

МІНІСТЕРСТВО ВНУТРІШНІХ СПРАВ УКРАЇНИ
ХАРКІВСЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
ВНУТРІШНІХ СПРАВ

**СУЧАСНІ ПРОБЛЕМИ
ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА ТА ПРОЦЕСУ**

Навчальний посібник

За редакцією
Ю. М. Жорнокуя та Л. В. Красицької

Харків
«Право»
2017

УДК 347+347.9](477)(075.8)
ББК 67.9(4.УКР)304я73+67.9(4УКР)310я73
С89

*Рекомендовано до друку вченою радою
Харківського національного університету внутрішніх справ
(протокол № 11 від 28.11.2017 р.)*

Рецензенти:

Н. С. Кузнцова – доктор юридичних наук, професор, академік Національної академії правових наук України, заслужений діяч науки і техніки України, професор кафедри цивільного права, Київський національний університет імені Тараса Шевченка;

І. С. Канзафарова – доктор юридичних наук, професор, заслужений юрист України, завідувач кафедри цивільно-правових дисциплін, Одеський національний університет імені І. І. Мечникова;

К. В. Гусаров – доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри цивільного процесу, Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Авторський колектив :

О. Є. Аврамова – теми 7 (§ 9), 15 (§ 1–7); **О. І. Антонюк** – теми 7 (§ 3, 12–15), 14, 15 (§ 8–16); **М. П. Апанасюк** – тема 7 (§ 1, 2, 4, 5); **В. І. Борисова** – тема 1 (§ 4–6); **Е. В. Вакулович** – тема 9 (§ 9, 11); **І. В. Венедіктова** – тема 1 (§ 8); **Н. О. Горобець** – тема 4; **В. В. Городовенко** – тема 12 (§ 1–5); **Н. А. Д'ячкова** – теми 2 (§ 1–3), 11 (§ 10, 11, 20); **В. Ю. Євко** – тема 11 (§ 14–16); **Ю. М. Жорнокуй** – вступ, теми 2 (§ 6, 7), 9 (§ 2); **В. Г. Жорнокуй** – тема 2 (§ 8); **С. А. Загородній** – тема 9 (§ 10); **О. Л. Зайцев** – тема 3 (§ 9–11; 13, 14); **Т. С. Кириченко** – тема 11 (§ 5–7); **Л. В. Красицька** – вступ, теми 1 (§ 7, 9–12, 14, 15), 6 (§ 6), 7 (§ 19), 9 (§ 1, 8); 11 (§ 1–4, 8, 9, 12, 13, 17–19); **В. А. Кройтор** – тема 13 (§ 1–5); **О. Є. Кухарев** – тема 10 (§ 5–9); **О. В. Мороз** – тема 10 (§ 1–4); **О. В. Піхурець** – тема 8; **О. С. Погребняк** – тема 13 (§ 10); **А. С. Савченко** – теми 7 (§ 6–8, 10), 9 (§ 3); **Я. М. Садикова** – тема 5; **О. В. Сингубов** – теми 3 (§ 12), 9 (§ 4–7); **С. О. Сліпченко** – теми 3 (§ 1, 2), 6 (§ 1–4); **О. В. Соколов** – тема 6 (§ 5); **І. В. Спасиво-Фатєєва** – тема 1 (§ 16–19); **Т. В. Степаненко** – теми 12 (§ 6–8), 13 (§ 6–9); **І. І. Сядриста** – тема 2 (§ 5); **М. А. Тіхонова** – тема 9 (§ 12–15); **Ю. І. Чалий** – тема 2 (§ 4); **Н. В. Шишка** – тема 1 (§ 13); **О. Р. Шишка** – тема 1 (§ 3); **Р. Б. Шишка** – тема 1 (§ 1, 2); **О. М. Шуміло** – тема 7 (§ 11, 16–18); **В. Л. Яроцький** – тема 3 (§ 3, 4); **С. В. Ясечко** – тема 3 (§ 5–8)

ISBN 978-966-937-320-5

© Сліпченко С. О., Сингубов О. В.,
Кройтор В. А. та ін., 2017

ЗМІСТ

ПЕРЕЛІК СКОРОЧЕНЬ.....	11
ВСТУП	13
ТЕМА 1. ПРОБЛЕМИ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНИ. ДЖЕРЕЛА ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА. ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО ЯК НАУКА.....	15
§ 1. Поняття та система українського приватного права.....	15
§ 2. Цивільне право в системі права України. Проблема дуалізму приватного права України та співвідношення цивільного права з господарським	18
§ 3. Теорії та підходи до визначення предмета цивільного права та його ролі в розмежуванні галузей права	22
§ 4. Метод цивільно-правового регулювання суспільних відносин, його особливості	35
§ 5. Традиційні та сучасні погляди на функції цивільного права.....	37
§ 6. Проблеми визначення принципів цивільного права.....	39
§ 7. Загальні положення про здійснення цивільних прав та захист цивільних прав та інтересів.....	40
§ 8. Охоронювані законом інтереси як об'єкти цивільно-правового захисту.....	46
§ 9. Проблеми визначення джерел цивільного права	51
§ 10. Цивільне право та цивільне законодавство. Співвідношення позитивного цивільного права та природного цивільного права. Співвідношення загального і спеціального законодавства.....	54
§ 11. Аналогія закону і аналогія права	60
§ 12. Лібералізація українського вчення про тлумачення норм права: доктрина «добудови» права	63
§ 13. Договір як регулятор цивільних відносин	66
§ 14. Звичай як регулятор цивільних відносин	71
§ 15. Правове значення судової практики та роз'яснень вищих судових інстанцій. Рішення Європейського суду з прав людини у системі джерел цивільного права України	74
§ 16. Предмет науки цивільного права.....	78
§ 17. Методологія цивільного (приватного) права	81

§ 18. Значення науки цивільного права.....	85
§ 19. Актуальні проблеми та завдання науки цивільного права.....	90

ТЕМА 2. ВЧЕННЯ ПРО СУБ'ЄКТИ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА..... 98

§ 1. Суб'єкти цивільного права та учасники цивільних правовідносин.....	98
§ 2. Фізична особа – суб'єкт цивільних відносин. Правосуб'єктність фізичної особи. Співвідношення правоздатності та суб'єктивних прав фізичних осіб.....	102
§ 3. Цивільна дієздатність фізичних осіб, її зміст та види. Емансипація неповнолітніх.....	114
§ 4. Окремі проблемні аспекти цивільної дієздатності неповнолітніх.....	123
§ 5. Проблема індивідуалізації фізичної особи. Фізична особа – підприємець. Право фізичної особи на здійснення підприємницької діяльності.....	125
§ 6. Проблематика конструкції «юридичної особи». Ознаки юридичної особи. Цивільна правосуб'єктність юридичної особи.....	131
§ 7. Проблема систематизації юридичних осіб. Юридичні особи приватного права та юридичні особи публічного права. Правова природа установчих документів юридичної особи.....	145
§ 8. Публічно-правові утворення як учасники цивільних відносин. Держава Україна, Автономна Республіка Крим, територіальні громади як учасники цивільних правовідносин. Цивільна правосуб'єктність держави.....	156

ТЕМА 3. ОБ'ЄКТИ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВ. ПРАВОЧИНИ..... 166

§ 1. Поняття об'єкта цивільних прав та об'єкта цивільних правовідносин.....	166
§ 2. Обороздатність об'єктів цивільних прав.....	169
§ 3. Цінні папери як об'єкти цивільних прав.....	172
§ 4. Гроші та валютні цінності як об'єкти цивільних прав.....	176
§ 5. Гносеологія поняття та ознаки правочину.....	179
§ 6. Проблеми класифікації правочинів та її співвідношення з класифікацією зобов'язань.....	187
§ 7. Форма правочину та правові наслідки її недодержання.....	191
§ 8. Електронні правочини.....	195
§ 9. Недійсність правочину: поняття, ознаки.....	199
§ 10. Правова природа недійсного правочину.....	202
§ 11. Нікчемні та оспорювані правочини.....	207

§ 12. Підстави визнання нікчемного правочину дійсним (конвалідації правочину)	214
§ 13. Загальні та особливі правові наслідки недійсності правочину.....	218
§ 14. Реституція у цивільному праві.....	219
ТЕМА 4. СТРОКИ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ	224
§ 1. Поняття та правова природа строків у цивільному праві.....	224
§ 2. Проблемні питання визначення та обчислення строків у цивільному праві	228
§ 3. Проблемні питання застосування позовної давності в цивільному праві.....	232
ТЕМА 5. ПРЕДСТАВНИЦТВО У ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ.....	237
§ 1. Поняття та види представництва в цивільному праві	237
§ 2. Представництво прав та інтересів юридичної особи: проблемні питання.....	241
§ 3. Розмежування дій представника від дій інших осіб у цивільному праві.....	244
ТЕМА 6. ВЧЕННЯ ПРО ОСОБИСТІ НЕМАЙНОВІ ПРАВА	248
§ 1. Проблема визначення місця особистих немайнових прав у системі права	248
§ 2. Здатність юридичної особи мати особисті немайнові права	253
§ 3. Захист порушених особистих немайнових прав	256
§ 4. Відшкодування (компенсація) моральної шкоди як спосіб захисту особистих немайнових прав.....	261
§ 5. Проблемні питання захисту прав на повагу до честі та гідності фізичної особи, права на недоторканність ділової репутації фізичної та юридичної особи.....	263
§ 6. Проблемні питання компенсації моральної шкоди юридичній особі. Компенсація моральної шкоди юридичній особі в практиці Європейського суду з прав людини	269
ТЕМА 7. КОНЦЕПТУАЛЬНІ ПОЛОЖЕННЯ ПРО РЕЧОВЕ ПРАВО....	275
§ 1. Поняття та ознаки речового права.....	275
§ 2. Види та система речових прав	279
§ 3. Власність і право на мирне володіння майном відповідно до статті 1 Першого Протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод	285

§ 4. Теоретичні конструкції власності та права власності	289
§ 5. Проблематика визначення видів права власності. Довірча власність	295
§ 6. Набуття права власності на новостворене майно та об'єкти незавершеного будівництва	300
§ 7. Момент виникнення права власності у набувача майна за договором	304
§ 8. Набувальна давність як спосіб набуття права власності	308
§ 9. Право на житло та право власності на житло	312
§ 10. Правові наслідки самочинного будівництва	316
§ 11. Право власності на земельну ділянку	320
§ 12. Проблематика захисту права власності	329
§ 13. Речово-правові способи захисту права власності	335
§ 14. Zobov'язально-правові та інші способи захисту права власності	341
§ 15. Визнання необґрунтованими активів та їх витребування	346
§ 16. Земельний сервітут	350
§ 17. Право користування земельною ділянкою для сільськогоспо- дарських потреб (емфітевзис)	362
§ 18. Право забудови земельної ділянки (суперфіцій)	368
§ 19. Особистий сервітут та підстави його припинення	375

ТЕМА 8. ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН У СФЕРІ

ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ, ТВОРЧОЇ ДІЯЛЬНОСТІ..... 382

§ 1. Поняття творчої діяльності та її значення у соціально-економічному розвитку держави	382
§ 2. Поняття права інтелектуальної власності та становлення системи правової охорони об'єктів права інтелектуальної власності	388
§ 3. Система права інтелектуальної власності	402
§ 4. Основні інститути права інтелектуальної власності (фактологічна, реєстраційна система та фактична монополія)	405
§ 5. Виникнення та розвиток теорій походження права інтелектуальної власності	408
§ 6. Співвідношення права власності та права інтелектуальної власності: спільні риси та відмінні ознаки	421
§ 7. Суб'єкти права інтелектуальної власності	424
§ 8. Об'єкти права інтелектуальної власності	432
§ 9. Доктринальні підходи щодо визначення змісту права інтелектуальної власності	440

§ 10. Особисті немайнові права та майнові права на об'єкти права інтелектуальної власності	447
--------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

ТЕМА 9. ТЕОРЕТИЧНІ ПОЛОЖЕННЯ ПРО ЗОБОВ'ЯЗАННЯ 464

§ 1. Проблема уніфікації зобов'язального права та її детермінізм. Підходи до класифікації зобов'язань	464
§ 2. Проблемні питання застосування видів забезпечення виконання зобов'язань.....	467
§ 3. Розмежування завдатку та авансу.....	472
§ 4. Грошові зобов'язання: поняття, правові наслідки порушення	477
§ 5. Проценти у цивільному праві та особливості їх стягнення	479
§ 6. Правові наслідки порушення зобов'язань. Теоретичні конструкції цивільно-правової відповідальності.....	481
§ 7. Збитки та неустойка як основні форми цивільно-правової відповідальності.....	484
§ 8. Проблемні питання звільнення від цивільно-правової відповідальності.....	487
§ 9. Проблемні питання укладення, виконання, зміни та розірвання договору.....	491
§ 10. Проблемні питання визнання договору неукладеним.....	499
§ 11. Попередній та публічний договори у цивільному праві	503
§ 12. Деліктні зобов'язання	507
§ 13. Елементи <i>corpus delikti civile</i>	511
§ 14. Проблемні питання відшкодування шкоди, завданої джерелом підвищеної небезпеки	518
§ 15. Проблемні питання відшкодування шкоди, завданої незаконними діями органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, органів досудового розслідування, прокуратури та суду.....	524

ТЕМА 10. ЗАГАЛЬНІ ПОЛОЖЕННЯ ПРО СПАДКУВАННЯ..... 528

§ 1. Теоретичні проблеми спадкового права	528
§ 2. Право на спадкування.....	532
§ 3. Визначення кола спадкоємців, підстави усунення від спадкування	534
§ 4. Об'єкти спадкового правонаступництва.....	539
§ 5. Спадкування за заповітом. Види заповітів	543
§ 6. Право на обов'язкову частку у спадщині та його реалізація	550
§ 7. Здійснення права на спадкування.....	554

§ 8. Виконання заповіту. Повноваження виконавця заповіту. Здійснення повноважень виконавцем заповіту	559
§ 9. Проблемні питання укладення, розірвання спадкового договору.....	565

ТЕМА 11. ПРОБЛЕМИ СІМЕЙНОГО ПРАВА 570

§ 1. Проблема визначення місця сімейного права в системі права	570
§ 2. Сім'я як об'єкт правової охорони.....	573
§ 3. Проживання жінки та чоловіка, які не перебувають у шлюбі між собою або в будь-якому іншому шлюбі, як підстава створення сім'ї (фактичні шлюбні відносини).....	578
§ 4. Дія сімейного законодавства у часі. Застосування до регулювання сімейних відносин Цивільного кодексу України	581
§ 5. Форми захисту сімейних прав та інтересів.....	588
§ 6. Самозахист сімейних прав	592
§ 7. Відшкодування моральної шкоди за сімейним законодавством України.....	594
§ 8. Застосування позовної давності в сімейному праві	597
§ 9. Відповідальність у сімейному праві. Санкції у сімейному праві	599
§ 10. Проблемні питання визначення походження дитини від батьків.....	602
§ 11. Вирішення спорів, пов'язаних з вихованням та місцем проживання дітей	607
§ 12. Проблемні питання особистих немайнових відносин членів сім'ї	612
§ 13. Проблемні питання виникнення права спільної сумісної власності подружжя на майно, що належало дружині, чоловікові, та укладення одним із подружжя договору в інтересах сім'ї	616
§ 14. Правовий режим земельних ділянок та житла, набутих чоловіком, дружиною внаслідок приватизації	619
§ 15. Корпоративні права подружжя	626
§ 16. Правовий режим кредитних коштів, одержаних одним із подружжя в шлюбі	632
§ 17. Укладення батьками правочинів щодо майнових прав дитини.....	638
§ 18. Проблемні питання утримання (аліментування) учасників сімейних правовідносин	642
§ 19. Відповідальність за прострочення сплати аліментів, оплати додаткових витрат на дитину.....	648
§ 20. Проблемні питання влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування	650

ТЕМА 12. СУДОВА ВЛАДА ТА ПРАВОСУДДЯ В ЦИВІЛЬНИХ СПРАВАХ. ВЧЕННЯ ПРО ЦИВІЛЬНІ ПРОЦЕСУАЛЬНІ ВІДНОСИНИ	655
§ 1. Проблеми розвитку форм захисту прав та законних інтересів осіб	655
§ 2. Вплив реформування приватного права на розвиток цивільної юрисдикції	659
§ 3. Судова система України: стан та перспективи розвитку	663
§ 4. Поняття правосуддя в цивільних справах.....	666
§ 5. Проблеми доступності правосуддя та правової допомоги.....	668
§ 6. Поняття цивільних процесуальних правовідносин та передумови їх виникнення	672
§ 7. Суб'єкти цивільних процесуальних правовідносин	677
§ 8. Суд як суб'єкт цивільних процесуальних правовідносин. Особи, які беруть участь у справі. Правове положення сторін у цивільному судочинстві. Правове положення третіх осіб у цивільному судочинстві. Проблеми участі прокурора в цивільному судочинстві. Представництво у цивільному судочинстві.....	679

ТЕМА 13. ПРОБЛЕМА ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ, СИСТЕМИ ТА ЗМІСТУ ОКРЕМИХ ПРИНЦИПІВ ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВА. ПОНЯТТЯ ТА ЗНАЧЕННЯ ЦИВІЛЬНОЇ ПРОЦЕСУАЛЬНОЇ ФОРМИ.....	687
§ 1. Проблема визначення поняття принципів цивільного процесуального права	687
§ 2. Проблема системи принципів цивільного процесуального права.....	690
§ 3. Поєднання диспозитивності та процесуальної активності суду як принцип цивільного судочинства.....	693
§ 4. Поєднання змагальності та процесуальної активності суду як принцип цивільного судочинства	696
§ 5. Принцип поєднання засад рівноправності сторін та забезпечення балансу їх рівних правових можливостей	698
§ 6. Поняття та значення цивільного процесу (цивільного судочинства). Стадії цивільного судочинства	701
§ 7. Поняття цивільної процесуальної форми (суть, основні риси та значення).....	705
§ 8. Позовна форма захисту цивільних прав та інтересів громадян та організацій	707

§ 9. Наказне провадження	712
§ 10. Окреме провадження	715
ТЕМА 14. ПРОБЛЕМИ ПРОЦЕСУАЛЬНИХ СТРОКІВ	720
§ 1. Поняття, види процесуальних строків	720
§ 2. Початок перебігу процесуальних строків	724
§ 3. Закінчення процесуальних строків	725
§ 4. Зупинення процесуальних строків	726
§ 5. Наслідки пропущення процесуальних строків	728
§ 6. Поновлення та продовження процесуальних строків	729
ТЕМА 15. ПРОБЛЕМИ ДОКАЗУВАННЯ ТА ДОКАЗІВ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ. ПРОБЛЕМИ ПЕРЕГЛЯДУ СУДОВИХ РІШЕНЬ	735
§ 1. Поняття доказів та доказування у цивільному процесі	735
§ 2. Доказові факти	739
§ 3. Предмет доказування	741
§ 4. Правові презумпції (поняття, значення)	743
§ 5. Класифікація доказів	745
§ 6. Забезпечення доказів	748
§ 7. Підстави, способи і порядок забезпечення доказів	750
§ 8. Право апеляційного та касаційного оскарження	753
§ 9. Строки апеляційного та касаційного оскарження	758
§ 10. Форма і зміст апеляційної та касаційної скарги	762
§ 11. Порядок розгляду справи апеляційним та касаційним судами	767
§ 12. Межі розгляду справи апеляційним та касаційним судами	770
§ 13. Повноваження судів апеляційної та касаційної інстанції	772
§ 14. Апеляційне та касаційне оскарження ухвал суду першої інстанції	779
§ 15. Особливості перегляду судових рішень Верховним Судом України	784
§ 16. Правовий статус Верховного Суду України	789
СПИСОК ЛІТЕРАТУРИ	793
ТЕРМІНОЛОГІЧНИЙ ПОКАЖЧИК	800
ВІДОМОСТІ ПРО АВТОРІВ	803

ПЕРЕЛІК СКОРОЧЕНЬ

- АРК – Автономна Республіка Крим
АТ – акціонерне товариство
БК України – Бюджетний кодекс України від 8 липня 2010 р.
ВАСУ – Вищий адміністративний суд України
ВГСУ – Вищий господарський суд України
ВК України – Водний кодекс України від 6 червня 1995 р.
ВОІС – Всесвітня організація інтелектуальної власності
ВР України – Верховна Рада України
ВССУ – Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ
ВС України – Верховний Суд України
ГК України – Господарський кодекс України від 16 січня 2003 р.
ГПК України – Господарський процесуальний кодекс України від 6 листопада 1991 р.
ЄС – Європейський Союз
ЄСПЛ – Європейський суд з прав людини
ЖБК – житлово-будівельні кооперативи
ЗК України – Земельний кодекс України від 25 жовтня 2001 р.
КАС України – Кодекс адміністративного судочинства України від 6 липня 2005 р.
КМ України – Кабінет Міністрів України
КК України – Кримінальний кодекс України
КПК України – Кримінальний процесуальний кодекс України
КпШС України – Кодекс про шлюб та сім'ю України
КС України – Конституційний Суд України
КУпАП України – Кодекс України про адміністративні правопорушення від 7 грудня 1984 р.
КУпН – Кодекс України про надра від 27 липня 1994 р.
ЛК України – Лісовий кодекс України від 21 січня 1994 р.
ОБГ – особа без громадянства
ОСББ – об'єднання співвласників багатоквартирного будинку
ОСГ – особисте селянське господарство
ПДР України – Правила дорожнього руху України
ПК України – Податковий кодекс України від 2 грудня 2010 р.
Проект ЦПК України від 23 березня 2017 року – проект № 6232 від 23.03.2017 року Закону України «Про внесення змін до Господарського

процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів»

Протокол № 1 – Перший Протокол до Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод

РНК – Рада Народних Комісарів

РФ – Російська Федерація

СК України – Сімейний кодекс України

ст. – стаття

ТДВ – товариство з додатковою відповідальністю

ТОВ – товариство з обмеженою відповідальністю

ЦК України – Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р.

ЦК УРСР – Цивільний кодекс Української Радянської Соціалістичної

Республіки

ЦПК України – Цивільний процесуальний кодекс України

ч. – частина

ВСТУП

Зміни, що відбулися у правовому регулюванні цивільних та цивільних процесуальних відносин, пов'язані насамперед з реформуванням вітчизняного цивільного та цивільного процесуального законодавства торкнулися й основних інститутів цивільного та цивільного процесуального права, не позбавлені уваги як зі сторони правозастосовчих органів, так і науковців. Численні законодавчі новели потребують повноцінного усвідомлення і якісного наукового аналізу, що може бути здійснено лише на основі досягнень науки цивільного права та цивільного процесу. Цивілістична наука застосовує множинність зовсім не рівнозначних категорій та понять. Серед них є такі, що мають основоположне значення, пронизують весь категоріально-понятійний науковий апарат і без яких саме існування правової науки може бути поставлене під великий сумнів. Визначення поняття та сутності таких правових категорій та явищ сприятиме формуванню належного теоретичного рівня знань з проблемних питань сучасної цивілістики.

У зв'язку з існуванням низки проблемних питань у правозастосовчій діяльності чи понять і категорій, які не мають однозначного тлумачення у цивілістичній науці та судовій практиці, виникла потреба на теоретичному рівні зробити спробу їх окреслення у межах забезпечення навчального процесу навчально-методичною літературою. Саме сучасним проблемам цивільного права та процесу присвячений цей навчальний посібник.

У довідкових виданнях «проблема» визначається як складне теоретичне або практичне питання, що потребує вирішення, вивчення, дослідження¹. Однак відповідне розуміння містить загальний, але жодним чином не спеціально-науковий підхід. Проблемну ситуацію визначають як ситуацію наукового безсилля, тобто ситуацію, в якій наука не в змозі виконати свої функції, в т. ч. відповісти на те або інше питання, вирішити те чи інше поставлене перед нею завдання. Проблемна ситуація – це не просто дещо складне, не до кінця зрозуміле або не зовсім зрозуміле, а ситуація, яку наука нездатна пояснити так, щоб пояснення входило у рамки існуючого наукового знання². Саме тому під час підготовки цього навчального посібника було обрано для висвітлення найбільш гострі питання як теоретичного, так і

¹ Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і допов.) / уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. Київ; Ірпінь: ВТФ «Перун», 2005. С. 1143.

² Гражданское право: актуальные проблемы теории и практики / под общ. ред. В. А. Белова. Москва: Юрайт-Издат, 2008. С. 26.

практичного змісту з метою формування у студентів критичного юридичного мислення у контексті їх майбутньої практичної діяльності.

У навчальному посібнику відповідно до навчальної програми з навчальної дисципліни «Сучасні проблеми цивільного права та процесу» в рамках тематики цивільного права аналізуються проблемні питання загальних теоретичних положень цивільного права України, вчення про суб'єкти цивільного права, об'єкти цивільних прав, правочини, строки у цивільному праві, представництво, вчення про особисті немайнові права, концептуальні положення про речове право, правове регулювання відносин, пов'язаних з інтелектуальною, творчою діяльністю, теоретичні положення про зобов'язання, у т. ч. й недоговірні зобов'язання, загальні положення про спадкування, а також проблемні питання сімейного, земельного, корпоративного права.

Цивільні процесуальні відносини представлені актуальними питаннями, пов'язаними з судовою владою та правосуддям у цивільних справах, вченням про цивільні процесуальні правовідносини, принципами цивільного процесуального права, поняттям та значенням цивільної процесуальної форми, проблемами процесуальних строків, доказування та доказів у цивільному процесі, а також порядком перегляду судових рішень.

Поєднання у навчальному посібнику теоретичних та практичних аспектів сприятиме оволодінню нормативно-правовим матеріалом у галузі цивільного права та цивільного процесу, навичками пошуку та вирішення проблемних правових ситуацій, методами правозастосування.

Авторський колектив висловлює глибоку вдячність рецензентам – професорам Кузнецовій Наталії Семенівні, Канзафаровій Ілоні Станіславівні та Гусарову Костянтину Володимировичу за цінні критичні зауваження і поради, висловлені у процесі підготовки цього видання, які будуть враховані під час викладання навчальної дисципліни «Сучасні проблеми цивільного права та процесу».

Колектив авторів навчального посібника сподівається, що викладений у ньому матеріал, сприятиме плідній дискусії з проблемних питань цивільного права та цивільного процесу. Автори будуть вдячні за висловлені критичні зауваження, пропозиції та побажання, спрямовані на удосконалення змісту пропонованого навчального видання, які можна надсилати на електронну адресу кафедри цивільного права та процесу факультету № 6 Харківського національного університету внутрішніх справ: kafcpr@gmail.com.

У навчальному посібнику проаналізовано законодавство станом на 1 вересня 2017 року.

ТЕМА 1. ПРОБЛЕМИ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА УКРАЇНИ. ДЖЕРЕЛА ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА. ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО ЯК НАУКА

Р. Б. Шишка

§ 1. Поняття та система українського приватного права

У доктрині права визнається, що сучасний стан українського приватного права зумовлений формуванням демократичного, соціально орієнтованого суспільства ринкової економіки, що визначає основні напрями розвитку приватного права в умовах проведеної в Україні на початку ХХІ ст. (2001–2003 рр.) кодифікації цивільного, господарського, земельного законодавства¹. *Правовий режим сфери приватного права* являє собою цілісну систему регулятивного впливу, яка створює загальнодозвільний тип регулювання майнових та особистих немайнових відносин, заснованих на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників, забезпечує можливість самовизначення і власних активних дій, спрямованих на виникнення та здійснення суб'єктивних прав і обов'язків у межах, встановлених договором чи законом з метою досягнення певних приватних цілей та інтересів².

Приватне право розглядається як сфера здійснення суб'єктивних цивільних прав між учасниками відносин як приватними особами, як способу реалізації власних приватних (індивідуальних) інтересів на свою користь³. Р. А. Майданик відзначає, що *систему приватного права України* становлять такі її галузеві утворення, як цивільне і сімейне право, а також трудове, господарське, земельне, інші галузі права (зокрема природоресурсне право) в частині, що регулюють горизонтальні відносини, тобто відносини, засновані на юридичній рівності їх учасників. Особливе місце в системі приватного права займає міжнародне приватне право, специфіка якого обумовлена наявністю іноземного елемента і пов'язаним із цим ефектом наднаціонального характеру відповідних відносин, що ускладнює можливість її повного включення до будь-якої національної правової системи⁴.

¹ Правова доктрина України: у 5 т. Т. 3: Доктрина приватного права України / за заг. ред. Н. С. Кузнецової. Харків: Право, 2013. С. 165.

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. 34.

³ Майданик Р. А. Розвиток приватного права України: монографія. Київ: Алерта, 2016. С. 29.

⁴ Правова доктрина України: у 5 т. Т. 3: Доктрина приватного права України / за заг. ред. Н. С. Кузнецової. Харків: Право, 2013. С. 168.

Хоча приватне та публічне право є різними за спрямуванням їх правового впливу та регулювання відносин, але вони взаємопов'язані і не здатні самотійно ідеально врегулювати суспільні відносини. Тому у єдності вони утворюють цілісний правовий порядок, у якому досягається мета правового регулювання – злагода у суспільстві та збалансування загальних інтересів і охоронюваних законом інтересів окремої особи.

Приватне цивільне право регулює особисті немайнові та майнові відносини (цивільні відносини), що засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самотійності їх учасників (ст. 1 ЦК України¹). Ці відносини, вироблені та відточені тисячолітньою практикою, є найбільш поширеними, навіть звичаєвими, започатковані на взаємоповазі та юридичній рівновазі їх учасників, що відображені в конструкції закону. Вони розвиваються на основі ідеї адаптації до законодавства ЄС.

Специфіка цього права полягає у його життєвій зумовленості та природній обов'язковості: з моменту свого народження і до смерті людина має потреби здійснення належних їй прав у приватній сфері, знаходиться під впливом його норм. У ці правовідносини їх учасники вступають здебільшого самотійно задля задоволення своїх потреб та охоронюваних законом інтересів. Це зумовлено об'єктивними економічними, соціальними потребами і може коригуватися суб'єктивними чинниками.

Охоронювані законом інтереси задовольняються людиною, виходячи з її внутрішнього права, внутрішньої культури, виховання. Ці інтереси можуть бути далекоглядними (стратегічними) і найближчими (тактичними). Тактичні інтереси можуть змінюватися на історичних, особливо переломних етапах розвитку суспільства, що проявляється в праві та висхідних ідеях правового регулювання (на користь суспільства, на користь бізнесу, на користь еліти, на користь ідеї, на користь людини, зокрема пересічної). Проте вони є стабільними, що слугує і стабільності законодавства. Якщо потрібні самотійність учасників правовідносин, розкриття потенціалу людини, її розкріпачення, надання як можливості проявити себе та свої інтелектуальні здібності, так можливості для самореалізації майнової самотійності, то пріоритети регулювання змінюються на користь немайнових прав.

Приватне право, як частина правової системи світу та держави, складається переважно з диспозитивних норм як моделі бажаної, зрозумілої та безконфліктної поведінки. Учасникам цих правовідносин визначально надані широкі можливості для реалізації права (здатність мати права) відповідно до їх власного інтересу, можливостей та побутової чи кваліфікованої усвідомленості (обізнаності) самотійно моделювати свої юридично значимі дії. Водночас для

¹ Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. № 435-IV. Відомості Верховної Ради України. 2003. № 40–44. Ст. 356.

регулювання відносин із відшкодування збитків та шкоди застосовано імператив: той, хто їх завдав (деліквент), має відшкодувати їх у повному обсязі, якщо не доведе, що шкода завдана не з його вини.

Приватне право є соціальною цінністю і відображає об'єктивні відносини, що складаються при задоволенні життєвоважливих потреб людини, охоронюваних законом інтересів, обслуговуванні економічного обороту. Воно має глибокі гносеологічні корені і традиції, на яких вироблені сталі підходи, конструкції. За своєю ідеологією сучасне цивільне право і цивільно-правова культура запозичені в римлян та удосконаленого (рафінованого) німецького цивільного права. Проте, на відміну від його стислих формулювань відповідно до слов'янської традиції, воно містить розгорнуті дефініції (поняття) та конкретизує їх у змістовній частині.

Аналіз категорії «приватне право», характеру та його розвитку ґрунтується на використанні системи базових поглядів аксіоматичного характеру, які визнані «методологічними імперативами». Це пояснюється тим, що вони у багатьох випадках здійснюються під конкретним, наперед визначеним кутом зору: припускається, що існують певні стратегічні вектори розвитку права, а у результаті досліджень мають бути вирішені практичні завдання, досягнуто прагматичну мету тощо. Загальновизнано, що у приватноправовій сфері правосуб'єктність учасників цивільних відносин є однаковою і ґрунтується на засадах юридичної рівності чи рівновеликих можливостей, свободи їхньої волі та ініціативності при встановленні правовідносин, а потім – реалізації ними відповідних суб'єктивних прав і обов'язків.

Як би там не було, *приватне право є «важливою складовою загально-людської цивілізації»* (Є. О. Харитонов), проте воно не стабільне і міняється під впливом зовнішніх факторів та потреб.

Сучасною тенденцією розвитку приватного права є зростання кількості уніфікованих актів різного рівня, зокрема міжнародних конвенцій, звичаїв, єдиних законів, що стають моделлю для національних законів. Відмінності правових систем призводять до того, що уніфіковані норми застосовуються на практиці різним чином, а тому мета уніфікованого акта не досягається. Відповідно виникла проблема універсалізації права. Водночас є об'єднувальні тенденції, внаслідок чого глобальною стала проблема єдиного правового простору, зокрема прийняття та розробки Цивільного кодексу ЄС як прояву адаптації цивільного законодавства. Безсумнівно, що в ньому проявляться нові інститути, які спрямовані на обслуговування віртуальних правовідносин та ІТ-технологій.

Р. Б. Шишка

§ 2. Цивільне право в системі права України.

Проблема дуалізму приватного права України та співвідношення цивільного права з господарським

Цивільне як приватне право посідає провідне місце у системі права України, оскільки регулює ті суспільні відносини, які складаються при здійсненні основних прав і свобод людини в особистій та економічній сферах. Воно регулює нормальні людські й економічні відносини, адекватно відтворює їх стан і надає їм правової форми, забезпечує охорону суб'єктивних прав і охоронюваних законом інтересів, а у разі їх порушення – захист.

Цивільне право як приватне право справедливо є базовим у суспільстві та провідним у системі права. Воно започатковане на: 1) теорії інтересу, відповідно до якої право поділяється на дві супергалузі (публічне право, яке стосується інтересів держави, та приватне, що стосується користі окремих осіб); 2) теорії методу правового регулювання, за якою публічне право – сфера влади і підпорядкування, а приватне – свободи й приватної ініціативи; 3) теорії предмета правового регулювання, за якою предметом приватного права є виключно майнові відносини, а предметом публічного – інші; 4) теорії суб'єкта, за якою публічне право регулює відносини особи з державою, а приватне визначає відносини осіб між собою.

Поняття цивільного (приватного) права тлумачиться (розглядається) як:

1) базова галузь права, яка регулює майнові та особисті немайнові відносини між непідпорядкованими, юридично самостійними і автономними суб'єктами права;

2) галузь законодавства (позитивне право) – система закріплених в актах законодавства норм права, які регулюють цивільно-правові відносини (особисті немайнові, майнові та ін.). Цивільне законодавство прийнято ще називати позитивним правом, яке є ядром цивільного права;

3) наука – вчення, теорії, наукові концепції про врегульовані цивільним правом правовідносини та їх елементи, систематику, взаємодію з іншими галузями права тощо;

4) навчальна дисципліна – встановлені кваліфікаційними вимогами до здобувача вищої освіти за програмою курсу «Цивільне право України» основні знання і вміння, яких повинні досягнути особи, що навчаються, а також методи їх викладання.

Місце цивільного права в системі права України зумовлене його функціями та впливом на інші галузі права України. Воно забезпечує охорону основних цінностей: життя людини, її здоров'я честі та гідності, недоторканності і

безпеки (ст. 3 Конституції України¹). Якщо засобами публічного права вони забезпечуються як елемент політики та правової охорони, то цивільне право надає особі можливість самій проявити турботу про себе, своє здоров'я, життя та здоров'я близьких, майно та майнові інтереси. За допомогою договору охорони можна убезпечити себе, своє здоров'я, майнові інтереси, договору страхування – отримати відшкодування збитків при страхових випадках.

Цивільне право, як базова галузь права України, співвідноситься з публічно-правовими галузями права, чому сприяє ряд обставин: чистих галузей права майже не буває; юридичні факти в окремих галузях зумовлюють виникнення цивільних правовідносин. У цьому проявляється міжгалузевий зв'язок цивільного права з іншими галузями законодавства. Так, збитки, що завдані адміністративними правопорушеннями та злочинами, є підставами виникнення цивільних правовідносин, але встановлюються на етапі досудового розслідування та судового акту як преюдиції. Матеріали відповідних справ та рішення суду за ними мають преюдиціальне значення для вирішення позовів про відшкодування завданої шкоди.

За справами приватного обвинувачення допускається конкуренція способів захисту порушеного права, особливо стосовно захисту немайнових особистих прав. Акти органів державної влади, органів влади АРК або органів місцевого самоврядування можуть слугувати підставою для виникнення цивільних прав та обов'язків (ч. 4 ст. 11 ЦК України). Так, прийняте рішення органу виконавчої влади чи органу місцевого самоврядування (адміністративний акт) про викуп земельних ділянок, інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, для суспільних потреб припиняє право власності на вказану земельну ділянку у власника та породжує обов'язок особи, що прийняла рішення про викуп, відшкодувати її вартість та інші втрати власника.

Існує тісна взаємодія цивільного права з фінансовим і податковим правом, особливо при визначенні операцій (договорів) з матеріальними активами як бази для оподаткування. Це проявляється у ціновій політиці, встановленні твердих цін на товари першої необхідності. Особливе значення такий взаємозв'язок набуває для юридичних осіб публічного права, які виконують державні функції чи завдання органів місцевого самоврядування і у господарській сфері діють під пильним наглядом держави в особі Рахункової палати України при витрачанні бюджетних коштів.

Цивільне право є висхідним для блоку інших приватноправових галузей права і законодавства. Це пояснюється положеннями абз. 3 ч. 2 ст. 4 ЦК України, де вказано, що якщо суб'єкт права законодавчої ініціативи подав до ВР України законопроект, який регулює цивільні правовідносини інакше, ніж

¹ Конституція України від 28.06.1996 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.

ЦК України, він зобов'язаний одночасно подати проект закону про внесення змін до ЦК України.

Сімейне право, хоча й розвивається дещо автономно, проте регулює ті ж самі особисті немайнові та майнові відносини, але між відносно замкнутим колом осіб. Члени сім'ї та подружжя будують свої відносини на довірі, взаємній турботі, взаємній відповідальності.

З визнанням здатності до праці товаром проявляється більш тісний взаємозв'язок цивільного права з трудовим правом, зокрема відшкодування збитків, що завдані при виконанні трудових обов'язків, має ті ж ознаки, що і в цивільному праві. Роботодавець, який відшкодував потерпілому шкоду, заподіяну з вини його працівника, має право регресного звернення до свого винного працівника.

Цивільне право зумовлює предмет та особливості господарського і підприємницького права. У частині регулювання майнових відносин і товарообороту вони – насправді цивільне право. Це також стосується таких галузей законодавства як інвестиційне, корпоративне та кооперативне право. Гарантуючи свободу власності та свободу договору, цивільне право, тим самим, визначає зміст інших галузей права. Це інколи зумовлює необхідність субсидіарного застосування норм різних галузей права: цивільного та земельного, цивільного і трудового, цивільного та екологічного. Так, договір оренди земельних ділянок врегульовано ЦК України, ЗК України¹ та Законом України «Про оренду землі»².

Традиція відокремлення кодифікації норм торговельного права від інших норм приватного (цивільного) права викликала явище, що називається *дуалізмом приватного права*³. Проблема дуалізму приватного права існувала тільки у континентальній правовій системі, оскільки у Великій Британії та Сполучених Штатах Америки через особливості розвитку системи загального права вони не зазнали галузевого поділу у розумінні, яке притаманне континентальній правовій системі, хоча не можна не рахуватися з тим, що торговельні звичаї містяться і у прецедентному праві⁴.

У юридичній літературі як визначальну рису зарубіжного права зазначають дуалізм приватного права, тобто наявність у ньому ознак цивільного і торговельного, а наразі господарського права. Якщо торговельне право виникло у середньовіччі як «право комерсантів і торгових товариств» для регулю-

¹ Земельний кодекс України від 25.10.2001 р. № 2768-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2002. № 3-4. Ст. 27.

² Про оренду землі: Закон України від 06.10.1998 р. № 161-XIV. *Відомості Верховної Ради України*. 1998. № 46-47. Ст. 280.

³ Цивільне право: підручник: у 2 т. Т. 1 / за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. Харків: Право, 2011. С. 8.

⁴ Там само. С. 9.

вання купецьких відносин, зокрема у міжнародній морській торгівлі, то сучасне торговельне право тісно переплетене з цивільним і досі зберігає свою автономність. Цьому сприяє те, що норми позитивного права окремих інститутів приватного права поміщені як в ГК України¹, так і в ЦК України; значна частина норм ГК України є бланкетними; чіткого розмежування сфери їх дії не проведено; адміністративний вплив на господарські правовідносини суттєво звужено; проблема штучно підтримується, навіть актуалізується до несприйняття. Проте досі поряд з цивільними, є торговельні та господарські кодекси і суди: перші – данина традиції та уникнення кардинальних рішень у правовій системі країн. Тож у ФРН, Іспанії, Японії та багатьох інших країнах окремо викладаються (часто самостійними кафедрами) курси цивільного і торговельного, і господарського права, що склалось історично і в Україні. У правовій системі багатьох зарубіжних країн, насамперед таких, як ФРН, Японія та ін., юристи виділяють «господарське право», різні інститути якого належать або до приватного, або до публічного права. Це, зокрема, правові інститути, названі «правом підприємства» і «картельним правом». Крім того, до сфери дії «особливого господарського права» включаються, наприклад, «страхове господарство», «кредитне господарство», «енергетичне господарство» і «транспортне господарство».

Варто зазначити, що в юридичній літературі тривалий час ведуться гострі дискусії з приводу дуалізму приватного права, співвідношення цивільного та господарського права, науки цивільного та господарського права, доцільності існування ЦК і ГК України². Як зауважує В. А. Белов, актуальність проблеми дуалізму приватного права – в її еволюції; хід якої чи не найбільш наочно демонструє пряму й безпосередню залежність системи правового регулювання від умов суспільного життя. Урок, який отримується із вивчення історичного процесу еволюції проблеми дуалізму приватного права, може бути сформульований приблизно так: відстоювати самостійність торговельного права як підрозділу права приватного або, тим більш, комплексного приватно-публічного утворення можливо тільки у тій мірі, в якій об'єктивно-історичні умови існування і функціонування економічної системи того чи іншого суспільства

¹ Господарський кодекс України від 16.01.2003 р. № 436-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. №№ 18–22. Ст. 144.

² Иоффе О. С., Красавчиков О. А. О критике науки и научности критики. *Правовая наука Казахстана* / отв. ред. М. А. Ваксберг. Казахский гос. ун-т им. С. М. Кирова. Алма-Ата, 1978. С. 119–131; Знаменский Г. Л. Блеск и нищета современной цивилистики. *Экономика и право*. 2004. № 2; 2005. № 1; 2005. № 2; Спасибо-Фатеева И. ХК – теракт «хозяйственников» или Цивилисты предупреждают: Хозяйственный кодекс опасен для Украины. *Юридическая практика*. 2004. 24 февраля. С. 18; Спасибо-Фатеева И. Украинские кодексы на хуторе близ Европейского Союза. *Юридическая практика*. 2004. 13 апреля. С. 16–17.

знесилюють або виключають застосування тих чи інших норм цивільного права до відносин за участю підприємців¹.

Водночас можна говорити й про існування *концепції плюралізму приватного права*, що викликано як у розумінні системи приватного права в цілому, так і співвідношення цивільного та торговельного права. Так, Д. Лайполд (ФРН) розглядає в приватному праві різнопорядкові категорії – цивільне та торговельне право як галузі права та окремі вхідні у них інститути: право товариств (Gesellschaftsrecht), право нематеріальних благ (Immaterialgüterrecht), яке багатьма називається правом інтелектуальної власності, і навіть приватне страхове право (Privatversicherungsrecht). При цьому, на його погляд, особливі труднощі викликає «вмонтування» у систему приватного права галузі трудового права, оскільки останнє містить багато норм публічно-правового характеру. Навпаки, існує думка, що торговельне право є правом торговців і промисловців, або особливим приватним правом торгових людей, серед «споріднених галузей права», коли цивільне право – це «загальне приватне право», торговельне право – «спеціальне приватне право». Незважаючи на відмінності окремих галузей або інститутів приватного права зарубіжних країн, їм притаманні дві спільні риси: вони регулюють майнові і пов'язані з ними особисті немайнові відносини на засадах формальної юридичної рівності учасників. Відмінності стосуються насамперед характеру і кола суб'єктів регульованих ними комплексів відносин: власності, зобов'язальних, сімейних, трудових, авторських та інших.

О. Р. Шишка

§ 3. Теорії та підходи до визначення предмета цивільного права та його ролі в розмежуванні галузей права

Предмет цивільного права має важливе значення, ним окреслюються його межі, за рахунок чого формуються та визначаються функції, система джерел, а також завдання, які вирішуються цивільним правом. Предмет цієї галузі права вказує на що найбільш значиме спрямовується упорядковуючий вплив норм цивільного права, які визначають напрямок їх «руху» через ідеально-модельні схеми поведінки учасників відповідних суспільних відносин.

Підходи до формування предмета цивільного права цілком залежні від правової системи, яка існує в державі. Тому питання про предмет цивільного права варто розглядати у двох аспектах – на рівні законодавства та правової доктрини. І недаремно Н. С. Кузнецовою зазначається, що настав час, щоб осмислити як сам предмет цивільного права, так і його методологічні засади у

¹ Белов В. А. Гражданское право: актуальные проблемы теории и практики / под общ. ред. В. А. Белова. Москва: Изд-во Юрайт. 2009. С. 80.

контексті принципово нових підходів до регулювання цивільно-правових відносин з позицій громадянського суспільства та ринкової економіки¹.

Законодавство про предмет цивільного права. Відповідно до ч. 1 ст. 1 ЦК України цивільним законодавством регулюються особисті немайнові та майнові відносини (цивільні відносини), засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників. Цим положенням не тільки закріплена якісно відмінна група суспільних відносин з назвою «цивільні відносини», але й встановлені ознаки, за якими вона визначається: юридична рівність, вільне волевиявлення, майнова самостійність їх учасників (далі – тріада). Усі перелічені ознаки в їх сукупності є легалізацією природних властивостей тих відносин, що регулюються цивільним законодавством України. Це вказує й на те, що відносини, які не мають таких ознак, не підпадають під сферу регулювання цивільним законодавством України, якщо інше не встановлено законом.

Наявність вказаних ознак, що характеризують цивільні відносини, є необхідною, але недостатньою умовою. У більш розгорнутому вигляді цивільними є лише ті відносини, які відповідають сукупно таким ознакам:

1) засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників (ч. 1 ст. 1 ЦК України); 2) за своїм характером є особистими немайновими та майновими (ч. 1 ст. 1 ЦК України); 3) учасниками таких відносин є особи (фізичні та юридичні особи) та/або суб'єкти публічного права (держава Україна, АРК, територіальні громади, іноземні держави та інші суб'єкти публічного права) – ст. 2 ЦК України; 4) виникають з підстав, встановлених ст. 11 ЦК України; 5) виникають з приводу матеріальних та нематеріальних благ, що визначені ст. 177 ЦК України².

Схожий підхід щодо вищенаведеної тріади прослідковується й в ЦК РФ (ст. 2) та в ЦК Республіки Таджикистан (ст. 1), де встановлено, що цивільним законодавством регулюються майнові та особисті немайнові відносини, засновані на рівності, автономії волі і майновій самостійності їх учасників. У ст. 1 ЦК Республіки Казахстан визначення цивільних відносин проведено дещо по-іншому, оскільки з вищенаведених елементів тріади легалізований лише один – рівність учасників таких відносин. При цьому рівність за їх правовою системою виступає не тільки як один із критеріїв визначення цивільних

¹ Кузнєцова 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. / МВС України, Харків. нац. ун-т внутр. справ; Харків. обласний осередок Всеукр. громад. орг. «Асоціація цивілістів України». Харків: ХНУВС, 2017. С. 22.

² Див.: Шишка О. Р. Критерії визначення цивільних відносин у предметі цивільно-правового регулювання. *Проблеми цивільного права та процесу*: матеріали наук.-практ. конф., присвяч. Світлій пам'яті О. А. Пушкіна (27 трав. 2016 р.). Харків: ХНУВС, 2016. С. 82–87

відносин, але його проведено як одну із загальних засад цивільного законодавства Республіки Казахстан¹.

У ЦК Республіки Вірменія (ст. 3), на відміну від вищенаведеного щодо визначення цивільних відносин, рівність, автономія волі і майнова самостійність учасників регульованих цивільним законодавством відносин проведені лише як принципи. При цьому основним критерієм визначення цивільних відносин є їх характер. Так, цивільне законодавство цієї республіки регулює договірні та інші зобов'язання, а також інші майнові та пов'язані з ними особисті немайнові відносини. В ЦК України юридична рівність, вільне волевиявлення та майнова самостійність учасників цивільних відносин визначаються лише як якість відносин. При цьому принципами вони не виступають.

Важливо сказати, що цивільні відносини як невід'ємна складова предмета цивільного права України визначаються не тільки через вищезазначені критерії, але й через систему тих відносин, які не можна назвати цивільними, але у випадках, встановлених законом, субсидіарно допускаються до врегулювання цивільним законодавством. Наприклад, окремі відносини у сфері господарювання хоча і можуть базуватися на вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників, відповідати іншим критеріям, проте з огляду на закон несуперечності два елементи системи не можуть пересікатися. В цьому сенсі цивільні відносини в Україні в концептуальному плані мають розглядатися у вузькому значенні цього слова.

По-іншому в цьому аспекті побудовані ЦК Республіки Таджикистан (ст. 1), ЦК Республіки Молдови (ст. 2), ЦК Киргизької Республіки (ст. 1), ЦК Туркменістану (ст. 2), ЦК Республіки Узбекистан (ст. 2), ЦК Республіки Казахстан (ст. 1) та ЦК Республіки Білорусь (ст. 1). Відповідно до них цивільні відносини розглядаються у широкому значенні цього слова, оскільки передбачають, що певні житлові (в ЦК Республіки Молдови, Киргизької Республіки та Туркменістану), сімейні, трудові відносини, відносини щодо використання природних ресурсів і охорони навколишнього середовища, які відповідають ознакам цивільних, регулюються цивільним законодавством, якщо спеціальним законодавством не передбачено інше.

Поряд з цим важливо звернути увагу також і на іншій важливий критерій визначення цивільних відносин – це їх характер. Він проявляється у тому, що такі відносини можуть мати як майновий, так і немайновий характер. У рамках пандектної правової системи такий критерій класифікації цивільних відносини розглядається, як правило, основним порівняно з іншими та має загально-

¹ Рівність учасників регульованих цивільним законодавством відносин як одна із загальних засад відповідного законодавства закріплюється і в ЦК інших держав, зокрема в ЦК Республіки Молдови (ст. 1), ЦК Республіки Узбекистан (ст. 1) та ЦК Республіки Білорусь (ст. 2).

поширене визнання. Проте важливо зазначити, що підходи до визначення у тих чи інших правових системах за цим критерієм є різними. Найпоширенішим є поділ цивільних відносин на майнові та особисті немайнові (як пов'язані з майновими, так і не пов'язані з майновими). Такий підхід легально закріплений у РФ (ст. 2 ЦК), Республіці Таджикистан (ст. 1 ЦК), Республіці Молдова (ст. 2 ЦК), Азербайджанській Республіці (ст. 2 ЦК), Туркменістані (ст. 2 ЦК), Республіці Казахстан (ст. 1 ЦК), Республіці Білорусь (ст. 1 ЦК), Республіці Вірменія (ст. 1) тощо. В Україні хоча підхід і здається тотожним, проте, на відміну від вказаного, особисті немайнові відносини в контексті викладення йдуть першими. Зокрема, цивільним законодавством регулюються особисті немайнові та майнові відносини (цивільні відносини) ...» (ч. 1 ст. 1 ЦК України). Такий підхід у науці цивільного права дав підстави вважати, що слово «особисті» стосується як немайнових, так і майнових відносин¹.

Дещо по-іншому предмет цивільного права визначає ЦК Румунії (ст. 2), де предметом регулювання виступають майнові та немайнові відносини між особами. У той самий час ЦК Польщі предмет його правового регулювання визначає через суб'єктний склад, закріплюючи, що ним є цивільно-правові відносини між фізичними та юридичними особами (ст. 1). Тобто предмет цивільного права визначається більш абстрактно.

Існують й інші підходи, які не лише проводять диференціацію відносин на майнові та особисті немайнові, але й деталізують конкретні цивільні відносини в предметі цивільного права. Так, у ЦК РФ окремим видом закріплені корпоративні відносини, в ЦК Білорусії та Вірменії – відносини між особами, які здійснюють підприємницьку діяльність, у ЦК Казахстану – товарно-грошові відносини як різновид майнових відносин, у ЦК Азербайджану, Білорусі, Вірменії, Молдови, Таджикистану, Узбекистану, РФ, Туркменістану звертається увага на договірні та інші зобов'язання.

Отже, підходи до визначення цивільних відносин у предметі цивільного права у тих чи інших державах є неоднаковим та мають різний ступінь їх деталізації: від вузького розуміння цивільних відносин до широкого; від більш абстрактного їх розуміння до більш конкретного та особливого; через неповторну систему критеріїв визначення відносин як цивільних.

На відміну від особистих немайнових та майнових відносин, існують

¹ Див. більш детально: Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України: у 2 т. Т. 1 / відп. ред. В. Г. Ротань. 2-ге вид. Харків: Фактор, 2010. С. 5; Знаменський Г. Хиби і вади статті 1 Цивільного кодексу України. *Право України*. 2006. № 6. С. 90; Рабінович П. Природно-правова ідеологія у Цивільному кодексі України. *Вісник Академії правових наук України*. 2005. № 2. С. 33; Шишка О. Р. Критерії визначення цивільних відносин у предметі цивільно-правового регулювання. *Проблеми цивільного права та процесу: матеріали наук.-практ. конф., присвяч. світлій пам'яті О. А. Пушкіна* (27 трав. 2016 р.). Харків: ХНУВС, 2016. С. 82–87.

правові зв'язки, які у випадках, встановлених законом, субсидіарно регулюються цивільним законодавством. Їх належність до предмета цивільного права можна пояснити проявом реалізації завдання повного (цілісного) регулювання суспільних відносин на випадок існування прогалин у законодавстві, або з метою зменшення нормативного масиву від нерационального дублювання тотожних та аналогічних норм, що регулюють подібні відносини чи визначають однотипні юридичні конструкції. Необхідність регулювання відносин, які за своєю природою не є цивільними, може бути пов'язана і з тим, що в актах цивільного законодавства існують не лише норми приватноправового, але і публічно-правового характеру (наприклад, у ЦК України оформлення певних правочинів чи набуття відповідного стану або статусу пов'язана з реєстраційними процедурами¹).

Слід зазначити, що не є цивільними, але такими, які у випадках, встановлених законом, допускаються до врегулювання джерелами цивільного права: 1) майнові відносини, які засновані на адміністративному або іншому владному підпорядкуванні однієї сторони другій стороні (ч. 2 ст. 1 ЦК України); 2) податкові, бюджетні відносини, майнового та/або немайнового характеру (ч. 2 ст. 1 ЦК України); 3) відносини (відповідно, майнові та/або немайнові), які виникають у сферах використання природних ресурсів та охорони довкілля, а також трудові та сімейні відносини (ч. 1 ст. 9 ЦК України); 4) майнові відносини у сфері господарювання (ч. 2 ст. 9 ЦК України); 5) інші публічні відносини, які у випадках, встановлених системою законодавства, допускаються до врегулювання ЦК України або іншими актами цивільного законодавства України.

Важливо сказати, що на методологічному рівні до нецивільних відносин застосовується метод аналогії² (зовнішньої або міжгалузевої аналогії) правового регулювання. При цьому міжгалузева аналогія в цивільному законо-

¹ Так, ч. 3 ст. 49 ЦК України визначено, що державній реєстрації підлягають народження фізичної особи та її походження, громадянство, шлюб, розірвання шлюбу у випадках, передбачених законом, зміна імені, смерть. Набуття правового статусу фізичної особи – підприємця (ч. 2 ст. 50 ЦК України), як і юридичної особи (ст. 80, ч. 4 ст. 87, ст. 89 ЦК України) відбувається за умов їх державної реєстрації в порядку, встановленому законом.

² Чельшев М. Ю. Система межотраслевых связей гражданского права: цивилистическое исследование: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03 / Казань, 2008. 501 с.; Кузнецова Л. Е. Применение гражданско-правовых норм к трудовым отношениям по аналогии: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.05. Барнаул, 2004. 188 с.; Фидаров В. В. Пределы допустимости применения института аналогии права и аналоги закона в правовой системе России: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01. Тамбов, 2009. 228 с.; Сафиуллина Д. Р. Межотраслевые связи договорного права: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Казань, 2015. 200 с.; Шишка О. Р. Відносини у сфері господарювання в предметі регулювання цивільним законодавством України. *Господарсько-правове регулювання суспільних відносин в Україні*: монографія / за ред. Р. Б. Шишки. Київ: «МП Леся», 2015. С. 34–42.

давстві України це шлях врегулювання частини тих нецивільних відносин, які не повною мірою регулюються актами належного їм законодавства, але у випадках, встановлених законом, допускаються до врегулювання відповідним цивільним законодавством України, як би цивільних відносин.

Така концепція існує не лише в ЦК України, але і в ЦК інших держав. Наприклад, у ЦК Азербайджану до нецивільних належить більшість вищенаведених відносин, за винятком відносин у сфері господарювання та деяких публічних відносин. При цьому авторські і суміжні з ним права не розглядаються як цивільні. В ЦК Азербайджану (ст. 2), Таджикистану (ст. 1) та Киргизстану (ст. 1) до нецивільних відносин належать також деякі публічні відносини. Так, ЦК цих держав закріплено, що у випадках, передбачених законодавством, до майнових відносин, заснованих на адміністративному або іншому владному підпорядкуванні однієї сторони іншій, застосовується цивільне законодавство. У ЦК РФ (ст. 2), Білорусі (ст. 1), Узбекистану (ст. 2), Казахстану (ст. 1) теж реалізований такий підхід, проте перелік публічних відносин проведений дещо розширено.

Важливо сказати, що в межах пандектної системи права не всі правові системи допускають регулювання публічних відносин актами цивільного законодавства. Так, у ЦК Молдови (ст. 2) предметом регулювання є лише цивільні відносини (майнові та особисті немайнові (як пов'язані з майновими відносинами, так і не пов'язані з ними)). При цьому цивільні відносини розглядаються у широкому значенні, оскільки ними охоплюються деякі сімейні, житлові, трудові відносини, відносини щодо використання природних ресурсів і охорони навколишнього середовища (якщо вони відповідають ознакам цивільних відносин).

Окремо слід звернути увагу на те, що предметом регулювання у певних правових системах виступають не лише відносини. Так, у § 9 ЦК Чехії визначено, що цей кодекс регулює особистий статус осіб. По-іншому становище учасників визначено в предметі цивільного права у РФ, Таджикистані, Киргизстані, Узбекистані, Казахстані, Білорусі, Вірменії тощо. Відповідно до їх правової системи цивільне законодавство *визначає правове становище учасників цивільного обороту*. Слід зазначити, що предметом цивільного права цих держав охоплюється не лише правове становище учасників цивільного обороту, але й інші елементи його структури: підстави виникнення і порядок здійснення права власності та інших речових прав, прав на результати інтелектуальної діяльності і прирівняні до них засоби індивідуалізації (інтелектуальних прав). Подібний підхід прослідковується і в ЦК Молдови, Азербайджану та Туркменістану, але дещо звужено. Так, до предмета цивільного права цих держав хоча і входять наведені вище елементи, але поза межами залишаються інтелектуальні права.

Отже, підходи до визначення предмета цивільного права у кожній

державі є різними. Це залежить не тільки від того, яка правова система проведена у державі – пандектна чи інституційна, але й від того, який ступінь деталізації та ідентифікації проведено щодо суспільних відносин, які регулюються системою норм цивільного права. Концептуально важливим є й те, чи виконує цивільне право інтегруючу міжгалузеву функцію. Від цього залежить і те, чи має цивільне право забезпечуватися принципом субсидіарності як правила, за яким ЦК або акти цивільного законодавства застосовуються до інших відносин – нецивільних (відносин другого порядку) у тій частині, в якій вони не врегульовані спеціальним законом. Законодавчо та технічно тут застосовується прийом поєднання двох систем законодавств та метод аналогії, де одна система виступає як спеціальне законодавство, а інша – як загальне. ЦК або акти цивільного законодавства (залежно від механізму поширення певної системи норм на відповідні відносини) є актами загального застосування, що мають свій упорядковуючий вплив у тих випадках, коли із суті відносин чи безпосередньо із закону впливає необхідність застосування відповідних норм цивільного законодавства, оскільки ці відносини у певних його частинах або взагалі не врегульовані спеціальним законодавством, проте можуть регулюються відповідними нормами цивільного законодавства.

Правова доктрина про предмет цивільного права. Важливо сказати, що на визначення предмета цивільного права впливають і теоретико-доктринальні розробки, які є важливим елементом для формування та перевірки рівня якості механізму правового регулювання, зміни чи удосконалення існуючих підходів. У теоретичному аспекті предмет цивільного права має різні підходи до його сприйняття як системно, так і в окремих його проявах.

У предметі цивільного права найбільш стабільну і незаперечну позицію займають *майнові відносини*, що виникають між учасниками цивільних відносин з приводу благ, що мають майнову (ринкову) цінність.

Дослідження майнових відносин як важливого елемента предмета цивільного права в цивілістичній теорії здійснюється в їх зіставленні з поняттям майно, власність, у т. ч. з іншими благами, що мають майнову (ринкову) цінність, а також із поняттям виробничих, економічних і товарно-грошових відносин, що, безумовно, у науковому плані збагачує сферу знань про такі відносини, надає змогу побачити як у регресі, так і в прогресі розвиток відповідної теорії, виявити її слабкі моменти чи посилити за рахунок методологічного напрацювання нових знань у теорії майнових цивільних відносин.

Варто сказати, що юридична література демонструє неабияке різноманіття поглядів, а майнові відносини характеризуються як такі, що: 1) складаються у сфері економічних відносин¹; є відносинами власності та товаро-

¹ Тархов В. А. Гражданское право. Общая часть: курс лекций. Чебоксары: Чуваш. кн. Изд-во, 1997. С. 36.

обігу¹; 2) базуються на економічній основі²; за своєю соціальною природою є економічними³ і господарськими⁴; наділені економічною цінністю⁵; мають економічний зміст⁶; можуть мати грошову оцінку⁷; 3) є еквівалентно-відплатними⁸ чи еквівалентно-вартісними⁹; мають товарно-грошовий¹⁰, вартісний характер¹¹ і пов'язані з дією закону вартості¹²; 4) пов'язані з реалізацією товарів та послуг, які виробляють учасники економічного ринку¹³; стосуються володіння, користування, розпорядження речами та передання матеріальних благ¹⁴; пов'язані з використанням різних майнових благ (речей, робіт, послуг)¹⁵; складаються з приводу належності, використання, переходу засобів

¹ Явич Л. С. Общая теория права / под ред. Королева А. И. Ленинград: Изд-во Ленингр. ун-та, 1976. С. 191.

² Новый Гражданский кодекс Российской Федерации. Краткий науч.-практ. коммент. / отв. ред. В. Н. Галеев, С. А. Зинченко, А. А. Лукьянцев. Ростов-на-Дону: Феникс, 1995. С. 15.

³ Гражданское право: учебник: в 2 т. Т. 1 / отв. ред. Е. А. Суханов. 2-е изд., перераб. и доп. Москва: БЕК, 1998. С. 26; Цивільне право: навч. посіб. для студентів юрид. вузів та ф-тів / за ред. О. А. Підпригори, Д. В. Бобрової. Київ: Вентурі, 1995. С. 4.

⁴ Гражданское право России: курс лекций: Ч. 1 / под ред. О. Н. Садикова. Москва: Юрид. лит., 1996. С. 5.

⁵ Советское гражданское право: учебник: Т. 1 / отв. ред.: О. С. Иоффе, Ю. К. Толстой, Б. Б. Черепахин. Ленинград: Изд-во Ленингр. ун-та, 1971. С. 5.

⁶ Советское гражданское право: учебник: Т. 1 / отв. ред. И. Б. Новицкий, П. Е. Орловский. Москва: Госюриздат, 1959. С. 65; Советское гражданское право: учеб. пособие: Ч. 1 / отв. ред. В. А. Рясенцев. Москва: Изд-во ВЮЗИ, 1960. С. 59; Советское гражданское право: учебник: Ч. 1 / отв. ред. В. Т. Смирнов, Ю. К. Толстой, А. К. Юрченко. 2-е изд., испр. и доп. Ленинград: Изд-во Ленингр. ун-та, 1982. С. 4.; Харитонов Є. О. Цивільні правовідносини: навч. посіб. / Є. О. Харитонов, О. І. Харитонova. Київ: Істина, 2008. С. 58.

⁷ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации: Ч. 1 / под общ. ред. Т. И. Илларионовой, Б. М. Гонгалo, А. П. Плетнева. Москва, 1998. URL: <http://www.bibliotekar.ni/kodex-grazhdanskiy/2.htm>.

⁸ Венедиктов А. В. О системе гражданского кодекса СССР. *Сов. государство и право*. 1954. № 2. С. 30–33; Генкин Д. М. Предмет советского гражданского права. *Сов. государство и право*. 1955. № 1. С. 109.

⁹ Цивільне право України: курс лекцій: навч. посіб. для студентів вищ. навч. закл.: в 6 т. Т. 1 / за ред. Р. Б. Шишки, В. А. Кройтора. Харків: Еспада, 2008. 680 с.

¹⁰ Гражданское право: учебник для вузов: Ч. 1 / под общ. ред. Т. И. Илларионовой, Б. М. Гонгалo, В. А. Плетнева. Москва, 1998. С. 2–6.

¹¹ Егоров Н. Д. Гражданско-правовое регулирование общественных отношений: единство и дифференциация. Ленинград: Изд-во Ленингр. ун-та, 1988. С. 8–9.

¹² Ровный В. В. Проблемы объекта в гражданском праве: учеб. пособие. Иркутск, 1998. С. 44.

¹³ Гражданское право России: курс лекций: Ч. 1 / под ред. О. Н. Садикова. Москва: Юрид. лит., 1996. С. 5.

¹⁴ Тархов В. А. О понятии имущественных отношений. *Правоведение*. 1962. № 3. С. 29.

¹⁵ Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: у 2 т. Т. 1 / за відп. ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. Київ: Юрінком Інтер, 2005. С. 12.

виробництва, предметів споживання та інших матеріальних благ¹; 5) виникають з приводу майнових благ² (речі, гроші, роботи, послуги³, майно⁴, майнові права⁵); матеріальних благ⁶; з приводу всього, що має ціну і може бути предметом товарообороту⁷.

У предметі цивільного права важливе місце займають й інші відносини – *особисті немайнові*⁸. Зауважимо, що визначення їх місця в предметі

¹ Цивільне право: навч. посіб. для студентів юрид. вузів та ф-тів / за ред. О. А. Підпригори, Д. В. Бобрової. Київ: Вентурі, 1995. С. 4.

² Советское гражданское право: учебник: Т. 1 / отв. ред. И. Б. Новицкий, П. Е. Орловский. Москва: Госюриздат, 1959. С. 65; Советское гражданское право: учеб. пособие: Ч. 1 / отв. ред. В. А. Рясенцев. Москва: Изд-во ВЮЗИ, 1960. С. 59; Советское гражданское право: учебник: Ч. 1. / отв. ред. В. Т. Смирнов, Ю. К. Толстой, А. К. Юрченко. 2-е изд., испр. и доп. Ленинград: Изд-во Ленингр. ун-та, 1982. С. 4; Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: у 2 т. Т. 1 / за відп. ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. Київ: Юрінком Інтер, 2005. С. 12.

³ Тархов В. А. Гражданское право. Общая часть: курс лекций. Чебоксары: Чув. кн. изд-во, 1997. С. 36; Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: у 2 т. Т. 1 / за відп. ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. Київ: Юрінком Інтер, 2005. С. 12.

⁴ Брагинский М. Гражданский кодекс. Часть первая. Три года спустя. (Комментарий с учетом принятых изменений ГК и новых законодательных актов). *Хозяйство и право*. 1998. № 1. С. 3–20; Гражданское право: учебник: Ч. 1 / под ред. А. Г. Калпина, А. И. Масляева. Москва: Юристъ, 1997. С. 12–13; Дзери О. В. Цивільне право України: підручник: у 2 кн. Кн. 1 / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. 3-тє вид., перероб. і допов. Київ: Юрінком Інтер, 2002. С. 10; Цивільне право України. Загальна частина: підручник / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, Р. А. Майданика. Київ: Юрінком Інтер, 2010. С. 13; Цивільне право України. Академічний курс: підручник: у 2 т. Т. 1. Загальна частина / за заг. ред. Я. М. Шевченко. Київ: Ін Юре, 2003. С. 8.

⁵ Цивільне право України: курс лекцій: у 6 т. Т. 1 / за ред. Р. Б. Шишки та В. А. Кройтора. Харків: Еспада, 2004. С. 31.

