 169.

² Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування : Закон України від 09.07.2003 № 1058-IV. *Відомості Верховної Ради*. 2003. № 49. Ст. 376.

Наведене, на нашу думку, й обумовлює динамічний стан правоздатності в конкретно взятих випадках. Отже, підтримуючи теорію «динамічної правоздатності», необхідно зазначити, що під цим поняттям потрібно розуміти саме динамічний стан цивільної правоздатності особи, який обумовлюється певними факторами, а також поведінкою (у минулому та (або) сьогодні) фізичної особи та (чи) її контрагента. За такого розуміння абстрактна правоздатність особи залишається незмінною, невідчужуваною та однаковою для фізичних осіб, що взагалі не суперечить ЦК України.

Додаткові аргументи можна віднайти і в чинному законодавстві. Згідно з ч. 4 ст. 12 ЦК України особа може за відплатним або безвідплатним договором передати своє майнове право іншій особі, крім випадків, встановлених законом. Коментарі з цього приводу з боку фахівців цивільного права містять такі пояснення: «Не можуть бути передані іншій особі об'єкти обмеженої оборотоздатності, якщо інша особа не має відповідного спеціального дозволу¹». Отже, динамічний стан правоздатності обумовлює виникнення конкретного суб'єктивного права у фізичної особи покупця та обов'язку передати майнове право продавцем лише за умови, якщо перший має відповідний дозвіл.

Відповідно до вимог ст. 19 ЦК України способи самозахисту мають відповідати змісту права, що порушене, характеру дій, якими воно порушене, а також наслідкам, спричиненим цим порушенням. Відповідно до коментованої статті дії, спрямовані на самостійний захист цивільного права, можуть мати місце лише в разі його порушення або протиправного посягання. У першому випадку самозахист цивільного права полягає в діях, які вчиняються вже після вчинення цивільного правопорушення, що спрямовані на припинення самого триваючого

¹ Цивільний кодекс України : науково-практичний коментар: у 2 ч. / за заг. ред. Я. М. Шевченко. Київ : Концерн «Видавничий Дім "Ін Юре"», 2004. Ч. 1. С. 24.

правопорушення, а також недопущення інших несприятливих наслідків, зумовлених таким порушенням (недопущення збільшення завданої шкоди та ін.). У другому випадку факту порушення ще немає, однак існують реальні підстави вважати, що в разі нездійснення заходів самозахисту цивільне право зазнає посягання¹. Вважаємо, що другий випадок здійснення самозахисту з наведеного коментування яскраво демонструє правоздатність особи на вчинення певних дій щодо недопущення несприятливих наслідків своїм інтересам у динамічному стані.

Отже, за наведеним аналізом різноманітних поглядів науковців і прикладами із законодавства можна дійти загального, утім, на наш погляд, дуже важливого висновку: теорія «динамічної правоздатності» (у розумінні наявності динамічного стану цивільної правоздатності) не лише має право посідати одне з визначальних місць у теорії сучасної правової науки, а й чинить практичний вплив на українську правову систему.

Говорячи про основні (характерні) ознаки правоздатності, ми наводили лише декілька авторських бачень (оскільки це питання в більш-менш стислому чи розгорнутому вигляді містить майже кожний класичний підручник з цивільного права), але й у наведених нами прикладах, і в інших виданнях автори доходять спільної думки, що однією з визначальних ознак цивільної правоздатності є її рівність для всіх фізичних осіб.

Окремі науковці навіть акцентують на цьому увагу, говорячи про те, що для характеристики цивільної правоздатності принципове значення має закріплена чинним законодавством рівність прав громадян. Саме тому й правоздатність громадян закріплюється як рівна для всіх і однакова для кожного незалежно від походження, соціального і майнового становища, расової та національної належності, статі, освіти, мови,

¹ Цивільний кодекс України : науково-практичний коментар: у 2 ч. / за заг. ред. Я. М. Шевченко. Київ : Концерн «Видавничий Дім "Ін Юре"», 2004. Ч. 1. С. 37.

ставлення до релігії, роду і характеру занять, місця проживання та інших обставин¹. Так, І. А. Бірюков, Ю. О. Заїка наголошують, що «...правоздатність визнається однаковою мірою за всіма фізичними особами незалежно від їх віку, стану здоров'я та інших факторів...»², подібної думки дотримується й М. І. Панченко³.

Рівність цивільної правоздатності є ключовою ознакою для прихильників теорії «статичної правоздатності». Абстрактність та універсальність правоздатності розглядалися як передумови володіння конкретними правами та обов'язками. Р. О. Стефанчук також вважає цивільну правоздатність за своєю природою суб'єктивним цивільним правом, називаючи цю властивість (...всі фізичні особи є рівними у здатності мати цивільні права...) «специфічним обсягом», яким остання відрізняється від інших суб'єктивних прав⁴.

Загальна рівність будь-якої людини в можливості мати однакові права та обов'язки задекларована в низці міжнародних нормативно-правових актів^{5; 6; 7}. Проте таке становище сформувалося не одразу. Відносно нещодавно мав місце період, коли різноманітні категорії людей згідно з чинними на той час

¹ Цивільне право України : підручник: у 2 кн. / Боброва Д. В. та ін. ; за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. Київ : Юрінком Інтер, 1999. С. 61.

² Бірюков І. А., Заїка Ю. О. Цивільне право України. Загальна частина : підручник. Київ : Правова єдність, 2014. 510 с.

³ Панченко М. І. Цивільне право України : навч. посіб. Київ : Знання, 2005. С. 35.

⁴ Цивільне право України : навч. посіб. / Білоусов Ю. В. та ін. ; за ред. Р. О. Стефанчука. Київ : Правова єдність, 2009. С. 40.

⁵ Загальна декларація прав людини (рос/укр) : декларація ООН ; міжнародний документ від 10.12.1948. *Офіційний вісник України*. 2008. № 93. Ст. 3103.

⁶ Міжнародний пакт про громадянські і політичні права : пакт ООН ; міжнародний документ від 16.12.1966 (ратифіковано Указом Президії Верховної Ради Української РСР № 2148-VIII від 19.10.73). *Офіційний сайт Верховної Ради України*. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_043 (дата звернення: 01.02.2024).

⁷ Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права : пакт ООН ; міжнародний документ від 16.12.1966 (ратифіковано Указом Президії Верховної Ради Української РСР № 2148-VIII від 19.10.73). *Офіційний сайт Верховної Ради України*. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_042 (дата звернення: 01.02.2024).

законами мали досить обмежену правоздатність. Навіть серед чинних «гуманістичних» міжнародних правових актів можна знайти певні формальні ознаки нерівності правоздатності різних категорій осіб. Наприклад, якщо переглянути Каїрську декларацію про права людини в ісламі (1990), то вже у преамбулі звертає на себе увагу таке формулювання: «Усі люди є слуги Господні, та найбільш улюблені ним ті, які найбільш корисні іншим його слугам, і ніхто не має переваги над іншими людьми, хіба що в благочесті та добрих справах»¹. Проте залишається відкритим питання, як така «божественна» перевага може бути трактована у правових системах теократичних держав. Крім того, у Міжнародних пактах про ... права (1966) задекларовано, що держави, які беруть участь у цих Пактах, зобов'язуються забезпечити рівне для чоловіків і жінок право користування всіма правами (ст. 3)^{2,3}. Проте в тій самій Каїрській декларації про права людини в ісламі поряд з тим, що ст. 6 зрівнює жінку в правах з чоловіком, друга частина цієї норми наголошує винятковий обов'язок чоловіка — відповідати за достаток і благополуччя родини⁴.

Отже, постає питання, чи можна в сучасній українській правовій системі вважати ознаку рівності цивільної правоздатності абсолютною? У більшості ситуацій цей постулат є універсальним. Однак окремі вчені подекуди висловлюються

¹ Каїрська декларація про права людини у ісламі : декларація ООН ; міжнародний документ від 05.08.1990. *Офіційний сайт Верховної Ради України*. URL: http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995_882 (дата звернення: 01.02.2024).

² Міжнародний пакт про громадянські і політичні права : пакт ООН ; міжнародний документ від 16.12.1966 (ратифіковано Указом Президії Верховної Ради Української РСР № 2148-VIII від 19.10.73). *Офіційний сайт Верховної Ради України*. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_043 (дата звернення: 01.02.2024).

³ Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права : пакт ООН ; міжнародний документ від 16.12.1966 (ратифіковано Указом Президії Верховної Ради Української РСР № 2148-VIII від 19.10.73). *Офіційний сайт Верховної Ради України*. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_042 (дата звернення: 01.02.2024).

⁴ Каїрська декларація про права людини у ісламі : декларація ООН ; міжнародний документ від 05.08.1990. *Офіційний сайт Верховної Ради України*. URL: http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995_882 (дата звернення: 01.02.2024).

й про існування винятків з цього принципу (наприклад, З. В. Ромовська)¹.

Законодавець каже, що у випадках, встановлених законом, здатність мати окремі цивільні права та обов'язки може пов'язуватися з досягненням фізичною особою відповідного віку (ч. 3 ст. 25 ЦК України). Автори коментаря до ЦК України пояснюють це положення з необхідністю усвідомлення нею значення своїх дій та можливість керувати ними. З певним віком пов'язується, наприклад, право займатися підприємницькою діяльністю, укладати певні правочини, обирати місце проживання, приймати рішення щодо зміни імені тощо². Проте у цьому випадку не можна ототожнювати такі обмеження з частковою та неповною цивільною дієздатністю фізичних осіб (що саме й роблять, на наш погляд, автори коментаря до ЦК України у наведеному вище уривку тексту, посилаючись на ст. 31, 32 Кодексу).

Особи з «вадами» дієздатності залишаються при цьому правоздатними. Їхня правоздатність згідно з ЦК та СК України реалізується через «допоміжну дієздатність» опікунів та піклувальників, включаючи батьків і усиновителів, які реалізують не власну, а чужу правоздатність, тобто правоздатність своїх підопічних, діючи при цьому в інтересах останніх. Якщо казати про «вади» правоздатності неповнолітніх осіб, то потрібно мати на увазі лише такі права, здатність мати які пов'язувалася з досягненням фізичною особою відповідного віку.

В. М. Ігнатенко та О. П. Печений також поділяють цю точку зору. Вони наводять приклади, що, крім неповнолітнього, закон у певних випадках не визнає і недієздатну особу здатною мати право, наприклад, на складання заповітів, право давати доручення. Так само недієздатний не може вступати до кооперативу, не має права на підприємницьку діяльність, а отже,

¹ Ромовська З. В. Цивільна правоздатність громадян. *Право України*. 1994. № 10. С. 53.

² Цивільний кодекс України : науково-практичний коментар: у 2 ч. / за заг. ред. Я. М. Шевченко. Київ : Концерн «Видавничий Дім "Ін Юре"», 2004. Ч. 1. С. 45.

не може бути носієм цивільних прав та обов'язків, пов'язаних з його особою, і вони не можуть бути здійснені будь-ким іншим. Отже, це може свідчити про існування вікового та інтелектуального критеріїв цивільної правоздатності. Проте зазначені та деякі інші автори підтримують підхід, згідно з яким принцип рівності правоздатності не порушується тим, що деякі фізичні особи фактично чи за прямою вказівкою закону не можуть (не здатні) мати окремі права та обов'язки. Мотивують вони це тим, що неможливість мати деякі права поширюється однаковою мірою на всіх фізичних осіб^{1;2}.

М. І. Панченко також визнає наявність винятків із загальноновизнаної рівності цивільної правоздатності. Він їх асоціює з обмеженнями законом, оскільки здатність мати окремі права та обов'язки може пов'язуватися з досягненням фізичною особою відповідного віку (керувати автомобілем тощо)³.

Окремі автори зазначають, що іноземці та особи без громадянства, які перебувають на території України на законних підставах також мають рівні з громадянами України цивільні права, що означає надання їм національного режиму. Вони, як і громадяни України, можуть мати у власності майно, користуватися житлом та іншим майном, спадкувати та заповідати майно, мати інші майнові та особисті немайнові права, не заборонені законодавством. Винятки з цього режиму можуть встановлюватися лише Конституцією, законами та міжнародними договорами Україн^{4;5}. Проте саме в останній фразі

¹ Цивільне право : підручник : у 2 т. / Борисова В. І. (кер. авт. кол.) та ін. ; за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасько-Фатеевої, В. Л. Яроцького. Харків : Право, 2011. Т. 1. С. 115.

² Цивільне право України : підручник : у 2 кн. / Боброва Д. В. та ін. ; за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. Київ : Юрінком Інтер, 1999. С. 61.

³ Панченко М. І. Цивільне право України : навч. посіб. Київ : Знання, 2005. С. 35–36.

⁴ Цивільний кодекс України : науково-практичний коментар : у 2 ч. / за заг. ред. Я. М. Шевченко. Київ : Концерн «Видавничий Дім “Ін Юре”», 2004. Ч. 1. С. 46.

⁵ Бірюков І. А., Зайка Ю. О. Цивільне право України. Загальна частина : навч. посіб. Київ : КНТ, 2006. С. 68–70.

й полягає особливість нерівності цивільної правоздатності такої категорії, як іноземці та апатриди. Р. В. Чернолуцький на основі особистого дослідження доходить висновку, що іноземні громадяни, володіючи певним обсягом правоздатності, наданої їм вітчизняним правопорядком, під час свого перебування на території іншої держави не мають права посилатися на той обсяг прав, якими вони володіють у своїй державі¹.

Так, наприклад, у ст. 13 Конституції України зазначено: «Земля, її надра..., інші природні ресурси, які знаходяться в межах території України, ...є об'єктами права власності Українського народу». Як це впливає на цивільну правоздатність іноземців та апатридів? Відповідно до частин 2 та 4 ст. 81 Земельного кодексу України іноземці та особи без громадянства можуть набувати права власності лише на земельні ділянки несільськогосподарського призначення в межах населених пунктів, а також на земельні ділянки несільськогосподарського призначення за межами населених пунктів, на яких розташовані об'єкти нерухомого майна, що належать їм на праві приватної власності. Землі сільськогосподарського призначення, прийняті у спадщину іноземцями, а також особами без громадянства, протягом року підлягають відчуженню². Отже, така категорія учасників цивільно-правових відносин позбавлена законом у правоздатності набути у власність та володіти землею сільськогосподарського призначення.

До того ж ч. 1 ст. 212 СК України серед осіб, які не можуть бути усиновлювачами дітей в Україні, визначено осіб без громадянства та іноземців, які не перебувають у шлюбі (крім випадків, коли іноземець є родичем дитини). До цього ж зазначені особи відповідно до ч. 3 ст. 244 СК України не можуть

¹ Чернолуцький Р. В. Проблеми правосуб'єктивності осіб у колізійному праві України : автореф. дис. на здобуття наукового ступеня канд. юрид. наук: 12.00.03. Одеса, 2006. С. 12.

² Земельний кодекс України : Кодекс України ; Закон від 25.10.2001 № 2768-III. *Офіційний вісник України*. 2001. № 46. Ст. 2038.

бути опікунами чи піклувальниками. Дитина може бути усиновлена іноземцем, якщо не виявилось громадянина України, який бажав би її усиновити або взяти на виховання до себе в сім'ю (ч. 3 ст. 283 СК України).

Також норми міжнародного права допускають обмеження цивільної правоздатності іноземних громадян за рішенням КМУ в порядку відповідного реагування на дії тих держав, у яких є спеціальні обмеження щодо здійснення прав і свобод громадянам України у вигляді міжнародних санкцій (реторсії)¹. У той самий час обсяг прав, якими наділені іноземні громадяни в іншій державі, може бути і більш значним, ніж той, який вони мають на своїй батьківщині².

Крім випадків «недостатності» цивільної правоздатності іноземців в Україні, можна навести й протилежні ситуації. Як приклад можна навести право учасників правовідносин визначити, право якої держави підлягає застосуванню до правовідносин з іноземним елементом («вибір права»). Відповідно до ст. 5 Закону України «Про міжнародне приватне право» у випадках, передбачених законом, учасники (учасник) правовідносин можуть самостійно здійснювати вибір права, що підлягає застосуванню до змісту, наприклад, цивільно-правових відносин. Застосування права іноземної держави охоплює всі його норми, які регулюють відповідні правовідносини (ст. 6 Закону). У такому разі може бути застосовано так званий особистий закон фізичної особи, яким вважається право держави, громадянином якої вона є, або право держави, у якій ця особа має місце проживання, а за його відсутності — місце перебування (для осіб без громадянства)³.

¹ Цивільне право : підручник : у 2 т. / Борисова В. І. (кер. авт. кол.) та ін. ; за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасько-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. Харків : Право, 2011. Т. 1. С. 117.

² Чорнолуцький Р. В. Проблеми правосуб'єктивності осіб у колізійному праві України : автореф. дис. на здобуття наукового ступеня канд. юрид. наук: 12.00.03. Одеса, 2006. С. 12.

³ Про міжнародне приватне право : Закон України від 23.06.2005 № 2709-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2005. № 32. Ст. 422.

Наведення навіть цих прикладів ми вважаємо достатніми для того, щоб визнати, що обсяг цивільної правоздатності в конкретних ситуаціях (правовідносинах) цієї категорії осіб є відмінним від правоздатності громадян України.

І, хоча ч. 1 ст. 26 ЦК України встановлює, що всі фізичні особи є рівними у здатності мати цивільні права та обов'язки, не можна вважати це положення таким, що гарантує всім рівні права, оскільки теорія права в цілому та цивільного права зокрема містить таку правову категорію, як «переважні права».

На думку В. В. Боднар, переважне право — це передусім право (правомочність), яке забезпечує першочерговість перед іншими особами на вчинення певної юридичної дії (наприклад, укладення договору)¹. Цікавим для нашого дослідження є те, що у своїй публікації В. В. Боднар акцентує увагу на винятковості переважного права, оскільки воно є винятком із встановленого ст. 1 ЦК України принципу юридичної рівності учасників цивільних відносин. Переважне право є виключним правом у будь-яких відносинах, які воно супроводжує. Зазначений науковець наголошує, що це особливий вид особистого права, оскільки не може належати ні до речових, ні до зобов'язальних прав, і відносить його до аномалій у цивільному праві².

Прикладами переважних прав є: перевага призначення осіб, які перебувають у сімейних, родинних відносинах з підопічним (з урахуванням особистих стосунків між ними), опікунами або піклувальниками (ч. 4 ст. 63 ЦК України); передача земельних ділянок (при приватизації земель державних і комунальних сільськогосподарських підприємств, установ та організацій працівникам цих підприємств, установ та організацій), працівникам державних та комунальних закладів освіти, культури, охорони здоров'я, розташованих на території

¹ Боднар В. В. Поняття та юридична природа переважних прав. *Університетські наукові записки*. 2011. № 4. С. 120.

² Там само.

відповідної ради, а також пенсіонерам з їх числа з визначенням кожному з них земельної частки (ч. 1 ст. 25 Земельного кодексу України) і т. ін.

Якщо переважному праву одного учасника цивільних відносин не протистоїть обов'язок іншого учасника цих відносин, на думку В. В. Боднара, є всі підстави відносити такі переважні права до секундарних прав¹. Такої самої думки дотримуються С. Косів та М. Мороз².

Отже, наявність інституту «переважних прав» та практичний його прояв у вітчизняних нормативно-правових актах остаточно ставить під сумнів абсолютність принципу «рівності правоздатності» для фізичних осіб. Навіть наділення їх рисами «аномальності», «юридичної недосконалості» є, по суті, черговим визнанням існування винятків у загальному правилі рівності цивільної правоздатності. Отже, нехай ми окреслили не дуже багато категорій фізичних осіб, цивільна правоздатність яких у конкретних правовідносинах може бути відмінною від загальної (зокрема, це: а) особи, які не досягли певного віку; б) особи, які визнані недієздатними; в) іноземці та особи без громадянства; г) особи, які згідно з законом мають переважні права тощо), утім навіть цього достатньо, щоб дійти висновку, що із загального правила про абстрактну рівність у здатності фізичних осіб мати права та обов'язки (цивільну правоздатність) можна зробити винятки. І, як нами було доведено, вони реально існують. Це свідчить, що в конкретних правовідносинах можуть мати місце нерівності правоздатності певних категорій фізичних осіб.

Наведені нами приклади (назвемо їх не «аномалії», а «законні винятки», адже вони передбачаються законами) можуть гармонізувати із загальним правилом через такі

¹ Боднар В. В. Поняття та юридична природа переважних прав. *Університетські наукові записки*. 2011. № 4. С. 122.

² Косів С. Секундарні права в орендних відносинах. *Вісник Академії правових наук України*. 2004. № 2. С. 99.

причини. По-перше, як зазначалося раніше іншими авторами, неможливість мати деякі права (а від себе додамо — або можливість мати деякі переваги) поширюється однаковою мірою на всіх фізичних осіб зазначеної категорії (у цьому є ознака рівності). По-друге, ті обставини, через які виникає така нерівність у правоздатності з часом або через поведінку (дії, бездіяльність) фізичної особи можуть перестати існувати. Наприклад, людина досягла необхідного віку для здійснення відповідного правочину або здійснення іншого немайнового права, або набула українського громадянства, змінила вид діяльності — перестала займатися фермерством (позбулася права отримати безоплатно у приватну власність надану в користування земельну ділянку у розмірі земельної частки (паю) члена сільськогосподарського підприємства, розташованого на території відповідної ради (ч. 1 ст. 32 Земельного кодексу України) тощо.

Зроблені нами висновки в аспекті з'ясування однієї з основних ознак правоздатності є додатковим аргументом на користь обґрунтування існування теорії «динамічної правоздатності».

Зміст правоздатності громадян тісно пов'язаний з особистістю людини, з необхідністю задоволення її матеріальних та духовних потреб. Тому правоздатність, незважаючи на простоту конструкції, не безмежна. Однак якщо розглядати зміст правоздатності фізичних осіб залежно від індивідуалізуючих ознак (таких, наприклад, як вік, стать, громадянство, національність, сімейний стан і т. ін.), то насправді можна спостерігати певні зміни.

Проведений нами аналіз особливостей цивільної правоздатності дозволяє класифікувати певні індивідуалізуючі ознаки.

1. Вік — тривалість життя людини¹. З віком пов'язані фізіологічно-психологічні зміни людини (дорослішання, старіння).

¹ Словник української мови: в 11 т. / АН УРСР. Інститут мовознавства ; за ред. І. К. Білодіда. Київ : Наукова думка, 1970—1980 [онлайн-версія словника]. URL: <http://sum.in.ua/s/vik> (дата звернення: 01.02.2024).

По-перше, з цією ознакою законодавець пов'язує здатність не лише мати права, а й самостійно їх здійснювати (дієздатність). Цей процес має кілька етапів. До 14 років фізична особа має часткову дієздатність (ст. 31 ЦК України), з 14 до 18 років — неповну (ст. 32 ЦК України), і лише з 18 років — повну цивільну дієздатність (ст. 34 ЦК України).

Фізична особа, яка досягла 14 років, має право на вільне самостійне пересування по території України і на вибір місця перебування. Дитина, яка не досягла цього віку, має право пересуватися по території України лише за згодою батьків (усиновлювачів), опікунів та в їхньому супроводі або в супроводі осіб, які уповноважені ними. З 16 років людина має право на вільний самостійний виїзд за межі України (ст. 313 ЦК України). По досягненню 18 років у людини виникає право на стерилізацію (ч. 5 ст. 281 ЦК України). Особам, які досягли 18-річного віку в установленому порядку може бути наданий дозвіл на придбання, володіння та зберігання газових пістолетів, револьверів і патронів до них (сльозоточивої та дратівної дії), з 21-річного віку — на вогнепальну гладкоствольну мисливську зброю; з 25-річного віку — на вогнепальну мисливську нарізну зброю (Додаток 2 до Постанови ВРУ «Про право власності на окремі види майна»).

Проте, крім набуттям, з віком може бути пов'язане й припинення деяких проявів правоздатності. Так, у разі досягнення підопічним 14 років припиняється опіка (ч. 2 ст. 76 ЦК України), а з досягненням 18-річного віку — піклування (п. 1 ч. 1 ст. 77 ЦК України). З набуттям повноліття (особа віком до 18 років, якщо згідно із законом, застосовуваним до неї, вона не набуває прав повнолітньої раніше) припиняється правовий статус дитини (ст. 1 Закону України «Про охорону дитинства»). Отже, припиняється обов'язок батьків утримувати дитину (ч. 1 ст. 180 СК України).

2. Наступною ознакою, з якою низка правових норм приватного права пов'язує набуття або, навпаки, втрату частини

правоздатності, є цивільна дієздатність особи. Обмежено дієздатна особа здатна мати право на: піклування (ч. 1 ст. 37, ст. 292 ЦК України); недієздатна особа здатна мати право на опіку (ч. 1 ст. 41, ст. 292 ЦК України). Такі особи, наприклад, не можуть бути опікунами, піклувальниками (ч. 2 ст. 63 ЦК України), усиновлювачами (ч. 1 ст. 212 СК України), не мають права на здійснення підприємницької діяльності (ч. 1 ст. 50 ЦК України). Відповідно до ч. 2 ст. 15 СК України, якщо особа визнана недієздатною, її сімейний обов'язок особистого немайнового характеру припиняється у зв'язку з неможливістю його виконання. Шлюб, зареєстрований з особою, яка визнана недієздатною, є недійсним (ч. 3 ст. 39 СК України). Необхідно зауважити, що в разі поновлення (у порядку, передбаченому ст. 38 і 42 ЦК України та ст. 236–241 ЦПК України) цивільної дієздатності фізичної особи, яка була визнана недієздатною або цивільна дієздатність якої була обмежена, відновлюється і її правоздатність.

Цей приклад є вагомим аргументом на користь «динамічної теорії правоздатності», адже він ставить під сумнів один із постулатів статичної теорії, а саме: незмінність правоздатності для одного й того самого суб'єкта в різних конкретних суспільних відносинах. Якщо це твердження сприймати категорично як засаду для розуміння теорії права, то вийде, що особа, яка була обмежена або позбавлена дієздатності, а отже, позбулася здатності мати і певні права (які були нами наведені для прикладу), не матиме шансів на їх реанімацію у випадку поновлення дієздатності.

3. Обсяг цивільної правоздатності має залежність також і від статі, до якої належить фізична особа. Незважаючи на те що ст. 24 Конституції України виключає будь-які привілеї чи обмеження за ознакою статі, у приватному праві відмінність в обсязі правоздатності таки існує. Так, лише жінки здатні мати право на материнство (ст. 49 СК України), і лише чоловіки — на батьківство (ст. 50 СК України), але при цьому відповідно

до ч. 6 ст. 281 ЦК України лише жінка наділяється можливістю штучного переривання вагітності (як однієї із форм відмови від права на материнство). Чоловік же позбавлений таких прав. Зазначена правоздатність є основою для урегулювання, наприклад, таких правовідносин, як небажання чоловіка мати дитину або нездатність його до зачаття дитини, так само як відмова дружини від народження дитини або нездатність її до народження дитини, що може бути причиною розірвання шлюбу. Виключно жінки здатні мати право на допомогу у зв'язку з вагітністю та пологами (ст. 7 Закону України «Про державну допомогу сім'ям з дітьми»).

4. Належність до національних меншин та мовні ознаки також можуть наділяти фізичну особу здатністю мати деякі особливі права та обов'язки порівняно з етнічними українцями. Наприклад, закон встановлює, що при вирішенні сімейного спору суд за заявою зацікавленої сторони може врахувати місцевий звичай, а також звичай національної меншини, до якої належать сторони або одна з них, якщо вони не суперечать вимогам цього Кодексу, інших законів та моральним засадам суспільства (ч. 1 ст. 11 СК України). Згідно з ч. 2 ст. 35 СК України при реєстрації шлюбу складення більше двох прізвищ допускається винятково, якщо це впливає із звичаю національної меншини, до якої належить наречена і (або) наречений. Аналогічно вирішується справа при визначенні імені дитини: їй може бути дано більше двох імен, якщо це впливає із звичаю національної меншини, до якої належать мати і (або) батько (ч. 2 ст. 146 СК України). До того ж фізична особа має право на транскрибований запис її прізвища та імені відповідно до своєї національної традиції (ч. 2 ст. 294 ЦК України).

Крім того, держава гарантує всім національним меншинам права на самоідентифікацію, свободу громадських об'єднань та мирних зібрань, свободу вираження поглядів і переконань, думки, слова, совісті та релігії, участь у політичному, економічному та соціальному житті, використання мови національної

меншини (спільноти), освіту, зокрема мовами національних меншин (спільнот), збереження культурної самобутності національної меншини (спільноти) та будь-яку іншу діяльність, що передбачена Законом України «Про національні меншини (спільноти) України».

5. Наступною індивідуалізуючою ознакою фізичної особи, від якої залежить обсяг правоздатності, є громадянство України. І хоча більшість прав та обов'язків так само поширюються на іноземців та осіб без громадянства, як і на громадян України, є певні винятки. Не повертаючись до згаданих вище особливостей правоздатності іноземців і осіб без громадянства, варто зазначити, що відповідно до ч. 3 ст. 313 ЦК України фізична особа, яка є громадянином України, має право на безперешкодне повернення в Україну. Право на допомогу від держави при усиновленні дитини (з числа дітей-сиріт або дітей, позбавлених батьківського піклування) має особа, яка є громадянином України (ст. 12-1 Закону України «Про державну допомогу сім'ям з дітьми»). З числа депортованих осіб, які поселилися в сільській місцевості, безплатна передача у власність землі сільськогосподарського призначення в розмірі земельного паю, визначеного для цієї місцевості (за рахунок земель запасу та резервного фонду в разі їх наявності) здійснюється лише громадянам України (ст. 7 Закону України «Про відновлення прав осіб, депортованих за національною ознакою» та п. 6 ст. 25 Земельного кодексу України) тощо.

6. Ім'я є однією з основних індивідуалізуючих ознак фізичної особи, яке найбільшою мірою індивідуалізує її в цивільно-правових відносинах. Саме ім'я є тією сполучною ланкою, яка поєднує безпосередньо саму фізичну особу та обсяг її прав і обов'язків. Особливості обсягу правоздатності, пов'язані з участю фізичної особи у цивільних правовідносинах, мають місце при здійсненні авторських прав під псевдонімом або анонімно. Автор твору має право як узагалі заборонити під час публічного використання твору згадування свого

імені (п. 2 ч. 1 ст. 14 Закону України «Про авторське право і суміжні права»), так і використовувати вигадане ім'я. Якщо твір опубліковано анонімно чи під псевдонімом, видавець твору має право захищати права автора, зокрема у суді. Верховний Суд України в постанові № 5 (п. 9) від 04.06.2010 наголошує на тому, що в таких випадках суд не має права вимагати розкриття імені автора, доки автор твору не вирішить розкрити своє ім'я і не заявить про своє авторство¹.

7. Наступна індивідуалізуюча ознака — місце проживання (перебування). У цьому випадку, як правило, обсяг правоздатності фізичної особи може бути змінено, якщо для цього місця існує якийсь відмінний від загальної території режим — особлива правоздатність для тих, хто проживає за кордоном, на території режимних об'єктів, у зонах відчуження, перебуває або перебував у зоні збройних конфліктів (антитерористичної операції) тощо. Так, не підлягають оподаткуванню земельні ділянки та будинки, розташовані на території зон гарантованого добровільного відселення і посиленого радіоекологічного контролю, що належать громадянам, які проживають поза межами зон радіоактивного забруднення (ст. 7 Закону України «Про правовий режим території, що зазнала радіоактивного забруднення внаслідок Чорнобильської катастрофи»). Громадянам, які працюють у зоні відчуження, встановлюється доплата в порядку і розмірах, визначених КМУ (ч. 1 ст. 39 Закону України «Про статус і соціальний захист громадян, які постраждали внаслідок Чорнобильської катастрофи»).

Протилежні за суттю, але також залежні від місця проживання виникають відносини у випадку наявності обставин, які передбачені ст. 43 ЦК України, а саме: фізична особа може бути визнана судом безвісно відсутньою, якщо протягом одного року в місці її постійного проживання немає відомостей

¹ Про застосування судами норм законодавства у справах про захист авторського права і суміжних прав : Постанова Верховного Суду України від 04.06.2010 № 5. *Вісник Верховного Суду України*. 2010. № 6. С. 4.

про місце її перебування. У такій ситуації фізична особа, яка визнана безвісно відсутньою, а також фізична особа, місце перебування якої невідоме, має можливість розраховувати на опіку над її майном. При цьому така правоздатність буде реалізована також за рахунок дієздатності інших осіб у порядку, встановленому законом (ст. 44 ЦК України).

8. Правоздатність людини може мати свої особливості залежно від сімейного стану та родинних стосунків з іншими фізичними особами. Відповідно з цим право на розірвання шлюбу мають лише особи, які перебувають у зареєстрованому шлюбі, а право на вступ у шлюб — особи, які не перебувають у зареєстрованому шлюбі (ст. 25 СК України). У шлюбі між собою не можуть перебувати особи, які є родичами прямої лінії споріднення (ст. 26 СК України). Якщо на обліку для можливого усиновлення дітей-сиріт перебувають рідні брати та сестри, вони не можуть бути роз'єднані при їх усиновленні (крім виключних випадків за рішенням суду) (ст. 210 СК України).

У випадку завдання смерті фізичній особі, той член подружжя, який залишився, батьки (усиновлювачі), діти (усиновлені), а також особи, які проживали з нею однією сім'єю мають право на відшкодування моральної шкоди (ч. 2 ст. 1168 ЦК України). Від ступеню родинних зв'язків залежить черга спадкоємців за законом, звідки випливають й інші права та обов'язки таких осіб щодо спадкування (ст. 1261—1263 ЦК України).

9. Стан здоров'я (у тому числі психічний) та певні види залежності також вносять певні корективи до обсягу цивільної правоздатності. Суд може обмежити цивільну дієздатність фізичної особи, якщо вона страждає на психічний розлад, який істотно впливає на її здатність усвідомлювати значення своїх дій та (або) керувати ними. Крім того, цивільна дієздатність фізичної особи може бути обмежена, якщо вона зловживає спиртними напоями, наркотичними засобами, токсичними речовинами, азартними іграми тощо і тим ставить себе чи свою сім'ю, а також інших осіб, яких вона за законом

зобов'язана утримувати, у скрутне матеріальне становище (ст. 36 ЦК України). Якщо людина внаслідок хронічного, стійкого психічного розладу не здатна усвідомлювати значення своїх дій та (або) керувати ними, вона взагалі може бути визнана судом недієздатною (ст. 39 ЦК України). Відповідні обмеження дієздатності впливають на обсяг правоздатності фізичної особи (що було прокоментовано нами раніше).

Не можуть бути усиновлювачами дитини особи, які: перебувають на обліку або на лікуванні у психоневрологічному чи наркологічному диспансері; зловживають спиртними напоями або наркотичними засобами (ч. 1 ст. 212 СК України).

10. Підприємницька правоздатність. Сторонами в договорі комерційної концесії можуть бути фізична та юридична особи, які є суб'єктами підприємницької діяльності (ч. 1 ст. 1117 ЦК України). Управителем може бути суб'єкт підприємницької діяльності (ч. 1 ст. 1033 ЦК України).

11. Релігійні переконання, професійні досягнення і репутаційні чинники (освіта, науковий ступень, вчене звання, правовий статус адвоката тощо) та ін. Цей перелік є далеко не вичерпний, адже навіть окремі складові правового статусу (їх наявність, відсутність чи зміна) можуть впливати на обсяг правоздатності в конкретно взятий проміжок часу (наприклад, для того, щоб обіймати посади в релігійних організаціях, на посадах завідувача кафедри, декана, ректора в закладах вищої освіти, претендувати на посади в громадську раду доброчесності тощо).

Відмінності обсягу правоздатності можуть мати місце і за умови сукупності двох і більше ознак, які є самостійними або утворюють певний юридичний стан.

12. Повноліття і дієздатність. Повнолітня дієздатна фізична особа, яка усвідомлює значення своїх дій і може керувати ними, має право відмовитися від лікування (ч. 4 ст. 284 ЦК України). Медичні, наукові та інші дослідження можуть здійснюватися також лише щодо повнолітньої дієздатної фізичної особи за її вільною

згодою (ч. 3 ст. 281 ЦК України). Повнолітня дієздатна фізична особа має право бути донором крові, її компонентів, а також органів та інших анатомічних матеріалів і репродуктивних клітин (ч. 1 ст. 290 ЦК України). Набувачем у договорі довічного утримання (догляду) може бути повнолітня дієздатна фізична особа (ч. 2 ст. 746 ЦК України).

13. Повноліття і стан здоров'я. Повнолітні жінка або чоловік мають право за медичними показаннями на проведення щодо них лікувальних програм допоміжних репродуктивних технологій (ч. 7 ст. 281 ЦК України). Повнолітня фізична особа має право на достовірну і повну інформацію про стан свого здоров'я, у тому числі на ознайомлення з відповідними медичними документами, що стосуються її здоров'я (ч. 1 ст. 285 ЦК України).

14. Дієздатність і стан здоров'я. Дієздатна фізична особа, яка за станом здоров'я не може самостійно здійснювати свої права та виконувати обов'язки, має право обрати собі помічника (ч. 1 ст. 78 ЦК України).

15. Вік і «додаткова» ознака. По досягненню 16 років фізична особа, яка працює за трудовим договором та/або бажає займатися підприємницькою діяльністю, по досягненню 14 років фізична особа, яка записана матір'ю або батьком дитини — мають право отримати повну дієздатність (ч.ч. 1–3 ст. 35 ЦК України). Стаття 16 СК України закріплює право на надання неповнолітнім батькам допомоги (з боку близьких родичів) у здійсненні батьківських прав та виконанні батьківських обов'язків. Неповнолітні батьки, які досягли 14 років, мають право на звернення до суду за захистом прав та інтересів своєї дитини, а також право на безплатну правову допомогу (ст. 156 СК України).

16. Стан здоров'я та «додаткова» ознака. Дружина, з якою проживає дитина, має право на утримання від чоловіка — батька дитини до досягнення дитиною 3 років. Якщо дитина має вади фізичного або психічного розвитку, дружина, з якою проживає дитина, має право на утримання від чоловіка

до досягнення дитиною 6 років. Право на утримання вагітна дружина, а також дружина, з якою проживає дитина, має незалежно від того, чи вона працює, та незалежно від її матеріального становища, за умови, що чоловік може надавати матеріальну допомогу (ст. 84 СК України).

17. Пенсійна правоздатність (вік + страховий стаж).

Загальні умови призначення пенсії за віком визначено ст. 26 Закону України «Про загальнообов'язкове державне пенсійне страхування». При цьому право на призначення пенсії за віком визначається залежно від набутого страхового стажу при досягненні передбаченого законом віку — 60, 63 або 65 років. Щороку страховий стаж, що дає право виходу на пенсію у 60 років, збільшується на 12 місяців та у 2028 році становитиме 35 років.

Для прикладу, право на пенсію за віком у 2024 році мають особи, яким виповнилося: 60 років — за наявності не менше 31 року страхового стажу; 63 років — за наявності не менше 21 року страхового стажу; 65 років — за наявності від 15 до 21 року страхового стажу.

Індивідуалізація обсягу правоздатності може мати й більш складну конструкцію — включати більше двох ключових ознак.

18. Вік + трудовий стаж + «додаткова ознака». Додатковою ознакою можуть бути, наприклад, фізіологічні особливості людини. Так особи, хворі на гіпофізарний нанізм (ліліпути), і диспропорційні карлики мають право на пенсію за віком: чоловіки — після досягнення 45 років і при стажі роботи не менше 20 років; жінки — після досягнення 40 років і при стажі роботи не менше 15 років (ст. 18 Закону України «Про пенсійне забезпечення»). Також додатковою ознакою може бути стать. Наприклад, закон встановлює пенсії за віком багатодітним матерям і матерям інвалідів з дитинства (ст. 17 Закону України «Про пенсійне забезпечення») тощо.

Звісно, наведений вище перелік є лише ілюстрацією доцільності застосування та існування доктрини «динамічної

правоздатності» й підтверджує факт її існування в сучасних реаліях, незалежно від того, що це дещо відходить від законодавчого підходу про незмінність і сталість цивільної правоздатності, передбаченої ст. 25 ЦК України.

Індивідуалізувати обсяг правоздатності може як одна, так і декілька ознак у сукупності. Залежно від наявності цих особливостей, що характеризують стан людини, конкретна фізична особа або набуває «виняткових» прав та обов'язків (які не властиві іншим), або, навпаки, не має тих прав (обов'язків), які властиві загальній більшості учасників правовідносин у приватній сфері. Підтримуючи з цього приводу позицію Р. О. Стефанчука, який зазначає, що як учасник цивільних правовідносин, фізична особа має бути наділена низкою ознак, які її індивідуалізують, виокремлюють з-поміж інших та персоніфікують як учасника цих правовідносин¹, можна стверджувати, що ці вихідні ознаки обумовлюють динаміку цивільної правоздатності певних категорій осіб.

На наш погляд, така ситуація може дещо інакше характеризувати співвідношення статичної та динамічної складової правоздатності. Якщо розглядати правоздатність певної людини в конкретний проміжок часу, то вона може задаватися статичною (незмінною), але відмінною за одним або кількома елементами від правоздатності інших. Якщо ж розглядати правоздатність однієї й тієї самої особи в різні проміжки часу, то можна помітити, що вона відрізняється як за обсягом, так і за змістом. У цьому й проявляється так звана загальна динаміка правоздатності. У конкретних, але типових ситуаціях урахування динамічності може давати правильне уявлення про стан правоздатності в разі зміни певних обставин (наприклад, у випадку презумпції відновлення правоздатності, у випадку поновлення дієздатності особи).

¹ Цивільне право України : навч. посіб. / Білоусов Ю. В., Ватрас В. А., Гринько С. Д. та ін. ; за ред. Р. О. Стефанчука. Київ : Правова єдність, 2009. С. 37.

КОНЦЕПЦІЯ РЕКОДИФІКАЦІЇ ЦК УКРАЇНИ ТА МОДЕРНІЗАЦІЯ ЦК КАЗАХСТАНУ: ПОРІВНЯЛЬНИЙ АНАЛІЗ ОСНОВНИХ ІДЕЙ

Сулейменов Майдан Кунтуарович

*професор, доктор юридичних наук,
директор Науково-дослідного інституту приватного права,
академік Національної академії наук Республіки Казахстан*

Карагусов Фархад Сергійович

*професор, доктор юридичних наук,
головний науковий співробітник
Науково-дослідного інституту приватного права
Каспійського університету,
член Міжнародної академії порівняльного правознавства (IACL)*

У пропонованій статті викладається короткий порівняльний аналіз: а) основних ідей, що містяться в Концепції оновлення Цивільного кодексу України, підготовленої в межах проведеної роботи з рекодифікації цивільного законодавства України (далі — Концепція); б) пропозицій з модернізації й подальшого розвитку цивільного законодавства Республіки Казахстан.

Запропоноване порівняння в деяких випадках містить опис певних особливостей казахстанського законодавства і/або деяких деталей запропонованої модернізації, оскільки це є важливим для знаходження «точок зближення» модернізованого законодавства Казахстану і України. В інших випадках лише наголошується інтерес до запропонованих у Концепції ідей та їх перспективність у контексті модернізації казахстанського цивільного законодавства.

І. Загальна ремарка

1. Ціла низка важливих обставин, які лежать в основі проведеної рекодифікації цивільного законодавства України, привертає до себе особливу увагу.

По-перше, ця робота спрямована на системне оновлення Цивільного кодексу (ЦК) України.