⁶ Цивільне право: навч. посіб. для студ. юрид. вузів та ф-тів / за ред. О. А. Підпригори, Д. В. Бобрової. Київ: Вентурі, 1995. С. 4; Цивільний кодекс України (наук.-практ. комент.). Харків: ООО «Одіссей», 2000. С. 6.; Харитонов Є. О., Харитонова О. І. Цивільні правовідносини: навч. посіб. Київ: Істина, 2008. С. 58; Кузнецова Н. С. Майнові відносини.

Енциклопедія цивільного права України / Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України; відп. ред. Я. М. Шевченко. Київ: Ін Юре, 2009. С. 480; Тархов В. А. Гражданское право. Общая часть: курс лекций. Чебоксары: Чув. кн. изд-во, 1997. С. 48; Егоров Н. Д. Гражданско-правовое регулирование общественных отношений: единство и дифференциация. Ленинград: Изд-во Ленингр. ун-та, 1988. С. 8–9.

⁷ Сліпченко С. О. Особисті немайнові правовідносини щодо оборотоздатних об'єктів: монографія. Харків: Діса плюс, 2013. 552 с.

⁸ На сучасному етапі розвитку цивілістичної доктрини значна увага приділяється саме таким правовим зв'язкам. Зокрема, Р. О. Стефанчук детально розроблена та обґрунтована теорія особистих немайнових прав як системної сукупності суб'єктивних цивільних прав фізичних осіб (Стефанчук Р. О. Особисті немайнові права фізичних осіб (поняття,

цивільного права не завжди сприймалося однозначно. Сьогодні цивілістична наука демонструє не тільки важливість закріплення таких відносин у предметі цивільного права, але й проведені наукові напрацювання щодо існування в рамках цивільно-правового регулювання інших немайнових відносин, що не мають особистісного характеру, тобто їх об'єктом є блага, що не мають тісного зв'язку з особою¹. Так, Р. А. Майданик зазначає, що відсутність вказівки на особистий немайновий характер відносин дасть можливість охопити цивільно-правовим регулюванням усі цивільні відносини як майнові, так і особисті та неособисті немайнові. Крім того, такий підхід дасть можливість припинити надумані спекуляції окремих прихильників концепції «господарського права» щодо немов виключно особистого, споживчого характеру майнових цивільних відносин².

Зокрема, наука цивільного права демонструє дискусійні питання належності до предмета цивільного права особистих немайнових відносин. Такі позиції умовно поділяються на три концепції: негативна, позитивна та радикальна. Негативна концепція зводиться до того, що цивільно-правому впливу підлягають лише ті з особистих немайнових відносин, які тісно пов'язані із майновими. Інші, які не пов'язані з майновими лише охороняються цивільним правом, а якщо і регулюються, то іншими галузями права³.

зміст, система, особливості здійснення та захисту): монографія / відп. ред. Я. М. Шевченко. Київ: КНТ, 2008). Деталізацію відповідна концепція у контексті оборотоздатності об'єктів особистих немайнових прав отримала у науковому доробку С. О. Сліпченка (Сліпченко С. О. Особисті немайнові правовідносини щодо оборотоздатних об'єктів: монографія. Харків: Діса плюс, 2013). Зроблена навіть спроба провести детальний аналіз особистих немайнових прав юридичної особи як абсолютних суб'єктивних неекономічних прав кожної юридичної особи, які є невіддільними від неї та індивідуалізують її, що діють з моменту створення і до припинення особи (Федюк Л. В. Особисті немайнові права юридичних осіб: монографія. Івано-Франківськ: Прикарпатський національний ун-т ім. Василя Стефаника, 2013).

¹ Жорнокуй В. Г. Немайнові права учасників господарських товариств: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Харк. нац. ун-т внутр. справ. Харків, 2012. С. 6; Особисті немайнові права інтелектуальної власності творців: монографія / заг. ред. В. В. Луця. Тернопіль: Підручники і посібники, 2007. С. 22; Симонян Ю. Ю. Корпоративні відносини у командитних товариствах (цивільно-правовий аспект): автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Одес. нац. юрид. акад. Одеса, 2010. С. 5; Спасибо-Фатеева І. В. Доктринальне тлумачення. *Вісник Академії правових наук України*. 2005. № 1. С. 19–20.

² Майданик Р. А. Цивільне право: Загальна частина. Т. 1: Вступ у цивільне право. Київ: Алерта, 2012. С. 121–123.

³ Иоффе О. С. Личные неимущественные права и их место в системе советского гражданского права. *Сов. государство и право*. 1966. № 7. С. 57; Гражданско-правовая охрана интересов личности / Иоффе О. С., Черепяхин Б. Б., Толстой Ю. К. и др. Москва: Юрид. лит., 1969. С. 58; Советское гражданское право: в 2 ч. Ч. 1 / под ред. В. Ф. Маслова и А. А. Пушкина. Киев: Выща шк., 1983. С. 182–183.

Позитивна концепція зводиться до того, що особисті немайнові відносини (як пов'язані з майновими, так і не пов'язані з ними) мають підлягати правовому впливу цивільним правом не лише через його охорону функцію, але і через регулятивну¹. Прихильники радикальної концепції вважають, що особисті немайнові права, які не пов'язані з майновими, мають становити самостійний предмет регулювання².

Однак закріплення у ЦК України як предмета цивільно-правового регулювання особистих немайнових та майнових відносин викликало наукові дискусії щодо можливості його розширення за рахунок інших груп правових зв'язків, які за своїми характеристиками відповідають вимогам ст. 1 цього Кодексу. Так, Н. С. Кузнецова, аналізуючи склад предмета сучасного цивільного права, зазначає в його динаміці безумовні тенденції до розширення³. Вважаємо, що до таких правових зв'язків належать організаційні, корпоративні, підприємницькі, сімейні та ін.

Існування організаційних відносин як різновиду цивільних запропоновано О. О. Красавчиковим, який визначив їх як побудовані на засадах координації або субординації соціальні зв'язки, що спрямовані на упорядкування (нормалізацію) інших суспільних відносин, дії їх учасників або на формування соціальних утворень⁴. Ідею вченого на сучасному етапі розвитку цивільно-правової доктрини підтримують й інші фахівці⁵. Зокрема Р. А. Майданик

¹ Ромовская З. В. Личные неимущественные права граждан СССР (понятие, виды, классификация, содержание и гражданско-правовая защита): автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.712 / Киев, 1968. С. 4–5; Красавчиков О. А. Гражданско-правовая охрана интересов личности и Свод законов Советского государства. *Гражданско-правовая охрана личности в СССР*: Межвуз. сб. науч. тр. / отв. ред. О. А. Красавчиков. Вып. 53. Свердловск: Изд-во СЮИ, 1977. С. 23; Малейн Н. С. Тенденции развития гражданского права. *Сов. государство и право*. 1978. № 1. С. 41; Малейна М. Н. Защита личных неимущественных прав советских граждан. Москва: Знание, 1991. С. 12–16.

² Тархов В. А. Гражданское право: Общая часть. Чебоксары: Чуваш. кн. изд-во, 1997. С. 31; Кулагин М. И. Тенденции развития законодательства о личных неимущественных правах граждан. *XXVI съезд КПСС и проблемы гражданского и трудового права, гражданского процесса*: материалы конф. 19–21 октября 1981 г. Москва: ИГПАН, 1982. С. 60–61.

³ 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. / МВС України, Харків. нац. ун-т внутр. справ; Харків. обласний осередок Всеукр. громад. орг. «Асоціація цивілістів України». Харків: ХНУВС, 2017. С. 23, 25.

⁴ Красавчиков О. А. Гражданские организационно-правовые отношения. *Антология уральской цивилистики*. 1925–1989: сб. ст. Москва: Статут, 2001. С. 163–165.

⁵ Майданик Р. А. Цивільне право. Загальна частина: підруч.: Т. 1: Вступ у цивільне право. Київ: Алерта, 2012. С. 105–116; Харитонов Є. О., Харитонова О. І. Цивільні правовідносини: монографія. 2-ге вид., перероб. і доп. Одеса: Фенікс. 2011. С. 71; Шишка О. Р.

зазначає, що у загальній нормі, яка міститься у ст. 1 ЦК України, законодавець прямо не виділяє організаційні відносини. Водночас у спеціальних нормах, які містяться у статтях ЦК України, інших законів, на думку вченого, законодавець конструює такі цивільно-правові норми, за допомогою яких здійснюється правове регулювання саме організаційних відносин. Йдеться, зокрема, про норми, які регулюють відносини зі створення або реорганізації юридичної особи (ст. 81, 106–109 ЦК України), відносини представництва (ст. 237 ЦК України) відносини з попереднього договору (ст. 635 ЦК України), відносини з організації перевезень і деякі інші суспільні відносини¹. У свою чергу, І. В. Спасибо-Фатєєва, визначаючи юридичну природу цих відносин, відносить їх до цивільних відносин, хоча б тому, що їх регулювання міститься в ЦК України та іншому цивільному законодавстві. Якщо це так, підкреслює вчена, то чи можна їх беззастережно віднести до майнових або до особистих немайнових?²

Така конструкція не отримала одностайної підтримки. Основне критичне зауваження полягає у тому, що із наведеного, на думку М. М. Сібільова, можна зробити висновок про те, що зазначені цивільні організаційно-правові відносини існують, але не є складовою частиною предмета цивільного права, оскільки вони мають не самостійний, а допоміжний (обслуговуючий) характер³.

У науці цивільного права також мають місце дискусії щодо визнання й інших відносин цивільно-правовими. Наприклад, це стосується відносин інтелектуальної, творчої діяльності (як предмет самостійної або комплексного галузі права⁴), сімейних відносин (як частина предмета цивільного права⁵),

Організаційні відносини у сфері інтелектуальної власності. *Часопис Київського університету права*. 2015. № 4. С. 225–228.

¹ Майданик Р. А. Цивільне право: Загальна частина Т. 1: Вступ до цивільного права. Київ: Алерта, 2012. С. 105.

² Цивільний кодекс України: наук.-практ. коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позиції вищих судових інстанцій, М-ва юстиції, науковців, фахівців) / за ред. І. В. Спасибо-Фатєєвої. Т. 1: Загальні положення. Харків: ФО-П Колісник А. А., 2010. С. 13–15.

³ Правова доктрина України: у 5 т. Т. 3: Доктрина приватного права України / за заг. ред. Н. С. Кузнецової. Харків: Право, 2013. С. 148–149.

⁴ Право інтелектуальної власності: посібник / за ред. Р. Б. Шишки (кер. авт. кол.) та ін. Київ: «МП Леся», 2014. С. 72.

⁵ Иоффе О. С. Советское гражданское право: Правоотношения, связанные с продуктами творческой деятельности. Семейное право. Наследственное право: курс лекций. Ч. 3. Ленинград: Изд-во Ленингр. ун-та, 1965. С. 185; Антокольская М. В. Семейное право: учебник. 2-е изд., перераб. доп. Москва: Юристъ, 1999. С. 12; Гражданское право: учебник. Ч. 3 / отв. ред. Сергеев А.П., Толстой Ю.К. Москва: Проспект, 1999. С. 187; Харитонов Е. О. До питання про визначення місця сімейного законодавства у правовій

деяких трудових відносини (як частина предмета цивільного права¹), відносин, які виникають у сфері ресурсів (як частина предмета цивільного права²), корпоративних відносин (як частина предмета цивільного права або комплексності їх природи³), господарських (підприємницьких) відносин (як частина предмету цивільного права⁴ чи комплексності їх природи⁵), земельних відносин (як предмет комплексного галузі права⁶) тощо.

Дискусії, що розгорнулися в цивілістиці щодо визначення предмета регулювання цивільного права, можуть тривати безкінечно. Можуть пропонуватися та обґрунтовуватися нові теорії, критикуватися вже існуючі підходи, але на певному етапі розвитку соціуму та правової системи варто ставити крапку, що було продемонстровано у 2003 році. Підсумовуючи наведене,

системі України. *Вісник Харківського національного університету ім. В.Н. Каразіна*. 2010. № 929. С. 399–404; Майданик Р. А. Цивільне право: Загальна частина. Т. I. Вступ у цивільне право. Київ: Алерта, 2012. С. 196; Ромовська З. Сімейне право – перспективи розвитку. *Основні напрями реформи цивільного права в Україні*: зб. ст. та матеріалів. Київ, 1997. С. 120–121; Сімейне право: підручник / за заг. ред. В. І. Борисової, І. В. Жилинкової. 4-те вид., перероб. і допов. Харків: Право, 2012. С. 20.

¹ Сулейменов М. Право как система: монографія. Алматы: Юридическая фирма «Зангер», 2011. С. 181; Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: Общие положения. Кн. 1. 2-е изд. Москва: Статут, 2003. С. 30–32; Брагинский М. И. Договор подряда и подобные ему договоры. Москва: Статут, 1999. С. 238–239; Гражданское право: учебник: Том 1. Изд. 6-е / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. Москва: ТК Велби, 2002. С. 15.

² Сулейменов М. Право как система: монографія. Алматы: Юридическая фирма «Зангер», 2011. С. 181.

³ Басин Ю. Г. Избранные труды по гражданскому праву. Санкт-Петербург, 2003. С. 154–186; Кравчук В. М. Корпоративне право. Науково-практичний коментар законодавства та судової практики. Київ: Істина, 2005. С. 7–8; Ломакин Д. В. Корпоративные отношения и предмет гражданско-правового регулирования. *Законодательство*. 2004. № 5. С. 58–64; Спасибо-Фатеева И. В. Акционерные общества: корпоративные правоотношения. Харьков: Право, 1998. С. 30–31; Суханов Е. А. О предмете корпоративного права. *Актуальные проблемы частного права*: Сб. ст. к юбилею П. В. Крашенинникова: Москва – Екатеринбург, 21 июня 2014 г. / Отв. ред. Б. М. Гонгало, В. С. Ем. Москва: Статут, 2014. С. 23.

⁴ Иоффе О. С. Избранные труды по гражданскому праву: Из истории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории «хозяйственного права». Москва: Статут, 2000. С. 697–698; Гражданское право: учебник: в 2 т. Т. 1 / отв. ред. Суханов Е.А. 2-е изд., перераб. и доп. Москва: БЕК, 1998. С. 16–20; Гражданское право: учебник: Ч. 1 / отв. ред. В. П. Мозолин, А. И. Масляев. Москва: Юрист, 2005. 719 с.

⁵ Хозяйственное (предпринимательское) право Украины: учебник / под общ. ред. Р. Б. Шишки, Я. А. Чапичадзе. Харьков: Эспада, 2007. С. 64; Господарське право України: навч. посіб.: у 2 ч. Ч. 1 / за заг. ред. О. П. Гетманець, Ю. М. Жорнокуя, О. М. Шуміла. Київ: Хай-Тек Прес, 2013. С. 42.

⁶ Земельне право України: підручник / В. І. Семчик, П. Ф. Кулинич, М. В. Шульга. Київ: Ін Юре, 2008. С. 108–112; Корнеев Ю. В., Мацелик М. О. Земельне право: навч. посіб. Київ: Центр учбової літератури, 2009. С. 6.

§ 4. Метод цивільно-правового регулювання суспільних відносин, його особливості 35

варто погодитися з позицією М. М. Сібільова про те, що перелік цивільних відносин, що становлять предмет цивільного права, закріплений у ст. 1 ЦК України, є закритим і його «відкриттю» має передувати значна спеціальна робота, спрямована на організацію й обговорення питань, пов'язаних із сутністю цивільних (приватних) відносин, що складають предмет цивільного права. Потрібен певний час для узгодження наукових позицій, проведення за результатами такого обговорення додаткових досліджень, формулювання пропозицій із удосконалення ст. 1 ЦК України. При обговоренні цих питань не можна оминати увагою і таку загальну проблему, як необхідність збереження концептуальних положень ЦК України як кодексу приватного права¹.

Однак не варто й зупинятися, бо можна втратити всі позитивні напрацювання. Як зазначає Н. С. Кузнецова, ми маємо продовжувати рух вперед, максимально зберігаючи наші вікові цивілістичні традиції. Ми не повинні втратити шанс відчувати нове цивільне право – більш потужне, більш динамічне. Можемо цей шанс втратити, якщо будемо залишатися у полоні старих конструкцій, які вже давно стримують цю енергію істинного цивільного права².

В. І. Борисова

§ 4. Метод цивільно-правового регулювання суспільних відносин, його особливості

Цивільне право як приватне право (в об'єктивному розумінні) – це сукупність правових норм, які регулюють шляхом диспозитивного методу особисті немайнові та майнові відносини, засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників. Таким чином, цивільне право регулює відносини шляхом встановлення правового зв'язку між його учасниками, що знаходить вираження у відповідних правах та обов'язках останніх, використовуючи для цього певні форми впливу. Звідси до чинників, які характеризують цивільне право України як галузь приватного права, відносять не тільки предмет, а й метод правового регулювання суспільних відносин. Між предметом правового регулювання, який відповідає на питання що регулює та чи інша галузь права, і методом правового регулювання, який відповідає на питання яким чином це відбувається, існує не тільки тісний зв'язок, а й обумовленість методу предметом правового

¹ Правова доктрина України: у 5 т. Т. 3: Доктрина приватного права України / за заг. ред. Н. С. Кузнецової. Харків: Право, 2013. С. 155.

² 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. / МВС України, Харків. нац. ун-т внутр. справ; Харків. обласний осередок Всеукр. громад. орг. «Асоціація цивілістів України». Харків : ХНУВС, 2017. С. 25.

регулювання. Тому у сучасній доктрині метод цивільного права як галузі приватного права розглядається як специфічний спосіб впливу на поведінку учасників правовідносин, що застосовується державою¹; як засіб впливу на цивільні відносини, що становлять його предмет²; як система цивільно-правових способів формування поведінки юридично рівних учасників правовідносин (фізичних і юридичних осіб, публічних утворень) як приватних осіб³; як сукупність специфічних засобів впливу на учасників цивільних відносин⁴. Разом із тим питання про ознаки методу цивільного (приватного) права все ж залишається дискусійним⁵. З огляду на це, слід зазначити, що цивільні відносини засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників. А це означає, що останні можуть діяти на власний розсуд, зокрема мають право врегулювати у договорі, який передбачений актами цивільного законодавства, свої відносини, ними не врегульовані; відступити від положень актів цивільного законодавства і врегулювати відносини на власний розсуд, на свій розсуд вирішити питання про засоби та час реалізації своїх прав. У приватній сфері існує юридична рівність учасників відповідних відносин. Вони можуть діяти за власною ініціативою, оскільки у цій сфері пріоритет надається інтересам саме приватної особи. Існує судовий порядок захисту особистих немайнових і майнових прав та інтересів приватної особи. Виходячи з цього, для врегулювання цивільних відносин оптимальним є метод децентралізації (координації). Наведене яскраво проглядається через призму майже всіх підгалузей й інститутів ЦК України.

Специфіка методу цивільно-правового регулювання знаходить свій прояс, зокрема, у тому, що суб'єкти цивільного права, будучи юридично рівними, наділені як диспозитивністю, так й ініціативою. Важливим є одне: у суб'єктів повинні бути відповідні права.

¹ Яковлев В. Ф. К проблеме гражданско-правового метода регулирования общественных отношений. *Антология уральской цивилистики*. 1925–1989. Москва: Статут, 2001. С. 360; Цивільне право: підручник: у 2 т. Т. 1 / за ред. В. І. Борисової, І. В. Спрасибо-Фатеевої, В. Л. Яроцького. Харків: Право, 2011. С. 18.

² Цивільне право України: підручник: у 2 кн. Кн. 1 / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. 2-ге вид. Київ: Юрінком Інтер, 2004. С. 21–23.

³ Майданик Р. А. Цивільне право: Загальна частина: підручник. Т. 1: Вступ у цивільне право. Київ: Алерта, 2013. С. 125–126.

⁴ Цивільне право України: підручник: в 2 т. Т. 1 / за ред. Є. О. Харитонова, Н. Ю. Голубевої. Харків: Одіссей. 2008. С. 42.

⁵ Правова доктрина приватного права України: у 5 т. Т. 3: Доктрина приватного права України / за заг. ред. Н. С. Кузнецової. Харків: Право, 2013. С. 160.

В. І. Борисова

§ 5. Традиційні та сучасні погляди на функції цивільного права

Характеристика галузі цивільного права, як регулятора суспільних відносин, лише за предметом та методом правового регулювання хоча і можлива та необхідна, але вона завжди буде неповною, якщо не буде охоплювати функціональних, так би мовити, зовнішніх властивостей названої галузі. Функції цивільного права – це зумовлені предметом і забезпечувані законодавством цілі правової галузі, певні напрями цивільно-правового впливу на особисті немайнові та майнові відносини. Функції цивільного права становлять правові категорії, які відображають елементи змістовної характеристики зазначеної правової галузі та характеризують її у цілому і тому мають суттєве методологічне значення для пізнання явищ, що охоплюються предметом цивільного права.

Функції цивільного права втілені в актах цивільного законодавства і мають багатогранний характер. Полягають вони, щонайменше, у правозабезпеченні, упорядкованості звичайних, без будь-яких порушень особистих немайнових та майнових відносин; у правозабезпеченні захисту особистих немайнових і майнових прав та інтересів у разі порушення останніх чи посягання на них; у правозабезпеченні відновлення порушених правовідносин; у правозабезпеченні ліквідації негативних наслідків правопорушень або інших дій, пов'язаних із виникненням у кредитора певних майнових чи особистих немайнових втрат; у правозабезпеченні інформативно-сигнальних попереджень від можливих безпідставних (протиправних) посягань на охоронювані суб'єктивні цивільні права тощо. У контексті з наведеним стає можливим здійснення відповідної класифікації функцій цивільного права.

Функціями цивільного права є регулятивна, охоронна, компенсаційна та превентивна. Суть регулятивної функції цивільного права полягає у тому, що нею охоплюються відносини, які виникають із актів правомірної, дозволеної і, як правило, соціальнокорисної діяльності суб'єктів цивільного права. Тому і реалізація зазначеної функції здійснюється за рахунок позитивного регулювання відповідних правових відносин шляхом встановлення загальних правил, що створюють правові підстави для можливості здійснення відповідних дій, спрямованих на правомірне досягнення певних юридичних результатів.

Однак реальна дійсність свідчить й про те, що зміст особистих немайнових та майнових відносин може наповнюватися елементами певних правопорушень, різноманітних посягань на охоронювані законом певні суб'єктивні права тощо. У таких випадках постає питання про правове забезпечення захисту порушених суб'єктивних особистих чи майнових прав. За таких обставин спрацьовує охоронна функція цивільного права. Таким чином, реалізація охоронної функції стає можливою тільки у поєднанні з регулятивною, яка

полягає у впливі права на суспільні відносини як шляхом їх закріплення в тих чи інших правових інститутах, так і через оформлення їх руху¹. Суть охоронної функції цивільного права вбачається у тому, що вона забезпечує саму юридичну можливість захисту порушених суб'єктивних майнових чи особистих прав і сприяє їх певній нормалізації. Завдяки останній обставині охоронна функція набуває деякого відновлювального значення. Нею охоплюються, наприклад, відносини, що виникають, внаслідок порушення зобов'язання (ст. 610 ЦК України), або завдання шкоди (глава 82 ЦК України) тощо.

Досить наближеною до охоронної функції цивільного права, однак не тотожною з нею є цивільно-правова функція, що має назву компенсаційної. Як така охоронна функція створює лише юридичну передумову захисту порушених суб'єктивних особистих чи майнових прав. Однак вона безпосередньо не вирішує питань, пов'язаних з необхідністю ліквідації певних негативних наслідків, що можуть мати місце в особистій або майновій сфері тієї чи іншої потерпілої особи (кредитора). Адже охоронна функція цивільного права не припускає, наприклад, що потерпіла від певних протиправних посягань особа стає зобов'язаною вимагати відповідних майнових відшкодувань від правопорушника. Зазначені вимоги охоплюються правом, а не обов'язком потерпілої сторони. Звичайно, від вказаних обставин значення охоронної функції не втрачається. Але у разі наміру потерпілої сторони вирішити проблему ліквідації перенесених нею негативних майнових чи особистих наслідків (втрат) від правопорушення тільки охоронної функції було б недостатньо. За таких обставин постає питання не лише правового захисту, а, перш за все, питання заміни зазнаних кредитором майнових чи особистих втрат на певні майнові блага, за вимогами про стягнення яких звертається кредитор до боржника. З юридичної точки зору, заміна втрат, що виникли на боці кредитора, іншими передбаченими законом, договором чи визнаними судом майновими благами вважається компенсацією, а цивільно-правова функція, що її охоплює, має назву компенсаційної². Так, відповідно до п. 8 ч. 2 ст. 16 ЦК України у разі неналежного виконання договірної зобов'язання замість не одержаного належного виконання договору боржник повинен відшкодувати кредиторowi завдані збитки.

Щодо превентивної функції, то суть її полягає в наступному. За своїм змістом положення цивільного законодавства можуть розглядатися не лише як джерела цивільного права, але і як джерела певного інформативного значення. Актами цивільного законодавства надається можливість пізнання певних

¹ Алексеев С. С. Общая теория права: в 2 т. Т. 1. Москва: Юрид. лит., 1981. С. 193.

² Пристupa С. Н. Понятийная сущность и методологическое значение компенсационной функции гражданского права. *Проблемы законности: респ. междувед. науч. сб. / отв. ред. В. Я. Таций*. Харьков, 1996. С. 75–84.

правил, дозволів, а також заперечень, правового простору, в межах якого відповідні дії розглядаються як правомірні і за рамками котрого відповідні дії визнаються протиправними. Тому джерела цивільного права мають відповідне пізнавальне значення, яке полягає у тому, що заздалегідь потенційному суб'єктові цивільних відносин стає відомим той чи інший наслідок вчинення дій, які підпадають під негативну їх оцінку з боку законодавця. Таким чином, відповідні законоположення набувають попереднього інформативно-сигнального значення запобіжного засобу, своєрідного стимулювання особи утримуватись від певних правопорушень, від посягань на суб'єктивні права інших осіб. Таке значення мають, наприклад, положення ст.ст. 623, 624, 1192 ЦК України тощо.

В. І. Борисова

§ 6. Проблеми визначення принципів цивільного права

Хоча останнім часом принципам права у вітчизняній науковій літературі приділяється певна увага¹, але вони не розглядаються як чинники, що у сукупності з предметом, методом правового регулювання і функціями лежать в основі поділу права на окремі його галузі. Однак не можна не погодитися з тим, що без них неможливо створювати право і вдосконалювати правове регулювання, оскільки саме принципи визначають зміст норм галузі права, її місце, роль і призначення у системі права, мають важливе значення для побудови нормативної основи галузі права та її застосування². *Принципи цивільного права* – це не тільки чинник, що дозволяє виокремити цю галузь права³, а й у її рамках – робочі механізми, за допомогою яких визначаються межі можливої та належної поведінки учасників цивільно-правових відносин⁴.

Хоча ст. 3 ЦК України присвячена загальним засадам цивільного законодавства, у ній йдеться саме про принципи цивільного права, глибинний зміст якого як права приватного обумовлений природним правом, що покладено в його основу і для якого іманентною є наявність відправних ідей, зокрема

¹ Майданик Р. А. Розвиток приватного права України: монографія. Київ: Алерта, 2016; Погребняк С. П. Основоположні принципи права (змістовна характеристика): монографія. Харків: Право. 2008.

² Решетникова І. В., Ярков В. В. Гражданское право и гражданский процесс в современной России. Москва: Норма, 1999. С. 96; Щенникова Л. Принципы гражданского права: достижения цивилистики и законодательный эффект. Межвуз сб. науч. тр. Вып. 2. Москва: Статут. 2002. С. 41–42.

³ Цю точку зору поділяв Ю. Г. Басін. Див.: Гражданское право: учеб. для вузов. Т. 1 / отв. ред. М. К. Сулейменов, Ю. Г. Басин. Алматы: КазГЮУ. 2000. С. 14.

⁴ Кузнецова Н. С. Основні завдання книги першої проекту Цивільного кодексу України. *Кодифікація приватного (цивільного) права України* / за ред. А. С. Довгерта. Київ: Український центр правничих студій, 2000. С. 123.

таких, як добросовісність, розумність, справедливість. Тому більшістю з правників виражено загальні засади цивільного законодавства ототожнюються саме з принципами цивільного права¹, до яких слід відносити неприпустимість свавільного втручання у сферу особистого життя людини; неприпустимість позбавлення права власності, крім випадків, встановлених Конституцією України та законом; свободу договору; свободу підприємницької діяльності, не заборонену законом; судовий захист цивільного права та інтересу; справедливість, добросовісність та розумність. При цьому, хоча вказана стаття і ст. 3 ЦК України не містить вичерпного переліку принципів, але слід погодитися з С. М. Братусем, який наголошував, що основні принципи будь-якої галузі права слід виявити у самих нормах, що складають у сукупності дану галузь; якщо ж там принципи прямо не сформульовані, вони мають бути виявлені, виходячи із загального змісту норм².

Л. В. Красицька

§ 7. Загальні положення про здійснення цивільних прав та захист цивільних прав та інтересів

Правова категорія «здійснення суб'єктивних цивільних прав» є однією з основних категорій цивілістичної науки і активно досліджується цивілістами³.

В. П. Грибанов наголошував, що будь-яке суб'єктивне право становить соціальну цінність лише остільки, оскільки його можна реалізувати, тобто скористуватися можливостями, які надаються цим суб'єктивним правом, для задоволення матеріальних і культурних потреб уповноваженої особи⁴. О. О. Кот стверджує, що саме по собі наділення особи суб'єктивним цивільним правом ще не засвідчує досягнення кінцевої мети правового регулювання як суспільством загалом, так і суб'єктом відповідного права зокрема. За таких умов пріоритетного значення набуває здійснення суб'єктивного права, тоді як

¹ Майданик Р. А. Розвиток приватного права України: монографія. Київ: Алерта, 2016.

С. 63; Тобота Ю. А. Принцип справедливості, добросовісності і розумності у цивільному праві: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Нац. ун-т «Юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого». Харків, 2011.

² Братусь С. Н. Предмет и система советского гражданского права. Москва: Госюриздат., 1963. С. 137.

³ Вавилин Е. В. Осуществление и защита гражданских прав. Москва: Волтерс Клувер, 2009. С. 1–31; Грибанов В. П. Осуществление и защита гражданских прав. 2-е изд., стереотип. Москва: Статут, 2001. С. 44–45; Кот О. О. Здійснення та захист суб'єктивних цивільних прав: проблеми теорії та судової практики: монографія. Київ: Алерта, 2017. С. 9–107.

⁴ Грибанов В. П. Осуществление и защита гражданских прав. 2-е изд., стереотип. Москва: Статут, 2001. С. 22.

наділення ним є лише передумовою, оскільки саме в здійсненні суб'єктивного права й полягає його цінність, втілюється зміст, розкривається його сутність¹. Р. Б. Шишка справедливо зазначає, що закріплення права в законі та приналежність його учаснику правовідносин не забезпечує повноти їх врегулювання. Особливо це має значення для прав людини, оскільки право, яке не може бути здійснене, є лише декларацією².

Згідно з ч. 1 ст. 12 ЦК України особа здійснює свої цивільні права вільно, на власний розсуд. Традиційно під здійсненням суб'єктивного цивільного права розуміють реалізацію мір можливої поведінки уповноваженої особи шляхом здійснення належних їй правомочностей (права на власні дії, права на чужі дії та права на захист)³; фактичне вчинення тих дій, актів реальної поведінки особи, можливість яких надана певній особі шляхом закріплення за нею (набуття) суб'єктивного цивільного права⁴.

У сучасній доктрині цивільного права сутність здійснення суб'єктивного цивільного права розкривається через поняття «механізм здійснення суб'єктивних цивільних прав». Є. В. Вавілін механізм здійснення прав і виконання обов'язків визначає як законодавчо санкціонований порядок організації фактичних та (або) юридично значущих дій учасників правовідносин, що забезпечують дійсне досягнення суб'єктами правової мети (отримання блага)⁵. На його думку, поняття «механізм правового регулювання» і «механізм здійснення суб'єктивних цивільних прав і виконання обов'язків» співвідносяться як загальне і часткове. Механізм здійснення цивільних прав і виконання обов'язків є, з одного боку, стадією загального регулятивного механізму, а з іншого – в силу особливостей цивільних відносин, що складаються (переваги диспозитивного методу регулювання) – розглянутий з позиції носія прав і обов'язків становить систему специфічних, властивих тільки цій правовій моделі, елементів і стадій. Це пов'язано в першу чергу зі стадією фактичного здійснення прав і виконання обов'язків, що не входять до складу механізму правового регулювання⁶.

¹ Кот О. О. Проблеми здійснення та захисту суб'єктивних цивільних прав: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03 / Наук.-дослід. ін-т прив. права і підприємництва ім. акад. Ф. Г. Бурчака. С. 5.

² Шишка Р. Б. Здійснення прав на об'єкти авторського права. *Проблеми здійснення та захисту суб'єктивних цивільних прав*: зб. наук. пр. / НАПРн України, НДІ приват. права і підприємництва; за ред. В. В. Луця. Київ, 2013. С. 29.

³ Цивільне право: підручник: у 2 т. Т. 1. / за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. Харків: Право, 2011. С. 343.

⁴ Кот О. О. Здійснення та захист суб'єктивних цивільних прав: проблеми теорії та судової практики: монографія. Київ: Алерта, 2017. С. 18.

⁵ Вавілін Е. В. Структура механизма осуществления прав и исполнения обязанностей: к обоснованию подхода. *Вестник Саратовской государственной академии права*. 2009. № 3. С. 83.

⁶ Вавілін Е. В. Развитие российского законодательства в сфере осуществления и защиты

Розглядаючи співвідношення понять «механізм правового регулювання» і «механізм здійснення суб'єктивних цивільних прав», необхідно визначити сутність самих понять у доктрині права. С. С. Алексєєв механізм правового регулювання визначав як взяті в єдності всю сукупність юридичних засобів, за допомогою яких забезпечується правовий вплив на суспільні відносини¹. Н. С. Кузнецова справедливо наголошує, що механізм правового регулювання виражає діяльну сторону процесу переведення права в упорядкованість суспільних відносин. Норма права, що містить абстрактне загальнообов'язкове правило поведінки, за наявності відповідних обставин (юридичних фактів), поєднується з фактичними діями-бездіяльністю суб'єктів і створює таким чином нову форму – правовідношення, у межах якого і реалізуються суб'єктивні права та обов'язки цих суб'єктів². На взаємозв'язок механізму правового регулювання та механізму здійснення суб'єктивних цивільних прав звертає увагу й М. І. Матузов, слушно стверджуючи, що без суб'єктивних прав, їх реалізації залишалися б «мертвими» юридичні норми, правовідносини, зрештою весь механізм правового регулювання, тому що останній приводиться в дію саме за допомогою цих важелів. Адже специфічна особливість правового регулювання полягає в тому, що воно, на відміну від будь-якого іншого нормативного регулювання, здійснюється через юридичні права та обов'язки³. Отже, механізм здійснення суб'єктивних цивільних прав і механізм правового регулювання є взаємопов'язаними правовими категоріями.

О. О. Кот наголошує на тому, що механізм здійснення цивільних прав у загальному вигляді включає в себе такі основні стадії: формування або встановлення права; реалізація права та захист права. Стадія захисту права є факультативною стадією механізму здійснення суб'єктивного цивільного права. У разі, якщо підстав для захисту права немає, право на захист не трансформується в реальну діяльність суб'єкта, спрямовану на припинення правопорушення та відновлення порушеного права⁴. Зазначена позиція заслуговує на підтримку з огляду на те, що без існування будь-якого суб'єктивного права неможливе його здійснення. Стадія формування або встановлення суб'єктивного цивільного права пов'язана з юридичними фактами в цивільному праві.

гражданских прав. *Гражданское право*. 2009. № 1. С. 13.

¹ Алексєєв С. С. Механізм правового регулювання в соціалістическом государстве. Москва: Юрид. лит., 1966. С. 30.

² Кузнецова Н. С. Совершенствование механизма правового регулювання гражданских правоотношений. *Актуальні проблеми цивільного, сімейного та міжнародного приватного права (Матвєєвські цивілістичні читання)*: матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (Київ, 10 листоп. 2011 р.). Київ: Алерга, 2012. С. 47.

³ Матузов Н. И. Правовая система и личность. Саратов: Изд-во Саратов. ун-та, 1987. С. 73.

⁴ Правова доктрина України: у 5 т. Т. 3: Доктрина приватного права України / за заг. ред. Н. С. Кузнецової. Харків: Право, 2013. С. 354.

Як слушно зауважує Н. С. Кузнецова, саме юридичні факти «запускають» процес реалізації суб'єктивних прав та обов'язків, створюючи правовідносини¹. Другою стадією у механізмі здійснення цивільних прав є безпосередня реалізація суб'єктивних цивільних прав у певних формах та за допомогою певних способів, спрямована на досягнення бажаного правового результату. Усі ці стадії механізму здійснення цивільних прав опосередковуються регулятивними правовідносинами. У тих життєвих ситуаціях, коли здійсненню прав нічого не заважає, а таке становище є в більшості своїй реально існуючим, з досягненням бажаного правового і фактичного результату здійснення суб'єктивного цивільного права припиняється. Проте Н. С. Кузнецова справедливо наголошує на тому, що у разі порушення регулятивного правовідношення, змістом якого є позитивні суб'єктивні права та обов'язки, воно трансформується в охоронюване правовідношення, в межах якого має здійснюватися відновлення або захист порушених прав шляхом застосування заходів цивільно-правової відповідальності². Отже, захист порушених цивільних прав можна розглядати як факультативну стадію у механізмі здійснення цивільних прав.

У доктрині приватного права обґрунтована й позиція (О. О. Кот), що захист суб'єктивних цивільних прав посідає важливе місце в механізмі правового регулювання і реалізується в межах стадії застосування права. Особливостями захисту суб'єктивних прав у механізмі правового регулювання слід визнати специфічні юридичні факти, з настанням яких виникає можливість захисту, та реалізацію захисту суб'єктивного права через належні способи захисту. Захист суб'єктивних прав, зокрема, тісно пов'язаний також зі стадією здійснення цих прав і виконання обов'язків. Основним завданням захисту є саме подолання перешкод, які створюються уповноваженій особі на шляху здійснення свого права, через забезпечення виконання зобов'язаною особою покладених на неї обов'язків³.

В. П. Грибанов стверджував, що суб'єктивне право, надане особі, не наділене необхідними засобами захисту від порушення, є лише «декларативним правом», хоча воно і проголошене в законі, але, не будучи забезпеченим державними правоохоронними заходами, воно може бути розраховане лише на

¹ Кузнецова Н. С. Вдосконалення механізму правового регулювання цивільних відносин в Україні. *Актуальні проблеми цивільного, житлового та сімейного законодавства: матеріали міжнар. наук.-практ. конф., присвяч. пам'яті В. П. Маслова* (Харків, 25 лют. 2011 р.). Харків: Нац. ун-т «Юридична академія імені Ярослава Мудрого», Національна академія правових наук України, 2011. С. 46.

² Правова доктрина України: у 5 т. Т. 3: Доктрина приватного права України / за заг. ред. Н. С. Кузнецової. Харків: Право, 2013. С. 357.

³ Кот О. О. Проблеми здійснення та захисту суб'єктивних цивільних прав: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03 / Наук.-дослід. ін-т прив. права і підприємництва ім. акад. Ф. Г. Бурчака. С. 248.

добровільну повагу з боку неуправомочених членів суспільства та набуває в силу цього характеру лише морально забезпеченого права, що покладається виключно на свідомість членів суспільства та авторитет державної влади¹. В. І. Борисова справедливо наголошує на тому, що захищеність – необхідна складова права².

Стаття 15 ЦК України проголошує, що кожна особа має *право на захист свого цивільного права* у разі його порушення, невизнання або оспорювання. Кожна особа має *право на захист свого інтересу*, який не суперечить загальним засадам цивільного законодавства.

Право на захист розглядається як передбачена законом можливість застосувати встановлені законом або договором примусові заходи, метою яких є припинення правопорушення та відновлення порушеного права або, в разі неможливості його відновлення, компенсація заподіяних правопорушенням збитків і моральної шкоди. Водночас захистом прав є дії управомоченої особи, спрямовані на досягнення зазначеної мети³.

У доктрині права превалює позиція, що *правова охорона* та *правовий захист* як поняття не збігаються⁴. Правова охорона – це поняття, яке за обсягом є ширшим за правовий захист.

Правову охорону визначають як обсяг законодавчих норм, що забезпечують реалізацію суб'єктивних прав (І. В. Венедіктова)⁵, як усю сукупність заходів (правових, економічних, політичних, організаційних та ін.), що забезпечують нормальний хід реалізації прав, спрямованих на створення необхідних умов для здійснення суб'єктивних прав (О. П. Сергеев)⁶; як сукупність різних взаємопов'язаних між собою заходів, що здійснюються як державними, так і громадськими органами та спрямовані на запобігання правопорушенням, усунення причин, що їх породжують і сприяють, таким чином, нормальному процесу реалізації громадянами своїх прав і обов'язків (Б. Ю. Тихонова)⁷.

¹ Грибанов В. П. Осуществление и защита гражданских прав. 2-е изд., стереотип. Москва: Статут, 2001. С. 104–105.

² Борисова В. И. Факторы, характеризующие гражданское право Украины как отрасль частного права. *Харьковская цивилистическая школа: в духе традиций*: монография / под ред. И. В. Спасибо-Фатеевой. Харьков: Право, 2011. С. 165.

³ Кот О. О. Проблеми здійснення та захисту суб'єктивних цивільних прав: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03 / Наук.-дослід. ін-т прив. права і підприємництва ім. акад. Ф. Г. Бурчака. С. 461.

⁴ Матузов Н. И. Правовая система и личность. Саратов: Изд-во Саратов. ун-та, 1987. С. 130–131.

⁵ Венедіктова І. Співвідношення категорій охорони і захисту охоронюваних законом інтересів. *Право України*. 2011. № 10. С. 194.

⁶ Гражданское право: учебник. Ч. I / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. 3-е изд., перераб. и доп. Москва: Проспект, 1998. С. 280.

⁷ Тихонова Б. Ю. Субъективные права советских граждан, их охрана и защита: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 710. Москва, 1972. С. 13.

З. В. Ромовська розрізняє два рівні правової охорони. На першому вона полягає в урегулюванні певних суспільних відносин, тобто у вкладанні їх у таку, що відповідає їх змісту, правову оболонку. Об'єктом правової охорони тут виступають саме суспільні відносини. У цьому сенсі правова охорона тотожна правовому урегулюванню, що здійснюється законом. На другому рівні об'єктом правової охорони виступають уже конкретні суб'єктивні права конкретних учасників правовідношення. Необхідність такої охорони виникає одночасно з виникненням самого права. Правова охорона суб'єктивного права включає в себе систему різних юридичних заходів з метою вберегти його від можливого порушення ... Можливість захисту суб'єктивного права і конкретно здійснення такого є одним із засобів правової охорони¹.

Розглядаючи проблеми охорони та захисту корпоративних прав, І. В. Спасибо-Фатеева вказує на те, що під «охороною» звичайно розуміють «оберігання» від порушення певного блага (права чи охоронюваного законом інтересу), а під «захистом» – можливість захистити від посягань, запобігти порушенню або відновити порушене право. Тобто охорона припускає превентивні засоби відвернення посягань на суб'єктивні права. Натомість захист полягає в правовому реагуванні на правопорушення, яке вже відбулося, він передбачає юридичну відповідальність та інші засоби компенсаційно-відновлювального характеру². Також дослідниця зауважує, що регулювання й охорона покликані не допустити правопорушення, тобто не доводити до стадії захисту³. Цим ще раз підтверджується, що за нормального здійснення суб'єктивного права стадія захисту права відсутня.

Отже, у доктрині права усталеним є підхід, за яким *правова охорона* включає в себе як *правове регулювання суспільних відносин* з метою встановлення суб'єктивних прав та обов'язків учасників правовідносин, так і *правовий захист* суб'єктивних прав.

Необхідно зазначити, що існує також думка, за якою поняття «правова охорона» і «правовий захист» ототожнюють між собою. Г. Я. Стоякін вважає, що поняття захисту в цивільному праві включає в себе: 1) правоохоронну діяльність держави – видання норм права, які закріплюють суспільні відносини, встановлюють права та обов'язки сторін, визначають порядок здійснення та захисту прав і загрожують застосуванням санкцій до осіб, що неправомірно на них посягають; 2) діяльність суб'єктів правовідношення із здійснення своїх прав і у зв'язку із цим, у випадках та межах, що допускаються

¹ Ромовская З. В. Защита в советском семейном праве. Львов: Вища шк., Изд-во при Львов. ун-те, 1985. С. 9–10.

² Спасибо-Фатеева І. Шляхи розв'язання проблем охорони та захисту корпоративних прав. *Вісник Академії правових наук України*. 2009. № 1. С. 151.

³ Там само. С. 155.

нормами права, із захисту своїх суб'єктивних прав; 3) діяльність державних і громадських органів із запобігання можливим порушенням, а також з реалізації правових санкцій у випадку звернення заінтересованих осіб за захистом порушеного суб'єктивного права¹.

Під *захистом суб'єктивного права* розуміють юридичну діяльність, спрямовану на усунення перешкод на шляху здійснення суб'єктами своїх прав та припинення правопорушення, відновлення положення, що існувало до правопорушення (Ю. Д. Притика)²; діяльність уповноважених або компетентних органів щодо застосування правоохоронних заходів державно-примусового характеру (заходів відповідальності або заходів захисту), спрямованих на визнання або відновлення порушеного суб'єктивного права, що реалізується в межах тільки охоронюваних правовідносин (Р. Б. Шишка)³.

В. І. Тертишников зміст захисту прав і охоронюваних законом інтересів визначає як: а) діяльність суду та інших юрисдикційних органів із запобігання порушенню права та з відновлення порушеного права; б) діяльність суду та інших державних органів із підтвердження обставин, від яких залежить виникнення, зміна або припинення безспірного права (наприклад, встановлення фактів, що мають юридичне значення); в) здійснення перетворюючої правомочності в суді за допомогою суду (так само, як і в інших юрисдикційних органах); г) здійснення перетворюючої правомочності за допомогою інших державних та громадських органів; д) захист свого права шляхом застосування у передбачених законом випадках і в передбачених законом межах заходів самозахисту та заходів оперативного впливу⁴.

І. В. Венедіктова

§ 8. Охоронювані законом інтереси як об'єкти цивільно-правового захисту

Охоронюваний законом інтерес у цивільному праві слід розуміти як усвідомлене суб'єктом права домагання отримати певне матеріальне (нематеріальне) благо або змінити правовий статус, що спонукає суб'єктів права

¹ Стоякин Г. Я. Понятие защиты гражданских прав. *Проблемы гражданско-правовой ответственности и защиты гражданских прав*: сб. учен. тр. Свердловск: Свердлов. юрид. ин-т, 1973. Вып. 27. С. 34.

² Притика Ю. Д. Поняття і диференціація способів захисту цивільних прав та інтересів. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка*. Серія Юридичні науки. 2004. № 60–62. С. 16.

³ Шишка Р. Б. Охорона прав суб'єктів інтелектуальної власності у цивільному праві України: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03. Одеса, 2004. С. 8.

⁴ Тертышников В. И. Защита семейных правоотношений в гражданском судопроизводстве. Харьков: Вища школа, Изд-во при Харьк. ун-те, 1976. С. 11.

вчиняти конкретні дії чи, навпаки, утримуватися від них, що знаходиться в правовому полі та забезпечене в реалізації підтримкою держави, здійснюється у формі дозволу і відбивається в конкретних правовідносинах. Інтереси як юридична категорія, з одного боку, відображають життя у своєчасному сприйнятті, а з іншого – забезпечують баланс, урівноважують нормативну матерію з уявою про справедливість і право в широкому розумінні. Але право як ідеальна модель не здатне в повному обсязі задовольнити жодну людину. Його універсальність одночасно стає опосередкованим підходом – благо для всіх не стане благом для конкретно взятої людини.

Відображення інтересу в нормах приватного права простежити об'єктивно неможливо. Під відображенням, скоріше, мається на увазі інтуїтивне відчуття. У цьому випадку доречно згадати диспозитивний цивілістичний принцип *in favorem* – дозволено все, що не заборонено законом, завдяки якому носій інтересу здатен його реалізовувати фактично самостійно, не будучи залежним від рамок правового поля. Фактично, інтерес спонукає особу до його реалізації, а реалізація інтересу виливається в правовідносини, які вже передбачають суб'єктивне право та обов'язок, врегульовані нормою приватного права, якою опосередковано й охороняється приватний інтерес. Таким чином, говорити про захист інтересів «за аналогією» не зовсім коректно, скоріше, можна говорити про те, що однопланові приватні інтереси, які, ймовірно, і мають деякі відмінності, отримують законну (легітимну) охорону, коли в результаті реалізації втіляться в певні правовідносини, врегульовані нормою приватного права.

Як і право, охоронюваний законом інтерес виступає регулятором суспільних відносин. Властива йому регулятивна функція реалізується шляхом надання законної (легітимної) охорони інтересам, які відповідають основоположним критеріям розвитку соціуму, держави. На відміну від права, інтерес не має охоронної функції і впливає на відносини не активно, а реактивно, проєктуючи свої трансформації у виникнення, зміну та припинення суспільних відносин.

На цей час цивілістична наука «виблискує» такими термінами, як «законний інтерес», «охоронюваний законом інтерес», «правовий інтерес», «юридичний інтерес» тощо. Необхідно також розрізняти поняття «охоронюваний законом інтерес» і просто «інтерес». Звичайно, що друге поняття є ширшим і містить й охоронювані законом інтереси. Проте для юриспруденції мають значення лише останні – законні інтереси. Вони і будуть виступати самостійним об'єктом охорони і захисту. Саме тому Конституційний Суд України у своєму рішенні визначив охоронюваний законом інтерес як гарантований державою простий легітимний дозвіл задовольняти виникаючі потреби і

забезпечувати себе певними благами¹. Отже, можна зробити висновок, що в законодавстві інтереси розглядаються саме як охоронювані законом інтереси. Співвідношення понять «законний інтерес», «охоронюваний законом інтерес», «правовий інтерес» та «юридичний інтерес» може бути представлене такою послідовністю: законний інтерес (охоронюваний законом) – правовий інтерес – юридичний інтерес. Охоронюваний законом інтерес є набагато ширшим за правовий та юридичний інтереси, поглинає їх як складові і є відповідною «площиною» для існування двох зазначених категорій інтересів. При цьому правовий інтерес – це інтерес у сфері «спрацювання» юридичних норм, а юридичний інтерес – інтерес у процедурній реалізації процесуальних норм.

Класифікацію охоронюваних законом інтересів у цивільному праві можна представити таким чином: за станом усвідомленості: усвідомлені інтереси (сформовані стереотипи поведінки, які можуть мати певний статус); неусвідомлені інтереси (не відображені у свідомості особи інтереси, але які вона все одно реалізовує, можуть мати реалістичний, утопічний та анти-утопічний характер); за формою існування: природні інтереси (сукупність невід'ємних принципів і дозволів, що належать людині від природи і не залежать від соціальних умов); соціальні інтереси (можливості, які передбачені позитивним правом або іншими соціальними регуляторами); за часом: короткострокові інтереси (за своєю суттю виникають на незначний проміжок часу); довгострокові інтереси (виникають на неосяжний проміжок часу і за своєю суттю можуть існувати довго); постійно існуючі інтереси (інтереси, які не зникають протягом усього життя); поточні інтереси (відображають реальність); перспективні інтереси (відображають майбутнє); за стихійністю виникнення: анемнічні інтереси (виникають стихійно і стихійно зникають); інституціональні інтереси (формалізовані, із чітко визначеною структурою); за метою: первинні інтереси (базові); вторинні інтереси (похідні); за сферою спрямування: політичні інтереси; економічні інтереси; соціально-побутові інтереси; культурно-освітні тощо; за режимом реалізації, ступенем індивідуальної визначеності і суспільної значущості: публічні інтереси; приватні інтереси; за відображенням у нормах права: інтереси, опосередковані суб'єктивними правами; інтереси, неопосередковані суб'єктивними правами; за економічним змістом: майнові інтереси (існують у договорах, деліктах, консигнативних зобов'язаннях, речових правовідносинах, виникають із права інтелектуальної власності тощо); немайнові інтереси (існують при забезпеченні особистих немайнових прав, в сфері інтелектуальної (творчої) діяльності, сімейних правовідносинах, медичних правовідносинах тощо); за об'єктом:

¹ Рішення Конституційного Суду України у справі щодо офіційного тлумачення окремих положень частини першої статті 4 Цивільного процесуального кодексу України від 1.12.2004 р. *Урядовий кур'єр*. 2004. № 239. Додаток «Документи». С. 7–12.

речові інтереси (об'єктом є певна річ); зобов'язальні інтереси (об'єктом є певні дії); за носієм: інтереси фізичних осіб; інтереси юридичних осіб; приватні інтереси територіальних громад; приватні інтереси держави; за присутністю в засобах досягнення цілей: матеріальні інтереси; процесуальні інтереси; за інституціональною приналежністю в приватному праві: речові інтереси (щодо права власності та обмежених речових прав); зобов'язальні інтереси (договірні, деліктні, з обіцянки винагороди, конкурсу, рятування чужого майна тощо); сімейні інтереси; спадкові інтереси; інтереси у сфері інтелектуальної власності; житлові інтереси тощо.

Механізм захисту в широкому розумінні неодмінно включає в себе принципи, регулятивні і охоронні правовідносини, міри захисту і форми відповідальності. Логічним є наявність єдиної правової конструкції механізму захисту суб'єктивних прав і охоронюваних законом інтересів, адже ці дві категорії поєднані в своєму існуванні і немає сенсу їх протиставляти. Де існує суб'єктивне право, там неодмінно слідує невизначена кількість охоронюваних законом інтересів. Безкінцева множина охоронюваних законом інтересів втілена в конструкціях «за домовленістю сторін», «якщо інше не передбачено законом», «якщо інше не впливає із змісту або характеру прав», «належні дії», «розумний строк» тощо. Цікавим у механізмі захисту може стати превентивний захист, який здійснюється на підставі виникнення реальної загрози порушення суб'єктивних прав і охоронюваних законом інтересів. Причому ЦК України такі підстави вже закріпив, наприклад у ст. 282, проголосуючи, що фізична особа має право вимагати усунення небезпеки, створеної внаслідок підприємницької або іншої діяльності, яка загрожує життю і здоров'ю. Проте, як вбачається, превентивний захист інтересів є ще більш не простим, ніж захист уже порушених охоронюваних законом інтересів.

Однозначно до елементів механізму захисту охоронюваних законом інтересів будуть належати способи і форми захисту як категорії, якими особа безпосередньо оперуватиме у випадку порушення чи неможливості реалізації охоронюваних законом інтересів.

Зазначимо, що найбільш важливим засобом захисту законних інтересів від порушень є юридична відповідальність. Відповідно до суті, природи і структури законних інтересів, вимоги правових норм, за порушення яких і може настати юридична відповідальність, поширюються на таку поведінку суб'єкта, яка не повинна активними діями перешкоджати реалізації законного інтересу іншою особою, якщо це не зашкодить його суб'єктивним правам і не заважає виконувати покладені на нього законом або договором обов'язки. Добровільна виплата певних компенсацій за порушення реалізації інтересу також буде належати до цивільно-правової відповідальності. Цивільно-правова відповідальність за порушення охоронюваних законом інтересів проявляється

у встановленні для особи-порушника інтересу обов'язку (нового або додаткового). Підставою юридичної відповідальності за порушення законних інтересів є винні дії особи, безпосередньо спрямовані на перешкоджання реалізації охоронюваних законом прагнень суб'єкта правовідносин з володіння певними суспільними благами.

Некоректно було б стверджувати, що норми, які захищають інтереси приватних осіб, містяться лише в цивільному, трудовому, сімейному праві тощо. Конституційне, кримінальне, господарське, адміністративне та інші галузі права, будучи, як це прийнято вважати, галузями публічного права, також стоять на захисті приватних інтересів. Наприклад, статті КК України, визначаючи склади певних злочинів проти особистості, життя та здоров'я людини, охороняють насамперед конкретну людину, встановлюючи ступінь відповідальності за посягання на ті чи інші охоронювані законом інтереси.

Захист права та охоронюваного законом інтересу є об'єктивною категорією, що не просто декларується, а в більшості випадків реалізується за допомогою норм матеріального та процесуального права. У цивільному праві існують визначені законом форми і способи захисту прав та охоронюваних законом інтересів.

У цілому форми захисту поділяються за органами, до компетенції яких віднесено вчинення дій, якими може бути реалізоване право суб'єкта на захист приватного охоронюваного законом інтересу. Це суд, органи державної влади та місцевого самоврядування, Президент України, органи нотаріату. Окремо серед форм захисту цивільних прав виділяється самозахист. Також треба пам'ятати про процес медіації та інститут страхування як форми захисту охоронюваних законом інтересів (поняття страхового інтересу законодавцем, на жаль, не визначений. Як правило його розуміють як охоронюваний законом інтерес, що полягає в отриманні грошового еквівалента в разі порушення і при настанні певних умов).

Спосіб захисту – це конкретна міра, реалізуючи яку, суб'єкт може або припинити порушення права чи інтересу, або поновити порушене право чи реалізувати свій інтерес. Не можна не погодитися з висновком Р. А. Майданіка, що відкритий перелік способів захисту може бути ефективним лише при чіткому розумінні адекватності способу захисту змісту і обсягу права¹. Після з'ясування фактичних обставин суд має зробити висновок про відповідність заявленої матеріально-правової вимоги способам захисту права і про наявність порушення охоронюваного законом інтересу позивача. У разі встановлення, що інтерес порушений, а заявлені вимоги за своїм змістом не відповідають

¹ Майданік Р. А. Квалификация способов защиты гражданских прав и интересов судом в Украине: теория и практика. *Альманах цивилистики*: сб. ст. / под ред. Р. А. Майданіка. Киев: Алерта; ЦУЛ, 2011. Вып 4. С. 147.

матеріально-правовим способам захисту права, суд повинен знайти можливості захистити інтерес, а не відразу ж відмовляти у позові. Це обумовлює необхідність проведення серйозної роботи щодо підготовки офіційних тлумачень, виопрацювання єдиної судової практики розв'язання спорів при підборі відповідного способу захисту. Такий підхід цілком відповідає диспозитивності цивільного права, з одного боку, спонукаючи учасників цивільного обороту до активних дій, а з іншого – надаючи їм впевненості в непорушності або своєчасному відновленні їхніх охоронюваних законом інтересів.

Безсумнівно, охоронювані законом інтереси мають захищатися, як і суб'єктивні права, відповідними інститутами, але на практиці відмінність між ступенями охорони та захисту охоронюваних законом інтересів і суб'єктивних прав є дуже суттєвою.

Таким чином, *механізм захисту охоронюваних законом інтересів* – це підтримувана державним впливом система взаємообумовлених правових засобів, реалізація яких спрямована на відновлення можливостей здійснення порушених легітимних інтересів. А елементи, що були розглянуті у цьому параграфі і складають структуру механізму захисту охоронюваних законом інтересів, є: 1) об'єкт захисту – конкретизований легітимний інтерес; 2) суб'єкти захисту – уповноважена особа, інтерес якої порушений, компетентні державні органи і представники виконавчої влади, громадські інституції, нотаріус, суд; 3) наявність виникнення права на захист охоронюваного законом інтересу; 4) застосування форм і способів захисту.

Л. В. Красицька

§ 9. Проблеми визначення джерел цивільного права

Традиційно під *джерелами цивільного права* розуміють зовнішні форми вираження та закріплення цивільно-правових норм. Проте сучасні підходи у доктрині приватного права щодо *лібералізації кола джерел цивільного права* обумовлюють дискусію щодо доцільності такої лібералізації, виправданості розширення кола джерел цивільного права з урахуванням потреб сучасного стану розвитку права й держави, необхідністю відходу від радянського нормативного (позитивістського) праворозуміння.

У сучасній доктрині права, як зауважує Н. М. Пархоменко, набуває поширення *інтегративна концепція праворозуміння*, яка може бути основою розвитку вітчизняної правової парадигми. Саме в межах цієї концепції можливо досягти правового виміру джерел права з одночасним збереженням їх нормативного характеру; встановлення та підтримання режиму законності в державі та зміцнення правопорядку; підвищити роль держави у правовому регулюванні суспільних відносин; мінімізації проявів правового нігілізму; поєднання формальних та змістових аспектів права, одночасно розглядаючи

право через такі поняття, як «справедливість», «свобода», «реальні суспільні відносини» тощо поряд із формально-юридичними складовими «норма», «юридичний текст», «закон». Відповідно, право необхідно визначати і через форму, і зміст, як складне цілісне явище з його об'єктивно-суб'єктивною природою¹.

Варто зазначити, що такий підхід до праворозуміння та форм (джерел) права знаходить свою підтримку й в діяльності Конституційного Суду України. Так, у Рішенні Конституційного Суду України від 02.11.2004 р. № 15-рп/2004 у справі за конституційним поданням ВС України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень ст. 69 КК України (справа про призначення судом більш м'якого покарання)² зазначається, що відповідно до ч. 1 ст. 8 Конституції України в Україні визнається і діє принцип верховенства права. Верховенство права – це панування права в суспільстві. Верховенство права вимагає від держави його втілення у правотворчу та правозастосовну діяльність, зокрема у закони, які за своїм змістом мають бути проникнуті передусім ідеями соціальної справедливості, свободи, рівності тощо. Одним із проявів верховенства права є те, що *право не обмежується лише законодавством як однією з його форм, а включає й інші соціальні регулятори, зокрема норми моралі, традиції, звичаї тощо*, які легітимовані суспільством і зумовлені історично досягнутим культурним рівнем суспільства. Всі ці елементи права об'єднуються якістю, що відповідає ідеології справедливості, ідеї права, яка значною мірою дістала відображення в Конституції України. Таке розуміння права не дає підстав для його ототожнення із законом, який іноді може бути й несправедливим, у т. ч. обмежувати свободу та рівність особи. Справедливість – одна з основних засад права, є вирішальною у визначенні його як регулятора суспільних відносин, одним із загальнолюдських вимірів права.

Для того щоб стати реальністю та успішно виконувати свої функції, право, як і держава, повинно мати зовнішнє вираження. В юридичній літературі це «зовнішнє вираження права» в одних випадках називають формою чи формами права, в інших – джерелами, а в третіх їх йменують одночасно і формами і джерелами права³. Розглядаючи джерела цивільного права, будемо

¹ Пархоменко Н. М. Джерела права: теоретико-методологічні засади: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.01 / Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького. Київ, 2009. С. 218.

² Рішення КС України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення судом більш м'якого покарання) від 02.11.2004 р. № 15-рп/2004, справа № 1-33/2004. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/v015p710-04/print>.

³ Марченко М. Н. Проблемы теории государства и права: учебник. Москва: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2008. С. 472.

виходити, перш за все, з їх формально-юридичного розуміння.

Джерела права у формально-юридичному розумінні – це обов'язкові до виконання акти уповноважених суб'єктів права, що містять норми права у письмовій формі, а також акти волевиявлення владних суб'єктів, що є неписаними нормативними фактами, на основі яких (актів) виникають, змінюються та припиняються правові відносини. Їх загальними ознаками є публічність, нормативність, формальність, юридична сила, безпосередній зв'язок з державою¹.

Традиційно до джерел цивільного права належать:

1) *нормативно-правовий акт* – офіційний документ, прийнятий суб'єктом правотворчої діяльності у визначених законом порядку та формі, який містить цивільно-правові норми. Сукупність нормативно-правових актів, які регулюють цивільні відносини, є *цивільним законодавством*;

2) *нормативно-правовий договір* – це двостороння або багатостороння угода, яка містить цивільно-правові норми. Зокрема різновидом нормативно-правового договору є *міжнародні договори*, наприклад, Конвенція про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах від 22.01.1993 р.², яку підписали такі країни: Азербайджанська Республіка, Республіка Молдова, Республіка Вірменія, РФ, Республіка Білорусь, Республіка Таджикистан, Грузія, Туркменістан, Республіка Казахстан, Республіка Узбекистан, Киргизька Республіка, Україна;

3) *правовий звичай* – це санкціоноване державою правило поведінки загального характеру, що склалося внаслідок його багаторазового фактичного застосування протягом тривалого часу. Наприклад, до правових звичаїв можна віднести Офіційні правила тлумачення торговельних термінів Міжнародної торгової палати у редакції 2010 року (Інкотермс 2010).

В Україні як джерело цивільного права визнано практику ЄСПЛ, враховуючи, що з 30.03.2006 р. набрав чинності Закон України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини»³, ст. 17 якого передбачає, що суди застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику ЄСПЛ як джерело права.

У доктрині приватного права проведено й *класифікацію джерел цивільного права*. Р. А. Майданик зазначає, що залежно від ступеня формальної визначеності доцільно розрізняти систему джерел цивільного права у вузькому

¹ Пархоменко Н. М. Джерела права: теоретико-методологічні засади: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.01 / Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького. Київ, 2009. С. 361.

² Конвенція про правову допомогу та правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах від 22.01.1993 р. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/997_00.

³ Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини: Закон України від 23.02.2006 р. № 3477- IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2006. № 30. Ст. 260.

(власному) і широкому розумінні. За цим критерієм *систему джерел цивільного права в широкому розумінні* умовно можна поділити на *три групи джерел*: а) первинні (базові); б) похідні (вторинні); в) джерела пізнання цивільного права. У власному (вузькому) розумінні систему джерел цивільного права становлять первинні й похідні джерела цивільного права. До *первинних (базових) джерел цивільного права* належать законодавство, нормативно-правовий договір, правові звичаї, загальні правові засади (принципи) цивільного права, моральні засади суспільства. Від них слід відрізнити похідні (вторинні) джерела і джерела пізнання цивільного права, які використовують як правові допоміжні (уточнюючі) засоби нормотворення і встановлення застосовуваних правил цивільного права. Таким похідним джерелом цивільного права є, наприклад, судові прецеденти (національні й міжнародні судові рішення, які містять правові норми) у випадках, визначених законом. До *похідних джерел цивільного права* може бути віднесено джерела внутрішнього регулювання (саморегулювання) цивільних відносин їх учасниками – цивільно-правовий договір, односторонній правочин, локальний цивільно-правовий акт, що містять локальні норми цивільного права¹.

Л. В. Красицька

§ 10. Цивільне право та цивільне законодавство. Співвідношення позитивного цивільного права та природного цивільного права. Співвідношення загального і спеціального законодавства

Цивільне право як сукупність правових норм, що регулюють особисті немайнові та майнові відносини (цивільні відносини), засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності учасників, не співпадає з поняттям «цивільне законодавство». Цивільне законодавство є зовнішньою формою вираження цивільно-правових норм, але при цьому необхідно враховувати, що цивільно-правові норми містяться не тільки в актах цивільного законодавства, а й в інших джерелах права, зокрема у міжнародному договорі, правовому звичаї тощо.

Цивільне законодавство можна розглядати також у кількох значеннях. *Цивільне законодавство у широкому значенні* – це сукупність нормативно-правових актів, що регулюють цивільні відносини. *Цивільне законодавство у вузькому розумінні* – це сукупність законів, що регулюють цивільні відносини. Конституційний Суд України у своєму Рішенні у справі за конституційним зверненням Київської міської ради професійних спілок щодо офіційного тлумачення ч. 3 ст. 21 Кодексу законів про працю України (справа про

¹ Правова доктрина України: у 5 т. Т. 3: Доктрина приватного права України / за заг. ред. Н. С. Кузнецової. Харків: Право, 2013. С. 198–199.

тлумачення терміну «законодавство»¹ зазначає, що термін «законодавство» досить широко використовується у правовій системі в основному у значенні як сукупність законів та інших нормативно-правових актів, які регламентують ту чи іншу сферу суспільних відносин і є джерелами певної галузі права. Цей термін без визначення його змісту використовує і Конституція України (ст.ст. 9, 19, 118, пункт 12 перехідних положень). У законах залежно від важливості і специфіки суспільних відносин, що регулюються, цей термін вживається в різних значеннях: в одних маються на увазі лише закони; в інших – передусім кодифікованих, в поняття «законодавство» включаються як закони та інші акти ВР України, так і акти Президента України, КМ України, а в деяких випадках – також і нормативно-правові акти центральних органів виконавчої влади.

Стаття 4 ЦК України визначає *акти цивільного законодавства України; основу цивільного законодавства України становить Конституція України; основним актом цивільного законодавства України є ЦК України*; актами цивільного законодавства є також інші закони України, які приймаються відповідно до Конституції України та ЦК України. Якщо суб'єкт права законодавчої ініціативи подав до ВР України проект закону, який регулює цивільні відносини інакше, ніж ЦК України, він зобов'язаний одночасно подати проект закону про внесення змін до ЦК України. Поданий законопроект розглядається ВР України одночасно з відповідним проектом закону про внесення змін до ЦК України. Цивільні відносини можуть регулюватись актами Президента України у випадках, встановлених Конституцією України. Актами цивільного законодавства є також постанови КМ України, якщо постанова КМ України суперечить положенням ЦК України або іншому закону, застосовуються відповідні положення ЦК України або іншого закону. Інші органи державної влади України, органи влади АРК можуть видавати нормативно-правові акти, що регулюють цивільні відносини, лише у випадках і в межах, встановлених Конституцією України та законом. Цивільні відносини регулюються однаково на всій території України.

Залежно від юридичної сили нормативно-правових актів, що складають цивільне законодавство України, в ієрархії цивільного законодавства можна виділити певні рівні: Конституція України; ЦК України та інші кодифіковані акти, зокрема Кодекс торговельного мореплавства України², Повітряний

¹ Рішення КС України від 09.07.1998 р. № 12-рп/98 у справі за конституційним зверненням Київської міської ради професійних спілок щодо офіційного тлумачення частини третьої статті 21 Кодексу законів про працю України (справа про тлумачення терміну «законодавство»), справа № 17/81-97. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v012p710-98>.