По-друге, проведення цієї роботи обґрунтовується абсолютно прозорою оцінкою поточного стану та перспективами соціально-економічного розвитку українського суспільства і держави, включаючи розвиток такого важливого компонента, як національна правова система, що міститься в Концепції. Необхідно наголосити на обумовленості цієї роботи *«євроінтеграційною спрямованістю всіх компонентів суспільства»*, що дозволило авторам Концепції дотримуватися однозначної логіки запропонованої правової реформи (з урахуванням логіки трансформації всього суспільства), а також визначити обґрунтовані й чіткі орієнтири та методику реформування.

Дуже важливим також є те, що вся робота зі створення Концепції здійснена провідними вченими України, які є визнаними фахівцями в галузі цивільного права і міжнародного приватного права, на чолі з професорами А. С. Довгертом та Н. С. Кузнецовою. Ця обставина, зокрема, дозволяє нам констатувати обґрунтованість, логічність і змістовність Концепції.

Ми всіляко підтримуємо те, що автори Концепції вбачають розвиток цивільного права України в межах континентальної правової сім'ї, тобто як системи цивільного кодексу, причому з урахуванням сучасного досвіду рекодифікації цивільних кодексів Франції і Німеччини як *«бастіонів приватного права»* і прикладів правового розвитку для інших країн Європейського Союзу, а також беручи до уваги саме європейські моделі правового регулювання приватноправових відносин, зокрема *«Принципи, визначення та модельні правила Європейського*

приватного права», Проект загальної системи координат (DCFR), Принципи Ландо — Принципи європейського контрактного права (PECL), Принципи європейського деліктного права (PETL) та інші джерела. Такий підхід дозволяє зберегти цілісність національної правової системи, а також забезпечити обґрунтованість і перспективність подальшого розвитку правової культури в узгодженні з культурним і правовим розвитком держав Західної Європи.

Серйозним фактором успіху здійснення реформи цивільного законодавства в Україні є те, що робота з рекодифікації здійснюється за прямої підтримки держави. Створення робочої групи з рекодифікації цивільного законодавства постановою Кабінету Міністрів України свідчить не тільки про те, що важливість реформи визнається центральною державною владою, але також наголошує, що ця влада робить конкретні кроки зі здійснення такої реформи.

2. Ми з великим інтересом вивчили Концепцію. Масштаб роботи вражає. Підготовка Концепції і запропоноване проведення рекодифікації цивільного законодавства засновані на глибокому і комплексному аналізі досвіду розвитку протягом минулих після прийняття ЦК України десятиліть, результатів судової та ділової практики, наукових досліджень і висновках українських правознавців, а накопичений потенціал саме вітчизняної приватноправової науки спеціально виділяється з-поміж основних факторів і передумов рекодифікації.

Авторами Концепції проведено ревізію всього цивільного законодавства, вивчені кодифікації країн континентального права, на основі цього перероблено практично всі розділи ЦК України. З багатьма положеннями Концепції (можна навіть сказати, з їх переважною більшістю) ми згодні.

Це стосується, зокрема, розділу про речові права (ми теж пропонуємо виділити в Цивільному кодексі Республіки Казахстан розділ «Речове право» з главами про загальні

положення, право власності та обмежені речові права), розділу про правочини (особливо пропозиції про перенесення в цей розділ положень про договір), про зобов'язання.

Ми раді, що ЦК України залишається послідовним щодо інтелектуальної власності і Концепцією не передбачається піти шляхом Росії, де в ЦК внесено всі спеціальні закони, чим порушується приватноправова спрямованість ЦК наявністю в ньому норм публічного права.

Ми згодні з намірами розробників Концепції внести в ЦК норми сімейного права. У 1990-ті роки при розробленні казахстанського ЦК у нас теж був такий намір. І тоді це можна було зробити. Відверто кажучи, просто не вистачило сил. Цивілістів було мало, і ми ледве справлялися з написанням ЦК.

Ми також вітаємо повернення міжнародного приватного права (МПП) до структури ЦК.

Хочемо скористатися нагодою, щоб ще раз висловити захоплення фундаментальними знаннями професора А. С. Довгерта в галузі МПП. Під час підготовки Модельного ЦК країн СНД професор М. К. Сулейменов входив до складу групи, яка готувала розділ МПП. Очолював групу А. С. Довгерт. Сьогодні М. К. Сулейменов зазначає: *«Для мене це була справжня школа. Я дивувався розумінню А. С. Довгертом найменших тонкощів і нюансів МПП і прекрасному володінню зарубіжним досвідом. Усе це проявилось і в розділі МПП даної Концепції»*.

Єдине, проти чого ми заперечуємо, — це внесення в ЦК норм про міжнародний цивільний процес. Ці норми у нас в казахстанському праві містяться в Цивільному процесуальному кодексі (ЦПК), і там вони і будуть залишатися.

3. У Казахстані ми теж проводимо ревізію цивільного законодавства, але цей процес ми назвали скромніше: «Модернізація ЦК, або Основні напрями розвитку цивільного законодавства».

Пропозиції щодо вдосконалення цивільного законодавства Республіки Казахстан (РК) розроблялися в межах підготовки проєкту Концепції правової політики Республіки Казахстан на період 2021–2030 років.

Згаданий проєкт Концепції правової політики розроблявся Інститутом законодавства Республіки Казахстан. Розділ «Цивільне право» готувався спільно з НДІ приватного права.

Нами були підготовлено також «Пропозиції НДІ приватного права Каспійського університету за основними напрямками розвитку цивільного законодавства Республіки Казахстан»¹. Авторами цього документа є М. К. Сулейменов, Г. А. Аліханова, А. Е. Дуйсенова, І. У. Жанайдаров, К. М. Ільєсова, Г. Т. Казієва, Ф. С. Карагусов, Р. А. Маметова, К. В. Мукашева, С. В. Скрябін.

Отже, розвиток і вдосконалення Цивільного кодексу є актуальним завданням і в Казахстані. Причому факторами і передумовами такої модернізації загалом є ті самі обставини, які в Концепції названі передумовами рекодифікації ЦК України. Хіба що як завдання модернізації нашого цивільного права ми б ще спеціально наголосили на необхідності: (і) остаточної відмови від деяких правових конструкцій і підходів, успадкованих від радянської правової системи і ще наявних у нашому цивільному законодавстві; (ii) зближення з законодавством розвинених правопорядків континентальної Європи.

Насамперед необхідно ще раз наголосити, що немає необхідності приймати новий Цивільний кодекс або істотно перекроювати чинний. Ця позиція вже була опублікована М. К. Сулейменовим². Чинний Цивільний кодекс Казахстану в цілому за минулі 25 років довів свою ефективність

¹ Предложения НИИ частного права Каспийского университета по основным направлениям развития гражданского законодательства Республики Казахстан. URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=37068414 (дата доступа: 29.02.2024).

² Сулейменов М. К. Модернизация гражданского законодательства Республики Казахстан. URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=37103691#pos=6;-106 (дата доступа: 29.02.2024).

у регулюванні цивільно-правових відносин, витримав численні нападки на нього (про одну з недавніх таких невдалих провокацій див.: ^{1;2}).

Наприклад, такою спробою була презентація у 2020 році групою молодих науковців «нового ЦК Казахстану» керівництву Міністерства юстиції. Щоправда, це все абсолютно обґрунтовано було охарактеризовано як *«загорнута в красиву оболонку пустишка»³, «безсоромні дії початківців з КазГЮА і, чесно кажучи, які допоки нічого не становлять продуктивного»⁴.*

Тому ще раз зауважимо: немає потреби в докорінній перебудові казахстанського Цивільного кодексу, а його модернізація має полягати в уточненні й більш чіткому закріпленні чинних положень і норм, що відображають нові для казахстанського права і соціально-економічних реалій явища та зміни в суспільних відносинах, що регулюються ним.

Однак, без сумніву, найперше потрібно здійснити ревізію всього казахстанського ЦК, усунути неточності і фактичні помилки, які, на жаль, ще мають місце.

Необхідно також усунути ті зайві нашарування, які з'явилися в казахстанському ЦК всупереч обґрунтованій науковій думці і є чужими для цивільного права (наприклад, § 1-1 глави 3 «Фінансові інструменти», ст. 193-1 «Стратегічні об'єкти» та ін.). Необхідно також відновити статті ЦК РК, необґрунтовано вилучені з нього, наприклад, класичне поняття цінних паперів, векселя і чека як цінного паперу.

¹ Сулейменов М. К. Проект нового Гражданского кодекса: как реагировать и надо ли реагировать? URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=35087322#pos=5;-102 (дата доступа: 29.02.2024).

² Сулейменов М. К. Проект нового Гражданского кодекса: вымысли и реальность (статья вторая, заключительная). URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=32513512#pos=5;-106 (дата доступа: 29.02.2024).

³ Сулейменов М. К. Проект нового Гражданского кодекса: как реагировать и надо ли реагировать? URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=35087322#pos=5;-102 (дата доступа: 29.02.2024).

⁴ Диденко А. Г. О проекте Гражданского кодекса. URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=32033611 (дата доступа: 29.02.2024).

4. У цілому, за період з моменту прийняття казахстанського ЦК (Загальної частини в 1994 році, Особливої частини — у 1999 році) у наш Кодекс внесено значну кількість змін і доповнень, які можна охарактеризувати по-різному в контексті їх обґрунтованості та якості опрацювання. Неодноразово робилися спроби більш-менш масштабного поліпшення ЦК, але не всі вони завершилися успішно (більш докладно про це в: ¹). Не завжди продумані й обґрунтовані доповнення і зміни вносяться в ЦК і до цього часу (про деякі з таких недавніх поправок йдеться далі).

На жаль, про будь-яку системну модернізацію казахстанського ЦК, запропоновану колективом Інституту приватного права під керівництвом академіка М. К. Сулейменова^{2,3}, поки що говорити не доводиться. Основними факторами такого несприятливого положення (які відрізняють ситуацію в розвитку казахстанського цивільного законодавства від процесу рекодифікації ЦК України) є такі взаємопов'язані й взаємообумовлювальні обставини:

- (і) відсутність системного підходу: зміни і доповнення до казахстанського ЦК вносяться фрагментарно, без узгодження їх зі змістом інших галузей і інститутів законодавства й без урахування впливу внесених поправок на розвиток суспільних відносин у комплексі;
- (ii) відсутність єдиної концепції розвитку цивільного права: Концепція правової політики Республіки Казахстан на 2010–2020 роки, яка завершила свою дію, навіть будучи небездоганною за своїм змістом, не була належним чином

¹ Карагузов Ф. С. Система гражданского законодательства Республики Казахстан по состоянию на начало 2019 года и ее развитие в краткосрочной перспективе. URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=36703908#pos=6;-106 (дата доступа: 29.02.2024).

² Предложения НИИ частного права Каспийского университета по основным направлениям развития гражданского законодательства Республики Казахстан. URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=37068414 (дата доступа: 29.02.2024).

³ Сулейменов М. К. Модернизация гражданского законодательства Республики Казахстан. URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=37103691#pos=6;-106 (дата доступа: 29.02.2024).

- виконана через обставини суб'єктивного й об'єктивного характеру (зокрема, у зв'язку з прийняттям на найвищому державному рівні рішення про розвиток казахстанського права на основі імплементації інститутів англійського права, також раптово поставленим завданням про перегляд положень щодо недійсності правочинів і застосування їх наслідків, втручанням Світового банку для приведення казахстанського законодавства у відповідність до його рекомендацій згідно з рейтингами Doing Business та іншими факторами). До цього часу хоч якусь цілісну Концепцію правової політики до 2030 року не затверджено;
- (iii) відсутність чіткого орієнтиру в розвитку цивільного законодавства: демонстративне ігнорування державними чиновниками того факту, що Казахстан є правопорядком цивільного кодексу, необґрунтоване прийняття Підприємницького кодексу, неконституційне формування на території унітарної держави чужорідної юрисдикції Міжнародного фінансового центру «Астана», грубе, неопрацьоване й безсистемне насадження конструкцій англійського права — усе це не дозволяє визначити навіть єдину логіку розвитку не тільки казахстанської правової системи, а й логіку розвитку казахстанської держави та суспільства в цілому;
 - (iv) відсутність підтримки державних інститутів у проведенні робіт з модернізації казахстанського законодавства на системній основі, зокрема з використанням наукового потенціалу вітчизняної приватноправової науки.

II. Про скасування Господарського кодексу України

5. Той факт, що умовою системного оновлення цивільного законодавства України (і не тільки ЦК) є **повне скасування Господарського кодексу України**, викликає суцільну підтримку. Необхідність цього кроку з усією однозначністю обґрунтовано в Концепції.

Ця пропозиція народилася не на порожньому місці. З 2003 року українські цивілісти ведуть запеклу боротьбу за ліквідацію Господарського кодексу. Професор А. С. Довгерт майже так само, як свого часу римський сенатор говорив про необхідність руйнування Карфагена, будь-який свій виступ завершував приблизно так: «А, крім того, я вважаю, що Господарський кодекс має бути скасований!».

Цивілісти Казахстану цілком і повністю підтримують пропозицію скасувати Господарський кодекс України, яка міститься в Концепції.

Це важливо для розвитку правової системи не тільки України, а й інших держав, оскільки, наприклад, у ході «багатостраждального процесу» (за висловом М. К. Сулейменова¹) розробки Підприємницького кодексу Казахстану його авторами як приклад наводився факт існування Господарського кодексу України, і як експерти активну роль з просування цієї нерозумної ідеї відіграли окремі юристи з Донецька й Одеси (як і з Єкатеринбургу).

На жаль, у 2015 році в Казахстані Підприємницький кодекс був прийнятий.

Ми з Н. С. Кузнецовою здійснили видання колективної монографії «*Правовое регулирование предпринимательской деятельности в постсоветский период*», у якому українські та казахстанські цивілісти докладно проаналізували тексти Господарського кодексу України та Підприємницького кодексу Казахстану й наочно показали всю шкідливість і небезпеку для господарського обороту його паралельного регулювання двома кодексами, один з яких заснований на помилковому методологічному посиланні².

І найсумніше полягає в тому, що цей Підприємницький кодекс (будучи в такий спосіб скопійованим з десятків різних

¹ Сулейменов М. К. Предпринимательский кодекс Республики Казахстан: много шума из ничего. URL: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=33440634#pos=1;-113 (дата доступу: 29.02.2024).

² Правовое регулирование предпринимательской деятельности в постсоветский период : сб. науч. статей / под общ. ред. Н. С. Кузнецовой и М. К. Сулейменова. Харьков : Право, 2018. 864 с.

спеціальних законів, які діяли до його прийняття, що, зрештою, негативно відбилосся на обґрунтованості або цілісності правового регулювання), насправді вносить плутанину, створюючи труднощі для підприємців і самої держави (державних органів і судів), наприклад, при застосуванні норм цього кодексу про заборону панівного положення на ринку.

Ми також вважаємо, що скасування Підприємницького кодексу в Казахстані сприятиме більш ефективній та розумній модернізації вітчизняної системи приватного права.

III. Про відносини, що регулюються цивільним правом, і загальні принципи цивільного законодавства

6. Важливим є закріплення в Концепції завдання з уточнення кола регульованих цивільним законодавством відносин і **визнання сфери корпоративних відносин** як однієї зі *«сфер соціальної реальності, в яких знаходяться приватноправові за своєю природою відносини, що регулюються цивільним законодавством»*.

Ми також вважаємо, що принципово важливою є вказівка в казахстанському ЦК на те, що корпоративні відносини регулюються саме цивільним законодавством, і ніяким іншим. Це має бути закріплено в ст. 1 ЦК Республіки Казахстан. При цьому необхідно з належним ступенем однозначності визначити, що корпоративними є відносини, пов'язані із заснуванням корпорацій, участю в корпораціях і в управлінні ними.

Як правило, корпорації заснуються на засадах вільного волевиявлення приватних суб'єктів (у тому числі у випадках, коли для участі в цивільному та господарському обороті вони заснуються державою і публічно-правовими утвореннями) для самостійного здійснення господарської або іншої діяльності, не забороненої законом. У зв'язку з цим корпорації із самостійною правоздатністю також є приватними суб'єктами, які беруть участь у цивільному обороті. Відповідно, і спори між учасниками корпоративних відносин

(корпоративні спори) можуть вирішуватися тільки в порядку цивільного судочинства або за допомогою альтернативного вирішення спорів.

При цьому важливим є чітке розуміння щодо того, хто може визнаватися суб'єктом корпоративних відносин. До них належать сама корпорація, її учасники та посадові особи. Тільки вони можуть виступати сторонами в корпоративному спорі, і тільки щодо них можуть застосовуватися передбачені в законі заходи кримінального та адміністративно-правового переслідування за суспільно небезпечні діяння, допущені в процесі корпоративного управління.

Віднесення особи до учасників корпоративних відносин ґрунтується на легальній дефініції корпоративних відносин, як запропоновано вище. Легальне визначення суб'єктів корпоративних відносин недоцільне з позицій загальноновизнаних прийомів юридичної техніки. Однак вироблення єдиної позиції можливе (і навіть доцільне) в судовій практиці і/або за результатами її узагальнення.

Викладена вище позиція відображена в Рекомендаціях щодо вдосконалення корпоративного законодавства Республіки Казахстан, підготовлених за активної участі Ф. С. Карагусова і *«спрямованих на поліпшення правового регулювання корпоративних правовідносин, корпоративного управління, діяльності корпоративних груп і правового становища холдингових компаній»*¹.

7. Повну згоду викликає підхід, відображений в Концепції, згідно з яким закріплені в ЦК **принципи цивільного законодавства** мають охоплювати не тільки законодавство, а й *«функціонування всієї приватноправової системи або частин, які визначають її»*. При цьому в Концепції пропонується, щоб **перелік основних принципів** цивільного

¹ Reed Smith: Рекомендації по совершенствованию корпоративного законодательства Республики Казахстан. URL: <https://аса.kz/uploads/pages/rekomendacii-po-soversenstvovani-6691c73a02.pdf> (дата доступа: 29.02.2024).

законодавства не був закритим. Обидві ці пропозиції пояснюються тим, що такий підхід збільшить правовий інструментарій для судової практики.

Однак, якщо обґрунтованість визначення загальних принципів приватного права не викликає сумнівів, то надання судам можливості визначати нові принципи приватного права (і навіть припущення того, щоб такі принципи встановлювалися іншими правовими актами, крім ЦК) видається недоцільним з огляду на те, що об'єктивність у визначенні інших загальних принципів приватноправової системи не зможе бути дотримана.

8. Дуже цікавим і перспективним є пропозиція про те, щоб чинний сьогодні принцип свободи договору сформулювати як більш широкий **принцип свободи правочину**.

Разом з тим пропонується розглянути подальше розширення змісту цього принципу так, щоб у цілому декларувати свободу вступу в цивільно-правові відносини (звичайно ж, із дотриманням вимог про розумну і справедливу поведінку суб'єктів правовідносин).

9. Привернула увагу пропозиція про те, щоб у числі важливих для сучасного громадянського суспільства принципів називалася **«усвідомлена і відповідальна взаємодія людини з автономними роботами та штучним інтелектом»**.

Можливо, у цьому разі можуть мати місце неточності перекладу, але потрібно пам'ятати, що взаємодіяти між собою можуть тільки особи, суб'єкти права. Якщо ж закріпити такий принцип, це буде означати, що законодавство визнає правосуб'єктність за роботами і штучним інтелектом. Це може мати далекосяжні і не завжди сприятливі для людства наслідки.

Ні роботи, ні штучний інтелект не повинні визнаватися суб'єктами права. На рівні Цивільного кодексу необхідно закріпити їхній правовий режим як окремої категорії об'єктів цивільних прав, виключити саме взаємодію людини з ними, допускаючи лише вплив людини на них.

IV. Про осіб

10. Дуже важливою є ідея про те, щоб внести в ЦК загальні положення *про юридичні особи публічного права* і визнати як учасників цивільних правовідносин. Схвалення викликає і теза про те, що в такому разі *«відпадає необхідність у збереженні переважної більшості положень нинішніх глав ЦК України щодо правових форм їх [тобто держави, Автономної Республіки Крим і територіальних громад] участі в цивільно-правових відносинах, а також особливостей їх відповідальності за своїми зобов'язаннями»*.

Ми також пропонуємо додати до складу казахстанського ЦК норми, які послугують основою для регулювання правового становища юридичних осіб публічного права (ЮОПП). Причому такі новели ми характеризуємо вже як особливий компонент запропонованої нами реформи системи юридичних осіб¹.

Нашим переконанням є те, що класифікація юридичних осіб, підстави виникнення ЮОПП, а також можливість використання організаційно-правових форм юридичних осіб приватного права при заснуванні ЮОПП мають бути передбачені в ЦК. Цим шляхом, з урахуванням досвіду Німеччини, інших розвинених країн (зокрема, тих, які є членами ОЕСР) і низки країн колишнього СРСР, на цей момент реформується Цивільний кодекс Узбекистану, і такий розвиток (хоча і за наявності у нас критичних коментарів щодо змісту конкретних норм) уявляється методологічно обґрунтованим і найбільш доцільним (докладніше про це див. ²).

¹ Карагузов Ф. С. О необходимости проведения реформы системы юридических лиц и восприятия концепции социальных предприятий в Республике Казахстан. URL: https://online.zakon.kz /Document/?doc_id=32474621#pos=6;-106 (дата доступа: 29.02.2024).

² Карагузов Ф. С. О проекте новой редакции Гражданского кодекса Республики Узбекистан (Общая часть): реформа системы юридических лиц. URL: https://www.katpartners.kz/Articles/L_Entities_reform_Uz.pdf (дата доступа: 29.02.2024).

Необхідно зазначити, що ще в Концепції правової політики Республіки Казахстан на період з 2010 по 2020 рік порушувалося питання про можливість «*вирішення питання про поділ на юридичних осіб публічного і приватного права*»¹. На підставі цього в другій половині 2017 року на замовлення НПП «Атамекен» нашою робочою групою під керівництвом академіка М. К. Сулейменова проведено велике дослідження щодо поняття юридичної особи публічного права (ЮОПП) і досвіду регулювання правового статусу та діяльності ЮОПП в іноземних правопорядках. Розгорнутий звіт подано замовнику в січні 2018 року².

У 2018 році також на замовлення НПП «Атамекен» проведено дослідження законодавства Республіки Казахстан щодо можливості і перспектив сприйняття правового інституту ЮОПП казахстанським правом, за результатами якого замовнику надано аналітичні звіти з Концепцією впровадження інституту ЮОПП в правову систему Казахстану³ і з рекомендаціями про заходи, які необхідні для цього⁴.

Результати проведених досліджень, включаючи підготовлену Концепцію, певною мірою враховані зазначеним вище замовником (НПП «Атамекен») при формулюванні ним концепції «Запровадження інституту юридичних осіб публічного права

¹ Указ Президента Республики Казахстан от 24 августа 2009 г. № 858 «О Концепции правовой политики Республики Казахстан на период с 2010 до 2020 года». URL: <https://adilet.zan.kz/rus/docs/U090000858> (дата доступа: 29.02.2024).

² Отчет по результатам изучения опыта законодательного регулирования статуса юридических лиц публичного права в некоторых развитых иностранных государствах и бывших советских республиках. URL: <https://atameken.kz/uploads/content/files/ОТЧЕТ%20по%20результатам%20изучения%20опыта.pdf> (дата доступа: 29.02.2024).

³ Аналитический отчет: Концепция восприятия правового института юридических лиц публичного права законодательством Республики Казахстан. URL: <https://atameken.kz/uploads/content/files/АНАЛИТИЧЕСКИЙ%20ОТЧЕТ%20Концепция%20восприятия.pdf> (дата доступа: 29.02.2024).

⁴ Аналитический отчет: Итоговые рекомендации о развитии законодательства Республики Казахстан в целях восприятия правового института юридических лиц публичного права законодательством Республики Казахстан и инструкция по реализации рекомендаций. URL: <https://atameken.kz/uploads/content/files/АНАЛИТИЧЕСКИЙ%20ОТЧЕТ%20Итоговые%20рекомендации.pdf> (дата доступа: 29.02.2024).

в національне законодавство», яка нині обговорюється на різних рівнях (докладніше про це¹). Зокрема, в ній пропонується прийняття спеціального закону про ЮОПП, який має прецеденти в зарубіжних правових системах і може вважатися обґрунтованим в умовах Казахстану, у тому числі з урахуванням особливостей нашої правової системи.

Разом з тим необхідно зазначити, що для належного відображення концепції ЮОПП в казахстанському законодавстві, як і для повноцінного сприйняття концепції ЮОПП казахстанською правовою спільнотою (особливо у зв'язку з тим, що впровадження ЮОПП вимагатиме ліквідації державних підприємств), прийняття одного закону про ЮОПП і навіть відповідних змін до ЦК не буде достатньо.

Тому запропоновані нашою робочою групою рекомендації щодо внесення до складу казахстанського законодавства конкретних норм, які стосуються правового становища ЮОПП, а також «інструкція» про покрокові процеси щодо впровадження в національну правову систему Республіки Казахстан норм, які стосуються правового становища ЮОПП², нами наполегливо рекомендуються до уважного вивчення й урахування в процесі відповідної законодавчої діяльності.

Варто розуміти, що проведення такої необхідної для Казахстану (як і для України, Узбекистану і деяких інших пострадянських держав) реформи потребує досить тривалого періоду, і вона, принаймні, «zasлyговує» на те, щоб її здійснення було відображено в Концепції правової політики.

Саме тому колектив НДІ приватного права при розробленні проєкту Концепції правової політики Республіки Казахстан

¹ Карагузов Ф. Юридическое лицо публичного права: понятие и перспективы восприятия концепции законодательством Республики Казахстан. URL: <https://katpartners.kz/Articles/PublicEntities.pdf> (дата доступа: 29.02.2024).

² Аналитический отчет: Итоговые рекомендации о развитии законодательства Республики Казахстан в целях восприятия правового института юридических лиц публичного права законодательством Республики Казахстан и инструкция по реализации рекомендаций. URL: <https://atameken.kz/uploads/content/files/АНАЛИТИЧЕСКИЙ%20ОТЧЕТ%20Итоговые%20рекомендации.pdf> (дата доступа: 29.02.2024).

до 2030 року неодноразово пропонував передбачити в ЦК класифікацію юридичних осіб на юридичні особи публічного права та юридичні особи (приватного права), а також розробити, затвердити й реалізувати в законодавстві концепцію впровадження інституту юридичних осіб публічного права (наприклад: [1, підпункт 6) п. 3.2.1]).

Однак в опублікованому проекті Концепції правової політики Республіки Казахстан до 2030 року про цю важливу роботу, на жаль, немає згадки¹. Це може призвести до затримок у сприйнятті нової для нашого права концепції ЮОПП або до її неналежного (неефективного) сприйняття. У той самий час сприйняття концепції ЮОПП національною правовою системою є серйозною реформою цивільного законодавства, що покликана усунути багато викривлень законодавства і практики управління державним майном.

11. Така реформа зумовить істотні зміни в багатьох правових інститутах і навіть галузях законодавства (і ці зміни мають бути здійснені узгоджено й комплексно). Так, наприклад, повноцінне сприйняття концепції ЮОПП національною правовою системою вимагатиме і **змін у змісті положень ЦК про речове право та інші права на майно**.

У цьому контексті повної підтримки заслуговує пропозиція, що міститься в Концепції, за якою 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 спільних інтересів та індивідуальних інтересів».

Подібна за змістом норма міститься в п. 2 ст. 6 Конституції Республіки Казахстан: «Власність зобов'язує, користування нею повинно одночасно служити суспільному благу. Суб'єкти і об'єкти власності, обсяг і межі здійснення

¹ Концепция правовой политики Республики Казахстан до 2030 года (ПРОЕКТ). URL: <https://legalacts.egov.kz/npa/view?id=7553105> (дата доступа: 29.02.2024).

власниками своїх прав, гарантії їх захисту визначаються законом».

Загалом існування й визнання на конституційному рівні існування загального блага і/або публічного інтересу, можливість для кожного користуватися об'єктами цього загального блага, а також для відповідних суб'єктів — можливостями і/або обов'язком діяти задля реалізації публічного інтересу є умовою для створення і діяльності юридичних осіб публічного права. Своєю чергою, дотримання загального (суспільного, публічного) інтересу є умовами і межами для здійснення певних юридичних дій щодо майна, яке перебуває в державній або приватній власності, або ведення діяльності суб'єктом публічного інтересу.

12. Дуже важливими пунктами Концепції є передбачені в ній **«відмова від архаїчних конструкцій юридичних осіб (насамперед йдеться про підприємства)»**, а також **«відмова від права господарського відання та права оперативного управління та їх заміна ринковими конструкціями»**.

У цілому необхідність суттєвого перегляду саме цих двох інститутів — юридичної особи та майнових прав — є основною причиною і спрямованістю процесів модернізації цивільного законодавства в усіх пострадянських республіках.

У певних із них початкова орієнтація на формування нового цивільного права відповідно до європейської традиції дозволила від самого початку відмовитися від згаданої спадщини радянського права й сприйняти загальноновизнані (обґрунтовані і перспективні) інститути сучасних правопорядків (як, наприклад, в Естонії та Грузії). В інших — знадобився час для переходу до використання відповідних моделей регулювання цивільно-правових відносин (як, наприклад, у Молдові, Росії, Україні, Узбекистані), і не всюди такий перехід ще повністю завершений.

Проте ми повністю поділяємо позицію, сформульовану професором О. Л. Маковським щодо тих завдань, які

повинна вирішити модернізація Цивільного кодексу: «два головні і найважчі в усіх сенсах завдання ... — утворення у вітчизняному цивільному законодавстві на основі доповнених і змінених норм ЦК двох повноцінних галузей — корпоративного і речового права»¹.

Спрямованість на вирішення цих завдань була сформульована під час підготовки Концепції розвитку цивільного законодавства Російської Федерації 2009 року². Вона ж з усією очевидністю проявляється як у проекті оновленого Цивільного кодексу Узбекистану 2020 року³, так і в Концепції рекодифікації цивільного законодавства України.

Ці самі два найважливіші завдання актуальні й для казахстанського права. Ми повністю згодні з тією характеристикою, яка міститься в Концепції і відповідно до якої державні підприємства, що характеризуються в Концепції як застаріла «радянська конструкція», «в інтересах економічного зростання повинні бути замінені ринковими інструментами у вигляді організаційно-правових форм акціонерних та інших товариств».

Настільки ж обґрунтованою є сформульована в Концепції позиція про те, що право господарського відання і право оперативного управління необхідно розглядати як «релікти соціалістичного минулого, штучно створені для потреб державної економіки обмежені речові права, які не мають аналогів у розвинених правопорядках і не відповідають поняттю речового права».

Пропозиція про повну відмову від цих правових конструкцій, крім іншого, становить собою органічний і необхідний елемент

¹ Маковский А. Л. О Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации. Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации / вступ. ст. А. Л. Маковского. Москва : Статут, 2009. С. 7.

² Там само.

³ Карагусов Ф. С. О проекте новой редакции Гражданского кодекса Республики Узбекистан (Общая часть): реформа системы юридических лиц. URL: https://www.katpartners.kz/Articles/L_Entities_reform_Uz.pdf (дата доступа: 29.02.2024).

комплексного сприйняття концепції ЮОПП, зокрема регулювання прозорих механізмів контролю діяльності ЮОПП, а також дозволить ліквідувати, м'яко кажучи, неоднозначну практику в діяльності державних органів з управління державними активами.

ІЗ. Повертаючись до пропозицій щодо інституту осіб у цивільному праві, висловлюємо свою повну підтримку пропозиції, яка міститься в Концепції про те, що ЦК повинен визначити **вичерпний перелік організаційно-правових форм юридичних осіб**.

Визначення переліку таких форм, принаймні, для комерційних організацій на основі принципу *numerus clausus* є стандартом сучасного правового регулювання. Для казахстанського права це не є завданням, оскільки закріплений у нашому Цивільному кодексі перелік допустимих організаційно-правових форм для комерційних організацій є закритим.

Водночас встановлення не тільки вичерпного, але також розумно визначеного переліку організаційно-правових форм некомерційних організацій вбачається нагальною проблемою і для казахстанського цивільного права.

У цілому здійснення суттєвої модернізації казахстанського корпоративного права, реформування законодавства про некомерційні організації, зокрема перегляд критеріїв розмежування цих двох видів юридичних осіб, є важливими компонентами запропонованої нами загальної реформи інституту суб'єктів цивільно-правових відносин та системи юридичних осіб¹.

¹ Предложения НИИ частного права Каспийского университета по основным направлениям развития гражданского законодательства Республики Казахстан. URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=37068414 (дата доступа: 29.02.2024); Сулейменов М. К. Модернизация гражданского законодательства Республики Казахстан. URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=37103691#pos=6;-106 (дата доступа: 29.02.2024); Карагузов Ф. С. О необходимости проведения реформы системы юридических лиц и восприятия концепции социальных предприятий в Республике Казахстан. URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=32474621#pos=6;-106 (дата доступа: 29.02.2024); Карагузов Ф. Юридическое лицо публичного права: понятие и перспективы восприятия концепции законодательством Республики Казахстан. URL: <https://katpartners.kz/Articles/PublicEntities.pdf> (дата доступа: 29.02.2024).

14. Не викликає сумнівів обґрунтованість пропозиції **про критичний перегляд положень Закону України «Про господарські товариства»**. Як уже зазначалося, таке саме завдання модернізації корпоративного законодавства є актуальним і для казахстанського права.

Разом з тим непереконливою є пропозиція *«інкорпорувати його (Закон України «Про господарські товариства») положення, які не втратили своєї актуальності, у текст ЦК, а сам Закон визнати таким, що втратив чинність»*.

Вважаємо, що інкорпорування норм про господарські товариства в кодифікований акт цивільного права не відповідає досвіду більшості сучасних держав (крім, напевно, Комерційного кодексу Франції 2000 року і Швейцарського зобов'язального закону).

На наш погляд, таке інкорпорування значно «обтяжить» зміст ЦК, заповнить його нормами, які не мають конститутивного характеру. За відсутності окремих законів про акціонерні товариства, товариства з обмеженою відповідальністю та господарські товариства, з огляду на специфіку наших правових систем і особливості законотворчої культури, що склалися в наших країнах (особливо в умовах розділеної компетенції між державними органами і встановлення більш складного режиму внесення змін і доповнень до кодексів, ніж у звичайні закони), реалізація такої пропозиції не дозволить оперативно реагувати на зміни соціально-економічної ситуації і потреб розвитку права.

15. Цікавою, на нашу думку, є пропозиція **про регулювання в ЦК корпоративного договору**, що міститься в Концепції.

У Казахстані ЦК таких положень не містить. Однак у 2018 році в Закон про інвестиційні та венчурні фонди була введена легальна дефініція поняття «акціонерна угода», встановлені вимоги до її змісту і можливість її укладення акціонерами венчурного фонду або компанії, для якої венчурний фонд створюється.

Ця законодавча новела внесена без урахування загальних положень казахстанського ЦК про юридичні особи та установчих документів юридичної особи. У цілому вона є суперечливою, а запропоноване нормативне регулювання встановлено без урахування міжнародного досвіду та практичного застосування й визнання судовою практикою.

Водночас регулювання корпоративного договору отримало закріплення в російському ЦК; аналогічне регулювання пропонується в модернізованому ЦК Узбекистану. Однак потрібно критично поставитися до досвіду цих двох правопорядків у регулюванні зазначеного питання, оскільки він неоднозначно сприйнятий усіма зацікавленими колами. І в будь-якому разі детальне регулювання зазначеного питання в ЦК не можна визнати обґрунтованим.

На наш погляд, у ЦК достатньо зазначити, що законом може регулюватися можливість укладання корпоративних договорів і визначитися їхнє правове значення. При цьому необхідно оцінити, наскільки обґрунтованим є допустимість іншого корпоративного договору, якщо законом регулюється обов'язковість установчого договору і збереження його сили впродовж всього терміну існування компанії.

Своєю чергою, інші норми щодо корпоративного договору більш обґрунтовано було б внести до складу окремих законів про господарські товариства, компанії (АТ, ТОВ).

Вбачається, що корпоративний договір може бути укладений між учасниками/акціонерами тільки господарського товариства. У господарських товариствах ніякого іншого корпоративного договору, крім установчого, бути не може.

Також необхідно мати на увазі, що порядок прийняття рішень визначається законом і статутом, а інше регулювання в корпоративному договорі порушує принцип прозорості управління корпорацією і може призводити до обходу закону і статуту, іноді — шкодити іншим зацікавленим сторонам. Тому порядок голосування, який визначений в корпоративному договорі,

не може бути забезпечений примусовою силою (оскільки кожен має право голосувати, як хоче, а якщо він відмовиться, то які наслідки можна застосувати до нього як міру відповідальності, крім передбаченого договором штрафу? Недійсності рішення це спричинити не може, особливо якщо таке рішення зачіпає інтереси третіх осіб).

Стосовно узгодження спільної купівлі або продажу акцій/часток, то потрібно розуміти, що це взагалі не корпоративний договір, а звичайний майновий договір про обов'язкові спільні дії, спрямовані на одночасне відчуження або придбання майна при настанні певних умов (*tag along right* і *drag along right arrangements*).

V. Про об'єкти цивільних прав

16. *Щодо співвідношення понять «об'єкти цивільних прав», «майно» і «речі».*

У § 3.29 Концепції передбачається: *«У підрозділі «Речі» Книги третьої «Речове право» містяться положення про поняття майна і речей, їхні властивості та складові частини, цивільний оборот і поділ речей».*

Це правильно, за винятком внесення до переліку поняття майна, яке має бути визначене в розділі «III. Об'єкти цивільних прав (глави 12–15) в § 1.11. «Речі і майно»».

Щодо об'єктів цивільних прав у Концепції пропонується таке:
«§ 1.12. Розширення переліку об'єктів цивільних прав. Положення ЦК щодо об'єктів цивільних прав пропонується розширити, зважаючи на розвиток цивільного обороту і появи в ньому невідомих на момент створення ЦК об'єктів. Перш за все мова йде про такі об'єкти: інформаційні продукти, інформаційні ресурси, інформаційні системи тощо; об'єкти прав, які створюються і знаходяться в 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 в комерційній діяльності (див. § 2.7). Варто також проаналізувати доцільність включення до переліку об'єктів цивільних прав низки об'єктів, поява яких обумовлена розвитком медицини (зокрема, біологічний матеріал)».

17. Однак ми вважаємо, що, перш ніж включати до ЦК всі ці поняття, необхідно сформулювати чітку систему об'єктів цивільних прав і з'ясувати, чи варто всі ці поняття вносити в ЦК, якщо вони охоплюються більш широкими поняттями.

Ми у своїх Пропозиціях НДІ приватного права¹ намагаємося певною мірою упорядкувати «безладний» набір об'єктів цивільних прав, як це нині має місце в змісті ст. 115 казахстанського ЦК (роботи, послуги, гроші, валюта і т. ін.).

18. Насамперед це стосується поняття «майно». Вважаємо найбільш прийнятним визначення, наведене в ст. 1 книги 3 ЦК Нідерландів: «майно — це всі речі і всі майнові права».

У статті 6 книги 3 ЦК Нідерландів також визначається поняття майнових прав: «права, які можуть передаватися, окремо або разом з будь-яким іншим правом, або які служать для отримання правовласником матеріальної вигоди, або які придбані в обмін за надану або обіцяну матеріальну вигоду, є майновими правами»².

¹ Преподження НИИ частного права Каспийского университета по основным направлениям развития гражданского законодательства Республики Казахстан. URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=37068414 (дата доступа: 29.02.2024).

² Гражданский кодекс Нидерландов. Новая кодификация / отв. ред. Ф. Й. М. Фельдбрюгге ; пер. М. Фершман. Лейден : Ин-т восточно-европейского права и руссиеведения. Лейденский ун-т, юридический факультет, 1996.

На наш погляд, об'єкти цивільних прав необхідно класифікувати на майно і немайнові права, а далі майно — на речі і майнові права. У принципі, цього буде достатньо. Однак можна зробити деталізацію понять, внівши в ЦК відповідні легальні дефініції.

Речі необхідно розуміти як предмети матеріального світу, зокрема: земельні ділянки і розташовані на них будівлі і споруди, транспортні засоби, підприємства та інші майнові комплекси, дикі і домашні тварини, готівкові гроші та документарні цінні папери.

Свею чергою, майнові права — це, зокрема, права вимоги, роботи, послуги, безготівкові гроші та бездокументарні цінні папери, виключні права.

Окремо в системі об'єктів цивільних прав необхідно розрізняти немайнові права фізичних та юридичних осіб, зокрема: інформацію, у тому числі цифрову (нам здається, цей термін охоплює все, зазначене в § 1.12 Концепції).

19.У Концепції згадуються особисті немайнові права держави (§ 2.1.—2.3). Однак важко уявити, що саме належить до таких прав.

Наприклад, до особистих немайнових благ і прав відповідно до п. 3 ст. 115 ЦК Казахстану належать: життя, здоров'я, гідність особистості, честь, добре ім'я, ділова репутація, недоторканність приватного життя, особиста і сімейна таємниця, право на ім'я, право на авторство, право на недоторканність твору і інші нематеріальні блага і права.

З цього переліку мало що може бути застосовано до держави. Може йтися лише про право на ім'я. Однак найменування Республіки Казахстан і адміністративно-територіальних утворень — це не цивільно-правові немайнові права, а публічні.

Умовно можна говорити про право на захист ділової репутації, якщо розглядати державу, яка виступає в цивільному обороті, як юридичну особу відповідно до ст. 111

ЦК Казахстану, але це теж малоймовірно. Тут виникають також публічно-правові відносини.

20. У контексті проблеми об'єктів необхідно провести концептуальний розгляд питань визначення їхньої правової природи та класифікації й уточнення їхнього правового режиму, визначення місця в цій класифікації таких об'єктів, як права вимоги і об'єкти права інтелектуальної власності.

У процесах за позовами братів Статі до Республіки Казахстан, які завершилися не так давно, були спроби звернути стягнення на Національний фонд Республіки Казахстан. І основним аргументом, який дозволив відкинути ці вимоги, було доведення того, що на кошти Національного фонду існує не право власності, а право вимоги. Разом з тим під час процесів виявилось недостатнім теоретичне опрацювання права вимоги як об'єкта цивільних прав¹.

21. За загальним правилом на всі об'єкти цивільних прав мають бути поширені правила про оборотоздатність речей. Однак потрібно чітко розмежовувати правові режими різних видів об'єктів.

22. Задля спрощення обороту різних видів майна і визнання прав на них необхідно ввести поняття єдиного об'єкта не тільки для земельних ділянок і пов'язаних з ними функціонально і (або) фізично інших об'єктів, а й для інших об'єктів цивільних прав. Необхідно відмежувати поняття «земля» як об'єкт речового права держави від публічно-правового поняття «територія» як сфери дії суверенітету Республіки Казахстан.

23. При підготовці Пропозицій НДІ приватного права ми зіткнулися ще з однією проблемою, спільною для цивільного законодавства пострадянських країн. Йдеться про ототожнення права власності та майнових і немайнових прав.

¹ Сулейменов М. К., Мукашева К. В. Национальный фонд Республики Казахстан: право собственности или право требования? URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=33723838 (дата доступа: 29.02.2024).

Право власності — це речове право, і воно не може охоплювати всі речові та інші майнові і немайнові права, що належать суб'єкту цивільних прав. Однак у Цивільному кодексі це має місце.