² Кодекс торговельного мореплавства України від 23.05.1995 р. № 176/95-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1995. № № 47, 48, 49, 50, 51, 52. Ст. 349.

кодекс України¹ тощо; Закони України; підзаконні нормативно-правові акти (Постанови ВР України, наприклад, Постанова ВР України «Про право власності на окремі види майна»²; Укази Президента України; Постанови КМ України; накази та інструкції центральних органів виконавчої влади; акти органів влади АРК та акти органів місцевого самоврядування, що стосуються цивільних відносин).

При цьому необхідно виходити з того, що згідно зі ст. 8 Конституції України *норми Конституції України є нормами прямої дії*. Так, згідно зі ст. 47 Конституції України ніхто не може бути примусово позбавлений житла інакше як на підставі закону за рішенням суду. Відповідно фактично втратили чинність і не підлягають застосуванню з 28.06.1996 р. положення ч. 1 ст. 109 Житлового кодексу УРСР³, які допускали виселення в адміністративному порядку з санкції прокурора осіб, які самоправно зайняли жиле приміщення або проживали у будинках, що загрожували обвалом.

Крім того, згідно з ч. 1 ст. 10 ЦК України чинний *міжнародний договір*, який регулює цивільні відносини, згода на обов'язковість якого надана ВР України, *є частиною національного законодавства України*. Варто враховувати у правозастосовчій діяльності й те положення, що згідно з п. 5.3 Постанови Пленуму ВГСУ «Про деякі питання практики вирішення спорів, що виникають з корпоративних правовідносин»⁴ під час розгляду справ про визнання недійсними установчих документів господарським судам слід виходити з того, що *статут є локальним нормативним актом, а не правочином*, тому до нього не можуть застосовуватися положення ст.ст. 203 та 215 ЦК України, які визначають підстави недійсності правочину.

В юридичній літературі зазначається, що система законодавства України, включаючи міжнародні договори, що стали частиною законодавства України, інтегрувала до себе ідеї природного права як безпосередньо, так і через конституційне закріплення принципу верховенства права, окремих засад, що входять до змісту цього принципу, посилання в актах законодавства на моральні засади суспільства, принципи справедливості тощо⁵.

¹ Повітряний кодекс України від 19.05.2011 р. № 3393-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2011. № 48–49. Ст. 536.

² Про право власності на окремі види майна: Постанова Верховної Ради України від 17.06.1992 р. № 2471-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 35. Ст. 517.

³ Житловий кодекс УРСР від 30.06.1983 р. № 5464-X. *Відомості Верховної Ради України*. 1983. Додаток до № 28. Ст. 573.

⁴ Про деякі питання практики вирішення спорів, що виникають з корпоративних правовідносин: Постанова Пленуму ВГСУ від 25.02.2016 р. № 4. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0004600-16/print>

⁵ Новітнє вчення про тлумачення правових актів: навч. посіб. з курсу тлумачення правових актів для суддів, що проходять підвищення кваліфікації, і кандидатів на посади суддів, що

А. С. Довгерт зазначає, що за своєю суттю природне право, на відміну від права позитивного, не є якимось штучним продуктом діяльності людини, скоріше, воно походить від самої Природи, від Бога, від Космічного Розуму, як би ми це не називали. Природне право відіграє роль своєрідного фільтра позитивного права, створюючи об'єктивні межі діяльності законодавця. Так, основні принципи приватного права (справедливість, розумність тощо), які закріплені в новому ЦК, є саме принципами природного права, на яких базується структура позитивного права. Якщо джерелом позитивного права є воля законодавця, воля держави, втілена в законодавстві, то джерелом природного права є Природа, Бог, їх закони, які ми пізнаємо через приватноправові договори, звичаї та інші природні інструменти (наприклад, нашу совість). Важливо зазначити, що існування договору та звичаю як джерела приватного права є яскравим свідченням того, що не тільки держава є центром нормотворення, а й людина як частка природи є провідником та виразником природного приватного права¹.

В юридичній літературі зазначається, що за існуючих в Україні реалій природне право не має для правозастосовної діяльності будь-якого значення. Воно зберігає своє самостійне значення тільки для правотворчості, застерігає проти таких дій законодавця, які призвели б до узурпації ним, іншим органом чи особою установчої влади народу, до виключення із Конституції та законодавчих актів положень, що забезпечують реалізацію в правопорядку ідей природного права, тих цінностей, які впродовж століть увійшли у свідомість, у традицію людей, що належать до християнської культури. Природне право застерігає проти зазначених дій навіть конституцієдавця².

Проте повністю з цією позицією не можна погодитися. Такі принципи природного приватного права як принципи справедливості, добросовісності, розумності безпосередньо впливають й на правозастосовну діяльність. Закріплення справедливості, добросовісності та розумності як загальних засад цивільного законодавства додає правового обрамлення цим категоріям природного права, вони стають правовими поняттями. Справедливість є однією з основних морально-правових категорій. Боротьба за справедливість є рушійною силою суспільних відносин і революційних потрясінь. Справедливість тлумачиться як неупередженість, відповідність істині; здійснення на законних та чесних підставах; вірність. Справедливість є суб'єктивно-об'єктивною

проходять спеціальну підготовку / кер. авт. кол. В. Г. Ротань. Харків: Право, 2013. С. 58.

¹ Правова доктрина України: у 5 т. Т. 3: Доктрина приватного права України / за заг. ред. Н. С. Кузнецової. Харків: Право, 2013. С. 62–63.

² Новітнє вчення про тлумачення правових актів: навч. посіб. з курсу тлумачення правових актів для суддів, що проходять підвищення кваліфікації, і кандидатів на посади суддів, що проходять спеціальну підготовку / відп. ред., кер. авт. кол. В. Г. Ротань. Харків: Право, 2013. С. 60–61.

категорією, яка визначає певний баланс інтересів окремих суб'єктів та інтересів суспільства, відповідність усталеним у суспільстві засадам, правовим приписам, зважаючи, що право є мірилом справедливості.

Добра совість розглядається як внутрішня суб'єктивна оцінка своєї поведінки, яка формує таку спрямованість діяльності суб'єкта, щоб з урахуванням своїх інтересів не порушувати інтереси інших осіб¹. О. О. Бакалінська розглядає добросовісність як суб'єктивну оцінку поведінки особи, що характеризує совість людини, обтяжену або не обтяжену знанням про можливе заподіяння шкоди іншій особі; розумність же, на думку дослідниці, відображає інтелектуальний момент діяльності суб'єктів; справедливість слугує мірою внеску та отримання, крім того, моральною підставою здійснення цивільних прав і виконання обов'язків². В. І. Ємельянов зазначає, що особу слід вважати добросовісною в тому випадку, коли вона діє без умислу заподіяти шкоду іншій особі, а також не допускає легкомудства (самовпевненості) та недбалості по відношенню до можливого заподіяння шкоди³.

Розумність означає не лише оцінку поведінки суб'єкта з позиції розумових здібностей особи, а й з позиції доречності саме такої поведінки, така оцінка проводиться, перш за все, правозастосовними органами. Так, ч. 5 ст. 12 ЦК України передбачає: якщо законом встановлені правові наслідки недобросовісного або нерозумного здійснення особою свого права, вважається, що поведінка особи є добросовісною та розумною, якщо інше не встановлено судом. Згідно з абз. 2 ч. 3 ст. 23 ЦК України при визначенні розміру відшкодування моральної шкоди враховуються вимоги розумності і справедливості.

У правозастосовній діяльності виникають проблемні питання щодо *співвідношення загального і спеціального законодавства*. У доктрині права та правозастосовній діяльності обговорюється питання як співвідношення загального та спеціального законодавства, так й питання співвідношення загальної і спеціальної норми. З позиції правозастосування доцільно вести мову про *співвідношення загальної та спеціальної норми*.

У теорії права склався підхід, що *загальні норми права* – це норми, що поширюються на рід певних відносин у цілому. Наприклад, згідно зі ст. 1166 ЦК України особа, яка завдала шкоди, звільняється від її відшкодування, якщо вона доведе, що шкоди завдано не з її вини. Ця норма поширюється на всі

¹ Дерюгина Т. В. Добросовестность участников гражданских правоотношений как предел и принцип права. *Юристъ-Правоведъ*. 2009. № 6. С. 62.

² Бакалінська О. О. Справедливість – оціночне поняття цивільного права. *Держава і право*. 2012. Вип. 57. С. 336.

³ Ємельянов В. И. Разумность, добросовестность, незлоупотребление гражданскими правами. Москва: Лекс-Книга, 2002. С. 91.

відносини, пов'язані з відшкодуванням майнової шкоди. *Спеціальні норми права* – це норми, що встановлюються з метою конкретизації та деталізації, врахування своєрідності та особливостей будь-якого виду суспільних відносин, рід яких регулюється загальною нормою права. Фактично спеціальні норми є винятком із загальних норм. Наприклад, відповідно до ст. 1187 ЦК України особа, яка здійснює діяльність, що є джерелом підвищеної небезпеки, відповідає за завдану шкоду, якщо вона не доведе, що шкоди було завдано внаслідок непереборної сили або умислу потерпілого. Отже, ця норма встановлює особливості відшкодування майнової шкоди, що завдана джерелом підвищеної небезпеки, і, на відміну від загального правила, встановленого ст. 1166 ЦК України, передбачає можливість відшкодування шкоди й за відсутності вини¹.

В юридичній літературі зазначається, що загальні та спеціальні норми є парною категорією. Визначення загальних норм безвідносно до спеціальних і, навпаки, теоретично не має сенсу й практично марно. Звідси також слідує, що перебувати у співвідношенні загальні/спеціальні в зазначеному сенсі можуть тільки норми права, але не правові інститути і, тим паче, не нормативно-правові акти².

Такий підхід сприйнято й судовою практикою. Так, в Інформаційному листі ВГСУ «Про деякі питання практики застосування норм Цивільного та Господарського кодексів України»³ на питання: «Чи співвідносяться ЦК України та ГК України як загальний та спеціальний закони? Норми якого кодексу підлягають переважному застосуванню?» надається відповідь, що при вирішенні даного питання слід виходити з того, що *при правозастосуванні застосовується не в цілому закон як нормативно-правовий акт, а відповідна правова норма чи її частина, за змістом якої і визначається чи є ця норма (її частина) спеціальною чи загальною*.

Так, наприклад, за загальним правилом ст. 293 ГК України за договором міни (бартеру) кожна зі сторін зобов'язується передати другій стороні у власність, повне господарське відання чи оперативне управління певний товар в обмін на інший товар. Проте в ЦК України містяться спеціальні норми про особливий вид міни (бартеру), які підлягають переважному застосуванню перед ст. 293 ГК України. Зокрема, ст. 715 ЦК України допускає обмін товару на роботи, послуги, а ст. 716 ЦК України передбачає особливості правового регулювання відносин, що виникають на підставі таких договорів. Відповідно

¹ Загальна теорія держави і права: підруч. для студентів юрид. вищих навч. закл. / за ред. М. В. Цвіка, О. В. Петришина. Харків: Право, 2009. С. 232.

² Харьковская цивилистическая школа: в духе традиций: монография / под ред. И. В. Спасибо-Фатеевой. Харьков: Право, 2011. С. 214.

³ Про деякі питання практики застосування норм Цивільного та Господарського кодексів України: Інформаційний лист Вищого господарського суду України від 07.04.2008 р. № 01-8/211. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v_211600-08

до ч. 1 ст. 1 ЦК України цивільним законодавством регулюються особисті немайнові та майнові відносини (цивільні відносини), засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників.

Згідно з ч. 2 ст. 9 ЦК України законом можуть бути передбачені особливості регулювання майнових відносин, які позначаються тут як майнові відносини у сфері господарювання. Відповідно до ч. 1 ст. 4 ГК України не є предметом регулювання ГК України, зокрема, майнові та особисті немайнові відносини, що регулюються ЦК України, при цьому відповідно до ч. 1 ст. 4 ГК України особливості регулювання майнових відносин суб'єктів господарювання визначаються ГК України. Тому спеціальні норми ГК України, які встановлюють особливості регулювання майнових відносин суб'єктів господарювання, підлягають переважному застосуванню перед тими нормами ЦК України, які містять відповідне загальне регулювання. Наприклад, правила ч. 1 ст. 232 ГК України, відповідно до якої збитки відшкодовуються в частині, не покритій штрафними санкціями (залікова неустойка), підлягають переважному застосуванню перед правилами ч. 1 ст. 624 ЦК України, відповідно до якої неустойка підлягає стягненню у повному розмірі, незалежно від відшкодування збитків (штрафна неустойка).

При цьому слід враховувати, що відповідно до ч. 2 ст. 4 ЦК України основним актом цивільного законодавства України є ЦК України. Тому в разі, якщо норми ГК України не містять особливостей регулювання майнових відносин суб'єктів господарювання, а встановлюють загальні правила, які не узгоджуються із відповідними правилами ЦК України, слід застосовувати правила, встановлені ЦК України.

Отже, при вирішенні питання співвідношення загальної і спеціальної норми за загальним правилом у правозастосовній діяльності спрацьовує принцип: *«lex specialis derogat generalis»* («спеціальний закон витісняє загальний закон»).

Л. В. Красицька

§ 11. Аналогія закону і аналогія права

У правозастосовній діяльності може виникнути ситуація, пов'язана з наявністю *прогалин у праві* – відсутністю правової норми, яка б регулювала конкретні суспільні відносини. До *засобів заповнення прогалин у цивільному праві* належать аналогія закону та аналогія права.

Згідно зі ст. 8 ЦК України, якщо цивільні відносини не врегульовані ЦК України, іншими актами цивільного законодавства або договором, вони регулюються тими правовими нормами ЦК України, інших актів цивільного законодавства, що регулюють подібні за змістом цивільні відносини (*аналогія закону*). У разі неможливості використати аналогію закону для регулювання

цивільних відносин вони регулюються відповідно до загальних засад цивільного законодавства (*аналогія права*). Відповідно до п. 8 ст. 8 ЦПК України, якщо спірні відносини не врегульовані законом, суд застосовує закон, що регулює подібні за змістом відносини (аналогія закону), а за відсутності такого суд виходить із загальних засад законодавства (аналогія права).

В Інформаційному листі ВГСУ «Про деякі питання практики застосування норм Цивільного та Господарського кодексів України» на питання: «У разі можливості використання аналогії закону для регулювання цивільних відносин та аналогії права, який вид аналогії (закону чи права) підлягає переважному застосуванню?» надається відповідь, що аналогія закону чи аналогія права застосовується у тому випадку, якщо є прогалина в правовому регулюванні відповідних відносин. При аналогії закону застосовується норма, що регулює подібні правовідносини. Аналогія права передбачає застосування загальних засад законодавства. При цьому необхідно довести, що саме на підставі цього принципу повинні бути врегульовані відповідні відносини. Оскільки, відповідно до положень ч. 2 ст. 8 ЦК України *аналогія права застосовується у разі неможливості використання аналогії закону*, тому у вказаному випадку необхідно застосовувати аналогію закону.

Аналогія закону досить часто застосовується судами. Розглянемо найбільш розповсюджені випадки застосування аналогії закону, зокрема *при вирішенні корпоративних спорів*. Так, Постанова Пленуму ВГСУ «Про деякі питання практики вирішення спорів, що виникають з корпоративних правовідносин», у п. 2.30. передбачає, що з огляду на положення ч. 5 ст. 53 Закону України «Про господарські товариства» та ст. 8 ЦК України (*аналогія закону*) до вирішення питання про вступ (прийняття) спадкоємців (правонаступників) померлого (ліквідованого) учасника правомочність загальних зборів учасників визначається без урахування частки в статутному капіталі, яка належала померлому (ліквідованому) учаснику. Отже, у такому разі під час встановлення правомочності загальних зборів учасників слід враховувати голоси інших учасників товариства, які без голосів, що припадають на частку померлого (ліквідованого) учасника, становлять у сукупності 100% голосів, що мають враховуватися під час визначення кворуму. Пункт 4.10 зазначеної Постанови Пленуму ВГСУ передбачає, що згідно з ч. 4 ст. 362 ЦК України у разі продажу частки у праві спільної часткової власності з порушенням переважного права купівлі співвласник може пред'явити 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 у статутному капіталі*. При цьому судам слід мати на увазі, що ця норма застосовується до відповідних позовів учасників товариства лише з обмеженнями, передбаченими нею. Відповідно до п. 4.9 Постанови Пленуму ВГСУ «Про деякі питання

практики вирішення спорів, що виникають з корпоративних правовідносин», якщо спадкоємець (правонаступник) відмовився від участі у ТОВ (ТДВ) або йому було відмовлено у прийнятті до товариства, *до відносин, пов'язаних із виплатою спадкоємцю (правонаступнику) вартості частки майна товариства, за аналогією застосовується ст. 54 Закону України «Про господарські товариства».*

В Оглядовому листі ВГСУ «Про деякі питання практики застосування господарськими судами законодавства у справах, в яких заявлено вимоги про відшкодування збитків»¹ звертається увага судів на те, що *враховуючи невизначеність законом порядку та розмірів відшкодування шкоди, завданої порушенням законодавства про охорону атмосферного повітря, до таких правовідносин слід застосовувати за аналогією закону положення ч. 4 ст. 68 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища», що регулюють подібні за змістом цивільні відносини.*

У п. 15 Постанови Пленуму ВССУ з розгляду цивільних і кримінальних справ «Про деякі питання застосування судами законодавства при вирішенні спорів про відшкодування шкоди, завданої джерелом підвищеної небезпеки»² зазначається, що *порядок відшкодування шкоди, пов'язаної з фізичним знищенням транспортного засобу, регламентовано ст. 30 Закону України «Про обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів», який згідно зі ст. 8 ЦК (аналогія закону) може застосовуватись не лише страховиком, а й іншими особами, які здійснюють діяльність, що є джерелом підвищеної небезпеки, та відповідають за завдану шкоду.* Тобто транспортний засіб вважається фізично знищеним, якщо його ремонт є технічно неможливим чи економічно необґрунтованим, а власник транспортного засобу згоден із визнанням транспортного засобу фізично знищеним. Ремонт вважається економічно необґрунтованим, якщо передбачені згідно з експертизою, проведеною відповідно до вимог законодавства, витрати на ремонт транспортного засобу перевищують вартість транспортного засобу до дорожньо-транспортної пригоди.

¹ Про деякі питання практики застосування господарськими судами законодавства у справах, в яких заявлено вимоги про відшкодування збитків: Оглядовий лист ВГСУ від 14.01.2014 р. № 01-06/20/2014. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0020600-14>.

² Про деякі питання застосування судами законодавства при вирішенні спорів про відшкодування шкоди, завданої джерелом підвищеної небезпеки: Постанова Пленуму ВССУ з розгляду цивільних і кримінальних справ від 01.03.2013 р. № 4. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0004740-13/print>.

Л. В. Красицька

**§ 12. Лібералізація українського вчення про тлумачення норм права:
доктрина «добудови» права**

Тлумачення норм цивільного права має велике значення для правозастосовної діяльності. Традиційно тлумачення норми права розглядається як уявлення, роз'яснення і розкриття сутності та змісту правової норми. Тлумачення норм цивільного права, що здійснюється конкретною особою у процесі правозастосовної діяльності, ґрунтується, перш за все, на теоретичних знаннях особи у сфері права. Оскільки тлумачення норми права передбачає її уявлення її сутності, то на процес тлумачення правової норми впливає правосвідомість особи, що застосовує правову норму, тобто певний суб'єктивний чинник.

У сучасній юридичній літературі слухно наголошується, що *для України як пострадянської держави вирішити проблему забезпечення об'єктивності тлумачення актів законодавства означає вирішити проблему побудови правової держави та утвердження принципу верховенства права*. У свою чергу, забезпечити об'єктивність тлумачення вповні можливо, якщо усвідомити значення цієї проблеми та створити сучасне вчення про тлумачення юридичних актів¹. Проблематика тлумачення норм права є важливою для всієї історії розвитку наукової думки, історії правосуддя та розвитку законодавства. Характеризуючи кодифікаційні процеси, що відбувалися наприкінці ХІХ ст., Й. О. Покровський зазначав, що *із звичного вчення про тлумачення для законодавця природно витікала вимога за можливістю все передбачити й все вирішити самому, не залишаючи для судді ніяких неясностей та недомовок; прогалини закону або його невизначеність розумілись тільки як дещо можливе, а не необхідне*. З точки зору нових уявлень все це радикально змінювалось. Законодавець тепер міг навмисно у тих випадках, де йому за тими чи іншими причинами точне визначення не давалось або було важким, виразити свою думку у загальній невизначеній формі, надавши потім заповнення подібного «каучукового параграфу» вільному розсуду суду². Далі Й. О. Покровський зауважував, що під впливом тенденцій «вільного права» сучасне законодавство стає на слизький шлях. Там, *де проблема являє найбільші складнощі, де бажана норма нелегко піддається формулюванню, де питання не зовсім ясне, законодавець з легкістю вдається до улюбленого засобу – вживає якийсь загальний вираз, створює один з так званих «каучуко-*

¹ Новітнє вчення про тлумачення правових актів: навч. посіб. з курсу тлумачення правових актів для суддів, що проходять підвищення кваліфікації, і кандидатів на посади суддів, що проходять спеціальну підготовку / відп. ред., кер. авт. кол. В. Г. Ротань. Харків: Право, 2013. С. 45.

² Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. 4-е изд., испр. Москва: Статут, 2003. С. 97.

вих» параграфів, надаючи потім судам та юриспруденції власти до нього належний зміст. Засіб, безумовно, спокусливий, але такий, що передбачає не вирішення проблеми, а ухилення від неї. Проблема залишається проблемою, але тільки вона перекладається на плечі окремих суддів та їх відповідальність. Там, де повинен був ретельно подумати законодавець, повинні тепер думати окремі судді¹. Безумовно, законодавець не може й не має надавати правову оболонку абсолютно всім суспільним відносинам, проте активне застосування оціночних понять, так званих «каучукових параграфів», повинно мати свої межі, оскільки призводить до невизначеності правових норм, до неоднакового застосування судами норм матеріального права.

Варто підтримати позицію, що науково обґрунтована методологія тлумачення нормативно-правових актів, яка б відповідала практичним потребам правозастосування, може бути створена, може існувати і розвиватися тільки за умови опори на галузеві дослідження проблем тлумачення нормативно-правових актів, на практику застосування норм окремих галузей права, на практику викладання окремих навчальних дисциплін у вищих навчальних закладах. Звичайно, є і зворотний зв'язок: галузеві дослідження, галузева практика і викладання окремих навчальних дисциплін у вищих юридичних навчальних закладах не можуть не враховувати загального вчення про тлумачення правових актів. Якщо галузь дає для загального вчення емпіричний матеріал і узагальнення першого рівня, то загальне вчення про тлумачення правових актів дає для галузі теоретичні положення більш високого рівня, що можуть використовуватись у галузі як методологічний інструментарій².

Р. А. Майданик слушно зазначає, що останнім часом спостерігається тенденція до ухвалення ВС України правових позицій, що передбачають застосування принципу справедливості, добросовісності і розумності, як підстава доповнення норми закону і зміни усталеної судової практики. Такий підхід свідчить про *формування в українському праві об'єктивних передумов впровадження визнаної в європейському праві доктрини добудови права*. Методологічну основу ліберального праворозуміння становить принцип верховенства права, одним із механізмів якого є доктрина «добудови» права, яка визначає умови та порядок інтерпретації з метою уточнення, доповнення чи виправлення закону судом³.

¹ Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. 4-е изд., испр. Москва: Статут, 2003. С. 105.

² Новітнє вчення про тлумачення правових актів: навч. посіб. з курсу тлумачення правових актів для суддів, що проходять підвищення кваліфікації, і кандидатів на посади суддів, що проходять спеціальну підготовку / відп. ред., кер. авт. кол. В. Г. Ротань. Харків: Право, 2013. С. 17.

³ Майданик Р. А. Лібералізація українського вчення про тлумачення норм права: доктрина «добудови» права. *Приватне право України і європейська інтеграція: тенденції та перспективи*: матеріали VI Міжнар. цивіліст. форуму, Київ, 14–15 квіт. 2016 р. Київ: ТОВ

Пунктами 47, 48 Висновку № 11 (2008) Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету Міністрів Ради Європи щодо якості судових рішень, з одного боку, визнається право суддів тлумачити закон, використовуючи принципи тлумачення, прийняті в національному і міжнародному праві, але цьому усякою мірою протиставляється вимога до судів сприяти правовій визначеності. Для забезпечення правової визначеності рекомендовано орієнтуватися на судовий прецедент (у країнах *common law*) або на судову практику (у країнах континентального права)¹. Європейський суд з прав людини у своєму рішенні у справі «Таммер проти Естонії» також зазначив, що одна з вимог, яка впливає з поняття «встановлене законом», є передбачуваність наслідків. Правова норма не вважається «законом», якщо вона не сформульована достатньо чітко для того, щоб громадянин міг регулювати власну поведінку: громадянин повинен мати змогу, користуючись, у разі потреби, відповідною допомогою, передбачити (у розумних межах і за певних обставин), які наслідки може мати конкретний вчинок. Такі наслідки не можуть бути передбачені з абсолютною точністю: досвід показує, що це неможливо. Хоча і бажано прагнути до чіткості викладення норми, це іноді зумовлює її негнучкість, тоді як закон має враховувати конкретні обставини. Саме тому тексти законів більшою чи меншою мірою нечіткі, а їх тлумачення та застосування залежать від практики².

Як слушно зазначає Р. А. Майданик, *доктрина «добудови» права судом* відображає місце суду в ліберальному суспільстві як особливого соціального інституту, основне призначення якого полягає в захисті прав людини при здійсненні правосуддя. Саме ця властивість суду має розглядатися як умова і межа добудови права з урахуванням його співвідношення із законом. Закон відображає функціональну спрямованість права, що передбачає виконання законом свого завдання щодо справедливого вирішення конфліктної ситуації... *Конституційне положення про принцип верховенства права по суті дозволяє судді виходити за межі дослівного смислу закону і таким чином «добудувати право»*, якщо застосування формального змісту норми закону призведе до явно несправедливого результату. При цьому суддя повинен обґрунтувати своє рішення, виходячи з правових ідей і сутності правової системи в цілому³. При цьому варто враховувати, що ст. 129 Конституції

«Білоцерківдрук», 2016. С. 11.

¹ Новітнє вчення про тлумачення правових актів: навч. посіб. з курсу тлумачення правових актів для суддів, що проходять підвищення кваліфікації, і кандидатів на посади суддів, що проходять спеціальну підготовку / відп. ред., кер. авт. кол. В. Г. Ротань. Харків: Право, 2013. С. 49.

² Рішення ЄСПЛ від 06.02.2001 р. у справі «Таммер проти Естонії». *Вісник Верховного Суду України*. 2002. № 1. С. 10.

³ Майданик Р. А. Розвиток приватного права України: монографія. Київ: Алерта, 2016. С. 89.

України проголошує, що суддя, здійснюючи правосуддя, є незалежним та керується верховенством права.

Варто зазначити, що застосування принципу верховенства права на сьогодні активно запроваджується у правозастосовну діяльність суду. У навчальній літературі для суддів увага акцентується на тому, що нерідко зустрічаються і посилання судів на те, що позовні вимоги не можуть бути задоволені з огляду на те, що позивач обрав спосіб захисту права, який не передбачений законом, оскільки суд є державним органом і як такий відповідно до ч. 2 ст. 19 Конституції України має діяти на підставі, в межах повноважень і у спосіб, що встановлені Конституцією і законами України. У таких випадках *принцип верховенства права* ігнорується двічі: 1) ігноруванням тієї обставини, що принцип верховенства права виключає можливість відмови у захисті порушеного права тільки тому, що обраний позивачем спосіб захисту права, який відповідає змісту порушеного права, характеру і наслідкам порушення, не передбачений законом; 2) неврахуванням того, що ч. 2 ст. 19 Конституції повинна тлумачитись з урахуванням ст. 3 Конституції, що входить до змісту принципу верховенства права. Зміст і спрямованість діяльності держави, як це визначається у ст. 3 Конституції, виключає відмову суду в захисті права у спосіб, який відповідає змісту порушеного права, характеру і наслідкам порушення і про який просить позивач тільки тому, що такий спосіб не передбачений законом, а отже, відсутня вказівка Конституції і закону стосовно того, у який же спосіб суд має захистити порушене право¹.

Н. В. Шишка

§ 13. Договір як регулятор цивільних відносин

Категорія «договір» у цивільному праві розуміється в багатьох значеннях, а саме, як: а) прояв свободи волездатних та рівних учасників цивільних відносин (ст. 1 та п. 3 ч. 1 ст. 3 ЦК України) у межах цивільно-правового режиму; б) індивідуальний регулятор цивільних відносин між його сторонами (ст. 6 ЦК України); в) міжнародний договір, що є частиною національного цивільного законодавства України (ст. 10 ЦК України); г) юридичний факт у вигляді правочину, тобто дії особи, спрямованої на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків (ч. 2 ст. 11 та ст. 202 ЦК України); д) правовий засіб визначення меж здійснення цивільних прав (ч. 1 ст. 13 ЦК України), а також виконання цивільних обов'язків (ч. 1

¹ Новітнє вчення про тлумачення правових актів: навч. посіб. з курсу тлумачення правових актів для суддів, що проходять підвищення кваліфікації, і кандидатів на посади суддів, що проходять спеціальну підготовку / відп. ред., кер. авт. кол. В. Г. Ротань. Харків: Право, 2013. С. 647.

ст. 14 ЦК України); е) зобов'язальне правовідношення, що виникає на підставі домовленості двох або більше сторін з метою виконання юридичного обов'язку боржником (передати майно, виконати роботу, надати послугу, сплатити гроші тощо або утриматися від певної дії) на користь кредитора (ст. 509, 626 та Книга 5 ЦК України); є) форма закріплення зобов'язальних договірних правовідносин та посвідчення факту їх виникнення та існування, тобто документ у прямому розумінні цього слова; ж) типова нормативно-регулятивна модель суспільних відносин у праві, яка спрямована на упорядкування реально існуючих відносин¹.

Існування можливості відходити від типової нормативно-регулятивної моделі суспільних відносин, якщо немає прямої заборони, а також визначати умови договору, які не передбачені актами цивільного законодавства, але відповідають загальним засадам цивільного законодавства є проявом свободи учасників цивільних відносин та безпосередньо пов'язаний з регулятивною силою договору як індивідуального регулятора цивільних відносин.

У науці договір як регулятор концептуально сприймається по-різному.

Теорія нормативності договору. На думку Р. А. Майданика, «цивільно-правовий договір можна розглядати як джерело вітчизняного цивільного права з урахуванням того, що нормативність умов договору полягає не в повторюваності закріплених у ньому правил і не в деперсоніфікованості їх адресатів, а саме у встановленні правила, тобто виду і міри належної поведінки, незалежно від того, на одноразове чи багаторазове використання конкретизованими чи неконкретизованими суб'єктами вона розрахована»². Н. С. Кузнецова наголошує на тому, що «... договір можна кваліфікувати як джерело нормативних приписів, що в цивільному праві знаходиться на рівні джерел права»³. Таку позицію більш повно обґрунтував С. О. Погрібний у роботі «Механізм та принципи регулювання договірних відносин у цивільному праві України»⁴.

Р. Б. Шишка визначає договір як «мононорму», зазначаючи, що це звичайний цивільно-правовий договір, який має розглядатися як мононорма

¹ Шишка О.Р. Договір як індивідуальний регулятор цивільних відносин: деякі питання предмета цивільного права. *Актуальні проблеми приватного права: договір як правова форма регулювання приватних відносин*: матеріали наук.-практ. конф., присвяч. 95-й річниці з дня народж. д-ра юрид. наук, проф. В. П. Маслова (17 лют. 2017 р.) / Нац. юрид. ун-т імені Ярослава Мудрого. Харків, 2017. С. 213–214.

² Майданик Р. А. Цивільне право: Загальна частина. Т. I. Вступ у цивільне право. Київ: Алерта, 2012. С. 332.

³ Кузнецова Н. Договір у механізмі регулювання цивільно-правових відносин. *Право України*. 2012. № 9. С. 16.

⁴ Погрібний С. О. Механізм та принципи регулювання договірних відносин у цивільному праві України: монографія. Київ: Алерта, 2009.

права, що регулює відносини лише виключно між його учасниками¹. Договір як мононорма розглядається й О. М. Нечипуренко². Слід зазначити, що під мононормою (від грец. *monos* – єдиний та лат. *norma* – правило) в праві розуміється обов'язкове правило поведінки, в якому ще не диференціювалися різні норми соціальної регуляції: права, моральності, етикету³. Мабуть, за таких обставин, категорія «мононорма» еволюціонувалася під впливом становлення та розвитку регуляторної функції цивільно-правового договору. Таку теорію підтримує і Т. В. Кашанина. Автор визначає договір, як один із засобів індивідуального регулювання, де в процесі правотворчості у межах, окреслених законом, створюються правила поведінки, тобто індивідуальні норми (або «мікронорми») з властивою їм нормативністю, але останні не є абсолютні та розраховані на точно визначених суб'єктів⁴.

Теорія нормативності договору підтримується і Ю. О. Тихомировим. Так, відповідаючи на питання про характер договірних правил, він підкреслює, що договірні правила поведінки мають правовий, нормативний характер та при всій своїй полярності їх змісту є прояв нормативної саморегуляції, які забезпечують не тільки регулювання поведінки сторін, але і підлягають юридично значущого визнання в загальній системі нормативного регулювання, а також правового захисту⁵. Н. М. Пархоменко, розвиваючи вчення про функції договору, виділяє нормотворчу функцію. За її твердженням, правила, що містяться в договорі є нормами⁶.

Теорія ненормативності договору. Прихильником такої позиції є М. Ф. Вороніна, яка відносить цивільно-правовий договір до ненормативних договорів, з посиланням на те, що «джерелом права слід вважати і ненормативні договори, які можуть бути визнані тільки в галузях приватного права». При цьому авторка запроваджує категорію «правовий договір», як заміну «ненормативному договору»⁷.

¹ Цивільне право України: курс лекцій: у 6 т. Т. 1. Вид. 2-ге, виправ. та доп. / за ред. Р. Б. Шишки та В. А. Кройтора. Харків: Еспада, 2008. С. 75.

² Нечипуренко О. М. Цивільно-правове регулювання перевезень таксі: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Нац. ун.-т «Одеська юридична академія». Одеса, 2008. С. 5, 15.

³ Алексеев В. П., Першиц А. И. История первобытного общества: учебн. по спец. «История». 5-е издание. Москва: Высшая школа, 2001. URL: <http://www.twirpx.com/file/275504/>

⁴ Кашанина Т. В. Децентрализация в правовом регулировании: Структурный анализ: автореф. дис. ... д-ра. юрид. наук: 12.00.01 / Моск. юрид. ин-т. Москва, 1992. С. 35.

⁵ Тихомиров Ю. А. Договор как регулятор общественных отношений. *Правоведение*. 1990. № 5. С. 28.

⁶ Пархоменко Н. М. Договір у системі права України: дис... канд. юрид. наук: 12.00.01 / НАН України; Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького. Київ, 1998. С. 176–177.

⁷ Воронина М. Ф. Договір как источник права (теоретико-правовой аспект): дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / СПб. гос. инженерно-экономический ун.-т. Санкт-Петербург, 2008.

Теорія ненормативності цивільно-правового договору підтримується і О. О. Мясиним та С. М. Бервено. Так, О. О. Мясін вказує, що багато ненормативних договорів функціонують у різних галузях права (правочини в цивільному праві ...), які є джерелом й інструментом такого саморегулювання. При цьому відмінність нормативного від ненормативного договором полягає у тому, що останній не містять в собі правил загального характеру¹. С. М. Бервено у своєму дослідженні констатує, що договір є ненормативним засобом індивідуального врегулювання відносин договірних сторін. Ознаки нормативного регулювання можна вбачати в типових договорах, умови яких є обов'язковими для сторін².

Теорія договору як акту. В. С. Мілаш розцінює договір як акт правовстановлення (у ньому виявляється автономія волі сторін щодо врегулювання їх взаємовідносин на власний розсуд у межах, дозволених законом, – індивідуальне правове регулювання)³. О. О. Первомайський вбачає в договорі певний юридичний потенціал для реалізації його як індивідуального акту, а ознака обов'язковості цілком достатня для визнання його як джерела права⁴.

Теорія договору як правового акту. В. В. Іванов – дослідник загальнотеоретичних проблем договору – стверджує, що теорію договору необхідно досліджувати як складову частину теорії правового акту⁵. В. В. Луць, відповідаючи на питання регулятивної функції договору, каже, що «договір належить до правових актів індивідуального характеру»⁶. Схожу позицію висловлює й О. М. Вінник, яка, досліджуючи природу господарського договору, наголошує, що господарський договір є індивідуальним правовим актом⁷. В. С. Мілаш також підтримує актову теорію договору та зазначає, що договір – це сумісно здійснені відокремлені волевиявлення двох чи більше управнених суб'єктів права, спрямовані на регулювання поведінки цих та/або інших суб'єктів, та якими встановлюється на підставі реальної або припущеної згоди правовий

URL: <http://www.dissercat.com/content/dogovor-kak-istochnik-prava-teoretiko-pravovoi-aspekt-0#ixzz2IeGx7J6B>

¹ Мясин А. А. Нормативный договор как источник права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. 12.00.01 / Саратов. гос. акад. права. Саратов, 2003. С. 5.

² Бервено С. М. Проблемы договорного права Украины: монографія. Київ: Юрінком Інтер, 2006. С. 12.

³ Мілаш В. С. Комерційний договір у контексті сучасних ринкових умов: монографія. Харків: Видавець ФОП Вапнярчук Н. М., 2007. С. 24.

⁴ Первомайський О. О. До питання про джерела цивільного права. *Право України*. 2001. № 2. С. 36.

⁵ Іванов В. В. Общая теория договора: монография. Москва: Юристь, 2006. С. 7, 16.

⁶ Луць В. В. Договір як регулятор цивільних відносин. *Право України*. 2012. № 9. С. 20.

⁷ Вінник О. М. Господарське право: курс лекцій. Київ: Атіка, 2004. С. 219.

результат – правовий акт¹. Т. А. Парфенова, досліджуючи питання поняття та ознаки договору як загальноправової конструкції, наголошує на тому, що будь-який договір за своєю суттю є правовим актом, який поділяється на два основних типи договорів – нормативні договори та індивідуальні договори, а останній детально регламентується цивільним законодавством².

А. В. Бухалов, досліджуючи юридичну природу договору, як регулятора відносин у сфері приватного права, тобто індивідуального договору, розуміє його як правий акт, що регулює договірні відносини між суб'єктами, на основі закріплених у ньому індивідуальних норм права³. М. Ф. Казанцев, досліджуючи концепцію цивільно-правового договірного регулювання, приходиться до висновку, що цивільно-правовий договір – це правовий акт, зміст якого складають нормативні або ненормативні положеннями та який впорядковує відносини між сторонами договору та виступає засобом саморегулювання відносин сторін. При цьому регулятивні властивості цивільно-правового договору зближують його з законом, який як і договір належить до роду правових актів. Разом з тим цивільно-правовий договір як вид правового акту не є тотожний закону⁴.

Теорія договору як нормативно-правового акту. Така теорія підтримується З. В. Ромовською. Так, вчена, відповідаючи на запитання, чи можна договір назвати нормативним правовим актом, стверджує, що договір – це також мірило свободи і обов'язку, щоправда, лише для двох. Ця остання обставина не може заперечити правотворчої суті договору, а отже, і його нормативного правового характеру, хоча і з обмеженою сферою дії⁵.

Тому, так чи інакше, договір як індивідуальний регулятор цивільних відносин – це форма втілення регулятивної функції цивільного права, яка дає можливість сторонам на їх розсуд, або на розсуд однієї сторони (за умов взаємоузгодженої волі другої сторони) визначити умови упорядкування цивільних відносин у межах та у порядку, встановлених законом. При цьому такий договір виступає певним координаційним інструментом, який надає

¹ Мілаш В. С. Теорія господарського договору. *Актуальні питання цивільного та господарського права*: науково-практичний журнал. 2008. № 1. URL: <http://www.journal.yurprayintel.com.ua/2008/1/article05/>

² Парфенова Т. А. Нормативный договор как источник российского права: история и современность: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Южно-Уральский гос. ун-т. Челябинск, 2005. С. 13–14.

³ Бухалов А. В. Договор как источник частного права: автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Ленингр. гос. ун-т им. А. С. Пушкина. Санкт-Петербург, 2011. С. 13.

⁴ Казанцев М. Ф. Концепция гражданско-правового договорного регулирования: автореф. дис. ... д-ра. юрид. наук: 12.00.03. / Урал. гос. юрид. акад. Екатеринбург, 2008. С. 5.

⁵ Ромовська З. В. Українське цивільне право: підручник: Загальна частина. Академічний курс. Київ: Атіка, 2005. С. 71–72.

можливість розшифрувати правила, за якими сторони домовилися діяти і які є обов'язковими для них.

Л. В. Красицька

§ 14. Звичай як регулятор цивільних відносин

Відповідно до ст. 7 ЦК України цивільні відносини можуть регулюватися звичаєм, зокрема звичаєм ділового обороту. *Звичаєм* є правило поведінки, яке не встановлене актами цивільного законодавства, але є усталеним у певній сфері цивільних відносин. Звичай може бути зафіксований у відповідному документі. Звичай, що суперечить договору або актам цивільного законодавства, у цивільних відносинах не застосовується.

Правовий звичай розглядається у теорії права як визнане державою правило поведінки, що склалося внаслідок його фактичного одноманітного застосування протягом тривалого часу¹. У доктрині права запропоновано поняття правового звичаю як соціальної норми, що визнана суспільством авторитетним її сприйняттям як корисна, необхідна, покликана вирішувати різноманітні розбіжності у житті, побуті, шляхом одноманітного її застосування протягом тривалого часу без змін та закріплена законодавцем на державному рівні, як норма права для захисту інтересів певного суспільства, гарантування виконання їх прав та обов'язків шляхом встановлення визначеної юридичної санкції².

Р. А. Майданик зазначає, що звичай є первинним або базовим джерелом українського права, від якого пішли всі інші джерела, і в якому наявна критична точка всіх інших джерел права. Звичай у вітчизняному праві слід розглядати перш за все як первинне джерело права взагалі, тобто виток, звідки виникло право. Цивільно-правовий звичай є усталеним у певній сфері цивільних відносин, обов'язковим правилом поведінки, яке не закріплене актами законодавства³.

Правовим звичай стає тоді, коли він одержує санкцію (офіційне схвалення) держави. Правовими ставали не всі звичаї, а тільки такі, які відображали тривалу правову практику і відповідали моральним засадам даного суспільства. *Санкціонування* звичаю відбувається двома основними способами: а) шляхом визнання його судовою, господарською, адміністра-

¹ Загальна теорія держави і права: підруч. для студ. юрид. вищих навч. закл. / за ред. М. В. Цвіка, О. В. Петришина. Харків: Право, 2009. С. 181.

² Васянович О. А. Правовий звичай як форма права у сучасних правових системах: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. Київ, 2010. С. 185–186.

³ Правова доктрина України: у 5 т. Т. 3: Доктрина приватного права України / за заг. ред. Н. С. Кузнецової. Харків: Право, 2013. С. 204.

тивною практикою і використання як основи судового рішення; б) шляхом відсилання до нього у нормі закону¹.

Санкціонування звичаю шляхом відсилання до нього у нормі закону має місце при регулюванні цивільних відносин. Так, ч. 2 ст. 687 ЦК України передбачає, якщо порядок перевірки додержання продавцем умов договору купівлі-продажу не встановлений відповідно до ч. 1 цієї статті, перевірка здійснюється відповідно до звичаїв ділового обороту або вимог, що звичайно ставляться в таких випадках. Якщо у договорі підряду не встановлені строки виконання роботи, підрядник зобов'язаний виконати роботу, а замовник має право вимагати її виконання у розумні строки відповідно до суті зобов'язання, характеру та обсягів роботи та звичаїв ділового обороту (ч. 2 ст. 846 ЦК України). Згідно з ч. 1 ст. 1014 ЦК України комісіонер зобов'язаний вчиняти правочини на умовах, найбільш вигідних для комітента і відповідно до його вказівок. Якщо у договорі комісії таких вказівок немає, комісіонер зобов'язаний вчиняти правочини відповідно до звичаїв ділового обороту або вимог, що звичайно ставляться. Комісіонер, який не застрахував майно комітента, відповідає за втрату, недостачу, пошкодження майна комітента, якщо він був зобов'язаний застрахувати майно за рахунок комітента відповідно до договору або звичаїв ділового обороту (ч. 3 ст. 1021 ЦК України). Письмова форма договору банківського вкладу вважається додержаною, якщо внесення грошової суми підтверджено договором банківського вкладу з видачею ощадної книжки або сертифіката чи іншого документа, що відповідає вимогам, встановленим законом, іншими нормативно-правовими актами у сфері банківської діяльності (банківськими правилами) та звичаями ділового обороту (ч. 1 ст. 1059 ЦК України). Відповідно до ч. 1 ст. 1068 ЦК України банк зобов'язаний вчиняти для клієнта операції, які передбачені для рахунків даного виду законом, банківськими правилами та звичаями ділового обороту, якщо інше не встановлено договором банківського рахунка. При здійсненні безготівкових розрахунків допускаються розрахунки із застосуванням платіжних доручень, акредитивів, розрахункових чеків (чеків), розрахунки за інкасо, а також інші розрахунки, передбачені законом, банківськими правилами та звичаями ділового обороту (ч. 1 ст. 1088 ЦК України). Згідно з ч. 1 ст. 1089 ЦК України за платіжним дорученням банк зобов'язується за дорученням платника за рахунок грошових коштів, що розміщені на його рахунку у цьому банку, переказати певну грошову суму на рахунок визначеної платником особи (одержувача) у цьому чи в іншому банку у строк, встановлений законом або банківськими правилами, якщо інший строк не передбачений договором або звичаями ділового обороту. Випадки застосування та порядок здійснення розрахунків за

¹ Загальна теорія держави і права: підруч. для студ. юрид. вищих навч. закл. / за ред. М. В. Цвіка, О. В. Петришина. Харків: Право, 2009. С. 182.

інкасовими дорученнями встановлюються законом, банківськими правилами та звичаями ділового обороту (абз. 2 ч. 2 ст. 1099 ЦК України). ЦК України містить відсилання до звичаїв ділового обороту і в інших випадках.

Стаття 293 Кодексу торговельного мореплавства України¹ передбачає, що у процесі визначення виду аварії, обчислення розмірів загальної аварії та складання диспаші диспашер у разі неповноти закону керується *міжнародними звичаями торговельного мореплавства*.

В Інформаційному листі ВГСУ «Про деякі питання практики застосування норм Цивільного та Господарського кодексів України»² передбачено: якщо звичай визнаний господарським судом загальновідомим на підставі ч. 1 ст. 35 ГПК України, він не потребує доказування. В іншому випадку наявність звичаю, його застосування у певній сфері цивільних відносин, на певній території тощо згідно зі ст. 33 ГПК України повинна довести сторона, яка посилається на звичай як на підставу своїх вимог і заперечень. Відповідно до абз. 3 ч. 1 ст. 7 ЦК України звичай може бути зафіксований у відповідному документі. Разом з тим *фіксація певних правил поведінки у документі сама по собі не є доказом того, що ці правила є звичаєм*. Зокрема, згідно зі ст. 630 ЦК України типові умови договорів певного виду, оприлюднених у встановленому порядку, можуть застосовуватись як звичай ділового обороту лише у разі, якщо вони відповідають вимогам ст. 7 ЦК України. Відповідно до ст. 627 ЦК України сторони є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору з урахуванням вимог ЦК України, інших актів цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості. Разом із тим сторони мають право укласти договір, який суперечить звичаю. Відповідно до ч. 2 ст. 7 ЦК України звичай, що суперечить договору або актам цивільного законодавства, у цивільних відносинах не застосовується. *Документами, що застосовуються в Україні, в яких зафіксовані звичаї ділового обороту, є «Уніфіковані правила та звичаї для документарних акредитивів» у редакції 1993 р., Принципи міжнародних комерційних договорів (Принципи УНІДРУА) у редакції 1994 р., Офіційні правила тлумачення торговельних термінів «Міжнародної торгової палати» у редакції 2000 р. («Інкотермс»).*

Слід зазначити, що з 1 січня 2011 р. набули чинності Офіційні правила тлумачення торговельних термінів Міжнародної торгової палати у редакції 2010 року (*Інкотермс 2010*).

¹ Кодекс торговельного мореплавства України від 23.05.1995 р. № 176/95-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1995. №№ 47, 48, 49, 50, 51, 52. Ст. 349.

² Про деякі питання практики застосування норм Цивільного та Господарського кодексів України: Інформаційний лист Вищого господарського суду України від 07.04.2008 р. № 01-8/211. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v_211600-08.

Л. В. Красицька

§ 15. Правове значення судової практики та роз'яснень вищих судових інстанцій. Рішення Європейського суду з прав людини у системі джерел цивільного права України

Судова практика є тією сферою правозастосовної діяльності, яка віддзеркалює ефективність певної правової норми, наявність прогалин у правовому регулюванні суспільних відносин і, безумовно, є підґрунтям формування напрямків правового регулювання цивільних відносин. Розглядаючи питання про значення судової практики, перш за все, варто чітко визначитися, про яку судову практику йде мова.

Стаття 147 Конституції України проголошує, що *Конституційний Суд України вирішує питання про відповідність Конституції України законів України та у передбачених цією Конституцією випадках інших актів, здійснює офіційне тлумачення Конституції України, а також інші повноваження відповідно до цієї Конституції*. Діяльність Конституційного Суду України ґрунтується на принципах верховенства права, незалежності, колегіальності, гласності, обґрунтованості та обов'язковості ухвалених ним рішень і висновків. Згідно з пунктами 1, 2 ч. 1 ст. 7 Закону України «Про Конституційний Суд України»¹ до повноважень Конституційного Суду України належить вирішення питань про відповідність Конституції України (конституційність) законів України та інших правових актів Верховної Ради України, актів Президента України, актів КМ України, правових актів Верховної Ради АРК; офіційне тлумачення Конституції України. При цьому правова природа таких рішень чітко не визначена сучасною доктриною права. Все більше прихильників набуває точка зору, що *акти Конституційного Суду України можуть мати нормативний зміст*².

Безспірим є положення, що *ті рішення Конституційного Суду України, в яких міститься офіційне тлумачення Конституції України, є інтерпретаційними актами – актами офіційного тлумачення*. Важливе значення для правозастосовної діяльності у сфері вирішення цивільних спорів мають Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Гуляка Володимира Олександровича щодо офіційного тлумачення положень п. 2 ст. 10 Закону України «Про приватизацію державного житлового фонду»³, Рішення Конституційного Суду України у

¹ Про Конституційний Суд України: Закон України від 13.07.2017 р. № 2136-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2017. № 35. Ст. 376.

² Шевчук С. В. Загальнонормативні проблеми нормативності актів судової влади: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.01 / Нац. юрид. акад. України. Харків, 2008. С. 329.

³ Рішення КС України від 09.11.2011 р. № 14-рп/2011 у справі за конституційним звернен-

справі за конституційним зверненням громадянина Запорожцева Олександра Семеновича щодо офіційного тлумачення положення ч. 1 ст. 1241 ЦК України (справа про право на обов'язкову частку у спадщині повнолітніх непрацездатних дітей спадкодавця)¹ тощо.

Відповідно до ч.ч. 1, 2 ст. 45 Закону України «Про судоустрій і статус суддів»² Велика Палата Верховного Суду є постійно діючим колегіальним органом Верховного Суду, до складу якого входить 21 суддя Верховного Суду. Велика Палата Верховного Суду у визначених законом випадках діє як суд касаційної інстанції з метою забезпечення однакового застосування норм права касаційними судами; діє як суд апеляційної інстанції у справах, розглянутих Верховним Судом як судом першої інстанції; аналізує судову статистику та вивчає судову практику, здійснює узагальнення судової практики. Отже, можна зробити висновок, що узагальнення судової практики, проведені Великою Палатою Верховного Суду України, мають рекомендаційний характер.

Згідно з ч. 1 ст. 360-7 ЦПК України висновок ВС України щодо застосування норми права, викладений у його постанові, прийнятій за результатами розгляду справи з підстав неоднакового застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм матеріального права чи норм процесуального права, є обов'язковим для всіх суб'єктів владних повноважень, які застосують у своїй діяльності нормативно-правовий акт, що містить відповідну норму права. Висновок щодо застосування норм права, викладений у постанові ВС України, має враховуватися іншими судами загальної юрисдикції при застосуванні таких норм права. Суд має право відступити від правової позиції, викладеної у висновках ВС України, з одночасним наведенням відповідних мотивів.

Я. М. Романюк зазначає, що послідовність прийняття різними судами однакових рішень за аналогічними обставинами формує однаковість застосування норм законодавства, тобто конкретне правоположення, сформоване судом, і яке у разі подальшого отримання підтвердження у постанові ВС України набуває вигляду правової позиції, загальнообов'язкової для всіх судів та суб'єктів, які застосовують у своїй діяльності норму права, щодо якої вона

ням громадянина Гуляка Володимира Олександровича щодо офіційного тлумачення положень п. 2 ст. 10 Закону України «Про приватизацію державного житлового фонду», справа № 1-22/2011. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v014p710-11>.

¹ Рішення КС України від 11.02.2014 р. № 1-рп/2014 у справі за конституційним зверненням громадянина Запорожцева Олександра Семеновича щодо офіційного тлумачення положення ч. 1 ст. 241 ЦК України (справа про право на обов'язкову частку у спадщині повнолітніх непрацездатних дітей спадкодавця), справа № 1-1/2014. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/ru/v001p710-14>.

² Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 02.06.2016 р. № 1402-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 31. Ст. 545.

сформована. Отже, по суті, квазіпрецедент (правоположення) формується у судах першої інстанції суддею, який одноособово розглядає конкретну цивільну справу. Підтвердження такого правоположення найвищою судовою інстанцією формально закріплює його обов'язковість як правову позицію у вигляді правового висновку авторитетного найвищого судового органу, що виступає додатковим джерелом права¹.

Значення практики Європейського суду з прав людини було предметом дослідження у працях багатьох правників, у числі яких В. Г. Буткевич, В. Т. Маляренко², П. М. Рабінович³, С. В. Шевчук⁴, А. Г. Ярема⁵ та ін.

Н. С. Кузнецова справедливо наголошує, що становлення українського права, зокрема цивільного, відбувається в умовах формування нових концептуальних підходів, зумовлених процесами світової та європейської глобалізації. Розширення ЄС, територіальне наближення його до українських кордонів зумовлює не тільки необхідність з'ясувати обсяг і зміст понять «право Європейського Союзу», «загальноєвропейські правові стандарти», а й прискорити процес гармонізації цих стандартів і норм національного права, надати цьому процесу реального та динамічного характеру. Особливо важливим напрямом у цій діяльності є імплементація у національне законодавство і запровадження в судову практику норм Європейської конвенції про захист прав людини та основоположних свобод, а також загальних принципів права ЄС і юриспруденції Європейського суду з прав людини, опрацьованих у процесі їх застосування⁶.

Згідно зі ст. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини»⁷ суди застосовують при

¹ Романюк Я. М. Застосування цивільно-процесуальних норм у цивільному судочинстві України (питання теорії і практики): монографія. Київ: Ін Юре, 2016. С. 431.

² Буткевич В. Г., Маляренко В. Т. Європейський суд з прав людини та українське судочинство: питання взаємодії. *Вісник Верховного Суду України*. 2004. № 4. С. 2–8.

³ Вибрані рішення Європейського суду з прав людини (1993–2002 рр.). Праці Львівської лабораторії прав людини і громадянина Науково-дослідного інституту державного та місцевого самоврядування Академії правових наук України. Серія II. Коментарі прав і законодавства. Вип. 3 / редкол.: П. М. Рабінович та ін. Харків: Консум, 2003. С. 9–30.

⁴ Шевчук С. В. Судовий прецедент у діяльності Європейського суду з прав людини та його застосування в Україні. *Бюлетень Міністерства юстиції України*. 2007. № 5. С. 110–118.

⁵ Ярема А. Г. Право особи на ефективні засоби судового захисту цивільних прав та інтересів. *Ученые записки Таврического национального университета им. В. И. Вернадского*. Серія «Юридические науки». 2007. Т. 20. С. 195–202.

⁶ Кузнецова Н. Проблеми гармонізації та уніфікації сучасного приватного права. *Право України*. 2012. № 1–2. С. 151–152.

⁷ Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини: Закон України від 23.02.2006 р. № 3477-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2006. № 30. Ст. 260.

розгляді справ Конвенцію та практику ЄСПЛ як джерело права. У цьому контексті слушною є позиція, що які б теоретичні доводи не наводились на користь визнання судової практики джерелом права в Україні чи проти такого визнання, є припис законодавця судам застосовувати практику ЄСПЛ як джерело права. Цей припис має виконуватися. Разом з іншою практикою ЄСПЛ має застосовуватись і опрацьована ним правова позиція, згідно з якою у сфері писаного права «законом» є чинний правовий акт, як він витлумачений компетентними судовими органами в світлі нових практичних обставин¹.

В. В. Комаров відстоює позицію, що прецедентність рішень Європейського суду з прав людини слід розглядати не лише з огляду, власне, на прецедентний характер, тобто кваліфікацію їх як прецедентів, а щодо загальнообов'язковості. Загальнообов'язковість є ширшою за своїм значенням властивістю рішень Європейського суду з прав людини².

Р. А. Майданик слушно зауважує, що судовий прецедент виконує функцію уточнення і доповнення законів при застосуванні їх норм під час вирішення судом конкретних справ. Судовий прецедент є вторинним, похідним від закону джерелом права, що не має пріоритету над законом. Похідність прецеденту від закону полягає в підпорядкованості прецеденту закону. Прецедентна норма залишається джерелом права, поки закон не підтвердить прецедентну норму, прийнявши аналогічну норму, або не змінить чи не скасує прецедентну норму³. Як зазначено в юридичній літературі, ЄСПЛ не претендує на здійснення правотворчої функції. Він тільки інтерпретує положення Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, повністю підпорядковуючи свою правотлумачну діяльність змісту цієї Конвенції⁴.

Пленум ВС України у п. 12 Постанови «Про судові рішення у цивільній справі»⁵ дає судам роз'яснення, що у мотивувальній частині кожного рішення у разі необхідності мають бути посилання на Конвенцію та рішення ЄСПЛ, які

¹ Новітнє вчення про тлумачення правових актів: навч. посіб. з курсу тлумачення правових актів для суддів, що проходять підвищення кваліфікації, і кандидатів на посади суддів, що проходять спеціальну підготовку / відп. ред., кер. авт. кол. В. Г. Ротань. Харків: Право, 2013. С. 65.

² Проблеми теорії та практики цивільного судочинства: монографія / за заг. ред. проф. В. В. Комарова. Харків: Харків юридичний, 2008. С. 20.

³ Правова доктрина України: у 5 т. Т. 3: Доктрина приватного права України / за заг. ред. Н. С. Кузнецової. Харків: Право, 2013. С. 208.

⁴ Новітнє вчення про тлумачення правових актів: навч. посіб. з курсу тлумачення правових актів для суддів, що проходять підвищення кваліфікації, і кандидатів на посади суддів, що проходять спеціальну підготовку / відп. ред., кер. авт. кол. В. Г. Ротань. Харків: Право, 2013. С. 70.

⁵ Про судові рішення у цивільній справі: Постанова Пленуму ВС України від 18.12.2009 р. № 14. URL: <http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/%28documents%29/CF072BEB2AC2EC53C2257AF400514F48>.

згідно із Законом України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» є джерелом права та підлягають застосуванню в даній справі.

Можна зазначити, що на сьогодні в судовій практиці України майже хрестоматійними є Рішення ЄСПЛ у справі «Лінгенс проти Австрії»¹ при розгляді справ про захист честі, гідності, ділової репутації; Рішення ЄСПЛ у справі «Гарнага проти України»² при розгляді справ щодо зміни по батькові особи тощо.

Варто підтримати позицію С. Шевчука, що хоча діяльність ЄСПЛ не є панацеєю від усіх наших проблем та негараздів у сфері захисту прав людини, а деякі його рішення є дискусійними і надто обережними, переваги розгляду та розуміння юридичної природи цих прав крізь призму його діяльності є очевидними і мають неабияке теоретичне та практичне значення, переважно для органів судової влади³.

І. В. Спасибо-Фатєєва

§ 16. Предмет науки цивільного права

Поняття «цивільне право», «цивільне законодавство» та «наука цивільного права», що йменується цивілістикою, схожі, але й істотно різняться. Якщо цивільне право є сукупністю норм, які регулюються відносини, позначені в ст. 1 ЦК України, цивільне законодавство є сукупністю нормативно-правових актів, в яких містяться норми цивільного права, то наука цивільного права є сукупністю вчень про цивільні відносини.

З цього слідує, по-перше, що цивілістика не є регулятором цивільних відносин, але шляхом їх дослідження пізнає їх сутність. Мережа правових наукових закладів, юридичних факультетів університетів та юридичних вузів генерує цивілістичну думку. В процесі досліджень складаються різні погляди на те чи інше явище, формуються цивілістичні школи, з яких однією із найавторитетніших є харківська.

Наступність у вивченні й осмисленні інституцій цивільного права демонструє цикл монографій «Харківська цивілістична школа»⁴. Це, з одного

¹ Рішення ЄСПЛ від 08.07.1986 р. у справі «Лінгенс проти Австрії». URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/980_066.

² Рішення ЄСПЛ від 16.05.2013 р. у справі «Гарнага проти України». URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/974_960.

³ Шевчук С. Порівняльне прецедентне право з прав людини. Київ: Реферат, 2002. С. 8.

⁴ Видається з 2009 року у видавництві «Право» за загальною редакцією проф. І. В. Спасибо-Фатєєвої. Натепер вийшло 7 томів, присвячених різним аспектам цивілістики – загальним положенням цивільного права, праву власності, сімейному, спадковому праву, договорам, об'єктам, захисту.

боку, встановлює рівень, якого слід триматися, з іншого – стимулює до розвитку вчень про сучасний стан законодавства, правозастосування в умовах глобалізації та інтеграційних процесів.

Необхідність виваженого підходу вимагає врахування багатьох думок, що досягається шляхом їх обміну на конференціях, круглих столах, форумах тощо. Сучасні засоби комунікацій дозволяють обговорювати різні актуальні проблеми в форматі онлайн або через Інтернет.

Отже, предмет науки цивільного права становлять цивільні правовідносини в різних їх ракурсах. Це і об'єкти, і суб'єкти права, їх права та обов'язки, в т. ч. у стані здійснення та захисту, і юридичні факти, на підставі яких виникають ці правовідносини, і види цивільних відносин із виявленням відмінностей, що впливають на стан їх регулювання тощо.

Цивілістична ж наука становить систему знань про такі правовідносини шляхом висування ідей, розробки вчень, доктрин, позицій, їх апробації до практичного застосування. Цивілістика оперує поняттями, термінами, категоріями, пропонує їх вдосконалення, тлумачення. Вона перебуває в постійному русі задля адаптації своїх надбань, а тим паче, що регулятори цивільних відносин є такими, що стосуються всіх і кожного членів суспільства, а самі ці правовідносини складаються щоденно, масово, в абсолютно всіх прошарках суспільства. Внаслідок цього всі цивілістичні категорії постійно переосмислюються, до них звертаються і в монографічних наукових дослідженнях, і з прикладною метою.

Не дивно, що різні цивільні інституції зазнають змін, викликаних розвитком суспільства, економічних зв'язків, соціальними та політичними подіями. Водночас не слід думати, що цивілістика «хитається» час від часу залежно від останніх факторів. Фундаментальні цивілістичні поняття не можуть піддаватися кон'юнктурним змінам. Достатньо вказати на те, що такі поняття були запропоновані ще давньоримськими юристами і дотепер становлять базові категорії. Більше того, спроба відмови від них із заміною на інші, розроблені «на потребу віку сього», потерпіла фіаско, соціальне буття довело їх нежиттєздатність. Прикладом можуть слугувати вчення про соціалістичну власність за тотальне панування державної власності з виникненням таких прав, як оперативне управління з відмовою як від вчення про право приватної власності, так і від прав на чужі речі. Пройшов час і ці наукові надбання соціалістичного гатунку виявилися не потрібними, а цивільне право повернулося до устояних категорій, підданих остракізму за радянських часів. Відновлено і вчення про приватну власність, і емфітевзис, суперфіцій, сервітути, і про рівність усіх власників.

Тобто, для цивілістики важливим є виявлення закономірностей, правової природи явищ, спираючись на що й стає можливим вдосконалення національного цивільного законодавства, яке орієнтоване на людські цінності.

Не менш важливим для дослідження цивілістичних відносин є позначення тих пріоритетів, на які ми рівняємося. Є факт того, що українське законодавство, сформоване в 90-ті роки минулого сторіччя, приймалося поспішно, було навіть за відчуттями тимчасовим, а за якістю – далеким від досконалості. Відповідно стали з'являтися наукові роботи щодо його вдосконалення як на концептуальному рівні, так і на рівні окремих інститутів.

Разом із тим загострилася проблема тих авторитетів, на які спираються вчені у своїх працях. Відмести значення радянських цивілістів (Б. Б. Черепакіна, В. П. Мозоліна, С. М. Братуся, О. С. Йоффе, О. О. Красавчикова, М. М. Агаркова, В. П. Грибанова, В. О. Рясенцева, В. І. Кулагіна, І. Б. Новицького, Л. А. Лунца та ін.), творіння яких мали дійсно високий рівень і містили досить глибокий аналіз не тільки права тієї країни, в якій вони жили, а й інших держав, було б не допустимо. І навіть, обходячи увагою ті вислови та вирази¹, якими в тій чи іншій мірі були проникнуті праці радянських цивілістів, слід констатувати, що ними пропонувались і ретельно опрацьовані, продумані та виважені теорії, яким ми зобов'язані і сучасним розумінням багатьох цивілістичних явищ. Це теорії предмета та методу цивільного права, об'єктів, юридичних осіб, права власності, відповідальності тощо.

Виникнення принципово інших відносин у суспільстві потребувало перегляду багатьох цивілістичних вчень радянського періоду та повернення до праць цивілістів до 1917 року. Адже за радянських часів не було досліджень речових прав, тих форм юридичних осіб, які відновилися в Україні з 1991 року. Водночас відновлення правового регулювання цих цивілістичних інституцій зробило затребуваними праці Г. Ф. Шершеневича, Д. І. Мейєра, В. І. Сінайського, В. І. Серебровського, В. Б. Єльшєвичя, І. О. Покровського, В. А. Кассо, Л. І. Петражицького та ін.

У 90-ті і на початку 2000-х років українська цивілістика перебувала в тісному співвіднонні з російською, використовуючи фундаментальні роботи М. І. Брагінського і В. В. Вітрянського, М. Б. Хаскельберга, Є. О. Суханова, К. І. Скловського та інших авторів, оскільки мала для цього схоже нормативне регулювання.

Останнім часом вітчизняна цивілістика опинилася в дещо невизначеному стані: з одного боку, прагнення до європейського співтовариства вимагає орієнтацію на право ЄС, але з іншого – принципового рішення щодо кардинальних змін у цивільному законодавстві, обумовлених цим фактором, не очікується. Крім того, слід констатувати, що з середини ХХ сторіччя і впритул до останнього часу українські цивілісти в своїх дослідженнях майже не користувалися працями своїх колег із інших держав. Була втрачена традиція

¹ Маються на увазі про значення вчення комуністичної партії та її лідерів.

стажування цивілістів в іноземних університетах, і зараз є лише поодинокі випадки завершення перебування наших колег за науковими проектами виданням яскравої та корисної наукової праці¹. Це позиціонує нас у невідгладному світлі, оскільки порівняно навіть із російськими колегами, якими видаються наукові роботи з порівняльної цивілістики², подібних праць в Україні бракує.

І. В. Спасибо-Фатєєва

§ 17. Методологія цивільного (приватного) права

Якщо цивілістична наука ставить за мету пізнання права, то цілком очевидно, що це можливо зробити лише за допомогою певних способів, які називаються методом. Ще Рене Декарт стверджував про спроможність завдяки методу вирішувати будь-яке завдання³. Слід зауважити на те, що, на відміну від математики з її достовірними та очевидними доводами, в праві таких бути не може. Саме тому, напевно, тривалий час і точаться дискусії навіть з основоположних категорій цивілістики, таких як право власності, майнові права, юридичні особи, відповідальність, здійснення суб'єктивних прав та багато інших. Відсутність очевидних доводів у поєднанні з бурхливим розвитком суспільних відносин призводить до видозмін цих категорій, з чим впоратися практично не можливо. Тим не менш вони постійно досліджуються задля максимального наближення до їх розуміння.

Рене Декарт пропонував такі правила методу: 1) правило очевидності, яке поміж іншим стосується й ясності та чіткості у формулюваннях; 2) аналіз як розчленування складного на просте, що необхідно в т. ч. й задля досягнення очевидності, тобто рухатися шляхом сходження; 3) синтез, що дозволяє структурувати думки, приводячи їх в певний порядок, тобто рухатися шляхом

¹ Кибенко Е. Р. Корпоративное право Великобритании. Законодательство. Прецеденты. Комментарии. Київ: Юстиніан, 2003. 368 с.