А. Ця проблема виникла, коли готувався проект Закону «Про державне майно» (прийнятий 1 березня 2011 р.).

Майнові права держави зазвичай зводять тільки до права державної власності. На жаль, у казахстанському ЦК також стаття є лише про державну власність (це ст. 192), і немає ніяких приписів про державне майно. Тим часом право державної власності — це речове право, і воно пов'язане тільки з речами. Однак, якщо виходити зі складу майна, що визначається в ст. 115 ЦК РК, майнові права держави не обмежуються тільки речовими правами власності.

Тому одночасно з прийняттям згаданого Закону про державне майно до ст. 192 ЦК РК був внесений п. 7 такого змісту:

«7. Положення цієї статті застосовуються відповідно до інших, крім права власності, цивільних прав на державне майно, якщо інше не передбачено законодавчим актом про державне майно або не суперечить суті цивільних прав».

Можна визначити такі майнові права держави, визнані в казахстанському праві:

- право державної власності (ст. 192 ЦК), яке містить і права держави на майно державних підприємств і державних установ, що знаходиться в їх оперативному управлінні (ст. 102–104, 202–208 ЦК);
- інші речові права держави (сервітут, оренда, безплатне користування майном та ін.);
- зобов'язальні права (права вимоги), у тому числі права на бездокументарні цінні папери (зокрема, акції акціонерних товариств у бездокументарній формі) і на частки в статутному капіталі товариств з обмеженою відповідальністю (ст. 36, 58, 77, 85 ЦК);

- виняткові права на об'єкти інтелектуальної власності (ст. 964 ЦК);
- спадкові права (п. 2 ст. 1046, ст. 1083 ЦК);
- інші майнові права держави, передбачені законодавчими актами.

Б. Другий вид відносин, де наочно проявляється ця суперечність, — це спільна власність. ЦК РК говорить про *спільну власність* суб'єктів на певне майно.

Однак виникає необхідність внести певні корективи в цю концепцію, адже право власності — це речове право, причому одне з речових прав. Проте є й інші речові права: право господарського відання, право оперативного управління, право землекористування, право надрокористування. Крім того, поняття «майно» ширше, ніж поняття «річ». До складу майна належать, крім речей, також і майнові права. Чи можуть бути в складі спільного майна зобов'язальні та виключні права?

На ці питання можна дати ствердну відповідь.

Стосовно речових прав осіб, які не є власниками, то поширення на них режиму спільної власності можливе на підставі п. 2 ст. 195 ЦК Казахстану, який закріплює, що до речових прав застосовуються норми про право власності, якщо інше не передбачено законодавством або не суперечить природі цього речового права. Тому можливі й: право загального землекористування, право загального надрокористування при дотриманні правил, встановлених Кодексом про надра та надрокористування, і право загального господарського відання, та право загального оперативного управління — при дотриманні правил, встановлених Законом про державне майно.

Однак теоретично можливі також: право спільного зобов'язального права (права на частку в ТОВ, на бездокументарні акції), право спільних виняткових прав (право на використання патенту на винахід).

24. Як уже зазначалося, у Концепції пропонується розширити *перелік об'єктів цивільних прав*, передбачивши в ЦК

такі об'єкти, як криптовалюта, персональні дані, «цифровий контент» і корпоративні права.

Ці пропозиції відповідають духу часу, а також напрямам здійснення наукових досліджень і розвитку національного законодавства в багатьох правових системах.

25. Водночас питання **про визнання криптовалюти як самостійного виду об'єктів цивільних прав** є досить спірним. Таке визнання вимагатиме однозначної правової кваліфікації криптовалюти як особливого об'єкта цивільних прав, внесення в ЦК правової дефініції, що дозволяє визначити особливі кваліфікаційні ознаки такої криптовалюти, а також встановлення правового режиму криптовалюти (подібно до того, як у нормах ЦК відбивається правовий режим грошей, цінних паперів, нерухомого майна та інших майнових благ). Навряд чи це розумно на цей час.

Якщо ж криптовалюта буде визначена формою, або саме цифровою формою грошей, або стосовно криптовалюти буде поширено поняття цифрової валюти і/або окремої форми грошей, тобто національної валюти (подібно декларованим підходам Центрального банку Росії¹ і Національного банку Казахстану²), то відповідні застереження доцільно внести в статтю, присвячену грошам як об'єктам цивільних прав. У такому разі спеціальне виокремлення криптовалюти як виду об'єктів цивільних прав вбачається недоцільним.

26. Вважаємо також недоцільним виділяти **персональні дані як особливий вид об'єктів цивільних прав**. На нашу думку, персональні дані не можуть бути об'єктом торгівлі і предметом цивільно-правових угод.

¹ Банк Росії: цифровой рубль. Доклад для общественных консультаций (13 октября 2020 г.). URL: http://www.cbr.ru/analytics/d_ok/dig_ruble/ (дата доступа: 29.02.2024).

² Национальный Банк Республики Казахстан: цифровой тенге. Доклад для публичных обсуждений (май 2021 г.). URL: <https://nationalbank.kz/ru/page/cifrovoy-tenge-pilotnyy-proekt> (дата доступа: 29.02.2024).

Навпаки, персональні дані є об'єктом правової охорони, а права на персональні дані становлять собою об'єкт виключно спеціального використання й особливого правового захисту. Узагалі, такий підхід цілком обґрунтовано відображений у Концепції, відповідно до якої рекомендується в нормах ЦК забезпечити цивільно-правовий захист прав на персональні дані і посилити права на приватність.

Зокрема, цілком обґрунтованим вбачається пояснення цієї позиції, яке міститься в Концепції: *«пропонується забезпечити цивільно-правовий захист права на персональні дані ... з метою приведення його [Закону України «Про захист персональних даних»] у відповідність до Загального регламенту про захист даних ЄС.; розширити зміст і перелік прав суб'єкта персональних даних (право на доступ до персональних даних з безоплатним наданням їх копій в електронній формі, право на портативність (мобільність) персональних даних — право вимагати передачу персональних даних іншому власнику)»*.

З урахуванням такого (коректного!) розуміння правового режиму, що застосовується до персональних даних, пропозиція про визнання об'єктами цивільних прав саме персональних даних видається необґрунтованою і недоцільною. Разом з тим права на персональні дані повинні визнаватися об'єктом цивільно-правового (а також іншого юридичного) захисту.

27. Не є переконливою пропозиція ***про визначення цифрового контенту як окремого виду об'єктів цивільних прав***. Можливо, ця непереконливість обумовлюється труднощами в розумінні того, що в Концепції позначає це поняття.

На наш погляд, поняття контенту (тобто певного змісту або інформації) стосується якоїсь сутності, яка, безперечно, може визнаватися об'єктом цивільних прав. І така сутність може мати різні форми, зокрема паперову, електронну, цифрову і т.п. Якщо контент розглядається окремим об'єктом цивільних прав як певний набір відомостей, який має ринкову або іншу

вартість, то визнання контенту в загальному вигляді (безвідносно до його об'єктивованих форм) як окремого виду цивільних прав видається обґрунтованим.

Якщо ж цифровий контент є лише однією з форм існування якогось особливого об'єкта цивільних прав і ця форма не тягне встановлення щодо неї окремого правового режиму як специфічного виду об'єктів цивільних прав, то визнання цифрового контенту особливим об'єктом цивільних прав (на відміну від будь-якого іншого контенту або контенту, існуючого в будь-якій іншій формі) видається необґрунтованим.

На наш погляд, окремий правовий режим повинен встановлюватися щодо сутності, тобто об'єкта цивільних прав, а не форми існування такого об'єкта.

Нерозуміння відмінності між сутністю і формою, а також умов, за яких форма може набувати характеристики особливої сутності (як, наприклад, у випадках цінних паперів або грошових знаків), призвело до того, що у 2020 році відповідно до Закону про внесення змін та доповнень до деяких законодавчих актів Республіки Казахстан з питань регулювання цифрових технологій як самостійні об'єкти цивільних прав передбачені так звані цифрові активи (див. п. 2 ст. 115 казахстанського ЦК). Одночасно в новому п. 3-1 ст. 116 ЦК було закріплено положення про те, що *«поняття і види цифрових активів, а також особливості обороту цифрових активів визначаються законодавством Республіки Казахстан, актами Міжнародного фінансового центру «Астана»»*.

Своєю чергою, Закон про інформатизацію був доповнений легальною дефініцією, згідно з якою *«цифровий актив — майно, створене в електронно-цифровій формі із застосуванням засобів криптографії та комп'ютерних обчислень, яка не є фінансовим інструментом, а також електронно-цифрова форма посвідчення майнових прав»*.

Очевидно, що таке визначення одним терміном позначає і якийсь майно, і якусь форму посвідчення майнових прав, а нова

ст. 33-1 («Правовий режим обороту цифрових активів») Закону про інформатизацію як у своєму найменуванні, так і у своєму змісті містить настільки суперечливі і в деяких випадках безглузді формулювання, що єдине, що можна зрозуміти з її змісту, — це те, що *«цифровий актив не є засобом платежу»*. У зв'язку з цим має рацію М. К. Сулейменов, стверджуючи, що *«включення в ЦК РК терміна «цифрові активи» помилкове»*¹.

28. Поділяємо позицію про те, що **корпоративні права** є самостійним (як правило, комплексним) видом об'єктів цивільних прав, оскільки, як зазначається в Концепції, вони *«на практиці вже давно стали оборотоздатним об'єктом цивільного обороту»*. Щоправда, на наш погляд, вони не стільки стали, скільки завжди були такими.

Водночас у діловому обороті корпоративні права мають цілком певні правові форми, стосовно яких (як для особливих сутностей, але як юридичної фікції) законодавство традиційно встановлює особливий правовий режим — режим цінних паперів (паперових акцій або бездокументарних цінних паперів), а для інших корпоративних прав цілком ефективно застосовується правовий режим частки участі в юридичній особі (в іншій формі, крім АТ).

У зв'язку з цим окреме виділення в законодавстві (не в теорії) корпоративних прав як об'єктів цивільних прав не сприятиме істотному поліпшенню правового регулювання відповідного сегмента цивільного обороту, але створить умови для не завжди потрібних вправ у тлумаченні відповідних законодавчих положень.

29. У розділі Концепції, присвяченому спадковому праву, зазначається проблема, пов'язана із загальним правилом ЦК України про те, що *«предметом договору на управління*

¹ Сулейменов М. К. Цифровизация и совершенствование гражданского законодательства (статья третья, исправленная и откорректированная в связи с принятием Закона о цифровых технологиях). URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=35012332 (дата доступа: 29.02.2024).

не можуть бути **грошові кошти**». Наголошується, що «це унеможлиблює вчинення управляючим дій у межах договору на управління спадщиною за рахунок тих коштів, що входять до її складу, і значно зменшує ефективність управління». Обґрунтовано зауважується, «що питання про можливість управління грошовими коштами є дискусійним у цивільній доктрині, має як прихильників, так і супротивників». Пропонується «об'єктивізація в ЦК України права управляючого здійснювати управління грошовими коштами, що входять до складу спадщини».

Аналогічна проблема є актуальною і для Казахстану. У ЦК Республіки Казахстан передбачаються охорона й управління / довірче управління спадщиною. Однак умови і межі такого управління ні в ЦК, ні в інших законах не зазначено. Те, що довірче управління грошима (як і цінними паперами) принципово відрізняється від управління іншими видами майна, не викликає сумнівів, оскільки управляти грошима можна, лише зберігаючи право на ці гроші (тобто не витрачаючи і не використовуючи їх в інший спосіб, ніж пряме призначення).

Водночас управління спадщиною, включаючи очищення від боргів, в принципі неможливе без витрачання грошей і/або збільшення їх кількості, у тому числі в процесі очищення спадщини від боргів і стягнення належних спадкодавцеві сум із його кредиторів.

З метою мінімізації конфліктів при тлумаченні закону, а також при здійсненні управління спадщиною видається більш доцільним визначати термін «охорона і управління спадщиною» не через конструкцію довірчого управління, а з використанням понять «дозволене витрачання грошей у складі спадкової маси» і «прийняття грошових надходжень до складу спадкової маси в передбачених випадках». При цьому потрібно встановити вичерпний перелік випадків і підстав для витрачання грошей зі спадкової маси, а також умов такого витрачання і прийому грошей до складу спадкової маси.

Окремо потребують уточнення правила управління цінними паперами у складі спадкової маси, обмеження його діями з прийому періодичного доходу за ними (дивідендів або процентної винагороди), а також регламентацією умов і способів їх відчуження з метою очищення спадкової маси від боргів (але також уникаючи характеристики такого управління, як довірче управління).

VI. Про форму правочинів

30. У Концепції зазначається, що *«обґрунтованим вбачається перегляд загальних підходів до форми правочинів, зокрема визначення кола правочинів, які належить вчиняти в письмовій формі, електронній формі (з урахуванням їх специфіки та ролі ЕЦП) і в усній формі (маючи на увазі технічні досягнення з передачі даних)»*.

Питання про вдосконалення правової регламентації форми правочинів дійсно є актуальним. І в Казахстані сукупність правових норм, яка призначена визначати формальні вимоги до договорів і яка встановлює правове значення окремих контрактних форм і наслідки їх недотримання, є одним з інститутів цивільного права, що вимагають модернізації.

У цьому разі сучасний досвід розвинених юрисдикцій є важливим джерелом ідей щодо найбільш ефективного регулювання цих питань на сучасному етапі та в певній перспективі. Так, ефективні моделі законодавчих рішень запропоновані в DCFR¹.

Разом з тим видається доцільним удосконалювати ці положення ЦК з урахуванням таких факторів (більш докладно про це²):

- (і) вищезгаданими модельними актами як загального принципу закріплюється свобода вибору форми договору,

¹ Модельные правила европейского частного права / пер. с англ. ; науч. ред. Н. Ю. Рассказова. Москва : Статут, 2013. 989 с.

² Карагузов Ф. С. О значении и последствиях несоблюдения требований к форме гражданско-правового договора в современных правопорядках. URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=33005202#pos=6;-106 (дата доступа: 29.02.2024).

- а досвід розвинених правопорядків свідчить про те, що закріплення вимоги про необхідність кваліфікованої форми договору є не просто винятком із загального правила про свободу вибору форми договору, але також і не дуже поширеним винятком;
- (ii) у сфері комерційного обороту найбільш сучасним розумінням значення відповідного правового регулювання є те, що у встановленні вимог до форми відбивається функціональний підхід, заснований на процесуальній, а не матеріально-правовій природі санкцій за порушення вимог до форми;
 - (iii) у сучасних умовах культурно-технічного прогресу і суцільного впровадження цифрових технологій особливого значення набуває можливість укладання правочинів (без ризику визнання їх недійсними на підставі недотримання вимог до форми правочинів) за допомогою обміну електронними повідомленнями або іншими документами (чи іншими повідомленнями) з використанням електронних засобів комунікації, що виключають залучення в ці відносини третіх осіб (у тому числі тих, які підтверджують справжність застосованого ЕЦП, який вже можна характеризувати як досить застарілий спосіб підтвердження юридичних дій).

VII. Договірне право

31. Найбільш яскраво вплив європейського права проявився в розділах Концепції *про договірні зобов'язання*. Пропозиції про рекодифікацію цих розділів повністю побудовані на європейських документах (передусім DCFR, а також PECL і GISG). Водночас із незрозумілих причин Принципи UNIDROIT майже не використовувалися.

Казахстану буде корисно сприйняти ці приклади імплементації договірного європейського права. На жаль, у проєкті

нової Концепції правової політики¹ і в Пропозиціях НДІ приватного права² використовувалися тільки фрагментарні пропозиції (про купівлю-продаж нерухомості, про концесії, про страхування, про рамкові і абонентські договори, про купівлю-продаж цінних паперів та ін.).

VIII. Про позовну давність

32. Дуже перспективними видаються зміни з питань позовної давності, які запропоновані в Концепції.

Особливо важливою вбачається дійсна необхідність відкоригувати **поняття позовної давності**, яке міститься в ЦК України. Ми погоджуємося з тим, що визначення позовної давності як *«строку, у межах якого особа може звернутися до суду з вимогою про захист свого цивільного права або інтересу»* є абсолютно помилковим.

Закінчення строку позовної давності не може бути перешкодою для звернення до суду за захистом порушеного права. Однак, як коректно відображено в ст. 177 і 179 казахстанського ЦК, *«позовна давність — це період часу, протягом якого може бути задоволено позовну вимогу, що виникла з порушень права особи або охоронюваного законом інтересу»*, а *«вимога про захист порушеного права приймається до розгляду судом незалежно від закінчення строку позовної давності»*, причому *«позовна давність застосовується судом лише за заявою сторони у спорі, зробленою до винесення судом рішення»*.

33. Також заслуговує на підтримку пропозиція, яка міститься в Концепції, про **«визначення тривалих строків позовної давності для особливо цінних для всього суспільства**

¹ Концепция правовой политики Республики Казахстан до 2030 года (ПРОЕКТ). URL: <https://legalacts.egov.kz/npa/view?id=7553105> (дата доступа: 29.02.2024).

² Предложения НИИ частного права Каспийского университета по основным направлениям развития гражданского законодательства Республики Казахстан. URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=37068414 (дата доступа: 29.02.2024).

об'єктів навколишнього природного середовища — цінних земель, пам'яток природи, природних парків, земель водного та лісового фонду тощо».

Ця рекомендація є актуальною і для казахстанського права.

Необхідно зазначити, що в п. 2 ст. 177 ЦК Казахстану передбачається можливість встановлення для окремих вимог у законодавчих актах більш тривалих строків позовної давності порівняно з її загальним терміном на три роки. До того ж у ст. 187 ЦК Казахстану навіть передбачаються вимоги, на які позовна давність не поширюється.

Разом з тим у ЦК Республіки Казахстан відсутня пряма вказівка на збільшення строків позовної давності у зв'язку із захистом об'єктів публічного інтересу чи інших об'єктів, що становлять так зване «загальне благо».

Однак встановлення більш тривалих строків позовної давності для захисту публічного (тобто саме загального) інтересу видається важливим принаймні з двох обставин: (і) необхідність комплексного і найбільш повного сприйняття вітчизняною правовою системою концепції юридичної особи публічного права і (ii) доцільність як створення додаткових бар'єрів для корупційної діяльності та інших зловживань з боку державних органів і чиновників у процесі керування державною власністю та об'єктами загальнонаціонального чи іншого суспільного значення, незаконного привласнення об'єктів публічного значення, так і формування більш сприятливих правових умов для повернення об'єктів громадського значення під громадський і державний контроль.

34. У цілому модернізація інституту позовної давності є актуальною і для Казахстану.

За одним з аспектів такої модернізації в травні 2021 року в НДІ приватного права відбулася дискусія у зв'язку з пропозиціями депутата казахстанського парламенту про внесення змін і доповнень у норми ЦК Республіки Казахстан про позовну давність у зв'язку з розвитком інститутів позасудового

і досудового врегулювання спорів, зокрема, пропонувалися корективи до відповідних положень ЦК з питань перерви і призупинення перебігу строку позовної давності за допомогою сприйняття прикладу відповідного законодавчого регулювання в Російській Федерації.

Не всі ці пропозиції видаються обґрунтованими, оскільки:

- (і) припущення про те, що укладення договору про медіацію може бути підставою для зупинення перебігу строку позовної давності, є необґрунтованим порушенням цілком зрозумілої і розумної логіки чинних норм ЦК Республіки Казахстан;
- (ii) видається помилковим внесення норми, запозиченої з російського ЦК про те, що *«строк позовної давності не спливає з дня звернення до суду за захистом порушеного права»*; цей пункт суперечить не тільки іншим пунктам (зокрема, призначенню ст. 184 ЦК Республіки Казахстан), а й самій логіці всієї системи норм про позовну давність, бо якщо в суд з позовом звернулися в установленому порядку (і суд прийняв позов до розгляду), то спір буде якимось урегульований, позовна давність після цього вже не повинна застосовуватися.

У цьому разі вважаємо за доцільне взагалі вилучити ст. 184 ЦК або пункт 1 цієї статті викласти так, щоб чітко встановити, що подання позову не впливає на перебіг позовної давності, проте перебіг позовної давності після подання позову в установленому порядку не дозволяє відмовити в судовому захисті. Тоді регулювання позовної давності, яке міститься в ЦК, стає системним, більш обґрунтованим і гармонізованим з нормами ЦПК щодо обов'язкового досудового порядку і просування альтернативного вирішення спорів (зокрема, виключається необґрунтована можливість нескінченного перебігу позовної давності шляхом ініціювання медіації: ми переконані, що позовна давність має стимулювати до вирішення спору, а не до ігор зі строками і судовою системою.

Водночас видається правильним вилучення з п. 1 ст. 183 ЦК вказівки на подання позову (хоч у якому порядку) й укладення договору про медіацію як підстави для переривання перебігу строку позовної давності, оскільки жодна з цих двох підстав не свідчить про те, що сторонами відносини врегульовані визнанням боргу відповідною стороною.

35. Необхідно дослухатися до рекомендації Концепції **про перегляд переліку вимог**, на які позовна давність не поширюється.

Разом з тим, на наш погляд, і в межах рекодифікації в Україні, і в процесі модернізації цивільного законодавства Казахстану варто уважніше проаналізувати можливість (і оцінити наслідки) для таких змін у нормах про позовну давність, як:

- (і) збільшення загального строку позовної давності з 3 років до 10, 20 і т.д., як практикується в інших юрисдикціях (і активно використовується в такій негативній практиці, яка отримала останнім часом поширення, як «торгівля юрисдикціями»);
- (іі) встановлення тривалого граничного строку позовної давності та надання права учасникам конкретних правовідносин договірним шляхом встановлювати в межах нього строк позовної давності, який застосовується до їх відносин або відмовитися від його застосування взагалі;
- (ііі) встановлення договірного строку позовної давності;
- (іv) у цілому (хоча ми цього не рекомендуємо) відмова від встановлення строку позовної давності.

ІХ. Про особисті немайнові права

36. Особливої підтримки заслугоує запропоноване внесення в ЦК України **«заборони евгеніки, народження генетично ідентичних людей, трансформації генів, крім випадків, коли відповідні дії необхідні для лікування генетичних захворювань (за прикладом ст. 164 ФЦК)»**.

Експерименти та інша подібна діяльність мають бути законодавчо визнані неприпустимими, і ця заборона має бути внесена в зміст Цивільного кодексу, оскільки саме ЦК повинен з усією однозначністю сказати, що такого цивільного права (у тому числі як особистого немайнового права або іншого особистого права), такої правової можливості здійснювати подібні дії або здійснювати подібну діяльність у складі цивільної правоздатності будь-якої особи (фізичної або юридичної особи, держави або іншої особи публічного права) не існує і не може існувати.

Необхідно виключити саму можливість обговорення цього питання, а тим більше допущення її визнання будь-яким нормативно-правовим актом чи судовим рішенням (не має бути навіть підстави для звернення до суду для визнання якоїсь подібної правомочності).

37.Привертає увагу пропозиція *про можливість легалізації нормами Цивільного кодексу евтаназії і так званого «асистованого самогубства»*. Зокрема, у Концепції *«пропонується переглянути питання про можливість легалізації пасивної евтаназії і асистованого самогубства з урахуванням практики ЄСПЛ з паралельним внесенням відповідних змін до Кримінального кодексу України»*.

У Концепції не вказується, у якому напрямі пропонується здійснення такого перегляду. Однак посилання на практику Європейського суду з прав людини дозволяє зрозуміти, що мова йде про визнання як особистого немайнового права (*«одного з аспектів права на повагу до приватного життя»*) так званого права на асистоване самогубство (*right to assisted suicide*), яке розуміється як *«право (або один із його компонентів чи різновидів) фізичної особи вирішувати, як і коли закінчити своє життя, за умови, що така фізична особа спроможна самотійно і здійснити належну дію, усвідомлювати цей момент»* (“that the right of an individual

to decide how and when to end his life, provided that said individual was in a position to make up his own mind in that respect and to take the appropriate action, was one aspect of the right to respect for private life”)¹.

У цьому разі необхідно наголосити, що ЄСПЛ заперечує існування права на «асистоване самогубство» (*“the Court denied the existence of a right to assisted suicide”*) і відстоює ту позицію, що будь-яка держава має забезпечити захист життя людей у межах своєї юрисдикції (*«the State must ensure the protection of the life of people under its jurisdiction»*), захищати здоров'я і громадську безпеку, запобігати злочинам².

Нам імпонує однозначна позиція ЄСПЛ, яка полягає в тому, що існує обов'язок держави захищати життя (*“the State's obligation to protect life”*). Вважаємо, що існування цього обов'язку не допускає того, щоб держава допускала вбивство громадян, у якій би формі воно не виявлялося (включаючи «асистоване самогубство»).

Сприйняття такої пропозиції в Казахстані і внесення відповідних положень у зміст ЦК видається сумнівним не тільки на нинішньому етапі, а й в осяжній перспективі. Думаємо, що це стосується переважної більшості сучасних юрисдикцій (навіть з урахуванням того, що ЄСПЛ визнає, що, наприклад, у Швейцарії асистоване самогубство дозволено).

У будь-якому разі Цивільний кодекс — це закон, який спрямований на захист особистості і людської гідності, сприяє таким взаємовідносинам між людьми, які націлені на продовження життя, і, власне, сприяє продовженню життя. У ньому немає місця будь-яким нормам, які обґрунтовують можливість відходу з життя.

¹ Case of Haas v. Switzerland — The European Court of Human Rights denies an alleged right to “assisted suicide” opposable to the State. URL: <https://eclj.org/case-of-haas-v-switzerland-the-european-court-of-human-rights-denies-an-alleged-right-to-assisted-suicide-opposable-to-the-state> (дата доступу: 29.07.2021).

² Ibid.

Х. Про захист прав

38. Дуже перспективною є пропозиція, яка міститься в Концепції, про **«об'єктивацію колективних позовів у ЦК України»**. Цілком обґрунтовано зазначається, що *«інститут колективного позову є розвиненим інструментом захисту прав та інтересів у європейському праві, впровадженню та гармонізації якого приділяється значна увага на рівні права Європейського Союзу»*.

Це завдання є також актуальним і для казахстанського законодавства. Як зазначається в одному з наших досліджень, у Казахстані на цей час має місце соціальний запит на належне законодавче регулювання та використання правових засобів захисту колективних інтересів, і не тільки у сфері відносин щодо захисту прав споживачів¹.

Водночас потрібно розуміти, що запропонована об'єктивація колективних позовів (щодо яких також застосовується поняття групових позовів — *«group action»*) на рівні Цивільного кодексу та інших законодавчих актів (наприклад, про захист прав споживачів) обмежується лише вказівкою на те, що на захист порушених цивільних прав можуть бути подані колективні / групові позови, що підлягають розгляду судом відповідно до цивільного процесуального законодавства. Власне судочинство щодо групових позовів підлягає регулюванню нормами Цивільного процесуального кодексу (більш докладно про сприйняття інституту колективних / групових позовів див.²).

¹ Карагузов Ф., Бондарев А., Пак Е. Основы и перспективы внедрения института коллективных (групповых) исков в Республике Казахстан. *Журнал «Zanger»: Вестник права Республики Казахстан*. 2019. № 11 (220), ноябрь. С. 72–81.

² Карагузов Ф. С., Бондарев А. Б., Пак Е. А. Совершенствование правовой и организационной основы обеспечения интересов потребителей и использования групповых исков для защиты имущественных прав в Республике Казахстан. URL: <https://www.zakon.kz/4999789-sovershenstvovanie-pravovoy-i.html> (дата доступа: 29.02.2024); Karagussov F., Bondarev A., Pak Ye. Basics and prospects of introducing the institution of class (group) action in the Republic of Kazakhstan (Основы та перспективи впровадження інституту колективного (групового) позову в Республіці Казахстан). *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*. 2019. Vol. 26, no. 4. С. 73–88.

39. Оскільки в Концепції особлива увага приділяється захисту цивільних прав, на нашу думку, є доцільним передбачити «об'єктивування» в ЦК (і України, і Казахстану) також і іншого різновиду позову — так званого похідного позову (*derivative action*).

Похідний позов як особливий спосіб захисту порушених прав здебільшого застосовується у сфері корпоративних відносин, коли зацікавлена сторона заявляє вимоги у зв'язку з порушенням прав іншої особи, яка з певних (як правило, об'єктивних) причин не може самостійно подати позов на захист своїх прав. Таким випадком є, наприклад, передбачена казахстанським Законом про акціонерні товариства можливість звернення акціонера товариства від свого імені в суд із позовом до посадової особи цього товариства про відшкодування суспільству шкоди або збитків, завданих йому такою посадовою особою.

Незважаючи на те що зазначений Закон містить певні норми щодо умов подання таких позовів, наслідки його подання і задоволення судом можуть бути регламентовані в Цивільно-процесуальному кодексі (зокрема, певні особливості судочинства).

Однак найголовніше — необхідно узгодити ці правила Закону про акціонерні товариства із загальними положеннями Цивільного кодексу (зокрема, наприклад, з нормами про дії в чужому інтересі без доручення (*negatorio gesture*) й іншими положеннями ЦК) (докладніше про це¹), а також розширити можливості застосування такого позову за межами акціонерного законодавства (наприклад, у законодавстві про товариства з обмеженою відповідальністю і в галузевих законодавчих актах).

¹ Карагусов Ф. С. Производный иск в сфере корпоративных отношений. URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=37523672 (дата доступа: 29.02.2024).

Х. Заключна ремарка

40. Концепція становить собою надзвичайно значущий для розвитку права комплексний документ одночасно наукового, аналітичного та програмного характеру з питань подальшого розвитку цивільного права і міжнародного приватного права.

Зміст Концепції заснований на всеосяжному, глибокому і досить детальному аналізі накопиченого в Україні досвіду застосування цивільного законодавства, судової та ділової практики, наукових досліджень і розробок, а також документів міжнародного характеру, зарубіжного законодавства і визнаних моделей регулювання різних аспектів приватного й міжнародного приватного права.

Сама по собі Концепція є не тільки системним викладом значного масиву ідей з удосконалення законодавства України, а й джерелом наукових знань і поглядів. Це документ, який заслуговує серйозного і вдумливого вивчення, може слугувати зразком справжнього порівняльно-правового дослідження.

Що не менш важливо, Концепція також є переконливим свідченням ефективності і плідності колективних інтелектуальних зусиль, заснованих на єдиній методологічній та ідеологічній платформі й орієнтованих на досягнення результату, який розуміється однаково.

Концепція містить величезну кількість ідей і пропозицій щодо розвитку та вдосконалення ЦК і загалом цивільного законодавства України. У цій доповіді подано порівняльний аналіз лише незначної частини цих ідей і запропоновано бачення того, як вони можуть використовуватися в процесі модернізації казахстанського цивільного права.

41. Однак на завершення звернемо увагу на дуже важливий момент, який червоною ниткою пронизує зміст Концепції і словесно закріплений у її розділі про очікувані результати модернізації. Зокрема, наголошується, що *«реалізація запропонованої концепції ... дозволить, з одного боку, зберегти всі досягнення чинного ЦК України,*

а з іншого — адаптувати його до реалій сьогодення, у тому числі продиктованих сучасними європейськими підходами і рівнем цивільного і ділового обороту».

Ми є активними прибічниками саме такого підходу¹, оскільки «саме він видається одним із найбільш (якщо не єдино) обґрунтованих і ефективних з погляду наступності правового регулювання цивільних відносин, з одного боку, і забезпечення модернізованої правової основи для розвитку сфери цивільно-правових відносин на довгострокову перспективу, з іншого боку.

Очевидно, що мова не йде про повну відмову від чинного ЦК. Навпаки, кожна з його норм піддалася глибокому і всебічному аналізу та оцінці її актуальності і перспективності реформи, цілей і змісту реформи цілої низки інститутів цивільного права», які в контексті чітко розуміються авторами².

¹ Сулейменов М. К. Модернизация гражданского законодательства Республики Казахстан. URL: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=37103691#pos=6;-106 (дата доступа: 29.02.2024).

² Карагусов Ф. С. О проекте новой редакции Гражданского кодекса Республики Узбекистан (Общая часть): реформа системы юридических лиц. URL: https://www.katpartners.kz/Articles/L_Entities_reform_Uz.pdf (дата доступа: 29.02.2024).

ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО ТА ШТУЧНИЙ ІНТЕЛЕКТ: АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ МАЙБУТЬОГО ВЗАЄМОВПЛИВУ

Ульянова Галина Олексіївна

*професор, доктор юридичних наук, професор кафедри
права інтелектуальної власності та патентної юстиції,
проректор з навчальної роботи Національного університету
«Одеська юридична академія»*

Сучасне цивільне право вже не одне тисячоліття регулює найширше коло суспільних відносин, зазнаючи зміни впливом внаслідок дії соціально-економічних, політичних чинників та інших викликів динамічного світу. За 20 років до Цивільного кодексу України вносилися зміни щорічно. Разом з тим сучасний стан розвитку суспільних відносин в окремих сферах випереджає за змістом положення Цивільного кодексу України, обумовлюючи важливість фундаментальних наукових досліджень, які є підґрунтям якісного оновлення сучасного законодавства.

Як слушно зауважує Н. С. Кузнецова, «правова наука повинна адекватно відреагувати на виклики часу¹. І одним з таких викликів є стрімкий розвиток сучасних інформаційних технологій та програмного забезпечення, що обумовлює важливість визначення правових засад використання штучного інтелекту, роботів та наслідків їх застосування.

Інформаційно-технологічний розвиток суттєво вплинув на різні сфери суспільного життя, докорінно змінивши відносини

¹ Кузнецова Н. С. Правова наука повинна адекватно реагувати на виклики часу. *Бюлетень Міністерства юстиції України*. 2018. № 4. С. 6–8. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/bmj_u_2018_4_3 (дата звернення: 19.02.2024).

у сфері створення та поширення інформаційних продуктів, а також результатів творчої інтелектуальної діяльності. Розвиток цивільних правовідносин в умовах інформаційного суспільства та всеохопного поширення Всесвітньої мережі Інтернет обумовлює вироблення нових та розвиток існуючих регуляторів і засад, на яких вони ґрунтуються. Як і будь-які відносини, відносини, що виникли між користувачами в мережі Інтернет, насамперед ґрунтувалися на морально-етичних засадах, перш ніж отримали правове закріплення та регулювання. Нові умови спрощеного обігу та обміну інформацією, що стали можливими завдяки широкому використанню різних технологічних пристроїв, доступності мережі Інтернет, потребують визначення механізмів їх регулювання з метою забезпечення безпечності інформаційного середовища, його якісного наповнення та підтримки. Звичайні комп'ютерні програми поступово розвинулись до програмного забезпечення, наділеного властивостями прийняття рішень відповідно до заданих алгоритмів, актуалізувавши питання щодо визначення статусу штучного інтелекту, результатів його діяльності, прав та обов'язків його розробників.

Штучний інтелект набув поширення в різних сферах — від промислового виробництва до застосування у військовій сфері. Найбільш відчутним є його використання в інтелектуальній, інноваційній діяльності, оскільки саме в цій сфері відбувається взаємовплив розвитку інновацій з метою удосконалення можливостей штучного інтелекту та розвитку його «інтелектуальних» здібностей, з одного боку, і впливу штучного інтелекту на процеси створення нових результатів, які за своїми ознаками максимально наближені до об'єктів права інтелектуальної власності — з іншого.

Вплив штучного інтелекту на суспільні відносини та його активне впровадження в різні сфери життєдіяльності й виробництва обумовили необхідність визначення правових засад і наслідків такого використання. При цьому на рівні доктринальних досліджень найбільш дискусійним питанням

сьогодні є питання визнання штучного інтелекту об'єктом чи квазісуб'єктом.

У світі багато країн прийняли на найвищому рівні національні стратегії або концепції щодо розвитку та впровадження технологій штучного інтелекту. Оскільки штучний інтелект вважається базовою умовою застосування технологій, протягом останніх 1,5–2 років близько 20 держав світу мають затверджені національні стратегії розвитку штучного інтелекту. Майже 10 з них метою цих стратегій визначили таке: стати державою номер один у світі у розвитку штучного інтелекту. Це свідчить про те, що штучному інтелекту відводиться надзвичайно важлива роль у майбутньому нашої цивілізації¹.

У США реалізується Дорожня карта розвитку робототехніки (Roadmap for US Robotics, 2011, 2016)² і Національна робототехнічна ініціатива (National Robotics Initiative, 2011, 2016)³. У Японії розроблені та впроваджені Керівні принципи, спрямовані на забезпечення безпеки використання роботів нового покоління, «Японський план щодо пожвавлення економіки», «Нова стратегія роботів. Японська стратегія роботів: огляд, стратегія, план дій» (2015)⁴. У Китаї прийнято Керівництво щодо сприяння виробництву промислових роботів (Guidelines on Promoting the Development of Industrial Robots, 2014) і глобальна державна програма розвитку «Зроблено в Китаї — 2025» (Made in China 2025, 2015)⁵.

¹ Баранов О. А. Інтернет речей і право: погляд у майбутнє. *Інтернет речей: проблеми правового регулювання та впровадження* : матеріали Третьої наук.-практ. конф. (м. Київ, 21 листопада 2019 р.) / упоряд. : Фурашев В. М., Дорогих С. О., Петряев С. Ю. Київ : КПІ ім. Ігоря Сікорського, Вид-во «Політехніка», 2019. С. 7–8.

² From Internet to Robotics. URL: <https://cra.org/ecc/wp-content/uploads/sites/2/2016/11/roadmap3-final-rs-1.pdf> (дата звернення: 19.02.2021).

³ National Robotics Initiative 2.0: Ubiquitous Collaborative Robots. URL: <https://www.nsf.gov/pubs/2019/nsf19536/nsf19536.pdf> (дата звернення 19.02.2024).

⁴ New Robot Strategy. URL: https://www.meti.go.jp/english/press/2015/pdf/0123_01b.pdf (дата звернення 19.02.2024).

⁵ Теличко О. А., Рекун В. А. Чабаненко Ю. С. Проблеми визначення та нормативного закріплення поняття «штучний інтелект» у законодавстві зарубіжних країн та України. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2021. № 2. С. 311–312.

20 липня 2017 р. в Китаї ухвалено спеціальний план 13-ї п'ятирічки з національних науково-технічних інновацій. Основними завданнями цього плану є:

- 1) посилення вихідних інноваційних можливостей, основних і новітніх технічних досліджень, інтегрована оптимізація розподілу ресурсів;
- 2) зосередження на національній стратегії і вимогах щодо поліпшення життя населення, запуск нових важливих науково-технічних програм у галузі квантового зв'язку, точної медицини;
- 3) створення високоефективних взаємодіючих новітніх екологічних мереж, створення єдиного, відкритого ринку технологій;
- 4) прискорення реформування механізму функціонування системи управління науково-технічним потенціалом¹.

Городиський І. М., дослідивши тенденції розвитку правового регулювання штучного інтелекту в Європейському Союзі, зазначив, що на офіційному рівні здійснюються лише перші кроки правового регулювання штучного інтелекту. Найбільш практичні заходи в цій сфері вживаються в Європейському Союзі. Європейський Парламент 16 лютого 2017 р. ухвалив Резолюцію 2015/2103 (INL) «Норми цивільного права по робототехніці», положення якої, на думку автора, дають уявлення, на що можна очікувати від правового регулювання в цій сфері найближчим часом. Резолюція є одним із перших реальних кроків на шляху до законодавчого закріплення стандартів розроблення та використання штучного інтелекту².

Резолюція встановлює загальні етичні принципи розвитку галузі робототехніки і штучного інтелекту для використання

¹ КікTENKO В. О. Розробка штучного інтелекту в Китаї як шлях до глобального технологічного лідерства. *Україна – Китай*. 2018. № 5 (11). URL: <https://sinologist.com.ua/kiktenko-v-o-rozrobka-shtuchnogo-intelektu-v-kytayi-yak-shlyah-globalnogo-tehnologichnogo-liderstva> (дата звернення: 19.02.2024).

² Городиський І. М. Тенденції розвитку правового регулювання штучного інтелекту в Європейському Союзі. *IT-право: проблеми та перспективи розвитку в Україні*: зб. матеріалів II Міжнар. наук.-практ. конф. (Львів, 17 листопада 2017 р.). Львів : НУ «Львівська політехніка», 2017. С. 52, 57.

в громадянському суспільстві, які мають бути враховані при соціальному, екологічному впливі й впливі на здоров'я людей робототехніки і могли б забезпечити відповідність дій роботів правовим, етичним стандартам і стандартам безпеки. Наприклад, стосовно питань безпеки Резолюція передбачає зобов'язання для розробників роботів інтегрувати в механізм аварійний вимикач з метою їх миттєвого відключення в надзвичайних ситуаціях¹.

У травні 2019 року на засіданні Організації економічного співробітництва та розвитку (Париж) схвалено рекомендаційні правила (принципи) поведження зі штучним інтелектом (Organisation for Economic Co-operation and Development, Recommendation of the Council on Artificial Intelligence, OECD/LEGAL/044915)². Зокрема, до них належать такі принципи: інклюзивне зростання, сталий розвиток та добробут; цінності та справедливість, орієнтовані на людину; прозорість та пояснюваність; міцність, безпека; підзвітність. Згодом у 2019 році принципи були схвалені на засіданні міністрів фінансів країн G-20. При цьому було зазначено, що під час розвитку та запровадження штучного інтелекту в центрі відносин має бути людина, її моральні та важливо життєві цінності, а також має відбуватися забезпечення верховенства права тощо. Україна як член Спеціального комітету зі штучного інтелекту при Раді Європи у 2019 році приєдналася до Рекомендацій Організації економічного співробітництва і розвитку з питань штучного інтелекту³.

¹ Каткова Т. Г. Закони про роботів: сучасний стан та перспективи розвитку. *IT-Право: проблеми і перспективи розвитку в Україні* : зб. матер. II Міжнар. наук.-практ. конф. (Львів, 17 лист. 2017 р.). Львів, 2017. С. 99–103.

² Organisation for Economic Co-operation and Development, Recommendation of the Council on Artificial Intelligenc. URL: <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/OECD-LEGAL-0449> (дата звернення: 19.02.2024).

³ Кармаза О. О., Кушерець Д. В. Штучний інтелект у цивілістичному процесі: перспективи використання. С. 233–262. URL: <http://www.baltijapublishing.lv/omp/index.php/bp/catalog/download/102/2586/5540-1?inline=1> (дата звернення: 19.02.2024).

В Україні Концепція розвитку штучного інтелекту схвалена 2 грудня 2020 р. Відповідно до неї пріоритетними сферами, в яких реалізуються завдання державної політики розвитку галузі штучного інтелекту, є: освіта і професійне навчання, наука, економіка, кібербезпека, інформаційна безпека, оборона, публічне управління, правове регулювання та етика, правосуддя. При цьому штучний інтелект визначається як організована сукупність інформаційних технологій, із застосуванням якої можна виконувати складні комплексні завдання шляхом використання системи наукових методів досліджень і алгоритмів обробки інформації, отриманої або самостійно створеної під час роботи, а також створювати та використовувати власні бази знань, моделі прийняття рішень, алгоритми роботи з інформацією та визначати способи досягнення поставлених завдань¹.

Важливим кроком для розвитку правового регулювання відносин у сфері використання комп'ютерних програм стало закріплення в Законі України «Про авторське право і суміжні права» права особливого роду (*suī generis*) на неоригінальний об'єкт, згенерований комп'ютерною програмою. При цьому необхідно звернути увагу на розмежування випадків появи нового об'єкта шляхом його генерації комп'ютерною програмою та створення об'єкта у випадку використання комп'ютерної програми фізичною особою. Відмінності в характеристиці об'єкта, створеного за допомогою комп'ютерної програми, та обсязі прав, які виникають, залежать, зокрема, від таких чинників:

- 1) допускається генерування об'єкта самостійно комп'ютерною програмою без участі фізичної особи, що наділяє комп'ютерну програму ознаками «творця» нового об'єкта;

¹ Концепція розвитку штучного інтелекту в Україні : Розпорядження Кабінету Міністрів України від 2 грудня 2020 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1556-2020-%D1%80#Text> (дата звернення: 19.02.2024).

- 2) режим об'єкта та зміст прав, які можуть виникати у зв'язку з його появою, залежать від формату використання в цьому процесі комп'ютерної програми (за участю або без участі фізичної особи).

Відповідно до закону про авторське право твір, згенерований комп'ютерною програмою без безпосередньої участі фізичної особи у створенні цього об'єкта, визнається неоригінальним об'єктом, однак при цьому такий об'єкт має відрізнятися від існуючих подібних об'єктів.

Об'єкт, створений фізичною особою з використанням комп'ютерної програми, не належить до неоригінальних об'єктів та може за умови оригінальності підлягати правовій охороні як самостійний об'єкт авторського права чи суміжних прав;

- 3) на неоригінальний об'єкт, згенерований комп'ютерною програмою без участі творця, виникає право особливого роду (*sui generis*).

Суб'єктами права особливого роду (*sui generis*) на неоригінальні об'єкти, згенеровані комп'ютерною програмою, можуть бути особи, яким належать майнові права або які мають ліцензійні повноваження на комп'ютерну програму, — автори такої комп'ютерної програми, їх спадкоємці, особи, яким автори чи їх спадкоємці передали (відчужили) майнові права на комп'ютерну програму або правомірні користувачі комп'ютерної програми.

Особливість права (*sui generis*) полягає в такому:

- виникає внаслідок факту генерування неоригінального об'єкта і починає діяти з моменту його генерування;
- строк чинності права особливого роду (*sui generis*) спливає через 25 років, що обчислюються з 1 січня року, наступного за роком, в якому згенеровано неоригінальний об'єкт;
- виникають лише майнові права, немайнові права не виникають;

- попри те що згенерований комп'ютерною програмою об'єкт визнається неоригінальним, щодо використання таких творів встановлюються правила, характерні для створення похідних творів, а також на них поширюються умови вільного використання творів. Відповідно до Закону про авторське право в разі, якщо неоригінальний об'єкт, згенерований комп'ютерною програмою, є результатом використання іншого охоронюваного неоригінального об'єкта, згенерованого комп'ютерною програмою, відповідний суб'єкт користується правом особливого роду (*sui generis*) на цей об'єкт, за умови дотримання ним прав суб'єкта (суб'єктів) на неоригінальний об'єкт, згенерований комп'ютерною програмою, неоригінальний об'єкт якого зазнав використання в процесі генерування нового неоригінального об'єкта.

З аналізу наведених норм Закону України «Про авторське право і суміжні права» випливає, що комп'ютерна програма визнається фактично самостійним генератором нового об'єкта, який за своїми ознаками є подібним до творів, створених людиною. Разом з тим, урахувавши що комп'ютерна програма не визнається самостійним суб'єктом, правами на такий неоригінальний об'єкт наділяється творець комп'ютерної програми або його правонаступники за законом чи договором.

Необхідно зазначити, що питання визначення майбутнього штучного інтелекту, зокрема щодо визначення законодавчих підходів до його правового статусу, викликає багато дискусій як серед науковців, так і фахівців — розробників та користувачів. Попри невизнання штучного інтелекту суб'єктом правовідносин, на науковому рівні обґрунтовується два концептуальні підходи до нормативного закріплення статусу штучного інтелекту — як квазіфізичної особи та квазіюридичної особи.

О. Хернес в дослідженні «Штучний інтелект, юридична відповідальність і громадянські права» зазначає, що штучний інтелект порушує низку питань щодо соціальних, економічних,

політичних, технологічних, правових, етичних і філософських проблем. Якщо на штучний інтелект покладені такі самі юридичні обов'язки, як і на людину, то він повинен мати такі самі юридичні права, як і людина. Цілком імовірно, що машина зі штучним інтелектом, яка досягла самосвідомості, потребує рівних прав з людиною.

Автор наголошує на тому, що традиційні уявлення про штучний інтелект як про машину або андроїд неповною мірою охоплює можливі форми його існування, та розглядає його як систему, яка може існувати та розмножуватись у мережі¹.

З концепцією «еквівалента фізичної особи» не погоджуються Є. О. Харитонов та О. І. Харитонova. Натомість вони пропонують визнати роботів зі штучним інтелектом квазіюридичною особою. При цьому науковці пропонують внести до переліку видів правосуб'єктності юридичної особи також «кіберздатність», під якою вони мають на увазі здатність бути активним учасником відносин в ІТ-сфері (укладати договори як користувач, бути учасником соціальних мереж, брати участь в інтерактивних акціях тощо). Кіберздатність може реалізовуватися за допомогою не лише правочинів, а й юридичних вчинків².

Порівняння штучного інтелекту з юридичними особами ґрунтується на тому, що волевиявлення та забезпечення діяльності юридичної особи виконують утворені органи управління. Для штучного інтелекту такими органами фактично є комп'ютерні пристрої, які мають запрограмовані алгоритми³.

¹ Christoffer O. Hernæs. Artificial Intelligence, Legal Responsibility and Civil Rights. Aug 22, 2015. URL: <https://techcrunch.com/2015/08/22/artificial-intelligence-legal-responsibility-and-civil-rights/> (дата звернення: 19.02.2024).

² Харитонов Є. О., Харитонova О. І. До проблеми цивільної правосуб'єктності роботів : матеріали наук.-практ. конф. «Інтернет речей: проблеми правового регулювання та впровадження» (Київ, 29 листопада 2018 р.) / упоряд.: Фурашев В. М., Дорогих С. О. Київ : Вид-во «Політехніка», 2018. С. 42–46.

³ Erma Defiana Putriyanti, Romainur Romainur, Rara Nadia. Artificial Intelligence: Legal Status and Development in the Establishment of Regulatory Proceedings of the International Conference on «Changing of Law: Business Law, Local Wisdom and Tourism Industry» (ICCLB 2023). ULR: <https://www.atlantis-press.com/proceedings/icclb-23/125996673> (дата звернення: 19.02.2024).

Порівняння штучного інтелекту та юридичної особи ґрунтується передусім на їх відмінності від фізичної особи — відсутності розумових та емоційних здібностей. Юридична особа є також «штучним» утворенням, яке наділене правосуб'єктністю. Незважаючи те що порівняно з правосуб'єктністю фізичної особи у юридичної особи вона є більш обмеженою, все ж таки юридична особа наділена здатністю набувати права та обов'язки та нести відповідальність.

Заперечення того, що штучний інтелект не може бути визнаний суб'єктом права через відсутність здібностей, властивих виключно фізичним особам (розумова діяльність, мислення, творчість тощо), є аргументованими, однак таких саме здібностей позбавлена також юридична особа, яка, незважаючи на це, визнається на національному та міжнародному рівні суб'єктом права. При цьому здібності штучного інтелекту є ширшими, ніж у юридичної особи, оскільки штучний інтелект має закладені алгоритми, відповідно до яких може приймати рішення без участі фізичної особи, тоді як юридична особа таких властивостей позбавлена.

Необхідно звернути увагу, що у сфері сучасних технологій вживаються заходи щодо розвитку штучного інтелекту та роботів. При цьому, незважаючи на певні відмінності, потрібно зазначити, що вони однаково можуть впливати на навколишній світ — як позитивно, так і нести значні ризики й небезпеки.

Відмінність між штучним інтелектом та роботом полягає, зокрема, у тому, що:

- роботи можуть виконувати певну послідовність інструкцій та запрограмованих дій, тоді як штучний інтелект може розробляти нові алгоритми дій відповідно до закладених можливостей;
- роботи можуть бути автономними або напівавтономними, забезпечуючи взаємодію з навколишнім світом за допомогою датчиків¹.

¹ What's the difference between AI and Robotics? URL: <https://resources.pcb.cadence.com/blog/whats-the-difference-between-ai-and-robotics-2> (дата звернення: 19.02.2024).

Попри те що роботи та штучний інтелект відносять до різних сфер науки, дедалі частіше постає питання щодо їх поєднання. Роботи, наділені штучним інтелектом, стануть поєднанням фізичного вираження інтелектуального вмісту.

Ураховуючи можливі наслідки впливу роботів, О. В. Пасечник пропонує поділяти роботів на два типи — мирні роботи та роботи війни, що має змістовне (сутнісне) значення для розуміння природи права роботів (Robot Law), оскільки для цих двох типів формуються кардинально протилежні завдання, а отже, і механізми, програми та алгоритми їх досягнення. При цьому серед спеціальних принципів прав роботів (Robot Law) визначено принцип бінарної комбінації правового статусу роботів (урахування діаметрально протилежних прав, обов'язків і відповідальності для «мирних роботів» та «роботів війни»); принцип мінімізації негативних наслідків функціонування роботів¹.

Ураховуючи можливість поєднання роботів та штучного інтелекту, на рівні доктринальних розвідок при прогнозуванні перспектив законодавчого та організаційного забезпечення відносин у зазначеній сфері одночасно йде мова і про роботів, і про штучний інтелект.

Досліджуючи правове регулювання штучного інтелекту, В. М. Карчевський зазначає, що, якщо роботи отримають права та обов'язки, крім традиційної юстиції, можна буде казати про появу двох нових видів. Умовно назвемо їх «змішана юстиція» та «юстиція штучного інтелекту». Функціонування останньої забезпечуватиме протидію роботам, що становлять загрозу для соціального розвитку й стабільності. Скоріше за все, юстиція штучного інтелекту буде створена на основі роботів. Створення такої системи передбачає узагальнення в чіткі алгоритми досвіду, отриманого за час існування традиційної юстиції².

¹ Пасечник О. В. Становлення міжнародного правопорядку в умовах суспільно-політичної реальності метамодерну : автореф. дис. на здобуття наукового ступеня д. ю. н. Одеса, 2024. С. 17.

² Карчевський М. В. Правове регулювання штучного інтелекту. *Вісник ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка*. 2017. № 2 (78). С. 106.

Небезпека негативного впливу штучного інтелекту та роботів, а також їх програмування для використання з метою ведення війни найбільше актуалізує питання, невід’ємно пов’язане з визначенням їхнього правового статусу, а саме: відповідальності за шкоду, заподіяну їхніми діями. Такі питання будуть поставати як щодо питання кваліфікації дій, так і щодо визначення суб’єкта, який має нести відповідальність, та її видів. У сучасній практиці, ураховуючи відсутність законодавчих механізмів визнання штучного інтелекту суб’єктом права, питання щодо відповідальності застосується лише щодо розробників або правовласників. Однак, на думку дослідників, такий підхід може стати суттєвим обмеженням на шляху розвитку штучного інтелекту, що не відповідає потребам сьогодення. Крім того, це не вирішує важливого питання щодо наслідків такого негативного впливу та перепрограмування, знищення штучного інтелекту.

Нині важливими є розроблення й упровадження правил, які можуть застосовуватися для мінімізації потенційних ризиків та небезпек штучного інтелекту й роботів. У цьому аспекті необхідно відзначити розроблення та програмування етичних правил дії штучного інтелекту.

25 листопада 2021 р. Генеральний директор ЮНЕСКО Одрі Азуле представила перший глобальний стандарт етики штучного інтелекту під час Генеральної конференції організації в Парижі. Цей стандарт було ухвалено 193 країнами — учасницями ЮНЕСКО. Зокрема, у документі містяться рекомендації щодо: захисту персональних даних, заборони систем соціальної оцінки та масового спостереження, підтримки різноманіття (проявів людської особистості) та інклюзивності, прозорості алгоритмів штучного інтелекту та їхньої «підзвітності» експертам-людям, захисту довкілля¹.

¹ Вишня Г. Глобальний стандарт етики штучного інтелекту: чи це можливо? 2021. URL: <https://www.radiosvoboda.org/a/yunesko-hlobalnyy-standart-etyky-shtuchnoho-intelektu/31612648.html> (дата звернення: 19.02.2024).

Одним із найбільш повних законодавчих актів у сфері регулювання штучного інтелекту, який, зокрема, передбачає й окреслені етичні засади, має стати Закон ЄС про штучний інтелект (EU AI Act). Законодавчий акт передбачає встановлення кількох категорій штучного інтелекту, які визначають можливість його застосування, а також зміст прав та обов'язків користувачів, а саме: неприйнятний ризик, високий ризик, штучний інтелект загального призначення, обмежений ризик.

Системи штучного інтелекту з неприйнятним ризиком — це системи, які вважаються загрозою для людей і будуть заборонені. Вони охоплюють:

- 1) когнітивне поведінкове маніпулювання людьми або окремими вразливими групами, наприклад, голосові іграшки, які заохочують небезпечну поведінку дітей;
- 2) соціальну оцінку: класифікація людей на основі поведінки, соціально-економічного статусу чи особистих характеристик;
- 3) біометричну ідентифікацію та категоризацію людей¹;
- 4) систему біометричної ідентифікації в режимі реального часу, наприклад розпізнавання обличчя².

Певні винятки можуть встановлюватися для правоохоронних органів щодо використання систем біометричної ідентифікації в загальнодоступних місцях з метою цільового пошуку осіб, які вчинили тяжкі злочини та за умови отримання спеціальних дозволів.

Технології штучного інтелекту породжують багато питань, які потребують осмислення та відповідного регулювання на законодавчому рівні, зокрема щодо:

¹ EU AI Act: first regulation on artificial intelligence News European Parliament. 2023. URL: <https://www.europarl.europa.eu/topics/en/article/20230601STO93804/eu-ai-act-first-regulation-on-artificial-intelligence> (дата звернення: 19.02.2024).

² Artificial Intelligence Act: deal on comprehensive rules for trustworthy AI. News European Parliament. 2023. URL: <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20231206IPR15699/artificial-intelligence-act-deal-on-comprehensive-rules-for-trustworthy-ai> (дата звернення: 19.02.2024).

- втручання в особисте життя через спостереження, накопичення інформації;
- свободи подальшого розвитку штучного інтелекту та розумних її обмежень з метою недопущення настання негативних наслідків через повну автоматизацію прийняття рішень та виходу з-під контролю й управління розробників чи правоволодільців;
- встановлення відповідальності за створення завідомо небезпечного штучного інтелекту, з урахуванням специфіки використання у військовій сфері тощо.

Отже, перед сучасною наукою цивільного права постає багато питань щодо визначення правового режиму штучного інтелекту та результатів його діяльності. Наявні переваги та потенційні загрози, які може нести штучний інтелект у разі виходу з-під контролю людини або отримання надшироких можливостей щодо варіативності поведінки та прийнятих рішень, обумовлюють актуальність питань щодо визначення кола суб'єктів, відповідальних за наслідки дії штучного інтелекту та напрацювання механізмів протидії загрозливим діям і рішенням штучного інтелекту в різних сферах суспільного життя. Оскільки наслідки використання штучного інтелекту для створення творів і наслідки використання штучного інтелекту та роботів у військовій сфері суттєво відрізняються за своїми масштабами і наслідками, штучний інтелект, спрямований на рятування життя, та штучний інтелект як удосконалена зброя — це концептуально різні явища, незважаючи на спільність сутнісної будови та алгоритмів дій.

ВИКОНАННЯ ДОГОВІРНИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ: ПЕРСПЕКТИВИ ОНОВЛЕННЯ ЦИВІЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ

Федорченко Наталія Володимирівна

*професор, доктор юридичних наук,
завідувач кафедри загальноюридичних дисциплін,
цивільного права та правового забезпечення туризму
Київського університету туризму, економіки і права,
головний науковий співробітник відділу приватноправових досліджень
Інституту правотворчості та науково-правових експертиз
Національної академії наук України*

Стабільність економіки держави та ефективність цивільного обороту безпосередньо залежать від сумлінності і старанності учасників цивільного обороту, від належного виконання договірних зобов'язань. У сучасному цивільному обороті різко знизився рівень договірної дисципліни, зросла кількість невиконаних чи неналежно виконаних зобов'язань.

Певною мірою на це впливає і довгострокова збройна агресія росії проти України. Це, своєю чергою, обумовило нагальну потребу в підвищенні захисту інтересів учасників цивільного обороту та загострило проблему забезпечення належного виконання зобов'язань¹.

З метою захисту інтересів кредитора і попередження або зменшення розміру негативних правових наслідків від можливого невиконання або неналежного виконання зобов'язання боржником використовується інститут забезпечення виконання зобов'язань. Цей спеціальний правовий інститут посідає своє місце і в цивільному законодавстві

¹ Громадянське суспільство та правова держава: виклики сьогодення : монографія / за заг. ред. О. О. Кота, А. Б. Гриняка, Л. Ф. Купіної, В. І. Шакуна. Київ : Алерта, 2023. С. 208.

(глава 49 ЦК України), що передбачає спеціальні способи забезпечення виконання зобов'язань — неустойку, поруку, гарантію, заставу, притримання, завдаток, право довірчої власності, а також інші непойменовані способи, встановлені договором або законом.

Автори Концепції оновлення Цивільного кодексу України слушно пропонують назвати главу 49 ЦК України «Забезпечення зобов'язання». Термін «забезпечення виконання зобов'язання» є умовним, оскільки окремі заходи, які названі законом як такі, не стосуються виконання основного зобов'язання, а призначені для захисту майнового інтересу кредитора у випадку прострочення (неналежності) боржника (йдеться про поруку і гарантію). Тому коректно використовувати термін «забезпечення зобов'язання». Також пропонується дати визначення поняттю «забезпечення зобов'язання». На думку авторів, забезпечення зобов'язання може визначатися як додаткове право кредитора для захисту його майнового інтересу в разі 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 правочину¹.

Якщо звернутися до історичного екскурсу, то інститут забезпечення виконання зобов'язань завдячує своїм походженням праву Стародавнього Риму, де було створено струнку систему правових засобів забезпечення зобов'язань, основними з яких є *arra* (завдаток), *stipulation poena* (штраф

¹ Концепція оновлення Цивільного кодексу України. Київ : Видавничий дім «АртЕк», 2020. С. 39.
URL: <https://pravo.ua/wp-content/uploads/2021/01/Projekt-Koncepcii-onovlennja-Civilnogo-kodeksu-Ukraini.pdf> (дата звернення: 25.01.2024).

або ж неустойка), *pignus*, *hypotheca* (застава), *adpromissio fidejussio* (порука).

Про греко-римське походження одного зі способів забезпечення виконання зобов'язання пише також Т. О. Жагорнікова: «Правовий зміст завдатку як гарантійного засобу виконання зобов'язання в сучасному розумінні з'явився у період, коли продавець отримував право утримати завдаток у випадку односторонньої відмови від купівлі, а покупець міг стягнути завдаток у подвійному розмірі»¹.

Також перші згадки про забезпечення виконання зобов'язань можна віднайти в Соборному уложенні 1649 р., яке вважається однією з найважливіших пам'яток феодального права та одним із найбільш відомих законів законодавства, де було закріплено забезпечення виконання зобов'язань шляхом сплати неустойки, застави (рухомого і нерухомого майна), поруки. У Правах, за якими судили малоросійський народ 1793 р., до способів забезпечення виконання зобов'язань віднесено завдаток, застава та поруку².

Останнім часом велика увага приділяється дослідженню кодифікації цивільного права під назвою «*Codex Civilis pro Galicia Orientali 1797*» («Цивільний кодекс для Східної Галиції», далі — Цивільний кодекс Галичини).

Цивільний кодекс Галичини також передбачав забезпечення виконання зобов'язань через п'ятнадцятий основний розділ «Про забезпечення прав і обов'язків», який налічував 36 параграфів (§ 490–525). У § 490 зазначається, що «саме лише право щодо речі ґрунтується не завжди на міцній та надійній основі. Зобов'язана особа іноді може бути невідома або проживати в іншому районі, вона може не мати засобів або втекти. Тож кредитор може наполягати

¹ Гринько Р. В. Історія становлення та розвитку інституту забезпечення виконання зобов'язань в Україні. *Університетські наукові записки*. 2015. № 2. С. 110. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Unzap_2015_2_14 (дата звернення: 25.01.2024).

² Там само. С. 111.

на гарантуванні свого права і забезпеченні зобов'язання свого боржника»¹.

Серед способів забезпечення Цивільний кодекс Галичини передбачав завдаток, заставу, поруку².

Правове регулювання інститут забезпечення виконання зобов'язань одержав також у ЦК України 2003 р. у спеціальній главі 49.

Отже, забезпечення виконання зобов'язання не є новим інститутом для цивільного права, а має давнє походження³.

З метою запобігання виникненню негативних наслідків у випадках порушення договірних зобов'язань законодавець передбачив різні захисні заходи, спеціальні інститути, що забезпечують виконання договірних зобов'язань, а також компенсують постраждалій в результаті неналежного виконання зобов'язання стороні понесені витрати.

Учасники договірних зобов'язань зацікавлені в їх належному виконанні, тобто в дотриманні договірної дисципліни, про що говорить латинський вислів *раста sunt servanda* (договори повинні виконуватися), який застосовується в міжнародному праві для визначення положення про обов'язковість укладених договорів.

Загалом у юридичній літературі засоби забезпечення залежно від часу і способу встановлення (виникнення) пропонується поділяти на універсальні та спеціальні. Універсальним засобом забезпечення зобов'язань є відшкодування боржником збитків, яких зазнав кредитор через невиконання зобов'язання (ст. 623 ЦК). Особливістю його є те, що він застосовується незалежно від спеціальної домовленості сторін про це. Крім того, розмір збитків може бути визначений тільки після

¹ Цивільний кодекс Галичини / пер. з нім. Мар'яна Мартинока, Олени Павлишинець. Івано-Франківськ : Вавилонська бібліотека, 2017. С. 246.

² Там само. С. 246–250.

³ Гринько Р. В. Історія становлення та розвитку інституту забезпечення виконання зобов'язань в Україні. *Університетські наукові записки*. 2015. № 2. С. 112. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Unzap_2015_2_14 (дата звернення: 25.01.2024).

невиконання зобов'язань. Спеціальні ж засоби забезпечення виконання зобов'язань встановлюються в момент виникнення зобов'язань. У результаті кредитор і боржник заздалегідь уявляють конкретні наслідки невиконання зобов'язання¹.

Незважаючи на значущість і застосовність способів забезпечення виконання зобов'язань, вони недостатньо повно врегульовані законодавством, що викликає суперечки на практиці та породжує неоднозначність їх тлумачення. Зважаючи на те що способи забезпечення стимулюють належне виконання договірних зобов'язань відповідно до норм чинного законодавства, то чітке усвідомлення сутності і принципів застосування конкретних заходів забезпечення виконання зобов'язань, у тому числі щодо надання послуг, набуває сьогодні особливої актуальності².

У праві Великої Британії і США під забезпеченням виконання договорів розуміється будь-яка юридична операція, що робить вірогіднішим виконання основного зобов'язання. Особливість поняття «забезпечення виконання договорів» обумовлена тим, що в цих країнах окремими підгалуззями права є договірне право (Law of Contract) і зобов'язання, що виникають із правопорушення (Law of Torts). При цьому поняття договору конструюється настільки широко, що охоплює й односторонні правочини. А основні положення договірного права значною мірою є загальними положеннями зобов'язального права³.

У нашій правовій системі основне завдання щодо забезпечення виконання договорів убачається у створенні шляхів стимулювання боржника до особистого виконання договору і лише в разі неможливості особистого виконання — у створенні для кредитора додаткових гарантій відшкодування збитків

¹ Наріжний С. Ю. Забезпечення виконання договірних зобов'язань із передавання майна у тимчасове користування: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2013. С. 92.

² Федорченко Н. В. Договірні зобов'язання з надання послуг: проблеми теорії і практики : монографія. Київ : НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2015. С. 244.

³ Там само. С. 245.

у разі невиконання або неналежного виконання договору. Крім того, необхідно зазначити, що сучасне цивільне законодавство не обмежує сторони договору у виборі способу забезпечення виконання зобов'язання, а також у можливості одночасного застосування всіх або кількох способів забезпечення.

Отже, слушним видається підхід законодавця, який у межах гл. 49 ЦК України об'єднав і загальні положення про забезпечення виконання зобов'язання та спеціальні положення про застосування кожного із закріплених у цій главі способів, у результаті чого і кредитор, і боржник заздалегідь уявляють конкретні наслідки невиконання зобов'язання.

Найбільш поширеним способом забезпечення виконання зобов'язання є *неустойка*.

Говорячи про правову природу неустойки, необхідно зазначити, що в доктрині до сьогодні не вщухають дискусії щодо того, чи визнавати неустойку лише способом забезпечення виконання зобов'язання або лише мірою відповідальності, чи визнати подвійну правову природу неустойки. Не акцентуючи на цьому питанні увагу, усе ж зазначу, що дотримуватимусь найбільш поширеної та прийнятної думки про подвійну природу неустойки в цивільному праві: неустойка одночасно є способом забезпечення виконання зобов'язань та формою (мірою) цивільно-правової відповідальності.

Загальновідомо, що розмір законної неустойки визначається безпосередньо в законі, яким така неустойка встановлюється. Розмір законної неустойки не може бути довільним. У певних випадках у нормативному акті встановлювалася і межа, понад яку відповідальність у вигляді неустойки не наставала. Водночас законодавець не забороняє в договірному порядку змінювати розмір законної неустойки¹.

¹ Так, А. В. Луць серед самостійних елементів свободи договору пропонує розглядати і визначення способів забезпечення договірних зобов'язань (Луць А. В. Свобода договору в цивільному праві України : автореф. дис. на здобуття наукового ступеня канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ. нац. ун-т імені Тараса Шевченка. Київ, 2001. С. 11).

Розмір неустойки може бути зменшений за рішенням суду, якщо він значно перевищує розмір збитків, та за наявності інших обставин, які мають істотне значення (ч. 3 ст. 551 ЦК)¹.

Чинне законодавство України не містить переліку виняткових випадків (обставин, які мають істотне значення), за наявності яких судом може бути зменшено неустойку. Тому автори Концепції оновлення Цивільного кодексу України норму ст. 551 ЦК України про зменшення неустойки пропонують 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 в разі доведеності того, що стягнення неустойки у визначеному договором розмірі може викликати отримання кредитором необґрунтованої вигоди².

Під час проведення рекодифікації глави 51 ЦК України пропонується відмовитися від конструкції штрафної неустойки, передбаченої ч. 1 ст. 624 ЦК України, замінивши її конструкцією залікової неустойки³.

На принципово інших засадах формується договірна неустойка. Питання щодо внесення її до договору вирішують самі сторони. Саме сторони, а не законодавець визначають умови застосування договірної неустойки і її безпосередній розмір за неналежне виконання зобов'язання, підстави і випадки застосування. Як виняток, при виникненні переддоговірного спору за згодою сторін це питання може бути передано для вирішення суду⁴.

¹ Цивільний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 40–44. Ст. 356. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text> (дата звернення: 23.01.2024).

² Рекодифікація цивільного законодавства України: виклики часу : монографія / за заг. ред. Н. С. Кузнецової. Одеса : Видавничий дім «Гельветика», 2021. С. 593.

³ Концепція оновлення Цивільного кодексу України. Київ : Видавничий дім «АртЕк», 2020. С. 44. URL: <https://pravo.ua/wp-content/uploads/2021/01/Projekt-Koncepcii-onovlennja-Civilnogo-kodeksu-Ukraini.pdf> (дата звернення: 23.01.2024).

⁴ Гелевей О. І. Неустойка як вид забезпечення виконання зобов'язання : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2003. С. 67.

Виходячи з наведеного, видається доцільним наголосити, що сьогодні має місце розширення сфери застосування договірної неустойки, оскільки можливість її застосування надає контрагентам більш широкі гарантії для забезпечення належного виконання договору.

Отже, при укладенні договорів сторонам надається можливість наперед визначити спосіб забезпечення виконання зобов'язань, що і буде стимулювати належне виконання умов договору. На мою думку, саме неустойка є найпоширенішим, універсальним способом забезпечення виконання зобов'язань із надання послуг, і в цьому вбачається перевага перед іншими способами забезпечення виконання зобов'язань.

Наступним, не менш дієвим способом забезпечення виконання зобов'язань є *порука*. Важливе значення цього правового інституту при забезпеченні виконання договірних зобов'язань у наш час не викликає сумніву, оскільки не всі можливі способи забезпечення виконання договірних зобов'язань можуть бути дієвими при забезпеченні надання різних за складністю послуг. Отже, законодавець у ст. 553 ЦК України під порукою запропонував розуміти такий договір, за яким поручитель поручається перед кредитором боржника за виконання ним свого обов'язку.

У межах рекодифікації цивільного законодавства України доцільно передбачити можливість укладення договору поруки в забезпечення як грошових, так і негрошових зобов'язань, виникнення поруки не лише на підставі договору, а й вказівки закону в 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; у договорі поруки може бути передбачена заздалегідь надана згода поручителя в 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-боржника¹.

Ще одним способом забезпечення виконання договірних зобов'язань є *гарантія*, за якою банк, інша фінансова установа, страхова організація (гарант) гарантує перед кредитором (бенефіціаром) виконання боржником (принципалом) свого обов'язку.

Отже, у відносинах, що виникають з приводу гарантії, беруть участь три суб'єкти — гарант, принципал (боржник) і бенефіціар (кредитор).

Одразу зазначу, що специфічність гарантії полягає в тому, що головною ознакою гарантії як забезпечувального правочину є відсутність акцесорності, тобто незалежність гарантії від основного зобов'язання, на забезпечення якого її видано, тобто гарантія не припиняється з припиненням договору, наприклад, про надання послуг та не змінюється з його зміною. Крім того, гарантія не стає недійсною в разі визнання недійсним договору про надання послуг. Гарантія не дає гаранту права посилатися при пред'явленні йому вимоги бенефіціаром на заперечення, що пов'язані із зобов'язанням, що забезпечується.

Зважаючи на наведене, варто наголосити, що з усіх способів забезпечення виконання зобов'язань гарантія посідає особливе місце в договірних відносинах, предметом яких є грошові зобов'язання, завдяки високій ефективності забезпечувальної функції, спрямованої на захист інтересів кредитора в разі порушення зобов'язання боржником.

Автори Концепції оновлення Цивільного кодексу України пропонують передбачити в главі 49 ЦК України незалежну

¹ Рекодифікація цивільного законодавства України: виклики часу : монографія / за заг. ред. Н. С. Кузнецової. Одеса : Видавничий дім «Гельветика», 2021. С. 593–594.

гарантію, згідно з якою гарант зобов'язується сплатити бенефіціару визначену грошову суму відповідно до умов наданого гарантом зобов'язання незалежно від дійсності забезпеченого 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, а й інші підприємницькі організації. На відміну від періоду підготовки і прийняття ЦК України 2003 року, коли зазначення на спеціальних суб'єктах-гарантів було обґрунтованим, наразі таке обмеження не виправдано звужує сферу використання цього забезпечувального інструменту¹.

Ще одним видом забезпечення виконання договірних зобов'язань може бути *завдаток*, яким є грошова сума або рухоме майно, що видається кредиторіві боржником у рахунок належних з нього за договором платежів, на підтвердження зобов'язання і на забезпечення його виконання (ч. 1 ст. 570 ЦК). Одразу ж потрібно зазначити, що такий законодавчий підхід є новим для вітчизняної правової системи, адже ні ЦК 1922 р., ні ЦК 1963 р. не допускали можливості визначення завдатку у формі рухомого майна, яке б могло передаватися боржником кредиторіві в рахунок виконання ним зобов'язання.

Серед інших цивільно-правових способів забезпечення виконання зобов'язань важливу роль відіграє *застава*. Застава є одним із класичних інститутів цивільного права, що зародився ще за часів Римської держави. Застава може забезпечувати будь-яке цивільно-правове зобов'язання, тобто

¹ Концепція оновлення Цивільного кодексу України. Київ : Видавничий дім «АртЕк», 2020. С. 41–42.
URL: <https://pravo.ua/wp-content/uploads/2021/01/Proekt-Koncepcii-onovlennja-Civilnogo-kodeksu-Ukraini.pdf> (дата звернення: 23.01.2024).

законодавець цілком слушно не встановлює виключного переліку таких договірних зобов'язань.

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 України, спрямованої на захист прав третіх осіб, які є добросовісними набувачами заставленого майна (не знали і не могли знати, що майно перебуває в заставі). Якщо добросовісність буде доведено, то в цьому випадку заставу необхідно вважати припиненою, а заставодержатель має право вимагати дострокового виконання основного зобов'язання, забезпеченого заставою, або заміни предмета застави. Окремим питанням є приведення у відповідність до ЦК України всіх чинних законодавчих актів, які регулюють відносини щодо застави¹.

Дієвим способом забезпечення виконання договірних зобов'язань є право на *притримання*.

Стосовно правової природи притримання та місця в системі юридичних фактів необхідно наголосити на триваючих дискусіях з цього приводу. Не заглиблюючись детальніше в проблематику так званої «правочинної» природи права притримання, лише зазначу, що переконливіше звучать аргументи тих дослідників, які розглядають дії щодо притримання як односторонні правочини, хоча б тому, що вчинення, наприклад, комісіонером дій щодо притримання речі комітента за невиконанням ним договірних умов все одно змінює саме правовідношення, оскільки комісіонер змушений задовольняти свої вимоги з вартості речі в обсязі та порядку, передбаченому для задоволення вимог, забезпечених заставою.

¹ Рекодифікація цивільного законодавства України: виклики часу : монографія / за заг. ред. Н. С. Кузнецової. Одеса : Видавничий дім «Гельветика», 2021. С. 594.

Відсутня одностайність в юридичній літературі і щодо належності притримання до заходів оперативного впливу чи видів забезпечення виконання зобов'язань. Так, стосовно права притримання у правовідносинах з надання послуг можна зазначити, що воно саме по собі не відновлює порушених прав, не усуває порушення, не припиняє його, а лише певною мірою гарантує задоволення інтересів виконавця. Зважаючи на це, заслуговує на увагу висловлена в літературі теза, що при застосуванні права притримання виникає нове забезпечувальне правовідношення, яке повністю відповідає ознакам способів забезпечення виконання зобов'язань, що вказує на природу права притримання як одного із видів забезпечення виконання зобов'язань¹. Інакше кажучи, право виконавця на притримання є видом забезпечення виконання зобов'язань, суб'єктами якого виступають виконавець, який притримує річ, і замовник, що затримує розрахунки з виконавцем.

Порівняно новим способом забезпечення виконання зобов'язань стало *право довірчої власності*.

Так, 20 вересня 2019 р. було прийнято Закон України «Про внесення змін до деяких актів щодо стимулювання інвестиційної діяльності в Україні», яким передбачено новий вид забезпечення виконання зобов'язань — довірча власність. Відповідні зміни були внесені й до Цивільного кодексу України шляхом доповнення глави 49 «Забезпечення виконання зобов'язання» параграфом 8 «Довірча власність».

У цілому варто зазначити, що інститут довірчої власності відомий вітчизняному цивільному праву фактично з часу прийняття у 2003 році ЦК України. Так, довірча власність була рецепційована в площину цивільно-правового регулювання з англосаксонської правової системи й закріплена

¹ Гриняк А. Б. Теоретичні засади правового регулювання підприємчих зобов'язань у цивільному праві України : монографія. Київ : НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2013. С. 269.

як один з особливих різновидів права власності, а також правова форма здійснення економічного управління об'єктом власності у певному, здебільшого чужому інтересі, на яку поширюються положення глави 70 «Управління майном» ЦК України. Між тим варто зауважити, що введення у вітчизняну правову систему категорії довірчої власності неодноразово піддавалося критиці та зумовило жваві дискусії серед дослідників, які наполягали на поспішності та невиправданості запозичення традиційного для англосаксонської правової системи інституту трасту з огляду насамперед на значні відмінності в розумінні та сприйнятті концепції права власності, а також відсутності передумов, необхідних для забезпечення становлення і розвитку цього інституту в межах українського цивільного права. Посилило критику вітчизняних дослідників та практиків і закріплення в Законі України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно і їх обтяжень» неоднозначного підходу до розуміння сутності права довірчої власності, з одного боку, як різновиду права власності (ч. 1 ст. 4 Закону), а з іншого — як речового права, похідного від права власності (ч. 2 ст. 4 Закону). Із законодавчим наділенням права довірчої власності ще однією не менш важливою функцією — функцією забезпечення виконання кредитних зобов'язань наукові дискусії щодо доцільності імплементації цього інституту у вітчизняну правову систему набули нового розвитку. Разом із тим багаторічна позитивна практика застосування низкою європейських держав (Німеччина, Франція, Молдова та ін.) механізму забезпечувальної довірчої власності свідчить про його ефективність та результативність у контексті захисту прав сторін боргових зобов'язань.

Отже, зарубіжна практика досить успішно використовує довірчу власність для забезпечення виконання зобов'язань, тому не дивує звернення законодавця до такого способу

забезпечення виконання зобов'язань. Однак запропонований підхід викликає багато питань¹.

Як справедливо зазначає К. Г. Некіт, законодавець знову ухилився від надання визначення поняттю «право довірчої власності»².

У коментарях нововведень стосовно довірчої власності засвідчуються позиції, що довірча власність може бути способом забезпечення зобов'язань лише за кредитними зобов'язаннями. Однак аналіз позиції законодавця дає змогу дійти висновку, що, незважаючи на назву ст. 597 з позначкою 1 ЦК України «Право довірчої власності як спосіб забезпечення виконання зобов'язання за кредитним договором», такі забезпечення зобов'язань можуть використовуватися й у відносинах позики. Цей факт також викликає нерозуміння, очевидно, спочатку планувалося використовувати такий спосіб забезпечення виконання лише в кредитних зобов'язаннях, але згодом прийнято рішення поширити його й на випадки позики. Отже, довірча власність може бути способом забезпечення виконання зобов'язань, укладених і між фізичними особами. Однак, очевидно, тут варто враховувати положення ст. 1033 ЦК України, що довірчим управителем (відповідно, і довірчим власником) має бути лише суб'єкт підприємницької діяльності³.

Отже, запропоновані нововведення щодо довірчої власності залишили більше питань, ніж дали відповідей.

Зважаючи на широке коло способів забезпечення виконання зобов'язань, що можуть застосовуватися в договорах, законодавець цілком слушно передбачив правило (ч. 2 ст. 546 ЦК), за яким договором або законом можуть бути встановлені

¹ Некіт К. Г. Довірча власність як спосіб забезпечення виконання зобов'язань за цивільним законодавством України: оцінювання ризиків. *Часопис цивілістики: науково-практичний журнал*. Вип. 35. Одеса : Видавничий дім «Гельветика», 2019. С. 29. URL: <http://chascivil.onua.edu.ua/index.php/chc/issue/view/5/1> (дата звернення: 23.01.2024).

² Там само. С. 31.

³ Там само.

інші види забезпечення виконання зобов'язань. Так, у юридичній літературі, крім способів забезпечення виконання зобов'язань, що передбачені главою 49 ЦК України, та іншими нормативно-правовими актами, наголошують на існуванні інших способів виконання зобов'язань, які передбачені договором¹. Інакше кажучи, будь-який спосіб забезпечення, передбачений сторонами в договорі, може збільшити ймовірність належного виконання договірних зобов'язань.

З урахуванням оновлення Цивільного кодексу України розробники Концепції вбачають за доцільне 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 зі сторін на користь іншої сторони певної грошової суми (забезпечувальний платіж). Цим платежем може забезпечуватися також і майбутнє зобов'язання. На відміну від інших способів забезпечення цей забезпечувальний інструмент надає кредитору можливість відшкодувати збитки, отримати неустойку в разі настання передбачених договором обставин без звернення до суду².

Отже, можна дійти висновку про те, що сучасні тенденції розвитку законодавства про способи забезпечення виконання договорів передбачають значне розширення переліку таких способів, якими може скористатися кредитор з метою встановлення додаткових гарантій, спрямованих на забезпечення належного виконання договірних умов та задоволення своїх інтересів.

¹ Соколянський Д. В. Нові способи забезпечення виконання зобов'язань у цивільному законодавстві України. *Актуальні проблеми політики*. Одеса, 2006. С. 475–480.

² Концепція оновлення Цивільного кодексу України. Київ : Видавничий дім «АртЕк», 2020. С. 42. URL: <https://pravo.ua/wp-content/uploads/2021/01/Proekt-Koncepcii-onovlennja-Civilnogo-kodeksu-Ukraini.pdf> (дата звернення: 23.01.2024).

ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО УКРАЇНИ — ТЕРМІНОЛОГІЯ В ОЧІКУВАННІ ЗМІН

Харитонов Євген Олегович

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

Харитонova Олена Іванівна

*професор, доктор юридичних наук,
член-кореспондент Національної академії правових наук України,
заслужений діяч науки і техніки України,
завідувач кафедри інтелектуальної власності
та патентної юстиції
Національного університету «Одеська юридична академія»*

Нині практично ніхто не сумнівається, що цивільне право України перебуває на порозі важливих змін, пов'язаних із початком реального процесу євроінтеграції, необхідності адаптації цивільного законодавства до умов воєнного протистояння та повоєнної відбудови тощо.

Разом із тим очікування здебільшого стосуються змістовних трансформацій норм цивільного законодавства і значно меншою мірою (практично ніяк) торкаються термінології / формулювань / викладу змісту цих норм.

Однак ставлення до проблем формування автентичного українського правничого тезаурусу як до питань другорядних, що нині «не на часі», можуть бути вирішені пізніше, є досить небезпечною помилкою, оскільки загрожує українському правознавству подальшим перебуванням у затінку російських

доктрин і концепцій, збереженням ставлення російської юриспруденції до української правничої думки як до явища вторинного, похідного від російської правової культури.

І це не голослівне полемічне твердження. Досить порівняти публікації українських та російських правознавців. Якщо більшість перших до останнього часу рясніли посиланнями на праці російських авторів, то останні практично повністю обходились без посилань на українських правознавців (виняток хіба що становили публікації відомих українських науковців, зроблені російською мовою або у зарубіжних виданнях).

Зауважимо, що експансія російської наукової юридичної, економічної, ділової тощо термінології не була результатом природного перебігу подій, дії об'єктивних соціальних чинників тощо. Натомість практично весь час свого існування російська імперія не лише послідовно обмежувала й прагнула викоринити українську мову як засіб соціальних комунікацій, а й послідовно проводила «ротацію» науковців / викладачів (зокрема, у галузі правознавства), що забезпечувало переваги викладання в університетах на українських територіях у межах імперії носіями «великоруського наречія». Це добре помітно за навіть побіжного погляду на ротації викладацьких складів юридичних факультетів Київського, Новоросійського та Харківського імператорських університетів¹.