² Василевская Л. Ю. Вещные сделки по германскому праву: методология гражданско-правового регулирования: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03 / Рос. гос. торгово-экономический ун-т. Москва, 2004; Дубовицкая Е. А. Европейское корпоративное право: Свобода перемещения компаний в Европейском сообществе. Москва: Волтерс Клувер, 2004; Осипенко К. О. Договор об осуществлении прав участника хозяйственных обществ в российском и английском праве: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Моск. гос. ун-т им. М. В. Ломоносова. Москва, 2015; Суханов Е. А. Вещное право: научно-познавательный очерк. Москва: Статут, 2017. 560 с.; Суханов Е. А. Сравнительное корпоративное право. Москва: Статут, 2014. 456 с.; Фомина О. Н. Правовое положение предпринимательской корпорации в США и акционерного общества в Российской Федерации: Сравнительно-правовой анализ: монография. Москва: Статут, 2016. 160 с.

³ Декарт Р. Сочинения: в 2 т. Т. 1. Москва: Мысль, 1989–1994. С. 80–156, 280.

сходження від абсолютного (ясного, простого) до відносного (складного); а відтак, відчувши все явище знизу доверху, зрозуміти його сутність; 4) контролю ходу дослідження на кожному його етапі, щоб воно було повним, переконливим, а тому – коректним. За висловом Декарта, слід складати «повсюдно переліки настільки повні та огляди такі всеосяжні, щоб бути переконаним, що нічого не пропущено. Перелік контролює повноту аналізу, а огляд – коректність синтезу». Такий метод, на думку філософа, дозволяє поступово збільшувати знання і довести їх до вищого ступеня, наскільки це можливо людині за її життя.

Навряд чи хто насмілиться заперечувати такий підхід, який своєю ясністю та лаконічністю переконує у вірності такого шляху для цивіліста, що має справу з постійно (а в наш час – бурхливо) змінюваним емпіричним матеріалом – суспільними відносинами, що становлять предмет цивільного права. І хоча останнім часом методологія правових досліджень оперує значно ширшим колом методів (діалектичним, формально-логічним, герменевтичним, історико-правовим та ін.), квінтесенцією залишаються правила, пропоновані Рене Декартом. З їх приводу щодо проведення досліджень сучасними цивілістами, зробимо декілька ремарок.

По-перше, викликають чимало нарікань ті визначення, які пропонуються, особливо в дисертаціях. Не часто такі визначення можна вважати простими, чіткими, зрозумілими, а тому – й взагалі корисними. Речення, яке містить те чи інше визначення, часто таке складне, що навіть його прочитання кілька разів не приводить до ясності думки. Не рідко цивілісти мають справу й з недосконалими визначеннями, що містяться в законах. Особливо це стосується неузгодженості визначень в нормах приватного (цивільного) та публічного (податкового, адміністративного тощо) права. Не останню роль в цьому негативному стані українського законодавства зіграли й науковці, що залучались до розробки законів або їх правової експертизи.

По-друге, попри те, що в дисертаціях та навіть інших наукових працях вимагається визначення методів, за допомогою яких проводилися дослідження, в цивілістиці, як власне, майже в усіх правничих науках, ставлення до цього надто формальне. Як правило, все зводиться до посилання на одні й ті самі методи, яким не приділяється по суті значення в процесі самого дослідження. І це само по собі показово, адже якщо постійно не перейматися тим, наскільки правильний інструментарій дослідження, то і його результат буде ніяким.

По-третє, останнім часом прийнято вказувати на не один метод аналізу, а навіть на кілька його різновидів (порівняльний, системний, історико-правовий, логіко-догматичний та ін.). Втім дослідник має оперувати ними, не лише посилаючись на існуючі в науці позиції, висловлення з того чи іншого приводу, їх видозміни в часі, у законодавстві та правовій науці різних країн, а

саме піддавати їх аналізу. Без такої аналітики все стає лише емпіричною базою навіть тоді, коли зібрано чимало матеріалу. Важливо вичленити з цього «наукового місива» сутність понять та підходів, виявити те, що відрізняє одне від іншого, зрозуміти це і осмислити кожен позицію. Інакше наукова праця перетворюється на «битву цитат», яка доводить лише те, що автор знайомий з думками інших та/або приєднується до них, або відвертає якісь з них. Натомість на цьому етапі необхідно, дійшовши до сутності кожної позиції, виявити те, що в ній цінного, а що, навпаки є неприйнятним, недоведеним, некорисним або навіть невірним.

Слід пам'ятати, що в умовах доступності різних ресурсів задля ознайомлення з працями вітчизняних та іноземних вчених наукова робота має ґрунтуватися на опрацюванні якомога більшої їх кількості. Разом із тим відомо, що інформаційне середовище перенасичене різного рівня літературою, яка інколи не має будь-якого значущого навантаження. Тому посилання на такого роду джерела лише задля демонстрації обсягу використання літератури навряд чи зробить дослідження вагомим і цікавим.

По-четверте, синтез буде відбуватися лише тоді, коли аналіз здійснено на належному рівні і науковець переконається в тому, що дійшов простого і ясного уявлення про окремі прояви (риси, характеристики) досліджуваного явища. На цьому етапі вже здійснюватиметься відбір прийнятного і відмова від зайвого та невірного, формулюватиметься власна позиція, спираючись на усвідомлені, чітко позначені елементи пізнаної ним інституції. При цьому науковець має дбати й про вираження ним зовні того пізнання, до якого він дійшов, або запропонувати громадськості не тільки істинне, а й несуперечливе та сприйнятливим визначення/категорію/концепцію/теорію. Часто це знаходить своє відображення у дефініціях, при розробці яких слід пам'ятати, що вони є короткими визначеннями понять юридичної науки та практики, що виражають усталені, повторювані риси, суттєві ознаки правової дійсності, найчастіше здійснюється безпосередньо в процесі пізнання та використання загальних правових приписів для потреб практичної діяльності¹. Отже, рухаючись від абстрактних правових ситуацій, розроблених науковцями і втілених в юридичних конструкціях і поняттях (термінології), вирішуються поставлені практикою проблеми².

На цьому етапі використовуються різні способи задля досягнення вищенаведеної мети. Це може бути метод від противного, моделювання тощо.

По-п'яте, на кожному етапі дослідник має контролювати себе задля

¹ Нормы советского права. Проблемы теории / под ред. М. И. Байтина и В. К. Бабаева. Саратов: Изд-во Саратов. ун-та, 1987. С. 231–232.

² Саватье Р. Теория обязательств / перевод с франц. и вступ. ст. Р. О. Халфиной. Москва: Прогресс, 1972. С. 32.

уникнення логічної помилки й отримання невірного або неприйняттого результату. Протягом всього процесу осмислення має піддавати сумніву результати, до яких він прийшов, переперевіряти їх аби виявити їх внутрішню суперечливість. Такий шлях дозволить йому не тільки дізнатися все про об'єкт свого пізнання, а й зважити всі «за» та «проти» тверджень, до яких він дійшов. Внаслідок цього формується арсенал аргументів, які ним будуть використуватися для доведення своєї позиції.

По-шосте, процес пізнання має завершуватися формуванням знання про певне цивілістичне явище. Це стає можливим завдяки тому, що дослідник мислить творчо, здатний генерувати ідеї, використовує певну методологію, рухаючись від *незнання* до *знання*, яке становить продукт його інтелектуальної діяльності. В свою чергу, тут має йтися про «об'єктивацію знання» як його перетворення, трансформації з голови людини в дещо об'єктивне, пов'язане з якимось матеріальним носієм¹.

По-сьоме, неможливо уникнути того, щоб не торкнутися розуміння істини, до якої прагне дослідник, адже саме в цьому полягає призначення його діяльності. Адже, за Рене Декартом, процес пізнання протікає в бінарному відношенні: метод – істина. Розум ототожнюється з правилами методу, а сам метод – з методично розвиненим розумом.

Звичайно, про істину кількома реченнями висловитися не можливо, та й ми не ставимо перед собою таку мету. Зазначимо лише те, що вона ототожнюється з адекватністю дій у певних ситуаціях, за певних обставин, своєчасного використання тих або інших можливостей, властивостей чи форм інсайту (раптового бачення проблеми), лібідо (динаміки психологічного життя)². І якщо не відвертати такого бачення (яке цілком має право на існування), то в площині доходження істини при розв'язанні спорів у судовому порядку є нагальна потреба подолати тенденцію поверхневого сприйняття сутності проблеми, «без врахування всіх, у т. ч. випадкових обставин (детерміністський), без оцінки та прогнозу (стохастичний), безсистемний (аморфний) та суб'єктивний, міжособистісний (праксеологічний) підходи до розуміння істини»³.

Для цивілістики архіважливим є сукупність тих способів, прийомів і підходів до досліджень, які дадуть справжній, корисний результат як для законотворчості, так і для правозастосування.

¹ Орехов А.М. Интеллектуальная собственность как объект философского исследования. *Вестник Московского университета*. Сер. 7. Философия. 1997. № 1. С. 43.

² Капустинський В.А. Істина як важливий елемент розвитку судочинства. *Вісник Верховного Суду України*. 2004. № 11. С. 45-47.

³ Там само.

І. В. Спасибо-Фатєєва

§ 18. Значення науки цивільного права

Цивілістика не тільки має свій інструментарій пізнання суспільних явищ, кількість тих, що належить до її сфери, є чималою, та здатна чинити вплив на них. Це можливо настільки, наскільки право взагалі може впливати на суспільні відносини.

Нерозривний зв'язок, що існує між цивільним правом, законодавством і цивілістикою, має взаємний вплив. Знання, набуті в процесі дослідження цивільних правовідносин, використовуються в законотворчій та правозастосовній діяльності. Часто виникає необхідність в тлумаченні або залученні інших підходів для подолання колізій, що вирішується спільними зусиллями представників наукового та практичного середовища. Це і конференції, традиційно присвячені таким питанням (прикладом можуть слугувати щорічні конференції (юридичний факультет Одеського національного університету ім. І. І. Мечникова) пам'яті проф. Є. В. Васьковського, праці якого є класикою тлумачення; і заходи, що проводяться на потребу дня (останнім часом було проведено декілька конференцій, присвячених методології, та, крім традиційних тез¹, видано збірки статей та монографії на цю тему²) або на спільних майданчиках для науковців і практиків – засідання науково-консультаційних рад при вищих судових інстанціях, запити Конституційного Суду України. Цивілісти як експерти беруть участь і в справах, що розглядаються іноземними судами, арбітражами, третейськими судами.

Цивілістика, як і цивільне право та законодавство, характеризується системністю, що стосується знань у цій сфері. Завдяки цьому досягається цільне уявлення про дійсний стан правового регулювання цивільних відносин та правозастосування, виявляються суперечності та недоліки, які долаються насамперед завдяки пропозиціям цивілістів-дослідників та фахівців. Задля цього цивілісти беруть участь у розробці законопроектів та актів судової влади або залучаються до їх наукової експертизи (насамперед постанов пленумів, постанов ВС України з конкретних справ у разі неоднакового застосування судами законодавства). Найбільш масштабним проектом, в якому брали участь науковці, стала розробка нового ЦК України.

¹ Методологія дослідження проблем цивільного права та процесу: матер. наук.-практ. конф., присвяч. пам'яті проф. О. А. Пушкіна (26 травня 2012 р.). Харків: ХУВС, 2012; Методологія приватного права (теоретичний дискурс та практика застосування): матер. міжнар. наук.-практ. конф. (м. Київ, 10 червня 2016 р.). Київ: НДІ ППіП ім. акад. Ф. Г. Бурчака НАПрНУ, 2016.

² Методологія дослідження проблем цивілістики: сб. ст., посв. пам'яті проф. А. А. Пушкіна / под ред. Ю. М. Жорнокуя и С. А. Слипченко. Харьков: Право, 2017; Методологія в праві: монографія / за заг. ред. І. Безклубого. Київ: Грамота, 2017.

Одним із проявів продуктивного поєднання зусиль науковців та фахівців є видання науково-практичних коментарів ЦК України, які є популярними і користуються широким попитом у сфері правозастосування¹. Разом із тим наука цивільного права в жодному разі не обмежується коментуванням цивільного законодавства. Наукова думка прагне до його вдосконалення, що вимагає задля цього висловлення конкретних пропозицій, які можуть з'явитися лише в разі ретельного осмислення тієї проблеми, яка постала на практиці.

Більше того, цивілістичні дослідження не мають зводитись і до реагування на окремі проблеми або колізії, прогалини або невірні підходи, за якими слідує практика, а повинні ґрунтуватися на системному аналізі цивільних відносин. Завдяки цьому виявляються додаткові вагомі аргументи щодо застосування певних пропозицій подолання проблем чи відмови від них. Необхідно також враховувати неготовність відмови певних кіл суспільства від деяких правових конструкцій, що вже не відповідають потребам та реаліям сучасності. Це, наприклад, збереження уявлення про можливість існування в цивільному обороті невластивих (яким належить майно на праві господарського відання та оперативного управління).

З іншого боку, оновлення цивільного законодавства, його кодифікація на принципово відмінних засадах стали поштовхом для багатьох цивілістичних досліджень особистих немайнових та майнових відносин.

Відзначаючи плідну співпрацю цивілістики з практичним втіленням знань науковців та фахівців, слід зауважити на тому, що непоодинокі випадки, коли ними надаються поради для розв'язання конкретної проблеми на практиці. Натомість, якщо для практика (адвоката, судді) при вирішенні вузького завдання, це, напевно, єдиний правильний шлях, адже у нього є певний час на це, то у науковця інше завдання – осмислити та надати універсальні пропозиції, щоб не допустити в подальшому таких ситуацій або запобігти їм. Тому в певній мірі практики і науковці протистоять один одному. Може мати місце й істотна суперечність (професіональна), якщо науковець займається практикою і його цілком влаштовує правова невизначеність, проблеми та непорозуміння. Це рівносильно тому, що адвокат був би обвинувачувачем або суддею.

Покликання науковців – піднятися над сутичкою та запропонувати виважену, справедливу, прийнятну модель вирішення проблеми, що виявилася при правозастосуванні. Натомість далеко не завжди науковці демонструють належний рівень досліджень і проявляють свої позиції з гострих питань

¹ Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців): у 12 т. / за ред. І. В. Спасибо-Фатєєвої. Харків: 2008–2017 рр.

сьогодення. Напевно тому з'явився цілий прошарок так званих експертів, які поступово заповнюють ту нішу, яка призначена для цивілістів.

Поряд із цим важливо враховувати те, що цивілістика в Україні останнім часом має активно відстоювати свої позиції, які розхитуються з боку представників науки господарського права. Необхідно зберегти ті надбання, які ми отримали від класиків цивілістики, примножити їх та не дозволити зруйнувати. Інакше приватне право, яке регулює не тільки цивільні відносини між пересічними особами, а й між суб'єктами підприємницької діяльності (комерсантами), поглинеться правом публічним та й взагалі може звестися нанівець, що вже мало місце в нашій історії за радянських часів.

Цивілістичні розробки мають базуватися на національній духовності та враховувати рівень правової культури в суспільстві. І навпаки, однією з цілей цивілістики є підвищення цього рівня. Не слід забувати, що перехід права в реальність пов'язаний з нашою духовністю, як писав Ф. Савиньї¹. Тобто, допоки не буде перетворення наукових розробок з площини науки у практику, залишається невідомою значущість тих наукових пропозицій, які було висловлено, в т. ч. й втілені в законодавчі положення. Адже може виявитися, що вони не просто не прийнятні, а й шкідливі.

Внаслідок цього одним із значущих аспектів, який потребує уваги в контексті наукових цивілістичних пошуків, є необхідність їх щільного зв'язку з економічними дослідженнями з аналогічних питань. На відміну від наукових розробок інших країн з економічного аналізу права, у т. ч. цивільного², в Україні їх одиниці³, та й ті не на фундаментальному рівні. Натомість, як існує макро- і мікроекономіка, так і в проєкції цивільного права можна стверджувати про користь розгляду тої чи іншої проблеми на макро- й мікрорівні. Перший складають доктрини, теорії, концепції, другий – тести, пропозиції щодо вдосконалення того чи іншого підходу до регулювання або конкретних норм права, а також до подолання труднощів у судовій практиці.

Напевно тому, в українській цивілістиці та судовій практиці не надається значення доктрині, не існує й хоча б деякої подібності формул, тестів, як це склалося в міжнародній та судовій практиці інших держав. Утім можна навести декілька прикладів їх затребуваності: стосовно доктрини підняття

¹ Епіграф до книги Н. А. Гредескула. К учению об осуществлении права: интеллектуальный процесс, требующийся для осуществления права. Харьков: Типография Адольфа Дарре, 1900.

² Аузан А. Экономические основания гражданских институтов. URL: <http://testlib.meta.ua/book/18491/read/>; Карапетов А.Г. Экономический анализ права. Москва: Статут, 2016.

528 с.; Синицын С. А. Экономический анализ права и его место в цивилистической методологии. *Право*. 2017. № 2. С. 4–17.

³ Майданик Р. Цивільно-правова відповідальність в контексті економічного аналізу права України. URL: <http://www.justinian.com.ua/article.php?id=4029>.

корпоративної вуалі, значення якої полягає в удосконаленні механізмів відповідальності; формули підрахунку обсягу відшкодувань моральної шкоди; триступінчастого тесту у сфері захисту авторських прав. Між тим спостерігаються і деякі зрушення в позитивну сторону. Це ґрунтовна наукова праця щодо відповідальності¹, в основу якої покладено осмислення цього феномена на філософському, галузевому та прикладному рівнях.

Варто також враховувати інші сучасні соціальні та політичні реалії, без чого пропозиції, навіть висловлені з щирою метою покращання стану регулювання цивільних відносин, будуть не прийнятними. Так, наприклад, останнім часом немало наукових праць присвячені такому підходу у вирішенні суперечок між учасниками цивільних відносин, як медіація. Натомість, враховуючи цілий спектр чинників, можна спрогнозувати, що натеper цей шлях подолання конфліктів не буде ефективним. Аналогічна ситуація з суддівським розсудом при вирішенні спорів: якщо такий зарекомендував себе позитивно в країнах англо-американського права, в Ізраїлі тощо, то це не свідчить, що в Україні можливий такий самий результат. Від сучасного стану суддівської реформи, морального та професійного рівня суддів не варто очікувати таких результатів. Відтак, якими б позитивними мотивами не були обумовлені пропозиції цивілістів при розробці актів судової влади і нормативно-правових актів, вони приречені на невдачу, якщо вони є запозиченнями чужих правових механізмів без орієнтації на українські реалії. І це слід враховувати науковцям у своїй діяльності.

Суміжним із цим міркуванням є заклик до ретельного осмислення підтримки введення в наш обіг тих правових конструкцій, які виникли і навіть добре себе зарекомендували в інших правових системах. Останніми роками спостерігається процес поступового набуття українським цивільним законодавством рисеклектичності. Це стосується, наприклад, довірчої власності, реформування законодавства в сфері регулювання діяльності акціонерних товариств (корпоративних відносин), явно орієнтоване на англо-американські аналоги. Водночас основний масив цивільних норм спирається на підходи, споріднені з німецьким правом.

Українські цивілісти мають піддати ці процеси системному аналізу, якого явно не вистачає. Адже справжнього цивіліста не можуть влаштувати ті чи інші позиції, які з цього приводу кардинально розходяться – від підтримки до відвертання, якщо вони не містять широкого спектра уявлень про те, як такий крок має відобразитися на багатьох інших інститутах. Наприклад, якщо це довірча власність, то як її впровадження в українське цивільне право мало б враховувати регулювання прав на чужі речі, прав господарського відання та

¹ Відповідальність у приватному праві: монографія / за заг. ред. І. Безклубого. Київ: Грамота, 2014. С. 258–268.

оперативного управління, договорі управління майном, правах установ тощо. Тобто, дослідження певної категорії само по собі не є остаточним і не ставить крапку в діяльності цивіліста без уявлень про її вплив на інші устояні правові категорії та інституції, без висловлення пропозицій та ґрунтовних аргументів з приводу того, наскільки є в цьому потреба.

Вагомий внесок очікується від цивілістики й в сфері термінології, що має значення для всіх правових наук на стику цивільного та публічного права. Вживання тих чи інших термінів важливе як для законотворчої, так і для правозастосовної діяльності. Достатньо вказати на те, що в законах, до розробки яких залучалися цивілісти, використовуються терміни «юридичні особи», «організації», а в тих законах, які готувалися за участю господарників та економістів, застосовано терміни «підприємство», «господарюючий суб'єкт». Так само в одних законах вживаються терміни «фізична особа», в інших – «громадянин»; «довіреність» – «доручення»; «фінансові інструменти» та «цінні папери» і навіть «цінні права»; «інтелектуальна власність» та «виключні права» або «інтелектуальні права» тощо.

Взагалі діяльність цивілістів (як наукова, так і експертна) повинна мати такий рівень, щоб її результати були особливо переконливими, а їх авторитет – загальноновизнаним. Слід ратувати за системність аргументації. В такому разі ті наукові думки (або наукові позиції тих цивілістів), які не мають обов'язкової юридичної сили, тим не менш будуть викликати не тільки повагу та ставати відомими не лише в наукових колах, а й затребуваними на практиці. Авторитетність того чи іншого цивіліста як результат його наукової діяльності матиме такий рівень, що законотворчі та правозастосовні інстанції не лише не могли б нехтувати його висловами, а й прагнули б отримати від нього пораду і слідувати їй. Українським цивілістам варто рівнятися на тих корифеїв, з позиціями яких безумовно рахувалися всі. Досить згадати закон Давнього Риму «Про цитування юристів» 426 року, а також висловлення про Савіньї як «великого юриста Європи» (сер Джон Макдональд «Великі Юристи Світу», 1913 р.), Трактат про Власність якого був названий найбільш чудовим і досконалим серед книг у галузі права (Джон Остін)¹. Французи зазвичай не схиляються до шанування німецьких вчених, однак вони двічі опублікували біографії Савіньї протягом його життя.

Слід вказати й на важливість своєчасності в реагуванні на практичні потреби як окремих цивілістів, так і цивілістичної спільноти, яка інколи не помічає, інколи ігнорує, а інколи й відвертає ту чи іншу позицію, яка проте з часом все ж таки знаходить свою підтримку. Можливо, тут спрацьовує відоме «немає пророка в своїй вітчизні», можливо, спільнота ще не була готова до

¹ Автурханов Э. Савиньи и историческая школа права. URL: <https://www.proza.ru/2014/09/13/1543>.

сприйняття чогось нового, можливо, відіграє роль інертність мислення. Так, наприклад, пропозиції вважати корпоративні відносини окремим різновидом цивільних відносин, висловлені в 90-х роках минулого сторіччя¹, були сприйняті доволі прохолодно. Ці відносини всіма вважалися зобов'язальними, а корпоративне управління – взагалі таким, що не відноситься до сфери цивільного права. Але через десять-п'ятнадцять років фактично всі українські цивілісти, праці яких так чи інакше стосуються корпоративних відносин, стали вважати цивілістичну природу цих відносин аксіоматичною.

Крім своєчасності наукових досліджень та авторитетності аргументів і їх сприйняття науковим та фаховим середовищем, цивілісту необхідно ще прагнути до того, щоб вбачити тенденції в досліджуваному ним правовому явищі та надати їм належну оцінку². Саме в цьому полягає завдання науковця. Курсові, магістерські та кандидатські наукові роботи покликані вирішувати певні практичні завдання; докторські – їх осмислення на доктринальному рівні. Недарма найближчим часом науковець буде доктором філософії з певної спеціальності. Тому не можна погодитися з тим, що на рівні докторської дисертації не вимагається висувати нову концепцію. Саме це й має бути науковим досягненням дослідника, який претендує бути доктором наук.

І. В. Спасибо-Фатєєва

§ 19. Актуальні проблеми та завдання науки цивільного права

Проблем, які потребують осмислення цивілістами, на сьогодні забагато. Вони є в різних площинах – як у загальному вченні про сутність та сферу застосування цивільного права, його предмет та законодавчому забезпеченні (передусім, кодифікації) регулювання цивільних відносин, так і в різних інститутах – юридичних осіб, об'єктів, правочинів, захисту та відповідальності тощо. Можна запропонувати таку коротку анотацію окремих проблем.

¹ Спасибо-Фатєєва І.В. Акционерные общества: корпоративные правоотношения: монография. Харьков: Право, 1998. 256 с.

² Див., наприклад: Спасибо-Фатєєва І.В. Реалії і тенденції інституціональних змін в цивільному праві. *Приватне право України і Європейська інтеграція: тенденції та перспективи*: матер. VI Міжнар. цивіліст. форуму. 14–15 квіт. 2016 р. Київ: Білоцерківдрук, 2016. С. 67–69; Ї ж. Новейшие тенденции переосмысления сущности юридического лица. *Гражданское законодательство. Избранное. Том 4 (Выпуски 31–35)*. 2008–2010 гг. Статьи. Комментарии. Практика / Под ред. А. Г. Диденко. Алматы: Раритет. С. 20–41; Ї ж. Заметки цивилиста о тенденциях познания права собственности. *Право Украины*. 2011. № 5. С. 29–36; Ї ж. Наблюденіе за тенденціями в гражданском праве. *Проблеми цивільного права та процесу*: матеріали наук.-практ. конф., присвяч. світлій пам'яті О. А. Пушкіна (27 трав. 2016 р.). Харків: ХНУВС, 2016. С. 24–29.

А. Бачення цивільного права як права приватного та його співвідношення з правом публічним. Слід відмітити не лише потребу в глибоких дослідженнях цих питань, але й дещо надмірне захоплення таким підходом, що загрожує перетворенню цивільного права в замкнений блок норм, на які не реагують норми суміжних галузей права або навіть ігнорують їх. Така тенденція має місце, і тому необхідні наукові праці щодо не просто точок дотику права приватного і публічного, а їх гармонізації.

На підтвердження цього підходу можна навести такі приклади.

По-перше, всеосяжне розуміння сутності юридичних осіб потребує, окрім їх загальноцивілістичного аспекту, врахування: а) регулювання їх звітності (що у відсутність вимог до мінімального статутного капіталу всіх українських юридичних осіб, крім акціонерних товариств, є головним засобом охорони інтересів їх кредиторів); б) порядку випуску ними цінних паперів та правових механізмів їх обігу, тобто поглиблення у площину біржових механізмів; в) недобросовісної конкуренції тощо.

По-друге, правочини як цивілістична інституція та правові наслідки їх недійсності, зокрема, якщо вони вчинені під впливом обману (ст. 230 ЦК України), насильства (ст. 231 ЦК України), фіктивні правочини (ст. 234 ЦК України) регулюються й і КК (ст.ст. 190, 192, 205), а також в ГК є норми про недійсність (правда, чомусь зобов'язань – ст. 207).

Видається перспективним полігалузеве дослідження договору, цивілістичні напрацювання з приводу якого¹ можуть використовуватися й в інших правових дисциплінах. Наприклад, це стосується адміністративного договору, договору з надання адміністративних послуг тощо. Натомість потребує глибокого аналізу тенденція входження договору в корпоративні відносини, що в сучасних працях українських цивілістів (наприклад, М. М. Сигидин², Г. Сегида³ та ін.) безапеляційно підтримується. Проте не склалося враження, що цей феномен глибоко та системно досліджено⁴.

Правова наука, якою є цивілістика, не повинна мати меж, що не надають можливості пізнання того чи іншого явища, штучно розділеного кимось

¹ Харьковская цивилистическая школа: о договоре: монография / под общ. ред. проф. И. В. Спасибо-Фатеевой. Харьков: Право, 2017. 576 с.

² file:///C:/Users/Lenovo/Desktop/apvchzu_2013_33_18%20(1).pdf

³ http://zib.com.ua/ru/128588-uzakonienie_korporativnogo_dogovora_sozdast_mnogo_novih_vopro.html

⁴ Див., наприклад, аналітику Зарубіжні моделі корпоративних договорів. URL: <http://www.commerciallaw.com.ua/attachments/article/278/%D0%97%D0%B0%D1%80%D1%83%D0%B1%D1%96%D0%B6%D0%BD%D1%96%20%D0%BC%D0%BE%D0%B4%D0%B5%D0%BB%D1%96%20%D0%BA%D0%BE%D1%80%D0%BF%D0%BE%D1%80%D0%B0%D1%82%D0%B8%D0%B2%D0%BD%D0%B8%D1%85%20%D0%B4%D0%BE%D0%B3%D0%BE%D0%B2%D0%BE%D1%80%D1%96%D0%B2%20%D0%BB%D0%BE%D0%B3%D0%BE%D1%82%D0%B8%D0%BF.pdf>

колись на галузі права і ще більш – на спеціалізацію (12.00.03, 12.00.04, та ін.). Інакше наука не тільки збіднюється, а й діяльність цивілістів буде безглуздою, оскільки вони не здатні бачити ситуацію з регулювання тієї чи іншої правової інституції в цілому. Отже, цивіліст має бути обізнаним у податковій, бюджетній, адміністративній, фінансовій, конституційній, трудовій та інших сферах для комплексного дослідження тих явищ та відносин, ядром яких є цивільно-правові.

Б. Ще одним актуальним напрямком загального порядку для цивілістичних досліджень є *врівноваження нормативного регулювання з його тими чи іншими вимогами та засад дерегуляції* (не лише з дозволом регулювання на власний розсуд, а й часом зняття тих вимог, які мали місце в законодавстві).

Щодо цього аспекту чимало уваги приділено лише свободі договору¹, є праці й щодо внутрішніх корпоративних актів² та установчих документів³. Однак проблема вищого порядку полягає у двох протилежних підходах, що запроваджуються одночасно в українському цивільному праві.

З одного боку, спостерігається тенденція зниження обмежень, зміщення акцентів, нівелювання і вихолощення суті правових підходів (наприклад, скасування вимог до мінімального розміру статутного капіталу товариства з обмеженою відповідальністю, механізмів щодо захисту прав споживачів і взагалі до захисту слабкої сторони договору, прискорені процеси реєстрації юридичних осіб, формалізація регулювання відповідальності тощо). Всі ці «удосконалення» призводять до зловживання правом, а норма про неприпустимість останнього, будучи мало не декларативною, не застосовується належним чином.

З іншого боку, все більше запроваджуються «універсальні правові композиції» – модельний статут, типовий/зразковий/примірний договори,

¹ Луць А. В. Свобода договору в цивільному праві України: навч. посіб. Київ: Школа, 2004. 160 с.; Карапетов А. Г., Савельев А. И. Свобода договора и ее пределы: в 2 т. Т. 1: Теоретические, исторические и политико-правовые основания принципа свободы договора и его ограничений. Москва: Статут, 2012. 452 с.; Карапетов А. Г., Савельев А. И. Свобода договора и ее пределы: в 2 т. Т. 2: Пределы свободы определения условий договора в зарубежном и российском праве. Москва: Статут, 2012. 453 с.; Стемпяк Л. Проблемы свободы договора и ответственности в обобществленном обороте. *Современное польское право*. 1981. № 4; Волос А. А. Свобода договора в праве зарубежных государств: некоторые аспекты. *Евразийская адвокатура*. 2014. № 3. С. 70–73 та ін.

² Тичкова О. Ю. Локальні корпоративні норми у цивільно-правовому регулюванні: автореф. дис ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Нац. юрид. акад. України імені Ярослава Мудрого. Харків, 2009. 20 с.

³ Бровченко Т. І. Установчі документи юридичних осіб за законодавством України: автореф. дис ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого. Харків, 2015. 20 с.

зокрема у біржовій торгівлі, при укладенні договорів приєднання, публічних договорів в банківській сфері, страхуванні тощо.

З боку цивілістів потрібні серйозні розробки для наочної демонстрації того, що спрощення – це далеко не завжди позитивно, воно має свої межі і може перетворитися на негатив. Те саме вбачається й в поширенні типізації регулювання цивільних відносин, що може загрожувати свободі договору.

Взагалі в подібних ситуаціях стає очевидним, що, швидше за все, право не справляється з регулюванням, або пропонує невірну модель, або в суспільстві посилилася мотивація в протидії праву, внаслідок чого знаходяться шляхи його обходу. Тоді необхідними стають заходи, які б виправили таку ситуацію: введення заборон і реагування на порушення, що вже відбулися або пошук моделей, які забезпечили б не тільки їх блокування в принципі, але і неможливість їх появи.

В. Одним із цікавих напрямів цивілістичних досліджень є *процес видозмін усталених ключових категорій*.

По-перше, це стосується: а) об'єктів цивільного права, навколо яких традиційно нашаровуються мислення щодо їх розуміння як об'єкта-речі та об'єкта-дії, а також множинності об'єктів, у той час, коли виникають прояви цього феномена в інших аспектах – видозміни об'єктів в одному й тому самому цивільному правовідношенні¹; б) подвійності природи окремих цивілістичних конструкцій (наприклад, вже сталий погляд на права, що надаються акцією, – «право на акцію» як класичне цивільне право та «право з акції», що має корпоративний характер; право на житло як майнове право та недоторканість житла як право особисте немайнове тощо)².

По-друге, в цивільному праві складаються синтетичні категорії – корпоративна власність, багатопверховий житловий будинок, які доволі складно однозначно характеризувати.

По-третє, з'явилися складні об'єкти, які вмістили в себе прості, що здавалось би, не дивним, але на рівні їх регулювання виникають складнощі, наприклад, садиба, підприємство, нормування відносин з якими доводить свою недосконалість. Це вимагає осмислення необхідності в них.

По-четверте, є потреба у з'ясуванні можливості участі особи в цивільних правовідносинах у різних іпостасях. Необхідність обміркувати цей феномен виникла вже давно, але рівень реагування на нього наближається до нуля.

¹ Харьковская цивилистическая школа: Объекты гражданских прав: монография / под общ. ред. И. В. Спасибо-Фатеевой. Харьков: Право, 2015. 720 с.

² Див., напр.: Спасибо-Фатеева И. В. Парные права или ещё одна попытка разобраться с личными неимущественными правами, сопоставить их с имущественными правами и определить значимость категории «парные права» и их виды. *Актуальные проблемы гражданского права (личные неимущественные права)*: Сб. статей и иных материалов / Под ред. Р. А. Стефанчука. Киев, 2010. С. 139–165.

Наприклад, у разі якщо виникало питання про продаж майна компанії однієї особи засновнику, який є й її директором, або навпаки. Тоді договір підписує одна і та сама особа, внаслідок чого складається враження, що вона домовляється сама з собою. За відсутності заборони це можливо, оскільки формально в таких випадках договір укладався різними особами – фізичною та юридичною. Натомість, насправді подібні ситуації далеко не завжди є небезпечними для кредиторів і негативно відображаються на оподаткуванні. За відсутності доктрини «однієї кишені» вирішити це питання не вдається. В цих випадках неминуче звернення до поняття зловживання правом.

Г. З приводу зловживання правом в українській цивілістиці немає глибоких наукових праць¹. Практично існує лише одна норма в ЦК, на яку робляться боязкі, а іноді безглузді спроби судової практики спертися, посилаючись на практику ЄС. Але там зловживання правом підкріплюється іншими правовими механізмами, про які взагалі нічого не йдеться в працях українських дослідників, більшість з яких містить практично одні й ті самі міркування з приводу того, чи є зловживання правом правопорушенням чи ні.

Натомість це явище проникає майже у всі цивілістичні конструкції, а тому потребує значної уваги. Якщо в одних випадках право блокує можливість очевидних зловживань, встановлюючи різні заборони та отримання дозволів, наприклад, щодо укладення опікуном договорів з приводу майна підопічного (ст.ст. 68, 224 ЦК України), то в інших – містить лише загальне правило, яке спирається на принцип добросовісності (наприклад, ч. 3 ст. 92 ЦК України), дещо доповнене правовим механізмом, яким регулюються значні правочини та правочини з заінтересованістю (ст.ст. 70–72 Закону України «Про акціонерні товариства»). Проте іноді право не містить і таких приписів, внаслідок чого виявляється можливість зловжити правом. Як приклад можна навести уникнення спадкоємцем покладання або додержання умов, визначених у

¹ Цивілісти, як правило, включають міркування про зловживання до іншої тематики, зокрема, про межі здійснення цивільних прав (М. Стефанчук, Є. Мічурін, О. Розгон), крім О. Губара (дисертація «Недопустимість зловживання правом у цивільному праві України» (2013 р.) та деяких інших авторів статей на цю тематику. До цієї правової категорії зазвичай звертаються представники інших правових наук, передусім загальної теорії права (Хміль М. М. Принцип неприпустимості зловживання правом (теоретико-правові аспекти): автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Харків. нац. ун-т внутр. справ, 2005; Мілетич О. О. Зловживання правом: теоретико-прикладний аспект: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Нац пед. ун-т ім. М. П. Драгоманова. Київ, 2015; Полянський Т. Т. Зловживання правом: загальнотеоретична характеристика: автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Львів. нац. ун-т ім. Івана Франка, 2011; Рогач О. Я. Зловживання правом: теоретико-правове дослідження: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук / Київ. нац. ун-т ім. Тараса Шевченка, Київ, 2011), або це питання розробляється стосовно корпоративної сфери (Кучмієнко О. В. Зловживання правом у корпоративних правовідносинах: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Київ. нац. ун-т ім. Тараса Шевченка. Київ, 2016).

заповіті спадкодавцем, задля чого спадкоємець відмовляється від прийняття спадщини за заповітом і спадкує як спадкоємець за законом. В цих та подібних ним ситуаціях слід виходити з дійсного наміру особи набути чи не набути прав, а не з буквального тлумачення цивільних норм, що характеризуються дозвільною спрямованістю.

Д. Пов'язаною з вищенаведеною є *проблематика відповідальності*. Сучасність її актуальності полягає в запропонованні ефективних засобів подолання уникнення від притягнення до відповідальності у вельми широкій сфері цивільних правовідносин: в корпоративному управлінні, при захисті права власності та інтелектуальної власності, в різноманітних договірних зв'язках. Окремі значущі аспекти відповідальності знаходять свій прояв при застосуванні способів забезпечення виконання зобов'язань. Не принижуючи тематику вини, причинного зв'язку, правової природи відповідальності та інших подібних передусім теоретичних пошуків (наукові праці І. С. Канзафарової, О. П. Печеного, Б. П. Карнауха, А. А. Верховця, А. О. Немцевої, В. І. Микитина та ін.) слід констатувати, що вони майже не чинять вплив на практичні потреби правових механізмів, які б дозволили належним чином застосувати компенсаційний принцип цивільного права. Достатньо вказати на безрезультатність дискусій стосовно правової природи процентів річних, неустойки, підстав виникнення та припинення поруки та застави, механізмів притягнення до відповідальності значних акціонерів та членів виконавчих органів акціонерних товариств, щоб склалася адекватна картина: в Україні є нагальна потреба підняти дослідження відповідальності на інший рівень.

Е. Безсумнівно, актуальними були і залишаються *дослідження права власності*, але вони потребують істотного зміщення акценту від з'ясування поняття цього права, його змісту, кількості правомочностей власника тощо (все це є давно безперспективним) до з'ясування структури власності; аналітики житлової власності та прав інших осіб, хто нею користується; ефективності захисту права власності, в тому числі конкуренція позовів тощо.

Є. *Корпоративне право* надає цілий спектр проблем, які вимагають прискіпливої уваги, при чому перманентної, оскільки, напевно, жодна цивілістична інституція (хіба що з нею може зрівнятися інтелектуальна власність) не перебуває в такому постійному стані змін. Крім того, що в Україні не склалося теорії юридичних осіб (лише одна ґрунтовна праця досить високого рівня була запропонована цивілістичній громадськості І. М. Кучеренко в 2004 р.), внаслідок чого постійно виникають проблеми з приводу розмежування (якщо це необхідне) юридичних осіб публічного та приватного права, не менш непорозумінь виникають і з організаційно-правовими формами юридичних осіб. Корпоративне управління, в основному, опановується не цивілістами, а практиками – адвокатами, консультантами іноземних компаній, проектів тощо.

Ж. Нарешті, найбільш затребуваною в плані фактичної відсутності яких би то не було цивілістичних праць належного рівня (крім винятків, що стосуються окремої проблематики, зокрема вичерпання прав, товарних знаків та деяких інших) є *сфера інтелектуальної власності*. Особливо це стосується патентного права, ІТ-права, меж здійснення та захисту прав у цій царині.

Навіть короткий огляд основних проблем, що вимагають свого дослідження, доводить необхідність появи в цивілістиці того прошарку вчених, які візьмуть на себе працю розпочати цю роботу, аби вивести стан наукових досліджень на принципово інший рівень. Адже сфера цивільного права, як і будь-яка інша соціальна сфера, має виходити на міждержавний рівень. До цього спонукають економічні, політичні, навчальні, наукові та інші зв'язки, які потребують свого правового забезпечення. Українська цивілістика не може залишатися замкненою наукою, категорії якої не зрозумілі і не прийнятні в інших країнах, як це нерідко спостерігається зараз. Світові процеси, співпраця з науковими колами та суддівська практика вирішення спорів вимагають глибоких та професійних досліджень, які ми маємо розпочати.

Запитання та завдання для самоконтролю

1. Сформулюйте поняття приватного права та охарактеризуйте систему українського приватного права.
2. У чому полягає сутність проблеми дуалізму приватного права?
3. Охарактеризуйте місце цивільного права в системі права України.
4. Проаналізуйте основні теорії та підходи до визначення предмета цивільного права.
5. Обґрунтуйте власну позицію щодо чинників, які характеризують цивільне право як приватне право.
6. Назвіть визначальні ознаки методу цивільно-правового регулювання суспільних відносин?
7. Охарактеризуйте традиційні і сучасні підходи до проблеми функцій цивільного права.
8. Чи можна вважати принципи цивільного права робочими механізмами, за допомогою яких визначаються межі можливої та належної поведінки учасників цивільно-правових відносин?
9. Проаналізуйте основні теоретичні положення щодо здійснення та захисту суб'єктивних цивільних прав.
10. Охарактеризуйте охоронювані законом інтереси як об'єкти цивільно-правового захисту.
11. Охарактеризуйте проблемні питання визначення джерел цивільного права.

12. Розкрийте співвідношення позитивного цивільного права та природного цивільного права, співвідношення загальної і спеціальної правової норми.
13. Чи допускається аналогія закону і аналогія права у цивільному праві?
14. Охарактеризуйте сучасні тенденції лібералізації українського вчення про тлумачення норм права.
15. Розкрийте особливості договору і звичаю як регуляторів цивільних відносин.
16. У чому полягає значення судової практики?
17. Охарактеризуйте предмет науки цивільного права.
18. Розкрийте методологію цивільного (приватного) права.
19. У чому полягає значення науки цивільного права?
20. Визначте актуальні проблеми та завдання науки цивільного права.

ТЕМА 2. ВЧЕННЯ ПРО СУБ'ЄКТИ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА

Н. А. Д'ячкова

§ 1. Суб'єкти цивільного права та учасники цивільних правовідносин

Зазвичай у сучасній юридичній літературі поняття «суб'єкт права» використовується як синонім терміна «суб'єкт (учасник) правовідносин»¹. Правомірність такого отождолення ґрунтується на тому, що неможливо бути суб'єктом права, не будучи суб'єктом правовідносин, і навпаки². Як зазначає Г. В. Мальцев, суб'єкт права – це людина або певна соціальна організація людей, яких норми права наділяють правами та обов'язками. Зовні перетворення людини на суб'єкта права відбувається у формі визнання за нею певних юридичних властивостей, які є необхідною передумовою її участі у правових відносинах. Без цих соціально-юридичних якостей, отримуваних індивідом від суспільства й держави, немає суб'єкта права³. Відповідно у цивільно-правових відносинах суб'єкт права також є суб'єктом правовідносин⁴.

Однак розмежування зазначених понять є принципово важливим. Незважаючи на видиму тотожність та безумовний органічний взаємозв'язок між ними, все ж таки їх не слід визнавати рівнозначними. Підґрунтям такого розмежування є концепція, розроблена у другій половині ХХ століття⁵. На думку її прихильників, суб'єкт права та суб'єкт правовідношення співвідносяться як парні філософські категорії загального (суб'єкт права) та окремого (суб'єкт правовідношення), можливого (суб'єкт права) і дійсного (суб'єкт правовідношення). Такий підхід дозволяє вважати ці поняття відображенням двох різних станів однієї сутності – правосуб'єктності. Виходячи з цього, можна стверджувати, що суб'єкт права – це потенційний учасник правовідносин, який перебуває до вступу в правовідношення у статичному стані, а

¹ Кечекьян С. Ф. Правоотношения в социалистическом обществе. Москва: АН СССР, 1958. С. 38; Марченко М. Н. Теория государства и права. Москва: ИКД Зерцало-М, 2001. С. 263; Матузов Н. И. Теория государства и права. Москва: Юрист, 2001. С. 388.

² Поляков А. В. Общая теория права. Санкт-Петербург: С.-Петерб. гос. ун-т, 2003. С. 543.

³ Мальцев Г. В. Социалистическое право и свобода личности: теоретические вопросы. Москва: Юрид. лит., 1968. С. 33–34.

⁴ Самілик Л. О., Корбут Л. П. Співвідношення понять «суб'єкт права», «особа», «суб'єкт правовідносин», «учасник відносин». *Право і суспільство*. 2016. № 1. С. 92.

⁵ Бойцов В. Я. Система субъектов советского государственного права. Уфа: Башкир. кн. изд-во, 1972. С. 10; Петров Г. И. Советские административно-правовые отношения. *Учен. зап. Ленингр. юрид. ин-та им. М. И. Калинина*. 1951. Вып. 6. С. 44–45.

суб'єкт правовідношення є суб'єктом права, що знаходиться у стадії реалізації своєї правосуб'єктності, тобто у динаміці. Вступаючи у конкретні правовідносини, суб'єкт права стає їх учасником, використовуючи при цьому не всі свої суб'єктивні права та юридичні обов'язки, а лише ті, які необхідні йому для участі у конкретному правовідношенні. Відповідно поняття «суб'єкт права» є більш широким порівняно з суб'єктом (учасником) правовідношення. Суб'єкт правовідношення – це той самий суб'єкт права, але який вже став учасником правовідносин, активно реалізує лише частину з цілої низки своїх прав та обов'язків, якими він, будучи суб'єктом права потенційно володіє¹.

Підтвердженням цієї точки зору є й те, що деякі категорії осіб, будучи суб'єктами права, можуть не мати змоги бути суб'єктами правовідносин. Так, малолітня дитина може бути власником транспортного засобу, проте не може самостійно управляти ним (здійснювати правомочність користування майном), а власник майна, на яке накладено арешт, не може брати участь у правовідносинах щодо розпорядження ним. Крім цього, як слушно зазначається у правознавстві, найсуттєвіший теоретичний недолік, що постає з уподібнення категорій «суб'єкт права» та «суб'єкт правовідношення», полягає у тому, що свідомо чи мимоволі виникає уявлення, що саме юридичні відносини є первинними, саме вони констатують особу як суб'єкт права, тоді як насправді мова йде про протилежне: саме суб'єкти є первинними, оскільки, якщо їх не буде, то не існуватиме й правовідносин². Та й правовідносини є не єдиною формою реалізації норм права. Правові норми можуть реалізовуватися, наприклад, і у формі їх дотримання, коли суб'єкти відносин погоджують свою поведінку з правовими заборонами, не вчиняють юридично заборонених діянь. Таким чином, можна стверджувати, що суб'єкт права є більш широким поняттям, відмінним від поняття суб'єкт (учасник) правовідносин. Суб'єкт права – це особа, що володіє правосуб'єктністю (або лише правоздатністю, якщо вона виокремлюється), тобто особа, потенційно (взагалі) здатна бути учасником правовідносин. Суб'єкт же правовідносин – це реальний учасник даних правових відносин. Будь-який суб'єкт правовідносини – це завжди суб'єкт права (без цього він просто не зміг би стати таким), але не будь-який суб'єкт права – учасник тих чи інших конкретних правовідносини.

Основний поділ суб'єктів цивільного права визначений у ст. 2 ЦК України, яка має назву «Учасники цивільних відносин». Згідно із зазначеною нормою, учасниками цивільних відносин є: 1) особи – фізичні та юридичні

¹ Слепнев А. В. Соотношение субъекта права и правоотношения. *История государства и права*. 2007. № 24. С. 39.

² Разуваев И. В. Теоретические вопросы общего учения о субъектах права. *Юридическая мысль*. 2007. № 3. С. 58.

(ч. 1); 2) держава Україна, АРК, територіальні громади, іноземні держави та інші суб'єкти публічного права (ч. 2).

Виходячи з буквального тлумачення наведеного переліку, деякі науковці поділяють усіх суб'єктів цивільного права як потенційних учасників цивільних правовідносин на дві групи: особи (фізичні та юридичні) і держава, АРК, територіальні громади, іноземні держави та інші суб'єкти публічного права. Підставою такого поділу його прихильники вважають те, що в ЦК України держава та інші публічно-правові утворення не іменуються особами. Відповідно, термін «особи», який у ч. 1 ст. 2 ЦК України вживається для позначення фізичних та юридичних осіб, не має застосовуватися до держави Україна, АРК, територіальних громад, іноземних держав та інших суб'єктів публічного права, які є учасниками цивільних відносин¹, адже вони є суб'єктами публічного, а не приватного (цивільного) права, участь у цивільних відносинах для них не є головним призначенням, а лише зумовлена певною ситуацією².

Однак такі оцінки видаються дещо вразливими як у теоретичному, так і в практичному сенсі. По-перше, у цивільних відносинах всі суб'єкти цивільного права виступають як абстрактні особи³. Тому поняття «особа», яке є аналогом римського поняття «*persona*», що у перекладі з латинської означає «образ, зображення, театральна маска...»⁴, є універсальним родовим поняттям, яке може використовуватися для позначення всіх суб'єктів цивільного права, у т. ч. й відповідних публічно-правових утворень, які в цивільних відносинах виступають як особи, що не мають принципових відмінностей від інших учасників цивільних відносин.

По-друге, теза про те, що термін «особи» не має застосовуватися до держави та інших суб'єктів публічного права, які є учасниками цивільних відносин, не повною мірою узгоджується з загальною концепцією ЦК України, засадами громадянського суспільства та доктриною приватного права, оскільки світова практика не знає іншої юридичної конструкції для визнання центру юридичних інтересів як суб'єкта цивільного права, крім конструкції юридичної особи⁵. ЦК України, який хоч і використовує у ч. 1 ст. 2 термін

¹ Цивільне право України. Загальна частина: підручник / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, Р. А. Майданіка. 3-тє вид., перероб. і допов. Київ: Юрінком Інтер, 2010. С. 455.

² Харитонов Е. О., Саниахметова Н. А. Гражданское право Украины: учебник. 2-е изд. Харьков: ООО «Одиссей», 2005. С. 75; Цивільний кодекс України: наук.-практ. коментар: у 2 ч. Ч. 2 / за заг. ред. Я. М. Шевченко. Київ: Концерн «Видавничий дім «Ін Юре», 2004. С. 9.

³ Дождев Д. В. Римское частное право: учеб. для вузов. Москва: ИНФРА · М – НОРМА, 1997. С. 229.

⁴ Бартошек М. Римское право: понятия, термины, определения. Москва: Юрид. лит., 1989. С. 244.

⁵ Кузнецова Н. С., Довгерт А. С. Цивільний кодекс України: визнані здобутки кодифікації. *Право України*. 2014. № 2. С. 14.

«особи» для позначення фізичних і юридичних осіб, у подальшому вживає цей термін у ширшому значенні, що включає в себе не тільки фізичних та юридичних осіб, а й відповідні публічно-правові утворення. Про це, до речі, свідчить й структура ЦК України, в якому підрозділ 3 «Участь держави, Автономної Республіки Крим, територіальних громад у цивільних відносинах» включений у єдиному контексті з підрозділом 1 «Фізична особа» та підрозділом 2 «Юридична особа» до розділу II ЦК України із загальною назвою «Особи».

Тому державу Україна, АРК та територіальні громади у цивільному обороті слід характеризувати як юридичні особи публічного права¹, оскільки вони за своєю природою є організаціями, яким у цілому властиві всі ознаки юридичної особи, зокрема організаційна єдність та майнова відокремленість, у результаті чого вони можуть виступати у цивільному обороті від власного імені, здатні нести самостійну майнову відповідальність та бути позивачем або відповідачем у суді. З іншого боку, їм притаманні певні особливості, за якими вони відрізняються від юридичних осіб, у результаті чого вони кваліфікуються як особливі (специфічні) суб'єкти цивільного права². Наявність суверенітету дає можливість державі за допомогою об'єктивного права самостійно визначати засади своєї участі у цивільних відносинах та власну правосуб'єктність. У цивільних відносинах вона діє шляхом набуття та здійснення цивільних прав та обов'язків. При цьому, вступаючи у цивільні відносини, держава не втрачає своєї якості суверена³.

По-третє, твердження про неможливість віднесення територіальної громади до суб'єктів цивільного права⁴ та фактичне закріплення у ст. 2 ЦК розмежування учасників (суб'єктів) цивільних правовідносин на тих, які одночасно визнаються суб'єктами цивільного права (фізичні та юридичні особи приватного права), та тих, які статус суб'єктів цивільного права не отримують, оскільки продовжують залишатися суб'єктами публічного права (територіальні громади, держава України тощо)⁵, не узгоджуються з визначальними ознаками правових відносин, згідно з якими їх сторонами (учасниками) можуть бути тільки ті особи, які є носіями відповідних прав і обов'язків (суб'єктами права).

¹ Кузнєцова Н. С., Довгерт А. С. Цивільний кодекс України: визнані здобутки кодифікації. *Право України*. 2014. № 2. С. 14.

² Цивільне право України. Загальна частина: підручник / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцовой, Р. А. Майданика. 3-тє вид., перероб. і допов. Київ: Юрінком Інтер, 2010. С. 491.

³ Лунц Л. Курс международного частного права: в 3 т. Москва: Спарк, 2002. С. 394.

⁴ Первомайський О. О. Участь територіальної громади у цивільних правовідносинах: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого. Харків, 2003. 20 с.

⁵ Первомайський О.О. Участь територіальної громади у цивільних правовідносинах. Серія «Юридичний радник». Харків: Страйд, 2005. С. 30–31.

По-четверте, про те, що поняття «особи» включає в себе не тільки фізичних та юридичних осіб, а й державу, АРК та територіальні громади засвідчує зміст багатьох положень ЦК України, які стосуються не тільки фізичних та юридичних осіб, а й відповідних публічно-правових утворень. Виходячи із загальних засад цивільного законодавства, до таких положень, що стосуються всіх суб'єктів цивільного права, можна, наприклад, віднести положення глави 2 розділу I ЦК України, яка присвячена питанням захисту цивільних прав та інтересів. Адже за її змістом право на відповідний захист у спосіб, визначений цивільним законодавством, має «кожна особа» (ст.ст. 15–16). Крім того, послідовне втілення на практиці ідеї незастосування до публічно-правових утворень терміна «особи» може призвести до того, що вони не зможуть бути учасниками тих цивільних відносин, суб'єктами яких за змістом відповідних норм ЦК України є «особи» (ст.ст. 1144, 1158–1160 ЦК України).

Н. А. Д'ячкова

§ 2. Фізична особа – суб'єкт цивільних відносин.

Правосуб'єктність фізичної особи. Співвідношення правоздатності та суб'єктивних прав фізичних осіб

Домінуючу групу суб'єктів права складають люди, яких у цивільному праві йменують фізичними особами. Нормативне введення такого терміна є новелою ЦК України. За радянських часів ця категорія вважалася буржуазною та піддавалася різкій критиці, вживаючи натомість термін «громадянин». Така заміна термінів видається цілком слушною, оскільки підтримує загально-визнану тенденцію щодо визнання людини не особою, пов'язаною з певною державою, підпорядкованою їй громадянством¹, а як носія цивільних прав та обов'язків, що підкреслює реальне, фізичне існування людини як частини живої природи.

¹ Термін «громадянин» вказує на юридичний зв'язок особи (людини) з певною державою, який передбачає наявність в особі і держави взаємних нормативно закріплених прав, обов'язків та відповідальності. Цей зв'язок відображається поняттям «громадянство» – належність до постійного населення певної держави, членство в державі. Історично термін «громадянство» походить від лат. «*civis*» – житель міста (звідси – цивілізація). Не всі жителі суспільства за давніх часів були громадянами, тобто мали право громадянства («*civilitas*» – право громадянства). Нині такі обмеження в наданні громадянства мають інший характер, вони не залежать від соціального становища людини, як це було, скажімо, у Давній Греції чи Давньому Римі, і врегульовані на законодавчому рівні (наприклад, у країнах Прибалтики законами встановлені строки одержання громадянства для росіян, які там мешкають).

На сьогодні увага законодавця загострилася на цінності та правовому статусі людини у приватноправових відносинах, що підкреслює саме приватні зв'язки, де учасники є рівними, на відміну від норм публічного права, характерним для якого є вживання терміна «громадянин як суб'єкт права (учасник правовідносин)». Використання у цивільних відносинах терміна «фізична особа» у подальшому позбавляє необхідності вказувати на те, що цивільні права та обов'язки можуть мати не лише громадяни України, а й іноземці, біпатриди, особи без громадянства тощо. За загальним правилом усі ці фізичні особи незалежно від наявності чи виду громадянства на території України у приватній сфері мають рівні права з громадянами України. Виняток складають випадки реторсії (обмеження в правах іноземців на підставі спеціального закону у відповідь на обмеження в таких самих правах громадян України на території цих країн, що у цивільному праві застосовується не досить часто) та набуття фізичною особою спеціального правового статусу (наприклад, заборона суддям, прокурорам бути представниками інших осіб, за винятком представництва своїх неповнолітніх дітей тощо). Деякі правові можливості у цивільному праві надаються лише громадянам України: право бути повіреним у справах інтелектуальної власності тощо.

Водночас слід зауважити, що поняття «фізична особа» не є тотожним поняттю «людина». Звичайно, фізична особа – це завжди і тільки людина, проте людина не завжди може бути учасником цивільних правовідносин. Поняттям «людина» охоплюється будь-яка біопсихосоціальна істота, незалежно від того, чи вступає вона в цивільні правовідносини, чи ні. Натомість «фізичною особою» може бути тільки людина як суб'єкт цивільних правовідносин (ст. 24 ЦК України). Отже, поняття фізичної особи у цивілістиці може не співпадати з поняттям людини як істоти біологічної: іноді ці поняття тотожні, а іноді – поняття «фізична особа» вужче за поняття «людина».

Можливість людини бути учасником цивільних правовідносин, фізичною особою, суб'єктом правовідносин пов'язується з наявністю у їх учасника спеціальних правових властивостей, таких як цивільна правоздатність (юридична можливість бути учасником цивільних правовідносин і мати права та юридичні обов'язки) та цивільна дієздатність (усвідомлення особою значення своїх дій та можливість керувати ними, самостійно своїми діями набувати права та мати юридичні обов'язки, нести відповідальність за їх невиконання чи неналежне виконання). Правоздатність та дієздатність є універсальними правовими властивостями учасника цивільних правовідносин. Як слушно зазначають деякі науковці, доцільно надати цим категоріям універсальності шляхом виділення у розділі II ЦК України загального підрозділу який міг би мати назву «Умови вступу до цивільних правовідносин», де і сформулювати універсальні категорії про правоздатність та

дієздатність і відповідальність суб'єктів цивільного права¹. Вони мають бути виписані у ЦК України не стосовно окремого різновиду учасника правовідносин, а на загальному рівні як конститутивна ознака цивільного права і учасників цивільних правовідносин.

У правознавстві тривалий час точаться дискусії з приводу моменту початку та припинення визнання людини учасником правовідносин. Згідно з ч.ч. 2, 4 ст. 25 ЦК України правоздатність фізичної особи виникає у момент її народження, а припиняється у момент смерті. Прийнято вважати, що початком життя в праві визнається початок фізіологічних пологів, у т. ч. передчасних чи штучних, а кінцевим моментом життя – біологічна смерть, тобто такий стан організму, коли починається незворотний процес розкладу клітин центральної нервової системи.

Проте на сьогодні доволі спірним є визначення моменту початку життя, і відповідно, визнання ембріону (зародка) суб'єктом права. Так, у Франції життя дитини захищається державними законами через 10 тижнів після зачаття, в Данії – після 12, у Швеції – після 20, в багатьох країнах життя юридично захищене лише після народження. Лауреат Нобелівської премії Дж. Вотсон запропонував охороняти життя дитини через три дні після народження².

З цього приводу (визначення початку життя) існують дві основні концепції: ембріональна (від лат. *embryo* – зародок) і натусіальна (від лат. *natus* – народжений). З цих назв випливає, що ембріональна визнає момент появи права людини на життя від зачаття, а натусіальна – від народження. Прихильники першої концепції³ не мають чітко встановленого моменту появи у зародка права на життя. Той факт, що право людини на життя виникає від моменту народження серед прихильників ембріональної концепції не викликає заперечень, утім, сам момент виникнення даного права викликає суперечки: буде це власне момент зачаття чи якийсь інший момент. У будь-якому випадку представники ембріональної концепції користуються в основному медичним та теологічним обґрунтуванням своїх результатів. Ті країни, де вплив релігії на регулювання суспільних відносин є досить сильним, закріплюють це посилення в нормах національних конституцій. Прикладом може бути ч. 1 ст. 15 Конституції Словаччини від 1 вересня 1992 року, за якою життя людини охороняється ще до її народження⁴.

Друга концепція – натусіальна, або концепція «умовної правоздат-

¹ Цивільне право в Україні: підруч. у 2 ч. Ч. 1 / Р. Б. Шишка (кер. авт. кол., наук. ред.); О. Р. Шишка та ін. Київ, 2013. С. 57.

² Домбровська О. Зміст конституційного права на життя людини та громадянина. *Право України*. 2002. № 5. С. 38.

³ Ромовська З. В. Особисті немайнові права фізичних осіб. *Укр. право*. 1997. № 1. С. 50.

⁴ Конституція Словачької Республіки з 1 вересня 1992 року // Конституції нових держав Європи та Азії / упоряд. С. Головатий. Київ: Укр. правн. фундація, Право, 1996. С. 449.

ності»¹ – є більш прийнятною з точки зору юридичної науки. Згідно з нею, лише та людина, яка народилася, має право на життя. Єдиним міжнародно-правовим актом, згідно з положеннями якого моментом виникнення права на життя вважається момент зачаття дитини, є Американська конвенція про права людини, ст. 4 якої проголошує, що право на повагу до життя захищається законом, як правило, з моменту зачаття². Але й тут не можна однозначно стверджувати, що йдеться про момент виникнення права на життя, радше про повагу до життя, що є різними правовими категоріями³.

Цивільне законодавство України не визнає ненароджену дитину суб'єктом права, дотримуючись, як зазначалося, підходу про визнання початком життя в праві початок фізіологічних пологів, і не наділяє ненароджену дитину правами та обов'язками. Проте, хоча у законодавстві немає положень, які б прямо закріплювали статус зачатої, але ще не народженої дитини, це не є перешкодою для захисту її прав нормами спадкового і деліктного права. Зокрема, ст. 1222 ЦК України вказує серед спадкоємців також осіб, які були зачаті за життя спадкодавця і народжені живими після відкриття спадщини; ст. 1200 ЦК України визначає, що у випадку смерті потерпілого право на відшкодування шкоди має також дитина потерпілого, народжена після його смерті.

Певні питання виникають і у зв'язку з порушенням питання про померлу людину як суб'єкта права. З одного боку, загальновідомо, що у людини статус суб'єкта права припиняється внаслідок її смерті, з якою пов'язується повне припинення правоздатності та дієздатності, а з іншого – сучасне законодавство закріплює низку прав людини, реалізація яких не залежить від неї ані за її життя, ані після її смерті. Зокрема, згідно з ч. 1 ст. 6 Закону України «Про поховання та похоронну справу» усі громадяни мають право на поховання їхнього тіла та волевиявлення про належне ставлення до тіла після смерті. Стосовно такого волевиявлення зрозуміло, що воно має бути вираженим людиною до її смерті. А от щодо права на поховання тіла людини, то питання про суб'єкта реалізації цього права є складнішим, оскільки поховання відбувається після того, як суб'єкт вказаного права помирає. Отже, право на поховання тіла людина мала б реалізовувати після своєї смерті, однак,

¹ Веберс Я. Р. Правосубъектность граждан в советском гражданском и семейном праве. Рига: Зинатне, 1976. С. 106–107; Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права. Тула: Автограф, 2001. С. 79–80.

² Американская конвенция о правах человека от 22 ноября 1969 года // Международные акты о правах человека: сб. документов / сост. В. А. Карташкин, Е. А. Лукашева. Москва: Норма, 2002. С. 867–886.

³ Стефанчук Р. О. Особисті немайнові права фізичних осіб у цивільному праві (поняття, зміст, система, особливості здійснення та захисту): монографія. Хмельницький: Вид-во Хмельн. ун-ту упр. та права, 2007. С. 280.

оскільки з останньою пов'язується припинення правоздатності та дієздатності людини, то її суб'єктивне юридичне право на поховання власного тіла припиняє існування одночасно саме із настанням того юридичного факту, який уможлиблює реалізацію цього права. Таким чином, виникає право, яке ніколи не може бути реалізованим саме його носієм. Якщо ж припустити, що право людини на поховання її тіла не припиняється зі смертю носія цього права, то спадає на думку, що, вочевидь, людина після своєї смерті, по-перше, сама це право не реалізовує; по-друге, не може після настання смерті вимагати від інших суб'єктів здійснення поховання; по-третє, не може звертатися до держави за його примусовим забезпеченням. Тому можна порушувати питання про те, що таке право, незважаючи на закріплення у законі, не є суб'єктивним юридичним, оскільки не тягне набуття його носієм прав на свої дії, на чужі дії та на дії держави (хоча виникають обов'язки, що кореспондують праву людини на поховання її тіла в інших суб'єктів, зокрема у держави).

Наведене дає змогу дійти висновку, що право на поховання тіла людини з можливого стає реальним та існує навіть після смерті його носія, тобто воно є, так би мовити, правом мертвої людини на поховання її трупа. Якщо ж не вважати померлу людину суб'єктом цього права, то останнє слід вважати безсуб'єктивним. Оскільки визначальною рисою будь-якого права є наявність його носія, то виявлення безсуб'єктивного права свідчить, знову ж, про відсутність реальності такого права, тобто про його фіктивність і неможливість взагалі бути реалізованим саме тим, кому воно належить.

Тому смерть фізичної особи можна розглядати як часткове (а не повне) припинення її правоздатності: у частині юридичних обов'язків і тих суб'єктивних юридичних прав, які не може мати померла людина, її правоздатність зі смертю припиняється, а у частині інших суб'єктивних юридичних прав (на поховання власного тіла, посмертне нагородження, реабілітацію тощо) – ні. Таким чином як і ненароджена дитина, так і померла людина не може бути суб'єктом права у класичному розумінні¹.

Категорія правосуб'єктності належить до кола ключових методологічних категорій науки цивільного права. Визначення поняття правосуб'єктності у цивільному праві є визначальним для характеристики суб'єктів цивільного права, виявлення загальних ознак учасників цивільних правовідносин, для аналізу конкретних форм виникнення та здійснення цивільних прав. Вона відповідає на питання «хто може бути суб'єктом права», визначає коло їх можливостей, зміст діяльності, відображає зв'язок суб'єктів права як носіїв прав з державою.

При з'ясуванні поняття, правової природи та суті правосуб'єктності

¹ Гудима Д. Померла людина як суб'єкт права (нетривіальні думки). URL: http://archive.nbuv.gov.ua/portal/soc_gum/pruk/2010_12/35.pdf

насамперед слід зазначити, що це поняття належить до аксіологічних категорій цивільного права, адже законодавство не містить його легального визначення. І тому ще з моменту появи категорії «правосуб'єктність» у правознавстві тривають дискусії як з приводу самої доцільності її використання, так і щодо визначення її поняття, співвідношення з суміжними правовими категоріями, такими як «правоздатність» та «дієздатність», про сутність, зміст та складові елементи правосуб'єктності у будь-яких учасників правовідносин незалежно від їх статусу, віку та стану здоров'я і можливості визнання правосуб'єктними неповнолітніх, недієздатних тощо осіб.

Так, С. М. Братусь та О. С. Йоффе дійшли висновку, що, оскільки правоздатність є здатністю володіти цивільними правами та обов'язками, а суб'єкти цивільного права у будь-якому разі є завжди правоздатними (хоча і не в усіх випадках дієздатними), то правоздатність та правосуб'єктність є тотожними поняттями, які виражають загальне право бути суб'єктом прав і обов'язків¹. Але, як слушно зазначається у правничій літературі, при такому підході поняття правосуб'єктності стає непотрібним, оскільки зміст правосуб'єктності повністю охоплюється поняттями правоздатності і дієздатності, які закріплені в законодавстві. У зв'язку з цим правосуб'єктність виражає визнання особи суб'єктом правовідношення взагалі та можливим суб'єктом конкретних правовідносин. Відповідно, слід вважати, що правосуб'єктність базується на правоздатності та дієздатності, а не складається з них як елементів².

Деякі правознавці вважають, що правосуб'єктність є багатозначним поняттям: у тих галузях та інститутах права, для яких законом встановлюються різні передумови право- та дієздатності, правосуб'єктність рівнозначна правоздатності, а у тих галузях та інститутах права, де передумови право- та дієздатності однакові, правосуб'єктність включає до свого складу як право-, так і дієздатність³. На думку інших, – правосуб'єктність у всіх галузях права включає в себе як право-, так і дієздатність⁴, і таким чином правосуб'єктність є

¹ Братусь С. Н. Субъекты гражданского права. Москва: Юрид. лит., 1950. С. 146; Йоффе О. С. Развитие цивилистической мысли в СССР: в 2-х ч. Ч. 1. Ленинград: Изд-во Ленинградского ун-та, 1975. С. 120–121.

² Веберс Я. Р. Правосубъектность граждан в советском гражданском и семейном праве. Рига: Зинатне, 1976. С. 23.

³ Венедиктов А. В. О субъектах социалистических правоотношений. *Советское государство и право*. 1955. № 6. С. 26.