Шанс створення автентичної української правничої термінології виник після розпаду російської імперії. Як зазначають В. Бріцин і П. Гриценко, «свідоме творення

¹ Київська школа цивілістики / До 175-річчя Київського національного університету імені Тараса Шевченка. 1834–2009 / за ред. чл.-кор. АПРН України Р. А. Майданика. Київ : Алерта ; КНТ ; ЦУЛ, 2009. 334 с. ; Служители Фемиды: страницы истории юридического образования и науки в Императорском Новороссийском — Одесском национальном университете им. И. И. Мечникова (1865–2015) / авт. кол.: Кандафорова И. С., Бачур Б. С., Подрезова М. А. [и др.]; рук. проекта, сост. И. С. Кандафорова ; под ред. И. С. Кандафоровой. Одесса : Астропринт, 2015. 672 с. ; Страницы Харьковской цивилистики: в 3 ч. Ч. 3: Доктора Харьковской юридической школы / сост. Бервено С. Н., Венедиктова И. В., Греков Е. А. и др. ; под общ. ред. И. В. Венедиктовой и С. Н. Бервено. Харьков : ХНУ имени В. Н. Каразина, 2010. 360 с.

українськомовного простору в Україні після 1918 року, особливо в перші десятиліття, із відстані в століття видається важливим громадянським чином, що заслуговує на особливу увагу й повагу. Фахівці різного спрямування, які були об'єднані ідеєю утвердження українськості у вкрай зрусифікованій Україні, розуміли всю складність, а нерідко й небезпечність генерального завдання — побудови українськомовної України. Складність полягала насамперед у відсутності установленої традиції безперешкодного формування і розбудови української літературної мови»¹.

Щоб виконати це надважке завдання, українські науковці протягом 20–30 років минулого століття підготували Словник ділової мови², Словник економічної термінології³, російсько-український словник у кількох томах⁴ та ін.

На жаль, проєкт Словника правничої термінології тоді створити не встигли, а «українізація» тим часом була припинена.

Отже, «реалії політичного життя України 30-х рр.»⁵ перешкодили творчому розвитку генерального плану утвердження українськомовного простору: розпочалися тотальні репресії всіх, хто був причетний до формування українського наукового й культурного простору, долучився до створення праць, які могли зміцнити позиції української мови й національної

¹ Бріцин В., Гриценко П. Важливий крок у творенні українськомовного простору. *Словник економічної термінології* / Кривченко Г., Ігнатович В. ; передм. В. Бріцин, П. Гриценко ; НАН України, Ін-т мовознавства ім. О. О. Потебні, Ін-т укр. мови. Репринт вид. 1930 р. Київ : Видавничий дім Дмитра Бурого, 2021. XVI. 140 с.

² Дорошенко М., Станиславський М., Страшкевич М. Словник ділової мови. Термінологія та фразеологія. Проєкт. Харків, Київ : Державне видавництво України, 1930. 248 с.

³ Словник економічної термінології / Г. Кривченко, В. Ігнатович ; передм. : В. Бріцин, П. Гриценко ; НАН України, Ін-т мовознавства ім. О. О. Потебні, Ін-т укр. мови. Репр. вид. 1930 р. Київ : Видавничий дім Дмитра Бурого, 2021. XVI, 140 с.

⁴ Гриценко П. Ю., Бріцин В. М. Нове життя класичної лексикографічної праці. *Російсько-український словник*: у 4 т. Т. 1. А — Ж / ред. В. Ганцов, Г. Голоскевич, М. Грінченкова; голов. ред.: акад. А. Кримський. Київ : Видавничий дім Дмитра Бурого, 2016. 12, XIV. 290 с. Репринт з видання 1924 р.

⁵ Мовні питання в Україні. 1917–2000 : документи і матеріали / уклад. Ю. Ф. Прадід. Сімферополь : Доля, 2003. С. 130–136.

самосвідомості. Арешти творців і судові процеси над ними, повна заборона й нищення вже опублікованих праць стали в Україні справою щоденною, звичною. Це відбувалося одночасно з руйнуванням Інституту української наукової мови: науковців звинуватили в буржуазному націоналізмі, арештували керівника установи Григорія Холодного (страчений 1938 р.)...».¹

Після цього спроби створення українськомовного правничого простору в Україні не робилися аж до набуття незалежності, хоча й після цього такі зусилля були несистематичними і виглядали більш ніж скромно, задовольняючись здебільшого адаптацією термінів, сформованих у російському / радянському правознавстві. Зауважимо, що виникненню такої ситуації сприяла й та обставина, що на момент формування цивілістичної доктрини незалежної України і створення більшості актів її цивільного законодавства в державі панувала концепція «багатовекторного» розвитку України і розбудови відносин співробітництва з росією². У галузі права це створювало сприятливе підґрунтя збереженню російської правничої термінології (здебільшого з відповідною транслітерацією), а також проникненню з росії в Україну юридичних концепцій, термінології тощо.

Ураховуючи зазначене, розглянемо далі деякі з основних термінів, доцільність використання яких у вітчизняній цивілістиці та актах цивільного законодавства (зокрема, у Цивільному кодексі) викликає щонайменше сумніви, надто в контексті повномасштабного російського вторгнення в Україну

¹ Бріцин В., Гриценко П. До читача. *Словник ділової мови. Термінологія та фразеологія* / Дорошенко М., Станиславський М., Страшкевич В. Київ : Видавничий дім Дмитра Бураго, 2018. XVI. 248 с.

² Прийдун С. Концепція багатовекторності у зовнішній політиці України: основні здобутки та прорахунки української дипломатії. *Актуальні проблеми зовнішньої політики України*: матеріали XI Міжнар. наук.-практ. конф. студентів та молодих вчених (Чернівці, 24 листопада 2017 р.). Чернівці, 2017. С. 14–18 ; Соборний Костянтин. 30 років на двох стільцях: всі досягнення та провали зовнішньої політики України. Від позаблоковості — до нестримного прагнення в НАТО. URL: <https://apostrophe.ua/ua/article/politics/foreign-policy/2021-08-18/30-let-na-dvuh-stulyah-vse-dostizheniya-i-provaly-i-vneshney-politiki-ukrainyi/41290>

і необхідності адекватного реагування на засоби, що можуть бути використаними в процесі гібридної війни.

Починаючи розгляд першого напрямку удосконалення вже використовуваної в цивільному праві термінології, варто згадати, що відповідні питання щодо термінології ЦК України порушувалися ще в процесі обговорення його проєктів¹.

При цьому поряд з тим, що зазначалися вже зроблені в проєкті ЦК уточнення низки термінів, йшлося й про необхідність подальшої праці на цих теренах. Зокрема, обґрунтовувалась доцільність використання автентичних українських термінів замість тих, що були запозичені з російського юридичного лексикону: «кривда» — замість «моральна шкода», «посідання» — замість «володіння», «штраф» — замість «неустойка», «провина» — замість «вина» та ін.²

Однак, оскільки, як зазначали автори статті, присвяченої термінологічним проблемам нормотворчості у контексті підготовки та прийняття ЦК України, «критика положень досить вдалого, на їхній погляд, Цивільного кодексу не була метою цих нотаток, а головне завдання вбачалося в тому, щоб привернути увагу до подальшого вдосконалення цього важливого законодавчого акту»³.

Проте, як засвідчив час, була досягнута лише загальна мета. Натомість впоратися із завданням, визначеним ними як головне, їм не вдалося: усі тридцять років чинності Цивільного кодексу він залишався в практично незмінному стані панування «російської термінологічної традиції».

Щоб не бути голослівними, наведемо кілька прикладів (крім тих, що наводилися у згадуваній публікації 25-річної давнини,

¹ Зайцев Ю. Методико-організаційні питання опрацювання термінології проєкту Цивільного кодексу України. *Українське право*. 1999. Число 1. С. 28–30; Харитонов Є. О., Підпригора О. А. Деякі міркування з приводу нормотворчості. *Право України*. 2000. № 8. С. 81–84; Фурса Є. Новий погляд на термінологію спадкових правовідносин. *Право України*. 2002. № 9. С. 115–120.

² Харитонов Є. О., Підпригора О. А. Зазнач. твір. С. 81–83.

³ Харитонов Є. О., Підпригора О. А. Зазнач. твір. С. 83.

залишилися без змін і мають усі шанси зберегти своє місце в «оновленому за європейськими зразками» Цивільному кодексі України).

Можливо, одним із найбільш одіозних поміж них є термінопоняття «фізична особа», яке українська цивілістика отримала в спадок від юриспруденції російської імперії, разом із концепцією регулювання відповідних відносин у суспільстві.

Утім набуття цього «спадку» мало досить тривалу історію, що, можливо, вплинуло й на «перезрівання» термінології в цій галузі.

Під час розроблення проекту Цивільного уложення російської імперії у Книгу I Проекту був внесений розділ «Особи», де йшлося про «фізичні особи». Таке позначення відповідало поширеному наприкінці XIX ст. розумінню людини як природного (у російській традиції — «фізичного») суб'єкта.

Таке рішення виявилось неприйнятним для радянської концепції цивільного права, яка від початку передбачала посилення публічних засад у галузі регулювання цивільного обігу, ґрунтуючись у цьому питанні на вказівках голови раднаркому російської федерації В. Леніна. У радянську добу категорія «фізична особа», відома завдяки проекту цивільного уложення російської імперії, вважалася суто «буржуазною», а тому в цивільному законодавстві використовувалося термінопоняття «громадянин» як такий, що більшою мірою відповідав баченню місця людини в соціалістичному суспільстві.

Така тенденція існувала від початку поширення радянської влади і на українських землях. І в цьому сенсі є характерним найменування Декрету від 26 липня 1922 р. — «Про основні приватні майнові права громадян, які визнаються УРСР, охороняються її законами та захищаються судами УРСР». Так само про «громадян» як суб'єктів цивільного права йшлося у ЦК УСРР 1922 р. При цьому, хоча цивільну правоздатність нібито мали всі громадяни, однак ст. 4 ЦК містила важливий засіб — можливість «обмеження судом у правах».

Незначною мірою змінилася концепція ЦК у цьому сенсі і під час другої кодифікації цивільного законодавства в УРСР, де так само йшлося про «громадян» і фактично на тих самих засадах визначався статус останніх (крім «обмеження судом у правах»). Скажімо, ст. 7 ЦК встановлювала можливість цивільно-правового захисту честі та гідності. Проте знов-таки йшлося про «громадян», а не «фізичних осіб»¹.

Отже, у радянському цивільному праві послідовно використовувалося термінопоняття, яке наголошувало публічно-правовий зв'язок людини з державою, виокремлюючи за цією ознакою «громадянина» з кола інших людей.

Не викликає сумнівів, що використання в цивільному законодавстві терміна «громадянин» на позначення суб'єктів цивільних відносин є некоректним. Громадянство визначає взаємовідносини людини та держави, це стійкий правовий зв'язок особи з державою, що виражається в сукупності їхніх взаємних прав та обов'язків й означає підпорядкування даної особи суверенній владі відповідної держави.

На такому тлі використання інших, «депубліцизованих» найменувань людини як суб'єкта цивільних прав було викликом часу, що й зумовило інтерес вітчизняних цивілістів до позначення «фізична особа» як такого, що ширше за термінопоняття «громадянин» й охоплює всіх індивідів, здатних бути суб'єктами цивільних прав: громадян, іноземних громадян та осіб без громадянства.

Отже, це знайшло відображення у використанні в цивільному законодавстві України термінопоняття «фізична особа», що мало метою акцентувати увагу на цінності і правовому статусі людини у приватній сфері.

Згідно зі ст. 24 ЦК України фізична особа — це людина, яка є учасником цивільних відносин. Категорії «фізична

¹ Білоусенко В., Паневин А. Судовий захист честі та гідності громадян. *Радянське право*. 1989. № 12. С. 21–26.

особа» та «людина» не є тотожними. Відмінність між ними полягає в тому, що поняттям «людина» охоплюється будь-яка біопсихосоціальна істота, тоді як «фізичною особою» є людина — суб'єкт цивільних прав. Разом із тим людина може бути суб'єктом права, а може розглядатися як об'єкт впливу в іншій системі суспільних зв'язків. Отже, поняття фізичної особи в цивілістиці може не збігатися з поняттям людини як істоти біологічної: іноді ці поняття тотожні, а іноді поняття «фізична особа» вужче від поняття «людина».

Центральною постаттю цивільного права, наявністю якої, власне, зумовлене його існування, є приватна особа, яка: 1) не є фігурантом держави; 2) не знаходиться у стосунках влади — підпорядкування стосовно інших приватних осіб; 3) вільно визначає для себе права і обов'язки у відносинах з іншими особами.

Можна сказати, що у вітчизняній цивілістиці відбувається «повернення» від громадянина до приватної особи.

Однак вживаний в усіх європейських правових системах термін «природна особа» не зміг витіснити позначення «фізична особа», появи якого вітчизняна юриспруденція завдячує кальці з російського перекладу терміна “natural person”¹.

На перший погляд, термін «фізична особа» можна було б залишити в українському правничому тезаурусі (хоча ігнорування «російського коріння» цього терміна було б невинуватим ідеологічно та морально). Однак «прибирання» вказівки на «природність» статусу особи має ще й ті негативні наслідки, що потім недостатньо враховується категорія «природні» права людини.

А втім, природні права людини є найважливішим елементом її загального статусу, належать саме до приватного права

¹ Новый большой англо-русский словарь. URL: https://eng-rus.slovaronline.com/69916-NATURAL_PERSON (дата звернення: 16.02.2024).

та існують незалежно від того, визнані вони об'єктивним правом чи ні. Вони є об'єктивними внаслідок своєї природності, невідчужуваності від людини, і можуть бути охарактеризовані як такі, що надані Богом. У приватноправовій сфері правосуб'єктність людей є однаковою і ґрунтується на засадах юридичної рівності, свободи їхньої волі та ініціативності при встановленні правовідносин, а затим — реалізації ними відповідних суб'єктивних прав і обов'язків.

Своєю чергою, найменування людини як суб'єкта цивільних прав «природною особою» ЦК акцентує увагу на необхідності визначення засад цивільно-правового статусу людини (особи), які досі залишаються нез'ясованими внаслідок абсолютизації пандектної системи цивільного права, у якій відсутній розділ (частина) «становище особи».

Розглянемо далі ще кілька випадків «калькування» — вживання у ЦК України термінів, запозичених із російської мови (запроваджених) у процесі русифікації, які належать до базових у формуванні засадничих концептів вітчизняної цивілістики.

У нормах різних книг ЦК України досить широко використовується термінопоняття «доходи» — ст. 22, 32, 37, 39, 72, 115, 189, 195.... 1200, 1214. Послугуються ним також і вітчизняні науковці.

Проте українській мові такий термін невідомий. Щоправда, у «Словнику української мови» за редакцією Бориса Грінченка згадується слово «дохід» (з наголосом на першому складі), але ним позначаються: 1) плата, заробіток; 2) винагородження (натурою або грошима), яке дається колядникам; 3) одяг і взуття для наймита¹.

Натомість пропонується термін «добуток», який є більш логічним для вживання в українській мові, ніж російське слово

¹ Словарь української мови. Упорядкував з додатком власного матеріалу Борис Грінченко. В чотирьох томах. Т. 1. А — Ж / НАН України. Ін-т української мови. Київ : Наукова думка, 1996. 496 с.

«доходи»¹. У деяких випадках вживається також слово «зиск», яке є синонімом виразу «чистий добуток»².

Однак з часів, коли «українізація» на українських землях була визнана «шкідницькою», українська ділова термінологія дедалі більш послідовно формується за російськими зразками. Так само і тут відбувається «калькування з російської».

Також неукраїнським за походженням є одне з найбільш поширених у радянській та пострадянській цивілістиці термінопонять «відносини» / «відношення» (а отже, і «правовідносини» / «правовідношення»). Зокрема, у ЦК України термін «правовідносини» вжито в частині 5 ст. 202, 1076 (зі значками 1 та 9). Ще більш екзотичну форму «правовідношення» містять ст. 16, 237, 509 ЦК.

Однак ні той, ні інший термін не вживаються у питомих українських джерелах на позначення суспільних відносин. Натомість у словнику Бориса Грінченка є слово «відносити», яке означає «віднести», «занести»,³ а не взаємини між суб'єктами, як прийнято в пострадянському праві.

У «Словнику економічної термінології» 1930 року російське «отношения» інтерпретується українською мовою у двох значеннях: 1) (*стат.*) — реляція, відношення; 2) (*між людьми*) — стосунки, взаємини, а відтак — «стосунки земельні», «взаємини суспільні», «стосунки виробничі», «стосунки торговельні»⁴. Водночас скорочена форма

¹ Словник економічної термінології / Кривченко Г., Ігнатюк В.; передм. В. Бріцин, П. Гриценко; НАН України, Ін-т мовознавства ім. О. О. Потебні, Ін-т укр. мови. Репринт вид. 1930 р. Київ: Видавничий дім Дмитра Бурого, 2021. ХІІ. 140 с. (Серія «Словникова спадщина України»). С. 17; Бріцин В., Гриценко П. Важливий крок у творенні україномовного простору. *Словник економічної термінології* / Кривченко Г., Ігнатюк В.; передм. В. Бріцин, П. Гриценко; НАН України, Ін-т мовознавства ім. О. О. Потебні, Ін-т укр. мови. Репринт вид. 1930 р. Київ: Видавничий дім Дмитра Бурого, 2021. ХІІ. С. XIII–XIV.

² Словник ділової мови. Термінологія та фразеологія / Дорошенко М., Станиславський М., Страшкевич В. Київ: Видавничий дім Дмитра Бурого, 2018. ХІІ. 248 с. Репринт з видання 1930 р. (Серія «Словникова спадщина України»). С. 51.

³ Словарь української мови. Упорядкував з додатком власного матеріалу Борис Грінченко. В чотирьох томах. Т. 1. А — Ж / НАН України. Ін-т української мови. Київ: Наукова думка, 1996. 496 с.

⁴ Словник економічної термінології / Кривченко Г., Ігнатюк В.; передм. В. Бріцин, П. Гриценко; НАН України, Ін-т мовознавства ім. О. О. Потебні, Ін-т укр. мови. Репринт вид. 1930 р. Київ: Видавничий дім Дмитра Бурого, 2021. С. 46.

«правовідносини» (переклад з російської «правоотношения») не використовується взагалі¹.

Цікаву інформацію для роздумів щодо виправданості вживання терміна «правовідносини» містить матеріал, який стосується визначення перекладу українською слова «отношение» (рос), вміщений у «Словнику ділової мови» 1918 року.

Укладачі цього словника розрізняють використання слова «отношение» в однині в трьох значеннях: 1) (*стосовно до чогось*) — стосунок, доділ, дочинення, притока (до чого), зв'язок (між чим); 2) ставлення до кого, до чого; 3) (*вид паперу*) — завідомлення².

Слово «отношения» у множині (*між ким*) — перекладається як «взаємини», «стосунки» (*між ким*). У цьому разі «отношения правовые» перекладаються як «правні взаємини», «правні стосунки»³.

Після припинення «українізації» і переходу партійної і радянської влади до «повзучої русифікації», зокрема у сфері права, термін «правовідносини» потрапляє в тлумачні словники української мови (де цілком у пострадянському стилі «правовідносини» тлумачаться як суспільні відносини, що регулюються нормами права⁴).

Підсумовуючи викладене, можна дійти висновку про необхідність відмови від вживання термінів «правовідносини», «правові відносини» тощо із заміною їх на автентичні українські позначення «правні взаємини», «правні стосунки» і похідні від них вирази.

¹ Словник економічної термінології / Кривченко Г., Ігнатюк В. ; передм. В. Бріцин, П. Гриценко ; НАН України, Ін-т мовознавства ім. О. О. Потебні, Ін-т укр. мови. Репринт вид. 1930 р. Київ : Видавничий дім Дмитра Бурого, 2021. С. 56.

² Дорошенко М., Станіславський М., Страшкевич В. Словник ділової мови. Термінологія та фразеологія. Київ : Видавничий дім Дмитра Бурого, 2018. ХVІ. 248 с. Репринт з видання 1930 р. С. 124–125.

³ Там само. С. 125.

⁴ Новий тлумачний словник української мови: у 4 т. Т. 3 / уклад. В. Яременко, О. Сліпушко. Київ : Аконіт, 1998. С. 660.

Наостанок вважаємо за необхідне ще раз повернутися до пропозиції про використання терміна «посідання» замість «володіння» на позначення фактичної наявності майна в особи, яка вважає його своїм (ст. 396 проєкту ЦК України в редакції від 25 серпня 1996 р.¹). Така пропозиція була висловлена майже 25 років тому в статті «Деякі міркування з приводу нормотворчості» (хоча й не була підтримана одним із співавторів О. А. Підпригорою). Використання цього терміна мотивувалося тим, що це усувало б небезпеку плутанини при вживанні терміна «право управління» як елемента права власності, а також давало можливість уникати незугарних словесних конструкцій, таких як «правоволоділець» тощо².

Оскільки в остаточній редакції ЦК України «володіння» як окрема категорія не згадується, відповідно втративши статус одного з видів речових прав (глава 30 розділ II книги Третьої проєкту ЦК у редакції від 25 серпня 1996 р.), поступившись «праву володіння», яке характеризується як вид речових прав на чуже майно (ст. 395 глава 30 ЦК України), актуальність зміни термінології ніби втрачена. Тим часом, на наш погляд, було б виправданим у процесі оновлення цивільного законодавства обговорити можливість повернення терміна «посідання» (який відповідає українській мовній традиції та є в усіх словниках української мови, на які ми посилалися раніше), а разом з терміном — і повернення концепту «посідання», що розуміється як фактична наявність майна в особи, яка вважає його своїм.

На нашу думку, саме використання цього концепту дасть можливість ефективно вирішити проблему здійснення права державної / публічної власності.

Розгляд питань / проблеми удосконалення термінології як важливого напрямку оновлення цивільного права України

¹ Українське право. Число 2 (4). 1996. С. 145.

² Харитонов Є. О., Підпригора О. А. Зазнач. твір. С. 82.

дає підстави для висновку, що досягнення цієї мети можливе за допомогою двох груп заходів: 1) удосконалення термінології, яка вже використовується у вітчизняній цивілістиці та міститься в чинних актах цивільного законодавства; 2) поповнення вітчизняного цивілістичного тезаурусу термінами, створеними відповідно до правил української мовотворчості, з одночасним запровадженням термінів, відомих європейській цивілістиці, які не є використовуваними або недостатньо використовуваними в українському цивільному праві та законодавстві.

ПЕРСПЕКТИВИ РЕГУЛЮВАННЯ НЕДОГОВІРНИХ ВІДНОСИН У ЦИВІЛЬНОМУ КОДЕКСІ УКРАЇНИ

Хоменко Михайло Михайлович

кандидат юридичних наук, доцент,

доцент кафедри цивільного права

Навчально-наукового інституту права

Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Сфера недоговірних зобов'язань є унікальною для приватного права, оскільки ґрунтується на непритаманних йому засадах імперативності. Саме тому оновлення відповідного нормативного масиву потрібно здійснювати виважено, з використанням релевантного правового інструментарію.

Сучасний процес уніфікації норм приватного права зумовив появу принципово нових моделей регулювання недоговірних зобов'язань. Йдеться про регулювання відповідних відносин як на міжнародному та національному рівнях, так і на рівні джерел «м'якого» права.

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).

Розглядаючи PETL як один із стандартів деліктного права, екстраполюючи його на українські правові реалії, доцільно визначитися, які положення PETL можуть бути використані в процесі оновлення цивільного законодавства України.

Концептуальним завданням удосконалення правового регулювання недоговірних відносин є перехід до пандектної системи деліктного права, що дозволить урахувати запитову

позицію національних судів та спростити процеси застосування й тлумачення відповідних правових норм.

Викладене дозволяє дійти висновку щодо обґрунтованості імплементації до § 1 глави 82 ЦК України окремих положень PECTL, присвячених визначенню шкоди, що підлягає відшкодуванню; шкоди, яка не підлягає відшкодуванню; превентивним витратам; доказуванню завдання шкоди.

Розроблення принципово нової, пандектної системи деліктного права не вбачається можливою без кардинального перегляду низки теоретичних конструкцій, які є засадничими для сучасної української цивілістики. Безперечно, одним із таких «форпостів» є інститут цивільно-правової відповідальності.

Можна констатувати, що PECTL спонукає переглянути установлені підходи до умов деліктної відповідальності. Так, підхід, реалізований у PECTL, не може співіснувати з конструкцією «склад цивільного правопорушення».

Термін «склад» означає взаємопов'язану комбінацію елементів, де відсутність хоча б 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. Усі без винятку елементи «складу» є необхідними для такої кваліфікації.

Щодо цивільно-правових деліктів, аналіз законодавства та судової практики свідчить про те, що деліктна відповідальність може мати місце у випадках правомірного заподіяння шкоди або незалежно від вини особи-правопорушника. Отже, навряд чи в наведеному контексті можна говорити про «склад»¹.

¹ Отрадна 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. Київ: АртЕК, 2019. С. 229–230.

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 — протиправна поведінка особи. Особливістю мір відповідальності є те, що для їх покладення на правопорушника необхідно, щоб його поведінка з суб'єктивної сторони характеризувалася виною. Щодо мір захисту, то їх покладення на правопорушника не пов'язується із суб'єктивною складовою.

Водночас наведений підхід викликає зауваження. Вочевидь розуміння вини, притаманне публічному праву, не можна беззастережно екстраполювати на сферу приватноправового регулювання. Виходячи з основної функції приватного права — компенсаційної, головним завданням приватноправового регулювання є поновлення порушеної сфери потерпілої особи. У наведеному 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 в ПЕТЛ реалізована об'єктивна концепція вини. Необережність означає не психологічне (внутрішнє) ставлення, а порушення «необхідного стандарту поведінки». Стаття 4:102 ПЕТЛ встановлює, що загальновизнаними нормами поведінки вважаються стандарти поведінки розумної людини в конкретних обставинах.

Вбачається, що визначення вини через поняття «загально-новизнані 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. Отже, судді в цивільних справах можуть діяти лише за об'єктивними фактами та стандартами¹.

На окрему увагу заслуговує і співвідношення понять «вина» та «протиправність». Так, зарубіжна правова доктрина інакше підходить до визначення умов цивільно-правової відповідальності. Зокрема, французька доктрина загалом не сприймає виокремлення такої умови цивільно-правової відповідальності, як протиправність. Зазвичай протиправність включається до складу вини. 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 відповідальності, зокрема до такої її ознаки, як державний осуд. Інакше кажучи, якщо йдеться про обов'язок відшкодування шкоди, завданої третіми особами (наприклад, відшкодування шкоди, заподіяної малолітніми, неповнолітніми особами), то не може йтися про цивільно-правову відповідальність (у такому разі йдеться про застосування мір захисту). Цивільно-правова відповідальність може виникати лише за вину.

Загалом у західноєвропейській правовій доктрині відсутній точний термінологічний еквівалент поняття «міра захисту». Водночас зарубіжні правопорядки передбачають спеціальні режими відшкодування шкоди. До того ж майже всі міри впливу на правопорушника охоплюються поняттям «відповідальність».

¹ Отрадна О. О. Принципи Європейського деліктного права (PETL) 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. Київ : АртЕК, 2019. С. 233.

У французькому цивільному праві будь-яка дія особи, що завдає шкоди, спричиняє обов'язок з її відшкодування. Для притягнення до відповідальності необхідно довести наявність вини, шкоди, причинно-наслідкового зв'язку. Вина може бути встановлена як при дії, так і при бездіяльності. Такий самий 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.

Вбачається, що визначення умовами цивільно-правової відповідальності і протиправності, і вини обтяжує процес правозастосування та вносить низку неузгоженостей до цивілістичної доктрини. На нашу думку, категорія вини в розумінні приватного права (як модель належної поведінки учасника цивільних правовідносин) включає категорію протиправності: наявність вини особи в наведеному вище розумінні свідчить і про наявність протиправності у її діях/бездіяльності¹.

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. 509–625 ЦК. Водночас значна частина наведених норм (наприклад, норм про забезпечення виконання зобов'язання) не застосовується до регулювання недоговірних зобов'язань. З метою вирішення наведеної проблеми пропонується в ст. 509 ЦК зробити застереження про можливість застосування норм розділу I 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 правового регулювання недоговірних відносин є визначення системи недоговірних зобов'язань. Відповідь на питання «Чи потрібно модифікувати

¹ Prytyka Yu., Khomenko M., Bulat Ie. The reform of Civil Legislation on Legal Liability. *Global Journal of Comparative Law*. 2021. Vol. 10. P. 105–122.

систему недоговірних зобов'язань в ЦК України?»), на думку А. Довгєрта, залежить від з'ясування правової природи та змісту окремих видів недоговірних зобов'язань, які не регламентовані ЦК України, але наявні 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; недобросовісна конкуренція (ЦК Чехії); видача ордерного або на пред'явника цінного паперу (Німецьке цивільне уложення); culpa in contrahendo (Регламент «Рим II») тощо¹.

Значно ускладнює процес правозастосування велика кількість відсилочних норм, які регулюють недоговірні (передусім деліктні) зобов'язання. Зазначимо, що переважна більшість законів, на які міститься посилання 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, а 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, заподіяну фізичній особі, яка потерпіла від кримінального правопорушення, відповідно до закону, якого, зрозуміло, немає, у результаті чого саме право на відшкодування є декларативним, а його здійснення — неможливим².

¹ Довгєрт А. Система недоговірних зобов'язань. *Новітні тенденції зобов'язального права (Матвєєвські цивілістичні читання)*: матер. міжнар. наук.-практ. конф. (Київ, 26 жовтня 2018 р.). Київ : ТОВ «Білоцерківдрук», 2019. С. 36–37.

² Стефанчук Р. «Запублічення» приватного права: здані позиції та перспективи втрати. *Юридичні особи публічного права: участь у цивільному обороті (Матвєєвські цивілістичні читання)*: матер. міжнар. наук.-практ. конф. (Київ, 8 листопада 2016 р.). Київ : ТОВ «Білоцерківдрук», 2016. С. 117.

Досвід застосування ЦК національними судами свідчить про існування проблеми в 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 в контексті визначення правових наслідків недійсності правочину. У зв'язку з викладеним доцільним вважається 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 чи 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.

У контексті оновлення нормативного масиву, присвяченого регулюванню недогівірних відносин, доцільним вважається перегляд системи спеціальних деліктів, передбачених главою 82 ЦК України. Зокрема, йдеться про необхідність доповнення чинного ЦК положеннями щодо: 1) відшкодування шкоди, заподіяної шкідливим програмним забезпеченням; 2) відшкодування шкоди, заподіяної вірусами та іншими біологічними організмами; 3) відшкодування шкоди, заподіяної робототехнікою та штучним інтелектом; 4) відшкодування шкоди, заподіяної малолітніми особами, які перебували під наглядом закладу освіти; 5) відшкодування шкоди, заподіяної руйнуванням будівлі або споруди, що перебувала

в неналежному технічному стані; 6) відшкодування шкоди, заподіяної інформацією чи порадою; 7) відшкодування шкоди, заподіяної порушенням правил добросусідства; 8) відшкодування шкоди, заподіяної навколишньому природному середовищу; 9) відшкодування шкоди, заподіяної внаслідок зловживання правом.

На окрему увагу заслуговує можливість об'єктивації в ЦК інституту переддоговірної відповідальності. Так, забезпечення стабільності цивільного обороту, лібералізація умов ведення бізнесу та необхідність посилення захисту прав та інтересів слабкої сторони вимагають імплементації до ЦК норм, які передбачали б відповідальність недобросовісного учасника на стадії до вступу в 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 визначитися як відповідальність за зловживання правом. У наведеному контексті необхідно зазначити й про дуалістичну природу переддоговірної відповідальності: така міра переддоговірної відповідальності, як відшкодування втрати можливості, може бути ототожнена з упущеною вигодою.

У наведеному контексті доцільним вбачається запозичення досвіду DCFR (норми розділу 3 глави 3 Книги II DCFR — ст. II.-3:301 та ст. II.-3:302). Йдеться, зокрема, про визначення переддоговірної відповідальності як відповідальності за недобросовісне та (або) нечесне ведення переговорів.

Значний інтерес становить і 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. Разом з тим абз. 2 ст. 1112 ЦК Франції передбачає, що відшкодування збитків, заподіяних на стадії переговорів, не може мати

на меті компенсацію неотримання тих доходів, які очікувалися в результаті укладеного договору (така відповідальність має недоговірну природу, якщо лише сторони переговорів не уклали між собою угоду, що регламентує їх відносини при веденні переговорів).

Удосконалення правового регулювання недоговірних відносин має передбачати системний підхід до низки універсальних конструкцій зобов'язального права. Як приклад можна навести правові наслідки невиконання зобов'язання. У зазначеному контексті актуальною вбачається імплементація положень, закріплених у главі 3 Книги III DCFR — «Способи захисту на випадок невиконання», яка передбачає можливість кредитора скористатися будь-яким передбаченим у 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 в таких статтях DCFR: III.-3:102 «Поєднання способів захисту», 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»; III.-3:302 «Примушування до виконання негрошових зобов'язань»; III.-3:303 «Збереження права на відшкодування збитків».

При перегляді усталених підходів до розрахунку розміру збитків, завданих невиконанням зобов'язання, необхідно також використати досвід DCFR. Йдеться, зокрема про положення розділу 7 «Збитки і відсотки» Книги III DCFR.

Доцільною вбачається імплементація до ЦК України клаузули передбачуваності. Так, відповідно до ст. 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, у момент виникнення зобов'язання як вірогідного результату його невиконання, за винятком тих випадків, коли зобов'язання було порушене умисно, а також через недбалість або грубу недбалість боржника.

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 мали безсистемний характер. За таких умов актуальним є проведення повної ревізії внесених змін і доповнень до ЦК України з погляду сучасних потреб регулювання 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».

Процес рекодифікації цивільного законодавства України має вплинути на доктринальне переосмислення низки теоретичних конструкцій, які є засадничими для сучасної української цивілістики. Викладене стосується, зокрема, конструкції «склад цивільного правопорушення», питання розмежування

¹ Кузнєцова Н. С. Стан та перспективи розвитку українського приватного права: вплив сучасних європейських тенденцій. *Тенденції розвитку цивільного права у країнах Європи. Інформаційні матеріали*. Київ : ТОВ «Білоцерківдрук», 2018. С. 8.

мір відповідальності та мір захисту, співвідношення понять «вина» та «протиправність».

За результатами оновлення нормативного масиву, присвяченого регулюванню недоговірних відносин, мав 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 оновлення 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.

ВИДАЧА ДОВІРЕНОСТІ ЯК ОДНОСТОРОННІЙ ПРАВОЧИН

Цюра Вадим Васильович

*професор, доктор юридичних наук,
завідувач кафедри цивільного права*

*Навчально-наукового інституту права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка*

Попри усталеність на практиці застосування довіреності як документа для посвідчення повноважень представника перед третіми особами, а її видачі як одностороннього правочину, вчиненого в межах представницьких правовідносин¹, які засновуються на різних підставах, до яких можуть належати договори доручення та транспортного експедирування, трудовий договір, акт органу юридичної особи тощо, деякі дискусійні аспекти проблематики досі становлять собою значний науковий інтерес. Їх вирішення ґрунтується не лише на аналізі законодавчих приписів та сучасної доктринальної думки, а й на зверненні до новітніх правозастосовних підходів, сформованих судовою практикою.

Насамперед саме крізь таку призму можна встановити категоріальне та практичне співвідношення між видачею довіреності як одностороннім правочином та договором доручення, за яким відповідно до ч. 1 ст. 1007 Цивільного кодексу України

¹ Хоча на необхідності розмежовувати видачу довіреності як односторонній правочин і саму довіреність як документ, в якому містяться повноваження, представники судової влади наголошують навіть сьогодні. Див., наприклад: Судді Верховного Суду проаналізували актуальні судові позиції щодо захисту бізнесу. *Судова влада України*. URL: <https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/news/1446122> (дата звернення: 17.02.2024).

(далі — ЦК України)¹ до обов'язків довірителя належить видати повіреному довіреність на вчинення юридичних дій, передбачених цим договором, тобто закріплюється обов'язок довірителя вчинити відповідний односторонній правочин, поінформувавши таким чином і третіх осіб про існування представницьких повноважень. На нормативному рівні єдиним винятком з правила обов'язковості видачі довіреності за договором доручення можна вважати положення ч. 3 ст. 243 ЦК України, згідно з якою повноваження комерційного представника можуть бути підтверджені письмовим договором між ним та особою, яку він представляє, або довіреністю.

Тут можна говорити про спеціальну норму, подібно до того як вимога ч. 1 ст. 1007 ЦК України може трактуватися як спеціальна щодо загального припису ч. 1 ст. 244 цього самого Кодексу, згідно з яким представництво, яке ґрунтується на договорі, може здійснюватися за довіреністю (тобто передбачається можливість здійснення самостійного вибору довірителем, який має право вирішувати, чи видавати довіреність). При цьому норма ч. 1 ст. 1007 ЦК України не є єдиною за своїм змістом і спрямуванням: відповідно до ч. 4 ст. 95 ЦК України керівники філій та представництв призначаються юридичною особою і діють на підставі виданої нею довіреності; п. 2 ч. 2 ст. 137 ЦК України та п. 6 ч. 1 ст. 79 Закону України «Про господарські товариства»² закріплюють право вкладника командитного товариства діяти від його імені в разі видачі йому довіреності та відповідно до неї тощо.

Аналіз судової практики свідчить про те, що вимога видачі довіреності за договором доручення має імперативний характер. Так, у заочному рішенні Слов'янського міськрайонного

¹ Цивільний кодекс України від 16.01.2003 № 435-IV. *Верховна Рада України. Законодавство України.* URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text> (дата звернення: 17.02.2024).

² Про господарські товариства : Закон України від 19.09.1991 № 1576-XII. *Верховна Рада України. Законодавство України.* URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1576-12#Text> (дата звернення: 17.02.2024).

суду Донецької області від 28 квітня 2023 р. у справі № 243/14852/19 суд, поширюючи на договір доручення норми глави 17 ЦК України (загальні положення про представництво), зазначає, що, *«незважаючи на те що повноваження повіреного могли б визначатися не тільки довіреністю, але й впливати з договору доручення, закон передбачає, що довіритель зобов'язаний видати повіреному довіреність на вчинення юридичних дій за договором доручення»*. Як результат суд доходить висновку, що повірений практично може діяти від імені довірителя лише за наявності довіреності¹.

Посилаючись на припис ч. 1 ст. 1007 ЦК України та пункт спірного договору доручення, де також було визначено, що довіритель зобов'язаний видати повіреному довіреність на вчинення юридичних дій, передбачених цим договором (у разі необхідності), у рішенні Господарського суду м. Києва від 6 квітня 2020 р. у справі № 910/326/20, судом встановлено, що, оскільки *«доказів видачі Приватним акціонерним товариством «ІНТРОВЕСТ» (позивачем) довіреності на вчинення Товариством з обмеженою відповідальністю «ТІ ЕНД СІ» (відповідачем-2) юридичних дій, передбачених договором доручення відповідачами суду не надано»*. Це свідчить про те, що у повіреного (відповідача) були відсутні повноваження на вчинення юридичних дій, передбачених договором доручення². Загалом, закріплення положення про те, що *«аналіз ч. 1 ст. 1007 ЦК України дає підстави вважати, що повірений вважається неуповноваженим вчиняти дії, передбачені договором, за відсутності в нього довіреності»*, послідовно прослідковується в українській судовій

¹ Заочне рішення Слов'янського міськрайонного суду Донецької області від 28.04.2023 у справі № 243/14852/19. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/110607787> (дата звернення: 17.02.2024).

² Рішення Господарського суду м. Києва від 06.04.2020 у справі № 910/326/20. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/88830975> (дата звернення: 17.02.2024).

практиці вже тривалий час, зокрема, міститься в постанові Вищого господарського суду України від 23 жовтня 2014 р. у справі № 924/190/14¹.

Вартими уваги є також змістовно пов'язані з попередніми позиціями висновки, викладені в рішенні Шевченківського районного суду м. Києва від 17 грудня 2019 р. у справі № 761/34272/18, за якими довіреність, видана на ім'я відповідача та на підставі усної домовленості, не свідчить про укладення між сторонами договору доручення, *«оскільки лише підтверджує повноваження відповідача діяти від імені позивача, визначає перелік прав, якими останній наділяється у зв'язку з цим та не містить переліку юридичних дій, які відповідач зобов'язаний вчинити на користь позивача»*. А отже, *«за таких обставин, в судовому засіданні не підтвердилась та обставина, що між сторонами було укладено Договір доручення, як не підтвердилась і та обставина, що відповідачем не виконані зобов'язання за цим Договором, зокрема, не було повернуто позивачу отримані від покупця грошові кошти за Договором купівлі-продажу квартири, оскільки матеріали справи свідчать про протилежне»*². Тут, відповідно, зворотна закономірність: якщо довіреність, видана на підставі договору доручення, посвідчує конкретні повноваження повіреного, надані йому шляхом вчинення довірителем одностороннього правочину, то саме з договору доручення можна встановити зміст зобов'язань, які покладаються на обидві сторони.

Можна зазначити, що проаналізована законодавча вимога пов'язується з уже усталеною в науці українського цивільного

¹ Постанова Вищого господарського суду України від 23.10.2014 у справі № 924/190/14. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/41060410> (дата звернення: 17.02.2024).

² Рішення Шевченківського районного суду м. Києва від 17.12.2019 у справі № 761/34272/18. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/87172729> (дата звернення: 17.02.2024).

права¹, вітчизняній судовій² та нотаріальній практика³ доктриною відмінних функцій та сфер застосування договору доручення та довіреності: перший є підставою виникнення представницьких відносин та віддзеркалює так звані внутрішні відносини договірною представництва (довіритель — повірений), а довіреність — зовнішні (повірений — треті особи), виконуючи функції формалізації та інформування стосовно наявності та обсягу представницьких повноважень. Утім, для належної реалізації повноважень представника, гарантування дотримання інтересів довірителя та забезпечення стабільності ділового обороту загалом у зв'язку як з попередженням можливих зловживань, так і для повного встановлення змісту конкретних представницьких правовідносин, законодавець передбачив механізм обов'язковості видачі довіреності за договором доручення.

Разом з тим між видачею довіреності як одностороннім правочином (що належить до категорії таких, які розраховані на сприйняття іншими особами, відповідно до сучасної кваліфікації, використовуваної Верховним Судом, зокрема в постанові Верховного Суду у складі колегії суддів Другої судової палати Касаційного цивільного суду від 10 листопада 2021 р. у справі № 756/2312/18⁴) та довіреністю як документом (що видається однією особою іншій для представництва перед третіми особами на підставі усної або письмової домовленості між ними

¹ Саванець Л. Довіреність та договір доручення: порівняльно-правовий аналіз. *Актуальні проблеми правознавства*. 2020. № 4 (24). С. 116.

² Див., наприклад: Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Третьої судової палати Касаційного цивільного суду від 27.07.2022 у справі № 766/16332/20. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reestr.court.gov.ua/Review/105565178> (дата звернення: 17.02.2024); Рішення Чорнобаївського районного суду Черкаської області від 21.04.2023 у справі № 709/109/23. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reestr.court.gov.ua/Review/110398409> (дата звернення: 17.02.2024).

³ Балабан Д. В., Заборовський В. В. Співвідношення довіреності і договору доручення. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Сер. Право*. 2017. Вип. 43. Т. 1. С. 95.

⁴ Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Другої судової палати Касаційного цивільного суду від 10.11.2021 у справі № 756/2312/18. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reestr.court.gov.ua/Review/101179574> (дата звернення: 17.02.2024).

і є підтвердженням наявності чітко визначеного кола представницьких повноважень¹⁾ існує прямий логіко-юридичний зв'язок, вони є категоріями, що застосовуються взаємопов'язано та використовуються для досягнення цілей у межах функціонування єдиного правового механізму.