⁴ Веберс Я. Р. Правосубъектность граждан в советском гражданском и семейном праве. Рига: Зинатне, 1976. С. 24; Красавчиков О. А. Возмещение вреда, причиненного источником повышенной опасности. Москва: Юрид. лит., 1966. С. 69; Пергамент А. И. К вопросу о правовом положении несовершеннолетних. *Ученые записки ВЮЗИ*. Москва, 1955. Вып. 3. С. 8.

праводієздатністю¹. Однак таке положення дозволяє дійти висновку, що, наприклад, малолітні та недієздатні позбавляються правосуб'єктності, оскільки у них відсутній один із компонентів цього поняття – дієздатність (складовою якої можна вважати й волездатність – здатність особи свідомо виражати власну волю), і тому випадають з числа суб'єктів права.

Крім цього, у теорії права іноді пропонується розглядати правосуб'єктність як певне суб'єктивне юридичне право – «право на право», що існує в рамках загальнорегулятивних правовідносин. Дійсно, спільність з суб'єктивним правом тут є: правосуб'єктність також є певною юридичною можливістю, причому реально чинить регулятивний вплив на поведінку суб'єктів права. Разом з тим «правосуб'єктність» і «суб'єктивне юридичне право» є якісно відмінними за своєю юридичною природою, місцем і механізмом правового регулювання явищами, хоча б навіть тому, що правосуб'єктність – це і «право» на юридичний обов'язок.

С. С. Алексєєв, спочатку називаючи серед обов'язкових ознак суб'єкта права його здатність виробляти, висловлювати та здійснювати єдину волю², потім собі суперечить, визнаючи суб'єктами права, наприклад, неповнолітніх дітей³, які цій ознаці не відповідають. Така позиція дозволяє зробити два висновки: або названа здатність не є обов'язковою ознакою суб'єкта права, або діти та недієздатні не повинні визнаватися суб'єктами права. Для уникнення такого висновку у правознавстві іноді використовують концепцію «заповнення дієздатності» однієї особи (недієздатної, малолітньої тощо) за рахунок іншої (дієздатної)⁴.

Однак концепція «заповнення» дієздатності викликає деякі сумніви. По-перше, складно погодитися з пропозицією та твердженням, що представник заповнює відсутнє у недієздатного розумне волевиявлення. Закон не визнає наявності юридично значимої волі у малолітніх та недієздатних, адже вони діють на інстинктивному, а не соціально, доцільно і юридично виправданому рівні. Отже, заповнювати, замінити, підставляти розум (свідомість) і волю однієї особи (недієздатної) за рахунок іншої (опікуна) неможливо. Опікуни діють згідно з власною свідомістю і виражають власну волю. Хоча вони вчиняють дії в інтересах підопічних на їх користь, це не означає, що опікун (піклувальник) виражає волю підопічного, адже не можна виражати волю,

¹ Иоффе О. С. Советское гражданское право: курс лекций. Ленинград: Изд-во ЛГУ, 1958. С. 82–83.

² Алексєєв С. С. Проблемы теории права: курс лекций: в 2 т. Т. 1. Свердловск: Изд-во Свердл. юрид. ин-та, 1972. С. 276.

³ Там само. С. 285.

⁴ Иоффе О. С. Избранные труды по гражданскому праву: Из истории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории «хозяйственного права». Москва: Статут, 2000. С. 287.

доповнювати свідомість тих, хто не має юридично значимої волі. По-друге, охорона інтересів підопічних здійснюється шляхом встановлення відповідних прав та обов'язків інших осіб (опікунів). Саме опікуни, а не самі підопічні, вступають у конкретні правовідносини, оскільки останні не мають можливості здійснювати самостійно охорону своїх прав. Якщо в інтересах підопічного вчиняється будь-який цивільно-правовий правочин, то суб'єктами його є опікун та треті особи, оскільки нормативні акти регулюють відповідну поведінку саме опікунів та інших осіб як дійсних учасників даних правовідносин. Як зазначає О. О. Красавчиков, батьки, опікуни та інші особи, які доповнюють дієздатність підопічного, не «відривають» частину своєї дієздатності в момент вчинення правочинів щодо майна підопічного, а лише реалізують відповідні суб'єктивні права батьків, усиновителів, опікунів тощо¹. Суперечливість названої концепції посилюється й тим, що цивільно-процесуальне законодавство передбачає право прокурора, заінтересованих осіб подавати позови на захист чужих інтересів, у т. ч. неповнолітніх та недієздатних. З точки зору теорії «заповнення дієздатності» слід було б, очевидно, констатувати, що у подібних випадках відсутня дієздатність дітей й психічно хворих осіб «заповнюється» прокуратурою та іншими юридичними особами. Але представники цієї концепції «пропускають» ці випадки. Між тим, у теорії цивільного процесу визнається: законні представники здійснюють свої власні процесуальні права від свого імені. Лише законний представник (а не підопічний) може вступити у такі правовідносини².

Найбільш вдалим вирішенням наведених теоретичних проблем видається пропозиція М. С. Малєїна, який, намагаючись усунути названі суперечності концепції «заповнення дієздатності», запропонував розрізнати при опіці правовідносини так званого «першого» та «другого порядків». На його думку, особу, щодо якої встановлено опіку, – підопічного – слід вважати суб'єктом права, суб'єктом «відносин першого порядку», суб'єктом правової охорони та заступництва. При цьому підопічному не потрібно «займати» чужу дієздатність, оскільки закон передбачає права та обов'язки інших осіб з метою заступництва над ним для задоволення його потреб та охорони інтересів³. Опікун, як людина, що має дієздатність в повному обсязі, також виступає суб'єктом права і є суб'єктом правовідносин «першого» та «другого порядків».

Наведений огляд основних концепцій розуміння правосуб'єктності свідчить

¹ Красавчиков О. А. Юридические факты в советском гражданском праве. Москва: Госюриздат, 1958. С. 43.

² Шакарян М. С. Понятие субъектов советского гражданского процессуального права и правоотношения и их классификация. *Труды ВЮЗИ*. Москва, 1971. Т. XVII. С. 123.

³ Малєин Н. С. Гражданский закон и права личности в СССР. Москва: Юрид. лит., 1981. С. 114.

про складність визначення самого її поняття та пов'язані з цим труднощі у визначенні її змісту. Проте загально визначено є те, що на сьогодні встановлено практично єдине уявлення про необхідність та доцільність використання поняття правосуб'єктності при характеристиці учасників цивільних правовідносин.

За своєю правовою природою правосуб'єктність є суспільно-юридичною властивістю, яка за допомогою норм права надається особам відповідно до вимог і потреб суспільного розвитку. Суспільна сторона правосуб'єктності виражається у тому, що ознаки суб'єктів права законодавець не може вибрати будь-яким чином – вони диктуються самим життям, потребами і закономірностями суспільного розвитку. У той же час правосуб'єктність не може розглядатися як природна властивість особи. Цю властивість їй надають юридичні норми відповідно до потреб суспільного розвитку. Юридичні норми, виражаючи ту чи іншу потребу суспільного розвитку, можуть звужити або розширити суть правосуб'єктності, коло суб'єктів права. Разом з тим, якщо правосуб'єктність для тієї чи іншої особи встановлена, вона стає її невід'ємною, невідчужуваною властивістю.

У широкому розумінні правосуб'єктність дозволяє визначити потенційних суб'єктів цивільного права, адже особа наділяється правосуб'єктністю незалежно від того, користується вона наданими державою правами та обов'язками в дійсності, чи ні. З іншого боку, у вузькому, індивідуалізованому розумінні правосуб'єктність є необхідною якістю (властивістю) учасників конкретних видів цивільних правовідносин. Однак у будь-якому значенні категорія правосуб'єктності визначає загальну характеристику суб'єктів цивільного права – у першому випадку суб'єктів цивільного права загалом, а в другому – суб'єктів (учасників) конкретних видів цивільних правовідносин.

Категорія цивільної правоздатності входить до системи більш загальної правової категорії – категорії правосуб'єктності, яка є частиною загального цивільно-правового статусу особистості. Легальне визначення правоздатності наведено у ст. 25 ЦК України, за якою під правоздатністю розуміють здатність мати цивільні права та обов'язки¹. Закріплюючи це поняття у законодавстві, держава тим самим окреслює не лише коло прав та обов'язків, які може мати особа, а й бере на себе обов'язок без належних підстав не втручатися в ці

¹ У правознавстві термін «правоздатність» застосовується в широкому і вузькому значенні. У широкому значенні під правоздатністю розуміють здатність особи мати права і обов'язки, що стосуються всіх галузей права (державного, адміністративного, трудового, сімейного тощо). У вузькому – під правоздатністю розуміють цивільну правоздатність, тобто здатність особи мати права і обов'язки у сфері дії цивільного права. Саме у такому значенні термін «правоздатність» застосовується у ЦК України та інших цивільно-правових актах. Але це не означає, що цивільна правоздатність не пов'язана з іншими галузями права. Наприклад, численні норми конституційного права є базовими для розвитку цивільного законодавства, у т. ч. й норм, що регулюють відносини, пов'язані з правоздатністю.

права, а також не відчужувати їх та захищати від будь-яких порушень. Тобто, цивільна правоздатність є не лише здатністю особи мати права та обов'язки, а й обов'язок держави гарантувати учасникам правовідносин певне коло цивільних прав.

Індикація поняття правоздатності на «право»-«здатність»-«можливість» дала підставу для виникнення різноманітних наукових концепцій щодо її правової природи.

Одні правознавці вважають правоздатність елементарним, первинним зв'язком між державою, суспільством та особою, триваючим правовідношенням¹, подібним до правовідносин власності та деяких інших абсолютних правовідносин, де зобов'язаними щодо правоздатної особи виступають усі інші. Вони вважають, що правоздатність – це елементарне, первинне правовідношення, і заперечують визнання правоздатності суб'єктивним правом через те, що, по-перше, для виникнення будь-якого суб'єктивного права має бути підґрунтя, а правоздатність сама є такою основою, абстрактною можливістю мати права, по-друге, правоздатність (як суб'єктивне право) не має кореспондуючого обов'язку інших осіб. Отже, правоздатність є особливою властивістю (якістю) особи, яка дозволяє їй бути суб'єктом права².

Проте така позиція піддана критиці, оскільки правовідношення є вольовим, надбудовним відношенням, яке виникає на основі норм права, учасники якого мають суб'єктивні права і несуть обов'язки. І саме тому, що правовідношення є результатом впливу норм права на вольову поведінку людей, складно розглядати правоздатність як «елементарне правовідношення». Особа має правоздатність незалежно від її волі, і наявність правоздатності не передбачає виникнення будь-яких вимог до інших осіб. Тому можна стверджувати, що сама по собі правоздатність ніяких правовідносин між її носієм та іншими суб'єктами права не породжує³, і, відповідно, визначальним у понятті правоздатності є «право», а не «здатність». З цієї позиції правоздатність визнається особливим суб'єктивним правом (стадією у розвитку суб'єктивного права) або просто правом бути суб'єктом прав і обов'язків⁴, яке має бути взагалі винесене за межі суб'єктивного і об'єктивного права⁵.

¹ Карпушин М. П. Социалистические трудовые правоотношения. Москва: Юрлитиздат, 1958. С. 77.

² Витрук Н. В. К теории правосубъектности (правоспособности) как правоотношения. *Труды Томского ун-та*, Томск, 1968. С. 6.

³ Толстой Ю. К. К теории правоотношения. Ленинград: Изд-во ЛГУ, 1959. С. 9.

⁴ Братусь С. Н. Субъекты гражданского права. Москва: Юрид. лит., 1950. С. 5; Веберс Я. Р. Правосубъектность граждан в советском гражданском и семейном праве. Рига: Зинатне, 1976. С. 51; Малейн Н. С. О понятии, ограничении и защите правосубъективности граждан. Москва: Юрид. лит., 1973. С. 46.

⁵ Агарков М. М. Обязательство по советскому праву. Москва: Юрид. изд-во НКЮ СССР,

Прихильники динамічної теорії правоздатності¹ вважають, що цивільна правоздатність для кожної конкретної особи у кожний певний момент означає можливість мати конкретні права та обов'язки залежно від її взаємовідносин з іншими особами².

Як бачимо, у правознавстві не існує єдиної точки зору щодо правової природи правоздатності. Але навряд чи слід відмовлятися від наведеної у ЦК України дефініції: при дослідженні правоздатності слід мати на увазі не лише можливість (що містить у собі суб'єктивний і дозвільний елементи, які ґрунтуються на існуючому правопорядку), а й здатність (яка передбачає особисті якості особи) мати права і виконувати обов'язки.

Для характеристики цивільної правоздатності принципове значення має закріплена законодавством рівність – незалежно від походження, соціального і майнового становища, расової та національної належності, статі, освіти, мови, ставлення до релігії, роду і характеру занять, місця проживання та інших обставин. При цьому відхилення від зазначеного принципу рівної правоздатності не слід вбачати у тому, що деякі особи фактично або за прямою вказівкою закону не можуть (не здатні) мати окремі права та обов'язки, наприклад, малолітня дитина або недієздатна особа не можуть скласти заповіт, придбати вогнепальну зброю тощо. У подібних випадках мова йде про загальну неможливість мати деякі права, яка поширюється однаковою мірою на усіх осіб певної категорії, таким чином принцип рівності правоздатності не порушується, не має винятків. Можна лише стверджувати, що зміст правоздатності фізичних осіб залежить від вікового та вольового критеріїв.

Правоздатність є невідчужуваною: жодна особа не може ані відмовитися, ані передавати надані їй законом права та обов'язки. Вона може розпоряджатися лише належними їй конкретними суб'єктивними правами, але не самою можливістю бути носієм цих прав. Так, особа може продати речі, що належать їй на праві власності (припинити своє суб'єктивне право), проте це не означатиме зменшення обсягу її правоздатності.

У зв'язку з цим цікавим видається з'ясування питання про можливість обмеження правоздатності фізичних осіб. Насамперед, слід відзначити, що автори ЦК України, виходячи з природного характеру правоздатності, відмовилися від формулювання ЦК УРСР про «недопустимість обмеження правоздатності». Натомість ст. 27 ЦК України має назву «Запобігання обмеженню можливості фізичної особи мати цивільні права та обов'язки» і встановлює

1940. С. 71, 73.

¹ Кечекьян С. Ф. Правоотношения в социалистическом обществе. Москва: Юрид. лит., 1958. С. 85.

² Агарков М. М. Обязательство по советскому праву. Москва: Юрид. изд-во НКЮ СССР, 1940. С. 72.

правило, що правочин, який обмежує можливість фізичної особи мати не заборонені законом цивільні права та обов'язки (наприклад, договір, за яким мати відмовляється від аліментів на користь дитини), є нікчемним, а правовий акт Президента України, органу державної влади, органу влади АРК, органу місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб не може обмежувати можливість фізичної особи мати не заборонені законом цивільні права та обов'язки, крім випадків, коли таке обмеження передбачено Конституцією України (за ст. 41 Конституції допускається примусове відчуження об'єктів права приватної власності лише як виняток з мотивів суспільної необхідності).

Проте аналіз законодавства свідчить, що обмеження правоздатності можливе і здійснюється у двох порядках – добровільному та примусовому.

Так, добровільне обмеження правоздатності відбувається при конкуренції інтересів, коли суміщення діяльностей призводить до необхідності обмеження цивільної правоздатності на певний час. Наприклад, у деяких навчальних закладах не допускаються до занять студенти, які не дотримуються встановлених правил щодо форми одягу; абітурієнти не мають права користуватися телефонами під час ЗНО; державним службовцям заборонено займатися підприємницькою діяльністю тощо.

На відміну від добровільного, примусове обмеження цивільної правоздатності здійснюється тільки у випадках, передбачених законом, на підставі рішення та під контролем компетентного органу. Воно є реакцією на протиправну поведінку особи або заходом профілактики небезпечних захворювань і не може перевищувати строків, передбачених законом або необхідних для лікування (за винятком довічного позбавлення волі). Прикладами примусового обмеження правоздатності є позбавлення волі як санкція за вчинене правопорушення, заборона займатися певною діяльністю, поміщення на примусове лікування тощо. При цьому, з одного боку, обмежуються по суті наявні суб'єктивні права і така заборона стосується саме їх, а з іншого – обмежується і правоздатність: особа не може самостійно обирати місце проживання, не має свободи пересування, обмежена у виборі роду занять, виді і кількості кореспонденції тощо. В адміністративному порядку може встановлюватися заборона з'являтися у певних місцях, відкривати балкони, вести спостереження, проїжджати дорогою (на час відвідування важливих персон), введення комендантської години для підлітків тощо.

Правоздатність як абстрактну можливість мати цивільні права не слід ототожнювати із конкретними суб'єктивними правами особи, які виникли у результаті її реалізації.

По-перше, правоздатність є основою, підґрунтям для виникнення суб'єктивних прав. За кожною особою закон визнає здатність мати безліч майнових та особистих немайнових прав, але конкретний суб'єкт, як правило, має лише частину цих прав. Співвідношення між правоздатністю і суб'єктивним

цивільним правом таке, як між можливістю і дійсністю: можливість перетворюється на дійсність за певних умов. Наприклад, кожен може мати майно у власності, але для виникнення у конкретної особи права власності на певну річ потрібні певні умови (створення речі, придбання речі шляхом цивільно-правових угод тощо). Таким чином, набуття конкретних суб'єктивних прав означає реалізацію правоздатності. При цьому суб'єктивне право спирається на правоздатність як на свою необхідну загальну основу, але безпосередньо виникає не з правоздатності, а з передбачених законом юридичних фактів, з якими закон зв'язує юридичні наслідки. Недарма законодавець розмістив норми про правоздатність до норм, що належать до всіх інших суб'єктивних прав, тим самим ніби підкресливши особливе призначення – перебувати з будь-яким із суб'єктивних прав у нерозривному зв'язку, оскільки без цивільної правоздатності ніякі суб'єктивні цивільні права неможливі.

По-друге, від інших суб'єктивних прав правоздатність відрізняється перш за все специфічним, самостійним змістом, який, як уже зазначалося, полягає у здатності (юридичній можливості) мати цивільні права та обов'язки, передбачені законом.

По-третє, цивільна правоздатність відрізняється від інших суб'єктивних прав призначенням та обсягом. Вона покликана забезпечити кожній особі юридичну можливість набувати конкретних цивільних прав та обов'язків, використовуючи які, вона може задовольняти свої потреби. Правоздатність є рівною для всіх категорій осіб, а коло суб'єктивних цивільних прав у кожної особи є різним.

По-четверте, правоздатність тісно пов'язана з особистістю її носія, оскільки закон не допускає її відчуження або передачу іншій особі, а суб'єктивне право може бути відчужене його володільцем (у разі продажу власного майна особа самостійно припиняє своє право власності).

По-п'яте, на відміну від суб'єктивного цивільного права, правоздатність не надає її носію права вимагати певної поведінки від зобов'язаних осіб. Якщо правоздатність опосередковує відносини між особою та державою, то суб'єктивне право – відносини особи не лише з державою, а й з іншою особою (контрагентом).

Н. А. Д'ячкова

§ 3. Цивільна дієздатність фізичних осіб, її зміст та види. Емансипація неповнолітніх

Дієздатність є другою складовою правосуб'єктності особи, яка тісно пов'язана з категорією правоздатності. За допомогою дієздатності абстрактна можливість особи мати права та обов'язки, передбачена у правоздатності, перетворюється у наявні, конкретні суб'єктивні права та обов'язки, носієм

яких виступає певна особа. Тож цивільну дієздатність можна визначити як реалізовану через юридичні факти правоздатність.

У ЦК України дієздатність фізичної особи визначається як її здатність своїми діями набувати для себе цивільних прав і самостійно їх здійснювати, а також здатність своїми діями створювати для себе цивільні обов'язки, самостійно їх виконувати та нести відповідальність у разі їх невиконання (ч. 2 ст. 30).

На відміну від правоздатності, дієздатність, як динамічна складова правосуб'єктності, пов'язана зі здійсненням особою вольових дій, вимагає досягнення особою певного рівня психічної зрілості, здатності бажати настання певних наслідків, віддавати собі повний звіт у своїх діях і керувати ними. Існування такої здатності вже не має абстрактного характеру, як у правоздатності, воно «прив'язане» до можливості діяти.

У повному обсязі цивільна дієздатність виникає у двох випадках:

- 1) у разі *набуття* повної цивільної дієздатності (при досягненні 18-річного віку або вступу у шлюб до повноліття);
- 2) у разі *надання* повної цивільної дієздатності (емансипації неповнолітньої особи).

За загальним правилом повна дієздатність фізичної особи виникає з досягненням повноліття, тобто з 18 років. Саме з цим віком пов'язується настання всіх показників зрілості, до яких належить: а) зрілість фізична, що визначається фізичним станом; б) психічна, що свідчить про вміння розумно керувати своїми діями та вчинками; і, нарешті, що не менш важливо, в) так звана «соціальна зрілість», яка дозволяє брати самостійну участь у житті суспільства. Причому для повної дієздатності бажана наявність усіх трьох параметрів зрілості, хоча не виключається різного роду відхилення й щодо цього. Оскільки людина усвідомлює свої вчинки поступово, повна дієздатність настає не відразу, а поступово. Їй передують так зване «накопичення дієздатності»¹. Перш ніж констатувати у особи дієздатність у повному обсязі, законодавець спочатку надає дитині певну частку дієздатності, підрозділяючи за цим критерієм усіх неповнолітніх на дві категорії: малолітніх – осіб, які не досягли 14-річного віку, та неповнолітніх осіб віком від 14 до 18 років. До повноліття дієздатність цих осіб є обмеженою і компенсується діями батьків, опікунів, піклувальників, які або вчиняють правочини замість малолітніх дітей, або надають згоду на укладення угод неповнолітніми².

¹ Паварс А. Я. О проблеме гражданско-правового регулирования частичной дееспособности несовершеннолетних. *Правоведение*. 1967. № 4. С. 67.

² Слід зазначити, що оскільки малолітні та недієздатні особи не мають деліктоздатності, відповідальність за шкоду, заподіяну ними, несуть їх батьки (усиновителі), опікуни та інші особи. Виходячи з такого обмеженого кола правомочностей малолітніх, передбачених

Крім цього, дієздатність повнолітніх осіб може бути обмежена або взагалі скасована (шляхом визнання особи недієздатною). Відповідно до ст. 36 ЦК України підставами для обмеження цивільної дієздатності фізичної особи є психічний розлад, який істотно впливає на її здатність усвідомлювати значення своїх дій та (або) керувати ними, та зловживати спиртними напоями, наркотичними засобами, токсичними речовинами, азартними іграми тощо і тим ставити себе чи свою сім'ю, а також інших осіб, яких вона за законом зобов'язана утримувати, у скрутне матеріальне становище¹.

Зловживання громадянином спиртними напоями або наркотичними засобами саме по собі свідчить про необхідність втручання в його дії з боку держави, однак цивільне право не ставить за мету лікування осіб від алкоголізму чи наркоманії, як і не має на меті покарати їх за подібні зловживання. Регулювання майнових стосунків у ситуації з громадянами, які зло-

законом, у літературі висловлювалися думки, що малолітні діти є недієздатними особами, оскільки вищезазначені елементи дієздатності є винятками із загального правила (Див.: Братусь С. Н. Субъекты гражданского права. Москва: Юрид. лит., 1950. С. 68; Советское гражданское право: учеб. для вузов в 2 ч. Ч. 1 / отв. ред. В. А. Рясенцев. 3-е изд., перераб. и доп. Москва: Юрид. лит., 1986. С. 94–95). Однак сама конструкція ст. 31 ЦК України, яка встановлює часткову дієздатність неповнолітніх віком до 14 років, оспорує подібний висновок (така позиція не є новою у цивілістиці (Див.: Тархов В. А. Гражданское право. Общая часть: курс лекций. Чебоксары: Чуваш. кн. изд-во, 1997. С. 65–66). У зв'язку з цим не зовсім точним видаються висловлювання деяких цивілістів про те, що опіка встановлюється над повністю недієздатними особами (Див.: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой. Москва: ИНФРА-М –НОРМА, 1995. С. 60). Для вирішення цього протиріччя слід розрізнити поняття «цивільна недієздатність особи» та «недієздатна особа». Оскільки законодавець надає значення факту усвідомлення особою своїх дій та здатності керувати ними, що залежить від психічного стану людини – суб'єкта реальних правовідносин, цивільна недієздатність особи констатує факт «неволездатності» для вступу в конкретні правовідносини. У цьому розумінні при вчиненні, наприклад, малолітнім підопічним правочинів, які мають значну цінність (без участі опікуна), такий підопічний не має дієздатності. Поняття «недієздатність» розкриває якісну сторону подібних суб'єктів (наприклад, стан недієздатності, який є причиною визнання особи недієздатною з метою призначення опіки). У цій ролі недієздатність припускає, по-перше, наявність дефекту волездатності, що виражається у недостатньому ступені її збереження для конкретних правовідносин; по-друге, констатацію даного факту судом; по-третє, як наслідок першого і другого, зміну правового статусу особи з встановленням додаткових суб'єктивних прав та обов'язків, а також певних обмежень в реалізації деяких з них. Відповідно поняття «недієздатна особа» характеризує суб'єкта певної категорії, суб'єкта – володаря спеціального правового статусу.

¹ ЦК України ввів нові підстави для визнання особи обмежено дієздатною, яку не передбачав ЦК УРСР 1963 р., – зловживанням токсичними речовинами та психічний розлад, який суттєво впливає на її здатність усвідомлювати значення своїх дій та (або) керувати ними. Крім цього, у лютому 2012 р. ч. 2 ст. 36 ЦК України доповнена таким видом зловживання, як азартні ігри.

живають спиртними напоями і наркотичними засобами, припускає втручання держави тільки за умови, що ця особа своїми діями ставить у скрутне матеріальне становище себе або свою сім'ю. Таким чином, обмеження дієздатності має на меті захист майнових інтересів сім'ї та конкретної людини.

У юридичній літературі висловлювалися думки щодо розширення переліку підстав для обмеження дієздатності фізичної особи. Адже поставити у скрутне матеріальне становище свою сім'ю можна також іншими діями, наприклад, зловживанням парі, нерозумним колекціонуванням тощо¹. Така пропозиція видається слушною, адже досвід дореволюційного та навіть римського приватного права свідчить, що марнотратці, тобто особи, які були не здатні розумно розпоряджатися своїм майном, не знали міри, ще тоді обмежувались у дієздатності².

У разі, якщо психічний стан особи, яка була обмежена у дієздатності внаслідок психічного розладу, що істотно впливав на її здатність усвідомлювати значення своїх дій та (або) керувати ними, значно погіршився, і психічний розлад набув стійкого, хронічного характеру, така особа може бути визнана судом недієздатною.

Загальна формула недієздатності містить два критерії: медичний – «хронічний, стійкий психічний розлад» та психологічний – «усвідомлення значення своїх дій та (або) керування ними». Необхідно зазначити, що медичний критерій недієздатності у ЦК України, на відміну від ЦК УРСР, зазнав змін і визначений узагальненим поняттям «хронічний, стійкий психічний розлад», що включає в себе різні за походженням та патогенетичними механізмами психічні розлади, основною ознакою яких є довготривалість та виразність, яка виключає здатність особи усвідомлювати значення своїх дій та (або) керувати ними. Застосування терміна «хронічний, стійкий психічний розлад» є більш прогресивним, аніж «душевна хвороба або недоумство», але й він є неточним і розпливчатим, оскільки поняття «хронічний» та «стійкий» – синонімічні і відображають подовженість, динаміку психічного розладу, але не відображають його тяжкість (глибину та виразність). Для усунення цієї проблеми у правознавстві висунута слушна пропозиція про заміну терміна «хронічний, стійкий психічний розлад» на «тяжкий психічний розлад» як, наприклад, визначено у ст. 1 Закону України «Про психіатричну допомогу»³.

¹ Гражданское право: учеб. Ч. 1 / под ред. Ю. К. Толстого, А. П. Сергеева. Москва: ТЕИС, 1996. С. 97.

² Підпригора О. А. Основи римського цивільного права: навч. посіб. Київ: Вища школа, 1990. С. 68; Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.). Москва: СПАРК, 1995. С. 70.

³ Ілейко В. Р., Первомайський В. Б. Теоретичний аналіз понять «дієздатність», «недієздатність», «обмежена дієздатність» в Цивільному кодексі України у редакції від 16.01.2003 р.

Крім цього, законодавець між умовно-інтелектуальним (здатність усвідомлювати значення своїх дій) та вольовим (здатність керувати своїми діями) компонентами психологічного критерію залишив сполучники «та (або)», розриваючи таким чином інтелектуальну та вольову діяльність. На практиці важко собі уявити такий «хронічний, стійкий психічний розлад», який виключав би здатність особи усвідомлювати свої дії (тобто усвідомлювати себе, свою поведінку, вчинки тощо) і залишав би здатність керувати своїми діями, або, навпаки, щоб особа з хронічним, стійким психічним розладом була здатна все усвідомлювати (знову таки усвідомлювати себе, свою поведінку та вчинки), але не була при цьому здатна керувати своїми діями¹.

Питання виникають і при порівнянні порядку поновлення цивільної дієздатності, яка була обмежена та поновлення цивільної дієздатності особи, яка була визнана недієздатною. Так, у ч. 1 ст. 38 ЦК України сказано, що «у разі видужання фізичної особи, цивільна дієздатність якої була обмежена, або такого поліпшення її психічного стану, який відновив у повному обсязі її здатність усвідомлювати значення своїх дій та (або) керувати ними, суд поновлює її цивільну дієздатність». У свою чергу, ч. 1 ст. 42 ЦК України закріплює, що «за позовом опікуна або органу опіки та піклування суд поновлює цивільну дієздатність фізичної особи, яка була визнана недієздатною, і припиняє опіку, якщо буде встановлено, що внаслідок видужання або значного поліпшення її психічного стану у неї поновилися здатність усвідомлювати значення своїх дій та керувати ними».

З наведеного видно, що для поновлення дієздатності у недієздатної особи потрібно її «видужання або значне поліпшення психічного стану». Для поновлення ж обмеженої цивільної дієздатності необхідне «видужання особи або таке поліпшення її психічного стану, який відновив би у повному обсязі її здатність...». Таке формулювання щодо поновлення дієздатності фізичної особи, яка була обмежена, суперечить як науковим уявленням щодо впливу наявних психічних розладів на здатність особи усвідомлювати значення своїх дій та (або) керувати ними, так і особливостям контингенту осіб з психічними розладами, щодо яких, ймовірно, буде використане це поняття. Психічний стан таких осіб практично не може досягти такого поліпшення, щоб «у повному обсязі» відновилися здатність усвідомлювати значення своїх дій та (або) керувати ними. Для цього фізична особа має стати цілком, абсолютно, у повному обсязі психічно здоровою, що є практично неможливим².

URL: <http://www.psychiatry.ua/articles/paper273.htm>

¹ Первомайський В. Б. Невменяемость: два подхода к определению понятия. *Вісник Асоціації психіатрів України*. 1999. № 2. С. 65–76.

² Ілейко В. Р., Первомайський В. Б. Теоретичний аналіз понять «дієздатність», «недієздатність», «обмежена дієздатність» в Цивільному кодексі України у редакції від 16.01.2003 р.

Новелою ЦК України є й те, що позбавити дієздатності можна як малолітню, так і неповнолітню особу, якщо внаслідок хронічного, стійкого психічного розладу вона не здатна усвідомлювати значення своїх дій та (або) керувати ними.

Однією з новел цивільного законодавства України є інститут надання повної цивільної дієздатності неповнолітнім особам (емансипації), передбачений у ст. 35 ЦК України. Сутність емансипації полягає у тому, що фізичній особі, яка досягла 16-ти років і працює за трудовим договором або бажає займатися підприємницькою діяльністю, а також неповнолітній особі, яка записана матір'ю або батьком дитини, може бути надана повна цивільна дієздатність.

Однак, на відміну від самої дієздатності (як здатності особи своїми діями набувати для себе цивільних прав та обов'язків), емансипація не є здатністю або властивістю, що притаманна самій особі, а є процесом набуття особою цих якостей. Унаслідок емансипації істотно змінюється правовий статус неповнолітньої особи. Вона отримує можливість самостійно вчиняти будь-які правочини, і згода її батьків (усиновлювачів, піклувальників тощо) на це не має правового значення. У разі емансипації неповнолітня особа переходить до категорії повністю дієздатних суб'єктів і тому у цивільно-правових відносинах вона прирівнюється до повнолітніх осіб, зберігаючи при цьому свій фактичний соціальний статус. При цьому емансипована особа не може набувати лише тих суб'єктивних прав та обов'язків, для набуття яких законом встановлений віковий ценз, наприклад, здатність бути набувачем за договором довічного утримання (ч. 2 ст. 746 ЦК України) тощо. Як зазначала І. В. Жилинкова, характер різноманітних видів емансипації визначається не лише підставами її виникнення, але й обсягом тих прав та обов'язків, яких може набувати неповнолітній. Тобто емансипованій особі може бути надано більший обсяг прав порівняно з тим, що володіють неповнолітні, але менший порівняно з обсягом дієздатності повнолітньої особи¹.

При введенні емансипації в українське законодавство, як і при появі більшості правових новел, виникла низка суперечностей у законодавстві. Зокрема, проголошення неповнолітнього повністю дієздатним викликає низку матеріально-правових та процесуальних питань.

Як зазначалося, процедура емансипації, результатом якої стають такі істотні зміни статусу підлітка, ініціюється лише за його прямим волевиявленням, яке фіксується в письмовій заяві неповнолітнього до компетентних органів. Якщо особа працює за трудовим договором або записана матір'ю чи

URL: <http://www.psychiatry.ua/articles/paper273.htm>

¹ Жилинкова І. В. Правовые аспекты эмансипации несовершеннолетних. *Проблеми законності*. 2000. Вип. 41. С. 77.

батьком дитини, рішення про її емансипацію (за наявності письмової згоди батьків (усиновлювача або піклувальника) приймається органом опіки та піклування, а у разі відсутності такої згоди – судом. Емансипація неповнолітніх, які бажають займатися підприємницькою діяльністю, відбувається при реєстрації їх як суб'єктів підприємницької діяльності. При цьому однією з основних умов є згода батьків (усиновлювачів) або піклувальників неповнолітнього.

Незважаючи на чітку вказівку щодо письмового оформлення такої згоди, невизначеними залишаються питання щодо змісту та порядку її надання. Та й взагалі законодавчо не визначено, які документи неповнолітній має подати разом із заявою про емансипацію. На практиці органи опіки та піклування вимагають, щоб неповнолітній, який бажає стати повністю дієздатним, подавав до органу за місцем проживання разом із заявою копію свідоцтва про народження, копію трудового договору (контракту) з неповнолітнім або інше документальне підтвердження його трудової діяльності), а згоду законних представників оформлював окремим документом, який навіть вимагають нотаріально посвідчити. Проте вказівка у законі про письмову форму згоди батьків на емансипацію не означає, що така згода має бути оформлена окремим документом, а тим більше нотаріально посвідчуватися (особливо враховуючи, що фінансові можливості неповнолітніх не такі значні). Допустимим видається простий підпис батьків у заяві неповнолітнього.

При прийнятті рішення про емансипацію уповноважений орган має керуватися багатьма чинниками. Перший з них – психосоціальний критерій, який дозволяє з'ясувати, чи дозволяє психічний розвиток дитини, рівень її життєвого досвіду брати участь у цивільному обороті без допомоги батьків; виявити мотиви подання такої заяви; встановити, чи є волевиявлення підлітка вільним та усвідомленим. Другим чинником, який слід враховувати при прийнятті рішення про емансипацію неповнолітніх, є матеріальний (майновий) критерій. Приймаючи рішення про емансипацію неповнолітніх (особливо тих, що бажають займатися підприємницькою діяльністю), слід з'ясувати і їх матеріальне становище, для того, щоб гарантувати інтереси майбутніх кредиторів емансипованого¹.

Відсутність згоди батьків на емансипацію не є перешкодою для надання неповнолітньому повної цивільної дієздатності. У разі відсутності згоди хоча б одного з батьків на емансипацію їхньої неповнолітньої дитини надання повної цивільної дієздатності відбувається у судовому порядку. Наявність згоди батьків на емансипацію є безумовною підставою надання повної дієздатності лише тим особам, які досягли 16-річного віку і бажають займатися підприєм-

¹ Д'ячкова Н. А., Кугот Є. С. Емансипація неповнолітніх за цивільним законодавством України. *Право і безпека*. 2012. № 3. С. 300.

ницькою діяльністю. Процедура емансипації таких осіб не передбачає можливості звернення до суду із відповідною заявою у разі відсутності згоди батьків заявника (ч. 3 ст. 35 ЦК України). Запобігаючи зловживанню батьками своїми батьківськими правами, коли вони, наприклад, без поважних причин заперечуватимуть проти емансипації майбутнього підприємця, закон встановлює можливість у такому разі неповнолітньому звернутися за згодою на емансипацію до органу опіки та піклування. На підставі такої згоди особа може бути зареєстрована як суб'єкт підприємницької діяльності та, відповідно, набути повної цивільної дієздатності.

Незважаючи на таку, на перший погляд, нескладну процедуру, виникає низка питань. Чи може звернутися у разі відмови органу опіки та піклування до суду не лише сам неповнолітній, а його батьки, чи навіть сам орган опіки та піклування, якщо один із батьків не згодний із емансипацією? Подібні пропозиції висловлювалися в юридичній літературі. Так, С. Д. Могилевський, грукуючись, очевидно, на тому, що захист прав та законних інтересів дитини здійснюється її батьками (особами, що їх замінюють), органом опіки та піклування тощо, вважає, що в разі відсутності згоди одного з батьків на емансипацію дитини, звернутися до суду може не лише сам неповнолітній, а й другий із його батьків або орган опіки та піклування¹. Така позиція викликає сумніви. Своєю заявою про емансипацію підліток, по суті, просить компетентний орган спростувати законодавчу презумпцію, за якою діти стають здатними до самостійного життя з повноліття. Згідно з ч. 2 ст. 29 ЦПК України неповнолітні особи віком від 14 до 18 років можуть особисто здійснювати цивільні процесуальні права та виконувати свої обов'язки у суді у справах, що виникають із відносин, в яких вони особисто беруть участь, якщо інше не встановлено законом. Якщо неповнолітня особа претендує на емансипацію, вона, безумовно, має довести свою «дорослість» шляхом здатності до самостійного захисту своїх прав, у т. ч. й шляхом звернення до суду.

Проблема процедури емансипації посилюється й тим, що, виходячи зі ст. 124 Конституції України, в якій закріплено принцип, що поширюється на всі правовідносини, які виникають у державі, та згідно з п. 8 Постанови Пленуму ВС України від 1 листопада 1996 р. «Про застосування Конституції при здійсненні правосуддя» нині не є обов'язком для особи дотримання попереднього вирішення справ у позасудовому порядку. Тобто неповнолітня особа може одразу звертатися до суду для вирішення питання про надання їй повної цивільної дієздатності, не звертаючись попередньо до органу опіки та піклування.

¹ Могилевський С. Д. Акционерные общества: учеб.-практ. пособие. 3-е изд. Москва: Дело, 2000. С. 46.

Також необхідно звернути увагу на певну неузгодженість норм цивільного та цивільно-процесуального законодавства. Так, згідно зі ст. 242 ЦПК України заява про надання неповнолітній особі повної цивільної дієздатності може бути подана лише у випадках, передбачених ЦК України, особою, яка досягла 16 років. Водночас, виходячи зі змісту ст. 35 ЦК України, повна цивільна дієздатність може бути надана і неповнолітній особі, тобто особі, яка досягла 14-річного віку, якщо вона записана матір'ю чи батьком дитини. Таким чином, правове становище неповнолітніх віком від 14 до 16 років залишається не визначеним.

Для вирішення подібного питання, очевидно, слід керуватися ст. 29 ЦПК України, за якою неповнолітні особи віком від 14 до 18 років можуть особисто здійснювати цивільні процесуальні права та виконувати свої обов'язки в суді у справах, що виникають із відносин, у яких вони особисто беруть участь, якщо інше не встановлено законом. Тому положення ст. 242 ЦПК України щодо мінімального 16-річного віку заявника слід застосовувати лише щодо неповнолітніх, які працюють за трудовим договором, а стосовно осіб, записаних матір'ю чи батьком дитини, слід керуватися загальною нормою ст. 29 ЦПК України.

Певні проблеми виникають і при з'ясуванні впливу емансипації на сімейно-правовий статус неповнолітньої особи. Так, емансипація неповнолітньої дитини може призвести до погіршення інтересів її непрацездатних батьків, оскільки згідно із СК України піклуватися та підтримувати нужденних непрацездатних батьків зобов'язані лише повнолітні діти (ст. 202 СК України). Тобто неповнолітні емансиповані діти, які, наприклад, працюють за трудовим договором і отримують певні прибутки, на законних підставах можуть відмовитися від утримання своїх непрацездатних батьків. Для усунення подібних питань доцільним видається внесення змін у сімейне законодавство і зобов'язування утримувати непрацездатних батьків, які потребують матеріальної допомоги, не лише повнолітніми, а й повністю дієздатними дітьми.

Водночас виникає й інше питання: а чи мають батьки утримувати своїх емансипованих дітей? Вочевидь, за аналогією з дітьми, які набувають дієздатності при укладенні шлюбу до повноліття, батьки зобов'язані утримувати своїх емансипованих дітей, навіть якщо вони мають достатній дохід. Але, виявляючи бажання достроково отримати повну дієздатність, неповнолітня особа демонструє свою самостійність та незалежність, насамперед, матеріальну. І тому логічним було б припустити, що при емансипації неповнолітні повинні втрачати право на одержання утримання від батьків¹, але зобов'язані вносити певну частину свого прибутку до сімейного

¹ Черепяхин Б. Б. Труды по гражданскому праву. Москва: Статут, 2001. С. 252.

бюджету у разі спільного проживання з батьками. Такі ситуації в американському праві називаються фактичною емансипацією¹. Сімейне законодавство України прямо не зобов'язує емансипованих осіб, які проживають разом з батьками, брати на себе частину витрат по утриманню майна, що спільно використовується. І у цьому питанні сімейне законодавство, вочевидь, також потребує удосконалення.

Ще одне питання, яке може виникнути, це проблеми з можливим шлюбом емансипованих осіб – чи надає емансипація право укладати шлюб таким особам нарівні з особами, які досягли шлюбного віку? Оскільки реєстрація шлюбу не є підставою для емансипації, то відповідно причини, через які особі було надано повну дієздатність, не мають визнаватися поважними ані для «автоматичної» можливості неповнолітнього укласти шлюб, ані для суду, який прийматиме рішення для надання емансипованому права на шлюб. Винятком з цього може бути лише емансипація неповнолітніх, які записані матір'ю або батьком дитини, хоча й у цьому випадку надання права на шлюб має відбуватися не автоматично, а за рішенням суду.

Ю. І. Чалий

§ 4. Окремі проблемні аспекти цивільної дієздатності неповнолітніх

Майново-центристський характер норм цивільного права, що існував донедавна в переважній більшості країн, останнім часом дещо поступився своїм монопольним становищем (можна сміливо стверджувати: подібна обставина є однією з ознак сучасного етапу розвитку цивілістичної думки). З точки зору оцінки вітчизняного законодавства наведена вище теза підтверджується наявністю в ньому цілої групи норм, що намагаються системно-структурно охопити своєю регламентацією сферу немайнового життя – особисті немайнові відносини (норми глав 20–22 ЦК України). Втім таке намагання не завжди є послідовним.

Окремими випадками прояву такої непослідовності є вимоги ст.ст. 31, 32 ЦК України, де визначаються обсяги цивільної дієздатності малолітніх та власне неповнолітніх осіб. Як відомо, неповнолітні особи (в широкому значенні цього термінологічного сполучення) за вимогами названих статей можуть здійснювати лише ті особисті немайнові права, які витікають з факту створення ними об'єктів (результатів) інтелектуальної, творчої діяльності, що охороняються законом. Принаймні, такий висновок витікає із буквального тлумачення вказаних норм, адже інші суб'єктивні права та обов'язки, що є змістом правовідносин, передбачуваних главами 20–22 ЦК України, тут не згадуються. Зрозуміло, що в даному випадку йдеться не про заборону, яка б не

¹ Пучинский В. К. Гражданский процесс США. Москва: Наука, 1979. С. 46.

дозволяла неповнолітнім особам брати активну участь в інших особистих немайнових правовідносинах (тобто тих, які забезпечують природне існування фізичних осіб, або їх соціальне буття), а про законодавчу прогалину, яка, без сумніву, має бути усунена. У ЦК України подібних системних прогалин не має бути.

Змістовна характеристика особистих немайнових прав визначається тим, що вони змістовно є правами «на свою поведінку» (переважно). Поведінка уповноваженої особи щодо здійснення цих прав здебільшого спрямована на фактичні наслідки. Але це твердження є справедливим тільки щодо оцінки особистих немайнових прав в їх нормальному стані, тобто у стані, що існує до моменту їх порушення.

Для захисту будь-якого права (немайнового чи майнового) потерпілій особі необхідно здійснювати активні дії, які вже фактичними не будуть – вони є юридичними діями. Для ефективності захисту деяких особистих немайнових прав (прав на життя, на усунення небезпеки, яка загрожує життю та здоров'ю, на свободу, на особисту недоторканість, на повагу до гідності та честі тощо) необхідно терміново вчиняти акти протидії самою потерпілою особою (здійснювати самозахист), тобто не очікуючи звернення до юрисдикційних органів. Інакше шкода для блага, що піддається порушенню, буде надто серйозною. Тож чи можуть неповнолітні особи самостійно вчиняти подібні правові дії? Знову, якщо буквально оцінювати норми ст.ст. 31, 32 ЦК України, відповідь на поставлене питання є неоднозначною.

Законодавчі прогалини у визначенні обсягу дієздатності неповнолітніх осіб спостерігаються також у майновій сфері. Широке застосування договірних конструкцій при наданні освітніх послуг викликає необхідність поставити питання про правову можливість активної участі у цих відносинах неповнолітніх осіб. Слід підкреслити, що йдеться про необхідність безпосередньої та активної участі саме неповнолітніх осіб, а не їх представників. Освіта може здобуватися малолітніми особами в структурі дошкільної, загальної середньої, позашкільної та професійно-технічної освіти. Власне неповнолітні особи є суб'єктами навчання у вищих навчальних закладах. При цьому відзначимо, що незалежно від того, здійснюється надання освіти за рахунок бюджетних коштів чи за рахунок батьків (чи інших представників) неповнолітніх осіб, освітні відносини мають цивільно-правовий характер: такі відносини за правовою формою є зобов'язаннями з надання освітніх послуг, що виникають на підставі договору.

У переважній більшості випадків договори про надання того чи іншого рівня освіти укладаються в інтересах неповнолітніх осіб їх батьками або іншими представниками (договори, укладені на користь третіх осіб). Специфічною ознакою таких договорів є те, що замовник послуги не може вимагати її надання в своєму інтересі. Ці договори винятково виконуються на

користь третіх осіб: навчальний, навчально-виховний заклад виконує свій обов'язок з надання відповідної послуги безпосередньо третій особі (неповнолітній особі), а не замовникові. Іншою особливістю також є те, що третя особа (тобто дитина) має вести себе у цьому правовідношенні активно, аби досягти позитивних наслідків освітньої послуги. Це пов'язано з необхідністю збирання, використання та поширення нею певної інформації (до речі, такі дії є змістом права на інформацію, тобто особистого немайнового права (ч. 1 ст. 302 ЦК України). З цього приводу, напевно, можна було б висунути заперечення, мовляв дії суб'єкта навчання не тягнуть за собою юридичних наслідків, вони мають винятково фактичний характер. Але це не так, адже прийняття третьою собою виконання є різновидом одностороннього правочину. Отже, постає проблемне питання про необхідність визнання та подальшого законодавчого закріплення можливості неповнолітніх осіб (як малолітніх, так і неповнолітніх) своїми діями брати участь у відносинах з виконання в їх інтересах названих односторонніх правочинів, тобто правочинів з надання освітньо-виховних послуг.

Усунення вказаної прогалини норм цивільного законодавства матиме позитивні як правові, так і соціальні наслідки. Суто з юридичної точки зору розширення обсягу цивільної дієздатності неповнолітніх осіб є кроком, спрямованим на завершеність правових конструкцій цивільного законодавства. Соціальний же ефект від цього полягатиме у підвищенні активності молодих людей.

І. І. Сядриста

§ 5. Проблема індивідуалізації фізичної особи.

Фізична особа – підприємець. Право фізичної особи на здійснення підприємницької діяльності

Цивільні правовідносини виникають та існують між людьми. Стосовно людей як суб'єктів, тобто носіїв цивільних прав і обов'язків, ЦК України вживає термін «фізичні особи», тим самим підтримуючи загальноновизнану тенденцію про характеристику людини як носія цивільних прав та обов'язків, що підкреслює реальне, фізичне існування людини як частини живої природи¹. Фізичні особи як учасники цивільних правовідносин відрізняються (мають характерні лише їм особливості), вони є індивідуальними завдяки тим суспільним і природним ознакам та властивостям, що впливають на їхнє правове становище.

У сучасній науці цивільного права склався основний підхід щодо

¹ Цивільне право: підруч.: у 2 т. Т. 1 / за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатеевої, В. Л. Яроцького. Харків: Право, 2011. С. 113.

індивідуалізації фізичної особи, через існування двох основних її правових засобів – імені та місця проживання¹.

Індивідуалізація кожної фізичної особи здійснюється перш за все за її ім'ям. Відповідно до ст. 28 ЦК України фізична особа набуває прав та обов'язків і здійснює їх під своїм ім'ям. Ім'я фізичної особи, яка є громадянином України, складається з прізвища, власного імені та по батькові, якщо інше не впливає із закону або звичаю національної меншини, до якої вона належить. У разі перекирчування імені фізичної особи воно має бути виправлене. Якщо перекирчування імені було здійснене у документі, такий документ підлягає заміні. Якщо перекирчування імені здійснене у засобах масової інформації, воно має бути виправлене у тих самих засобах масової інформації. При здійсненні окремих цивільних прав фізична особа відповідно до закону може використовувати псевдонім (вигадане ім'я) або діяти без зазначення імені. Ім'я фізичної особи надається відповідно до закону.

Другою індивідуалізуючою ознакою є місце проживання фізичної особи. Визначення місця проживання особи має суттєве значення для забезпечення правової охорони прав та інтересів суб'єктів цивільних відносин, оскільки з ним пов'язується загальна презумпція про те, що особа перебуває у цьому місці проживання, хоча в кожний конкретний момент вона може перебувати і в іншому місці. На цю адресу направляється офіційне листування, за місцем знаходження особи визначається місце виконання зобов'язання, місце відкриття спадщини. Наприклад, ст. 1221 ЦК України місцем відкриття спадщини визначає останнє місце проживання спадкоємця. Якщо місце проживання спадкодавця невідоме, місцем відкриття спадщини є місцезнаходження нерухомого майна або основної його частини, а за відсутності такого майна – місцезнаходження основної частини рухомого майна.

Існує точка зору, що, крім імені та місця проживання для індивідуалізації фізичної особи значення має громадянство, вік, родинний стан, стать особи².

Громадянство – це офіційна приналежність людини до народу певної країни, внаслідок чого вона знаходиться у сфері юрисдикції даної держави і під її захистом. Відповідно до ст. 1 Закону України «Про громадянство України» громадянство – це правовий зв'язок людини з державою, для якого

¹ Гражданское право: учебник. Изд. 5-е, перераб. и доп. / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. Москва: «ПБОЮЛ Л. В. Рожников», 2000. Том 1. С. 115–117; Цивільне право: підруч. для студентів юрид. вузів та ф-тів. Київ: Вентурі, 1997. С. 77–80; Цивільне право України: Акад. курс: підруч.: у 2 т. Т. 1. Загальна частина / за заг. ред. Я. М. Шевченко. Вид. 2-ге, доп. і перероб. Київ: Видав. Дім «Ін Юре», 2006. С. 147–152.

² Цивільний кодекс України: наук.-практ. коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, М-ва юстиції, науковців, фахівців). Т. 2: Фізична особа. Харків: Страйд, 2009. С. 9–11.

характерна наявність у них взаємних прав, обов'язків і відповідальності¹.

Вік – це обставина, якій закон надає важливого значення при визначенні статусу громадянина. З віком ЦК України пов'язує настання того або іншого обсягу дієздатності (часткова, неповна, повна), а також виникнення тих або інших елементів правоздатності (наприклад, право на заняття підприємницькою діяльністю).

Також характеризує й індивідуалізує фізичну особу її родинний стан. Від нього залежить дієздатність особи, виникнення і реалізація нею своїх прав і обов'язків. Так, особа, яка бере шлюб раніше досягнення нею повноліття, отримує повну дієздатність. Від того, чи перебуває особа в шлюбі, залежить порядок укладення нею правочину, оскільки деякі з них вимагають письмової згоди другого з подружжя. Батьки мають діяти в інтересах своїх малолітніх, неповнолітніх і непрацездатних дітей, щоб уникнути визнання правочину недійсним.

Стать. Рівність чоловіка і жінки не означає відсутність індивідуального підходу в праві при регулюванні визначених відносин з їх участю. Це обумовлено фізичними (природними) особливостями людей різної статі. Відрізняється вік чоловіків і жінок, з досягненням якого вони вважаються непрацездатними, що має важливе значення при визначенні права на відшкодування шкоди, при виникненні права на обов'язкову частку в спадщині тощо. Таким чином під індивідуалізацією фізичної особи слід розуміти особисті ідентифікаційні ознаки, які відрізняють її серед інших фізичних осіб. Ім'я та місце проживання фізичної особи хоча і є основними, але вони не повністю відображають ідентифікаційні ознаки фізичної особи.

Згідно зі ст. 50 ЦК України, право на здійснення підприємницької діяльності, яку не заборонено законом, має фізична особа з повною дієздатністю. Обмеження права фізичної особи на здійснення підприємницької діяльності встановлюються Конституцією України та законом. Фізична особа здійснює своє право на підприємницьку діяльність за умови її державної реєстрації в порядку, встановленому законом. До підприємницької діяльності фізичних осіб застосовуються нормативно-правові акти, що регулюють підприємницьку діяльність юридичних осіб, якщо інше не встановлено законом або не впливає із суті відносин. Фізична особа–підприємець (далі – ФОП) відповідає за зобов'язаннями, пов'язаними з підприємницькою діяльністю, усім своїм майном, на яке згідно з законом не може бути звернено стягнення.

Дещо інший підхід до правового регулювання підприємницької діяльності фізичних осіб містить ГК України, за ст. 128 якого громадянин

¹ Про громадянство України: Закон України від 18 січня 2001 р. № 2235-III. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi>.

визнається суб'єктом господарювання у разі здійснення ним підприємницької діяльності за умови державної реєстрації його як підприємця без статусу юридичної особи. Громадянин може здійснювати підприємницьку діяльність:

1) безпосередньо як підприємець або через приватне підприємство, що ним створюється; 2) із залученням або без залучення найманої праці; 3) самостійно або спільно з іншими особами. Отже, законодавство не встановлює поняття ФОП, а лише наводить низку ознак, якими вона може характеризуватись.

Найперше проблемне питання – юридичний статус ФОП, який засвідчує право особи на заняття підприємницькою діяльністю, а саме: самостійною, ініціативною, систематичною, на власний ризик господарською діяльністю, що здійснюється суб'єктами господарювання (підприємцями) з метою досягнення економічних і соціальних результатів та одержання прибутку¹. При цьому статус «фізична особа – підприємець» сам по собі не впливає і ніяким чином не обмежує будь-які правомочності особи, які є похідними з її цивільної правоздатності та дієздатності². Таким чином, правові відносини, в які вступає ФОП, можна умовно поділити на цивільні відносини фізичної особи з іншими особами та відносини, пов'язані зі здійсненням ним підприємницької діяльності, що ускладнює процес індивідуалізації фізичних осіб як підприємців. Зокрема, матеріали судових справ свідчать про те, що, звертаючись до господарського суду із заявами про порушення справи про банкрутство, ФОП додатково посилаються на той факт, що кредитні кошти, отримані в банківській установі для споживчих потреб, використовувалися ними на інші цілі, ніж передбачено договором, а саме – для підприємницької діяльності³. Отже, порушення громадянами умов договорів банківського кредитування в частині використання наданих коштів не за цільовим призначенням не змінює як суб'єкта відповідальності, так і суті цивільно-правових зобов'язань сторін. За таких обставин відповідальність за непогашення кредиту, отриманого для споживчих потреб, громадянин має нести як фізична особа, а не в зв'язку зі здійсненням ним підприємницької діяльності⁴.

Крім того, для ідентифікації ФОП слід вирішити питання про відокремлення майна фізичної особи, яке вона використовує у підприємницькій діяльності, від іншого її майна, а також питання про спадкування та

¹ Демяненко О. Статус фізичної особи – підприємця: проблеми застосування законодавства. *Юридичний журнал*. 2010. № 11. С. 96.

² Роз'яснення Міністерства юстиції України «Статус фізичної особи – підприємця: проблеми застосування законодавства» від 14.01.2011 р. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/n0012323-11>.

³ Ухвала господарського суду Волинської області «Про банкрутство ВАТ «Оснастка»» від 22.05.2006 р. № 1/69-Б. URL: <http://sudreestr.org.ua>.

⁴ Вечірко І. О. Про деякі питання практики порушення провадження у справі про банкрутство громадянина-підприємця. *Вісник господарського судочинства*. 2010. № 2. С. 141.

поділ (при виокремленні частки у спільній сумісній власності) такого майна. У ч. 1 ст. 7 СК України закріплено, що сімейні відносини регулюються цим Кодексом та іншими нормативними актами. Якщо особисті немайнові та майнові відносини між подружжям, батьками та дітьми, іншими членами сім'ї та родичами не врегульовані зазначеним Кодексом, вони регулюються відповідними нормами ЦК України, якщо це не суперечить суті сімейних відносин (ст. 8 СК України). При вирішенні питання про можливість здійснення підприємницької діяльності ФОП, яка є одруженою, слід керуватися нормами СК України, оскільки подружжя є специфічним суб'єктом саме сімейного права. Отже, питання визнання чи невизнання майна ФОП спільною власністю, потребують чіткого законодавчого врегулювання, оскільки нормативні акти відповіді на нього не містять. Вирішується дане питання за допомогою судової практики. ВСУ дійшов висновку, що майно ФОП може бути об'єктом спільної сумісної власності подружжя і, у разі розлучення, предметом поділу між ними. Майно ФОП, яке використовується нею для господарської діяльності, вважається спільним майном подружжя, як й інше майно, набуте в період шлюбу, за умови, що воно придбане за рахунок належних подружжю коштів¹.

У свою чергу, Конституційний Суд України виніс Рішення щодо офіційного тлумачення положення ч. 1 ст. 61 СК України, відзначивши, що статутний капітал та майно приватного підприємства є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя². Судової інстанцією зважено, що відповідно до ст. 191 ЦК України підприємство є єдиним майновим комплексом, який використовують для здійснення підприємницької діяльності. До складу такого підприємства входять усі види майна, призначені для його діяльності, разом із земельними ділянками, будівлями, спорудами, устаткуванням, інвентарем, сировиною, продукцією, правами вимоги, боргами, а також правом на торговельну марку або інше позначення та іншими правами, якщо інше не встановлено договором або законом. Підприємство як єдиний майновий комплекс є нерухомістю. Воно або його частина можуть бути об'єктом купівлі-продажу, застави, оренди та інших угод, тобто щодо підприємства як до єдиного майнового комплексу або його частини можуть виникати певні цивільні права та обов'язки. Тому, на думку Конституційного Суду України, приватне підприємство (його частина), засноване одним із подружжя, є

¹ Постанова Вищого господарського Суду України «Про визнання права власності» від 11.03.2015 р. № 6-21цс15. URL: http://zib.com.ua/ua/print/116058vs_zrobiv_visnovok_schodo_spilnoi_sumisnoi_vlasnosti_podruzzh.html.

² Рішення Конституційного Суду України «Щодо офіційного тлумачення положення ч. 1 ст. 61 СК України» від 19.09.2012 р. № 17-пн/2012. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v017p710-12>.

окремим об'єктом права спільної власності подружжя, до складу якого входять усі види майна, у т. ч. внесок до статутного капіталу і майно, виділене з їхньої спільної власності.

Однак у зазначеному Рішенні йдеться про майно приватного підприємства, а не про майно ФОП. Незважаючи на те, що законодавство (ст. 113 ГК України) передбачає декілька форм участі громадянина у підприємницькій діяльності, зокрема через створення приватного підприємства на підставі власності єдиної фізичної особи, складно уявити інші форми участі такої особи як суб'єкта підприємницької діяльності, крім ФОП. Якщо особа зареєстрована як ФОП, то вона справді здійснює підприємницьку діяльність особисто і від свого імені у власних інтересах вступає у підприємницькі відносини. Якщо ж створюється приватне підприємство, то підприємницькою правосуб'єктністю наділяється саме приватне підприємство і саме воно від свого імені вступає у підприємницькі правовідносини, оскільки правомочною вважається лише ФОП – суб'єкт підприємницької діяльності, яка пройшла державну реєстрацію.

Щодо підприємницької діяльності фізичних осіб застосовуються нормативно-правові акти, що регулюють підприємницьку діяльність юридичних осіб, якщо інше не встановлено законом або не впливає із суті відносин (ст. 51 ЦК України). Неоднозначне тлумачення вказаної норми в науково-юридичній літературі і на практиці обумовлює появу суперечливих висновків, що безумовно впливає на її правозастосування, оскільки певним чином відбувається злиття правового статусу фізичної особи з правовим статусом юридичної особи, які за своєю природою є різними¹. У зв'язку з чим наявні випадки неоднозначного підходу до застосування зазначеної статті. Як приклад можна навести реєстрацію права власності ФОП на нерухоме майно. Суб'єктами права власності є Український народ та інші учасники, визначені ст. 2 ЦК України, тобто фізичні та юридичні особи, держава Україна, АРК, територіальні громади, іноземні держави та інші суб'єкти публічного права.

Суб'єктами права приватної власності є фізичні та юридичні особи (ст. 325 ЦК України). При цьому власник має право використовувати своє майно для здійснення підприємницької діяльності, крім випадків, встановлених законом (ч. 1 ст. 320 ЦК України). Суб'єктами господарювання, в свою чергу, визнаються громадяни України, іноземці та особи без громадянства, які зареєстровані як підприємці та здійснюють господарську діяльність, реалізуючи господарську компетенцію, мають відокремлене майно і несуть відповідальність за своїми зобов'язаннями в межах цього майна, крім випадків, передбачених законодавством (ст. 55 ГК України). Тобто суб'єктом

¹ Демяненко О. Статус фізичної особи – підприємця: проблеми застосування законодавства. *Юридичний журнал*. 2010. № 11. С. 97–98.

права власності може визнаватися фізична особа, а правовий статус ФОП не впливає на правовий режим майна, що перебуває у її власності.

Отже, беручи до уваги наведені матеріали, можна зробити висновок, що для ідентифікації ФОП необхідно визначити її правовий статус, виокремити його від правового статусу юридичної особи, відокремити майно фізичної особи, яке вона використовує у підприємницькій діяльності, від іншого її майна.

Ю. М. Жорнокуй

§ 6. Проблематика конструкції «юридичної особи». Ознаки юридичної особи. Цивільна правосуб'єктність юридичної особи

Юридична особа – спеціальна юридична конструкція, яка надає можливість виражати колективний інтерес фізичних осіб від імені однієї особи і тим персоніфікувати цивільні відносини. На сьогодні активно обговорюється питання про галузеву приналежність юридичної особи – визнання її міжгалузевою категорією чи використання лише в рамках цивілістики. Інститут юридичної особи вводиться для того, щоб його норми закріпили організаційно-структурну і функціональну єдність відмінного від фізичної особи учасника цивільних відносин, встановили межі її цивільної правоздатності і дієздатності, визначили порядок створення і припинення, врегулювали низку питань, що загалом дають можливість визначити її правове становище.

З'ясування сутності такого «явища» як юридична особа стримується існуванням двох базових теорій щодо її природи – *теорії фікції* та *реалістичної теорії*. З позицій теорії фікції юридична особа визначається як щось (соціальне утворення сукупність людей і (або) майна, комплекс прав і обов'язків тощо), що не є фізичною особою, але визнається суб'єктом з боку об'єктивного права. Таке розуміння юридичної особи виявилось цілком придатним для потреб суспільного життя. Законодавець і правозастосовча практика отримали науково обґрунтовані критерії для визначення статусу будь-якого соціального утворення, яке набуло якості юридичної особистості внаслідок її санкціонування правопорядком. Теорія фікції намагається примирити дві тези: 1) суб'єктивне право (обов'язок) не може існувати без суб'єкта; 2) майно, права та обов'язки не завжди мають власника в особі окремої людини. Протиріччя усувається за допомогою фікції: наперед неправильного припущення, прийому наукового мислення, одного з «вимислів права» (*fictions juris*), коли допускається існування факту, про який відомо, що він не існує або існує в іншому вигляді.

Із полеміки проти теорії фікції виникло вчення про «реальність» юридичної особи як волездатного та дієздатного суб'єкта, який проявляє себе через органи, представлені фізичними особами, що розглядаються як частина

юридичної особи і дії яких у межах установлених повноважень вважаються діями самої юридичної особи. Сутність цього теоретичного напрямку зводиться до того, що природу юридичної особи вбачають не у фікції правового мислення, а в реальності її існування. Причому реальність розуміють не у фізичному значенні, а в особливому – юридичному. Логічним наслідком уявлення про юридичну особу як реально існуючого суб'єкта права є погляд про те, що вона має власні (не похідні від засновників або учасників) правоздатність і дієздатність, може мати як майнові, так і особисті немайнові права та здійснювати їх від свого імені¹.

Отже, принципове питання – чи є у юридичної особи особлива воля і особливий інтерес або ж їй приписується чия-небудь воля і чий-небудь інтерес? У фіктивному напрямку юридична особа – провідник волі та інтересу субстрата, в реалістичному – навпаки: субстрат – провідник і виразник волі юридичної особи. Вважаємо, що ототожнювати волю юридичної особи з сукупністю воель, що складають її людський субстрат уже неправильно з суто логічної причини – воля учасника юридичної особи завжди є індивідуальною, вона формується під впливом різних факторів, і, як наслідок, має унікальну природу. Воля самої юридичної особи може не співпадати з волею осіб, які є її учасниками. Вказане неспівпадіння має прояв не лише в колективних утвореннях, але й у тих випадках, коли юридична особа утворена одним учасником. Існування різних воель, що не співпадають за характером виникнення, а також за напрямками інтересів, дозволяє вести мову про самостійний, а не фіктивний характер самої юридичної особи².

Невизначеність з доктринальним тлумаченням юридичної особи як реально чи фіктивно існуючого суб'єкта підтверджується двома різноплановими висловлюваннями, які нині мають місце в правовій реальності. Так, на думку В. А. Белова, у більшості правопорядків юридичні особи називаються фіктивними або видуманими. Будь-яка їх назва підкреслює штучне походження таких «осіб», їх існування є виключним лише у правовій (ідеальній) сфері³. Натомість Л. І. Радченко зазначає, що в цілому під юридичною особою в західних правових системах розуміють організацію або установу, що виступає як самостійний учасник цивільних правовідносин. У зв'язку з деякою неповнотою законодавчого регулювання поняття юридичної особи чимало

¹ Більш детально див.: Жорнокуй Ю. М. Методология исследования в развитии учения о юридических лицах. *Методология исследования проблем цивилистики*: сб. ст., посвящ. памяти проф. А. А. Пушкина / под ред. Ю. М. Жорнокуя и С. А. Слипченко. Харьков: Право, 2017. С. 224–250.

² Гражданское право: актуальные проблемы теории и практики / под общ. ред. В. А. Белова. Москва: Юрайт-Издат, 2008. С. 267–268.

³ Белов В. А. Гражданское право. Общая часть. Т. II. Лица, блага, факты: учебник. Москва: Юрайт, 2011. С. 132.

питань щодо юридичної особистості відповідного утворення вирішуються судами іноземних держав у межах конкретних справ, які ними розглядаються¹.

Виходячи з реалій сьогодення в Україні, можна цілком ствердно вказати, що юридична особа є ніщо інше як інструмент відокремлення майна, що здійснюється з метою обмеження ризику його втрати у процесі певної діяльності реальної (фізичної) особи, яка стоїть за особою юридичною (засновника юридичної особи). У зв'язку з цим актуальною залишається думка про те, що юридична особа – це продовження індивідуалізму (егоїзму) її засновників² (учасників), що яскраво підтверджується останніми подіями (наприклад, придбання державою у власність акцій, доведеного до банкрутства Приват-банку тощо).

Сприйняття тієї чи іншої теорії юридичної особи залежить від рівня економічного розвитку суспільства. З огляду на це, цивілістична доктрина має відштовхуватися від економічних та соціальних потреб та закладати у визначення такої особи ті ознаки, які б максимально відповідали суспільним потребам. З точки зору розвитку цивільного законодавства за окресленим напрямом, важливо, щоб позиція законодавця у нормотворчій діяльності була виваженою, не «розчинялась» у розмаїтті різних теорій юридичних осіб, пояснюючи одні їх ознаки з точки зору теорії фікції чи інших теорій, а інші – виходячи з реалістичної концепції юридичної особи, а відштовхувалась від однієї з теорій юридичної особи, що забезпечить єдність легальних підходів до розуміння цієї непростой категорії цивільного права.

Створення штучних суб'єктів необхідно вирішити, встановивши розумний компроміс балансу інтересів засновника юридичної особи, з однієї сторони, та суспільства – з іншої. Такий баланс досягається шляхом встановлення законодавцем імперативних вимог, без дотримання яких створення таких осіб визнається незаконним. Ці вимоги отримали назву *ознак* юридичної особи, якими є:

а) *організаційна єдність* – необхідна умова, що дає можливість волю засновників перетворити на волю юридичної особи, яка виступає як єдине ціле, а також знаходить своє вираження у чіткій внутрішній структурі, конкретному підпорядкуванні органів, регламентації відносин між структурними підрозділами юридичної особи³.