Разом з тим у контексті точного визначення в довіреності всіх повноважень представника варто звернути увагу на висновки Великої Палати Верховного Суду, сформовані в постанові від 22 жовтня 2019 р. у справі № 923/876/16, згідно з якими довіреність не завжди може містити деталізований та виключний перелік дій, на вчинення яких довіритель уповноважує представника. Тому, як далі зазначає суд, з урахуванням того, що за загальним правилом представник має завжди діяти в найкращих інтересах довірителя, та враховуючи, що відповідно до ч. 3 ст. 238 ЦК України представник не може вчиняти правочин від імені особи, яку він представляє, у своїх інтересах або в інтересах іншої особи, представником якої він одночасно є, за винятком комерційного представництва, а також щодо інших осіб, встановлених законом, *суди мали дослідити питання добросовісності представника*²⁾.

Наведені позиції безпосередньо впливають із фідучіарного характеру добровільного представництва, що прямо відображається й на видачі довіреності та вчиненні відповідних, визначених у ній з різним ступенем деталізації, повноважень, наданих довірителем повіреному, покладаючи на останнього й зобов'язання діяти розумно та добросовісно, засновуючись на визначених особистих конфіденційних відносинах між сторонами, що визначають будь-яку угоду як фідучіарну³⁾. З іншого

¹ Серая А. Поняття і правова природа довіреності. *Підприємництво, господарство і право*. 2016. № 12. С. 56.

² Постанова Великої Палати Верховного Суду від 22.10.2019 у справі № 923/876/16. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/85614604> (дата звернення: 17.02.2024).

³ Бутрин-Бока Н. С. Довіреність як вид фідучіарного правочину. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2019. № 6. С. 98.

боку, закономірним є те, що, оскільки довірителями за договором доручення можуть бути кілька осіб, так само їх множинність можлива при видачі довіреності — вчиненні відповідного одностороннього правочину. Попри буквальне тлумачення положення ч. 3 ст. 244 ЦК України (довіреністю є письмовий документ, що видається *однією особою* іншій особі для представництва перед третіми особами). На користь такого висновку свідчать загальні положення про правочини.

Так, відповідно до ч. 3 ст. 202 ЦК України одностороннім правочином є дія однієї сторони, *яка може бути представлена однією або кількома особами*¹. Крім того, вказане буквальне тлумачення справедливо критикується з позицій юридичної техніки українськими науковцями та практикуючими нотаріусами як у зв'язку з тим, що словосполучення «одна особа» використане у ч. 3 ст. 244 ЦК України в значенні «окрема особа серед названих» для того, щоб вирізнити одну особу (довірителя) від іншої (повіреного), але не у значенні кількості осіб (інакше кажучи, довіреність є одностороннім, а не одноосібним правочином)², так і через загальну звичність нормопроектувальної техніки, що стосується формулювання позначення учасника тих чи інших відносин або інших юридичних явищ в одиниці³.

Отже, для уникнення неправильного застосування в судовій та/або нотаріальній практиках відповідна вказівка

¹ У правозастосовній практиці до цієї норми українські суди звертаються цілком послідовно. Див., наприклад: постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 12.07.2023 у справі № 924/641/20. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/112343959> (дата звернення: 17.02.2024); Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду від 14.06.2023 № 466/5298/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/111713439> (дата звернення: 17.02.2024).

² Голобородько В. Посвідчення довіреності від кількох осіб. *Юридичний Радник*. 2010. № 3 (51). URL: <https://shorturl.at/pTWX5> (дата звернення: 17.02.2024).

³ Первомайський О. О. Науково-правовий висновок щодо можливості нотаріального посвідчення довіреності, що видається двома та більше особами, та вчинення інших нотаріальних дій стосовно такої довіреності. Коментовані зразки документів (за чинним законодавством) / за заг. ред. В. М. Марченка, О. Д. Чуєвої. Харків, 2012. Т. 4. С. 100.

на «одну особу» у ч. 3 ст. 244 ЦК України має бути змінена на «одну сторону», що уже закладено, зокрема, у ч. 1 ст. 237 ЦК України, згідно з якою представництвом є правовідношення, в якому одна сторона (представник) зобов'язана або має право вчинити правочин від імені другої сторони, яку вона представляє. Додатково п. 1.2 глави 4 розділу II Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України¹ фактично визначає можливість множинності осіб на стороні довірителя та повіреного, вказуючи, що нотаріуси посвідчують довіреності, складені від імені однієї або кількох осіб, на ім'я однієї особи або кількох осіб за усним зверненням довірителя. Далі п. 2.2 цієї самої глави передбачає, що довіреність від імені кількох осіб може бути посвідчена на вчинення юридичних дій для досягнення спільної мети.

Крім того, необхідно зазначити, що до внесення змін до ст. 58 Закону України «Про нотаріат»² Законом України «Про внесення змін до Закону України «Про нотаріат» щодо усунення законодавчих колізій та прогалин» від 14.07.2020³, ч. 1 цієї статті Закону України «Про нотаріат» закріплювалося, що нотаріуси або посадові особи, які вчиняють нотаріальні дії, посвідчують доручення, складені від імені однієї або кількох осіб, на ім'я однієї особи або кількох осіб. Можна припустити, що така зміна була спрямована не на недопущення практики посвідчення довіреностей, виданих кількома особами (чого, до речі, у нотаріальній практиці з того часу не відбулося), а виключно на техніко-юридичне узгодження текстів ст. 58 Закону України «Про нотаріат» та ч. 3 ст. 244

¹ Про затвердження Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України : наказ Міністерства юстиції від 22.02.2012 № 296/5. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0282-12#Text> (дата звернення: 17.02.2024).

² Про нотаріат : Закон України від 02.09.1993 № 3425-XII. *Верховна Рада України. Законодавство України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3425-12#Text> (дата звернення: 17.02.2024).

³ Про внесення змін до Закону України «Про нотаріат» щодо усунення законодавчих колізій та прогалин від 14.07.2020 р. № 775-IX. *Верховна Рада України. Законодавство України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/775-20#n168> (дата звернення: 17.02.2024).

ЦК України в частині використанні єдиної відсилки до однієї особи як до однієї сторони.

Розглядаючи питання здійснення одностороннього правочину кількома особами, Верховний Суд у складі колегії суддів Другої судової палати Касаційного цивільного суду в постанові від 19 серпня 2020 р. у справі № 201/16327/16-ц прямо вказує на те, що хоча при вчиненні одностороннього правочину воля виражається (виходить) від однієї сторони, така сторона *«може бути представлена декількома особами, прикладом чого може виступати видання довіреності двома та більше особами, спільний заповіт подружжя та ін. Аналіз розуміння як правочину, так і одностороннього правочину свідчить, що односторонні правочини: є вольовими діями суб'єкта; вчиняються суб'єктами для здійснення своїх цивільних прав і виконання обов'язків; спрямовані на настання правових наслідків (набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків)»*¹. Відповідно, якщо в кількох суб'єктів збігаються спрямування їхніх вольових дій, вони мають спільні цивільні права та/або обов'язки, вони можуть вчиняти єдиний односторонній правочин (тут — видавати довіреність) також спільно. Отже, і довіреність, видану кількома особами, потрібно трактувати як спільний (колективний) односторонній правочин, що цілком корелює із потребами та реаліями сучасного цивільного обороту та дозволяє повніше реалізувати цілі й завдання інституту представництва.

Проте на практиці з такого висновку впливає додатковий дискусійний момент, а саме: порядок та підстави скасування довіреності, виданої кількома особами. Аналізуючи цю проблематику на нормативно-теоретичному рівні, О. О. Первомайський, з одного боку, зауважує на тому, що за загальним правилом (засновуючись на тому самому обґрунтованому нами вище

¹ Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Другої судової палати Касаційного цивільного суду від 19.08.2020 р. у справі № 201/16327/16-ц. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/91104471> (дата звернення: 17.02.2024).

підході до тлумачення поняття «особа» як «сторона» у відповідних положеннях ЦК України) скасування довіреності, виданої двома та більше особами, можливе лише спільно тими самими двома та більше особами, якщо іншого не буде передбачено домовленістю цих осіб, змістом та сутністю відносин між ними та відносин з представництва або законом — право відмовитися від одностороннього правочину та скасувати видану довіреність у разі, якщо довіреність видавалася двома та більше суб'єктами, має право не одна особа, а всі особи, які видавали таку довіреність і у своїй сукупності. Такі особи можуть бути визнані як сторона вчинення такого одностороннього правочину, як видача довіреності. А отже, нотаріус має відмовити у скасуванні довіреності за заявою однією особи випадках разі, якщо довіреність була видана двома та більше особами.

З іншого боку, з чим також можна погодитися, із цього загального правила, на думку вченого, можуть бути передбачені винятки, що повинні встановлюватися за домовленістю сторін або впливати зі змісту та сутності відносин між ними і відносин представництва загалом¹. Зокрема, засновуватися на загальних приписах ЦК України стосовно правочинів, принципів та меж здійснення цивільних прав, засад реалізації представницьких повноважень за довіреністю тощо. Так, безпосередньо на користь такої позиції свідчить усталене розуміння та застосування ч. 3 ст. 6 ЦК України, згідно з якою сторони в договорі можуть відступити від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд. Однак сторони в договорі не можуть відступити від положень актів цивільного законодавства в тому разі, якщо в цих актах прямо вказано про це, а також у разі, якщо обов'язковість для сторін положень актів цивільного законодавства впливає

¹ Первомайський О. О. Науково-правовий висновок щодо можливості нотаріального посвідчення довіреності, що видається двома та більше особами, та вчинення інших нотаріальних дій стосовно такої довіреності. Коментовані зразки документів (за чинним законодавством) / за заг. ред. В. М. Марченка, О. Д. Чуєвої. Харків, 2012. Т. 4. С. 104–105.

з їх змісту або із суті відносин між сторонами. При цьому згідно з ч. 4 цієї самої статті положення, зокрема, її частини третьою застосовуються і до односторонніх правочинів.

Безперечно, одним із дієвих способів вирішення цієї неоднозначної та потенційно колізійної ситуації стосовно базового принципу допустимості одноосібного або колективного скасування довіреності, виданої двома та більше особами, є правотворчість — внесення відповідних змін та доповнень до ЦК України, Закону України «Про нотаріат», Порядку вчинення нотаріальних дій. Наприклад, частково на противагу наведеним вище позиціям О. О. Первомайського, у літературі зазначається, що відсутність можливості в особи скасувати свою довіреність є порушенням її прав, тому більш прийнятним є скасування довіреності, складеної від імені кількох осіб на вимогу хоча б одного з довіритель, що необхідно прямо передбачити в Порядку вчинення нотаріальних дій¹, тобто пропонується закріпити примат можливості одноосібного скасування довіреності.

Загальні правила скасування довіреності визначаються ст. 249 ЦК України, згідно з якою встановлюються низка ключових випадків у цьому плані:

- 1) можливість скасування довіреності або передоручення у будь-який час (крім безвідкличної довіреності) як правовий фундамент інституту, оскільки закріплюється, що відмова від цього права є нікчемною;
- 2) покладення на особу (відповідно до встановленого нами вище — осіб), яка видала довіреність, обов'язку негайно повідомити про це представника, а також відомих їй третіх осіб, для представництва перед якими була видана довіреність. На практиці ж, ураховуючи

¹ Серая А. К. Скасування довіреності: практичний аспект. *Матеріали VII міжнародної науково-практичної конференції «Правове регулювання суспільних відносин в умовах демократизації української держави»* (м. Київ, 18–19 травня 2017 р.). Київ : ТОВ НВП «Інтерсервіс», 2017. С. 145–146.

темпоральний характер використовуваного слова «негайно», ч. 3 ст. 249 ЦК України передбачається, що права та обов'язки щодо третіх осіб, що виникли внаслідок вчинення правочину представником до того, як він довідався або міг довідатися про скасування довіреності, зберігають чинність для особи, яка видала довіреність, та її правонаступників. Це правило не застосовується, а отже, має виняток, лише якщо третя особа знала або могла знати, що дія довіреності припинилася.

Стосовно нотаріально посвідчених довіреностей Порядком вчинення нотаріальних дій нотаріусами України у п. 6.2–6.4 глави 4 розділу II передбачає подання до нотаріуса або завідувача державного нотаріального архіву заяви про скасування довіреності або передоручення, про що робиться позначка на примірнику довіреності, що зберігається у справах нотаріуса, у державному нотаріальному архіві, і позначку в реєстрі для реєстрації нотаріальних дій. Такий самий напис може здійснюватися нотаріусом на примірнику довіреності, якщо він подається особою. Крім того, повідомлення особи, яка видала довіреність, представника, а також відомих їй третіх осіб, для представництва перед якими була видана довіреність, про скасування довіреності може бути оформлене нотаріусом згідно з цим Порядком шляхом передавання відповідної заяви¹;

- 3) окремо стосовно безвідкличної довіреності ч. 4 аналізованої статті закріплює, що законом може бути встановлено право особи видавати безвідкличні довіреності на певний час. Безвідклична довіреність із корпоративних прав видається відповідно до закону, що регулює діяльність відповідних господарських товариств.

¹ Про затвердження Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України : наказ Міністерства юстиції від 22.02.2012 № 296/5. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0282-12#Text> (дата звернення: 17.02.2024).

Важливим в контексті другого з випадків є висновок Великої Палати Верховного Суду, сформульований у постанові 25 квітня 2018 р. у справі № 922/371/16, де наголошується, що *«юридичне значення такого повідомлення полягає в тому, що довіреність, яка скасована, зберігає чинність щодо представника, особи, яку представляють, прав та обов'язків третьої особи, з якою представник уклав правочин, до тих пір, доки вони не довідаються або не матимуть змоги довідатися про скасування довіреностей»*¹. За висновками судді Верховного Суду В. Крата, це означає, що момент скасування довіреності та момент втрати нею чинності для представника та третіх осіб не збігаються: скасована довіреність втрачає чинність для представника та третіх осіб з моменту настання першої із подій; або коли представник довідався або міг довідатися про скасування довіреності; або коли третя особа дізналась або могла дізнатися, що дія довіреності припинилася. До настання такої події скасована довіреність є чинною для представника та третіх осіб, перед якими представник представляє інтереси довірителя. Відповідно, усі вчинені представником у цей час правочини є чинними і для довірителя².

У цій самій постанові суд, звернувшись до правових позицій судів в інших справах (ухвали Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 13 березня 2013 р. у справі № 6-46221св12³ та постанови Вищого господарського суду України від 23 березня 2011 р.

¹ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 25.04.2018 у справі № 922/371/16. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/73896792> (дата звернення: 17.02.2024).

² Крат В. Довіреність: матеріальні та процесуальні аспекти. *Судова влада України*. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads/supreme/2023_prezent/2023_06_30_Prezent_dovirenist.pdf (дата звернення: 17.02.2024).

³ Ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 13.03.2013 у справі № 6-46221св12. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/30611201> (дата звернення: 17.02.2024).

у справі № 2-21/2009(2-53/08(2-201/07)¹, наголосив на тому, що направлення нотаріусом заяви позивача про скасування довіреності за відсутності в справі даних про отримання ними цієї заяви (у першій із справ позивач також підтвердив, що самостійно не повідомляв повірених осіб про скасування довіреності), не є підставою вважати, що відповідачі знали чи могли знати про її скасування, як і не є лист приватного нотаріуса належним доказом повідомлення представника про скасування довіреності, оскільки немає доказів отримання цього листа та ознайомлення з ним особою. Зворотна правова ситуація розглядалася Верховним Судом у складі колегії суддів Третьої судової палати Касаційного цивільного суду у справі № 573/476/19 (постанова від 4 листопада 2020 р.²), в якій суд встановив, що позивачем були виконані вимоги ст. 249 ЦК України, а відповідачам було відомо про скасування довіреності, у зв'язку з чим довіреність втратила чинність як для представника довірителя, так і для третьої сторони.

Отже, закон не звертається до форми повідомлення про скасування довіреності — у ЦК України взагалі відсутня вказівка на спосіб, у який довіритель має про це повідомити, лише Порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України імплементує в процедурну площину заяву про скасування з можливістю її направлення представникові та третім особам. Натомість закріплює обов'язок зробити таке повідомлення, що за межами тлумачення кризь призму юридичних фікцій цілком кореспондує правовій природі довіреності як одностороннього правочину. Дійсно, довіреність спрямована «назовні» по відношенню до волі особи, яка її видала, проте це так само

¹ Постанова Вищого господарського суду України від 23.03.2011 у справі № 2-21/2009(2-53/08(2-201/07). *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/14635797> (дата звернення: 17.02.2024).

² Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Третьої судової палати Касаційного цивільного суду від 04.11.2020 у справі № 573/476/19. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/92870092> (дата звернення: 17.02.2024).

стосується й скасування довіреності — юридичного факту, якому характерна публічність вираження волі про скасування.

У випадку з нотаріально посвідченими довіреностями у зв'язку із більшою суспільною значущістю потенційних правочинів, на уповноваження здійснення яких повіреним від імені довірителя вона видана, передбачається можливість звернення до послуг нотаріуса. Звісно, останній не є стороною договірних представницьких відносин, тому в Україні сформувався судовий підхід щодо того, що у справі за позовом особи, яка видала довіреність, про визнання недійсною цієї довіреності, належним відповідачем є повірений (особа, якій видано довіреність), а не нотаріус чи нотаріальна контора (постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Другої судової палати Касаційного цивільного суду від 24 лютого 2021 р. у справі № 200/15072/16-ц)¹.

До окремих видів довіреності традиційно відносять безвідкличну довіреність, право видачі якої на певний час згідно з ч. 4 ст. 249 ЦК України може бути встановлено законом. Ця виключність нормативної вказівки знайшла відображення у судовій практиці: у постанові Верховного Суду у складі колегії суддів Третьої судової палати Касаційного цивільного суду від 24 березня 2021 р. у справі № 323/1864/17 суд зазначає, що наведену норму ЦК України *«слід тлумачити таким чином, що безвідклична довіреність може бути видана виключно у випадках, прямо передбачених законом»*. На підставі цього суд погодився *«з висновком судів про те, що станом на 07 листопада 2008 року єдиним законом, який прямо передбачав можливість видачі безвідкличної довіреності, був Закон України «Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю», у зв'язку з чим умова спірної довіреності*

¹ Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Другої судової палати Касаційного цивільного суду від 24.02.2021 у справі № 200/15072/16-ц. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/95469717> (дата звернення: 17.02.2024).

про її безвідкличність не відповідає вимогам ЦК України»¹. Разом з тим включення умови про безвідкличність до довіреності, яка не відповідає нормативній вимозі, тобто право на її видачу прямо не встановлено законом, призводить лише до нікчемності такої умови, а не довіреності в цілому: «наявність у довіреності нікчемних положень щодо її безвідкличності не могло бути підставою для відмови у реалізації ОСОБА_1 наданого йому законом права в будь-який час скасувати довіреність» (постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду від 17 червня 2020 р. у справі № 559/1193/17²).

На сьогодні можливість видачі безвідкличної довіреності закріплюється в Законі України «Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю»³ (згідно з абз. 3 ч. 3 ст. 10 якого забудовник на час дії договору має право надавати безвідкличну довіреність управителю на право делегування третім особам функцій забудовника в разі порушення ним умов договору з управителем) та в Законі України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю»⁴. Частина 1 та частина 2 ст. 8 останнього встановлюють, що в разі якщо довіреність видається з метою виконання або забезпечення виконання зобов'язань учасників як сторін корпоративного договору, предметом яких є права на частку в статутному капіталі або повноваження учасників,

¹ Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Третьої судової палати Касаційного цивільного суду від 24.03.2021 у справі № 323/1864/17. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/96006086> (дата звернення: 17.02.2024).

² Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду від 17.06.2020 у справі № 559/1193/17. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/90021514> (дата звернення: 17.02.2024).

³ Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю : Закон України від 19.06.2003 № 978-IV. *Верховна Рада України. Законодавство України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/978-15#Text> (дата звернення: 17.02.2024).

⁴ Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю : Закон України від 06.02.2018 № 2275-VIII. *Верховна Рада України. Законодавство України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2275-19#Text> (дата звернення: 17.02.2024).

або у зв'язку з передачею частки в статутному капіталі в заставу на підставі договору застави частки в статутному капіталі товариства з метою забезпечення виконання зобов'язань заставодавця на користь заставодержателя, довіритель може зазначити у довіреності, що до завершення її строку вона не може бути скасована без згоди представника або може бути скасована лише у випадках, передбачених у довіреності (безвідклична довіреність). Безвідклична довіреність припиняється в разі припинення зобов'язання, для виконання або забезпечення виконання якого вона видана.

У юридичній літературі визначається, що наявність безвідкличної довіреності дозволяє забезпечити реальне виконання умов та положень корпоративного договору без перешкод особи, проти якої спрямоване таке виконання, проте й наголошується на бажаності закріплення змісту безвідкличної довіреності в одному із додатків до корпоративного договору з метою запобігання будь-яким сумнівам щодо обсягу та змісту повноважень, які будуть надані повіреному; а також необхідності, яка може виникнути, стосовно закріплення вказівки про те, що повноваження повіреного можуть бути реалізовані лише за настання певних обставин, а саме: обставин, які вимагають виконання обов'язків з боку довірителя за корпоративним договором. Додатково потенційно важливим може бути положення в корпоративному договорі щодо реального конфлікту інтересів: у разі виникнення будь-якого конфлікту інтересів повіреного та довірителя, перший не буде мати негативних наслідків з огляду на забезпечувальний характер і природу безвідкличної довіреності¹. Зазначене, зокрема, наголошує особливий характер безвідкличної довіреності як одностороннього правочину (за своєю природою), що має додатковий перелік особливих умов та форм реалізації, особливого зв'язку з корпоративними відносинами та положеннями корпоративного договору зокрема.

¹ Шелудько В. Безвідклична довіреність для корпоративного договору. URL: <https://vasko.ua/ru/blog/article/bezvidklichna-dovirenist-dlya-korporativnogo-dogovoru/> (дата звернення: 17.02.2024).

ДУМКИ ПРО РЕФОРМУ ЮРИДИЧНОЇ ОСВІТИ В УКРАЇНІ

Шрамм Ганс-Йоахім

професор, доктор права

Вісмарського університету прикладних наук

I. Вступ

Освіта молодих юристів, безперечно, є однією з тем, яка особливо близька її серцю. Як і всі видатні правники, вона розуміє, що недостатньо сформулювати гарні закони. Ще важливішими є люди, які втілюють ці закони в життя. Добре підготовлені юристи здатні знайти справедливі рішення навіть на основі поганих законів. Однак навіть гарні закони не допоможуть, якщо їх нікому виконувати¹.

На її батьківщині підготовка юристів має особливе значення з огляду на завдання, які стоять перед Україною. Необхідно раз і назавжди подолати не лише спадщину радянської системи, а й наслідки війни, в яку була втягнута країна. Крім того, перед країною стоїть завдання виконати вимоги для вступу до Європейського Союзу. Це вимагає не лише гармонізації українського законодавства з європейськими стандартами, а й прийняття так званого *Acquis Communautaire*, тобто законодавства ЄС. За оцінкою 2013 року, це 170 000 документів². Нарешті, усі суспільства покликані відповісти на виклики, що виникають у зв'язку з діджиталізацією та необхідністю дотримання

¹ Погляд на німецьку історію робить це зрозумілим. Встановлення націонал-соціалістичної диктатури після 1933 року було державним переворотом і не відповідало закону. Юристи не зробили нічого, щоб протидіяти цьому, *Müller Furchtbare Juristen*.

² JUST HOW BIG IS THE ACQUIS COMMUNAUTAIRE??? URL: <https://www.aalep.eu/just-how-big-acquis-communautaire> (дата звернення: 18.02.2024).

принципу сталого розвитку. Це величезні завдання, які стоять перед цілими поколіннями юристів, і не лише в Україні. Як належно підготувати їх до виконання цих завдань, необхідно ретельно продумати.

Нижче наведені деякі міркування щодо питання правничої підготовки. Одразу потрібно зазначити, що в країнах Європейського Союзу не існує стандартизованого регулювання правничої освіти. Скоріше, різні системи правничої освіти розвивалися на тлі різних національних традицій. З історичного погляду *Раньєрі* розрізняє три системи: німецьку, романську та англосаксонську¹.

На європейському континенті з часів Середньовіччя переважав більш науковий підхід, заснований на Болонській школі права та на тлі фрагментації мов і права. Основою тут було вивчення *Corpus Juris civilis*, яке практикувалося в університетах. На противагу цьому в англосаксонських країнах, що також пов'язано з особливостями загального права, переважало більш технічне та практичне розуміння роботи юристів². Тут підготовка юристів була зарезервована для професійних організацій, особливо адвокатів. Університети не пропонували юридичну підготовку до кінця XIX ст.³. На основі римської правової традиції університетської освіти в Німецькій імперії того часу з'явилися дві особливі риси. З одного боку, форми навчання, орієнтовані на обговорення практичних питань, і спеціальні методи, розроблені там ще у XVIII ст.⁴. У XIX ст. держава також перебрала на себе нагляд за підготовкою

¹ Ranieri, *Juristen für Europa*, S. 27 f. URL: <https://www.jstor.org/stable/20824088> (дата звернення: 18.02.2024).

² Тернавська В. М. Сучасні тенденції реформування вищої юридичної освіти в Україні (конституційно-правовий аспект). *Нове українське право*. 2022. Вип. 2. С. 142–148. DOI: <https://doi.org/10.51989/NUL.2022.2.20>

³ Ranieri, *Juristen für Europa*, S. 27 f. URL: <https://www.jstor.org/stable/20824088> (дата звернення: 18.02.2024).

⁴ Ibid.

юристів. Відповідні закони про відповідні професії оголосили державний іспит необхідною умовою для отримання такої професії. Державний іспит означає, що іспит в кінці курсу проводиться державою, а точніше, судовою владою. Отже, хоча навчання спочатку відбувається в університетах, вирішальний іспит проводять не університетські викладачі, а державна комісія, яка переважно складається з практиків, насамперед суддів. З одного боку, така форма іспиту забезпечує певну об'єктивізацію іспиту. З іншого боку, юристи-практики регулярно перевіряють навички студентів на основі справ, які їм доводилося вирішувати самим. Це зумовлює велику прикладну орієнтацію іспиту, що, своєю чергою, впливає на зміст навчання в університетах, які повинні адаптуватися до цього¹.

У країнах, які дотримуються моделі університетської юридичної освіти, існує другий, практичний етап навчання. За це відповідають переважно відповідні професійні групи (судді, адвокати, прокурори), які складають вступні іспити. У Німеччині, з іншого боку, ця друга частина навчання також відбувається під наглядом держави. Ця частина навчальної програми передбачає стажування в суді, прокуратурі, а також в адміністрації та в адвокатів. Метою навчання в Німеччині є підготовка «стандартизованого юриста». Ця частина також завершується стандартизованим державним іспитом для всіх.

На тлі Болонського процесу в Європі відбулася певна стандартизація, зокрема, щодо тривалості навчання внаслідок переходу до системи бакалаврату та магістратури. У Німеччині, однак, юридична підготовка не була гармонізована. Як правило, навчання в університеті й досі триває чотири з половиною роки, після чого — дворічне юридичне стажування². Проблема взаємного визнання професійних кваліфікацій, виникла,

¹ На практиці, однак, існує розбіжність між академічними стандартами університетів та змістом іспиту. Це викликало появу в Німеччині приватних провайдерів юридичної освіти, які спеціально готують студентів до цього державного іспиту („Repetitorien“).

² У Німеччині основні положення щодо правничих студій можна знайти в Законі про суддів Німеччини.

регулюється директивами ЄС¹. Основна ідея полягає в тому, що іноземний юрист має продемонструвати достатнє знання іноземної правової системи через достатню практику або спеціальний тест на придатність².

Питання про те, чи існувала специфічна радянська форма правничої підготовки на додаток до описаних вище систем правничої підготовки, тут потрібно лише поставити, а не дати остаточну відповідь. Однак необхідно висловити припущення, що панівне в радянські часи розуміння функцій права не могло не вплинути на підготовку кадрів. Звинувачення, які час від часу лунають сьогодні на адресу навчання, полягають у тому, що воно є «перевантаженим теорією» та «далеким від практики». Причиною цього може бути те, що, згідно з марксистською ідеологією, право мало насамперед політичну функцію. Завданням права було забезпечення інтересів, воно було інструментом влади. Можливо, що цей старий спосіб мислення ще не повністю подоланий.

Це пов'язано з тим, що функція права в демократичній правовій державі є іншою. Звичайно, тут право також виконує функцію забезпечення інтересів не класу, а суспільства в цілому проти індивіда. Проте, з одного боку, людина також повинна мати можливість захистити себе від державної влади правовими засобами. З іншого боку, принцип ринкової економіки нерозривно пов'язаний з приватною автономією. Це означає, що сфера застосування приватного права є в рази більшою. Держава не несе відповідальності за регулювання всього, але приватне право надає приватним особам правові інструменти для самостійного регулювання власних справ. На рівні

¹ Директива 2005/36 про визнання професійних кваліфікацій від 7 вересня 2005 р., Директива 98/5 про полегшення здійснення адвокатської діяльності на постійній основі в іншій державі-члені, ніж та, в якій була отримана кваліфікація, від 16 лютого 1998 р.

² У Німеччині це регулюється Законом про діяльність європейських адвокатів у Німеччині від 9 березня 2000 р. Що стосується допуску до роботи на посаді судді, то стаття 112а Закону про суддів Німеччини передбачає, що кандидат з іншої країни ЄС може бути допущений до підготовчої служби на основі складання тесту на професійну придатність.

приватного права, однак, відбувається зіткнення інтересів, які, в принципі, є рівними. Конфлікти тут не можуть бути вирішені за допомогою принципової переваги одного інтересу над іншим. Вирішення таких конфліктів вимагає диференційованого підходу до норм.

II. Початкова ситуація в Україні

Юридична освіта в Україні регулюється, з одного боку, Законом «Про вищу освіту»¹, з іншого — через різні закони, які регулюють доступ до окремих професій:

- Закон «Про судоустрій і статус суддів»²;
- Закон «Про адвокатуру» (AnwaltsG)³;
- Закон «Про нотаріат» (NotariatsG)⁴;
- Закон «Про прокуратуру»⁵.

Основою юридичної підготовки є п'ятирічна програма навчання в університеті, яка ґрунтується на Болонській системі⁶. Зміст цього тренінгу визначено інструкцією Міністерства освіти⁷. Цей документ встановлює основні вимоги щодо загальних і спеціальних навичок, якими повинні володіти випускники освітньої програми, а також мінімальні вимоги до змісту навчання. Щодо окремих галузей права зазначено, що студенти повинні мати знання стандартів міжнародного захисту прав людини (РН 2), права Європейського Союзу (РН 4),

¹ Закон України «Про вищу освіту» від 1.07.2014 р. № 1556-VII. Відомості Верховної Ради України. 2014. № 37—38. Ст. 2004.

² В англійському перекладі: URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdfile=CDL-REF\(2021\)080-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdfile=CDL-REF(2021)080-e) (дата звернення: 18.02.2024).

³ В англійському перекладі: URL: <https://regionallawyersnetwork.coe.int/en/library/legislation-and-internal-regulations-on-organization-of-the-legal-profession-per-country> (дата звернення: 18.02.2024).

⁴ <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3425-12#Text> (дата звернення: 18.02.2024).

⁵ В англійському перекладі: URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdfile=CDL-REF\(2014\)047-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdfile=CDL-REF(2014)047-e) (дата звернення: 18.02.2024).

⁶ <https://eca.state.gov/files/bureau/ukraine.pdf>. (дата звернення: 18.02.2024).

⁷ <https://mon.gov.ua/storage/app/media/vishcha-osvita/zatverdzeni%20standarty/2022/07/21/081-pravo-bakalavr-zi-zminamy-644-20.03.2023.pdf> (дата звернення: 18.02.2024).

інститутів міжнародного публічного права та міжнародного приватного права (РН 8), особливостей застосування норм матеріального та процесуального права (РН 13). Вони також повинні вміти пояснювати сутність та зміст фундаментальних правових явищ і процесів (РН 19). Крім того, документ містить різні вимоги до іспитів. Серед іншого, вони повинні відповідати критеріям неупередженості, об'єктивності та зрозумілості. Відповідальність за проведення іспитів покладається на університети.

Передумовою для того, щоб стати суддею, є завершення юридичної освіти та п'ятирічний стаж юридичної практики (ст. 69 Закону «Про судоустрій»). Це дає право подати заяву на участь у кваліфікаційному іспиті, який організує Вища кваліфікаційна комісія суддів. Передумовою відбору для участі у кваліфікаційному оцінюванні є успішне складання вступного іспиту (ст. 73 Закону «Про судоустрій»). Після цього, своєю чергою, передбачається спеціалізована підготовка в Національній школі магістратури (ст. 77 Закону «Про судоустрій»). Навчання завершується кваліфікаційним іспитом (ст. 78 Закону «Про судоустрій»).

Порядок допуску до адвокатської діяльності визначений у Законі «Про адвокатуру» від 2013 року¹ і є структурно порівнянню. Обов'язковими умовами є повна юридична освіта, два роки практичного досвіду, складання вступного іспиту до адвокатури, організованого адвокатурою («адвокатський іспит») відповідно до ст. 9, та успішне проходження стажування (ст. 10).

Відповідно до ст. 3 Закону «Про нотаріат» необхідною умовою для призначення на посаду нотаріуса є юридична освіта за освітньо-кваліфікаційним рівнем не нижче магістра, стаж практичної роботи не менше шести років, з яких три роки на посаді працівника нотаріальної контори.

¹ В англійському перекладі: URL: <https://regionallawyersnetwork.coe.int/en/library/legislation-and-internal-regulations-on-organization-of-the-legal-profession-per-country> (дата звернення: 18.02.2024).

Генеральна ліцензія на здійснення адвокатської діяльності підлягає реєстрації у Вищій судовій раді¹. Наскільки можна судити, ця реєстрація відбувається за заявою на підставі документа про вищу юридичну освіту, тобто без додаткового іспиту.

III. Зусилля з реформування

Ситуація з юридичною освітою в Україні вже давно піддається критиці. Основна критика полягає в тому, що кількість навчальних центрів є занадто великою². Якість навчання також піддається критиці. Методи навчання є застарілими, занадто великий акцент робиться на теоретичних знаннях, а практичне застосування нехтується. Цьому сприяє метод навчання, який наголошує на односторонній лекції викладача, яку студенти повинні засвоїти і зміст якої є предметом іспиту. Критична дискусія, обмін та розгляд аргументів не практикуються, як і підготовка текстів, необхідних на практиці: Експертні висновки, викладення обставин справи, судові рішення³. Інші критичні зауваження стосуються змісту випускних іспитів, які обмежуються переважно теоретичними дискусіями, а також їх об'єктивності⁴.

Спроби реформувати програму підготовки юристів є настільки ж давніми, як і критика на її адресу. Початкова програма реформування правничої освіти була затверджена Кабінетом Міністрів у квітні 2001 року. У 2017 році до Верховної Ради було подано законопроект про юридичну (правничу) освіту та загальний доступ до правничої професії,

¹ <https://ukrlawcouncil.org/en/eng-registers/occupation-of-a-lawyer/> (дата звернення: 18.02.2024).

² Bilak Maria. Problems of legal education reform in Ukraine. *Studia Iuridica*. Wydawnictwa Uniwersytetu Warszawskiego, 2020. No. 82. P. 70–77.

³ Hryshenko (2020). What's wrong with legal education in Ukraine? URL: <http://en.dejure.foundation/library/whats-wrong-with-legal-education-in-ukraine> (дата звернення: 18.02.2024).

⁴ Bilak Maria. Problems of legal education reform in Ukraine. *Studia Iuridica*. Wydawnictwa Uniwersytetu Warszawskiego, 2020. No. 82. P. 70–77.

але у 2019 році його було відхилено¹. На цьому тлі в листопаді 2020 року була опублікована нова концепція реформи юридичної освіти². Цей документ підтверджує недоліки, описані вище. У цьому документі сформульовані різні стратегічні цілі:

1. Система та структура підготовки правників оптимізована та відповідає сучасним міжнародним та європейським стандартам.

2. Система конкурсного вступу до правничих шкіл забезпечує відбір вмотивованих та підготовлених осіб, які спроможні здобувати вищу юридичну освіту.

3. Освітні програми правничих шкіл забезпечують високу якість підготовки правника.

4. Держава контролює якість результатів навчання в правничих школах через ефективність системи зовнішнього забезпечення якості вищої юридичної освіти.

5. Правничі школи забезпечують набуття здобувачами вищої юридичної освіти високого рівня прикладних практичних навичок на вмінь.

6. Правничі школи готують правників з високими етичними цінностями та розумінням професійної відповідальності за впровадження верховенства права.

7. Вища юридична освіта надається високопрофесійними та вмотивованими викладачами.

8. Побудована система післядипломної освіти правників та освіти впродовж життя.

9. Мережа правничих шкіл відповідає міжнародним стандартам та потребам суспільства.

10. Правничі школи є потужними центрами наукового, освітнього та інноваційного розвитку.

¹ Проект Закону про юридичну (правничу) освіту і загальний доступ до правничої професії ; Янчук Н. Д. Реформування юридичної освіти в Україні: осмислення та перспективи. *Південноукраїнський правничий часопис*. 2022. № 1–2. С. 311–316. DOI: <https://doi.org/10.32850/sulj.2022.1-2.54>.

² Проект Концепції розвитку юридичної освіти. URL: https://kno.rada.gov.ua/news/main_news/75465.html (дата звернення: 18.02.2024).

Цю концепцію підтримують у деяких аспектах, але також критикують в інших¹. Насамперед вітається вимога підвищити якість освітньої програми. Основні пункти критики, висунуті авторами, включають передбачуване відокремлення національного права від міжнародного права на рівні магістерської програми і, перш за все, відмову від стандартизованого державного іспиту.

III. Коментарі з позиції німецького права

Вихідною точкою є усвідомлення того, що, зважаючи на різні системи, ідеального варіанту не існує. Німецьку правничу освіту також критикують, і докладаються численні зусилля для запровадження великих і малих реформ. Основна суть критики полягає в тому, що метою навчання в Німеччині є підготовка студентів до роботи в судовій системі. Це означає, що випускники мають бути насамперед здатні працювати судьями після завершення навчання. Однак ця модель не відповідає дійсності, оскільки більшість випускників юридичних факультетів у Німеччині також стають адвокатами. При цьому, однак, необхідно зауважити, що ядро юридичної підготовки залишилося незмінним. Це свідчить про те, що перевагою є те, що юрист і юрист в адміністрації також навчився «мислити як суддя». Тоді вони зможуть краще оцінити, як суддя вирішить справу, якщо виникне спір. Водночас у Німеччині справедливо критикують те, що специфічні навички, необхідні юристу, такі як аргументація та формування закону, недостатньо практикуються в німецьких навчальних програмах.

Найважливішою подією у сфері юридичної освіти є розроблення програм підготовки юристів на основі Болонської системи поряд з програмами підготовки юристів за державним іспитом у так званих університетах прикладних наук. Дипломи

¹ <http://en.dejure.foundation/library/7-myths-of-the-concept-of-legal-education> (дата звернення: 18.02.2024).

цих університетів не дають доступу до захищених професій — таких, як суддя, адвокат, прокурор або нотаріус. Однак вони дають випускникам доступ до багатьох інших юридичних професій, наприклад, у компаніях, в адміністрації або арбітражних керуючих. Після певних початкових труднощів ці освітні програми вибороли собі місце поряд з університетами.

Виходячи з цих особливостей юридичної освіти в Німеччині, можна зробити кілька порівняльних висновків.

1. Мета навчання.

1.1. Професійна підготовка.

Метою навчання є насамперед надання слухачам можливості практикувати професію судді, адвоката, нотаріуса, прокурора або працювати на вищій державній службі в органах публічної адміністрації. У зв'язку з цим, з одного боку, виникає питання, які види діяльності повинні вимагати двоступеневої навчальної програми, що, можливо, завершується державним іспитом.

З іншого боку, необхідно уточнити, чи є підготовка адвокатів «звичайною професійною підготовкою», чи вона повинна переслідувати більш далекосяжні цілі. Деякі люди скаржаться на недовіру суспільства до адвокатів і вимагають, щоб адвокати вміли розрізняти «добро і зло»¹. Ця вимога є відображенням пропозиції включити спеціальні заходи з професійної етики до навчальної програми. Ці пропозиції мають не суперечити один одному. Однак здається розумним запитати, чи не є це більш глибоким питанням, яке лежить в основі всієї програми правничої підготовки. Судова влада — одна з гілок державної влади, її завданням є гарантування правопорядку. Сприяти цьому — завдання всіх правників. Відповідно до своєї місії адвокати є незалежними і підкоряються лише закону. Юристи визнають важливість закону, тому що навчилися працювати науково

¹ Hryshenko (2020). What's wrong with legal education in Ukraine? URL: <http://en.dejure.foundation/library/whats-wrong-with-legal-education-in-ukraine> (дата звернення: 18.02.2024).

і формувати власну думку. А питання про те, що таке «добре і що таке погано» з юридичного погляду впливає з Конституції, зокрема, з основних прав людини. У розділі 1 Закону про адвокатуру в Німеччині зазначено, що *«адвокат є незалежним органом здійснення правосуддя»*.

Це означає, що метою освіти в цілому має бути навчання студентів мислити незалежно і критично, усвідомлюючи ціннісні судження, закріплені в Конституції. Незалежному мисленню можна сприяти, наприклад, шляхом обговорення протилежних думок у певних форматах викладання і не вважати думку студента «неправильною» лише тому, що вона не збігається з думкою професора. Скоріше, мірилом оцінки має бути те, чи може студент захистити свою позицію на основі закону з переконливими аргументами. А знання фундаментальних цінностей, закріплених у Конституції, може сприяти аналіз рішень як Європейського суду з прав людини, так і національних конституційних судів.

1.2. Навички.

Звідси впливає таке питання: «Якими критеріями можна виміряти успішність тренінгу?». Безперечно, це певний обсяг знань, який має бути отриманий під час навчання. Водночас необхідно зазначити, що важливість активних знань зменшується в епоху Інтернету. Однак більш важливим є вміння знаходити відповідні знання та перевіряти правильність знайденої відповіді.

Крім знань, важливим також є вміння їх застосовувати. Це має бути в центрі юридичної освіти. Конкретно щодо юридичної роботи це означає здатність дослідити, чи можна застосувати певний стандарт до конкретної ситуації в реальному житті. Для відповіді на це питання в Україні також використовується метод, який розрізняє гіпотезу, диспозицію та санкцію. Згідно із фон Савіньї, існують такі методи тлумачення: метод, заснований на формулюванні норми; метод, заснований на історії та намірах законодавця; метод, який

розглядає систематичний контекст, і, нарешті, метод, заснований на значенні та меті норми. Ці юридичні методи не є специфічно німецькими; їх також можна знайти в англійських підручниках і в рішеннях Європейського суду. Однак особливістю німецької освіти є те, що оволодіння цими методами лежить в основі юридичної підготовки. Визначення мети норми має центральне значення. Тлумачення, засноване на меті норми, має вирішальне значення у випадку різних можливих інтерпретацій.

У контексті навчання це означає, що на іспиті не так важливо, чи вирішив студент конкретну справу так, як вважає правильним суд або професор. Вирішальним фактором є те, що студент навчився правильно застосовувати методи і, отже, може переконливо обґрунтувати своє рішення.