При характеристиці юридичної особи як певної організації слід виходити

¹ Цивільне право України. Загальна частина: підруч. / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, Р. А. Майданика. 3-ге вид., перероб. і допов. Київ: Юрінком Інтер, 2010. С. 332.

² Белов В. А. Гражданское право. Общая часть. Т. II. Лица, блага, факты: учебник. Москва: Юрайт, 2011. С. 133.

³ Борисова В. І. Юридична особа: поняття та ознаки. *Приватноправове регулювання суспільних відносин: традиції, сучасність, перспектива*: матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (Одеса, 19–20 квітня 2012 року). Київ, 2013. С. 70–71.

з широкого бачення цієї її ознаки, маючи на увазі організацію органів, виробничих функцій щодо підприємства зі складною структурою тощо. Отже, будь-яка юридична особа має бути достатнім чином організована для виступу зовні як єдине ціле¹. При цьому така особа не залежить від заміни учасників (засновників) та від участі вказаних осіб у її діяльності, у т. ч. в управлінні та контролі. Організаційна єдність є характерною і для товариств однієї особи.

Невирішеним залишається питання про наявність такої ознаки в окремих категоріях юридичних осіб. Наприклад, стверджується, що повні та командитні товариства позбавлені якої-небудь організаційної структури, оскільки управління їх діяльністю здійснюють самі учасники без утворення будь-яких органів². Вважаємо, що такий підхід викликаний, у т. ч. й позицією законодавця інших країн (Німеччина, країни англосаксонського права), де повні та командитні товариства не визнаються юридичними особами;

б) *виступ у цивільному обороті від свого імені*. Від свого імені юридична особа набуває майнових прав і несе обов'язки, вступаючи в різноманітні цивільно-правові та інші відносини з іншими організаціями, установами та громадянами. Однак межі виступу в цивільному обороті залежать від мети створення юридичної особи і визначаються цілями її діяльності. Так, для підприємницьких юридичних осіб – це одержання прибутку з наступним його розподілом між учасниками; для непідприємницьких – досягнення соціальних, благодійних, культурних, наукових цілей, задоволення духовних потреб людини, захист прав та законних інтересів тощо.

Факт відокремлення організації від власних учасників, з однієї сторони, і від всіх інших, таких самих організацій – з іншої, знаходить своє зовнішнє вираження в установчих документах. Позначення в них найменування пов'язує юридичну особу необхідністю набувати цивільні права, створювати обов'язки і виступати в суді виключно під ним, а не під яким-небудь іншим чи не анонімно³.

Виступ у цивільному обороті від свого імені забезпечується, як правило, виконавчим органом юридичної особи або учасниками юридичної особи приватного права (ст. 92 ЦК України). Одноособовий виконавчий орган (керівник колегіального виконавчого органу) діє не від свого імені, а від імені юридичної особи, виходячи зі своїх повноважень, а також загальних вимог закону. Крім такого органу або його учасника, представляти юридичну особу у

¹ Цивільний кодекс України: наук.-практ. коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, М-ва юстиції, науковців, фахівців). Т. 3: Юридична особа / за ред. І. В. Спасибо-Фатєєвої. Харків: ФОП Колісник А. А., 2010. С. 17.

² Гражданское право: актуальные проблемы теории и практики / под общ. ред. В. А. Белова. Москва: Юрайт-Издат, 2008. С. 273.

³ Белов В. А. Гражданское право. Общая часть. Т. II. Лица, блага, факты: учебник. Москва: Юрайт, 2011. С. 143.

відносинах з третіми особами може також інша особа на підставі доручення або договору про управління майном. В останньому випадку, по-перше, як правило, виконавчий орган юридичної особи відсутній; по-друге, для управителя майна не потрібна довіреність, оскільки він діє від власного імені (ст. 1033 ЦК України)¹;

в) *наявність відокремленого майна*. Метою такого відокремлення є обмеження майнової відповідальності особи, яка реально здійснює певну діяльність. Звідси й імперативно сформульовані вимоги про наявність у юридичної особи певного майна, що належить їй на праві власності, оскільки особа, яка не є власником, не має бути й учасником майнового (цивільного) обороту, що ґрунтується на товарно-грошовому обміні між приватними власниками-товароволодільцями (це питання є актуальним у контексті визнання корпораціями комунальних та державних підприємств).

Правосуб'єктна юридична особа не лише має право, але й зобов'язана мати відокремлене майно, що може належати їй на праві власності чи іншому речовому праві. Ознака майнової відокремленості є досить істотною для юридичної особи, оскільки вона є учасником цивільно-правових та інших майнових відносин². Однак у доктрині цивілістики існує й дискусія щодо потреби у виділенні такої ознаки. Перший підхід (радикальний), за яким майнова самостійність не може бути самостійною ознакою юридичної особи через те, що вона – наслідок власної правосуб'єктності організації³. Другий (поміrkований) – ознака майнової відокремленості у сучасному легальному визначенні юридичної особи включена в обсяг цивільної правоздатності юридичної особи⁴.

Практичне значення майнової відокремленості юридичної особи полягає у наступному: по-перше, юридична особа стає суб'єктом права, а це дозволяє їй виступати в цивільному обороті; по-друге, це тягне за собою розподіл відповідальності засновників (учасників) і юридичної особи за своїми зобов'язаннями;

г) *здатність нести самостійну майнову відповідальність*. Відповідно до ст. 96 ЦК України юридична особа самостійно відповідає за своїми

¹ Цивільний кодекс України: наук.-практ. коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, М-ва юстиції, науковців, фахівців). Т. 3: Юридична особа / за ред. І. В. Спасибо-Фатеєвої. Харків: ФО-П Колісник А. А., 2010. С. 24.

² Козлова Н. В. Правосуб'єктність юридического лица. Москва: Статут, 2005. С. 44.

³ Грешников И. П. Субъекты гражданского права: юридическое лицо в праве и законодательстве. Санкт-Петербург: Юрид. центр Пресс, 2002. С. 76.

⁴ Зозуляк О. І. Поняття майнової відокремленості як ознаки юридичної особи. *Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України*: зб. наук. ст. 2011. Вип. XXVI. С. 122–123.

зобов'язаннями усім належним їй майном. Учасник (засновник) юридичної особи не відповідає за її зобов'язаннями, а юридична особа не відповідає за зобов'язаннями її учасника (засновника), крім випадків, передбачених законом і установчими документами. Такими випадками, наприклад, є: 1) відповідальність учасників повного товариства за боргами товариства (ч. 1 ст. 119, 124 ЦК України); 2) відповідальність учасників командитного товариства (ч. 1 ст. 133 ЦК України); 3) відповідальність учасників ТДВ (ч. 2 ст. 151 ЦК України); 4) відповідальність членів виробничого кооперативу (ч. 2 ст. 163 ЦК України, ч. 1 ст. 108 ГК України, ст. 27 Закону України «Про кооперацію»); 5) відповідальність акціонерів та учасників ТОВ (ч. 2 ст. 152 ЦК України, ч. 2 ст. 140 ЦК України).

Варто погодитися з твердженням про те, що саме завдяки визнанню самостійною (у всіх розуміннях цього слова) майнової відповідальності і стає можливим судження про власні права та власні борги юридичної особи; повноцінного учасника цивільного обороту, який не несе самостійної майнової відповідальності, немає і бути не може¹.

Інші ознаки, які містяться в законодавстві, як слушно зазначається в правовій літературі, є допоміжною константою для визначення необхідних передумов створення того чи іншого різновиду юридичної особи². Такими ознаками пропонується визнавати:

1) *публічність виникнення і припинення юридичної особи* (В. І. Борисова). Саме ця ознака дозволяє відокремити організацію – юридичну особу від організації, що не має такого статусу, оскільки юридичною особою організація визнається виключно державою³;

2) *державна реєстрація юридичної особи*⁴. Позиція авторів, які підтри-

¹ Белов В. А. Гражданское право. Общая часть. Т. II. Лица, блага, факты: учебник. Москва: Юрайт, 2011. С. 158–159.

² Мяснікова Н. В. Поняття та ознаки юридичної особи публічного права. URL: <http://www.pravoznavec.com.ua/period/charter/8/51/1741>.

³ Борисова В. І. Юридична особа: поняття та ознаки. *Приватноправове регулювання суспільних відносин: традиції, сучасність, перспектива*: матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (Одеса, 19–20 квітня 2012 року). Київ, 2013. С. 71; Цивільне право: підруч.: у 2 т. Т. 1; за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатеевої, В. Л. Яроцького. Харків: Право, 2011. С. 142.

⁴ Белов В. А. Гражданское право. Общая часть. Т. II. Лица, блага, факты: учебник. Москва: Юрайт, 2011. С. 135; Цивільне право України: курс лекцій: у 6 т. Т. 1 / за ред. Р. Б. Шишки та В. А. Кройтора. Вид. 2-ге, виправ. та доп. Харків: Еспада, 2008. С. 326. Організаційна єдність, майнова відокремленість організації і наявність у неї власного найменування (ім'я) – це такі риси, які привносяться в організацію самими засновниками. Проте для того, щоб фактична майнова відокремленість перетворилась ще й у правову, щоб окремо враховане майно стало належати організації на якому-небудь праві, необхідно визнати за цією організацією здатність мати права, тобто цивільну правоздатність; те ж саме

мують необхідність виділення такої ознаки юридичної особи, ґрунтується на тому, що до неї така особа має лише декілька елементів цивільної правоздатності – здатності: а) бути носієм найменування; б) приймати майно, що вноситься засновниками як сплата статутного капіталу, у т. ч. вчиняти необхідні для цього цивільно-правові та адміністративні дії; в) звертатися до компетентних органів з вимогою про власну реєстрацію¹. Проте виникає більше питань, ніж відповідей щодо можливості «неіснуючою особою» звертатися до компетентних органів з вимогою про власну реєстрацію;

3) *місцезнаходження юридичної особи*²;

4) *незалежність існування юридичної особи від складу її учасників* (Л. І. Радченко)³.

Проблематика виділення ознак юридичної особи визначається не лише їх кількісним чи якісним складом, але й функціональним призначенням. Так, одні з ознак мають значення передумов визнання організацій юридичними особами, а інші – значення якостей юридичної особистості організацій. Організаційна єдність і наявність відокремленого майна, на думку О. А. Пушкіна, – це передумови визнання організацій юридичними особами. При цьому організаційна єдність – необхідна умова існування організацій як суб'єктів не тільки в цивільному, але й в інших галузях права, оскільки й у них організації не можуть виступати як суб'єкти права без достатньо вираженої й закріпленої в статуті або положенні їх організаційної єдності. Навпаки, наявність відокремленого майна – необхідна передумова визнання організацій як суб'єктів цивільного права, оскільки без відокремленого майна організації не можуть брати участь у цивільних правовідносинах. Ознаками другого виду є виступ у цивільному обороті від власного імені та самостійна майнова відповідальність щодо своїх зобов'язань. Ці ознаки дійсно характеризують особливу особу (юридичну особистість) організацій, яку вони здобувають, беручи участь у відносинах, урегульованих нормами цивільного права⁴.

вимагається і для того, щоб організація набула і здатність для участі у цивільному обороті, і здатність відповідати своїм майном за власні дії, і, нарешті, здатність брати участь у процесі. Визнання цивільної правоздатності не може бути сферою компетенції приватних осіб, а лише держави.

¹ Белов В. А. Гражданское право. Общая часть. Т. II. Лица, блага, факты: учебник. Москва: Юрайт, 2011. С. 144.

² Суб'єкти цивільного права / за заг. ред. Я. М. Шевченко. Харків: Харків юридичний, 2009. С. 196.

³ Радченко Л. І. Кореляція ознак юридичної особи у приватному праві. *Приватноправове регулювання суспільних відносин: традиції, сучасність, перспектива*: матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (Одеса, 19–20 квіт. 2012 року). Київ, 2013. С. 136.

⁴ Гражданское право Украины: учеб. для вузов системы МВД Украины: в 2 ч. Ч. 1 / под ред. А. А. Пушкіна, В. М. Самойленко. Харьков: Основа, 1996. С. 119–120.

У свою чергу, О. О. Красавчиков поділяв ознаки юридичної особи на дві групи: *матеріальні* (внутрішня організаційна єдність та зовнішня автономія (самостійність), економічна єдність та відокремленість майна, керівна єдність, функціональна єдність) та *правові* (законність утворення юридичної особи, здатність організації від свого імені брати участь у цивільних правовідносинах, здатність нести самостійну майнову відповідальність, наявність статуту (положення)¹.

Отже, можна констатувати відсутність у цивілістиці єдності думок щодо визнання ознак юридичної особи. Такий стан справ не лише створює певні незручності, але навіть зумовлює суперечності у визнанні/невизнанні окремих організаційно-правових утворень юридичними особами (як це має місце стосовно повних та командитних товариств).

Юридична особа повинна мати *правосуб'єктність*, яка означає здатність конкретної особи виступати як суб'єкт цивільного права та учасник цивільних правовідносин. Наявність у особи правосуб'єктності допускає наявність у неї правоздатності, дієздатності й деліктоздатності². Зважимо на позицію, що правоздатність та дієздатність є передумовами і складовими частинами цивільної правосуб'єктності особи. При цьому зазначено, що дієздатність охоплює і деліктоздатність суб'єкта, тобто здатність самостійно нести відповідальність за вчинені цивільні правопорушення³.

¹ Советское гражданское право: учеб.: в 2 т. Т. 1 / под ред. О. А. Красавчикова. 3-е изд., испр. и доп. Москва: Высшая школа, 1985. С. 131–135.

² Однак пропонується для визнання особи суб'єктом цивільного права наділення її лише цивільною правоздатністю (див.: Александров Н. Г. Законность и правоотношения в советском обществе. Москва: Госюриздат, 1955. С. 138; Братусь С. Н. Субъекты гражданского права. Москва: Юрид. лит., 1950. С. 6; Толстой Ю. К. К теории правоотношения. Ленинград: Изд-во Ленингр. ун-та 1959. С. 9–11). Разом із тим, як справедливо вказує О. О. Красавчиков, правоздатність виступає у вигляді загальної основи, що визначає характер і обсяг прав, які можуть знаходитись у володінні цього суб'єкта, однак юридичне поняття правосуб'єктності складається з двох основних елементів: правоздатності та дієздатності (Див.: Красавчиков О. А. Юридические факты в советском гражданском праве. Москва: Госюриздат, 1958. С. 37–39). Зауважимо, що більшість вчених вважають узагальнюючим поняття «правосуб'єктність», яке ґрунтується на категоріях «правоздатність» і «дієздатність» (Див.: Венедиктов А. В. Государственная социалистическая собственность. Москва, 1948. С. 615; Иоффе О. С. Спорные вопросы учения о правоотношении. *Очерки по гражданскому праву*: сб. ст. Ленинград: Изд-во Ленингр. ун-та, 1957. С. 55–56; Яковлев В. Ф. Структура гражданских правоотношений. *Гражданские правоотношения и их структурные особенности*. Сб. ученых трудов. Свердловск, 1975. Вып. 39. С. 23–33).

³ Гражданское право: учеб.: в 4 т. Т. 1 / отв. ред. Е. А. Суханов. 3-е изд., перераб. и доп. Москва: Волтерс Клувер, 2004. С. 125–126.

Ні теорія фікції (уособлення), ні теорія реального суб'єкта в усіх їх різновидах не дають повного пояснення природи правосуб'єктності юридичної особи. Ніяке об'єднання людей, трудовий колектив або майно самі по собі не є суб'єктами цивільного права. Учасником цивільних правовідносин може бути тільки людина або суспільне утворення, яких об'єктивне право наділяє властивістю правосуб'єктності, здатністю бути «особою».

Зауважимо, що законодавець України відмовився від конструкції спеціальної правоздатності юридичної особи і виходить із розуміння належності такому суб'єкту загальної (універсальної) правоздатності, вказуючи у ч. 1 ст. 91 ЦК України на те, що юридична особа здатна мати такі ж цивільні права та обов'язки (цивільну правоздатність), як і фізична особа, крім тих, які за своєю природою можуть належати лише людині¹. Однак характер і зміст правоздатності юридичної особи як штучного суб'єкта права відрізняються від правоздатності фізичної особи (громадянина). З однієї сторони, правоздатність юридичної особи вужча, ніж правоздатність індивіда, оскільки не враховуються всі права, пов'язані з людською індивідуальністю (наприклад, особисті немайнові, сімейні тощо). З іншої – правоздатність юридичної особи є ширшою порівняно з правоздатністю індивіда, оскільки вона має права, що можуть належати виключно суспільному цілому над його частинами (наприклад, право корпоративної влади²).

Зазначимо, що ст. 91 ЦК України не передбачаються винятки або відсилення до норм, якими можуть встановлюватися інші умови правоздатності юридичної особи. У зв'язку з цим актуальним є питання про визнання за окремими юридичними особами спеціальної правоздатності. Наприклад, законодавство України містить численні випадки звуження обсягу правоздатності окремих видів юридичних осіб, зводячи її до спеціальної правоздатності. Це стосується: 1) фінансових установ (ст. 1 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринку фінансових послуг»); 2) кредитних установ; 3) страховиків (ст. 2 Закону України «Про страхування»); 4) банків (ст. 2 Закону України «Про банки і банківську діяльність»); 5) товарної біржі (ст. 1 Закону України «Про товарну біржу»); 6) фондової біржі; 7) торговців цінними паперами (ст. 16, 26 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок»); 8) кредитних спілок (ст. 1 Закону України «Про

¹ Аналогічні положення, наприклад, закріплені у ст. 51 ЦК Швейцарії, за якою юридичні особи можуть набувати всі права і приймати будь-які зобов'язання, за виключенням тих, для виникнення яких необхідною передумовою є такі природні якості людини, як стать, вік чи родинність (Див.: Гражданское и торговое право капиталистических государств. 3-е изд., перераб. и доп. Москва: Междунар. отношения, 1993. С. 87).

² Суворов Н. С. Об юридических лицах по римскому праву. Москва: Статут, 2000. С. 98.

кредитні спілки»). Отже, питання правоздатності юридичних осіб врегулюється спірно і не має однозначної відповіді щодо її обсягу¹.

В юридичній літературі висловлені заперечення проти загальної (універсальної) правоздатності усіх юридичних осіб, з необхідністю визнання за юридичною особою спеціальної правоздатності², оскільки для її отримання необхідним є набуття спеціального статусу – її державної реєстрації. Спеціальна правоздатність дає можливість здійснювати лише такі види діяльності і набувати таких прав, які відповідають предмету діяльності цього суб'єкта, що яскраво продемонстровано на прикладі публічних утворень як учасників цивільних відносин, які мають спеціальну цивільну правоздатність, що відповідає меті їх створення³.

Якщо назвати загальною (універсальною) ту правоздатність, якою наділяються фізичні особи, то правоздатність юридичних осіб логічно назвати спеціальною у тому розумінні, що останні можуть бути суб'єктами далеко не всіх тих правовідносин, здатністю участі в яких наділені громадяни (наприклад, сімейні відносини тощо). З іншого боку, існує коло правовідносин, до участі в яких здатні, навпаки, лише юридичні, але не фізичні особи (наприклад, здійснення банківської, страхової діяльності тощо); в цьому сенсі правоздатність юридичних осіб відрізняється від правоздатності фізичних осіб лише об'ємом, але не змістом і, як наслідок, також може бути названа загальною. Крім того, спеціальними (цільовими) називаються правоздатність юридичних осіб окремих організаційно-правових форм (непідприємницьких юридичних осіб), а також здатність до участі у правовідносинах у рамках діяльності, що підлягає ліцензуванню. Тобто справа полягає не у назві

¹ Цивільний кодекс України: наук.-практ. коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, М-ва юстиції, науковців, фахівців). Т. 3: Юридична особа / за ред. І. В. Спасибо-Фатєєвої. Харків: ФО-П Колісник А. А., 2010. С. 91–93.

² Белов В. А. Гражданское право. Общая часть. Т. II. Лица, блага, факты: учебник. Москва: Юрайт, 2011. С. 152; Гражданское право: учеб. в 2 т. Т. 1 / отв. ред. Е. А. Суханов. 2-е изд., перераб. и доп. Москва: БЕК, 1998. С. 189; Суб'єкти цивільного права / за заг. ред. Я. М. Шевченко. Харків: Харків юридичний, 2009. С. 205; Тарасов И. Т. Учение об акционерных компаниях. Москва: Статут, 2000. С. 89; Цивільне право України: підруч.: у 2 т. Т. 1 / за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. Київ: Юрінком Інтер, 2004. С. 129–130.

³ Наприклад, спеціальною (або виключною) правоздатністю наділені державні (публічні) корпорації у США та Великій Британії (які відносять до так званих квазіпублічних юридичних осіб). Так, укладені ними угоди, що виходять за межі спеціальної правоздатності, вважаються нікчемними (Див.: Козлова Н. В. Понятие и сущность юридического лица: Очерки истории и теории: учеб. пособие / науч. ред. В. С. Ем. Москва: Статут, 2003. С. 206).

правоздатності юридичної особи загальної чи спеціальної, а у її об'ємі, з одного боку, і у підставах динаміки – з іншого¹.

В ринкових умовах застосування принципу спеціальної правоздатності не відповідає умовам підприємницької діяльності². Як же тоді визначати правоздатність непідприємницьких юридичних осіб приватного права? Тобто, чи свідчить це про те, що всі без винятку юридичні особи приватного права повинні мати загальну (універсальну) правоздатність? Фахівці на це питання дають негативну відповідь. Така позиція ґрунтується на тому, що, по-перше, існують підприємницькі товариства, які займаються винятковими видами підприємницької діяльності (наприклад, страховою тощо) і не можуть займатися ніякими іншими видами діяльності, тобто правоздатність у них залишається спеціальною³. По-друге, непідприємницькі юридичні особи, в т. ч. непідприємницькі товариства і установи, створюються для досягнення певної мети, значить надання їм загальної (універсальної) правоздатності не узгоджується з цільовим характером їх діяльності. Зокрема, релігійні організації мають спеціальну правоздатність, що пов'язана з метою їх діяльності, тобто із задоволенням релігійних та інших, пов'язаних із ними, потреб. Виходячи з цього, вказані юридичні особи повинні мати спеціальну (цільову) правоздатність⁴. Отже, питання визнання за юридичною особою загальної (універсальної) або спеціальної правоздатності в рамках цивільно-правової доктрини залишається відкритим.

Не поставлена крапка в правовій доктрині й щодо *дієздатності юридичної особи*. Так, прихильники теорії фікції піддають сумніву наявність у юридичної особи реальної волі, і, як наслідок, її дієздатність, яка тісно пов'язана з волею. Натомість, прихильники теорії реального суб'єкта вважають, що юридична особа сама формує і виражає свою волю назовні.

Загалом волю в її біологічному, психологічному розумінні може мати лише людина, але не юридична особа, що має штучну природу. Поняття «воля юридичної особи» є явищем виключно правовим, як і сама категорія юридичної особи. Не можна ігнорувати той факт, що у діяльності такої особи

¹ Белов В. А. Гражданское право. Общая часть. Т. II. Лица, блага, факты: учебник. Москва: Урайт, 2011. С. 152–153, 159.

² Цивільне право: підруч.: у 2 т. Т. 1 / за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. Харків: Право, 2011. С. 159.

³ Пропонується називати правоздатність, яку можуть мати підприємницькі організації відповідно до спеціального закону, виключним видом діяльності, «виключною правоздатністю» (Див.: Слугин А. А. Гражданская правосубъектность юридических лиц: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03; Акад. права и упр. М-ва юстиции Рос. Федерации. Рязань, 2003. С. 18).

⁴ Цивільне право: підруч.: у 2 т. Т. 1 / за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. Харків: Право, 2011. С. 159–160.

має брати участь хоча б одна людина. Волю мають люди, здатні впливати на діяльність юридичної особи. У результаті саме воля цих людей перетворюється власне у волю юридичної особи¹. Єдність поведінки цієї групи людей є наслідком спільних для них умов матеріального і духовного життя, визначається загальною метою, поставленою перед ними державою, тощо². Звідси, будучи волездатним суб'єктом, юридична особа має дієздатність³.

У доктрині права розрізняють загальну, спеціальну та перманентну дієздатність юридичних осіб. Конструкція першої розвинута на фоні загальної правоздатності, конструкція другої – спеціальної правоздатності, третьої – будується на тому, що дієздатність юридичної особи, особливо підприємницької, є непостійною і залежить від наявних та чинних дозволів. Чим їх більше, тим більшою є дієздатність, якщо ж дозвольні документи втрачають свою чинність чи призупиняються, то відповідно і дієздатність юридичної особи зменшується. Крім того, для державних установ слід розрізняти законну дієздатність – вписані законом правові можливості та порядок реалізації закріплених законом за державною установою чи органом місцевого самоврядування можливих суб'єктивних прав та юридичних обов'язків⁴.

За ст. 92 ЦК України юридична особа набуває цивільних прав та обов'язків і здійснює їх через свої органи, які діють відповідно до установчих документів та закону. У випадках, встановлених законом, юридична особа може набувати цивільних прав та обов'язків і здійснювати їх через своїх учасників. Переважна частина цивілістів дії органів юридичної особи або її представників у відносинах із третіми особами розглядають як дії самої юридичної особи⁵. Отже, принцип «дії органу управління – дії юридичної особи» є перманентно притаманним для сучасної теорії і практики, не маючи жодних достатніх аргументів для його спростування (крім застереження про можливість реалізації юридичною особою своєї правосуб'єктності за допомогою інституту представництва⁶).

¹ Козлова Н. В. Правосубъектность юридического лица. Москва: Статут, 2005. С. 34.

² Братусь С. Н. Юридические лица в советском гражданском праве (понятие, виды, государственные юридические лица). Москва: Юрид. изд-во МЮ СССР, 1947. С. 46.

³ Гражданское право: учеб.: в 2 т. Т. 1 / отв. ред. Е. А. Суханов. 2-е изд., перераб. и доп. Москва: БЕК, 1998. С. 189.

⁴ Цивільне право України: курс лекцій: у 6 т. Т. 1 / за ред. Р. Б. Шишки та В. А. Кройтора. Вид. 2-ге, виправ. та допов. Харків: Еспада, 2008. С. 343.

⁵ Цивільний кодекс України: наук.-практ. коментар / за ред. розробників проекту Цивільного кодексу України. Київ: Істина, 2004. С. 75; Цивільне право України. Загальна частина: підруч. / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, Р. А. Майданіка. 3-тє вид., перероб. і допов. Київ: Юрінком Інтер, 2010. С. 315.

⁶ Більш детально див.: Давидюк Т. В. Правове регулювання представництва у корпоративних відносинах: цивільно-правовий аспект: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03;

Особа-виконавець функцій органа юридичної особи може і має визнаватися носієм особливої цивільної корпоративної правоздатності або компетенції – системи здатностей діяти від імені і за рахунок юридичної особи. Збитки, завдані ним юридичній особі у процесі здійснення таких здатностей, підлягають відшкодуванню¹. По суті, орган юридичної особи – це юридична конструкція, що створюється правом з метою дати можливість сформулювати і виразити її волю та відстоювати її інтереси. Цивілістична доктрина виходить з догми про те, що між юридичною особою та її органом правові відносини не виникають (дії такого органу – дії самої юридичної особи). Орган юридичної особи – це законний представник юридичної особи, оскільки його повноваження базуються на вказівках закону і можуть здійснюватися без довіреності. Тому його пропонують визнавати інституціонально-функціональним представником юридичної особи².

Однак законодавець випускає один досить істотний момент – ст. 92 ЦК України не враховує випадків здійснення цивільної дієздатності третіми особами (компаніями з управління активами) або ліквідаторами, керуючими санацією тощо. Тому пропонується доповнення ч. 2 ст. 92 ЦК України положенням, за яким у випадках, встановлених законом, юридична особа може набувати цивільних прав та обов'язків і здійснювати їх через своїх учасників або інших юридичних чи фізичних осіб³.

Загалом можна відзначити, що право- та дієздатність юридичних осіб приватного і публічного права є різною. Оскільки для набуття дієздатності перших потрібні дозволи, то вона виникає в момент отримання таких дозволів і припиняється в разі припинення їх дії. Отже, їх дієздатність є перманентною і може то розширюватися, то звужуватися. Навпаки, дієздатність юридичних осіб публічного права визначена безпосередньо законом і виникає у момент їх створення (наприклад, права органів прокуратури, передбачені Законом України «Про прокуратуру»)⁴.

Правоздатність і дієздатність юридичної особи виникають одночасно, у момент виникнення самої юридичної особи. Дійсно, за законодавством Украї-

Харків. нац. ун-т внутр. справ, 2017; Зеліско А. В. Підприємницькі юридичні особи приватного права як суб'єкти цивільних відносин: монографія. Івано-Франківськ: Прикарпат. нац. ун-т ім. Василя Стефаника, 2016. С. 141.

¹ Белов В. А. Гражданское право. Общая часть. Т. II. Лица, блага, факты: учебник. Москва: Юрайт, 2011. С. 155.

² Цивільне право: підруч.: у 2 т. Т. 1 / за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. Харків: Право, 2011. С. 161.

³ Суб'єкти цивільного права / за заг. ред. Я. М. Шевченко. Харків: Харків юридичний, 2009. С. 230.

⁴ Цивільне право України: Курс лекцій: у 6 т. Т. 1 / за ред. Р. Б. Шишки та В. А. Кройтора. Вид. 2-ге, виправ. та доп. Харків: Еспада, 2008. С. 344.

ни юридичні особи набувають свою правоздатність і дієздатність одночасно, в момент державної реєстрації. Так, цивільна правоздатність юридичної особи виникає з моменту її створення і припиняється з дня внесення до єдиного державного реєстру запису про її припинення (ч. 4 ст. 91 ЦК України). Водночас у науковій літературі має місце думка, за якою правоздатність і дієздатність виникають не одночасно¹. Основу такого твердження складає теза про те, що дієздатність юридичної особи може змінюватися лише керівним органом, тому момент її виникнення визначається моментом створення її виконавчого органу. Для таких тверджень є підстави, пов'язані з досвідом іноземних держав (наприклад, ст. 54 Швейцарського цивільного кодексу, встановлено, що юридична особа є дієздатною з моменту створення нею органів, які виражають її волю відповідно до закону чи статуту²).

З моменту державної реєстрації у юридичної особи виникає правоздатність та, умовно висловлюючись, «неповна дієздатність» юридичної особи. Набуття ж повної дієздатності пов'язується із виконанням законодавчих вимог подальшої легалізації у передбачених законом сферах діяльності. Отже, стверджує А. В. Зеліско, неповною дієздатністю юридичної особи є обмежена законодавчими вимогами щодо легалізації діяльності її можливість набувати своїми діями права та створювати цивільні обов'язки. Неповна дієздатність є іманентно притаманною для підприємницьких юридичних осіб приватного права із виключною правоздатністю, а також є характерною для тих юридичних осіб, які здійснюють види діяльності, що потребують ліцензування³.

Юридична особа сама є право- та дієздатною, що визнається законом. Вступаючи у правовідносини як самостійний суб'єкт, така особа реалізує свою правосуб'єктність, виражаючи власну волю, набуває і здійснює речові, корпоративні й інші права та обов'язки, несе самостійну майнову відповідальність за власні дії. Однак наведене твердження викликає низку питань: 1) що є волею такої юридичної особи і як вона її реалізує без субстрату фізичної особистості; 2) чи може юридична особа «реально» самостійно, без фізичних осіб – посадових осіб її органів, виразити власну волю, набути й здійснити власні права? Відповіді на ці та безліч інших окреслених питань щодо проблематики конструкції «юридичної особи», її ознак, а також цивільної правосуб'єктності

¹ Соловійова Л. Виникнення правосуб'єктності підприємств: деякі питання. *Право України*. 2002. № 7. С. 38.

² Гражданское и торговое право зарубежных государств: в 2 т. Т. 1 / под ред. Е. А. Васильева, А. С. Комарова. Изд. 4-е, перераб. и доп. Москва: Междунар. отношения, 2008. С. 145.

³ Зеліско А. В. Підприємницькі юридичні особи приватного права як суб'єкти цивільних відносин: монографія. Івано-Франківськ: Прикарпат. нац. ун-т ім. Василя Стефаника, 2016. С. 146.

юридичної особи ще мають бути віднайдені і не лише на законодавчому рівні, але, напевне, у першу чергу, в цивілістичній доктрині.

Ю. М. Жорнокуй

§ 7. Проблема систематизації юридичних осіб.

Юридичні особи приватного права та юридичні особи публічного права. Правова природа установчих документів юридичної особи

Цивіліст, який ставить перед собою завдання класифікації юридичних осіб, має керуватися тим, що її критерієм обов'язково є будь-який фактор, що має цивільно-правове значення. Так, організаційно-правова форма визначає особливості внутрішньої організації діяльності юридичних осіб; спосіб відокремлення їх майна від майна своїх засновників – зміст і юридичну природу відносин між ними; нарешті, класифікація організацій на підприємницькі та непідприємницькі – межі їх цивільної правоздатності.

Слід підкреслити, що легалізовані в деяких країнах види юридичних осіб мають різний характер діяльності та організаційну структуру. Разом із тим усіх їх можна поділити на дві групи, які є принципово відмінними. Найбільш загальною, хоча як зазначається досить невдалою в цивільно-правовому відношенні¹, класифікацією юридичних осіб є їх поділ на дві великі групи:

1) юридичні особи публічного права та 2) юридичні особи приватного права. Зважимо, що такий поділ відбувається не лише на теоретичному рівні, але й зумовлений нормами законодавства (наприклад, за німецьким та французьким законодавством усі юридичні особи поділяються на публічні та приватні²).

Юридична особа є приватноправовою конструкцією, що використовується у межах цивільного обороту. Якщо ЦК України є кодексом приватного права, то логічно у ньому врегульовуються юридичні особи приватного права³. Звідси, оскільки юридичні особи не можуть належати публічному праву як системі норм, але можуть підпорядковуватися їй, то, напевно, так і варто розуміти цей термін. При цьому названі особи не можуть бути виключені з-під дії норм приватного права, в іншому разі взагалі не варто говорити про них у цивільному законодавстві, оскільки вони беруть участь у цивільних відносинах, а на їх діяльність у рамках таких відносин поширюються загальні принципи цивільного права (рівність, вільне волевиявлення, диспозитивність тощо).

¹ Белов В. А. Гражданское право. Общая часть. Т. II. Лица, блага, факты: учебник. Москва: Юрайт, 2011. С. 159.

² Цивільне право України. Загальна частина: підруч. / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, Р. А. Майданика. 3-тє вид., перероб. і допов. Київ: Юрінком Інтер, 2010. С. 337.

³ Спасибо-Фатєєва І. В. Цивілістика: на шляху формування доктрин: вибр. наук. пр. Харків: Золоті сторінки, 2012. С. 250.

Виділення юридичних осіб публічного права у рамках цивільних відносин критикується¹. У протиположності вказаному підтримується сама ідея включення таких осіб у систему суб'єктів цивільного права. Головним аргументом цього є твердження, що їм надана можливість самостійної та повноцінної участі у цивільних відносинах, що дозволяє забезпечити їх потреби у зв'язку з виконанням публічних функцій (укладення договорів, користування майном тощо)².

Відповідно до ст. 81 ЦК України юридичні особи залежно від порядку їх створення поділяються на юридичні особи приватного та публічного права. Звернемо увагу на те, що якщо справа була б лише у порядку створення юридичних осіб публічного права, то їх правове становище мало бути таким самим, як і у юридичних осіб приватного права. Мова йде про створення товариств чи установ, як це передбачено для останніх з відмінністю лише у порядку такого створення. Отже, має місце неузгодженість між критерієм класифікації та виділенням на підставі нього юридичних осіб публічного права як «альтернативи» юридичним особам приватного права. Зокрема, розробниками ЦК України стверджується, що критерієм такого поділу є природа акту, на підставі якого виникає організація³. У протиположності цьому пропонується таким критерієм визнавати поділ права на публічне та приватне⁴, тип правосуб'єктності та функції⁵, функціональне призначення і характер здійснюваної діяльності⁶, мету створення та інституційну і організаційну залежність цієї

¹ Більш детально див: Жорнокуй Ю. М. Проблемні питання застосування конструкції «юридична особа публічного права». *Право та інновації*. 2016. № 4. С. 41–48.

² Кузнецова Н. С., Довгерт А. С. Институт юридического лица в гражданском кодексе Украины. *Альманах цивилистики*: сб. ст. Вып. 5 / под ред. Р. А. Майданика. Київ: Алерта, 2012. С. 175; Романовская О. Юридические лица публичного права. *Публичное право*. 2013. № 2. С. 257; Чиркин В. Е. Необходимо ли понятие юридического лица публичного права? *Государство и право*. 2006. № 5. С. 26.

³ Кузнецова Н. С., Довгерт А. С. Институт юридического лица в гражданском кодексе Украины. *Альманах цивилистики*: сб. ст. Вып. 5 / под ред. Р. А. Майданика. Київ: Алерта, 2012. С. 177.

⁴ Цивільний кодекс України: наук.-практ. коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, М-ва юстиції, науковців, фахівців). Т. 3: Юридична особа / за ред. І. В. Спасибо-Фатеевої. Харків: ФО-П Колісник А. А., 2010. С. 26; Чантурия Л. Гражданское право и юридические лица публичного права: особенности правового регулирования. URL: <http://www.cac-civillaw.org/publikationen/chanturia.jur.personen.ru.rtf>

⁵ Харитонов Е. О., Саниахметова Н. А. Гражданское право Украины: учебник. 2-е изд. Харьков: ООО «Одиссей», 2005. С. 176.

⁶ Янкова Е. С. О Критерии выделения юридических лиц публичного права. URL: http://www.nbu.gov.ua/old_jrn/Soc_Gum/Pchdu/2012_1/01.pdf.

особи від держави, відповідної територіальної громади чи їх органів¹, інтерес створення² юридичних осіб.

Крім того, щодо обрання у ЦК України критерію для класифікації доцільно вести мову про застосування кількох критеріїв для виокремлення юридичних осіб приватного та публічного права. Наприклад, І. В. Спасибо-Фатєєва виділяє два критерії – право юридичних осіб на майно та *інтерес*³. Натомість О. О. Первомайський вважає, що таких критеріїв має бути чотири – наявність/відсутність у юридичної особи певних владних чи інших функцій, виконання яких має здійснювати (забезпечити здійснення) держава або територіальна громада як первинний суб'єкт місцевого самоврядування; приватний або публічний *інтерес*; організаційна, майнова чи інша підпорядкованість юридичної особи державі чи територіальній громаді; порядок створення юридичної особи⁴.

Отже, звертаємо увагу на інтерес під час створення юридичних осіб. Незважаючи на те, що засновником юридичних осіб публічного права виступає держава в особі певних органів, інтерес при цьому є таким самим, як і при створенні юридичної особи приватного права – інтерес держави, самої юридичної особи, інтерес суспільства. Звідси, юридичні особи публічного права нічим не відрізняються від юридичних осіб приватного права, оскільки діють у т. ч. у власному (приватному) інтересі. Отже, маємо неузгодженість – існування у юридичних осіб публічно-правового статусу та одночасно приватного інтересу.

Такий поділ у жодному разі не відображається на можливості участі юридичних осіб публічного права у цивільних відносинах, оскільки відповідно до ст. 82 ЦК України на останніх поширюються положення цього Кодексу, якщо інше не встановлено законом, тобто, як вже зазначалося, у цивільних відносинах вони прирівнюються до юридичних осіб приватного права. Таким чином, забезпечується єдність регулювання цивільно-правових відносин незалежно від того, хто є їх учасниками.

Відмінностями юридичних осіб публічного та приватного права є:

¹ Сабодаш Р. Б. Очерк о юридических лицах публичного права: некоторые теоретико-правовые проблемы. *Альманах цивилистики*: сб. ст. Вып. 3 / под ред. Р. А. Майданика. Київ: Алерта, 2010. С. 183–185.

² Борисова В. І. До проблеми участі публічних юридичних осіб у цивільних правовідносинах. *Трансформація відносин власності в Україні: організаційно-правові та економічні проблеми*: матеріали міжнар. наук.-практ. конф. Одеса: Астропринт, 2003. С. 7–8.

³ Спасибо-Фатєєва І. В. Цивілістика: на шляху формування доктрин: вибр. наук. пр. Харків: Золоті сторінки, 2012. С. 251–252.

⁴ Первомайський О. О. Юридична особа публічного права: проблеми визначення поняття. *Приватне право і підприємництво*. зб. наук. пр. Київ: Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва НАПрН України, 2013. Вип. 12. С. 91.

а) юридична особа публічного права створюється розпорядчим актом Президента України, органу державної влади, органу влади АРК, органу місцевого самоврядування (абз. 3 ч. 2 ст. 81 ЦК України). Створення ж юридичної особи приватного права передбачає розробку та затвердження її установчих документів (ст. 87 ЦК України). При цьому в ч. 3 ст. 81 ЦК України прямо зазначається, що цим Кодексом встановлюється порядок створення юридичних осіб приватного права, у той час як юридичні особи публічного права створюються на підставі Конституції України та закону. Отже, юридична особа публічного права не може бути створена відповідно до положень ЦК України (ст. 87, 88 ЦК України);

б) правоздатність юридичних осіб приватного права, як правило, є загальною, а юридичних осіб публічного права – спеціальною. Державний установчий акт має завжди містити мету створення юридичної особи та наділяти її для досягнення цієї мети відповідною правоздатністю. Статус юридичної особи публічного права існує для того, щоб надати окремим суб'єктам публічного права можливість брати участь у майнових відносинах, врегульованих цивільним правом. Органам держави статус юридичної особи потрібен не лише для участі у приватних відносинах, але й для виконання дій з метою набуття державою цивільних прав та обов'язків (наприклад, набуття корпоративних прав під час створення корпорацій). У більшості випадків правоздатність юридичних осіб публічного права визначається законами про них (наприклад, Закон України «Про Національний банк України»);

в) якщо здійснення окремих видів діяльності для юридичних осіб приватного права є правом, то для юридичних осіб публічного права – може становити обов'язок, оскільки останні створюються для здійснення певних державних функцій і завдань (наприклад, здійснення фінансово-кредитної політики з боку Національного банку України);

г) в окремих випадках законодавством юридичним особам публічного права надається право на прийняття обов'язкових до виконання іншими особами нормативних актів, чого а рїогї не можуть мати юридичні особи приватного права (наприклад, рішення Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку);

д) відмінним є також і правовий режим майна юридичних осіб публічного та приватного права. Як правило, перші не є власниками майна, воно передається їм у користування для здійснення передбаченої законом або установчим актом діяльності (наприклад, державні навчальні заклади);

е) особливий статус юридичних осіб публічного права проявляється у тому, що за загальним правилом спори за їх участю вирішують адміністративні суди або інші компетентні державні органи, але якщо вони виступають за межами адміністративної сфери, тобто беруть участь у цивільному обороті,

на них поширюється дія цивільного права, а відповідні спори розглядають звичайні цивільні суди.

Отже, публічний статус визначається нормами публічного, а не цивільного права. Навіть, якщо перше і надає регулювання таким суб'єктам як міністерства та відомства, це ніяк не стосується їх правового становища як юридичних осіб публічного права.

Прихильники концепції існування юридичних осіб публічного права головним завданням цивільного права вважають визнання таких осіб суб'єктами цивільного права та надання їм прав, якими користуються юридичні особи приватного права. Якщо визнавати за юридичними особами публічного права такі самі права, що 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. Якщо ж говорити, що у цивільних відносинах юридичні особи публічного права мають такі самі права, як і юридичні особи приватного права, то слушно виникає питання щодо «рівності» таких осіб. Яскравим прикладом цього є «рівність» учасників корпоративних відносин, де товариства, в яких держава має частку (акції), обов'язково розподіляють прибуток, що суперечить загальним корпоративним засадам про прийняття такого рішення загальними зборами.

Отже, незважаючи на складність і неоднозначність цивільних відносин за участю юридичних осіб публічного права, сучасним українським законодавством не врегульовані її особливості з передбаченням певних засобів та гарантій прав приватної особи у цих відносинах. Вважаємо, що у цивільному праві мають залишитися лише ті організаційно-правові форми юридичних осіб, які можуть бути створені приватними особами. Це, звичайно, не виключає можливості участі юридичних осіб публічного права у створенні юридичних осіб приватного права, таких як АТ чи ТОВ. Проте у цьому випадку держава і її органи будуть брати участь як приватні особи, повністю відповідаючи принципу цивільного права про рівність їх участі у приватних відносинах.

Вирішення всіх вказаних проблем статусу конкретного виду юридичних осіб у дійсності виходить за рамки цивільного права і 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 їх правове становище, у т. ч. наділення 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 осіб, правове становище яких забезпечується цивільно-правовим регулюванням. З метою попередження небезпеки знецінення

цивільного права воно має обмежувати себе правовим регулюванням лише тих юридичних осіб, створення яких дозволено приватним особам і державі, якщо вона виступає як приватна особа.

Значна популярність ідеї юридичної особи публічного права не має чіткості у своєму розумінні, яким чином вона діє, яким правом на майно володіє, який її статус та відповідальність за свою діяльність. Визначення такої особи як суб'єкта правових зв'язків, що вже запропоновані до обговорення, не є досконалими. Як наслідок, це не дозволяє ідентифікувати всі види юридичних осіб публічного права.

Проте не лише видова гама юридичних осіб чітко не визначена ні правовою доктриною, ні законодавцем. Багато знаків питань стоять щодо з'ясування правової природи *установчих документів юридичних осіб*, що викликано, на нашу думку, відсутністю єдиної позиції: по-перше, щодо визначення організаційно-правових форм юридичних осіб; по-друге, видів таких осіб; по-третє, розмежування понять «установчий» та «засновницький» документ; по-четверте, безпосередньо вже самих документів, на підставі яких має діяти юридична особа.

Законодавче регулювання установчих документів юридичних осіб передбачено значним масивом нормативних актів, серед яких ЦК України, Закони України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань», «Про господарські товариства», «Про акціонерні товариства», «Про громадські об'єднання», «Про політичні партії в Україні» тощо. У кожному з них йдеться про види установчих документів відповідних юридичних осіб, їх зміст, порядок прийняття та внесення змін до них. Аналіз вказаних законодавчих актів свідчить про відсутність єдності у підході до питань регулювання установчих документів різних юридичних осіб. Звичайно, тотожності в цьому питанні бути не може через суттєві відмінності між різними видами юридичних осіб. Проте є аспекти, що мають бути врегульовані універсально.

Статут є установчим документом господарських товариств, кооперативів, громадських об'єднань, які мають структуру корпоративного управління у вигляді системи органів. Тому для цих юридичних осіб найважливішим є визначення порядку створення та повноважень таких органів, прийняття ними рішень та здійснення своїх повноважень.

Правова природа статуту вже тривалий час викликає спори, законодавець України щодо цього питання обмежується лише вказівкою, що він є установчим документом. У наш час це питання представлено двома основними теоріями, за першою – статут – це *нормативний акт локального характеру*, що визначає правове становище юридичної особи та регулює відносини між

учасниками і самою юридичною особою¹; відповідно до другої – статут – це односторонній (якщо юридична особа створена одним засновником) або багатосторонній (за наявності двох і більше засновників) *корпоративний правочин*, який не визнається договором².

Статут не може становити собою правочин, оскільки визначає і правове становище створюваної юридичної особи, об'єм її правоздатності, регламентує діяльність і взаємовідносини між органами юридичної особи. Вказані особливості суперечать самій природі правочину, закріпленій у ч. 1 ст. 202 ЦК України, оскільки можна вчинити дії, спрямовані на затвердження статуту, проте сам статут не може бути визнано дією. Зважимо, що статут – акт, що становить основу будь-якої юридичної особи. Таку ж позицію займає ВС України в п. 14 Постанови Пленуму від 24.10.2008 р. № 13 «Про практику розгляду судами корпоративних спорів» виходячи з того, що статут є *актом*, оскільки містить норми, обов'язкові для її учасників та посадових осіб. У свою чергу, Конституційний Суд України ще більше деталізує правову природу статуту, вказуючи, що він є *локальним правовим актом*, обов'язковим для дотримання та виконання всіма учасниками³. В юридичній літературі саме таке бачення статуту є поширеним.

Варто погодитися з тим, що затверджений засновниками статут жодних цивільних прав, а тим більше обов'язків для осіб, які вчинили дії з його прийняття, не породжує. Статут є «основним законом» перш за все для юридичної особи⁴. Для визнання статуту договором відсутні достатні аргументи, оскільки: а) не у всіх юридичних особах передбачена численна кількість учасників (наприклад, товариства однієї особи), щоб зумовлювало необхідність домовленості двох чи кількох осіб; б) не можна поширювати на статuti одних осіб природу договору, а на статuti інших – інший їх правовий характер; в) прийняття рішень з питань корпоративного управління здійснюється не на договірних, а на корпоративних засадах.

За своїм змістом статут є корпоративним актом, досить близьким до нормативного акта, що має локальний характер (поширює дію не певне коло осіб). Той факт, що цивільне законодавство не знає такої підстави виникнення цивільних прав, як локальний нормативний акт, не змінює сенсу статуту⁵.

¹ Ломакин Д. В. Акционерное правоотношение. Москва: Спарк, 1997. С. 21.

² Козлова Н. В. Правосубъектность юридического лица. Москва: Статут, 2005. С. 254.

³ Рішення Конституційного суду України у справі за конституційним зверненням ТОВ «Ліхтнер Бетон Львів» щодо офіційного тлумачення положень частини четвертої статті 58, частини першої статті 64 Закону України «Про господарські товариства»: справа № 1–3/2013 від 5 лютого 2013 р. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-13>.

⁴ Гражданское право: актуальные проблемы теории и практики / под общ. ред. В. А. Белова. Москва: Юрайт-Издат, 2008. С. 289.

⁵ Там само. С. 290–291.

Проте ототожнювати поняття статуту і корпоративного нормативного акта немає підстав. Навпаки, статут можна розцінювати як локальний нормативний акт, що регулює відносини всередині будь-якої юридичної особи, яка має його як установчий документ¹.

Висловлювалось й бачення статуту як акта піднормативного регулювання («локальний припис»)², як локального правового акта нормативного та індивідуального характеру й одночасно як приватного акта та юридичного факту цивільного права³. Зрозуміло, що такі твердження є пошуками відповіді на питання про те, яким же саме актом є статут. Очевидно, що він відрізняється від таких статутів, які, безсумнівно, є нормативно-правовими актами (наприклад, Статут залізниць України тощо).

Засновницький договір. За ЦК України існують два види засновницького договору – той, що є установчим документом, і той, що таким не є⁴. Засновницький договір є установчим документом повних та командитних товариств (ст. 120, 134 ЦК України). Засновницький договір АТ (ст. 9 Закону України «Про акціонерні товариства») та ТОВ і ТДВ (ст. 142 ЦК України), які, щоправда, так не називаються в законах, але по суті є договорами між засновниками не є установчими документами таких господарських товариств.

Зміст засновницького договору повного та командитного товариств як установчого документу принципово відрізняється від статуту інших юридичних осіб, що діють на його підставі. У засновницькому договорі має міститися те, яким чином приймаються рішення учасниками з приводу управління товариством – одноголосно чи більшістю голосів, за яким принципом відбувається голосування, як і хто представляє товариства у правовідносинах з третіми особами та інші питання, що перетинаються з корпоративним управлінням. Тобто в цих питаннях існує схожість змісту засновницького договору та статуту.

Засновницький договір є необхідним в юридичних особах, які не повністю організаційно відокремлені від своїх учасників; точніше, в особах,

¹ Бровченко Т. І. Установчі документи юридичних осіб за законодавством України: монографія. Харків: Право. С. 118, 120.

² Сирота Е. Г. Акты поднормативного регулирования корпоративных отношений в хозяйственных обществах: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03; Урал. гос. юрид. акад. Екатеринбург, 2004. С. 5.

³ Кочергіна В. Статут юридичної особи як правовий акт і підстава виникнення цивільних прав: актуальні питання теорії і практики. *Юридична Україна*. 2012. № 1. С. 47–50.

⁴ Більш детально див.: Жорнокуй Ю. М. Договори про створення корпорації. *Вісник національної академії правових наук України*. 2017. № 1. С. 130–139; Жорнокуй Ю. М. Окремі питання договорів по реорганізації юридичної особи. *Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ*. 2016. № 3. С. 195–204.

учасники яких знаходяться у правовідносинах з приводу їх організації та діяльності не лише з самими юридичними особами, але й один з одним¹.

Складається непроста ситуація: засновницький договір укладається з одного моменту, породжує одні правовідносини – зобов'язальні, а стає установчим документом – з іншого та породжує інші правовідносини – корпоративні. Іншими словами, маємо його певну трансформацію. Разом з тим, якщо повне або командитне товариство зареєстроване, то засновницький договір не перестає бути договором, а відтак, як договір-правовідносини не може втрачатися їх зобов'язальна природа². Звідси й різні шляхи вирішення проблемних питань: по-перше, визнати, що між учасниками (акціонерами) існують не лише корпоративні, але й зобов'язальні відносини, що встановлюються установчим документом, по-друге, відмовитися від засновницького договору як установчого документу.

Відповідно до ст. 142 ЦК України засновницький договір – це договір про заснування товариства, а відповідно до ст. 153 ЦК України – договір про створення АТ. Причому і в першому, і в другому випадках немає зрозумілості з назвою цього договору, оскільки абз. 1 ч. 2 ст. 153 ЦК України закріплює категорію «договір», натомість абз. 3 цієї ж частини вказує на «договір про створення АТ». Аналогічно у назві ст. 142 ЦК України зазначається договір про заснування ТОВ, а у ч. 1 – просто договір.

За ч. 2 ст. 153 ЦК України, якщо АТ створюється кількома особами, вони укладають між собою договір, який визначає порядок здійснення ними спільної діяльності про створення товариства. Зміст статті дозволяє стверджувати про укладення такого договору в кожному випадку створення АТ. Концепція застосування такого договору, як бачимо, істотно відмінна від ТОВ. Крім того, звертає на себе увагу термінологічна неоднозначність: договір про заснування ТОВ (ст. 152 ЦК України), договір, який визначає порядок здійснення ними спільної діяльності щодо створення АТ (ч. 2 ст. 153 ЦК України).

Зміст ст. 9 Закону України «Про акціонерні товариства» дає можливість зробити два висновки про її невідповідність ЦК України щодо АТ. По-перше, інша термінологія, оскільки такий договір називається вже засновницьким. А. В. Зеліско вважає, що саме такий термін повністю відображає його правову природу. І саме його застосування має знаходитись в основі подальшої термінологічної легальної уніфікації такого роду договорів. По-друге, ст. 9 вже вказує на те, що засновниками «може укладатися» засновницький договір, а не

¹ Белов В. А. Гражданское право. Общая часть. Т. II. Лица, блага, факты: учебник. Москва: Юрайт, 2011. С. 140.

² Бровченко Т. І. Установчі документи юридичних осіб за законодавством України: монографія. Харків: Право. С. 145.

«засновники укладають договір при заснуванні АТ». Тобто підкреслюється необов'язковість укладення цього договору¹.

Варто погодитися з Т. І. Бровченко, на думку якої, якщо навіть припустити, що законодавець відійшов від термінології «установчий договір» і запровадив новий термін «засновницький договір» задля розмежування договору, що укладається між засновниками господарських товариств, але не є його установчим документом, то слід констатувати, що цієї мети йому досягти не вдалося². Сутність засновницького договору полягає у забезпеченні врегулювання відносин між засновниками (організаційні правові зв'язки), які проявляються у вчиненні ними юридичних і фактичних дій, пов'язаних із формуванням майнового правового зв'язку між ними та створюваною юридичною особою.

І. М. Кучеренко аргументувала неможливість визнання засновницького договору єдиним установчим документом юридичних осіб приватного права, оскільки це не відповідає корпоративним засадам існування таких осіб. Саме тому вчена пропонує визнати статут для юридичних осіб приватного права єдиним установчим документом³. Аналогічну позицію займає й В. В. Долинська⁴. Невідповідність засновницького договору як установчого документа юридичної особи зумовлена перш за все тим, що такий договір підписують засновники, виступаючи його сторонами і регулюючи відносини між собою. З моменту ж державної реєстрації юридичної особи з'являється новий суб'єкт правовідносин і виникає потреба регулювання відносин між ним і засновниками, які набули вже статусу учасників такої особи. Очевидно, що засновницький договір у повних і командитних товариствах такого функціонального навантаження виконати не здатен⁵. Варто зазначити, що ВСУ звернув увагу, що засновницькі договори припиняють свою дію після досягнення мети – створення та державної реєстрації товариства (п. 15 Постанови Пленуму ВС України «Про практику розгляду судами корпоративних спорів» від 24.10.2008 р. № 13).

¹ Зеліско А. В. Підприємницькі юридичні особи приватного права як суб'єкти цивільних відносин: монографія. Івано-Франківськ: Прикарпат. нац. ун-т ім. Василя Стефаника, 2016. С. 167.

² Бровченко Т. І. Установчі документи юридичних осіб за законодавством України: монографія. Харків: Право. С. 39.

³ Кучеренко І. М. Організаційно-правові форми юридичних осіб приватного права: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03 / НАН України; Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького. Київ, 2004. С. 7.

⁴ Долинская В. В. Акционерное право: основные положения и тенденции: монография. Москва: Волтерс Клувер, 2006.

⁵ Зеліско А. В. Підприємницькі юридичні особи приватного права як суб'єкти цивільних відносин: монографія. Івано-Франківськ: Прикарпат. нац. ун-т ім. Василя Стефаника, 2016. С. 169.

Нормативно-правове забезпечення *установчого акта* як установчого документу майже відсутнє. Відповідно його зміст може бути сформований практично без приписів законодавства. Найпроблемнішим, за таких обставин, постає питання про те, хто має розробляти цей акт та вносити до нього зміни.

Відповідно до ч. 3 ст. 88 ЦК України установчим документом установи є установчий акт (наприклад, відповідно до ч. 3 ст. 13 та ч. 1 ст. 14 Закону України «Про благодійництво та благодійні організації» благодійна установа діє на підставі установчого акта). Установи практично не регулюються спеціальними законами. У деяких з них, прийнятих до набрання чинності ЦК України, регулювання юридичних осіб як установ приватного права фактично відсутнє – якщо йдеться про установу, то, як правило, публічну. Із цим пов'язано й регулювання установчих документів установ, якими зазвичай названі статuti. Утім в окремих законах, де йдеться про створення відповідних юридичних осіб, що можуть бути віднесені до установ (наприклад, приватних музеїв), вказується на рішення про їх створення (ст. 7 Закону України «Про музеї та музейну справу»). Звичайно, таке рішення приймається при створенні будь-яких юридичних осіб – і товариств, і установ, і ототожнювати це рішення з установчим актом недопустимо. Адже при створенні товариства приймається рішення про це на установчих зборах, що не заважає прийняттю і затвердженню статуту товариства.

Зважимо на те, що склалася ситуація, коли є установи, що діють на підставі установчих актів, а є ті, що діють на підставі статутів. Крім того, установи як юридичні особи публічного права всі діють на підставі статутів або положень. Якщо порівняти правове становище публічних та приватних установ певної сфери діяльності (наприклад, музеїв, їх права та обов'язки щодо своїх фондів тощо), то принципових відмінностей немає. Тому зрозуміти чому, одні з них діють на підставі статутів, а інші – на підставі установчих актів, практично неможливо. Тому вживання як аналога рішення про створення музею та його установчого акта є неправильним¹. Отже, проблеми щодо установчих документів установ існують. Серед них визначаються й установчі акти (ЦК України), і статuti, і положення, і рішення. Тим не менше, якщо вважати ЦК України основним нормативно-правовим актом, що регулює цивільні відносини, то слід виходити з того, що всі установи як юридичні особи приватного права мають один установчий документ – установчий акт.

Варто зазначити, що законодавство України дозволяє стверджувати про існування таких видів установчих документів юридичних осіб: статут, засновницький договір, установчий договір, положення, меморандум, установчий акт. Однак відсутня відповідь на питання: чому законодавець встановлює для

¹ Бровченко Т. І. Установчі документи юридичних осіб за законодавством України: монографія. Харків: Право. С. 166, 168.

одних юридичних осіб один установчий документ (статут), а для других – інший (засновницький (установчий) договір) тощо. Проте й цим не вирішується проблематика питання установчих документів юридичних осіб, оскільки законодавець не виключає випадків, коли юридична особа у встановленому законом порядку може бути створена на підставі одного з вказаних документів (наприклад, відповідно до ст. 134 ЦК України командитне товариство може створюватися або на підставі засновницького договору, або меморандуму).

В. Г. Жорнокуй

§ 8. Публічно-правові утворення як учасники цивільних відносин.

Держава Україна, Автономна Республіка Крим, територіальні громади як учасники цивільних правовідносин. Цивільна правосуб'єктність держави

Особам, які вивчають цивільне право, варто пам'ятати, що виконання соціальних функцій публічно-правовими утвореннями досягається у ході використання ними не лише своїх публічно-владних можливостей, але й визнання за ними цивільним законодавством здатності до участі у приватних відносинах – цивільної правоздатності.

Незважаючи на те, що держава Україна, АРК, територіальні громади є суб'єктами публічного права, їх участь у цивільних відносинах має відбуватися з урахуванням ознак цих відносин, визначених у ч. 1 ст. 1 ЦК України, а саме: юридичної рівності, вільного волевиявлення та майнової самостійності їх учасників. 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, законодавець знаходить їм для участі у цих відносинах заміну, застосувавши відому цивільному законодавству модель представництва. Вказані учасники цивільних відносин не визначені законодавством України як юридичні особи публічного права, утім, «штучний» характер їх походження дозволяє прирівняти їх участь у цивільних відносинах до участі юридичних осіб¹. Отже, ЦК України відокремив публічні утворення від таких суб'єктів цивільних відносин, як фізичні та юридичні особи, хоча і визнав, що публічні утворення діють у цих відносинах на рівних правах з іншими учасниками (користуються тим самим правовим режимом).

¹ Цивільний кодекс України: наук.-практ. коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, М-ва юстиції, науковців, фахівців). Т. 1: Загальні положення / за ред. І. В. Спасиво-Фатєєвої. Харків: ФО-П Колісник А. А., 2010. С. 301, 307; Цивільне право: підруч.: у 2 т. Т. 1 / за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасиво-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. Харків: Право, 2011. С. 208–209.

Таке формулювання, підкреслюючи безумовне застосування юридичної рівності усіх учасників цивільних відносин, тим самим ще й досить чітко протиставило публічно-правові утворення іншим особам¹ – не лише фізичним, але і юридичним. Юридичні особи – це одне, а публічно-правові утворення – зовсім інше, незважаючи на те що і одні, й інші знаходяться в одному і тому ж цивільно-правовому становищі. Отже, на думку В. А. Белова, сучасне законодавство продовжує традицію, яка була сформована ще у радянський час, – традицію вивчення публічно-правових утворень як особливих суб'єктів цивільного права². Цивільно-правова доктрина часів СРСР пояснювала участь публічно-правових утворень у цивільних відносинах двома базовими підходами – публічно-владним³ та господарсько-майновим⁴. Другий підхід, як більш придатний до сучасних умов, все ж таки не повною мірою відповідає сучасним реаліям цивільно-правових зв'язків, оскільки публічно-правові утворення повністю можуть брати участь у приватних відносинах, в яких вони не здатні застосовувати свої публічно-владні якості.

В. А. Белов, застосовуючи правило про «прирівнювання» публічно-правових утворень до приватних осіб, стверджує, що перші є особливого роду соціальні організації, створювані для виконання певних функцій (досягнення певної мети). Як наслідок, публічно-правові утворення повинні мати спеціальну цивільну правоздатність, що означає їх участь у цивільному обороті як непідприємницьких юридичних осіб⁵. Однак наявність у них спеціальної

¹ Термін «особи», який у ч. 1 ст. 2 ЦК України визначено щодо фізичних та юридичних осіб, не має застосовуватися до держави Україна, АРК, територіальних громад, іноземних держав та інших суб'єктів публічного права, які є учасниками цивільних відносин (Див.: Цивільне право України. Загальна частина: підруч. / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, Р. А. Майданика. 3-тє вид., перероб. і допов. Київ: Юрінком Інтер, 2010. С. 455).

² Белов В. А. Гражданское право. Общая часть. Т. II. Лица, блага, факты: учебник. Москва: Юрайт, 2011. С. 200–201.

³ Так, П. Віткявічус стверджував, що оскільки суб'єктом цивільного права є держава як політична організація народу, що підпорядковує цивільну правосуб'єктність виконанню своїх політичних функцій, то і в її цивільно-правовій діяльності обов'язково у тій чи іншій мірі проявляється також її діяльність як організації державної влади (Див.: Віткявічус П. Гражданская правосубъектность Советского государства. Вильнюс: Минтис, 1978. С. 72).

⁴ С. М. Братусь обстоював позицію про те, що оскільки держава не може бути зведена до простої суми її органів, за наявності певних умов вона розглядається законом як безпосередній суб'єкт цивільних правовідносин, тобто як юридична особа (Див.: Братусь С. Н. Юридические лица в советском гражданском праве (понятие, виды, государственные юридические лица). Москва: Юрид. изд-во МЮ СССР, 1947. С. 169).

⁵ У той же час до складу цивільної правоздатності публічно-правових утворень, крім загальних, входять і такі елементи, які юридичним і фізичним особам не притаманні. Так, публічно-правові утворення мають право бути власниками будь-яких речей, у т. ч. вилучених з обороту або обмежених в обороті, причому без дотримання будь-яких умов; можуть займатися будь-якою діяльністю без дотримання вимог про ліцензування, а також

правоздатності дозволяє їм наділяти загальною правосуб'єктністю штучних суб'єктів (себе або інших суб'єктів – юридичних осіб)¹.

Відомо й те, що до публічних утворень численні норми, що регламентують правове становище юридичних осіб, не можуть бути застосовані. До таких норм можна віднести положення про організаційно-правові форми юридичних осіб, про способи їх створення, реорганізацію чи ліквідацію, про зміст та види їх установчих документів, про відносини із засновниками, про їх державну реєстрацію тощо. Такий стан справ, не має вважатися аргументом на користь концепції публічних утворень як особливого роду суб'єктів цивільних правовідносин. Існує й низка юридичних осіб, до яких не можуть бути застосовані всі загальні норми про їх створення, реорганізацію та ліквідацію. Справа лише в тому, що сутність публічно-правових утворень є такою, що або взагалі виключає потребу у прямому і безпосередньому застосуванні відповідних положень законодавства про юридичні особи, або вимагає їх попередньої істотної модифікації «під» публічно-правові утворення².

Серед цивільних правовідносин, в яких беруть участь публічно-правові утворення, слід назвати правовідносини власності, спадкові, зобов'язальні, корпоративні правовідносини тощо. Наприклад, основна відмінність правовідносин публічної власності від правовідносин приватної власності полягає в тому, що об'єкти першої можуть і мають використовуватися виключно за цільовим призначенням – для матеріального забезпечення виконання публічно-правовими утвореннями своїх соціальних функцій. Питання про традиційне використання об'єктів публічної власності «своєю владою і у своєму інтересі» об'єктивно не може виникнути.

Першою правовою формою участі публічних утворень у цивільних відносинах є створення юридичних осіб публічного та приватного права, яку запропоновано умовно позначати як «засновницьку» або «установчу». Другою правовою формою такої участі є участь у діяльності створених публічно-правовими утвореннями юридичних осіб приватного права, яку доцільно термінологічно позначати як «управлінську» або «корпоративну». Обидві ці

здатні набувати майно у власність специфічними способами, у т. ч. шляхом його примусового відчуження, вилучення, націоналізації, реквізиції та конфіскації. Перехід майна публічно-правових утворень у приватну власність також здійснюється за особливими правилами, що утворюють інститут приватизації. Нарешті, саме публічні утворення мають право створювати юридичні особи досить специфічних організаційно-правових форм – унітарні підприємства тощо // Белов В. А. Гражданское право. Общая часть. Т. II. Лица, блага, факты: учебник. Москва: Юрайт, 2011. С. 203–205.

¹ Цивільне право України. Загальна частина : підруч. / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, Р. А. Майданика. 3-тє вид., перероб. і допов. Київ: Юрінком Інтер, 2010. С. 455.

² Белов В. А. Гражданское право. Общая часть. Т. II. Лица, блага, факты: учебник. Москва: Юрайт, 2011. С. 206.

форми передбачають лише опосередкований порядок участі держави Україна, територіальних громад та АРК у цивільних відносинах, тобто лише через юридичних осіб публічного та/або приватного права¹.

Слід звернути увагу, що набуття права публічної влади може вчинятися не лише у загальному цивільному порядку, але й спеціальними, характерними лише для публічно-правових утворень, способами (наприклад, через реквізицію, конфіскацію і націоналізацію). Припинення права публічної власності вчиняється в рамках відносин і процедур приватизації, передбачених спеціальним законодавством.

У літературі немає єдиної точки зору щодо статусу *держави* та її участі у цивільних відносинах, зокрема стверджується, що публічні утворення (до яких належить держава, територіальна громада) є окремим видом суб'єктів цивільних відносин². Натомість за іншим підходом – для участі публічного утворення у цивільних відносинах виникає необхідність отримання ним статусу юридичної особи публічного права³.

Держава є особливим суб'єктом цивільно-правових відносин. До неї не можна застосовувати положення цивільного законодавства про юридичні особи. Держава, з одного боку, є сувереном, який встановлює норми права або які санкціонуються нею, з іншого – учасником цивільних відносин нарівні з іншими суб'єктами права, за винятками, встановленими законом. Водночас до держави не можна застосовувати деякі положення цивільного законодавства, які стосуються інших суб'єктів (наприклад, держава як суб'єкт цивільного права не може припинятися шляхом ліквідації чи реорганізації).

У цивілістиці переважає підхід, за яким держава як учасник цивільних правовідносин має правосуб'єктність, що має універсальний характер⁴. Проте

¹ Цивільний кодекс України: наук.-практ. коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, М-ва юстиції, науковців, фахівців). Т. 1: Загальні положення / за ред. І. В. Спасиво-Фатєєвої. Харків: ФО-П Колісник А. А., 2010. С. 301–302.

² Брагинский М. И. Участие Советского государства в гражданских правоотношениях. Москва: Юрид. лит., 1981. С. 135; Братусь С. Н. Субъекты гражданского права. Москва: Госюриздат, 1950. С. 93; Клименко О. М. Особливості правового становища держави як суб'єкта приватного (цивільного) права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03; Київ. Нац. ун-т ім. Тараса Шевченка, 2006. С. 18.

³ Довгерт А. Концепція та види юридичних осіб у проекті Цивільного кодексу України. *Кодифікація приватного (цивільного) права України*. Київ: Український центр правничих студій, 2000. С. 131–133; Первомайський О. О. Окремі питання участі територіальної громади у цивільних правовідносинах. *Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права*. 2003. № 2. С. 69–71; Пушкин А. А. Советское государство как субъект советского гражданского права. Харьков: ХЮИ, 1965. С. 59–62.

⁴ Однак відповідний підхід не має одностайної підтримки серед цивілістичного співтовариства. Наведену точку зору підтримують М. І. Брагинський та В. В. Вітрянський,

цивільну правоздатність держави неможна розглядати ізольовано від її політичної влади¹. До того ж державі притаманна правотворча функція, а це означає, що вона сама визначає порядок, форми і характер належних їй прав у межах цілей свого існування². Саме для уникнення вказаного протиріччя законодавець у ЦК України сприйняв традиційну теорію держави, і не відніс ні державу, ні інші публічні утворення до юридичних осіб публічного права, визнавши їх самостійними учасниками цивільного обороту. Як результат твердження про те, що правосуб'єктність держави є особливою, та складається з таких елементів, як цивільно-правова правосуб'єктність (правоздатність, дієздатність, деліктоздатність) та адміністративно-правова правосуб'єктність (компетенція). При цьому віднесення до змісту правосуб'єктності держави елементів влади та підпорядкування не має у будь-якому разі ставити під сумнів питання щодо цивільно-правового характеру правосуб'єктності держави, оскільки, вступаючи у приватні відносини, держава не має використовувати свої владні повноваження³.

Держава здійснює свої повноваження у встановлених Конституцією межах і відповідно до законів України. Свою правосуб'єктність вона реалізує через систему органів – насамперед бере участь у відносинах власності та інших речових правовідносинах (наприклад, є суб'єктом цивільних відносин у питаннях набуття права власності на скарб, що є пам'яткою історії та культури (ст. 343 ЦК України) тощо). Держава є суб'єктом зобов'язальних правовідносин: договірних (кредитний договір тощо), недоговірних (обов'язок держави відшкодувати шкоду, завдану каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю внаслідок злочину – ст. 1207 ЦК України). Держава може виступати суб'єктом цивільного права у спадкових відносинах.

Однією з правових форм участі держави у цивільних відносинах є створення юридичних осіб публічного права, а саме: державних підприємств,

ззначаючи, що держава та територіальні утворення наділені загальною правоздатністю (Див.: Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. Москва: Статут, 2001. С. 288). Натомість, Є. О. Суханов визначає правоздатність держави як спеціальну (Див.: Гражданское право: учеб. в 2 т. Т. 1 / отв. ред. Е. А. Суханов. 2-е изд., перераб. и доп. Москва: БЕК, 1998. С. 283). Висловлюється й третя точка зору, за якою правоздатність держави є цільовою, похідною з функції носія публічної влади, яку в інтересах усього суспільства виконує держава (Див.: Гражданское право: учеб. / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. Санкт-Петербург: ТЕИС, 1996. Ч. 1. С. 172).

¹ Виткявичус П. Гражданская правосубъектность Советского государства. Вильнюс: Минтис, 1978. С. 76.

² Цивільне право: підруч.: у 2 т. Т. 1 / за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. Харків: Право, 2011. С. 207.

³ Цивільне право України. Загальна частина: підруч. / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, Р. А. Майданика. 3-тє вид., перероб. і допов. Київ: Юрінком Інтер, 2010. С. 461.

навчальних закладів, закладів охорони здоров'я тощо. Держава може створювати юридичні особи приватного права (підприємницькі товариства тощо), брати участь в їх діяльності на загальних підставах, якщо інше не встановлено законом.

Держава набуває і здійснює цивільні права та обов'язки через свої органи, які мають діяти в межах своїх повноважень, встановлених законом. Маючи власну цивільну право- та дієздатність, органи державної влади як юридичні особи можуть бути учасниками цивільних відносин, діючи або від імені держави Україна (наприклад, дії Фонду державного майна України по відчуженню державного майна), або від власного імені (наприклад, сплата органом державної влади як юридичною особою комунальних послуг).

Цивільне законодавство визначає дві взаємопов'язані умови, за наявності яких фізичні та юридичні особи, органи державної влади, органи влади АРК та органи місцевого самоврядування можуть виступати від імені держави, АРК та територіальних громад, а саме: а) у випадку і в порядку, встановлених законом, іншими нормативно-правовими актами; б) за наявності спеціального доручення (наприклад, відповідно до ст. 11 Закону України «Про цінні папери та фондовий ринок» емітентом казначейських зобов'язань України виступає держава в особі Міністерства фінансів України за дорученням КМ України).

Цивільне законодавство визначає, що держава як самостійний учасник цивільних відносин, як суб'єкт цивільного права, що має відокремлене майно, несе відповідальність за своїми зобов'язаннями своїм майном, крім майна, на яке відповідно до закону не може бути звернено стягнення.

Як і держава Україна, АРК діє у цивільних відносинах на рівних правах з іншими учасниками цих відносин. В юридичній літературі існує полярність думок щодо такої участі. Так, Ю. С. Червоний визначає АРК повноправним учасником цивільних відносин. На думку вченого, враховуючи те, що в ЦК України немає статті, яка передбачає право власності АРК, варто застосовувати за аналогією ст. 327 ЦК України¹. Всупереч наведеній позиції О. О. Первомайський вважає, що визнання АРК власником не відповідає ні Конституції України, ні логіці законодавця².

Основна відмінність АРК від держави як учасниці цивільно-правових відносин полягає у тому, що АРК не має можливості самостійного встановлення власної цивільної правосуб'єктності.

Як і держава Україна, АРК, *територіальна громада* діє у цивільних від-

¹ Червоний Ю. С. Деякі проблеми правового регулювання відносин власності за Цивільним і Господарським кодексами України. *Вісник Академії правових наук України*. 2005. № 1. С. 64–79.

² Первомайський О. О. До питання про участь Автономної Республіки Крим у відносинах власності. *Підприємництво, господарство і право*. 2001. № 3. С. 63–65.

носінах на рівних правах з іншими учасниками цих відносин. Територіальна громада як суб'єкт цивільних відносин має свій комплекс прав та обов'язків.

Л. А. Музика вважає недоцільним наділяти територіальні громади статусом юридичної особи і пропонує закріпити за ними статус суб'єкта права, а не суб'єкта цивільних правовідносин, як це передбачено у ст. 169 ЦК України¹.

Місцеве самоврядування здійснюється територіальними громадами сіл, селищ, міст як безпосередньо, так і через сільські, селищні, міські ради та їх виконавчі органи, а також через районні та обласні ради, які представляють спільні інтереси територіальних громад. Це повною мірою стосується їх участі в цивільних відносинах. Органи місцевого самоврядування є учасниками відносин власності щодо майна, яке перебуває у їх власності. До їх компетенції належать повноваження використання коштів відповідних місцевих бюджетів. Проте існує проблема у закріпленні за територіальною громадою реальних правомочностей та механізмів їх здійснення, оскільки мають місце випадки, коли суб'єкти, які отримали комунальне майно в управління, вчиняють цивільні правочини та інші дії, що в кінцевому підсумку призводить до позбавлення власників – територіальних громад їх об'єктів права власності. Варто зауважити, що територіальні громади набувають права власності на відумерлу спадщину за місцем відкриття спадщини у разі відсутності спадкоємців за заповітом і за законом усунення їх від права на спадкування, неприйняття ними спадщини.

Правосуб'єктність територіальної громади як первинного суб'єкта місцевого самоврядування полягає в тому, що вона вправі самостійно або під відповідальність органів та посадових осіб розв'язувати питання місцевого значення в межах Конституції і законів України. Можна виділити такі групи цивільних відносин, учасниками яких є територіальні громади: майнові відносини (наприклад, відносини власності, договірні та позадоговірні відносини) та особисті немайнові відносини.

Одним із актуальних питань щодо участі публічно-правових утворень у цивільних відносинах є питання щодо співвідношення публічно-правового утворення як їх самостійного учасника та його органів, які діють від імені такого публічно-правового утворення. Зокрема, держава, АРК, а також територіальні громади не можуть безпосередньо брати участь у цивільних відносинах. У зв'язку з цим ЦК України закріпив положення, за яким держава, а також інші публічно-правові утворення (наприклад, АРК, територіальні громади) беруть участь у цивільно-правових відносинах через свої органи, у межах їхніх повноважень (ст. 170–172). Так, ст. 172 ЦК України встановлює,

¹ Музика Л. А. Право комунальної власності в Україні: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Нац. ун-т внутр. справ. Харків, 2004. 249 с.

що територіальні громади набувають і здійснюють цивільні права та обов'язки через органи місцевого самоврядування у межах їхньої компетенції, встановленої законом. Така конструкція є досить цікавою перш за все тому, що суб'єкт цивільного права, який не має традиційних ознак (територіальна громада), утворює через представницькі повноваження юридичну особу – місцеву раду. Зазначається, що у цьому разі діє спеціальний публічний виборний порядок утворення юридичних осіб як суб'єктів цивільного права¹.

Порівнюючи правове становище органів публічно-правового утворення та органів юридичної особи, можна говорити про їх схожість. Водночас зазначимо, що органи юридичної особи не мають окремої правосуб'єктності і розглядаються як «частина» такої особи, на відміну від органів публічно-правового утворення, які можуть мати таку правосуб'єктність і при цьому належати до бюджетних установ із закріпленням за ними на обмеженому речовому праві майном². У зв'язку з цим виникають досить складні питання щодо відмежування в цивільному обороті випадків участі публічно-правових утворень від власного імені та органів, які виступають від імені таких утворень, які хоч і не є власниками закріпленого за ними майна, але мають відповідне обмежене право щодо нього.

Органи публічно-правових утворень, здійснюючи свої повноваження, можуть бути одночасно учасниками як публічно-правових, так і приватно-правових відносин. У першому випадку такі органи публічно-правових утворень виступають від імені самого публічно-правового утворення. У другому – вони залежно від статусу можуть брати участь у приватноправових відносинах як від свого імені, так і від публічно-правового утворення, у т. ч. й на підставі спеціального доручення.

Зауважимо, що відсутність у органів публічно-правових утворень статусу юридичної особи зовсім не означає, що держава через них не може брати участь у цивільних відносинах. Характерною ознакою будь-якого органу публічно-правового утворення є те, що він у силу своєї правової природи виступає від імені такого утворення. У зв'язку з цим, якщо орган публічно-правового утворення не наділений статусом юридичної особи, то проблемних питань щодо його участі у цивільних відносинах взагалі не виникає. Водночас такі питання можуть виникнути у разі, якщо орган публічно-правового утворення наділений також статусом юридичної особи та бере участь у цивільних відносинах для задоволення власних потреб (наприклад, придбання товарів, робіт, послуг тощо).

¹ Цивільне право України: курс лекцій: у 6 т. Т. 1 / за ред. Р. Б. Шишки та В. А. Кройтора. Вид. 2-ге, виправ. та доп. Харків: Еспада, 2008. С. 470.

² Цивільне право України. Загальна частина: підруч. / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, Р. А. Майданика. 3-тє вид., перероб. і допов. Київ: Юрінком Інтер, 2010. С. 468.

Незважаючи на рівність учасників цивільних відносин, публічно-правове утворення та органи, що діють від його імені, мають між собою суттєві специфічні відмінності як учасники цивільних відносин, що обумовлені їх публічно-правовою природою. У цивільному праві загалом такі відмінності проявляються при здійсненні розмежування участі у цивільних відносинах публічно-правового утворення в особі уповноважених органів та органів, які хоча і виступають від імені такого утворення, але у той самий час зберігають при цьому статус юридичної особи та мають право в межах їх повноважень брати участь у цивільних відносинах як самостійний учасник.

Відповідно до змісту ст. 173 ЦК України представниками територіального публічно-правового утворення можуть бути також фізичні та юридичні особи (ч. 1 ст. 2), тобто суб'єкти приватного права. Подібна форма участі держави Україна, АРК та територіальних громад не охоплюється положеннями ст.ст. 167–169 ЦК України, а тому може бути визнана такою, що розширює можливості територіального публічно-правового утворення до участі в цивільних відносинах й термінологічно позначена як договірна. Твердження про договірний порядок взаємодії держави Україна, АРК та територіальних громад, фізичних й юридичних осіб як їх можливих представників, ґрунтується на засадничому конституційному положенні, закріпленому в ст. 19 Конституції України, згідно з яким суб'єкт приватного права не зобов'язаний діяти в інтересах інших осіб, у т. ч. суб'єктів приватного права, крім випадків, передбачених законом або договором.

Запитання та завдання для самоконтролю

1. Обґрунтуйте власну позицію щодо співвідношення понять «суб'єкт права» та «суб'єкт (учасник) правовідносин».
2. Як можна класифікувати учасників цивільних правовідносин?
3. Визначте свою позицію щодо вживання термінів «людина», «громадянин», «фізична особа» у цивільному праві.
4. До прихильників якої концепції виникнення у людини права бути суб'єктом права ви себе відносите?
5. Проаналізуйте основні концепції правосуб'єктності.
6. Проаналізуйте концепції правоздатності.
7. Розкрийте відмінності між правоздатністю та суб'єктивним цивільним правом.
8. Проаналізуйте основні проблеми дієздатності.
9. Проаналізуйте найбільш цікаві проблеми емансипації.
10. Обґрунтуйте власну позицію щодо індивідуалізації фізичної особи.
11. Особливості правового статусу фізичної особи як підприємця: нормативний та доктринальний підходи.

12. У чому полягає проблематика конструкції «юридична особа»?
13. Яка ідея покладена в основу теорій юридичної особи?
14. Проблематика та доцільність виділення ознак юридичної особи.
15. Цивільна правосуб'єктність юридичної особи та проблематика її тлумачення.
16. Проблема систематизації юридичних осіб.
17. Участь юридичних осіб публічного права у цивільних відносинах: проблемні аспекти.
18. Невирішені питання установчих документів юридичної особи.
19. Проблематика участі держави Україна, АРК та територіальних громад у цивільних правовідносинах.
20. Цивільна правосуб'єктність держави: проблемні питання.

ТЕМА 3. ОБ'ЄКТИ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВ. ПРАВОЧИННИ

С. О. Сліпченко

§ 1. Поняття об'єкта цивільних прав та об'єкта цивільних правовідносин

Питання про об'єкт правових відносин має принципове значення, бо лише наявність об'єкта права викликає необхідність виникнення та існування самих правовідносин. Відсутність об'єкта права позбавляє сенсу існування будь-яких правовідносин. У суспільстві немає і не може бути безоб'єктних правовідносин¹.

Категорія «об'єкт» використовується в цивільному праві у декількох термінологічних варіантах. Це і «об'єкт цивільного права», і «об'єкт суб'єктивного права», і «об'єкт правового регулювання», і, нарешті, «об'єкт цивільних правовідносин». Судження про тотожність або, навпаки, відмінності в значенні цих термінів (словосполучень термінів) має ґрунтуватися на наступному. Норми права впливають на суспільні відносини, а тому останні й мають розглядатися як об'єкт правового регулювання, тобто об'єкт позитивного права. Отже, об'єктом цивільного права, як права об'єктивного (позитивного), як сукупності норм є суспільні (зокрема, цивільні) відносини.

У результаті правового регулювання суспільних відносин виникають правовідносини. Мета вступу суб'єктів у правові відносини – задоволення їх певних правомірних потреб. Способом, що дозволяє досягти цієї мети, є суб'єктивне право як міра можливої поведінки управомоченої особи, що забезпечене юридичними обов'язками інших осіб, які кореспондують такому праву. Відповідно процес задоволення потреб – це здійснення суб'єктивних прав і виконання обов'язків. У свою чергу, якщо суб'єктивне право є способом задоволення потреб, то засобами їх задоволення виступають матеріальні і нематеріальні блага, які й мають визнаватися об'єктами суб'єктивного права, оскільки на їх володіння та використання безпосередньо спрямовується діяльність суб'єктів². Це дозволяє дійти висновку, що об'єкт правовідносин і об'єкт суб'єктивних прав, обов'язків, що становлять зміст правовідносин, – одне і те ж³.

¹ Поляков И. И. Теории понимания сущности объекта правоотношений. *Ученые записки Таврического национального университета им. В. И. Вернадского*. Серия. Юридические науки. 2006. № 2. Т. 19. С. 113–117.

² Астахова М. А. Объект субъективного гражданского права: понятие и признаки. *Гражданское право*. 2006. № 2. URL: http://www.juristlib.ru/book_2852.html.

³ Сліпченко С. О. Співвідношення понять «об'єкт цивільного права», «об'єкт цивільного

У науці цивільного права сформувалася найбільша відмінність у поглядах дослідників щодо того, що є об'єктом цивільних правовідносин (суб'єктивних прав), який інколи спрощено називають об'єктом цивільного права. Наведемо деякі із найпоширеніших.

Речова концепція об'єкта. Перша з найбільш поширених точок зору відносить до числа об'єктів цивільних правовідносин речі, тобто просторово обмежені предмети матеріального світу. Їй протиставляється *поведінкова концепція об'єкта*. Її суть полягає у тому, що як об'єкт цивільних правовідносин виступає поведінка їх суб'єктів, спрямована на різного роду матеріальні та нематеріальні блага. Пропонується розрізняти поведінку суб'єктів цивільних правовідносин у процесі їх взаємодії між собою і їх поведінку, спрямовану на матеріальні та нематеріальні блага. Перша утворює зміст цивільних правовідносин, а друга – їх об'єкт.

Наведені вчення (об'єкт–рід та об'єкт–дія) належать до моністичних. Їх прихильники виходять з того, що як об'єкт прав може виступати не все різноманіття підкорених людині зовнішніх явищ, а лише їх єдина група, на яку встановлюються суб'єктивні права. Моністичним теоріям протиставляється *плюралістична концепція*. Останню інколи розглядають як проміжний варіант тлумачення змісту поняття «об'єкт правовідносин» (певний синтез між «речовою» і «поведінковою» теоріями). Її прихильники поділяють всю сукупність об'єктів цивільного права на дві групи: речі та дії, а по суті – об'єднують їх під одним поняттям та визнають властивість «об'єкта» і за речами, і за діями одночасно. Інколи цей ряд доповнюється нематеріальними благами. Окремо виділяється *концепція множинності*. Її прихильники твердять, що як об'єкти цивільних прав можуть виступати найрізноманітніші явища не лише зовнішнього, але й внутрішнього світу людини. Логічним завершенням теорії множинності об'єктів є те, що вона допускає визнання людини об'єктом права, оскільки будь-яке право передбачає підпорядкування чужої особистості, влади уповноваженої, оскільки людина має розглядатися не як один з об'єктів, а як єдиний об'єкт будь-якого права.

Доволі оригінальною виглядає *теорія об'єкта як правового режиму*. Правий режим – це сукупність усіх позитивно-правових приписів, що містяться в імперативних і диспозитивних нормах, і заснованих на них (або їм не суперечать) суб'єктивно-правових домагань, що існують і є дійсними з точки зору права та у відповідних випадках визначають права, обов'язки, дозволи, заборони та приписи абсолютно всіх осіб (або щодо всіх осіб) з

правовідношення» та «об'єкт суб'єктивного права». *Перші юридичні диспути з актуальних проблем приватного права, присвячені пам'яті Є. В. Васьковського*: матеріали Міжнар. наук.-практ. конф., Одеса, 15–16 квітня 2011 р. / відповід. ред. І. С. Канзафарова; Одес. нац. ун-т ім. І. І. Мечникова. Одеса: Астропринт, 2011. С. 373–376.

приводу того предмета (явища), щодо якого вони встановлені. Правовий режим – це правова характеристика явища об'єктивної дійсності. Отже, важливим з позиції представників цієї концепції є не сам об'єкт, а те правове значення, той правовий режим, який присвоюється цьому явищу в силу позитивного права і який втілюється в суб'єктивних правах і обов'язках.

На сьогодні найбільшої підтримки знайшла *теорія об'єкт-благо*, за якою об'єктом цивільних правовідносин, як і суб'єктивного права, виступають матеріальні та нематеріальні блага¹. Саме такий підхід до розуміння об'єкта відображено у ст. 177 ЦК України.

Благо – це все те, що об'єктивно існує та завдяки своїм корисним властивостям здатне задовольняти потребу. Воно повинно мати характерні ознаки. По-перше, – це явища об'єктивної дійсності. По-друге, явища об'єктивної дійсності повинні мати корисні властивості, де користь розуміється як полегшення, допомога, покращення, вигода, благополуччя. По-третє, корисні властивості та здатність задовольняти потреби мають бути усвідомлені людиною (відкриті). По-четверте, явища об'єктивної дійсності можуть бути використані для задоволення потреби тільки тоді, коли вони або вже є, або доступні особі, знаходяться в межах її досягнення. По-п'яте, кожне з окремих таких явищ об'єктивної дійсності має бути визначеним (відособленим). При цьому визначеність розглядається у двох аспектах. У першому вона вказує на межі об'єкта, у другому – це відділення одного блага від іншого, найближчого, суміжного або навіть аналогічного. Іншими словами, йдеться про відмінності кожного з кількох подібних об'єктів. Визначеність дозволяє індивідуалізувати кожний об'єкт чи навіть групу об'єктів. Шоста ознака: об'єктами правовідносин ті чи інші блага є не в силу їх фізичних або природних властивостей, здатних задовольняти людські потреби, а тому що норми права, враховуючи ці властивості, забезпечують можливість існування щодо них суб'єктивних прав і обов'язків.

¹ Астахова М. А. Объект субъективного гражданского права: понятие и признаки. *Гражданское право*. 2006. № 2. URL: http://www.juristlib.ru/book_2852.html; Сліпченко С. О. Співвідношення понять «об'єкт цивільного права», «об'єкт цивільного правовідношення» та «об'єкт суб'єктивного права». *Перші юридичні диспути з актуальних проблем приватного права, присвячені пам'яті Є. В. Васьковського*: матеріали Міжнар. наук.-практ. конф., Одеса, 15–16 квітня 2011 р. / відповід. ред. І. С. Канзафарова; Одес. нац. ун-т ім. І. І. Мечникова. Одеса: Астропринт, 2011. С. 373–376; Харитоновна О. І. Правовідносини інтелектуальної власності, що виникають внаслідок створення результатів творчої діяльності (концептуальні засади): монографія. Одеса: Фенікс, 2011. С. 193; Цивільне право України. Особлива частина: підручник / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, Р. А. Майданика. 3-тє вид., перероб. і допов. Київ: Юрінком Інтер, 2010. С. 150.

С. О. Сліпченко

§ 2. Оборозодатність об'єктів цивільних прав

Відомо, що оборозодатність об'єктів цивільного права вказує на їх здатність брати участь у процесах, що приводять до динаміки цивільних правовідносин. У зв'язку з цим В. А. Белов цілком справедливо зазначає, що цивілісту важливо знати не тільки те, що той або інший предмет (субстрат) є об'єктом цивільних прав (правовідносин), а й те, чи є він об'єктом цивільного обороту: перше необхідно для того, щоб визначити зміст правовідносин, які могли б скластися з приводу відповідного об'єкта; друге – для того, щоб визначити коло фактичних обставин, які є підставами для динаміки (руху) таких правовідносин¹. Зазначене свідчить про особливу значущість для цивілістики питань, пов'язаних із оборозодатністю об'єктів цивільного права. В юридичній літературі поняття оборозодатності розкривається як здатність (можливість) об'єктів цивільного права до цивільного обороту², ступінь їх свободи у ньому³. Це якість (властивість) об'єктів⁴, що дозволяє залучати їх до цивільного обороту.

Традиційно об'єкти цивільного права за ступенем їх оборозодатності поділялися на три групи: об'єкти, що знаходяться у вільному обороті, обмежені в ньому та вилучені з обороту. Разом із тим аналіз змісту ст. 178 ЦК України дозволяє стверджувати, на сьогодні цивільне законодавство виходить із чотириланкової системи оборозодатності, а тому об'єкти поділяються на ті, що знаходяться у вільному обороті, обмежені в обороті, вилучені з обороту, та ті, які невід'ємні (від'ємні) від фізичної або юридичної особи. Такий поділ дозволяє виділяти дві групи умов оборозодатності об'єктів: а) від'ємність або невід'ємність від суб'єкта; б) наявність або відсутність прямої вказівки закону про їх обмеженість в обороті або вилученість з цивільного обороту. Перше має визначати принципову можливість того чи іншого блага перебувати в цивільному обороті, тобто не бути невід'ємним від фізичної чи юридичної

¹ Белов В. А. Объект субъективного гражданского права, объект гражданского правоотношения и объект гражданского оборота: содержание и соотношение понятий. *Объекты гражданского оборота*: сб. ст. / отв. ред. М. А. Рожкова. Москва: Статут, 2007. С. 70.

² Гражданское право: учебник: в 2 т. Т. 2. Полутом 1 / отв. ред. Е. А. Суханов. 2-е изд., перераб. и доп. Москва: БЕК, 2000. С. 301–302; Трифонов А. С. Основные положения и характеристика правового режима земель промышленности. *Имущественные отношения в РФ*. 2006. № 1. URL: <http://www.yurclub.ru/docs/civil/article158.html>.

³ Гражданское право: учебник. Ч. 1 / под ред. А. Г. Калпина, А. И. Масляева. Москва: Юристъ, 1997. С. 114.

⁴ Гражданское право: учебник / под ред. С. П. Гришаева. Москва: Юристъ, 1998. С. 135; Цивільне право України: підруч.: у 2 т. Т. 1 / за заг. ред. В. І. Борисової, І. В. Спасиво-Фатеевої, В. Л. Яроцького. Київ: Юрінком Інтер, 2004. С. 167.

особи¹. Як справедливо зазначав Є. В. Васьковський, не всяке благо здатне до обороту в силу своїх природних властивостей, не кожен об'єкт бере участь у цивільному обороті². Таку принципову можливість перебування в обороті в теорії права відносять до природних властивостей³. Її запропоновано називати потенційною здатністю до обороту, або натуральною оборотоздатністю. Друге вказує на те, що об'єкт має бути допущений до цивільного обороту законодавством, тобто він має бути не вилученим з обороту. Допуск до цивільного обороту з боку об'єктивного права пропонується називати цивільною оборотоздатністю⁴.

Природні властивості об'єкта (його натуральна оборотоздатність) є передумовою виникнення цивільної оборотоздатності – допуску (вилучення, обмеження або не обмеження) до обороту з боку правопорядку. Адже, якщо благо не наділене натуральною оборотоздатністю, то логічно припустити, що воно не може бути й відчужене чи не може перейти до іншої особи (наприклад, життя людини), отже взагалі недоцільно ставити питання про вилучення таких об'єктів з обороту, про обмеження або не обмеження їх в обороті (про їх цивільну оборотоздатність). Характеристика ступеня цивільної оборотоздатності може бути застосовна лише до тих об'єктів, природні властивості яких дозволяють використовувати їх у відповідній якості⁵.

Таким чином, вітчизняним законодавцем закріплено класифікацію об'єктів цивільного права залежно від ступеня їх оборотоздатності, в основу якої в першу чергу покладено природний критерій – натуральну оборотоздатність, тобто від'ємність (невід'ємність) від суб'єкта. У результаті такої класифікації отримуємо наступну пару: об'єкти, нездатні до обороту в силу їх невід'ємності від суб'єкта та об'єкти, здатні до обороту, тобто такі, що є від'ємними від суб'єкта. У свою чергу, об'єкти цивільного права, що мають натуральну оборотоздатність, можуть бути класифіковані ще на три види: об'єкти, що перебувають у вільному цивільному обороті; об'єкти, обмежені у цивільному обороті; об'єкти, вилучені з цивільного обороту. В основу такого поділу покладено критерій допустимості об'єктів до цивільного обороту з боку держави (законодавства, правопорядку).

¹ Сенчищев В. И. Объект гражданского правоотношения. *Актуальные вопросы гражданского права* / под ред. М. И. Брагинского. Москва: Статут, 1998. С. 112.

² Васьковський Е. В. Учебник гражданского права. Москва: Статут, 2003. С. 116.

³ Байбак В. В. К вопросу об оборотоспособности обязательственных требований. URL: <http://www.kadis.ru/daily/index/html?id=25972>.

⁴ Слипченко С. А. Оборотоспособность объектов личных неимущественных прав, обеспечивающих социальное бытие физического лица: монография. Харьков: ФОП Мичурин Н. А., 2011. С. 71.

⁵ Сенчищев В. И. Объект гражданского правоотношения. *Актуальные вопросы гражданского права* / под ред. М. И. Брагинского. Москва: Статут, 1998. С. 112.

Оскільки оборозодатність об'єктів цивільних прав означає здатність їх до обороту, то не потребує пояснення те, що зазначене поняття тісно пов'язане з розумінням суті самого цивільного обороту. Поняття цивільного обороту в теорії права використовується досить широко та є одним із найбільш загальних. Разом із тим донині його розуміння й тлумачення у цивілістиці досить різні, а інколи й протилежні¹.

Наукові підходи щодо розуміння цивільного обороту як певного правового явища поділяються на групи. Представники однієї з них розглядають оборот як сукупність норм, за допомогою яких здійснюється та забезпечується задоволення різноманітних потреб людини шляхом розподілу праці, обмеженості індивідуальних засобів, сприяння інших людей². Інші вважають, що це сукупність певних цивільно-правових явищ. Але серед прихильників цієї точки зору також відсутня однаковість щодо того, які саме правові явища у своїй сукупності є цивільним оборотом, який розглядають як сукупність: усіх цивільних³ чи лише майнових правовідносин⁴; юридичних фактів (правочинів)⁵. Окремі дослідники вважають, що цивільний оборот це не сукупність тих чи інших елементів, а процес (рух) переходу суб'єктивних прав та обов'язків⁶ та/або об'єктів¹.

¹ Асланян Н. П., Виниченко Ю. В. Підходи к пониманию категории «гражданский оборот» в отечественной цивилистике. *Актуальные проблемы теории и практики правотворчества и правоприменения* (в честь 20-летия юридического образования в БГУЭП). Иркутск, 2013. URL: http://www.gusnauka.com/13_EISN_2014/Pravo/9_168911.doc.htm; Сліпченко А. С. Сутність та ознаки цивільного обороту. *Вісник Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна*. 2017. № 23. С. 129–132; Харьковская цивилистическая школа: объекты гражданских прав: монография / под общ. ред. И. В. Спасибо-Фатеевой. Харьков: Право, 2015. С. 127–129.

² Гамбаров Ю. С. Курс гражданского права. Т. 1. Санкт-Петербург, 1911. С. 581.

³ Дозорцев В. А. Объекты права государственной социалистической собственности и их классификация. *Сов. государство и право*. 1949. № 1. С. 55–63.

⁴ Братусь С. Н. О понятии гражданского оборота: докл. на заседании сектора гражд. права ВШЮН. *Сов. государство и право*. 1949. № 11. С. 71.

⁵ Эбзеев Б. Б. Гражданский оборот: понятие и юридическая природа. *Государство и право*. 1999. № 2. С. 33; Шершеневич Г. Ф. Учебник торгового права. по изд. 1914 г. Москва: Спарк, 1994. С. 24; Яроцький В. Л. Цінні папери в механізмі правового регулювання майнових відносин (основи інструментальної концепції): монографія. Харків: Право, 2006. С. 436.

⁶ Полуяхтов И. А. Гражданский оборот имущественных прав: дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2002. С. 69; Словарь гражданского права / под общ. ред. В. В. Залесского. Москва, 1998. С. 46; Чеговадзе Л. А. Структура и состояние гражданского правоотношения. Москва: Статут, 2004. С. 40; Сліпченко А. С. Сутність та ознаки цивільного обороту. *Вісник Харківського національного університету ім. В. Н. Каразіна*. 2017. № 23. С. 129–132.

В. Л. Яроцький

§ 3. Цінні папери як об'єкти цивільних прав

За ч. 1 ст. 177 ЦК України об'єктами цивільних прав є речі, у т. ч. гроші та *цінні папери*, інше майно, майнові права, результати робіт, послуги, результати інтелектуальної, творчої діяльності, інформація, а також інші матеріальні і нематеріальні блага. Стаття 194 ЦК України тлумачить *цінний папір* як документ установленної форми з відповідними реквізитами, що посвідчує грошове або інше майнове право, визначає взаємовідносини емітента цінного паперу (особи, яка видала цінний папір) і особи, яка має права на цінний папір, та передбачає виконання зобов'язань за таким цінним папером, а також можливість передачі прав на цінний папір та прав за цінним папером іншим особам.

Для визнання документа цінним папером він повинен мати відповідні ознаки. М. М. Агарков найбільш вагомую характерною ознакою цінних паперів вважав необхідність їх пред'явлення для здійснення вираженого в них («посвідченого ними» в сучасній термінології) права². Останнім часом з появою бездокументарних цінних паперів ця ознака втратила універсальність і вже не може визнаватись характерною для всіх різновидів об'єктів цивільних прав. До появи бездокументарних цінних паперів у доктрині цивільного права загально визнаною була *документарна концепція цінних паперів*, за якою останніми визнавалися документи встановленої форми з обов'язковими реквізитами³. Н. Й. Нерсесов обґрунтував висновок про те, що для віднесення відповідного документа до категорії цінних паперів необхідно констатувати факт його тісного правового зв'язку з засвідченим ним майновим правом⁴. Цей зв'язок полягає в тому, що, з одного боку, без документа немає і самого майнового права, а з іншого – володіння документом є обов'язковою умовою його передачі або здійснення посвідчених цінним папером майнових прав його

¹ Астахова М. А. К вопросу о понятии гражданского оборота. *Бюллетень нотариальной практики*. 2006. № 5. С. 42–44; Сліпченко А. С. Сутність та ознаки цивільного обороту. *Вісник Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна*. 2017. № 23. С. 129–132; Чеговадзе Л. А. Структура и состояние гражданского правоотношения. Москва: Статут, 2004. С. 40.

² Агарков М. М. Учение о ценных бумагах. Москва: Фин. изд-во НКФ СССР, 1927. С. 9–10.

³ Цивільне право: підручник: у 2 т. Т. 1 / за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. Харків: Право, 2011. С. 231–232.

⁴ Нерсесов Н. О. О бумагах на предъявителя с точки зрения гражданского права: Историко-догматическое исследование. Москва: Унив. тип., 1889. 187 с.

законним власником. Ці висновки дозволяють вважати Н. Й. Нерсесова засновником документарної концепції цінних паперів¹.

Однією з основних ознак цінного папера є неподільна юридична єдність майнового права, яке складає зміст цінного папера, та способу його фіксації (паперовий документ або електронний носій). Ця ознака визначає особливості функціонування цінних паперів на всіх стадіях їх участі у майновому обороті. Право, яке становить зміст документарного цінного папера, не може бути здійснене або передане особою, яка не володіє документом на законних підставах. Цінні папери, як й інші об'єкти цивільних прав, є оборотоздатними. Під оборотоздатністю цінних паперів розуміють їх здатність бути об'єктами цивільних правочинів, спрямованих на перехід права власності. Завдяки оборотоздатності цінного папера, випущеного у вигляді паперового документа або в електронному вигляді, цю ж якість набувають і майнові права, які складають його зміст. Важливою ознакою цінних паперів є нормативна визначеність їх видів та груп. Відповідно до положень ст. 195 ЦК України групи та види цінних паперів, а також порядок їх обороту встановлюються законом. На відміну від речей, різновиди яких не можуть бути перераховані у законодавстві, види цінних паперів чітко регламентовані законом. Поява нових видів цінних паперів припустима лише шляхом їх закріплення у законодавстві².

П'ять ознак, притаманних документарним цінним паперам, були обґрунтовані В. М. Гордоном. Враховуючи відсутність цінних паперів бездокументарної форми на момент здійснення дослідження, розглянуті ним ознаки беззастережно можуть бути поширені лише на цінні папери документарної форми. Це літеральність, легітимація, абстрактність, автономність та презентація³. Літеральність (буквальність) означає, що володіння цінним папером дозволяє його власнику здійснювати лише буквально зафіксовані у його реквізитах майнові права. Легітимація (визначення законності права, повноваження) характеризує необхідність використання цінного папера для підтвердження законності прав його пред'явника. Абстрактність означає, що право вимоги, посвідчене цінним папером, не залежить від підстави, відповідно до якої воно виникло. Автономність як ознака цінних паперів полягає в тому, що особа, яка придбала документ на законних підставах, користується своїм правом незалежно від волі попереднього власника документа. Презентація цінного папера ґрунтується на необхідності його

¹ Правова доктрина України: у 5 т. Т. 3: Доктрина приватного права України / за заг. ред. Н. С. Кузнецової. Харків: Право, 2013. С. 464.

² Цивільне право: підручник: у 2 т. Т. 1 / за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. Харків: Право, 2011. С. 231–232.

³ Гордон В. М. Система советского торгового права. Харьков, 1924. С. 36.

пред'явлення зобов'язаній особі для здійснення посвідченого ним майнового права¹.

Врахування сучасного стану розвитку цивільного законодавства України про цінні папери та рівня вітчизняних і закордонних теоретичних досліджень їх правової природи дозволило започаткувати у сучасній цивілістиці інструментальну концепцію цінних паперів². Вона ґрунтується на врахуванні особливої ролі цінних паперів як об'єкта-інструмента – форми фіксації і посвідчення відповідної категорії майнових прав, оформлення яких є передумовою їх виникнення і значно характеризує сучасний стан розвитку вітчизняного вчення про цінні папери. Тісний правовий зв'язок та залежність між цінним папером і посвідченим ним майновим правом обумовлює особливості механізму його виникнення. Вони полягають у тому, що без оформлення та емісії цінного папера не можуть виникнути правовідносини, елементом змісту яких є посвідчене ним майнове право. Матеріально-правове (конститутивне, за М. М. Агарковим) значення цінного папера як об'єкта цивільних прав обумовлює необхідність захисту документа від підробки, що забезпечується закріпленням додаткових нормативних вимог щодо його форми. Вони полягають у необхідності дотримання порядку особливого поліграфічного виконання бланка його сертифіката, а також встановленням жорстких правил їх виготовлення та реалізації і державного контролю у цій сфері. Встановлення цих вимог законодавства щодо належного оформлення цінних паперів як документів обумовлюється їх інструментальним значенням і відносно тривалим строком участі в цивільному обороті (їх циркуляції), визначеним умовами їх випуску та обігу³.

Цінний папір має значення і як об'єкт – інструмент здійснення посвідченого ним майнового права, тобто виконує інструментальну роль у механізмі правореалізації. Правовий режим документарних цінних паперів визначає пред'явлення документа юридично вагомою дією, без якої здійснення посвідчених ними майнових прав є неможливим. Жодна з відомих цивільному обороту інших категорій документів (наприклад, окремі види правовстановлюючих) не має такого особливо рельєфно вираженого інструментального призначення. Адже в результаті здійснення або нездійснення цих прав цінні папери втрачають значення об'єкта – інструмента їх посвідчення, а отже, вже не можуть розглядатись як «повноцінні» об'єкти цивільних прав у загально-

¹ Цивільне право: підручник: у 2 т. Т. 1 / за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. Харків: Право, 2011. С. 233.

² Яроцький В. Л. Цінні папери в механізмі правового регулювання майнових відносин (основи інструментальної концепції): монографія. Харків: Право, 2006. 544 с.

³ Правова доктрина України: у 5 т. Т. 3: Доктрина приватного права України / за заг. ред. Н. С. Кузнецової. Харків: Право, 2013. С. 471.

прийнятому їх розумінні. При настанні нездійсненності посвідчених цінними паперами майнових прав вони можуть набувати значення звичайних боргових документів (наприклад, ощадні сертифікати збанкрутілого банку або облігації господарського товариства – банкрута). Як «справжні» цінні папери вони розглядатись уже не можуть, оскільки втрачають оборотоздатність і не посвідчують право вимоги повернення відповідної грошової суми та обумовлених умовами їх випуску відсотків у межах механізмів правореалізації, визначених встановленим для них правовим режимом.

Після повної реалізації (часткова реалізація не призводить до їх погашення) посвідчених цінними паперами майнових прав вони вже не легітимують праволодільця стосовно їх емітента. Документарні цінні папери можуть мати лише характер облікових документів (що актуально для суб'єктів підприємництва), а за умови зацікавленості у володінні ними іншими суб'єктами (наприклад, як об'єктом колекціонування) за правовим режимом і природою підлягають повному ототожненню з рухомими речами. Однак усталене правило щодо зберігання емітентом погашених документарних цінних паперів як облікових документів свідчить на користь збереження їх інструментального (у цьому разі лише доказового) значення й надалі. Адже будь-який документарний цінний папір після здійснення уповноваженою особою посвідченого ним майнового права, як правило, протягом певного часу зберігається емітентом як доказ факту виконання ним свого обов'язку¹.

Цінний папір як об'єкт – інструмент має істотне значення не тільки для виникнення, передачі та здійснення посвідченого ним майнового права, а й для його припинення. Тісний правовий зв'язок між документом і правом обумовлює специфіку припинення останнього. При здійсненні майнового права, посвідченого документом, воно припиняється, а цінний папір з цього моменту не підлягає розгляду як об'єкт цивільних прав (погашається), втрачаючи значення інструмента його посвідчення. Термін «погашення» найчастіше використовується для позначення припинення майнових прав, посвідчених окремими видами боргових цінних паперів (облігаціями, казначейськими зобов'язаннями, депозитними сертифікатами тощо). Із цього моменту цінний папір не підлягає циркуляції в цивільному обороті. При цьому за ним зберігається значення документа (наприклад, погашений ощадний (депозитний) сертифікат має характер облікового бухгалтерського документа). Погашений документарний цінний папір може бути використаний і в інших цілях (наприклад, як об'єкт колекціонування). У цьому разі він не може розглядатись як документ, що посвідчує і забезпечує оборотоздатність відповідного майнового права, а має значення рухомої речі. Правова природа

¹ Правова доктрина України: у 5 т. Т. 3: Доктрина приватного права України / за заг. ред. Н. С. Кузнецової. Харків: Право, 2013. С. 472-473.

документарних цінних паперів визначає можливість застосування такого поширеного в речових охоронюваних правовідносинах речово-правового способу захисту права власності, як виндикаційний позов. Це дає підстави розглядати цінні папери і як об'єкт-інструмент захисту посвідченого ними майнового права. Моментом припинення існування бездокументарних цінних паперів є анулювання глобального сертифіката, оформленого на весь їх випуск, і здійснених зберігачем відповідних облікових записів. Усі ці особливості окремих аспектів здійснення майнових прав, посвідчених цінними паперами як документарної, так і бездокументарної форми, зумовлюють необхідність постійного дослідження проблематики, пов'язаної з їх випуском та обігом¹.

Необхідність пошуку й обґрунтування нових, сучасних підходів до розв'язання основних теоретичних і практичних проблем, що виникають у сфері нормативного впорядкування приватноправових відносин, актуалізує проблематику дослідження правового режиму та юридичної природи цінних паперів.

В. Л. Яроцький

§ 4. Гроші та валютні цінності як об'єкти цивільних прав

До об'єктів цивільних прав ст. 177 ЦК України відносить й гроші. Відповідно до ст. 99 Конституції України грошовою одиницею України є гривня. Забезпечення стабільності грошової одиниці є основною функцією НБУ. Згідно з ч. 1 ст. 192 ЦК України законним платіжним засобом, обов'язковим до приймання за номінальною вартістю на всій території України, є грошова одиниця України – гривня.

Грошами (грошовими коштами) визнаються нормативно визначені та виражені в емітованих в оборот паперових і металевих знаках або у безготівковій формі умовні вартісні одиниці (гривні, копійки або відповідні одиниці іноземної валюти, наприклад, долари і центи), які мають забезпечений на законодавчому рівні примусовий курс, що полягає в обов'язковості їх приймання за визначеною номінальною вартістю, визначають міру вартості речей, робіт, послуг, інших матеріальних і нематеріальних благ, а також втрат (майнової та немайнової шкоди, збитків тощо), визнаються у цивільному обороті законним платіжним та кредитним засобом і забезпечують здійснення всіх видів платежів та розрахунків, виконуючи функції загального еквівалента, обігу і нагромадження.

За ст. 192 ЦК України *гривня – це національна валюта, яка є законним платіжним засобом, обов'язковим до приймання за номінальною вартістю на всій території України. Гривня використовується у цивільному обороті у*

¹ Правова доктрина України: у 5 т. Т. 3: Доктрина приватного права України / за заг. ред. Н. С. Кузнецової. Харків: Право, 2013. С. 474.

готівковій та безготівковій формах. Гроші у безготівковій формі зберігаються на рахунках учасників цивільних правовідносин у банківських та інших кредитно-фінансових установах і мають назву «грошові кошти».

У цивільному обороті гроші оцінюються не кількістю грошових знаків (банкнот і монет), а загальною сумою виражених у них грошових одиниць. Ця ознака грошей дає підстави визнавати їх подібними до родових і подільних речей, що не означає їх повного ототожнення. Паперові гроші можуть бути індивідуально визначені шляхом переліку їх серій та номерів у банківських документах або у відповідних протоколах при проведенні оперативно-розшукових заходів та інших слідчих дій. Гроші як об'єкти цивільних прав є заміними. Виходячи з цього, боржник у разі посилення ним на те, що гроші, які він одержав від кредитора, загинули (вкрадені, загублені, фізично знищені тощо), не може бути звільнений від обов'язку їх повернення. Гроші у деяких випадках можуть виступати у цивільно-правових правочинах як товар. Ідеться про гроші, які у даний проміжок часу не є законним платіжним засобом на території України, а, маючи нумізматычну цінність (наприклад, старовинні монети або банкноти), становлять предмет колекціонування. Як товар виступає у цивільному обороті й іноземна валюта¹.

Гроші є загальною мірою вартості всіх речей, робіт, послуг, інших матеріальних і нематеріальних благ, а також втрат, яких можуть зазнати учасники цивільних правовідносин унаслідок правопорушень. За допомогою грошей як загального еквівалента можна погасити будь-який майновий борг. Гроші як єдина міра вартості і загальний еквівалент необхідні для оцінки суспільної корисності та врахування економічної або соціальної цінності того чи іншого матеріального або нематеріального блага.

Варто звернути увагу, що в роз'ясненнях НБУ від 10.11.2014 р. «Щодо правомірності використання в Україні «віртуальної валюти/криптовалюти» Bitcoin» зазначається, що НБУ розглядає «віртуальну валюту/криптовалюту» *Bitcoin як грошовий сурогат*, який не має забезпечення реальною вартістю і *не може використовуватися* фізичними та юридичними особами на території України *як засіб платежу*, оскільки це протирічить нормам українського законодавства. Крім того, під час використання «віртуальної валюти/криптовалюти» Bitcoin є фактор підвищеного ризику, пов'язаного із цією послугою, операцією або каналом постачання, зокрема анонімність операції (які можуть включати готівку), де централізованість операції. Водночас міжнародне поширення таких платежів робить цю категорію послуг привабливою для протиправних дій, у т. ч. відмивання коштів, отриманих злочинним шляхом, або фінансування тероризму. Наголошуємо, що всі ризики за використання в

¹ Цивільне право: підручник: у 2 т. Т. 1 / за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. Харків: Право, 2011. С. 226–227.

розрахунках «віртуальної валюти/криптовалюти» Bitcoin несе учасник розрахунків за ними. Національний банк України як регулятор не відповідає за можливі ризики і втрати, пов'язані з використанням «віртуальної валюти/криптовалюти» Bitcoin. З метою захисту прав споживачів, безпечності здійснення переказу коштів НБУ рекомендує громадянам використовувати послуги лише тих платіжних систем, систем розрахунків, які внесені НБУ до Реєстру платіжних систем, систем розрахунків, учасників цих систем та операторів послуг платіжної інфраструктури¹.

Валютними цінностями є гроші (грошові кошти), цінні папери та інші окремі види майна, правовий режим яких визначається положеннями спеціального законодавства України, що встановлюють їх вичерпний перелік та порядок вчинення правочинів стосовно них. Перелік валютних цінностей міститься в Декреті КМ України від 19.02.1993 р. № 15-93 «Про систему валютного регулювання і валютного контролю» (ст. 1)², а саме:

1) валюта України – грошові знаки у вигляді банкнотів, казначейських білетів, монет і в інших формах, що перебувають в обігу та є законним платіжним засобом на території України, а також вилучені з обігу або такі, що вилучаються з нього, але підлягають обмінові на грошові знаки, які перебувають в обігу, кошти на рахунках, у внесках в банківських та інших фінансових установах на території України;

2) платіжні документи та інші цінні папери (акції, облігації, купони до них, бони, векселі (тратти), боргові розписки, акредитиви, чеки, банківські накази, депозитні сертифікати, ощадні книжки, інші фінансові та банківські документи), виражені у валюті України;

3) іноземна валюта – іноземні грошові знаки у вигляді банкнотів, казначейських білетів, монет, що перебувають в обігу та є законним платіжним засобом на території відповідної іноземної держави, а також вилучені з обігу або такі, що вилучаються з нього, але підлягають обмінові на грошові знаки, які перебувають в обігу, кошти у грошових одиницях іноземних держав і міжнародних розрахункових (клірингових) одиницях, що перебувають на рахунках або вносяться до банківських та інших фінансових установ за межами України;

4) платіжні документи та інші цінні папери (акції, облігації, купони до них, векселі (тратти), боргові розписки, акредитиви, чеки, банківські накази, депозитні сертифікати, інші фінансові та банківські документи), виражені в іноземній валюті або банківських металах;

¹ Національний банк України. Офіційне інтернет-представництво. URL: https://www.bank.gov.ua/control/uk/publish/article?art_id=11879608.

² Про систему валютного регулювання і валютного контролю: Декрет КМ України від 19.02.1993 р. № 15-93. *Відомості Верховної Ради України*. 1993. № 17. Ст. 184.

5) банківські метали – це золото, срібло, платина, метали платинової групи, доведені (афіновані) до найвищих проб відповідно до світових стандартів, у зливках і порошках, що мають сертифікат якості, а також монети, вироблені з дорогоцінних металів.

Здійснення валютних операцій на території України, загальні засади їх правового регулювання, повноваження органів державної влади та управління, банків та інших кредитно-фінансових установ України в регулюванні валютних операцій, права та обов'язки суб'єктів цих відносин, порядок здійснення контролю за валютними операціями та відповідальність за впропоршення у цій сфері встановлюються законодавством України.

С. В. Ясечко

§ 5. Гносеологія поняття та ознаки правочину

Правочини є однією з базових категорій цивільного права, оскільки обслуговують усі сфери цивільного обороту. Це пов'язано з тим, що вони належать до головних юридичних засобів встановлення та визначення змісту правових зв'язків між учасниками цивільних правовідносин, засобом, з яким пов'язується їх динаміка. Саме вони допомагають цивільному праву проявити себе як приватне право, де регулювання має децентралізований характер.

У *правовому аспекті* правочин визначається як один із самостійних фрагментів правової дійсності, а саме як *юридичний факт*.

Якщо розглядати історичний аспект походження поняття «правочин», то воно відіграло важливе значення в юриспруденції ще за часів Римської імперії. Загального поняття правочину в римському праві вироблено не було¹, що є цілком природним з огляду на його казуїстичність². Тож особливої конструкції правочину як підстави виникнення зобов'язань римляни не знали. Але вони дуже близько підійшли до цієї категорії і на практиці її застосовували.

Зазначені ідеї римської юриспруденції слугували не тільки підґрунтям бачення конструкції та ролі правочинів, але й основою формування цього інституту у приватному праві³. Разом із тим римські юристи користувалися терміном «negotium», що перекладається як «правочин», хоча і не є рівнозначним сучасному значенню цього слова в юридичній термінології.

¹ Гримм Д. Д. Лекції по догме римського права / под ред. и с предисл. В. А. Томсинова. Москва: Зерцало, 2003. С. 134.

² Харитонов Є. О. Історія приватного (цивільного) права Європи. Витоки. Одеса: Бахва, 1999. С. 164.

³ Шкрібляк К. П. Односторонні правочини у нотаріальній та судовій практиці: дис. канд. юрид. наук: 12.00.03 / Київ. нац. ун-т ім. Тараса Шевченка. Київ, 2014. С. 92.

Римські юристи вживали термін *negotium* у різних значеннях¹. Латинський термін *negotium* (заняття, справа, діяльність, особливо комерційна) – загальне поняття, що охоплює насамперед дозволені відплатні конкретні юридичні дії любого роду, а в подальшому і процесуальні засоби². Проте «*negotium*» не було лише технічним поняттям для загальноприйнятого абстрактного поняття юридичної дії. Про будь-яку справу римляни могли сказати *in ipso negotio* (у ході справи, у процесі). Тим самим у Римі поняття *negotium* об'єднувало досить широкий спектр юридичних дій, що породжували певні правові наслідки для їх учасників.

Наближеним до *negotium* є латинське *contractus* – дозволена угода, що визнана цивільним правом як підстава зобов'язальних відносин між сторонами. Проте правова конструкція *contractus* вужча за *negotium*. Для *contractus* характерним є як об'єктивний елемент (*causa*), тобто дозволена правом економічна ціль, яку переслідують сторони, так і суб'єктивний елемент (*conventio, consensus, pactio*), взаємний та узгоджений прояв волі сторін відносно однієї і тієї самої цілі³. Але і в цьому випадку дія є необхідним елементом.

І. Б. Новицький зазначав, що римські юристи використовували особливий термін – *negotium*, – розуміючи під останнім не тільки справу взагалі, але й відплатний правочин, що протиставлявся даруванню. Саме про правочини (а не про контракти) йшла мова, як про такі, що можуть бути *nullum* (неукладеними), *nullius* (нікчемними), *dissolvere* (розірваними), *distrahere* (позбавленими юридичної сили)⁴. Таким чином, вже в Римі правочини (лат. – *negotia juris*) належав до числа тих юридичних фактів, які називають юридичними діями.

Австрійські науковці Г. Кельзен і А. Меркль, чії погляди знайшли свою підтримку в США, Англії та Франції, відносили правочини не до числа юридичних фактів, а до нормативних фактів (видання закону, указу, створення звичаю)⁵. За їх теорією правочин включений до ієрархії джерел права через те, що оскільки правова норма має своїм змістом певну врегульовану поведінку для окремих осіб, то і правочин є нормативним актом – джерелом права. Підтримуючи ці погляди, Л. Рейсер зазначав, що правочин може розглядатись як джерело права, не залежне від закону. На думку Є. Ерліха, правочин може

¹ Иоффе О. С., Мусин В. А. Основы римского гражданского права: учеб.-метод. пособие. Ленинград: Изд-во ЛГУ, 1974. С. 223.

² Бартошек М. Римское право (понятия, термины, определения): пер. с чеш. Москва: Юрид. лит., 1989. С. 223.

³ Там само. С. 90.

⁴ Новицкий И. Б. Недействительные сделки. *Вопросы советского гражданского права*. Москва; Ленинград: АН СССР, 1945. С. 31.

⁵ Цвайгерг К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: в 2 т. Т. 1 / пер. с нем. Москва: Международ. отношения, 1998. С. 52.

бути не тільки розміщений законом у системі офіційних джерел права, але й виступати фактом, що призводить до створення норми права, а не тільки правовідносин¹.

У німецькому праві поняття правочину розвивалось паралельно з поняттям юридичного факту. Так, А. Манігк вважав, що поняття «юридичний факт» уперше запровадив Ф.-К. фон Савіньї². Відштовхуючись від визначення юридичних фактів як обставин, які тягнуть за собою виникнення та припинення юридичних відносин як обставин реальної дійсності, за посередництва яких відбувається відома зміна в юридичних відносинах певних осіб³, основоположник сучасної пандектної та всієї континентальної цивілістики поділяв такі дії на вільні дії зацікавлених осіб і випадкові обставини. Серед перших вчений виділяв такі, в яких воля особи, яка їх чинить, безпосередньо спрямована на виникнення або припинення юридичних відносин. Цей різновид вільних дій Ф.-К. фон Савіньї і назвав волевиявленнями, або правочинами (юридичними угодами). Так, у німецькому праві вчені у загальному вигляді розглядали правочин як вільні юридичні дії (волевиявлення) зацікавлених осіб, спрямованих на виникнення або припинення юридичних відносин.

Римська правова культура через західну та східну гілки була рецепійована й у праві наших пращурів. У семантичному плані в давньоруській мові використовувалося слово «ряд» для вказівки на юридично значимі дії та розпорядження (наприклад, ряд вольний). Частину норм «Руської Правди» теж було присвячено діям, які призводили до виникнення, зміни та припинення цивільних прав та обов'язків, хоча їм приділено уваги менше ніж деліктам⁴. Тут вже йдеться про іншу правову категорію, а саме юридичні факти.

У подальшому положення римського права знайшли свій прояв й у Статутах Великого князівства Литовського, виданих протягом XVI ст. Так, «Старий» статут значною мірою зберігав положення Руської Правди, хоча містив, разом із тим, деякі норми «Судебника» короля Казимира 1468 р., що дало підстави не лише правознавцями, але й культурологами оцінювати його як перший загальний кодекс литовсько-руського права⁵. Розробники ж нової

¹ Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: в 2 т. Т. 1 / пер. с нем. Москва: Междунар. отношения, 1998. С. 82.

² Исаков В. Б. Юридические факты в советском праве. Москва: Юрид. лит., 1984. С. 4–5.

³ Гримм Д. Д. Основы учения о юридической сделке в современной немецкой доктрине пандектного права. Прологомены к общей теории гражданского права. Т. 1. Санкт-Петербург: Тип. М. М. Стасюлевича, 1900. С. 247.

⁴ Российское законодательство X–XX вв. Т. 1: Законодательство Древней Руси / отв. ред. тома В. Л. Янин; под общ. ред. О. И. Чистякова. Москва: Юрид. лит., 1984. С. 83.

⁵ Ажнюк Л. Литовський Статут 1529 року і його місце в історії директивного жанру української ділової мови. *Литва – Україна: історія, політологія, культурологія*. Вільнюс, 1995. С. 129.

редакції Статуту орієнтувалися на західноєвропейські світоглядні засади і відстоювали доцільність використання римського права як зразка правотворчості. Тому Другий статут, що був прийнятий у 1566 р., за своєю структурою та багатьма положеннями нагадував Дігести Юстиніана. Він так само не містив окремого розділу, спеціально присвяченого зобов'язанням, однак мав чимало норм, присвячених окремим видам договорів та правочинів (розділ 7 «Записи й продаж», розділ 8 «Спадкування»). Низка його конструкцій нагадують правочини.

Незабаром почалася підготовка збірки «Права, за якими судиться малоросійський народ», яка мала регулювати відносини в Лівобережній Україні. У її проєкті від 1743 р. вбачається низка ознак, подібних до тих, що мали місце в римському праві та на сьогодні кваліфікуються як правочини: щодо можливості виникнення зобов'язань на підставі договорів та внаслідок правопорушень. При цьому, як і у ранньому римському праві, не проводилося чіткої межі між деліктами публічними і приватними, внаслідок чого ініціація кримінального судочинства головним чином залежала від бажання потерпілого або його родичів¹.

Вітчизняна правова доктрина та практика нормотворчості в цій галузі і надалі відображала вплив римського приватного права, у тому числі у сфері правочинів. Такий вплив помітний у проєкті збірки «Зібрання малоросійських прав» 1807 р. – фактично першого проєкту цивільного кодексу України. Він здійснювався як безпосередньо, так і через інші, похідні від римського права правові системи. Головними джерелами цієї збірки були статuti Великого князівства Литовського (515 посилань), «Зерцало Саксонії» (457 посилань), Холмське право (224 посилання), Магдебурзьке право (58 посилань) та «Порядок прав цивільних» (1 посилання)².

Спроби законодавчого закріплення категорії «правочин» продовжувалися до кінця ХІХ ст. при розробці Проєкту цивільного положення. Згідно зі ст. 56 цього Проєкту «Дії, вчинені для набуття і припинення цивільних прав (правочини), суть: 1) виявлення волі однієї особи, як то заповідальні розпорядження, і 2) договори та угоди двох або декількох осіб»³.

В. А. Белов у своїй праці «Учение о сделке в российской доктрине гражданского права (литературный обзор)» здійснив огляд юридичної літератури ХІХ–ХХ століття щодо визначення поняття «угода»⁴. Так,

¹ Бойко І. Про цивільне право Гетьманщини за Кодексом 1743 року. *Право України*. 1999. № 3. С. 88–90.

² Історія держава і права України: навч. посіб. для студентів юрид. вузів та ф-тів. Київ: Вентурі, 1996. С. 128.

³ Матвеев И. В. Правовая природа действительных сделок. Москва: Юрлитинформ, 2002. С. 7.

⁴ Белов В. А. Учение о сделке в российской доктрине гражданского права (литературный

С. В. Пахман, вивчаючи право ХІХ століття, зазначав, що під «правочином» розуміються приватні розпорядження, засновані на взаємній згоді двох або декількох осіб, тим самим відрізняючи їх від розпоряджень односторонніх, хоча і до останніх іноді застосовується загальна назва «правочин»¹. На початку розвитку дорадянської юриспруденції місце загального поняття «правочин» займало поняття «договір». Це є цілком закономірним, бо матеріалом для викладення і дослідження були пам'ятки римського права, які не містили в собі загального вчення про правочин, але розвивали поняття про різноманітні договори або контракти. Саме їх в основному і вивчали автори в дорадянський період. К. П. Победоносцев не використовував поняття «правочин», а визначав як зобов'язання, підставу виникнення цивільних правовідносин². Основи дорадянського вчення про правочин (юридичну угоду) вперше викладаються тільки в «Русском гражданском праве» Д. І. Мейєра³. В узагальненому вигляді вони зводяться до наступних положень. Правочин належить до категорії юридичних дій. Дією взагалі називається прояв волі⁴. Не будь-яка дія має значення у сфері права⁵; дія набуває юридичного значення (переходить у розряд юридичних) від зіткнення однієї людини з іншою: тоді тільки виникає поняття про свободу, про міру свободи. Воля може проявитися в одній свідомості, але такі прояви волі, які не проявляються зовні, не підпадають під сферу права. Не будь-який і зовнішній прояв волі вважається юридичною дією, потрібно щоб він мав якесь відношення до питання про право⁶.

З історії формулювання поняття «правочин» слід зазначити, що це поняття насамперед пов'язане з діями. Причому поняття, незважаючи на його простоту, має бути визначено як складне юридичне явище.

У радянський період дослідження визначення правочинів було продовжено. Так, вчення Д. Д. Грімма про дії як психологічний феномен стало основою радянського вчення про склад злочину, а згодом – методологічною базою для дослідження В. П. Шахматова, який зазначав, що правочин і злочин мають загальні психологічні коріння, і те, і інше з психологічної точки зору є

обзор). *Сделки: проблемы теории и практики*: сб. ст. / рук. авт. кол. и отв. ред. М. А. Рожкова. Москва: Статут, 2008. С. 5–118.

¹ Пахман С.В. Обычное гражданское право в России. Юридические очерки. Т. I: Собственность, обязательства и средства судебного охранения. Санкт-Петербург, 1877. С. 23.

² Победоносцев К. П. Курс гражданского права. В 3 т. Санкт-Петербург: Синодальная типография, 1896.

³ Дювернуа Н. Л. Чтения по гражданскому праву. Т. 2: Учение о вещах. Учение о юридической сделке. Москва, 2004. С. 72.

⁴ Мейер Д. И. Русское гражданское право. Чтения, изданные по запискам слушателей / под ред. А. И. Вицина. Изд. 10-е, с испр. и доп. А.Х. Гольмстена. Петербург, 1915. С. 106.

⁵ Там само.

⁶ Там само. С. 106–107.

окремими актами поведінки, які виходять із визначених мотивів і направлені на визначену ціль¹. На думку М. М. Агаркова, волевиявлення спрямоване на встановлення, зміну або припинення цивільних правовідносин, може бути дійсним чи недійсним, якщо таке волевиявлення дійсне, то це і є правочин². Отже, вчений зробив спробу розвитку деяких положень про правочин запропонованих І. С. Перетерським. Якщо у І. С. Перетерського правочин – це сам намір досягнення юридичних наслідків, який виражений зовні, то у М. М. Агаркова правочин – це дія, яка виражає намір досягнення юридичних наслідків.

І. Б. Новицький вважав правочин дією, за допомогою якої особа визначає виникнення правових наслідків, які відповідають тому господарському ефекту, якого ця особа бажає досягти³. О. О. Красавчиков розглядав правочини як дії, і зазначав, що основним видом цивільно-правових юридичних актів є правочин – правомірна юридична дія, вчинена дієздатною особою і спрямована на виникнення, зміну чи припинення цивільно-правових відносин⁴.

Часто вчення про правочини як такі в радянський період дослідниками підмінювалися вченням про класифікацію і окремі види правочинів, головним чином про договори. В останньому випадку особливу увагу приділяли не теорії договорів, а питанням, пов'язаним з їх укладенням, підставам зміни і розірвання, а також систематизації договорів.

У сучасній доктрині приватного права визначенню поняття «правочин» приділяється значна увага. Так, З. В. Ромовська під правочином визначає поведінку суб'єкта, тобто «дію» і «не дію»⁵. Як зазначають І. П. Домбровський та І. Б. Шицький, правочин визначається як «дія», але це слово не можна читати у відриві від подальшого тексту, зазначеного у ст. 202 ЦК України, а саме: «спрямована на ...». Сутність правочину не у фактичних діях, а у спрямованості на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків⁶.

Інші дослідники під правочином розуміють дозволену правомірну дію,

¹ Шахматов В. П. Составы противоправных сделок и обусловленные ими последствия. Томск: Изд-во Томск. ун-та, 1967. С. 20–22.

² Агарков М. М. Избранные труды по гражданскому праву: в 2 т. Т. 1. Москва: Центр ЮрИнфоР, 2002. С. 345.

³ Новицкий И. Б. Обязательства из договоров. Заключение договора. Дарение. Двусторонние договоры. Договоры в пользу третьего лица. Комментарий к ст. ст. 130, 140 и 144, 146 ГК. Москва, 1924. С. 4.

⁴ Красавчиков О. А. Юридические факты в советском гражданском праве. Москва: Госюриздат, 1958. С. 116.

⁵ Ромовська З. В. Українське цивільне право. Загальна частина: Академічний курс. Київ: Атіка, 2005. С. 338.

⁶ Проблемні питання у застосуванні Цивільного і Господарського кодексів України / під ред. А. Г. Яреми, В. Г. Ротаня. Київ: Реферат, 2005. С. 64.

яка спрямована на досягнення позитивного правового результату, що визнається і охороняється державою. Це юридичний акт особи, спрямований на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків¹, це завжди дія правомірна, що відрізняє її від таких юридичних фактів, як правопорушення².

Є. О. Мічурін під правочином вважає правові акти, які виражають добровільне волевиявлення їх учасників³. Т. В. Бобко визначає правочин як акт волевиявлення приватної особи з визначальними для концептуальних положень про нього наслідками⁴. Як слушно зазначає О. В. Дзера, правочином, на відміну від деяких інших підстав виникнення цивільних прав та обов'язків (наприклад, юридичних і фактичних вчинків, заподіяння шкоди), притаманне правомірне вольове вчинення особою, яка має належний статус цивільного права, юридичних дій, спрямованих на свідоме створення конкретного цивільного правового результату для себе або інших осіб⁵.

Таким чином, можна зазначити, що основу для дослідження сучасними правниками поняття «правочин» закладено дореволюційними, радянськими, а також європейськими вченими, насамперед німецькими.

Відповідно до п. 2 ч. 1 ст. 11 ЦК України до найголовніших і найпоширеніших підстав виникнення цивільних прав та обов'язків цивільне законодавство відносить договори та інші правочини.

Правочин – дія особи, спрямована на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків (ч. 1 ст. 202 ЦК України). Отже, законодавець виходить з того, що правочин є правомірною дією учасника цивільних правовідносин, який має для цього достатню дієздатність і переслідує мету – набуття, зміну та припинення цивільних прав та обов'язків. Від інших юридичних дій (адміністративних актів, злочинів) правочин відрізняється своїми ознаками. У легальному визначенні вказані лише дві головні ознаки правочину: правочин – це завжди дія фізичних і юридичних осіб, спрямована на досягнення конкретного юридичного результату – встановлення, зміну чи припинення цивільних правовідносин.

¹ Бородовський С. О. Поняття правочину в цивільному праві України. *Актуальні питання цивільного та господарського права*. 2008. № 3. URL: <http://www.journal.yurpayintel.com.ua/2008/3/article01>.

² *Гражданское право Украины*. Ч. 1 / под ред. А. А. Пушкина, В. М. Самойленко. Харьков: Основа, 1996. С. 211; Хатнюк Н. С. Заперечні угоди та їх правові наслідки: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Нац. акад. внутр. справ України. Київ, 2003. С. 3.