Пояснюючи це, необхідно зазначити, що в Німеччині особлива увага приділяється методологічним питанням на тлі власної історії. У зв'язку з цим виникає питання, як стало можливим, що різні форми правління на німецькій землі (імперія, Веймарська республіка, націонал-соціалізм, демократична республіка, федеративна республіка) змінювали одна одну, не викликаючи щоразу докорінної трансформації правових систем. Однією з причин цього є те, що юристам у кожний період вдавалося тлумачити право у спосіб, який відповідав панівному світогляду. На цьому тлі в Німеччині особлива увага приділяється методологічним питанням. По суті, це аспект принципу верховенства права. Йдеться про відданість судді конституції та закону. З цього конституційного принципу випливає, що суддя не є вільним у тлумаченні та застосуванні закону, а підпорядковується певним правилам.

2. Державний нагляд за юридичною освітою.

2.1. Перший етап навчання.

Наскільки можна судити, в Україні прийнято рішення на користь Болонської системи. Це не повинно ставитися під сумнів. Більш важливою видається більш конкретна

специфікація змісту. Наприклад, Закон про суддів Німеччини точно визначає, які саме предмети повинні викладатися (обов'язкові предмети):¹ *«Обов'язковими предметами є основні галузі цивільного, кримінального, публічного та процесуального права, включаючи посилання на європейське право, юридичні методи та філософські, історичні та соціальні засади»*.

Цей каталог ще більше диференціюється на рівні федеральних земель, які відповідають за судову владу в Німеччині, а отже, і за юридичну освіту. Тут названі конкретні кодекси права, закони та їх окремі розділи, які можуть бути предметом іспиту і, отже, повинні розглядатися на заняттях². Університети мають свободу лише у сфері вибіркових дисциплін.

Також сумнівно, чи потрібно розмежовувати визначення правової ситуації та встановлення фактів у справі. У Німеччині на першому етапі навчання на основі встановлених фактів обговорюються лише правові питання. Питання, пов'язані з визначенням фактів, збиранням доказів і прийняттям рішень у випадках невизначеності, зарезервовані для другого етапу навчання.

2.2. Другий етап навчання.

Якщо в Україні, наскільки можна судити, за зміст навчання на практичній фазі значною мірою відповідають самоврядні організації окремих професійних груп, то в Німеччині законодавець на державному рівні також встановив вимоги до змісту та перебігу навчання на цій фазі³. На цьому етапі метою навчання є ознайомлення студентів з практичною роботою, тому процесуальне право також має викладатися на цьому етапі. З-поміж іншого адвокати-стажери навчаються спеціальним методам фільтрації фактів, які не викликають

¹ § 5 а Abs. 2 Закон про суддів Німеччини.

² Z.B. § 11 Закон про підготовку юристів у Північному Рейні-Вестфалії.

³ Z.B. §§ 30 bis 63 Закон про підготовку юристів у Північному Рейні-Вестфалії.

сумнівів між сторонами, та фактів, які є спірними, а отже, потребують доказування. Предметом навчання в прокуратурі є, зокрема, допит та оцінка показань як частина обґрунтування судового рішення.

У Німеччині цей етап навчання також завершується державним іспитом у формі письмового та усного іспиту, який є ідентичним для всіх професійних груп. Теоретично така концепція «стандартизованого адвоката» може бути виправдана тим, що вона полегшує переключення між професіями. Однак реальності на практиці перехід з однієї професії на іншу практично не відбувається.

3. Зміст навчання.

Як пояснювалося вище, зміст іспиту чітко визначається визначенням обов'язкових предметів. З огляду на постійне зростання обсягу матеріалу додатково розрізняють предмети, що вимагають поглиблених знань, і предмети, що вимагають лише базових знань. До перших належать загальна частина Цивільного кодексу, зобов'язальне право, договірне право та право власності, а також конституційне право, основні права та загальне адміністративне право і, нарешті, європейське право. Ці предмети вважаються фундаментальними для правової системи, і екзаменаційні справи регулярно надходять саме з цих галузей.

Крім цих предметів, існують інші предмети, з яких потрібні лише базові знання, наприклад, сімейне та спадкове право або право компаній. Можливість поглибленого вивчення та спеціалізації забезпечують предмети за вибором, які пропонуються самими університетами. Серед них — соціальне та трудове право, комерційне право, регуляторне та екологічне право, кримінологія і т.ін., і це лише кілька прикладів.

На нашу думку, заслуговує на особливу увагу той факт, що Україна взяла на себе зобов'язання гармонізувати своє законодавство із законодавством ЄС. Це означає, що предмет юридичної освіти в Україні найближчими роками буде постійно

змінюватися, і необхідно відповісти на питання, як це вплине на юридичну освіту.

На нашу думку, зазначене висуває особливі вимоги до викладачів, які повинні мати на увазі не лише чинне українське законодавство, а й положення європейського права, що були прийняті у відповідній сфері. Крім того, особливу увагу необхідно приділяти порівняльному праву в Україні. Це означає, що або в окремих лекціях, або, що ще краще, у спеціальних курсах з українського права потрібно надавати порівняльну інформацію про те, як відповідні правові проблеми регулюються в державах-членах ЄС. На тлі порівняльного історичного розвитку особливого значення тут набуває право інших східноєвропейських держав.

4. Методи навчання.

Стосовно методів навчання, то концепція реформи вже, здається, достатньою мірою виражає необхідність відходу від традиційних методів викладання. Метою тут має бути не лише передача пасивних знань студентам, а й заохочення їх до практичного застосування цих знань у тих чи інших формах. На першому етапі навчання це насамперед експертні висновки, а також аналіз судових рішень і законів. На другому етапі основна увага приділяється документам, які мають значення під час судового процесу: позовна заява, заперечення проти позову та судове рішення. У Німеччині чітко розрізняють два юридичні стилі. Один використовується для обговорення правового питання в контексті експертного висновку (стиль експертного висновку). Він спрямований на всебічне обговорення правового питання з усіх можливих аспектів. На практиці такі експертні висновки використовуються для підготовки судового рішення. З іншого боку, стиль, в якому має бути складено судове рішення, покликаний обґрунтувати рішення суду. Аспекти, які не мають безпосереднього стосунку до аргументації, тут не повинні розглядатися.

Для ознайомлення студентів з цим стилем прийнято надавати їм справи з готовими рішеннями. Такі кейси, як правило, розробляються на основі судових рішень, які в навчальних цілях переформулюються у стиль експертного висновку.

5. Форми іспиту.

Щодо форм іспиту, то вже згадувалося, що в Німеччині існує стандартизований іспит для всіх випускників університетів, який проводиться державою на рівні федеральних земель. Зокрема, за це відповідають судові органи федеральних земель. Вони призначають екзаменаційні комісії, які переважно складаються з практиків (суддів та адвокатів). Ця форма іспиту не позбавлена критики, оскільки успіх програми на здобуття наукового ступеня залежить від успішності в певний момент часу. Однак перевагою такої форми іспиту є його практична релевантність і, завдяки відокремленню викладачів та екзаменаторів, об'єктивність.

ПЕРСПЕКТИВИ ОНОВЛЕННЯ ЦИВІЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ ЩОДО ОБ'ЄКТІВ ПРАВА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

Якубівський Ігор Євгенович

*професор, доктор юридичних наук,
професор кафедри цивільного права та процесу
Львівського національного університету імені Івана Франка,
провідний науковий співробітник
відділу приватноправових досліджень
Інституту правотворчості та науково-правових експертиз
Національної академії наук України*

Процес оновлення (рекодифікації) цивільного законодавства України актуалізує цілий пласт проблем, насамперед методологічного характеру, які стосуються різних інститутів сучасного цивільного права, включаючи, звісно, й право інтелектуальної власності. Закріплені в Книзі 4 ЦК України¹ положення є, по суті, першою в історії національного цивільного права спробою кодифікації права інтелектуальної власності як цілісного цивільно-правового інституту.

Наголошуючи роль ЦК України як основного системного акта законодавства у сфері інтелектуальної власності, Н. С. Кузнецова слушно зазначила, що саме його нормами повинні встановлюватися найбільш принципіві положення щодо інтелектуальних прав, система яких також має бути закріплена саме в ЦК України².

¹ Цивільний кодекс України : Закон України від 16.01.2003 № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 40–44. Ст. 356.

² 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. С. 377, 381.

Отже, одне із завдань, яке покликаний вирішити ЦК України як кодифікований акт цивільного законодавства, полягає в закріпленні системи права інтелектуальної власності, яка одержує віддзеркалення у структурі Книги 4. На цей час ця книга містить 12 глав, з яких одна (глава 35) закріплює загальні положення про право інтелектуальної власності і решта (глави 36–46) стосуються прав на окремі види об'єктів права інтелектуальної власності. Отже, закріплене на рівні ЦК України коло об'єктів права інтелектуальної власності, по суті, є визначальним для архітекτονіки Книги 4 ЦК України.

У чинній редакції ЦК України види об'єктів права інтелектуальної власності наведені в ст. 420. З позиції рекодифікації цивільного законодавства питання про коло об'єктів права інтелектуальної власності доцільно вирішувати з урахуванням таких моментів:

- 1) необхідність дотримання Україною своїх міжнародно-правових зобов'язань у частині забезпечення на рівні її національного законодавства правової охорони низки об'єктів права інтелектуальної власності;
- 2) доцільність вилучення з числа передбачених у ЦК України окремих об'єктів, які за період дії кодексу не довели свою життєздатність і перспективність, а положення кодексу, які регулюють пов'язані з такими об'єктами відносини, виявилися непрацюючими («мертвими»);
- 3) доцільність доповнення передбаченого ЦК України переліку об'єктів права інтелектуальної власності новими категоріями, що потребують правової охорони на сучасному етапі.

Отже, по-перше, при побудові системи об'єктів права інтелектуальної власності потрібно виходити з необхідності дотримання Україною своїх міжнародно-правових зобов'язань, пов'язаних із членством у міжнародних організаціях — таких, як Всесвітня організація інтелектуальної власності (WIPO), Міжнародний союз з охорони нових сортів рослин

(UPOV), Світова організація торгівлі (WTO) та участю у відповідних міжнародних договорах у межах цих міжнародних організацій.

У ст. 2 Стокгольмської конвенції про заснування ВОІВ¹ (далі — Стокгольмська конвенція) інтелектуальна власність визначена через вказівку на види її об'єктів. Так само у ст. 1 Паризької конвенції про охорону промислової власності² (далі — Паризька конвенція) наведено перелік об'єктів промислової власності. З одного боку, ці норми містять приблизний перелік об'єктів, який наведено насамперед для визначення відповідних понять («інтелектуальна власність», «промислова власність») з метою окреслення сфери регулювання відповідного міжнародного договору. Проте зі змісту відповідних норм Паризької конвенції випливає обов'язковість правової охорони на території країн-учасниць таких об'єктів, як винаходи, промислові зразки, товарні знаки і знаки обслуговування, фірмові найменування, зазначення походження. Варто взяти до уваги також положення низки інших міжнародних договорів, що функціонують під егідою ВОІВ та передбачають правову охорону певних об'єктів: Бернської конвенції про охорону літературних і художніх творів³, Римської конвенції про охорону прав виконавців, виробників фонограм та організацій мовлення⁴, Договору ВОІВ про авторське право⁵ тощо.

¹ Convention Establishing the World Intellectual Property Organization (Signed at Stockholm on July 14, 1967 as amended on September 28, 1979) (Authentic text). URL: <https://wipolex.wipo.int/en/text/283854> (дата звернення: 18.02.2024).

² Paris Convention for the Protection of Industrial Property (as amended on September 28, 1979) (Official translation). URL: <https://wipolex.wipo.int/en/text/288514> (дата звернення: 18.02.2024).

³ Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (as amended on September 28, 1979) (Authentic text). URL: <https://wipolex.wipo.int/ru/text/283698> (дата звернення: 18.02.2024).

⁴ International Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations (October 26, 1961) (Authentic text). URL: <https://wipolex.wipo.int/ru/text/289757> (дата звернення: 18.02.2024).

⁵ WIPO Copyright Treaty (WCT) (adopted in Geneva on December 20, 1996) (Authentic text). URL: <https://wipolex.wipo.int/ru/text/295166> (дата звернення: 18.02.2024).

Україна є учасницею Міжнародної конвенції про охорону нових сортів рослин¹, укладеної в рамках UPOV.

В Угоді про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності (TRIPS)², яка є обов'язковою для України у зв'язку із її вступом до Світової організації торгівлі (WTO), передбачено стандарти правової охорони об'єктів авторського права (включаючи комп'ютерні програми і бази даних), суміжних прав (виконання, фонограми, передачі мовлення), торгових знаків, географічних зазначень, промислових зразків, патентів на винаходи, топологій інтегральних мікросхем, нерозкритої інформації.

Окремо варто зупинитися на необхідності наближення національного законодавства України у цій частині до права ЄС. У ч. 2 ст. 158 Угоди про асоціацію³ зазначено, що права інтелектуальної власності охоплюють авторське право, зокрема право на комп'ютерні програми і бази даних, а також суміжні права, права, пов'язані з патентами, зокрема патенти на винаходи в галузі біотехнологій, торговельні марки, фірмові найменування, якщо вони охороняються у формі виключного права інтелектуальної власності відповідним національним законодавством, промислові зразки, компонування (топографії) інтегральних мікросхем, географічні зазначення, зокрема зазначення походження, зазначення джерела походження, сорти рослин, охорону конфіденційної інформації та захист від недобросовісної конкуренції.

Фактично таке саме коло об'єктів правової охорони в ЄС розглядається в монографічному дослідженні Ю. М. Капіци,

¹ International Convention for the Protection of New Varieties of Plants (1961, as revised at Geneva 1972, 1978 and 1991). URL: <https://upovlex.upov.int/en/convention> (дата звернення: 18.02.2024).

² Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) 1994 (as amended on 23 January 2017). URL: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/31bis_trips_01_e.htm (дата звернення: 18.02.2024).

³ Угода про асоціацію між Україною, з одного боку, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншого боку, ратифікована із заявою Законом України від 16.09.2014. *Відомості Верховної Ради України*. 2014. № 40. Ст. 2021.

де вони погруповані на об'єкти авторського права (у т.ч. комп'ютерні програми, бази даних) та суміжних прав, об'єкти права промислової власності (винаходи, корисні моделі, промислові зразки, торговельні марки, фірмові найменування, географічні зазначення) та інші об'єкти права інтелектуальної власності (сорти рослин, топографії напівпровідникових виробів, комерційна таємниця та ноу-хау)¹.

Отже, наведені вище положення міжнародних договорів, в яких бере участь Україна, підходи, що сформувалися у праві ЄС, свідчать про необхідність забезпечення в Україні правової охорони таких об'єктів права інтелектуальної власності, як об'єкти авторського права (включаючи комп'ютерні програми та оригінальні (творчі) бази даних), об'єкти суміжних прав (виконання, фонограми, програми організацій мовлення), винаходи, промислові зразки, компонування (топографії) напівпровідникових виробів, сорти рослин. Зазначені об'єкти права інтелектуальної власності, будучи, по суті, загальноновизнаними об'єктами правової охорони на міжнародному рівні, закріплені в законодавстві України, у тому числі в ЦК України. Отже, у контексті рекодифікації цивільного законодавства щодо цих об'єктів доцільно вести мову про подальше удосконалення норм про них, що містяться в ЦК України.

Серед об'єктів авторського права у цьому аспекті варто звернути увагу на такі порівняно нові категорії об'єктів, як комп'ютерні програми (*computer programs*) і бази даних (*databases*). Віднесення комп'ютерних програм і оригінальних (творчих) баз даних до кола об'єктів авторського права на цей час є загальноновизнаним підходом на рівні міжнародних

¹ Капіца Ю. М. Право інтелектуальної власності Європейського Союзу: формування, інститути, напрями розвитку. Київ : Академперіодика, 2017. С. 98–350.

документів ВОІВ¹, СОТ², ЄС³. Загалом, зазначений підхід реалізовано і в національному законодавстві України. Водночас, відповідні положення потребують певних уточнень, на що доцільно звернути увагу в процесі оновлення (рекодифікації) ЦК України.

Так, ч. 4 ст. 433 ЦК України передбачено, що комп'ютерні програми охороняються як літературні твори.

Наведене положення відтворює ст. 4 Договору ВОІВ про авторське право, проте в усіченому вигляді. Адже остання передбачає, що комп'ютерні програми охороняються як літературні твори в розумінні статті 2 Бернської конвенції. У цьому разі варто враховувати, що Договір ВОІВ про авторське право був прийнятий у зв'язку з необхідністю адаптації закріпленої Бернською конвенцією системи охорони авторського права до нових реалій, пов'язаних, зокрема, із розвитком комп'ютерної техніки. Як зазначено у його ст. 1, цей договір є спеціальною угодою в рамках значення ст. 20 Бернської конвенції, і ніщо в цьому договорі не змінює існуючих зобов'язань договірних сторін згідно з Бернською конвенцією. Виходячи з цього, положення ст. 4 Договору ВОІВ про авторське право потрібно розуміти так, що комп'ютерні програми є об'єктами авторського права, на які поширюється режим правової охорони, встановлений Бернською конвенцією для літературних творів. Проте це зовсім не означає, що між комп'ютерними програмами і літературними творами поставлено знак рівності. Як зазначають фахівці ВОІВ, комп'ютерні програми не можна

¹ Договір Всесвітньої організації інтелектуальної власності про авторське право, прийнятий на Дипломатичній конференції 20.12.1996 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_770#Text (дата звернення: 18.02.2024).

² Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності, прийнята 15.04.1994 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/981_018#Text (дата звернення: 18.02.2024).

³ Directive 2009/24/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on the legal protection of computer programs. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A32009L0024> Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of databases. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A31996L0009> (дата звернення: 18.02.2024).

віднести до категорії «письмових творів», «книг» або «наукових робіт»¹.

Ураховуючи наведене вище положення національного законодавства України про те, що комп'ютерні програми охороняються як літературні твори, є неточним. До того ж у ст. 420, 433 ЦК України комп'ютерні програми структурно відмежовані від літературних творів. У цьому плані можна говорити про існування колізії між ст. 420, 433 ЦК України, за якими комп'ютерна програма і літературний твір позиціонуються як окремі категорії об'єктів авторського права, та ч. 4 ст. 433 ЦК України, яка, по суті, розглядає комп'ютерну програму як різновид літературного твору. Усунення цієї колізії теоретично можливе двома шляхами:

- 1) доповнення ч. 4 ст. 433 ЦК України словами «в розумінні Бернської конвенції про охорону літературних та художніх творів»;
- 2) вилучення ч. 4 ст. 433 ЦК України.

Вважаємо більш доцільним другий варіант. По-перше, норма про те, що комп'ютерні програми охороняються як літературні твори в розумінні Бернської конвенції, міститься в ст. 4 Договору ВОІВ про авторське право, у якому Україна бере участь і який є частиною національного законодавства нашої держави. Отже, дублювати цю норму в ЦК України особливої потреби немає, тим паче що враховуючи умови, в яких приймався Договір ВОІВ про авторське право, та зміст його положень стосовно зв'язку із Бернською конвенцією, ст. 4 даного Договору є цілком зрозумілою і виправданою, чого не можна сказати про «усічений» варіант відповідної норми, закріплений ч. 4 ст. 433 ЦК України. По-друге, ЦК України та Закон України «Про авторське право і суміжні права»²

¹ Основи інтелектуальної власності / за матеріалами ВОІВ. Київ : Ін Юре, 1999. С. 528.

² Про авторське право і суміжні права : Закон України від 01 грудня 2022 р. № 2811-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2811-20#Text> (дата звернення: 18.02.2024).

встановлюють уніфікований режим правової охорони творів, що є об'єктами авторського права. Спеціальні норми закріплені у профільному законі лише стосовно деяких категорій творів (аудіовізуальні твори, комп'ютерні програми, складені твори тощо), однак закон не містить відповідних спеціальних норм саме щодо літературних творів. Отже, положення ч. 4 ст. 433 ЦК України, по суті, жодного змістовного навантаження не несуть, тож їх вилучення жодним чином не позначиться на режимі правової охорони комп'ютерних програм.

Щодо правової охорони баз даних, то ст. 420 ЦК України до об'єктів права інтелектуальної власності віднесено компіляції даних (бази даних). Відповідно до ч. 1 ст. 433 ЦК України об'єктами авторського права є компіляції даних (бази даних), якщо вони за добором або упорядкуванням їх складових частин є результатом інтелектуальної діяльності.

Варто звернути увагу на те, що об'єктами права інтелектуальної власності, відповідно до ст. 420 ЦК України визначено компіляції даних (бази даних), незалежно від того, чи є вони результатами творчої діяльності. І лише ті бази даних, які за добором або упорядкуванням їх складових частин є результатами творчої діяльності, віднесено до об'єктів авторського права. Загалом, такий підхід відповідає Угоді TRIPS, Договору ВОІВ про авторське право та Директиві 96/9/ЄС.

Чинна редакція ЦК України об'єднує в одній главі 39 норми про три об'єкти — винахід, корисну модель і промисловий зразок. Така законодавча позиція корелює із поширеною у вітчизняній літературі позицією щодо віднесення винаходів, корисних моделей і промислових зразків до сфери патентного права¹. В обґрунтування цього наводяться такі аргументи:

¹ Коссак В. М., Якубівський І. Є. Право інтелектуальної власності : підручник. Київ : Істина, 2007. С. 23–37 ; Право інтелектуальної власності: акад. курс : підручник / за ред. О. П. Орлюк, О. Д. Святоцького. Київ : Видавничий Дім «Ін Юре», 2007. С. 330–347 ; Право інтелектуальної власності : підручник / за заг. ред. О. І. Харитонові. Київ : Юрінком Інтер, 2015. С. 135–140 ; Право інтелектуальної власності України: конспект лекцій / за ред. В. І. Борисові. Харків : НІОА України, 2008. С. 45.

схожість цих об'єктів між собою і відмінність від інших об'єктів інтелектуальної власності; усі вони є результатами творчої діяльності і мають конкретних творців (авторів); їх охорона здійснюється за допомогою єдиної форми — видачі патентів¹.

До внесення відповідних змін у законодавство у 2020 р. в Україні на промислові зразки видавалися патенти. Відповідно, це давало принаймні формальні підстави для того, щоб розглядати норми про винаходи, корисні моделі і промислові зразки як такі, що утворюють єдиний інститут у системі права інтелектуальної власності.

Однак потрібно зауважити, що таке трактування сфери патентного права відрізняється від того, яке має місце за кордоном, де право на промисловий зразок розглядається як право особливого роду (*sui generis design right*), відмежоване від патентного права. В іноземній навчальній літературі матеріал, що стосується права на промисловий зразок, подається або окремою главою², або ж об'єднується в одній главі із компонуваннями напівпровідникових виробів³ чи з торговельними марками⁴.

З огляду на наведене зазначимо, що положення про промислові зразки структурно відмежовані від норм про патенти на винаходи в Угоді TRIPS та Угоді про асоціацію. Зазначені міжнародні документи взагалі не передбачають видачі патенту на промисловий зразок. З цих же позицій виходить і Гаазька угода про міжнародну реєстрацію промислових зразків⁵, до якої Україна приєдналася у 2002 р.

¹ Андрощук Г. А., Работягова Л. И. Патентное право: правовая охрана изобретений : учеб. пособ. Киев : МАУП, 2001. С. 7.

² The Oxford Handbook of Intellectual Property Law / ed. R. C. Dreyfuss and J. Pila. Oxford : Oxford University Press, 2018. P. 5, 461–486, 572–593.

³ WIPO Intellectual Property Handbook / WIPO Publication № 489 (E). Second edition. P. 112. URL: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/intproperty/489/wipo_pub_489.pdf (дата звернення: 18.02.2024).

⁴ Pila J., Torremans P. L. C. European Intellectual Property Law. Oxford : Oxford University Press, 2016. P. 429–438.

⁵ Гаазька угода про міжнародну реєстрацію промислових зразків (Гаазький акт, прийнятий 28.11.1960, та Женевський акт, прийнятий 02.07.1999). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_601 (дата звернення: 18.02.2024).

У цьому контексті варто звернути увагу на те, що згідно зі змінами, внесеними Законом № 815-IX від 21.07.2020 (далі — Закон № 815-IX)¹, набуття права інтелектуальної власності на промисловий зразок засвідчується свідоцтвом. Крім того, Закон № 815-IX, ураховуючи положення ст. 213 Угоди про асоціацію, передбачив правову охорону як зареєстрованих, так і незареєстрованих промислових зразків, що не є властиво для об'єктів патентного права, суб'єктивні права на які засвідчуються лише патентом.

Наведене вище дозволяє висловити застереження щодо можливості віднесення промислових зразків до сфери патентного права, що, своєю чергою, ставить під сумнів і доцільність збереження закладеного чинною редакцією ЦК України підходу щодо об'єднання положень про винаходи і корисні моделі, з одного боку, та про промислові зразки, з іншого боку, в одну главу.

В Україні, як і в багатьох інших країнах, за допомогою патентів здійснюється правова охорона *сортів рослин* (*plant varieties*). Варто зазначити, що сорти рослин є результатами селекційної діяльності. На відміну від винахідництва, яке зазвичай стосується об'єктів неживої природи, селекція (від лат. *selectio* — вибір, добір) становить цілеспрямовану творчу діяльність людини, що полягає у зміні певних біологічних ознак (морфологічних, фізіологічних, біохімічних тощо) живих організмів з метою отримання їх груп із корисними для людини характеристиками, які зберігаються при розмноженні. Отже, попри окремі схожі моменти у правовому регулюванні між селекційними досягненнями і об'єктами патентного права, існують суттєві відмінності, які стосуються самих об'єктів правової охорони та умов її надання, видів суб'єктивних прав, строків їх чинності, порядку оформлення тощо. Тому Україна пішла по шляху визнання сортів рослин і порід тварин

¹ 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 : Закон України № 815-IX від 21.07.2020. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/815-20#n31> (дата звернення: 18.02.2024).

самостійними об'єктами правової охорони щодо винаходів, що отримало відображення в ЦК України (глава 42). Водночас результати селекції мікроорганізмів — штами мікроорганізмів, а також культури клітин рослин та тварин законом віднесені до об'єктів винаходу (ст. 6 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі»).

Щодо порід тварин варто зазначити, що вони визнаються об'єктами охорони нормами про інтелектуальну власність лише у відносно нечисленній групі країн — членів ВОІВ. Переважно це країни пострадянського простору — такі, як Азербайджан, Вірменія, Грузія, Казахстан, Киргизстан, Узбекистан. На цей час серед країн ЄС породи тварин охороняються лише в Болгарії. Такі країни, як Словаччина, Чехія, Угорщина, теж мали відповідне регулювання у цій сфері, проте нині відмовилися від правової охорони порід тварин, залишивши у відповідних законах лише норми про сорти рослин.

Станом на сьогодні в Україні породи тварин віднесено до кола об'єктів права інтелектуальної власності у ЦК України, який об'єднує норми про цей об'єкт та про сорти рослин в одну главу 42. Проте механізм правової охорони порід тварин в Україні досі не запущено, оскільки не прийнято спеціального законодавства у цій сфері. Варто зазначити, що Закон України «Про племінну справу в тваринництві»¹ не регулює питань набуття, здійснення та захисту прав інтелектуальної власності на породу тварин. У ст. 25 цього закону передбачено, що селекційне досягнення в галузі племінного тваринництва визнається винаходом у встановленому законодавством порядку. Проте ця норма суперечить ЦК України та Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі».

Концептуально породи тварин, як і сорти рослин, будучи результатами селекційної діяльності («селекційними досягненнями») могли б охоронятися як об'єкти права

¹ Про племінну справу в тваринництві : Закон України від 15.12.1993 № 3691-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3691-12#Text> (дата звернення: 18.02.2024).

інтелектуальної власності. Проте відсутність спеціального законодавства про охорону прав на породи тварин в Україні робить відповідні норми ЦК України непрацюючими, а брак необхідного міжнародно-правового досвіду у цій сфері ставить під сумнів перспективи запуску правової охорони цього об'єкта на національному рівні, принаймні в найближчому майбутньому.

Серед інших об'єктів, щодо яких доцільно розглянути питання про доцільність їх виключення з числа об'єктів права інтелектуальної власності в процесі оновлення положень Книги 4 ЦК України, є об'єкти, які користувалися правовою охороною за часів існування Союзу РСР, але зі зміною соціальних та економічних реалій, євроінтеграційним вектором розвитку України та необхідністю наближення її національного законодавства до стандартів ЄС поступово втратили свою актуальність. Йдеться про наукове відкриття і раціоналізаторську пропозицію — об'єкти, невідомі сучасному законодавству інших пострадянських країн, не кажучи вже про західноєвропейські. Зараз, зі впливом 20 років дії ЦК України, можна констатувати, що норми кодексу про ці об'єкти не пройшли випробування часом, залишаючись практично недіючими.

Наукові відкриття з середини ХХ ст. користувалися правовою охороною лише в колишньому Союзі РСР та окремих країнах «соціалістичного табору» (Чехословаччина, Болгарія, Монголія, Куба).

Зазначимо, що наукові відкриття згадані серед об'єктів інтелектуальної власності у ст. 2 Стокгольмської конвенції. Проте варто звернути увагу на те, як до конвенції потрапив цей об'єкт. Відомо, що при підготовці проекту Стокгольмської конвенції позиція, зайнята соціалістичними країнами, сприяла включенню в її текст поняття «наукове відкриття», якого первинний текст документу не містив. У 1978 р. під егідою ВОІВ був прийнятий Женевський договір про міжнародну реєстрацію

наукових відкриттів¹. Його підписали лише п'ять країн — Болгарія, Чехословаччина, Марокко, Угорщина і Союз РСР, пізніше приєднався Камерун, чого, однак, було недостатньо для набрання ним чинності. Після розпаду Союзу РСР законодавства Болгарії та колишньої Чехословаччини відмовилися від охорони наукових відкриттів. На цей час реєстрація наукових відкриттів збереглася лише на Кубі.

Серед країн пострадянського простору норми про наукові відкриття закріплені лише в ЦК України. Цікаво зазначити, що О. А. Підпригора висловлював позицію про недоцільність збереження в новому кодексі правової охорони наукових відкриттів². Незважаючи на це, норми про цей об'єкт все ж були внесені окремою главою 38 до Книги 4 прийнятого Верховною Радою України ЦК України. Проте такий законодавчий крок надалі не отримав розвитку на рівні спеціального регулювання, і реально діючого механізму правової охорони наукове відкриття так і не одержало. Інакше кажучи, норми глави 38 ЦК України упродовж усього часу дії кодексу виявилися непрацюючими.

Прихильники збереження в Книзі 4 ЦК України положень про наукове відкриття пояснюють цю проблему, покликаючись на інертність законодавця, який так і не спромігся прийняти відповідний профільний закон. Однак перспектив прийняття такого закону нині в Україні не вбачається. Як мінімум, це не відповідає світовим тенденціям, які склалися з цього питання, оскільки на цей час ні на рівні національного законодавства розвинутих європейських та інших країн, ні на рівні міжнародних інституцій наукове відкриття не визнається об'єктом права інтелектуальної власності (єдиний виняток — ст. 2 Стокгольмської конвенції, яка, як уже зазначалося вище, не зобов'язує

¹ Geneva Treaty on the International Recording of Scientific Discoveries (adopted in Geneva, March 3, 1978). URL: https://www.wipo.int/export/sites/www/treaties/en/documents/other_treaties/gsd-treaty.pdf (дата звернення: 18.02.2024).

² Кодифікація приватного (цивільного) права України / за ред. А. С. Довгєрта. Київ : Український центр правничих студій, 2000. С. 195.

країни-члени передбачати у своєму національному законодавстві цей об'єкт). У навчальних виданнях ВОІВ наукове відкриття як форма інтелектуальної власності не розглядається, є лише один абзац у вступній главі, в якому зазначено, що з-поміж двох сфер інтелектуальної власності — промислової власності та авторського права — він не належить до жодної з них, що на цей час багатьма фахівцями ставиться під сумнів сама ідея його охорони і що його потрібно відрізнити від винаходу¹. У дослідженні інститутів права інтелектуальної власності ЄС Ю. М. Капіца наукове відкриття серед об'єктів правової охорони не згадується². Із вітчизняних науковців найбільше уваги цьому об'єкту приділила Є. А. Булат, яка наводить численні приклади контроверсійності його правової охорони як з позиції низки міжнародних інституцій, таких як ЮНЕСКО, так і в окремих країнах, у тому числі і в колишньому Союзі РСР³.

Зазначимо, що сама природа наукового відкриття унеможлиблює закріплення щодо нього виключних майнових прав у розумінні ст. 424 ЦК України, що змушені визнати і самі прихильники збереження цього інституту. Тож охорона цього об'єкта фактично зводиться до засвідчення авторства і пріоритету. При цьому варто поставити під сумнів правильність застосування щодо наукового відкриття категорії «право авторства», оскільки наукові відкриття, становлячи собою об'єктивно існуючі закономірності, властивості чи явища матеріального світу, лише встановлюються (відкриваються) людиною, а не створюються нею. Тому необхідно підтримати позицію щодо недоцільності віднесення наукового відкриття до об'єктів права

¹ Основи інтелектуальної власності / за матеріалами ВОІВ. Київ : Ін Юре, 1999. С. 16 ; WIPO Intellectual Property Handbook / WIPO Publication № 489 (E). Second edition. 2004. P. 4. URL: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/intproperty/489/wipo_pub_489.pdf (дата звернення: 18.02.2024).

² Капіца Ю. М. Право інтелектуальної власності Європейського Союзу: формування, інститути, напрями розвитку. Київ : Академперіодика, 2017. С. 5–7, 93–94.

³ Булат Є. А. Проблеми удосконалення правової охорони результатів інтелектуальної діяльності в процесі інтеграції України в європейський дослідницький простір : дис. ... докт. юрид. наук. Київ : КНУ ім. Т. Шевченка, 2017. С. 122–141.

інтелектуальної власності¹. Стосовно «фінансової сторони питання», то держава, звісно ж, має забезпечувати механізми стимулювання (у тому числі й матеріального) вчених за створені ними наукові відкриття, проте для цього не потрібно визнавати останні об'єктами права інтелектуальної власності. Достатньо прописати відповідні положення у законодавстві про наукову і науково-технічну діяльність, а головне — забезпечити їх бюджетне фінансування та реалізацію на практиці.

Рационалізаторські пропозиції, які були об'єктами правової охорони в законодавстві колишнього Союзу РСР, теж збережені в ЦК України. Причому інші країни — колишні союзні республіки давно відмовилися від охорони цього об'єкта. Зазначений об'єкт не розглядається в контексті інститутів права інтелектуальної власності ЄС² та взагалі не згадується у навчальних виданнях ВОІВ³. Серед небагатьох країн, де рационалізаторська пропозиція віднесена до сфери охорони промислової власності, можна назвати Польщу⁴, проте польські науковці звертають увагу на певну умовність такого законодавчого підходу⁵.

Стосовно рационалізаторської пропозиції правовідносини виникають між двома чітко визначеними («персоніфікованими») суб'єктами — автором рационалізаторської пропозиції та юридичною особою, яка визнала пропозицію рационалізаторською (ст. 483 ЦК України). Отже, автор має право на

¹ Шишка Р. Б. Охорона права інтелектуальної власності: авторсько-правовий аспект : монографія. Харків : Вид-во НУВС, 2002. С. 151 ; Спасибо-Фатеева І. В., Крат В. І. Цивільний кодекс — 20 років потому. *Юридична газета on-line*. 2023. № 17–20 (775–778). URL: <https://yur-gazeta.com/publications/practice/civilne-pravo/civilniy-kodeks--20-rokiv-potomu.html> (дата звернення: 18.02.2024).

² Капіца Ю. М. Право інтелектуальної власності Європейського Союзу: формування, інститути, напрями розвитку. Київ : Академперіодика, 2017. С. 5–7, 93–94.

³ Основи інтелектуальної власності / за матеріалами ВОІВ. Київ : Ін Юре, 1999. С. 16 ; WIPO Intellectual Property. Handbook / WIPO Publication № 489 (E). Second edition. 2004. P. 3–4. URL: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/intproperty/489/wipo_pub_489.pdf (дата звернення: 18.02.2024).

⁴ Prawo własności przemysłowej: Ustawa z dnia 30 czerwca 2000 r. URL: <https://wipolex.wipo.int/en/text/571177> (дата звернення: 18.02.2024).

⁵ Prawo własności przemysłowej. T. I: Wynalazki, wzory użytkowe, projekty racjonalizatorskie / wprowadzenie Michał du Vall. Kraków : Zakamycze, 2005. S. 17.

справедливе заохочення (від юридичної особи), а остання має право на використання раціоналізаторської пропозиції у будь-якому обсязі (ст. 484 ЦК України). У цьому випадку не може йтися про абсолютне правовідношення з огляду на локальну новизну раціоналізаторської пропозиції та відсутність офіційної публікації відомостей про видане свідоцтво.

Як слушно наголошено в літературі, на відміну від права на винахід чи корисну модель право на раціоналізаторську пропозицію передбачає переважно винагороду раціоналізатора, а не захист інтересів підприємства¹.

Правова охорона раціоналізаторських пропозицій здійснювалася за часів існування Союзу РСР, коли підприємства були державними і на них законодавством покладалися функції з прийняття заяв на раціоналізаторські пропозиції, здійснення їх розгляду, видачі свідоцтв і т. д. Нині ж за багатуокладної ринкової економіки забезпечити такі умови, по суті, неможливо. Тому вважаємо, що раціоналізаторську пропозицію доцільно вилучити з переліку об'єктів права інтелектуальної власності.

Серед закріплених ЦК України об'єктів права інтелектуальної власності особливу увагу привертає також такий об'єкт, як комерційна таємниця. В Угоді про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності (TRIPS) передбачено, що при забезпеченні ефективного захисту конкуренції, як передбачено статтею 10 bis Паризької конвенції (1967), члени мають надавати захист нерозкритій інформації (*undisclosed information*) (ст. 39). Водночас в Угоді про асоціацію (ст. 158) зазначено, що для цілей цієї Угоди права інтелектуальної власності передбачають, крім іншого, «охорону конфіденційної інформації та захист від недобросовісної конкуренції, як це зазначено в ст. 10 bis Паризької конвенції про охорону промислової власності (1967 року).

¹ Святоцький О. Д., Крайнев П. П., Прахов Б. Г. Право інтелектуальної власності на раціоналізаторську пропозицію / під ред. О. Д. Святоцького. Київ : Ін Юре, 2004. С. 34.

В ЄС прийнята Директива 2016/943 про захист нерозкритого ноу-хау та бізнесової інформації (комерційних таємниць) від їх неправомірного набуття, використання і розкриття. У Концепції рекодифікації цивільного законодавства України, із посиланням на положення згаданої Директиви, передбачається у складі комерційної таємниці розмежовувати два види об'єктів: творчого характеру — ноу-хау та нетворчого — бізнесової інформації, і, отже, як об'єкт права інтелектуальної власності розглядати лише ноу-хау¹.

У контексті наведеного вище варто звернути увагу на те, що Директива 2016/943 термінологічно розмежовує категорії «ноу-хау» (*know-how*) та «бізнесова інформація» (*business information*), об'єднуючи їх в одне поняття — «комерційна таємниця» (*trade secrets*). Проте безпосередньо таке розмежування наведено лише в назві цієї Директиви та її преамбулі; у самому ж тексті Директиви вживається лише термін «комерційна таємниця», для якої передбачено уніфікований режим правової охорони. Причому останній побудований не стільки на розумінні комерційної таємниці як об'єкта права інтелектуальної власності, скільки на захисті від недобросовісної конкуренції. У самій Директиві 2016/943 (п. 16 преамбули) наголошено, що її положення не повинні створювати жодних виключних прав на ноу-хау чи інформацію, що захищаються як комерційна таємниця. Виходячи з цього, варто підтримати висловлену в літературі позицію, що функція захисту (охорони) ноу-хау, по суті, реалізується шляхом закріплення за розробниками ноу-хау не виключного права на ноу-хау, а права на нерозголошення їх конфіденційної інформації із заборонаю її отримання третіми особами незаконними способами².

¹ Концепція оновлення Цивільного кодексу України. Київ : АртЕк, 2020. С. 32.

² Спасибо-Фатеева І. В., Крат В. І. Цивільний кодекс — 20 років потому. *Юридична газета on-line*. 2023. № 17–20 (775–778). URL: <https://yur-gazeta.com/publications/practice/civilne-pravo/civilniy-kodeks--20-rokiv-potomu.html> (дата звернення: 18.02.2024).

Система об'єктів права інтелектуальної власності не є абсолютно незмінною. У цьому плані варто звернути увагу на появу на сучасному етапі деяких відносно нових видів об'єктів, які вже отримали законодавче закріплення на рівні нового Закону України «Про авторське право і суміжні права». Йдеться про неоригінальну базу даних і неоригінальний об'єкт, згенерований комп'ютерною програмою.

Потреба в забезпеченні охорони неоригінальних (нетворчих) баз даних пояснюється з огляду на те, що, попри відсутність творчого характеру, діяльність виробника такої бази даних з одержання, перевірки чи оформлення вмісту бази даних часто вимагає з його боку фінансових витрат та (або) витрат часу, сил, енергії. Метою охорони в цьому разі є захист її виробника від привласнення прибутку, одержаного в результаті фінансових і професійних витрат, зазнаних тим, хто розробив і скомпонував зміст шляхом охорони сукупності або істотних частин бази даних від певних дій, здійснюваних користувачем або конкурентом. Водночас відсутність творчого характеру неоригінальної бази даних унеможливорює віднесення цього об'єкта до сфери авторського права. Тому Директива 96/9/ЄС розмежовує оригінальні (творчі) і неоригінальні бази даних, передбачаючи правову охорону перших як об'єктів авторського права, а других — за допомогою права особливого роду (*sui generis*). Зобов'язання України щодо забезпечення захисту права *sui generis* на неоригінальну базу даних передбачено і в Угоді про асоціацію (примітка до ст. 230).

У вітчизняній літературі запропоновані різні варіанти законодавчого закріплення прав *sui generis* на нетворчі бази даних: регулювання їх окремою главою Книги 4 ЦК України¹; прийняття спеціального закону щодо охорони прав на такті об'єкти²;

¹ Яркіна Н. Є. Правова охорона баз даних: режим авторсько-правовий та "sui generis". *Проблеми законності*: респ. міжвід. наук. зб. 2008. Вип. 99. С. 90.

² Комзюк Л. Т. Проблеми гармонізації охорони прав на бази даних (у контексті європейської інтеграції країни Центрально-Східної Європи). *Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ*. 2010. № 2. С. 218.

введення відповідних норм у закони України «Про інвестиційну діяльність» та «Про захист від недобросовісної конкуренції»¹; доповнення профільного закону положеннями про право *sui generis* упорядника нетворчої бази даних як новий вид суміжних прав²; регулювання відповідних відносин нормами інформаційного законодавства³.

По суті наведених вище доктринальних позицій доцільно зазначити таке.

По-перше, немає будь-яких вагомих перешкод для визнання нетворчої бази даних об'єктом права інтелектуальної власності. Зазначимо, що в праві ЄС охорона баз даних, включаючи право *sui generis* на нетворчі бази даних, належить до сфери інтелектуальної власності⁴. Те, що нетворча база даних не є результатом творчої діяльності, не може розглядатися як перешкода для її віднесення до об'єктів права інтелектуальної власності, як вважають деякі дослідники. Відповідно до ч. 1 ст. 418 ЦК України право інтелектуальної власності — це право особи на результат інтелектуальної, творчої діяльності або на інший об'єкт права інтелектуальної власності, визначений цим Кодексом та іншим законом. З цієї норми випливає, що не кожен об'єкт права інтелектуальної власності є результатом творчої діяльності⁵. Отже, за умови закріплення в ЦК України положень про право інтелектуальної власності на нетворчу базу даних з позиції дефініції ч. 1 ст. 418 цей об'єкт буде відноситися до «інших об'єктів права інтелектуальної власності, визначених цим Кодексом».

¹ Капіца Ю. М., Ступак С. К., Жувака О. В. Авторське право і суміжні права в Європі : монографія. Київ : Логос, 2012. С. 248–249.

² Дроб'язко В. С. Охорона баз даних в Україні. *Теорія і практика інтелектуальної власності*. 2008. № 6. С. 31.

³ Яременко О. І. Правова охорона баз даних в Україні. *Правова інформатика*. 2011. № 1(29). С. 23.

⁴ Капіца Ю. М. Право інтелектуальної власності Європейського Союзу: формування, інститути, напрями розвитку : монографія. Київ : Академперіодика, 2017. С. 110–124.

⁵ Якубівський І. Є. Набуття, здійснення та захист майнових прав інтелектуальної власності в Україні : монографія. Львів : ЛНУ ім. І. Франка, 2018. С. 62–66.

По-друге, віднесення нетворчої бази даних до об'єктів права інтелектуальної власності обумовлює належність відносини щодо цього об'єкта до сфери регулювання законодавства про інтелектуальну власність (насамперед ЦК України), а не конкурентного, інвестиційного, інформаційного законодавства.

По-третє, нетворчу базу даних доцільно розглядати як окремих об'єкт права інтелектуальної власності. В актах ЄС правовий режим такого об'єкта визначається не через авторське право, не через суміжні права, а саме як право особливого роду — *sui generis*. Тому важко підтримати ідею щодо віднесення права виробника нетворчої бази даних до категорії суміжних прав. В Угоді про асоціацію право *sui generis* виробника бази даних не віднесено до суміжних прав (ст. 164), а розглядається як окрема щодо суміжних прав категорія прав інтелектуальної власності (примітка до ст. 230).

Тривалий час після прийняття ЦК України жодного правового регулювання відносин щодо охорони нетворчих (неоригінальних) баз даних в Україні не було. Цю прогалину частково вдалося заповнити із прийняттям нового Закону України «Про авторське право і суміжні права», який, слідуючи підходу Директиви 96/9/ЄС, закріпив виникнення щодо цього об'єкта права особливого роду (*sui generis*). Однак, виходячи із того, що ЦК України покликаний закріпити актуальну систему об'єктів права інтелектуальної власності, доцільно закріпити в кодексі основні положення цивільно-правового регулювання права на неоригінальну базу даних (об'єкт, суб'єкт, підстава виникнення та зміст прав, строк чинності). Щодо інших особливостей (способи використання, випадки вільного використання, наслідки істотної зміни вмісту неоригінальної бази даних та ін.), то відповідне правове регулювання здійснюватиметься на рівні спеціального законодавства (ст. 21, 26 Закону України «Про авторське право і суміжні права»).

Щодо неоригінальних об'єктів, згенерованих комп'ютерною програмою, то такими є об'єкти, що відрізняються від існуючих

подібних об'єктів та утворені в результаті функціонування комп'ютерної програми без безпосередньої участі фізичної особи в утворенні цього об'єкта. По суті, йдеться про результати використання технологій штучного інтелекту. Концептуально ці об'єкти не розглядаються як такі, що мають творчий характер, оскільки здатністю до творчості наділена лише людина. Тому такі об'єкти не можуть бути віднесені до об'єктів авторського права. Проте нині у зв'язку із широким використанням технологій штучного інтелекту потреба у правовій охороні таких об'єктів набула актуальності. Першою в законодавстві України відповіддю на цей запит стало прийняття нового Закону України «Про авторське право і суміжні права», який закріпив низку положень щодо права особливого роду (*sui generis*) на неоригінальні об'єкти, згенеровані комп'ютерною програмою (ст. 33). Вважаємо, що в оновленому ЦК України доцільно віднести такі об'єкти до об'єктів права інтелектуальної власності, закріпивши базові положення щодо них у Книзі 4. Більш детальне регулювання здійснюватиметься Законом України «Про авторське право і суміжні права».

Підсумовуючи наведене, в оновленому ЦК України доцільно закріпити таке коло об'єктів права інтелектуальної власності: літературні та художні твори, комп'ютерні програми, оригінальні бази даних (компіляції даних) та інші твори; виконання, фонограми, відеограми, програми організацій мовлення; неоригінальні бази даних (компіляції даних), неоригінальні об'єкти, згенеровані комп'ютерними програмами; винаходи, корисні моделі, компонування напівпровідникових виробів, промислові зразки, сорти рослин; комерційні найменування, торговельні марки, географічні зазначення.

ВПЛИВ ЦИФРОВІЗАЦІЇ НА ОКРЕМІ СФЕРИ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Яроцький Віталій Леонідович

*професор, доктор юридичних наук,
член-кореспондент Національної академії правових наук України,
в.о. завідувача кафедри цивільно-правової політики,
права інтелектуальної власності та інновацій
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

Сучасний світ характеризується процесами цифровізації держави та суспільства, що знаходить вираження в перманентному технічному та технологічному вдосконаленні мережі Інтернет і широкому впровадженні в усі сфери діяльності людей новітніх цифрових технологій та штучного інтелекту. Ці процеси обумовили появу та стрімкий розвиток інтерактивного цифрового середовища. На законодавчому рівні цифрове середовище визначається як апаратне, програмне забезпечення та будь-яке мережеве підключення, що використовується з метою отримання доступу до цифрового контенту та/або цифрової послуги та забезпечує можливість їх використання споживачем (п. 10 ст. 2 Закону України «Про цифровий контент та цифрові послуги»). У цьому середовищі за допомогою сучасних технологій програмування постійно створюються нові та все більш досконалі віртуальні компоненти й цифровий контент, які мають практично безмежну сферу застосування. Крім вирішення державних управлінських та безпекових функцій, здійснення автоматизації економічних процесів, надскладних обчислень та цифрового прогнозування подальшого суспільного розвитку, цифровізація істотно розширила можливості чуттєвого сприйняття людиною навколишнього

світу. В одних випадках вони копіюють та доповнюють новими можливостями та яскравими барвами реальні відчуття особи, в інших — дозволяють їй повністю поринути у віртуальність і у своїх суб'єктивних відчуттях вийти далеко за межі реального світу. Зазначені тенденції спонукають до подальшого вдосконалення сфери приватно-правового регулювання з урахуванням нових суспільно-економічних реалій. У зв'язку з цим потрібно погодитись із висловленою в літературі думкою про те, що в цьому невинному русі не можна зупинятися, не можна «зациклюватися» на стартових догмах, які сьогодні прямо суперечать новим реальним суспільним відносинам. Ми не повинні втратити шанс відчувати нове цивільне право — більш потужне, більш динамічне. Можемо цей шанс втратити, якщо будемо залишатися в полоні старих конституцій, які вже давно стримують цю енергію істинного цивільного права¹.

В одному із напрямів її можливого застосування цифровізація знаходить своє вираження у віртуальній реальності (Virtual reality), доповненій реальності (Augmented reality) та змішаній реальності (Mixed reality). У науковій літературі існує безліч визначень вказаних категорій. Зокрема, М. Лемлі зазначає істотний вплив на право процесів виникнення й активного розвитку віртуальної та доповненої реальності та пропонує такі їх визначення. Віртуальна реальність (Virtual Reality, VR) — комп'ютерна симуляція реальності або відтворення технічними засобами об'єктів, суб'єктів і взаємовідносин між ними, що передається користувачеві через систему його відчуттів. Віртуальна реальність імітує як вплив, так і реакцію на вплив. Доповнена реальність (Augmented Reality, AR) — це технологія, що накладає змодельовані комп'ютером шари покращення на існуючу реальність. Основна мета — зробити її більш виразною,

¹ Кузнецова Н. С. Предмет та система сучасного цивільного права України. *Проблеми цивільного права та процесу* : тези доп. учасників наук.-практ. конф., присвяч. світлій пам'яті О. А. Пушкіна, 19–20 трав. 2017 р. Харків, 2017. С. 22–25.

багатогранною та яскравою¹. Разом з тим одним із проблемних наслідків цифровізації стала інтернет-залежність, адже окремим користувачам віртуальний світ практично замінив реальний.

Занурюючись у віртуальний світ, користувачі комп'ютерів використовують для своєї ідентифікації в мережі така звані аватари. Через них користувачі здійснюють покупки, спілкуються з іншими користувачами через їх аватарів, відвідують 3D-музеї, спортивні заходи, конференції, презентації, концерти, лекції, беруть участь в азартних іграх, а також створюють віртуальну нерухомість або предмети побуту та одяг для своїх аватарів. Ба більше, можливості комп'ютерних платформ і мобільних додатків (віртуальні ігри, освіта, шопінг, історична реконструкція, туризм тощо) дозволяють створювати (іноді наділені штучним інтелектом) аватари, які можуть взаємодіяти як між собою, так і з людьми. Швидкість самовдосконалення штучного інтелекту та впровадження технологій віртуальної, доповненої та змішаної реальностей дозволяють особі в реальному часі повністю поринути в сучасний віртуальний світ, у якому технічні засоби дозволяють максимально реалістично відтворювати реальну поведінку людини. Інтерактивна взаємодія людей та аватарів у різних співвідношеннях у віртуальній, доповненій та змішаній реальностях вже не здається такою недосяжною і має широкі перспективи комерційного, виробничого, навчального та інших напрямів її здійснення.

З урахуванням зазначеного поняття цих відносно нових категорій варто надати з урахуванням характеру суб'єктивного сприйняття реальності та рівня контролю користувачем відповідної комп'ютерної технології. Віртуальна реальність — це цифрова технологія, що характеризується технічно забезпеченим повним контролем користувача над створеним людиною або штучним інтелектом на базі комп'ютерних технологій

¹ Mark A Lemley and Eugene Volokh, 'Law, Virtual Reality, and Augmented Reality' (SSRN, 17 March 2017) accessed 25 November 2017.

віртуальним цифровим середовищем з можливістю чіткого розмежування ним його суб'єктивних реальних та віртуальних відчуттів. Доповнена реальність — це аналогічна цифрова технологія, що характеризується технічно забезпеченим відносним контролем користувача над створеним людиною або штучним інтелектом на базі комп'ютерних технологій віртуальним цифровим середовищем, що знаходить вираження в можливості комбінування його суб'єктивних реальних та віртуальних відчуттів з обмеженою можливістю їх розмежування. І, нарешті, змішана реальність також є різновидом цифрових технологій і характеризується невіддільним у сприйнятті користувача симбіозом практично вже неконтрольованих ним суб'єктивних реальних та віртуальних відчуттів, що знаходить вираження у його неспроможності свідомо їх розрізняти та відмежовувати.

Цифровізація як незворотний процес постійного вдосконалення та дедалі більш всеохопного застосування нових цифрових технологій, зумовила не тільки появу комп'ютерних програм, які підлягають повному контролю з боку людини, а й створення програмних продуктів, запрограмованих на перманентне подальше самовдосконалення. Останні охоплюються категорією «штучний інтелект», аналітичні та інтелектуальні можливості якого вийшли на такий рівень, що його правовий режим виключно як об'єкта цивільних прав у сучасних умовах ставиться під сумнів. Окремі зарубіжні та вітчизняні науковці пропонують уже в межах окремих сучасних правопорядків наділити штучний інтелект цивільною правосуб'єктністю. Зокрема, О. Баранов розуміє робота із штучним інтелектом не як рівноправного актора (діючий суб'єкт, який вчиняє дії, спрямовані на інших), а лише правовим еквівалентом фізичній (або юридичній) особі як суб'єкта правовідносин, тобто фактично лише правовим сурогатом¹. У контексті

¹ Баранов О. А. Інтернет речей і штучний інтелект: витоки правового регулювання. *IT-право: проблеми та перспективи розвитку в Україні* : зб. матеріалів II Міжнар. наук.-практ. конф. (Львів, 17 листоп. 2017 р.). Львів : НУ «Львівська політехніка», 2017. С. 18–42.

дослідження «електронної особи» М. Стефанчук, зазначає, що штучний інтелект, зокрема, штучний суперінтелект має здатність самостійно думати та діяти в межах суспільних відносин, а отже, може бути носієм прав та обов'язків¹. Схожу тезу висуває В. Кулинич, який вважає, що варіантом дій з боку людства, який, можливо, забезпечить співіснування людей та роботів, буде саме надання роботам статусу суб'єктів, наділених відповідними правами та обов'язками². Окремі правники інших галузевих наукових шкіл пішли набагато далі. Зокрема, представник науки кримінального права О. Радутний, вивчаючи проблеми розвитку штучного інтелекту (Artificial Intelligence, AI), суперінтелекту (Super Artificial Intelligence, SAI), сформулював таку гіпотезу. Згідно з нею «електронна особистість», «електронна особа» наділені здатністю самовдосконалення, отримують можливість усвідомлювати суспільну небезпечність своїх дій та їх наслідки і можуть нести кримінальну відповідальність як суб'єкти злочину³. На наш погляд, навіть не поглиблюючись у наукову дискусію, очевидно, що в межах вітчизняного (і не тільки цивільного) законодавства на сьогодні наділення штучного інтелекту правосуб'єктністю є передчасним. Адже людина відповідає нині за все, що відбувається на нашій планеті, і тільки вона в наш час може вважатися повноцінним учасником будь-яких наявних суспільних відносин, а отже, мати універсальну правосуб'єктність.

Процеси цифровізації внесли кардинальні зміни у сферу приватно-правового регулювання, обумовивши появу нового цифрового сегмента цивільного обороту. Усім відомо,

¹ Стефанчук М. О. Теоретичні засади цивільної правосуб'єктності фізичних осіб та особливості її здійснення : автореф. дис. на здобуття наукового ступеня д-ра юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2020. С. 6.

² Кулинич В. Цифрова особистість: чи можуть роботи бути наділені правами? *Юридична газета*. 2017. № 49 (599). URL: <https://yur-gazeta.com/dumka-eksperta/cifrova-osobistist-chi-mozhut-roboti-butinadileni-pravami.html> (дата звернення: 18.02.2024).

³ Радутний Олександр. Artificial intelligence (штучний інтелект) та інші загрози (кримінально-правовий вимір). *IT-право: проблеми та перспективи розвитку в Україні* : зб. матеріалів наук.-практ. конф. Львів : НУ «Львівська політехніка», 2016. С. 166–180.

що в сучасному світі питома вага товарів, послуг, робіт та інших матеріальних та віртуальних благ, які рекламуються та, за можливості, реалізуються через мережу Інтернет, невинно зростає. Віртуальні блага можуть знаходитися в розподільній інформаційній системі чи поза нею на серверах, локальних комп'ютерах, що можуть мати вихід в Інтернет або не мати такого, існувати на окремих носіях — таких, як флеш-пам'ять, жорсткий диск комп'ютера тощо¹. Це, своєю чергою, викликає необхідність застосування нових, іноді компромісних підходів у ході вирішення правових проблем у сфері забезпечення безперешкодності здійснення суб'єктивних цивільних прав та прав інтелектуальної власності. При цьому мова йде не тільки, і не стільки про широко застосовувані у віртуальному цифровому середовищі права на товарні знаки, фірмовий стиль, доменні імена, твори науки, літератури та мистецтва, комп'ютерні програми та інші результати творчої діяльності. Нових підходів вимагає забезпечення правового регулювання відносин обороту цифрових об'єктів у межах формування належним чином врегульованого цифрового сегмента цивільного обороту. Ця теза знаходить свій прояв, зокрема у § 1.12. Концепції оновлення Цивільного кодексу України² у якому наголошується на необхідності розширення переліку об'єктів цивільних прав. Так, положення ЦК щодо об'єктів цивільних прав пропонується розширити, зважаючи на розвиток цивільного обороту та появу в ньому невідомих на момент створення ЦК об'єктів. Передусім ідеться про такі віртуальні активи, як інформаційні продукти, інформаційні ресурси, інформаційні системи тощо; об'єкти прав, що створюються та знаходяться в мережі Інтернет; криптовалюта; персональні дані, інформація про особу; автономні роботи, штучний інтелект, цифровий контент тощо.

¹ Мічурін Є. О. Віртуальні блага: особливості та ознаки. *Форум права*. 2021. № 68(3). С. 67–73. URL: <http://doi.org/10.5281/zenodo.5075696> (дата звернення: 18.02.2024).

² Концепція оновлення Цивільного кодексу України. Київ : Видавничий дім «АртЕк», 2020. 128 с.

Розглянуті вище обумовлені процесами цифровізації соціально-правові зв'язки у віртуальному середовищі й надалі залишаються взаємопов'язаними з реальними майновими відносинами. Зокрема, мова йде про відносини електронної торгівлі в досить широкій вітчизняній мережі інтернет-магазинів, криптобірж та інших подібних віртуальних торговельних платформ. Зокрема, В. Мілаш зауважує про появу електронного товару у вигляді матеріальних і нематеріальних благ, які існують в електронній формі і можуть бути передані суб'єкту електронної торгівлі за допомогою програмно-апаратних комплексів або каналів зв'язку, перетворення інформаційних ресурсів на товар споживчого та виробничого призначення¹.

Цифровізація обумовила не тільки комп'ютеризацію механізмів правового забезпечення переходу суб'єктивних цивільних прав на відповідні традиційні об'єкти права інтелектуальної власності, а й на віртуальні активи, які мають грошову оцінку та характеризуються можливістю їх обороту із застосуванням цифрових технологій. При цьому сучасний стан впорядкування розглядуваної сфери приватних відносин характеризується недостатністю як інструментів нормативно-правового регулювання, так і апробованих належним чином правових засобів саморегулювання суспільних відносин у цифровому середовищі. В умовах прогресуючої тенденції недостатності зовнішнього, нормативного регулювання досліджуваних відносин, варто активно доповнювати правове регулювання приватних відносин у цифровому середовищі на рівні приписів нормативно-правового характеру ефективними правилами індивідуальної поведінки, моделювання яких здійснюється за допомогою договірно-правового регулювання та приписів локальних актів. Такий традиційний для сфери приватно-правового регулювання комбінований підхід доречно й надалі

¹ Правове регулювання інноваційних відносин : монографія / Прилипо С. М. та ін. Харків : Юрайт, 2013. 688 с.

застосувати до уніфікованого регулювання майнового обороту віртуальних активів, що мають реальну ринкову вартість. Мова насамперед йде про цифрові речі, криптовалюти, токени та інші аналогічні цифрові об'єкти цивільних прав.

Обумовлений цифровізацією факт існування не тільки традиційного для людини матеріального світу, а й поява віртуальної, доповненої та змішаної реальностей, дозволяє виключити фізичний контакт особи з віртуальними активами. Це дозволяє зосередити увагу на необхідності визначення та розмежування цивільно-правових механізмів регулювання участі осіб у відповідних (реальних та віртуальних) правовідносинах. А це, своєю чергою, дозволяє поставити проблему допустимості та меж застосування наявних нормативних приписів та усталених доктринальних положень, що сформувалися протягом тривалого часу з урахуванням потреб та інтересів особи в матеріальному світі, до нових відносин, що складаються у віртуальному цифровому середовищі. Аналіз наявної вітчизняної практики забезпечення приватно-правового регулювання відносин у мережі Інтернет за участю користувачів та підприємців свідчить про появу значної кількості правових проблем і конфліктних правових ситуацій, які досить часто вирішуються без урахування напрацювань вітчизняної правової доктрини.

Зокрема, обумовлене процесами цифровізації широке використання віртуальної, доповненої та змішаної реальностей дозволяє деяким недобросовісним користувачам, які діють у мережі Інтернет, зловживати використанням аватарів як засобів цифрової самоідентифікації. Проблема самоідентифікації у віртуальній реальності була виокремлена Б. Ч. Чеонгом. Дослідник вказує, що застосування аватара й надання йому окремої правосуб'єктності такої самої якості, як корпоративна вуаль у законодавстві про компанії, дало б початок процесу визначення та розгляду різних типів прав і відповідних цивільно-правових зобов'язань, якими може володіти аватар

у метавсесвіті¹. Самоідентифікуючись за допомогою аватара, особа може купувати реальні товари, а також запропоновані у віртуальному майновому обороті цифрові об'єкти цивільних прав (зокрема, цифрові речі) на відповідних сайтах. Ідентифікація / ототожнення віртуальної особи з реальною може здійснюватися ним самостійно, а при збереженні анонімності, його представником може бути власник вебсайту та (або) вебсторінки, на якому (якій) розміщена або в інший спосіб використана відповідна електронна (цифрова) інформація про особу автора та результати його творчої, інтелектуальної, наукової діяльності². Користувачі комп'ютерного віртуального середовища часто анонімно або під псевдонімом здійснюють продаж / купівлю віртуальних активів. При цьому, на жаль, досить часто мають місце випадки несанкціонованого використання недобросовісними користувачами (анонімно або через аватарів) відповідних об'єктів авторського права або товарних знаків, а також цифрового контенту. У світі відомі випадки зловживань шляхом створення через аватара фіктивного віртуального магазину. При цьому цей фіктивний віртуальний магазин імітує зареєстрований відомий брендовий товарний знак, належним чином зареєстрований, тим самим вводячи в оману споживача щодо персоналії виробника товару. Об'єкти авторського права та/або несанкціоновано виготовлені їх копії можуть бути поширені або продані через аватарів без відома правоволодільців. Тому на часі створення не тільки технічних, а й правових засобів захисту досліджуваних відносин, що унеможлиблювали б неправомірне використання віртуального цифрового середовища для незаконного збагачення. Наявні правові засоби захисту досліджуваних відносин не завжди

¹ Cheong B. C. Avatars in the metaverse: potential legal issues and remedies. *International Cybersecurity Law Review*. 2022. Vol. 3. P. 467–494.

² Аврамова О. Є. Система суб'єктів права інтелектуальної власності в умовах становлення кіберпростору. *Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ*. 2022. № 2 (97). С. 39–47. DOI: <https://doi.org/10.32631/v.2022.2.03>.

розраховані на нові групи віртуальних відносин, а законодавець просто не встигає своєчасно реагувати на процеси стрімкої цифровізації суспільства, а тому наявні правові та технічні запобіжники не завжди є в достатній мірі ефективними.

Цифровізація обумовила також виникнення, активний розвиток і необхідність забезпечення приватно-правового регулювання такої сфери інтерактивної діяльності, як кіберспорт. Останній є сучасним видом віртуального спорту, який становить собою змагальну взаємодію спортсменів на основі комп'ютерних відеоігор, де забезпечуються рівні умови для визначення переможця з виплатою йому обумовленої умовами змагань грошової винагороди. Така відверто меркантильна спрямованість використання цифрового середовища дозволяє припустити неможливість використання для регулювання цієї сфери відносин приписів правових інститутів права інтелектуальної власності та доцільності застосування тільки норм договірної права і положень локальних актів. Ця гіпотеза підлягає спростуванню, адже процес створення (програмування) віртуальної, доповненої та змішаної реальностей практично завжди невід'ємно пов'язаний із використанням об'єктів правової охорони та захисту, правовий режим яких забезпечується нормами вітчизняного права інтелектуальної власності. Зокрема, організацію та технічне забезпечення змагань у межах кіберспорту важко собі уявити без належним чином зареєстрованих доменних імен. Крім того, приватно-правове регулювання відносин у сфері кіберспорту забезпечується на рівні електронних договорів приєднання та локальних актів, якими постають відповідні Правила організації кіберспортивних змагань.

Цифровізація викликала необхідність обґрунтування нових підходів щодо визначення специфіки та місця в механізмі цивільно-правового регулювання різноманітних категорій віртуальних активів, що мають дематеріалізовану, «цифрову» форму вираження. До них варто віднести, крім іншого, цифрові

активи, що від початку мали нематеріальну форму їх вираження. Наприклад, адреси вебсайтів та адреси електронної пошти, а також деякі інші об'єкти, що набули цифрової форми вираження, правова охорона прав на які забезпечується положеннями вітчизняного права інтелектуальної власності. Окремий правовий режим мають такі дематеріалізовані об'єкти цивільних прав, як безготівкові кошти на банківських рахунках у відповідній валюті, ураховані на рахунках у Національній депозитарній системі цінні папери бездокументарної форми випуску та похідні фінансові інструменти. Відомо, що безготівкові кошти можуть бути в будь-який момент переведені в готівку, а цінні папери бездокументарної форми випуску переведені в документарну форму. Окрему категорію віртуального контенту складають будь-які цифрові товари — такі, як: електронні версії книг, комп'ютерні програми, складні аудіовізуальні твори (телесеріали, відеокліпи, відеофільми тощо), а також цифрова музика у вигляді збірок, альбомів та треків, а також інші активи. Більшість із них підлягає віднесенню до віртуального контенту, що характеризується наявністю творчого елемента у ході їх створення, а отже, для охорони та захисту відносин у цій сфері потрібно перш за все застосовувати положення вітчизняного права інтелектуальної власності.

Цифровізація поглибила й розширила сферу використання таких віртуальних активів, як правові засоби індивідуалізації товарів, послуг та учасників цивільного обороту (електронна адреса, домен). А. Овчаренко вважає, що віртуальний актив — це «актив в електронній формі, створений із використанням криптографічних засобів, що існує у вигляді цифрового програмного коду й не має фізичної форми, право власності на яке засвідчується шляхом внесення цифрових записів до реєстру цифрових транзакцій, і має економічну цінність». Науковець також звертає увагу, що «віртуальні активи» й «криптовалюти» не можна вважати синонімами, адже криптовалюти є одним із видів «децентралізованих віртуальних

валют»¹. На підставі аналізу актів законодавства деяких зарубіжних держав та міжнародних актів порівняно з національним законодавством, що регулює правовідносини у сфері обігу віртуальних активів, О. Ушинкіна дійшла висновку, що на рівні законодавства різних країн має місце перехід від поняття «віртуальна валюта» до поняття «віртуальний актив» або «цифровий актив», що є значно ширшим за обсягом. Крім того, вчена звертає увагу, що законодавство більшості держав, визначаючи поняття «віртуальний актив», застосовують прив'язку до технології розподіленого реєстру або будь-якого подібного аналога². На рівні вітчизняного законодавства виникає певна правова невизначеність. Відповідно до п. 13 ч. 1. ст. 1 Закону України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення», віртуальним активом є цифрове вираження вартості, яким можна торгувати в цифровому форматі або переказувати та яке може використовуватися для платіжних або інвестиційних цілей³. Із наведеного в цьому Законі поняття важко зрозуміти, до якої групи об'єктів цивільних прав належать віртуальні активи, зокрема, чи є вони майном⁴. У статті 1 Закону України «Про віртуальні активи» поняття віртуального активу визначене як нематеріальне благо, що є об'єктом цивільних прав, має вартість та виражене сукупністю даних в електронній формі. Існування та оборотоздатність віртуального активу

¹ Овчаренко А. С. Правове регулювання віртуальних активів та криптовалют в Україні: сучасний стан і перспективи. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2020. № 4. С. 200–202.

² Ушинкіна О. А. Концептуальні підходи до визначення поняття «віртуальні активи» в Україні та у світі. *Юридичний вісник*. 2022. № 3 (64). С. 70–77.

³ Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення : Закон України від 6 грудня 2019 р. № 361-ІХ. *Відомості Верховної Ради України*. 2020. № 25. Ст. 171.

⁴ Майданик Р. А. Цифрова річ: поняття та правова природа. *Актуальні проблеми інтелектуального, інформаційного, ІТ та Інтернет-права* : матеріали Шостої всеукр. наук.-практ. конф. (Львів, 29 вересня 2022 р.). Львів : Юрид. ф-т Львів. нац. ун-ту ім. І. Франка, 2022. 314 с.

забезпечується системою забезпечення обороту віртуальних активів; віртуальний актив може посвідчувати майнові права, зокрема права вимоги на інші об'єкти цивільних прав. У той самий час у частині 7 статті 4 цього Закону закріплено, що віртуальні активи (незалежно від їх виду) не є засобом платежу на території України та не можуть бути предметом обміну на майно (товари), роботи (послуги)¹. Р. Майданик зазначає, що цифрова річ за своєю правовою природою є самостійним оборотоздатним нематеріальним майновим об'єктом цивільних прав, на який поширюються положення Цивільного кодексу України про речі, якщо інше не встановлено законом або не впливає із сутності цифрової речі².

Визначена цифровізацією специфіка віртуальної реальності полягає в тому, що, крім використання цифрових форм, аналогічних реальним об'єктам цивільних прав, сучасний віртуальний світ модерується комп'ютерними системами за участю штучного інтелекту з використанням програмних засобів (програмного коду, алгоритму), у результаті з'являється так звана заміщена реальність. Змішана реальність становить собою цифрову форму віртуалізації, яка створює цифрову реальність, суміщену з реальною діями і подіями, що відбуваються, взаємопов'язані і змінюються під впливом цифрових технологій під повним або частковим контролем людини. У середовищі, що модерується комп'ютером, створюються ігрові аспекти, які не мають нічого спільного з віртуальними властивостями та здійснюються автоматично комп'ютером без реальної участі реальних людей. Необхідно враховувати й те, що керуючі віртуальними світам комп'ютери та комп'ютерні програми (програмний код) не збігаються з особистим

¹ Про віртуальні активи : Закон України від 17.02.2022 № 2074-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2074-20> (дата звернення: 18.02.2024).

² Майданик Р. А. Цифрова річ: поняття та правова природа. *Актуальні проблеми інтелектуального, інформаційного, IT та Інтернет-права* : матеріали Шостої всеукр. наук.-практ. конф. (Львів, 29 вересня 2022 р.). Львів : Юрид. ф-т Львів. нац. ун-ту ім. І. Франка, 2022. 314 с.

комп'ютером або домашнім ноутбуком особи, яка бере участь у віртуальних діях. Ці комп'ютери зазвичай розташовуються в окремій великій системі та пов'язані один з одним за принципом хмарних обчислень. Володіння більшістю віртуальних об'єктів набувається та передається іншій особі шляхом запису програмного коду, що виражає належність цифрового об'єкта.

Цифровізація викликала потребу перегляду традиційних цивілістичних підходів щодо сфери використання окремих найбільш використовуваних цивільно-правових конструкцій. Вона визначила принципові відмінності між електронною формою традиційного цивільно-правової конструкції купівлі-продажу товарів або надання послуг (інтернет-торгівля) та передачею прав на віртуальні об'єкти, які не можуть бути використані в реальному світі й не беруть участі в традиційному цивільному обороті.

Подальший розвиток цифрового сегмента цивільного обороту з урахуванням всеохопних процесів цифровізації характеризується наявністю таких негативних тенденцій. По-перше, можливість анонімної участі користувача у віртуальних правочинах, яка полягає в тому, що особа може замаскувати свою особистість під вигаданими іменами, а це може створити перешкоди для виявлення й притягнення до цивільно-правової відповідальності несумлінних користувачів. Адже аватари не мають будь-якого правового статусу реальної особистості, але підкоряючись правилам, встановленим для конкретного віртуального світу у межах відповідного вебсайту, можуть існувати нескінченно довго і весь цей час дискредитувати віртуальний правопорядок. По-друге, можливість створення так званого «несанкціонованого користувацького контенту». Користувачі у віртуальних реальностях можуть створювати свій фіктивний контент, імітуючи окремі віртуальні товари та віртуальні інтернет-магазини, причому оператор віртуального світу у межах відповідного веб-сайту за такі дії не несе цивільно-правової (і жодної іншої юридичної) відповідальності. Отже, це може

привести до можливих порушень не тільки прав інтелектуальної власності, а й інших категорій суб'єктивних цивільних прав. По-третє, реальність майнових наслідків вчинення віртуальних правочинів у цифровому сегменті цивільного обороту також може мати негативний правовий ефект. Наприклад, віртуальні валюти (криптовалюти) фактично є альтернативними недержавними (приватними) засобами забезпечення платежів, розрахунків та нагромадження капіталу і при цьому мають правовий режим фідуціарних (нічим не забезпечених) сурогатів грошей (на противагу грошам у традиційному їх розумінні як єдиного законного засобу здійснення всіх платежів і розрахунків у нашій державі). Незважаючи на це, криптовалюти широко використовуються у сфері обороту як реальних, так і віртуальних товарів, робіт та послуг або оплати віртуальної реклами реальних подій (концерти, конференції, навчання тощо). При цьому постійні коливання курсової вартості нічим не забезпечених криптовалют, а також реальна можливість повного провалу цього ринку, також є «міною уповільненої дії», яка може призвести до суттєвих майнових втрат користувачів, які інвестували в них грошові кошти у їх традиційному значенні.

Цифровізація в сучасних умовах значно розширює творчі можливості користувачів, але разом з тим здатна призводити до виникнення реальної загрози порушення інших категорій належних їм суб'єктивних цивільних прав. Наприклад, у порушенні права на недоторканність приватного життя використання сфотографованих так званими «папараці» зображень, що набули поширення в мережі Інтернет. При цьому цілком очевидно, що несанкціоноване поширення в мережі особистих фото або інших зображень, або створення фіктивних зображень з уявною участю особи можуть завдати потерпілій особі не тільки моральні страждання, а й завдати серйозні репутаційні збитки. Зазначене актуалізує посилення деліктної відповідальності у випадках порушення права на недоторканність приватного життя.

Викладене дозволяє дійти таких висновків. Глобальна цифровізація суспільних процесів, невпинний розвиток мережі Інтернет, інших технологічних платформ та запровадження інших сучасних технологічних рішень, що лежать в основі функціонування новітньої цифрової економіки, зумовили необхідність запровадження нових законодавчих підходів до правового регулювання цих відносин. Однак це не дає підстав для висновку щодо необхідності інституціоналізації нової окремої галузі права, нормативні приписи якої будуть регулювати досліджувані нові відносини. Адже переважна більшість вказаних існуючих та перспективних соціально-правових зв'язків, поява яких викликана процесами цифровізації держави та суспільства, мають приватноправову природу. Особисті немайнові та майнові відносини, що охоплюються процесами цифровізації, загалом підпадають під традиційний механізм цивільно-правового регулювання з деякими можливими винятками чи, навпаки, бажаними нормативними доповненнями, обумовленими специфікою віртуального цифрового середовища. У межах останнього з'являються нові відносини, які потребують застосування нестандартних підходів щодо їх правового регулювання з урахуванням притаманних їм особливостей. Мова йде, наприклад, про відносини за участю штучного інтелекту, правові зв'язки у сфері застосування хмарних комп'ютерних технологій тощо.

Для забезпечення правового регулювання нових груп приватноправових відносин, виникнення яких було обумовлене процесами цифровізації, варто керуватися принципом нормативної універсальності, який передбачає регулювання широкого спектру відносин нормами, максимально пристосованими для перманентного суспільного розвитку і появи нових видів соціально-правових зв'язків. З урахуванням прискорених темпів технологічного прогресу універсальність правових норм означає можливість їх застосування до будь-яких нових відносин без необхідності прийняття нових

нормативних приписів чи вдосконалення наявних. Наприклад, поява нових умов для розвитку відносин у сфері підприємницької діяльності у вигляді формування новітніх цифрових бізнес-моделей підприємництва, створення цифрових технологічних майданчиків (мереж) для розрахунково-кредитних операцій з криптовалютами, обороту цифрових фінансових активів (токени, атомарні свопи та ін.), розроблення децентралізованих електронних бірж криптовалют та майданчиків для первинного розміщення токенів не означає необхідності перегляду відповідного нормативного масиву, що забезпечує їх правове регулювання.

Цифрові технології та глобальна цифровізація створюють необхідні передумови й буквально вимагають виходу на новий рівень всеохопної універсальності сфери цивільно-правового регулювання, яка повинна бути завжди готова до появи все нових і нових видів відносин і обумовлених цим викликів. Адже стрімкий розвиток цифрового сегмента цивільного обороту невинно формує необхідність адаптації традиційних (віками апробованих) правових засобів, закріплених на рівні правових інститутів цивільного права, до нових цифрових суспільних реалій. Під цифровізацією суспільних відносин зазвичай розуміють впровадження сучасних цифрових технологій, що невинно розширюється, у найрізноманітніших сферах людської діяльності. Своєю чергою, цифровізація як чинник динамічного соціально-економічного розвитку забезпечує стрімкий розвиток «цифрової економіки», інституціоналізацію «цифрових» прав, кардинальне змістовне та функціональне оновлення соціально-правових зв'язків у ході розширення напрямів використання глобальної мережі Інтернет та застосування інших новітніх інформаційно-комунікаційних технологій.

Саме цифровізація та розвиток новітніх технологій обумовили появу четвертої промислової революції. Однією з її основних ознак є перехід від віртуального простору технологічних операцій та інформаційних потоків у мережі Інтернет

та на інших інформаційно-комунікаційних платформах до широкого застосування цифрових технологій в усіх сферах життєдіяльності людини: праві, економіці, соціально-культурних відносинах, політиці тощо. Однак ключову роль і тут відіграє приватне право, адже саме останнє забезпечує правове регулювання відносин інформаційно-комунікаційного обміну, отримання та використання всього безкінечного масиву інформації, що міститься в мережі Інтернет.

Епоха цифровізації вітчизняних суспільних відносин у контексті рекодифікації цивільного законодавства України висуває проблему вибору найбільш оптимального підходу до трансформації нормативного регулювання відносин, що опосередковані цифровим сегментом цивільного обороту. Перший підхід може полягати у використанні класичних правових режимів щодо оцифрованих цінних паперів, цифрових речей, криптовалют, оборотоздатних цифрових майнових прав тощо шляхом їх адаптації під «цифровий формат» цих об'єктів цивільних прав. Другий підхід передбачає розроблення спеціального окремого цивільно-правового регулювання для відносин, що охоплюються цифровим сегментом цивільного обороту. Нарешті, як третій можливий підхід варто визнати закріплення за аналогією окремого правового режиму для всіх категорій цифрових майнових благ, суб'єктивні цивільні права на які будуть підпадати під визначення “*sui generis*”. Ураховуючи зміни та доповнення, закріплені на рівні положень ст. 179 прим. 1 ЦК України щодо визначення правового режиму цифрових речей, можна стверджувати, що на сьогодні вітчизняний законодавець надає перевагу першому із наведених можливих законодавчих підходів. Наскільки виправданий цей його вибір — покаже час.

ЗМІСТ

<i>А. С. Довгерт, А. Б. Гриняк</i> Слово про Наталію Семенівну Кузнецову.	15
<i>Н. С. Кузнецова</i> Мій шлях до цивільного права.	21
<i>Р. О. Стефанчук</i> Закон України «Про правотворчу діяльність»: від ідеї до втілення.	43
<i>С. Бієшу</i> Володіння: порівняльний аналіз концепції оновлення Цивільного кодексу України з положеннями цивільного кодексу Республіки Молдова.	60
<i>В. І. Борисова</i> Участь публічних юридичних осіб у цивільних відносинах: до проблеми удосконалення цивільного законодавства.	77
<i>М. М. Великанова</i> Правові наслідки порушення зобов'язання: перегляд підходів до розуміння поняття «цивільно-правова відповідальність».	89
<i>А. Б. Гриняк</i> Оновлення глави 16 Цивільного кодексу України: договори та інші правочини.	103
<i>О. В. Дзера</i> Правовий режим майна загальносоюзних громадських об'єднань (організацій) колишнього Союзу РСР: аналіз проекту закону.	120
<i>І. А. Діковська</i> Міграційний статус і визначення права, застосовуваного до приватних відносин з іноземним елементом.	137
<i>А. С. Довгерт</i> Міжнародний вимір приватного права: погляд у майбутнє.	151
<i>Ю. М. Жорнокуй</i> Інститут юридичної особи в контексті розвитку цивільного права України: проблеми удосконалення конструкції.	176
<i>І. Р. Калаур</i> Правове регулювання постмортального відтворення в контексті оновлення Цивільного кодексу України.	200
<i>Р. Кніпер</i> Господарський кодекс — символ українського нездужання.	211

В. М. Коссак

Правова природа майнових прав інвестора на об'єкт житлової нерухомості,
який буде споруджений у майбутньому. 224

О. О. Кот

Загальні засади оновленого цивільного законодавства. 237

О. В. Кохановська

Майбутнє права інтелектуальної власності в пропозиціях оновлення
загальних положень Книги четвертої ЦК України з урахуванням
європейського вектору розвитку вітчизняного законодавства. 258

Л. В. Красицька

Засоби усунення прогалин у цивільному та сімейному праві. 278

Л. Г. Лічман

Оновлення основних положень сервітутного права України. 298

Н. В. Міловська

Удосконалення правового регулювання договірних відносин
зі страхування в умовах рекодифікації Цивільного кодексу України. 308

О. О. Отраднава

Визначення розміру компенсації моральної шкоди:
психологічна підтримка юриспруденції. 328

С. О. Погрібний

До питання про визначення норми цивільного права. 342

Я. М. Романюк

Цивільно-правові наслідки визнання правочину недійсним:
чи потрібні зміни? 356

О. Ю. Серьогін

Приватне право: погляд у майбутнє. 368

С. О. Сліпченко

Цифрова річ: правова реальність або юридична невизначеність. 381

М. О. Стефанчук

Місце «динамічної» правоздатності фізичної особи в сучасній
цивілістичній доктрині України. 415

М. К. Сулейменов, Ф. С. Карагузов

Концепція рекодифікації ЦК України та модернізація ЦК Казахстану:
порівняльний аналіз основних ідей. 450

Г. О. Ульянова

Цивільне право та штучний інтелект: актуальні питання
майбутнього взаємовпливу. 494

Н. В. Федорченко

Виконання договірних зобов'язань: перспективи оновлення
цивільного законодавства України. 508

Є. О. Харитонов, О. І. Харитонова

Цивільне право України — термінологія в очікуванні змін. 523

М. М. Хоменко

Перспективи регулювання недоговірних відносин
у Цивільному кодексі України. 536

В. В. Цюра

Видача довіреності як односторонній правочин. 547

Г.-Й. Шрамл

Думки про реформу юридичної освіти в Україні. 564

І. Є. Якубівський

Перспективи оновлення Цивільного кодексу України щодо об'єктів права
інтелектуальної власності. 580

В. Л. Яроцький

Вплив цифровізації на окремі сфери цивільно-правового регулювання. 601

Наукове видання

ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО УКРАЇНИ: ПОГЛЯД У МАЙБУТНЄ

Збірник наукових праць до 70-річчя з дня народження
Наталії Семенівни Кузнецової

Обкладинка	<i>А. Юдашкіна</i>
Верстка	<i>Н. Ковальчук</i>
Коректура	<i>О. Конек</i>
Технічне редагування	<i>О. Гринюк</i>



ЮРИДИКА
ВИДАВНИЦТВО

Підписано до друку 04.03.2024 р. Формат 70х90/16.
Папір офсетний. Гарнітура Times. Цифровий друк.
Ум. друк. арк. 45,48. Наклад 300.
Замовлення № 016/0324.
Віддруковано з готового оригінал-макета.

Видавництво і друкарня — Видавництво «Юридика»
65101, Україна, м. Одеса, вул. Інглєзі, 6/1
Телефони: +38 (095) 934 48 28, +38 (097) 723 06 08
E-mail: mailbox@juridica.od.ua
Свідоцтво суб'єкта видавничої справи
ДК № 7653 від 18.08.2022 р.