³ Мічурін Є. О. *Правочини з житлом*: Кн. 1. Харків: Страйд, 2003. С. 11.

⁴ Бобко Т. В. Зміст і форма правочину в цивільному праві: автореф. ... дис. канд. юрид. наук: 12.00.03 / Нац. ун-т «Юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого». Харків, 2011. С. 5.

⁵ *Договірне право України*. Загальна частина: навч. посіб. / за ред. О. В. Дзери. Київ, 2008. С. 29.

Вищевикладене дозволяє виділити ознаки правочину.

По-перше, правочин – це *правомірна дія*, що відрізняє її від таких юридичних фактів, як правопорушення. Правомірність як ознака правочину узгоджується із загальними засадами діяльності громадянського суспільства, зокрема, домінуванням права над законом. Це дає змогу оцінювати цю ознаку правочину через принципи цивільного права і категорію прав і законних інтересів фізичних та юридичних осіб. З іншого боку, навіть у випадку порушення ознаки правомірності, законодавець продовжує використовувати поняття правочину, але уже недійсного. Наприклад, правочин, що порушує публічний порядок (ст. 228 ЦК України).

По-друге, *зміст правочину не може суперечити моральним засадам суспільства* (ч. 1 ст. 203 ЦК України). Частина антиморальних дій регулюється вже не приватним, а публічним правом (наприклад, розділом XII КК України «Злочини проти громадського порядку та моральності»).

По-третє, *особа, яка вчиняє правочин, має бути дієздатною* – здатною усвідомлювати свої дії та керувати ними, тобто бути правосуб'єктною¹. У деяких випадках визнання особи недієздатною або обмеження її у дієздатності призводить до недійсності вже укладених правочинів (ст.ст. 223, 226 ЦК України).

По-четверте, правочин – *це завжди вольовий акт*, «об'єктивіруемая волею людей, их волевые акты»². Цією своєю ознакою правочини відрізняються від юридичних фактів – подій, настання чи ненастання яких не залежить від волі людини. Для правочину характерний саме момент волевиявлення, без якого взагалі не може бути правочину.

По-п'яте, правочини – це завжди дії, вчинені фізичними особами, юридичними особами як *суб'єктами цивільного права*, а також дії, вчинені *іншими учасниками цивільних правовідносин*, визначеними ч. 2 ст. 2 ЦК України (державою Україною, АРК, територіальними громадами, іноземними державами та іншими суб'єктами публічного права). Можливість здійснення правочину входить до змісту їх цивільної дієздатності. Тому правочини необхідно відрізнити і від таких дій, як акти компетентних державних органів, які хоч і породжують цивільні правовідносини (зобов'язання з передачі будинків і споруд між державними юридичними особами), але самі по собі є владними актами, що видаються в межах компетенції цих органів – суб'єктів адміністративного права. Будучи адресованими конкретним виконавцям, вони створюють між ними цивільні правовідносини незалежно від їх бажання

¹ Тархов В. А. Гражданское право. Общая часть. Курс лекций. Чебоксары: Чуваш. кн. изд-во, 1997. С. 216.

² Гражданское право Украины: учебник для вузов системы МВД Украины: В 2 ч. Ч. I / под ред. А. А. Пушкина, В. М. Самойленко. Харьков: Ун-т внутр. дел; Основа, 1996. 440 с.

вступити в ці правовідносини. За допомогою же правочину правовідносини завжди встановлюються з волі й ініціативи їх учасників¹.

По-шосте, *правочин породжує правові наслідки*, оскільки саме цивільним законом визначаються ті правові наслідки, що настають у разі вчинення правочину. Тому, наприклад, видачу зброї поліцейським не можна розглядати, як укладення правочину і регулювати за допомогою норм цивільного права (договору найма, зберігання чи будь-яких інших).

Значення правочину полягає у такому: правочин є найпоширенішим юридичним фактом (юридичною дією), завдяки якому реалізується абстрактна цивільна правоздатність шляхом набуття конкретних цивільних суб'єктивних прав та обов'язків. За допомогою правочинів особи приватного права сповіщають про наявність в них бажання на встановлення, зміну та припинення суб'єктивних прав та обов'язків.

С. В. Ясечко

§ 6. Проблеми класифікації правочинів та її співвідношення з класифікацією зобов'язань

Поділ правочинів на певні види має теоретичне і практичне значення: характеризує правочин через його вторинні ознаки; зумовлює правове становище його учасників; є підставою для упорядкування цивільно-правових інститутів. Залежно від ознак, які передбачаються законодавством, правочини поділяються (класифікуються) на певні види або групи. Слід зазначити, що виключного чи єдиного переліку класифікаційних груп правочинів не існує, оскільки при поділі правочинів на види застосовуються різні класифікаційні ознаки. Як і в більшості розглянутих нами класифікацій, в їх основі лежить принцип дихотомії – поділ цього правового явища на дві протилежності.

Залежно від необхідних волевиявлень, достатніх для досягнення правового результату, правочини поділяються на односторонні, двосторонні і багатосторонні. По суті, йдеться про необхідну для учинення правочину кількість волевиявлень.

Одностороннім правочином є дія однієї сторони, яка може бути представлена однією або кількома особами (ч. 3 ст. 202 ЦК України). В *односторонньому правочині* досить виявити волю однієї особи². Права та обов'язки за таким правочином виникають лише у суб'єкта, який здійснив дію, або

¹ Гражданское право Украины: учебник для вузов системы МВД Украины: В 2 ч. Ч. I / под ред. А. А. Пушкина, В. М. Самойленко. Харьков: Ун-т внутр. дел; Основа, 1996. С. 209–210.

² Гражданское право: учебник. Ч. I. 3-е изд., перераб. и доп. / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. Москва: Проспект, 1998. С. 232.

третьої особи, в інтересах якої цей правочин укладений. Класичними видами односторонніх правочинів є викидання майна власником, заповіт, прийняття або відмова від спадщини, видача довіреності, заява наймача про припинення договору житлового наймання, оголошення конкурсу тощо. За цивільним законодавством, волевиявлення може бути спільним одночасно для декількох осіб: подружжя при складанні заповіту (ст. 1243 ЦК України), видачі довіреності на розпорядження майном, що знаходиться у спільній власності (ч. 2 ст. 369 ЦК України), але й ці правочини варто розглядати як *ускладнені односторонні*, оскільки в цих випадках декілька осіб діють як одна.

Дво- чи багатостороннім правочином є погоджена дія двох або більше сторін (ч. 4 ст. 202 ЦК України). Для *двостороннього правочину* (договору, угоди) необхідно волевиявлення двох осіб, тому в літературі і законодавстві їх іменують договорами (ст. 626 ЦК України, ст. 174 ГК України). Дво- чи багатосторонній правочин – це нерозривне поєднання двох односторонніх правочинів – оферти та акцепту, які спільно породжують для сторін один юридичний наслідок – виникнення зобов'язального правовідношення.

Багатосторонні правочини – це різновид взаємних правочинів (договорів), в яких виражається воля трьох і більше сторін. Вступаючи у правовідносини, кожна зі сторін виявляє індивідуальну волю. В окремих випадках їх волевиявлення може збігатися за змістом (наприклад, в учасників договору про спільну діяльність (ст. 1130 ЦК України)) або бути зустрічним (наприклад, при укладенні багатостороннього договору міни (бартеру)).

За економічною ознакою товарообміну і співвідношенням прав і обов'язків сторін, що виникають з правочинів, вони поділяються на *відплатні* і *безоплатні*.

Відплатним визнається правочин, в якому юридична дія здійснюється за еквівалент, тобто в якій майновому наданню однієї сторони (передача грошей, майна, виконання робіт, надання послуг) відповідає зустрічний обов'язок іншої сторони. Більшість цивільно-правових правочинів є відплатними. Хоча варто погодитися з думкою про те, що відплатність не завжди передбачає еквівалентність правовідносин між його учасниками¹.

Відплатність чи безоплатність правочинів визначається законом, але може встановлюватися і сторонами. Закон виходить з презумпції відплатності правочину. Так, ч. 5 ст. 626 ЦК України передбачає, що договір є відплатним, якщо інше не встановлено договором, законом або не впливає із суті договору. Безоплатні правочини – це виняток із загального правила. Більшість відплатних правочинів можуть бути тільки двосторонніми (багатосторонніми). У *безоплатних правочинах* обов'язок виконання дії майнового характеру лежить лише на одній стороні, яка не вправі вимагати зустрічного майнового

¹ Братусь С. Н. Предмет и система гражданского права. Москва: Госюриздат, 1963. С. 52.

надання, тому односторонні правочини завжди безоплатні. Але зустрічаються випадки двосторонніх безоплатних правочинів: дарування, безоплатне користування майном (позичка).

Залежно від моменту, з якого у сторін (сторони) правочину виникають цивільні права і обов'язки, правочини поділяються на *консенсуальні* і *реальні*. *Консенсуальний* правочин укладається шляхом досягнення сторонами згоди за всіма його істотними умовами, тобто сторони повинні узгодити свої взаємні волевиявлення, спрямовані на встановлення, зміну чи припинення правовідносин. Якщо закон вимагає, щоб волевиявлення було виражено у визначеній формі, то правочин вважається укладеним тільки при дотриманні такої форми. Більшість правочинів є консенсуальними.

Для укладення *реального* правочину достатньо вчинити фактичну дію (наприклад, викинути річ, подати заяву про прийняття спадщини тощо).

Здійснення реального правочину, як правило, припиняє правовідносини, і навпаки, консенсуальні правочини тягнуть за собою зміну чи виникнення інших правовідносин. Наприклад, передача речі в порядку виконання консенсуального правочину може збігтися, але не обов'язково має збігатися в часі з моментом його укладення. Передача речі в реальній угоді виражає той факт, що угода відбулася, і тому обов'язково має збігтися в часі з моментом її укладення¹.

Залежно від форми волевиявлення розрізняються *усні* та *письмові* правочини. *Усним* є такий правочин, в якому волевиявлення сторін не фіксується на зовнішніх носіях. Найчастіше усні правочини укладаються і виконуються одночасно. *Письмовим* є правочин, волевиявлення на учинення якого згідно з чинним законодавством мало відбутися через складання відповідного документа. У свою чергу, письмові правочини бувають прості та кваліфіковані. Кваліфікованими є ті, для яких згідно з законодавством необхідне нотаріальне посвідчення чи реєстрація.

За правовим значенням підстави правочину для його дійсності правочини поділяються на *каузальні* й *абстрактні*².

Під *підставою* правочину варто розуміти причину, за якої сторона зобов'язана зробити ті чи інші дії. Підставу в правочині слід відрізнити від *мотиву*, за яким відбувся правочин. Одна особа здійснює передавання на користь іншої особи завжди за якоюсь підставою. Будь-який правочин повинен мати підставу, що визначається його метою, правочинів без мети бути не може. Мотив – це психологічне бажання, яке спонукає сторону зробити визначені дії. Мотиви не мають сили юридичних фактів, а значить і юридичного

¹ Иоффе О. С. Советское гражданское право. Москва: Юрид. лит., 1967. С. 266.

² Від латинського «*causa*» – підстава і «*abstrahere, abstrahere*» – відривати, відокремлювати.

значення, оскільки перебувають за межами правочину і не входять у його зміст.

Правочини, в яких прямо зазначена підстава (причина) вчинених дій, від яких залежить його дійсність, іменуються *каузальними*. Більшість цивільно-правових правочинів є каузальними, оскільки його сторони в правовідносинах бажають досягти суб'єктивних результатів, що здебільшого не збігаються.

Якщо законом прямо передбачається, що підстава правочину юридично байдужа, або причина (підстава) здійснення дій прямо не виражена, такі правочини іменуються *абстрактними*. Типовим прикладом абстрактного правочину є вексель, банківська гарантія.

У випадках, коли виникнення, зміна чи припинення прав та обов'язків, передбачених правочином, *залежать від строку, терміну, настання або ненастання якої-небудь умови*, правочини поділяються на *безстрокові, строкові (термінові) й умовні*.

У *безстрокових* правочинах не визначається ні час вступу його в дію, ні момент його припинення. Такий правочин припиняється за вимогою будь-якої сторони (наприклад, майновий найм). Оскільки термін і строк – категорії, які сторони правочину використовують як юридичний факт, що обов'язково настане в майбутньому, то, відповідно, терміновими (строковими) називаються і правочини, в яких виникнення, зміна чи припинення прав і обов'язків поставлено в залежність від настання події в майбутньому, стосовно якої точно відомо, що вона настане. Термін визначається в правочині найчастіше календарною датою або вказівкою на настання іншої обставини (відкриття навігації, встановлення гарної погоди тощо). Залежно від того, чи пов'язується з настанням терміну виконання правочину або припинення прав і обов'язків, що виникли раніше, терміни поділяються на *відкладені та скасовуючі*.

Залежно від того, наскільки вірогідно сторони правочину передбачають зміну прав та обов'язків за правочином, виділяються *умовні* правочини. Умова – це обставина, про яку в момент укладення правочину сторонам невідомо, настане вона в майбутньому (після укладення правочину) чи не настане. Умовним правочином, наприклад, буде заповіт з умовою (ст. 1242 ЦК України). Умова в правочині може бути як пов'язана з діями сторін правочину, наприклад, укладення шлюбу, здобуття освіти тощо, так і не пов'язана з діями сторін, наприклад, стан здоров'я осіб, смерть особи.

Особи, які вчиняють правочин, мають право обумовити настання або зміну прав та обов'язків обставиною, щодо якої невідомо, настане вона чи ні (відкладальна обставина).

Особи, які вчиняють правочин, мають право обумовити припинення прав та обов'язків обставиною, щодо якої невідомо, настане вона чи ні (скасувальна обставина).

Передбачається, що умова в правочині є нікчемною, якщо вона суперечить закону або моральним засадам суспільства.

Залежно від строку дії наслідків правочину правочини можуть поділятися на *розпорядчі* – що не тягнуть за собою тривалих наслідків (викидання речі тощо), і *зобов'язальні* – що тягнуть за собою такі наслідки (майновий найм, заповідальний відказ тощо)¹.

Залежно від ступеня можливості проявляти волю в правочинах правочини поділяються на *легітарні* (такі, що мають основою приписи закону), *волюнтарні* (не передбачені законом, але укладаються особами у результаті їх вільного волевиявлення)².

Залежно від характеру зв'язків між сторонами правочину в особливу групу виділяються *фідуціарні правочини* (від лат. «*fiducia*» – довіра). Необхідно зазначити, що довіра – необхідний елемент усякого правочину. Існують правочини, сама суть яких спирається на взаємну довіру його учасників, наприклад, договір доручення, комісії, зберігання. Головне в фідуціарному правочині – це розбіжність між внутрішніми відносинами учасників правочину та їх зовнішнім вираженням³.

Навпаки, правочини, де довіра до його учасника чи вірогідність настання передбачуваних наслідків дуже проблематичні, називаються *алеаторними*, тобто ризиковими. Класичним їх прикладом є договори страхування.

С. В. Ясечко

§ 7. Форма правочину та правові наслідки її недодержання

Якщо воля виражається зовні у волевиявленні, то важливо й те, в якій формі воно має бути, щоб стверджувати про його наявність. Значення набуває проблематика форми правочину. В українській цивілістиці є кілька наукових праць, присвячених цьому питанню⁴. Однією з умов, додержання яких є

¹ Тархов В. А. Гражданское право. Общая часть. Курс лекций. Чебоксары: Чуваш. кн. изд-во, 1997. С. 220.

² Цивільне право. URL: <http://profmeter.com.ua/communication/learning/course/course13/lesson101/>

³ Иоффе О. С. Советское гражданское право. Москва: Юрид. лит., 1967. С. 267–268.

⁴ Бобко Т. В. Застосування категорії «форма» при визнанні правочинів нечинними або недійсними. *Проблеми законності*. 2007. Вип. 85. С. 23–28; Її ж. Письмова форма правочинів: проблеми законодавчого регулювання. *Право України*. 2007. № 11. С. 110–114; Її ж. Поняття і наслідки правочину: проблеми теорії та практики. *Бюлетень М-ва юстиції України*. 2010. № 12. С. 56–62; Бобко Т. В. Зміст і форма правочину в цивільному праві: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Нац. ун-т «Юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого». Харків, 2011. 20 с.

необхідним для чинності правочину, є те, що правочин має вчинятися у формі, встановленій законом.

Форма правочину – це зовнішня форма вираження та закріплення способу волевиявлення, що дає можливість зафіксувати волю сторін, підтвердивши реальність їх намірів щодо настання, зміни чи припинення цивільних прав та обов'язків. Волевиявлення на вчинення правочину може відбуватися в різний спосіб, а саме: усно, письмово, шляхом мовчання, шляхом вчинення конклюдентних дій. Сторони можуть самостійно обирати, в який спосіб здійснювати своє волевиявлення, крім випадків, встановлених законом. Тому вибір форми може залежати як від волі суб'єктів, які виявили бажання укласти правочин, так і від вимог законодавства, яким може така форма бути встановлена. Відповідно до ч. 1 ст. 205 ЦК України сторони мають право обирати форму правочину, якщо інше не встановлено законом. Тобто, якщо закон передбачає вимоги щодо необхідності укладення правочину у визначеній формі то недотримання її може тягнути певні правові наслідки, а саме, наприклад, недійсність правочину тощо.

Розгляд цього питання тісно пов'язаний із попереднім і, власне, відображає формальні вимоги чинного законодавства до способу вираження волевиявлення у правочині. Відповідно до ч. 1 ст. 205 ЦК України правочин може вчинятися усно або в письмовій (електронній) формі.

Усно можуть укладатися правочини, які:

- повністю виконуються сторонами у момент їх вчинення, окрім тих, які підлягають нотаріальному посвідченню та (або) державній реєстрації;
- при недодержанні письмової форми не мають наслідком їх недійсність (ст. 206 ЦК України). Прикладом такого правочину може бути купівля-продаж за готівку. Зокрема, юридичні особи можуть укладати усні правочини, якщо сплатили за товари та послуги на підставі усного правочину з другою стороною, і отримали документ, що підтверджує підставу сплати та суму одержаних грошових коштів. Дотримання усної форми правочину не є обов'язковим, його сторони можуть за домовленістю ускладнювати форму і вчиняти усні правочини в письмовій формі, якщо це не суперечить договору або закону.

Отже, усні правочини вчиняються здебільшого фізичними особами. Вони є фідуціарними і не потребують особливих пересторог щодо подальшого доказування перебування у таких цивільних правовідносинах. Значно ширшою є сфера застосування письмових правочинів.

Стаття 208 ЦК України містить перелік правочинів, які належить вчиняти у письмовій формі. До них належать:

- 1) правочини між юридичними особами;
- 2) правочини між фізичною та юридичною особами, крім правочинів, які укладаються усно;

3) правочини фізичних осіб між собою на суму, що перевищує у двадцять і більше разів розмір неоподаткованого мінімуму доходів громадян, крім правочинів, які укладаються усно;

4) інші правочини, щодо яких законом встановлена письмова форма.

Письмова форма правочину – це узагальнене поняття, тому ст. 207 ЦК України містить загальні вимоги до письмової форми правочину.

По-перше, правочин вважається таким, що вчинений у письмовій формі, якщо воля сторін зафіксована на матеріальному носії (шляхом укладення одного або кількох документів); у листах, телеграмах, якими обмінялися сторони, за допомогою телетайпного, електронного або іншого технічного засобу зв'язку.

По-друге, правочин вважається таким, що вчинений у письмовій формі, якщо він підписаний його стороною (сторонами), або особами, уповноваженими на це установчими документами юридичної особи, довіреністю, законом або іншими актами цивільного законодавства. Для осіб, які у зв'язку з хворобою або фізичною вадою не можуть підписатися власноручно, існує інститут «рукоприкладчика». Рукоприкладчик за дорученням особи і в її присутності підписує текст правочину.

По-третє, використання при вчиненні правочинів факсимільного відтворення підпису за допомогою засобів механічного або іншого копіювання, електронного підпису або іншого аналога власноручного підпису допускається у випадках, установлених законом, іншими актами цивільного законодавства, або за письмовою згодою сторін, у якій мають міститися зразки відповідного аналога їхніх власноручних підписів.

У деяких випадках закон спрощує процедуру укладення письмового правочину. Так, підпис іншої особи на тексті правочину, який не вимагає нотаріального посвідчення, може бути засвідчений відповідною посадовою особою за місцем роботи, навчання, проживання або лікування особи, яка його вчиняє.

Недодержання сторонами простої письмової форми правочину, яка встановлена законом, за загальним правилом не має наслідків його недійсності, крім випадків, встановлених законом. Тому заперечення однією із сторін факту вчинення правочину або оспорювання окремих його частин може доводитися тільки письмовими доказами (розписками, листами, чеками, іншими документами), засобами аудіо-, відеозапису тощо. *Рішення суду не може ґрунтуватися на свідченнях свідків.* Практично це означає неможливість його учасників посилатися на показання свідків для доказування факту існування самого правочину. Показання свідків як засоби доказування є недопустимими. Тому це варто мати на увазі, зокрема при укладенні договору позики. У практичній діяльності досить часто сторона, яка не отримала належного виконання за правочином, звертається до поліції з заявою про

шахрайство іншої сторони з метою мати змогу посилатися на показання свідків у протоколах допиту.

Законодавець передбачив ще один виняток з правил: якщо правочин, недійсність якого встановлена законом, укладений усно, і одна зі сторін вчинила дію, а інша підтвердила її вчинення, зокрема шляхом прийняття виконання, то такий правочин у разі спору може бути визнаний судом дійсним (ч. 2 ст. 218 ЦК України)

У випадках, установлених законом, настають і більш серйозні наслідки недотримання простої письмової форми – правочин визнається недійсним. Це стосується неустойки, поруки тощо.

У випадку укладення складних правочинів, що виходять за межі звичайних і стосуються істотних інтересів громадян та потребують спеціальних знань, закон передбачає *кваліфіковану письмову форму* – форму письмового документа, *нотаріально посвідченого*. Така форма прямо передбачена законом для правочинів, за якими переходить право власності на квартири, житлові будинки; заповітів; деяких довіреностей; застави нерухомості; договору довічного утримання (догляду) й інших правочинів, передбачених законом. Нотаріально посвідчений правочин відповідає всім вимогам, що ставляться до письмових правочинів, з одним винятком – він посвідчується спеціально уповноваженою особою (нотаріусом, посадовими особами, консулами) відповідно до Закону України «Про нотаріат»¹ та у встановленому порядку². За бажанням сторін будь-який правочин може бути укладений в нотаріальній формі.

У разі недодержання вимоги закону про нотаріальне посвідчення одностороннього правочину законодавець передбачив такі наслідки: визнання одностороннього правочину нікчемним, лише у виняткових випадках суд може визнати такий правочин дійсним, якщо буде встановлено, що він відповідав справжній волі особи, яка його вчинила, а нотаріальному посвідченню перешкоджала обставина, яка не залежала від її волі (непереборна сила, скоєння злочину, надзвичайні умови тощо).

У разі недодержання сторонами вимоги закону про нотаріальне посвідчення договору такий договір є нікчемним. Виняток становить ситуація, за якою сторони домовилися щодо всіх істотних умов договору, що підтверджується письмовими доказами, і відбулося повне або часткове виконання договору, але одна зі сторін ухилилася від його нотаріального посвідчення, – суд може визнати такий договір дійсним. У цьому разі наступне нотаріальне посвідчення договору не потрібно.

¹ Про нотаріат: Закон України від 02.09.1993 р. № 3425-ХІІ. *Відомості Верховної Ради України*. 1993. № 39. Ст. 383.

² Порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України: Наказ Міністерства юстиції України від 22.02.2012 р. № 296/5. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0282-12/>.

На рівні ЦК України закріплено особливу стадію укладення правочинів – державну реєстрацію (ст. 210 ЦК України). Правочин підлягає державній реєстрації лише у випадках, встановлених законом. Такий правочин є вчиненим з моменту його державної реєстрації. Зокрема, ст. 1304 ЦК України передбачає, що спадковий договір укладається у письмовій формі і підлягає нотаріальному посвідченню, а також державній реєстрації у Спадковому реєстрі в порядку, затвердженому Кабінетом Міністрів України.

С. В. Ясечко

§ 8. Електронні правочини

На сучасному етапі розвитку світової цивілізації з появою нових засобів електронного зв'язку, які стали загальнодоступними для людей, існує реальна можливість вчинення особою за їх допомогою дій, які б спрямовувалися на набуття, зміну та припинення цивільних прав та обов'язків. Сучасні засоби електронного передання даних дають змогу фізичним та юридичним особам вільно та оперативно вступати у цивільні правовідносини, реалізуючи при цьому свої права та обов'язки, а тому важливим при цьому є нормативно-правове регулювання електронної сфери цивільних відносин, зокрема вчинення електронних правочинів.

Особливість змісту електронних правочинів, їхнє значення та специфіка вчинення стали причиною неоднозначних поглядів вчених на вирішення питання про те, чи можна відносити електронні правочини до окремої форми правочинів у цивільному праві. І ця проблема не є новою, адже у теорії цивільного права не є і новою дискусія про те, що варто розуміти під формою правочину взагалі.

Протилежні погляди на це питання сформувався у доктрині права в радянські часи. Одні вчені доводили ідею, що під формою правочину потрібно розуміти форму вираження волі¹, інша група науковців відстоювала вчення, відповідно до якого формою правочину є спосіб фіксації волі його учасників².

На думку представників української доктрини права, зокрема А. В. Чучковської³ та О. Гудзь⁴, правочин, вчинений з використанням електронних засобів зв'язку, є різновидом письмової форми. Як вважає О. Гудзь, єдиною

¹ Советское гражданское право: учебник: в 2-х т. Т. 1 / под ред. О. А. Красавчикова. 3-е изд., испр. и доп. Москва: Высш. школа, 1985. С. 225.

² Иоффе О. С. Советское гражданское право. Москва: Юрид. лит., 1967. С. 178.

³ Чучковська А. В. Правове регулювання господарських договорів, що вчиняються через мережі електров'язку: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.04 / Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка; Київ, 2004. 20 с.

⁴ Гудзь О. Еволюція форм правочинів: від усної – до «електронної». *Юридичний журнал*. 2006. № 1. С. 32–37.

відмінністю електронного правочину є те, що він фіксується на віртуальному папері, а не на виробленому із переробленої деревини¹. Як слушно зазначає А. В. Чучковська, еволюція носія письмової форми не призводить до виникнення нової форми поряд із письмовою². О. Р. Шишка теж є прихильником зазначеної позиції та стверджує, що можна вважати електронну форму різновидом письмової форми правочину³.

І. В. Спасибо-Фатєєва вважає, що віднесення правочинів, вчинених за допомогою електронних засобів зв'язку, до письмових, слід розуміти як подання інформації (змісту правочину) на інших носіях, аніж папір, однак із фіксацією волі (думки, намірів) сторін через логічно упорядковані знаки»⁴. Вказану позицію підтримала А. В. Чучковська, вважаючи, що еволюція носія письмової форми не призводить до виникнення нової форми поряд із письмовою. На її думку, використання як матеріального носія письмової форми каменю, пергаменту, паперу не створювало кам'яної, пергаментної чи паперової форми. Існувала одна й та сама форма – письмова. При цьому акцент робиться не на носії форми, а на способі її закріплення – письмово за допомогою умовних знаків, які розташовуються у певному порядку⁵.

Різниця між традиційними та електронними правочинами полягає у способі обміну сторонами волевиявленнями та іноді в способі виконання правочину. Різниця полягає також і в методі комунікації сторін на етапі вчинення та/або виконання правочину. Тому саме спосіб вчинення та виконання електронного правочину є ключовою його відмінністю від традиційного. Крім того, характерними рисами електронних правочинів є інтерактивність, безпосередність і мультимедійність пропозицій та реклами.

Цивільне законодавство електронну форму правочину ототожнює з письмовою формою. Підтвердженням цього є ст. 205 ЦК України, у якій зазначено, що правочин може вчинятися усно або в письмовій (електронній) формі. Сторони мають право обирати форму правочину, якщо інше не

¹ Гудзь О. Еволюція форм правочинів: від усної – до «електронної». *Юридичний журнал*. 2006. № 1. С. 32–37.

² Чучковська А. В. Правове регулювання господарських договорів, що вчиняються через мережі електров'язку: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.04 / Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка; Київ, 2004. 20 с.

³ Шишка О. Р. Співвідношення понять «електронна комерція» та «електронна торгівля». URL: <http://www.stattionline.org.ua/index.php/pravo/76/12144-spivvidnoshennya-ponyat-elektronna-kommerciya-ta-elektronna-torgivlya.html>.

⁴ Спасибо-Фатєєва І. Актуальні питання форми правочинів (теоретико-практичний аспект). *Підприємництво, господарство і право*. 2002. № 8. С. 32–36.

⁵ Чучковська А. В. Правове регулювання господарських договорів, що вчиняються через мережі електров'язку: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.04 / Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка; Київ, 2004. 20 с.

встановлено законом. Правочин вважається таким, що вчинений у письмовій формі, якщо його зміст зафіксований в одному або кількох документах (у тому числі електронних), у листах, телеграмах, якими обмінялися сторони, а також якщо воля сторін виражена за допомогою телетайпного, електронного або іншого технічного засобу зв'язку.

Законодавством врегульовано питання, як саме повинні вчинятися електронні правочини. Згідно зі ст. 10 Закону України «Про електронну комерцію»¹ електронні правочини вчиняються на основі відповідних пропозицій (оферт). Електронний правочин в електронній комерції укладається шляхом пропонування та акцептування оферти сторонами правочину. Інформування майбутніх покупців щодо товарів, робіт, послуг здійснюється шляхом рекламування та надсилання комерційних електронних повідомлень, які поширюються за згодою особи, якій такі повідомлення адресовані. Комерційне електронне повідомлення має відповідати таким вимогам: а) чітко ідентифікуватися як таке; б) особа, від імені якої надсилається комерційне електронне повідомлення, зобов'язана забезпечити прямий, простий доступ осіб, яким воно адресовано; в) комерційні електронні повідомлення щодо знижок, премій, заохочувальних подарунків тощо мають чітко ідентифікуватися як такі, а умови їх отримання мають бути доступними та викладатися у спосіб, що унеможливорює двозначне розуміння, а також відповідати вимогам законодавства про рекламу; г) інформація про вартість товару, роботи, послуги повинна містити відомості щодо включення податків у її розрахунок та у разі доставки товару – інформацію про вартість доставки.

Покупець має отримати підтвердження вчинення електронного правочину у формі електронного документа, квитанції, чека, квитка або іншого документа у момент вчинення правочину або у момент виконання продавцем обов'язку передати покупцеві товар. Підтвердження вчинення електронного правочину має містити такі відомості: а) умови і порядок обміну (повернення) товару або відмови від виконання роботи чи надання послуги; б) найменування продавця, його місцезнаходження та порядок прийняття претензії щодо товару, роботи, послуги; в) гарантійні зобов'язання та інформація про інші послуги, пов'язані з утриманням чи ремонтом товару або з виконанням роботи чи наданням послуги; г) порядок розірвання договору, якщо строк його дії не визначено. Свобода вчинення електронних правочинів та однаковість юридичної сили електронних правочинів та правочинів, укладених в іншій формі, передбаченій законодавством, є одними з основних принципів правового регулювання у сфері електронної комерції.

Законодавство містить вичерпний перелік правочинів, які не можна

¹ Про електронну комерцію: Закон України від 03.09.2015 р. № 675-19. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/675-19>.

вчиняти у електронній формі, якщо: а) законом встановлено спеціальний порядок переходу права власності або предметом правочину є об'єкти, вилучені з цивільного обороту або обмежені в цивільному обороті відповідно до законодавства; б) однією зі сторін є фізична особа, яка не зареєстрована як фізична особа – підприємець та реалізує або пропонує до реалізації товари, виконує роботи, надає послуги з використанням інформаційно-телекомунікаційних систем; в) стороною правочину є орган державної влади або орган місцевого самоврядування в частині виконання ним функцій держави або місцевого самоврядування; г) правочин підлягає нотаріальному посвідченню або державній реєстрації відповідно до законодавства; д) вчинення правочину регулює сімейні правовідносини; е) правочин стосується грального бізнесу; є) виконання зобов'язання забезпечується особою, яка уклала договір поруки або іншої форми майнового забезпечення, за умови, що така особа діє в цілях, що виходять за межі її господарської діяльності чи незалежної професійної діяльності (ч. 2 ст. 1 Закону України «Про електронну комерцію»).

Оскільки електронний правочин є поняттям похідним щодо поняття правочин, то його, як і правочин у цілому, характеризують такі ознаки:

– по-перше, правочин в цілому і електронний правочин зокрема є юридичним фактом у вигляді дії;

– по-друге, правочин і електронний правочин є волевим актом, наділеним специфічними особливостями. Це не різні дії двох чи більше осіб, а єдине волевиявлення. Волевиявлення – це вираження волі особи зовні, завдяки якому вона стає доступною для сприйняття іншими особами. Волю можна визначити як психічне регулювання поведінки, що полягає в детермінованому і мотивованому бажанні досягнути поставленої мети, у виборі рішення, розробці шляхів, засобів, а також докладанні відповідних зусиль¹;

– по-третє, правочини та електронні правочини повинні бути спрямовані на досягнення правової мети у вигляді виникнення, зміни або припинення цивільних прав і обов'язків. Правочини породжують цивільні правовідносини, оскільки саме цивільним законодавством визначаються правові наслідки, що настають у результаті укладення правочину².

Отже, електронним правочинам притаманні ті самі ознаки, що й звичайним правочинам. Відповідно електронні правочини – це дії, що здійснюються правосуб'єктними учасниками цивільних правовідносин, спрямовані на виникнення, зміну або припинення цивільних прав і обов'язків. Проте особливістю електронного правочину є властиве йому специфічне «середо-

¹ Красикова А. В. Гражданско-правовое регулирование электронных сделок: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Саратовская гос. акад. права; Саратов, 2005. 198 с.

² Гражданское право: в 3 т. Т. 1 / под ред. Ю. К. Толстого, А. П. Сергеева. Москва: ТК Велби, 2000. С. 245.

вище перебування», адже саме електронний правочин породжує так звані «електронні цивільно-правові відносини», виникнення, зміна чи припинення яких можливі лише за умови наявності електронних засобів зв'язку¹.

З наведеного можна визначити особливості електронних правочинів: вчиняються за допомогою інформаційно-телекомунікаційних систем; чітко визначений правовий статус суб'єктів електронної комерції; обумовлені швидкістю вчинення; правові наслідки даного правочину прирівняні до правових наслідків правочинів, вчинених у іншій формі.

О. Л. Зайцев

§ 9. Недійсність правочину: поняття, ознаки

Науковий інтерес до вивчення недійсних правочинів простежувався ще з часів дореволюційного періоду. Перші наукові розробки з цього питання були викладені у монографії Н. Растеряєва «Недействительность юридических сделок по русскому праву», яка вийшла у світ у 1901 р.². Значний внесок у дослідження недійсних правочинів внесла Н. В. Рабинович «Недействительность сделок и ее последствия»³. У подальшому проблемами недійсних правочинів займалися В. П. Шахматов «Составы противоправных сделок и обусловленные ими последствия»⁴, Ф. С. Хейфець «Недействительность сделок по советскому гражданскому праву»⁵, К. Л. Разумов «Пороки воли как основание недействительности сделок: сравнительно-правовой анализ и международная унификация»⁶, наукові положення яких уже ґрунтувалися на ЦК УРСР 1963 р.

Науковий інтерес до дослідження проблематики недійсних правочинів не зменшується й сьогодні. В Україні цій тематиці присвячені праці таких правників, як Н. С. Хатнюк «Заперечні угоди та їх правові наслідки» (2003 р.)⁷,

¹ Блажівська Н. Є. Електронний правочин у цивільному праві України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Ін-т законодавства Верховної Ради України. Київ, 2013. 20 с.

² Растеряев Н. Недействительность юридических сделок по русскому праву. Часть общая и особенная. Санкт-Петербург: Тип. Товарищества «Общественная польза», 1900. 373 с.

³ Рабинович Н. В. Недействительность сделок и ее последствия. Ленинград: Изд-во Ленингр. ун-та, 1960. 171 с.

⁴ Шахматов В. П. Составы противоправных сделок и обусловленные ими последствия. Томск: Изд-во Том. ун-та, 1967. 311 с.

⁵ Хейфец Ф. С. Недействительность сделок по советскому гражданскому праву: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Моск. ин-т нар. хоз-ва им. Г.П. Плеханова. Москва, 1972. 16 с.

⁶ Разумов К. Л. Пороки воли как основание недействительности сделок: сравнительно-правовой анализ и международная унификация: дис. канд. юрид. наук: 12.00.03 / Москва, 1978. 191 с.

⁷ Хатнюк Н. С. Заперечні угоди та їх правові наслідки: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / НАН України; Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького. Київ, 2003. 20 с.

В. О. Кучер «Нікчемні правочини» (2004 р.)¹, В. І. Жеков «Правочини, які порушують публічний порядок за цивільним законодавством України» (2006 р.)², О. В. Перова «Недійсність правочину, який порушує публічний порядок» (2010 р.)³ та ін.

Незважаючи на широкий інтерес науковців до проблем недійсних правочинів, нині ще виникає немало теоретичних та практичних питань навколо блоку правочинів, укладених із порушенням вимог законодавства, зокрема й тих, що стосуються вимог єдності волі та волевиявлення учасників правочину, досі не існує єдиної позиції щодо юридичної природи недійсних правочинів та їх місця в системі юридичних фактів.

Варто відзначити, що відповідно до п. 2 ч. 2 ст. 16 ЦК України визнання правочину недійсним визнано способом захисту цивільних прав, що є новелою цивільного законодавства. *Недійсним правочином* визнається такий, який, хоча й спрямований на настання певних наслідків, але в силу невідповідності вимогам чинного законодавства їх не спричиняє.

Відповідно до ч. 2 ст. 215 ЦК України *недійсним* є правочин, якщо його недійсність встановлена законом (*нікчемний правочин*). Якщо недійсність правочину прямо не встановлена законом, але одна зі сторін або інша заінтересована особа заперечує його дійсність на підставах, встановлених законом, такий правочин може бути визнаний судом недійсним (*оспорюваний правочин*).

Недійсність правочину означає, що дії фізичних і юридичних осіб, хоча й спрямовані на встановлення, зміну чи припинення цивільних прав і обов'язків, але не створюють цих юридичних наслідків через невідповідність вчинених дій вимогам юридичного факту, передбаченого законодавством.

Згідно з ч. 1 ст. 215 ЦК України підставою недійсності правочину є недодержання в момент вчинення правочину стороною (сторонами) вимог, які встановлені ч.ч. 1–3, 5, 6 ст. 203 ЦК України. Звідси, якщо вчинений правочин не відповідає хоча б одній із вказаних у ст. 203 ЦК України вимог, він може бути визнаний недійсним, за винятком вимоги про вчинення правочину у формі, встановленій законом (при порушенні цієї вимоги правочин є недійсним лише у випадках, встановлених законом).

Залежно від того, які умови правочину були порушені, юридична доля правочину може бути вирішена різними шляхами. Якщо істотні умови

¹ Кучер В.О. Нікчемні правочини: автореф. дис ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Львів. нац. ун-т ім. Івана Франка. Львів, 2005. 16 с.

² Жеков В. І. Правочини, які порушують публічний порядок за цивільним законодавством України: дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Одес. нац. юрид. акад. Одеса, 2005. 208 с.

³ Перова О. В. Недійсність правочину, який порушує публічний порядок: автореферат дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Харків. нац. ун-т внутр. справ. Харків, 2010. 15 с.

правочину суперечать положенням нормативно-правових актів, такий правочин визнається недійсним в цілому. При недійсності окремої частини правочину, яка не належить до істотних і не має наслідком недійсності інших його частин або правочину в цілому, якщо можна припустити, що правочин був би вчинений, і без включення до нього недійсної частини, він визнається дійсним. В юридичній літературі зазначається, що при визнанні правочину недійсним визначальним є значимість недійсної частини з точки зору сторін. Якщо без недійсної частини правочин втрачає заінтересованість для сторін (або сторони), то він повинен визнаватися недійсним в цілому¹.

Недійсні правочини мають свої загальні, спеціальні, а деякі з них й індивідуальні ознаки.

Загальні ознаки недійсності правочинів закріплені в ст.ст. 203, 215 ЦК України, до них належать: 1) невідповідність змісту правочину ЦК України, іншим актам цивільного законодавства, інтересам держави і суспільства, моральним засадам суспільства; 2) відсутність необхідного обсягу дієздатності особи, що вчиняє правочин; 3) невідповідність волевиявлення учасника правочину його внутрішній волі; 4) недотримання форми правочину (недійсність настає у випадках, встановлених законом); 5) небажання сторін по досягненню реальних правових наслідків, які були обумовлені правочином; 6) суперечність правочину, що укладається батьками (усиновлювачами), правам та інтересам малолітніх, неповнолітніх та непрацездатних дітей.

До *спеціальних (кваліфікуючих) ознак недійсності правочину* належать:

- 1) недодержання вимоги закону про нотаріальне посвідчення договору;
- 2) вчинення правочину малолітньою особою за межами її цивільної дієздатності;
- 3) вчинення правочину неповнолітньою особою за межами її цивільної дієздатності;
- 4) вчинення правочину фізичною особою, цивільна дієздатність якої обмежена, за межами її цивільної дієздатності;
- 5) вчинення правочину без дозволу органу опіки та піклування;
- 6) вчинення правочину дієздатною фізичною особою, яка у момент його вчинення не усвідомлювала значення своїх дій та (або) не могла керувати ними;
- 7) вчинення правочину недієздатною фізичною особою;
- 8) вчинення юридичною особою правочину, якого вона не мала права вчиняти;
- 9) вчинення правочину, який порушує публічний порядок;
- 10) вчинення правочину під впливом помилки;
- 11) вчинення правочину під впливом обману;
- 12) вчинення правочину під впливом насильства;
- 13) вчинення правочину у результаті зловмисної домовленості представника однієї сторони з другою стороною;
- 14) вчинення правочину під впливом тяжкої обставини;
- 15) вчинення фіктивного правочину;
- 16) вчинення удаваного правочину тощо.

¹ Гражданское право: учебник. Т. 1. 6-е изд., перераб. и доп. / под ред. А. С. Сергеева, Ю. К. Толстого. Москва: Велби, 2002. С.311.

О. Л. Зайцев

§ 10. Правова природа недійсного правочину

Визначення *правової природи недійсності правочину* в доктрині права завжди було предметом дискусії.

У науці радянського цивільного права жваві суперечки викликали питання про те, чи є недійсний правочин юридичним фактом взагалі і правочином зокрема. При цьому основним аргументом противників визнання недійсних правочинів юридичним фактом, а отже і правочином було те, що юридичний факт – це факт реальної дійсності, з яким закон пов'язує настання певних юридичних наслідків. Оскільки *недійсний правочин юридичних наслідків не викликає, то і вважати його юридичним фактом немає ніяких підстав*. Один із прихильників такого підходу С. Ф. Кечекьян зазначав, що термін «недійсний правочин», який активно вживається і в законі, і на практиці, не спричиняє правових наслідків, а отже не може бути віднесений до числа юридичних дій¹. Заперечує значення юридичного факту по відношенню до недійсного правочину Д. О. Тузов. Він зазначає, що недійсність – це заперечення юридичної значущості, правового сенсу, а недійсний правочин – це відсутність юридичного факту, дія, байдужа для права².

Такий погляд на природу недійсних правочинів не знайшов підтримки серед представників цивілістичної думки. Як зауважив О. В. Гутніков, позиція тих, хто не вважає недійсний правочин юридичним фактом взагалі або правочином зокрема, базується на двох принципово помилкових тезах:

1) недійсність стосується тільки правочину-факту, а не до правочину-правовідношення; 2) правочин як юридичний факт завжди тягне за собою саме ті юридичні наслідки, на які була спрямована воля його сторін³.

До числа активних прихильників другого підходу «*недійсний правочин – це правопорушення*» можна зарахувати Ф. С. Хейфеця, який правопорушеннями вважав не тільки вчинені недійсні правочини, а й ті правочини, що об'єктивно не відповідають вимогам закону. На думку вченого, особливість цивільного права і цивільно-правової відповідальності, що припускає відповідальність без вини, дозволяє всі недійсні правочини вважати правопорушеннями, незалежно від того, чи вчинені вони з вини або без вини їх

¹ Кечекьян С. Ф. Правоотношения в социалистическом обществе. Москва: АН СССР, 1958. С. 177.

² Тузов Д. О. Реституция в гражданском праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Томск. гос. ун-т. Томск, 1999. С. 6.

³ Гутников О. В. Недействительные сделки в гражданском праве. Теория и практика опаривания. Москва: Бератор-Пресс, 2003. С. 33.

учасників. Для визначення природи недійсних правочинів автор запроваджує термін «неделіктне правопорушення», що характеризується об'єктивною протиправністю, при цьому він не наводить його поняття та не розкриває його змісту¹.

Досить близькими до розуміння недійсного правочину як правопорушення є міркування В. Б. Ісакова, який відносив недійсні правочини до так званих дефектних юридичних фактів, вважаючи, що дефектність юридичного факту має в своїй основі дефектність соціально-юридичної ситуації. Дефектною слід вважати таку ситуацію, в якій відсутні деякі необхідні ознаки².

Більш переконливий при віднесенні недійсних правочинів до цивільних правопорушень М. І. Брагінський, оскільки, на його думку, якщо недійсний правочин вважати правочином, то з родового поняття «правочин» необхідно буде виключити один із його головних елементів – правомірність³.

І. В. Матвеев, безпосередньо досліджуючи правову природу недійсних правочинів, пропонує розглядати їх як специфічний різновид порушень, що вчиняються у сфері цивільних правовідносин. На його думку, правочин і недійсний правочин мають різну правову природу, оскільки перший досягає або може досягти необхідного юридичного результату, а другий – цей результат не створює (нікчемний недійсний правочин), або він анулюється судом (оспорюваний недійсний правочин). Таким чином, недійсний правочин – це дія, вчинена у вигляді правочину, щодо якої законом і (або) судом встановлено порушення хоча б однієї з умов дійсності правочину, не здатна породити ті цивільно-правові наслідки, настання яких бажали його суб'єкти⁴. Досліджуючи юридичні наслідки недійсних правочинів, науковець пов'язує їх виникнення у сторони-порушника саме з покладенням цивільно-правової відповідності. При цьому не випадково робиться застереження, що недійсні правочини є цивільними правопорушеннями тільки у більшості випадків⁵. Тим самим він визнає, що в деяких випадках недійсні правочини взагалі не є цивільними правопорушеннями.

Подібні міркування були висловлені В. І. Жековим. Досліджуючи правочини, які порушують публічний порядок, він погоджується з тим, що дійсний і недійсний правочини є різними групами юридичних фактів, які мають різну правову природу і не створюють єдиного родового поняття. На

¹ Хейфец Ф. С. Недействительность сделок по российскому гражданскому праву. 2-е изд., доп. Москва: Юрайт, 2001. С. 45–46.

² Исаков В. Б. Юридические факты в советском праве. Москва: Юрид. лит., 1984. С. 118.

³ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. Изд. доп., стереотип. Москва: Статут, 2002. С. 190.

⁴ Матвеев И. В. Правовая природа недействительных сделок. Москва: Юрлитинформ, 2002. С. 18–19.

⁵ Там само. С. 45.

його думку, недійсні правочини – це узагальнююча категорія для групи різних за своєю природою неправомірних дій¹. При цьому автор серед недійсних правочинів виділяє такі, для застосування наслідків яких важливий не тільки об'єктивний критерій (протиправність дій), а й суб'єктивний критерій (вина). Невипадково, зазначає він, як наслідки недійсності названих правочинів саме для винної сторони в законодавстві можуть бути передбачені несприятливі наслідки: стягнення всього отриманого за недійсним правочином у дохід держави, а в окремих випадках – відшкодування завданих потерпілій стороні збитків. Зазначені наслідки недійсного правочину є санкцією за вчинене правопорушення і є мірою відповідальності. Правочини, визнані недійсними за одним лише об'єктивним критерієм, спричиняють для сторін наслідок у формі двосторонньої реституції – відновлення стану, що існував до порушення права. Однак названі наслідки настають не як результат правочину, на який сторони розраховували при його вчиненні, а є примусовим заходом. Підсумовуючи, В. І. Жеков робить висновок, що за своєю юридичною природою недійсний правочин – це цивільне правопорушення або проступок. Характер застосовуваних наслідків недійсності правочину визначається ступенем вини особи, яка вчинила правочин².

Дещо подібні погляди поділяють і інші науковці, наприклад, Т. Ш. Кулматов³ та О. В. Гутніков. При цьому О. В. Гутніков справедливо зауважує, що при визначенні поняття недійсності правочину важливо розмежовувати поняття правочину як юридичного факту та правочину як правовідношення. Він відзначає, що недійсністю є заперечення правом юридичних наслідків правочину (волевиявлення), які за нормальних умов повинні були б настати. З чого випливає, що коли говорять про «недійсність правочину», має йтися про недійсність (заперечення) правочину-правовідношення, тобто недійсність (заперечення) тих прав і обов'язків, які мали настати внаслідок вчинення правочину, але в силу певних підстав не настали. Таким чином, за висловлюванням автора, мова йде не про заперечення правочину-юридичного факту (як вважають деякі), а про заперечення правочину-правовідношення⁴.

Отже, підходячи до питання про визначення місця недійсних правочинів серед неправомірних дій, багато хто з прихильників зазначеного підходу наштовхується на очевидні труднощі класифікації: встановивши, що непра-

¹ Жеков В. І. Правочини, які порушують публічний порядок за цивільним законодавством України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Одес. нац. юрид. акад. Одеса, 2005. С. 79, 81.

² Там само. С. 92–93.

³ Кулматов Т. Ш. Недействительные сделки по гражданскому праву и правовые средства органов внутренних дел по их предотвращению: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Т. Ш. Кулматов; Москва, 1996. С. 69.

⁴ Гутніков О. В. Недействительные сделки в гражданском праве. Теория и практика оспаривания. Москва: Бератор-Пресс, 2003. С. 28.

вومیрну дію можна віднести до правопорушень (деліктів), вони намагаються відшукати серед неправомірних дій «підходящу» категорію, до якої можна було б віднести недійсні правочини. Після того як такої категорії знайти не вдається, розпочинаються спроби виділити недійсні правочини в самостійну категорію неправомірних дій.

Третій підхід характеризується тим, що *недійсні правочини є самостійними видами правочинів і відрізняються між собою такими ознаками, як правомірність або неправомірність* (Д. М. Генкін, І. Б. Новицький, В. П. Шахматов, Н. В. Рабінович, К. Л. Разумов та ін.). Автори цього підходу виходять із того, що правомірність або неправомірність дії не є необхідною ознакою правочину, а має значення тільки для її наслідків.

Так, на думку Д. М. Генкіна, недійсний правочин за багатьма ознаками дійсно наближається до деліктів (правопорушень), проте має суттєві відмінності від останніх. Зокрема, основною ознакою, що відрізняє правочин від делікту, за його міркуванням, є спрямованість дії на встановлення, зміну і припинення цивільного правовідношення, у той час як при правопорушенні порушник не бажає настання тих чи інших наслідків¹.

І. С. Самощенко, критикуючи прихильників діаметрально протилежного підходу, висловився категорично проти необхідності створення окремої категорії «неделіктних правопорушень», зазначаючи, що вона не відповідає основам теорії про правопорушення, оскільки недійсні правочини, розглянуті через призму теорії правопорушення, виявляються розділеними на дві групи – частина з них, дійсно, відповідає ознакам правопорушення, але решта – правопорушеннями вважатися не може. На його думку, правочини, заборонені цивільним правом, – це дії неправомірні, а за визначених умов – правопорушення. Отже, заборонений, тобто недійсний правочин, є правочином, що тягне особливі наслідки для його учасників².

Відстоюючи цю позицію, Н. В. Рабінович вважала, що саме неправомірність недійсного правочину зумовлює анулювання правочину і визначає ті наслідки, які зумовлюють визнання його недійсним. Однак, на її думку, з цього не випливає, що він перестає бути правочином, а стає деліктом, як і не перестає бути актом незаконний адміністративний акт чи не перестає бути договором договір, що не виконується. Намагаючись відстояти свою позицію, авторка спробувала основні ознаки правочину застосувати до недійсного правочину³. Проте уже згодом М. І. Брагінський переконливо продемонстру-

¹ Генкин Д. М. Недействительность сделок, совершенных с целью противной закону. *Ученые записки ВШЮН*. Вып 5. 1947. С. 50.

² Самощенко И. С. Понятие правонарушения по советскому законодательству. Москва: Юрид. лит, 1963. С. 180–181.

³ Рабинович Н. В. Недействительность сделок и ее последствия. Ленинград: Изд-во

вав недосконалість такої спроби, навівши як приклад фіктивний правочин, для якого жодна із названих вченою ознак не властива¹.

При визначенні правової природи недійсного правочину міркування авторів четверного правового підходу характеризуються певною компромісністю, вони заперечують й ідею «недійсний правочин – у будь-якому разі правочин», і думку, що «недійсний правочин – це завжди правопорушення». Дослідники цього напрямку доходять висновку, що *недійсний правочин – це насамперед юридичний факт, але він не належить ні до правочинів, ні до правопорушень, тобто це є особливий «неправомірний юридичний факт»*.

Своєрідні міркування з цього приводу містяться у роботі Н. С. Хатнюк. Авторка висуває тезу щодо належності недійсного правочину за своєю природою до певної категорії юридичних фактів, але не до правопорушень. При цьому вона намагається виокремити досить своєрідні, як уявляється, ознаки недійсного правочину: правочин недійсний від моменту його укладення; він стає недійсним із часом, тоді як спочатку був дійсним; фактично правочин сам по собі дійсний, але може бути визнаний недійсним у суді². Проте зі змісту роботи все ж таки не зрозуміло, до яких саме юридичних фактів, з точки зору їх традиційної класифікації, відносить дисертантка недійсні правочини.

В. О. Кучер, досліджуючи у своїй роботі категорію «протиправність» у контексті нікчемних правочинів, робить висновок про неможливість віднесення усіх без винятку нікчемних правочинів до протиправних дій. Визначаючи поняття протиправності через порушення чужого суб'єктивного права, автор вважає, що до протиправних, зокрема, не можна віднести правочини, що можуть бути визнані судом дійсними, іншими словами, суд визнає їх дійсними саме тому, що в них відсутня така ознака, як протиправність. Як приклад наводиться правочин, що виходить за межі побутового і вчинений опікуном на користь підопічного без дозволу органу опіки та піклування та який відповідно до ч. 1 ст. 224 ЦК України є нікчемним до моменту визнання його судом дійсним. Проте, як зауважує автор, він не є протиправним, оскільки вчинений на користь підопічного³. В. О. Кучер також робить висновок, що нікчемний правочин є протиправним лише у випадку недодержання особою у момент його учинення норм об'єктивного права, що зумовлює порушення таким правочином суб'єктивних прав, інтересів іншої сторони чи третьої особи, або

Ленингр. ун-та, 1960. С. 11–12.

¹ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. Изд. доп., стереотип. Москва: Статут, 2002. С. 189–190.

² Хатнюк Н. С. Заперечні угоди та їх правові наслідки: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / НАН України; Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького. Київ, 2003. С. 4–5.

³ Кучер В. О. Нікчемні правочини: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Нац. акад. внутр. справ України. Київ, 2004. С. 30–32.

публічного порядку. У визначених законом випадках суд визнає нікчемні правочини дійсними через відсутність у них протиправності¹.

Таким чином, у доктрині приватного права склалися такі основні підходи щодо правової природи недійсного правочину: недійсний правочин юридичних наслідків не викликає, тому він не є юридичним фактом; недійсний правочин є правопорушенням; недійсний правочин є юридичним фактом, але він не належить ні до правочинів, ні до правопорушень, тобто є особливим «неправомірним юридичним фактом».

О. Л. Зайцев

§ 11. Нікчемні та оспорювані правочини

Традиційно в доктрині приватного права недійсні правочини поділяються на дві великі групи: 1) *правочини нікчемні чи абсолютно недійсні*; 2) *правочини оспорювані чи відносно недійсні*.

Критерії такого поділу довгий час були суто науковими і тому класифікуються по-різному, залежно від того, чи визнаються вони недійсними в силу самого факту невідповідності їх закону чи за заявою заінтересованих осіб²; чи потребується для визнання правочину рішення суду, коли правочин вважається недійсним незалежно від такого рішення³; за ступенем недійсності⁴.

ЦК України у ст. 215 легально передбачив визначення нікчемного та оспорюваного правочину. У той же час варто пам'ятати, що в цивільному законодавстві (ст. 204 ЦК України) існує презумпція правомірності правочину, і він вважається правомірним, тобто дійсним, доти, поки його недійсність не буде встановлена судом. Недійсними усі ці правочини можуть вважатися лише за умови доведення фактів, що свідчать про порочність цих правочинів.

Правочини нікчемні – їх недійсність визначено нормами права і вона не залежить від розсуду і бажання сторін, які їх вчинили. Вони вважаються недійсними за самим фактом їх вчинення з моменту вчинення, незалежно від бажання сторін, пред'явлення позову чи рішення суду – «мертвонароджені правочини».

Нікчемний правочин, або правочин, визнаний судом недійсним, є недійсним з моменту його вчинення. Якщо за недійсним правочином права та

¹ Кучер В. О. Нікчемні правочини: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Нац. акад. внутр. справ України. Київ, 2004. С. 39.

² Гражданское право Украины: учебник для вузов системы МВД Украины: в 2-х ч. Ч. I / под ред. А. А. Пушкіна, В. М. Самойленко. Харьков: Ун-т внутр. дел, Основа, 1996. С. 226.

³ Гражданское право: учебник. Т. 1. 6-е изд., перераб. и доп. / под ред. А. С. Сергеева, Ю. К. Толстого. Москва: Велби, 2002. С. 307–308.

⁴ Цивільне право України: підручник: У 2-х кн. Кн. 1 / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. Київ: Юрінком Інтер, 1999. С. 201.

обов'язки передбачалися лише на майбутнє, можливість настання їх у майбутньому припиняється. Правочин може бути визнаний недійсним і після смерті особи, яка була її учасником.

До *нікчемних* належать: 1) антисоціальні правочини (супротивні за своїм змістом цивільному законодавству, інтересам держави і суспільства, моральним засадам суспільства); 2) правочини, які є недійсними через недодержання встановленої законом форми; 3) правочини, вчинені малолітніми особами за межами своєї дієздатності і не схвалені законними представниками; 4) правочини, вчинені недієздатними особами; 5) правочини, вчинені опікунами, піклувальниками без дозволу органу опіки і піклування, якщо необхідність одержання такого дозволу прямо встановлено законом; 6) правочини, які порушують публічний порядок; 7) інші правочини, нікчемність яких прямо передбачається законом. Так, ч. 1 ст. 27 ЦК України передбачає, що правочин, що обмежує можливість фізичної особи мати не заборонені законом цивільні права та обов'язки, є нікчемним.

Для визнання усіх цих правочинів недійсними немає необхідності враховувати які-небудь інші обставини, окрім невідповідності їх вимогам закону. Абзац 2 п. 5 Постанови Пленуму ВС України від 06.11.2009 р. № 9 «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними»¹ передбачає, що вимога про встановлення нікчемності правочину підлягає розгляду в разі наявності відповідного спору. Такий позов може пред'являтися окремо, без застосування наслідків недійсності нікчемного правочину. У цьому разі в резолютивній частині судового рішення суд вказує про нікчемність правочину або відмову в цьому.

Незважаючи на такі жорсткі обставини визнання правочину нікчемним, законодавець залишив можливість у випадках, прямо передбачених законом, за позовами сторін чи заінтересованих осіб визнавати судом нікчемні правочини дійсними (наприклад, ч. 2. ст. 219 ЦК України).

На відміну від нікчемних правочинів, *правочини оспорювані* – це правочини, які вважаються недійсними тільки у тому випадку, якщо вони за заявою заінтересованих осіб визнані такими судом. Вони породжують права та обов'язки для сторін, якщо суд не визнає їх недійсними.

До *оспорюваних* належать: 1) правочини, вчинені неповнолітніми особами за межами їх цивільної дієздатності й не схвалені батьками (усиновлювачами), піклувальником; 2) правочини, вчинені особами, обмеженими у дієздатності, за межами їх цивільної дієздатності й не схвалені піклувальником; 3) правочини, вчинені з дієздатною фізичною особою, яка у момент

¹ Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними: Постанова Пленуму ВС України від 06.11.2009 р. № 9. URL: http://pravo.ligazakon.ua/document/view/VS090583?edition=2009_11_06.

його вчинення не усвідомлювала значення своїх дій та (або) не могла керувати ними; 4) позаліцензійні правочини юридичних осіб; 5) правочини, вчинені внаслідок помилки, обману, насильства, зловмисної домовленості представника однієї сторони з другою стороною, під впливом тяжкої обставини; 6) фіктивні й удавані правочини; 7) інші правочини, які можуть бути визнані недійсними судом у зв'язку з порушенням вимог чинності правочину або у випадках, встановлених законом. Наприклад, ч. 2 ст. 65 СК України передбачає, що дружина, чоловік має право на звернення до суду з позовом про визнання договору недійсним як такого, що укладений другим із подружжя без її, його згоди, якщо цей договір виходить за межі дрібного побутового.

Одним із проблемних питань недійсності правочину є питання щодо визнання недійсними правочинів, вчинених з вадами волі та волевиявлення особи. У цивілістиці немає єдиної думки щодо класифікації вад волі та волевиявлення при вчиненні правочинів як умови недійсності правочину.

Окремі елементи вад волі та волевиявлення при вчиненні правочинів традиційно поділялися на дві групи: 1) без внутрішньої волі на вчинення правочину; 2) внутрішня воля сформувалася неправильно.

До правочинів з вадами волі та волевиявлення належать правочини, вчинені під впливом помилки, обману, насильства, зловмисної домовленості представника однієї сторони з іншою стороною, тяжкої обставини, вчинені дієздатною фізичною особою, яка у момент його вчинення не усвідомлювала значення своїх дій та (або) не могла керувати ними (ст.ст. 225, 229–233 ЦК України). Характерна риса зазначених недійсних правочинів – невідповідність волевиявлення (яке має повністю відповідати вимогам закону) справжній волі особи або воля на вчинення правочину склалася поза дійсним бажанням особи укласти правочин. У правочині підмінюється воля сторони правочину на волю сторонньої особи, яка здійснює протиправний вплив на волю сторони¹.

Розглянемо більш ретельно деякі склади оспорюваних правочинів. Відповідно до ч. 1 ст. 229 ЦК України, якщо особа, яка вчинила правочин, помилилася щодо обставин, які мають істотне значення, такий правочин може бути визнаний судом недійсним. Помилка формується без протиправного наміру контрагента та в більшості випадків виникає з необачності, самовпевненості, непоінформованості, переоцінки власного досвіду². При цьому до уваги має братися не будь-яка помилка, а лише та, що має істотне значення.

Узагальнюючи різні випадки, класифікуємо помилку в правочині таким чином: 1) при помилці у характері правочину – сторони помиляються у визначенні самого правочину, наприклад, при наданні речі на зберігання

¹ Цивільне право України: підручник: у 2 ч. Ч. 1 / за заг. ред. Р. Б. Шишки та В. А. Кройтора. Харків: ХНУВС, 2008. С. 297.

² Зайцев О. Л. Правочини з вадами волі. *Вісник ХНУВС*. 2007. Вип. 36. С. 364–369.

застосовують правила договору безоплатного користування річчю, укладаючи договір дарування, вважають, що укладають договір довічного утримання (догляду); 2) *помилка в предметі правочину (помилка в якості предмета)* має місце, коли учасники правочину під час вчинення правочину помилково мали на увазі різні речі, і ця помилка була з'ясована лише при передачі речі, наприклад, покупець бажав придбати взуття з натуральної шкіри, а йому продали зі штучної, оскільки продавець не знав про наміри покупця; 3) *помилка в особі контрагента* має місце, коли особу помилково приймають за однофамільця; 4) *помилка в праві* – це випадки, коли особи перебували в омані з підстави правового регулювання правочину.

Так, у Правовому висновку ВС України, викладеному в справі № 6-372цс16, зазначається, що якщо особа, яка вчинила правочин, помилилася щодо обставин, які мають істотне значення, такий правочин може бути визнаний судом недійсним. Істотне значення має помилка щодо природи правочину, прав та обов'язків сторін, таких властивостей і якостей речі, які значно знижують її цінність або можливість використання за цільовим призначенням. Помилка щодо мотивів правочину не має істотного значення, крім випадків, встановлених законом (ч. 1 ст. 229 ЦК України). Отже, наявність чи відсутність помилки – неправильного сприйняття позивачем фактичних обставин правочину, що вплинуло на волевиявлення особи під час укладення договору дарування замість договору довічного утримання, суд визначає не тільки за фактом прочитання сторонами тексту оспорюваного договору дарування та роз'яснення нотаріусом суті договору, а й за такими обставинами, як: вік позивача, його стан здоров'я та потреба у зв'язку із цим у догляді й сторонній допомозі; наявність у позивача спірного житла як єдиного; відсутність фактичної передачі спірного нерухомого майна за оспорюваним договором дарувальником обдаровуваному та продовження позивачем проживати в спірній квартирі після укладення договору дарування. Лише в разі встановлення цих обставин норми ч. 1 ст. 229 та ст.ст. 203 і 717 ЦК України у сукупності вважаються правильно застосованими¹.

Помилка щодо мотивів правочину не має істотного значення, крім випадків, встановлених законом.

Відповідно до абз. 1 ч. 1 ст. 230 ЦК України, *якщо одна зі сторін правочину навмисно ввела другу сторону в оману щодо обставин, які мають істотне значення, такий правочин визнається судом недійсним.*

Якщо було навмисне введення особи в оману відносно дійсних умов правочину, в результаті чого сторона укладає не вигідний для себе правочин, такі недійсні правочини іменуються вчиненими під впливом обману.

¹ Постанова ВС України від 27.04.2016 р., судова справа № 6-372цс16. URL: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/7CEA1DF2CB218453C2257FA400306218/](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/7CEA1DF2CB218453C2257FA400306218/)

Обман може виражатися в двох формах:

1) в активній, – коли стверджуються неправдиві факти про правочин, його елементи; заперечуються недоліки; перебільшення; підробки тощо. Проте не будь-яке повідомлення неправдивих фактів є підставою для визнання правочину недійсним як такого, що укладений під впливом обману. Так, у справі № 668/13508/14-ц суд дійшов висновку, що неправдиве повідомлення батьками, які є одночасно законними представниками неповнолітньої або малолітньої особи, про відсутність прав дитини на майно, що передається в іпотеку, не може бути підставою для визнання іпотеки недійсною за позовом батьків, які зловживали своїми правами законних представників дитини, а може спричинити інші наслідки, передбаченні законодавством, які застосовуються органами опіки та піклування¹.

2) у пасивній, – коли навмисно вмовчується про дійсні факти: ненадання повної документації; приховання інформації тощо. Так, при розгляді цивільної справи № 6-5457св12 судом було встановлено, що при укладенні договору купівлі-продажу, позивач, яка є особою похилого віку, має вади зору і практично не бачить та потребує стороннього догляду, мала на меті скласти заповіт на свою доньку, яка визнала, що ввела в оману свою матір, не повідомивши їй змісту договору, оскільки вважала, що це дозволяє сплатити державне мито при оформленні права власності на будинок у меншому розмірі².

Відповідно до ч. 1 ст. 231 ЦК України *правочин, вчинений особою проти її справжньої волі внаслідок застосування до неї фізичного чи психічного тиску з боку другої сторони або з боку іншої особи, визнається судом недійсним.*

Насильство – фізичний або психологічний вплив на особу – учасника правочину або його близьких з метою спонукання особи до укладення правочину. Особа, що укладає невігідний для себе правочин, виражає волю під впливом заподіяних фізичних чи моральних страждань. Пункт 21 Постанови Пленуму ВС України «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними» передбачає, що при вирішенні спорів про визнання недійсним правочину, вчиненого особою під впливом насильства, судам необхідно враховувати, що насильство має виражатися в незаконних, однак не обов'язково злочинних діях. Насильницькі дії можуть вчинятись як стороною правочину, так і іншою особою – як щодо іншої сторони правочину, так і щодо членів її сім'ї, родичів тощо або їх майна. Факт насильства не обов'язково має бути встановлений вироком суду, постанов-

¹ Постанова ВС України від 09.11.2016 р., судова справа № 668/13508/14-ц. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/63392986>.

² Ухвала ВССУ від 11.05.2012 р., судова справа № 6-5457св12. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/24981198>.

леним у кримінальній справі. При цьому не обов'язково, щоб контрагент сам здійснював цей вплив, необхідно, щоб він знав про примус і використовував цю обставину в своїх інтересах.

ЦК України вже не містить легальних посилань на погрозу в правочині, але науковці продовжують поділяти категорії «насильство»¹ і «погроза»². Погроза – це протиправний психічний вплив за допомогою слів або дій, що викликає в особи побоювання заподіяння їй або її близьким майнової чи немайнової шкоди. Однак не кожна погроза є підставою для визнання правочину недійсним. Погроза визнається такою, що є підставою для визнання правочину недійсною, за наявності таких чинників: 1) погроза має бути тісно пов'язана з правочином (погроза і правочин мають виступати в якості підстави і наслідку); 2) має бути реальною (погрозу необхідно здійснити щодо блага, яке вже існує); 3) має бути практично здійсненою (особа повинна мати змогу здійснити протиправну дію); 4) значною (тобто здатною у випадку її вчинення заподіяти дійсно серйозні наслідки). При цьому не має значення, слідує погроза від контрагента за правочином чи від третіх осіб, головне – вигодоотримувачем має бути особа, з боку якого погроза висувалася³.

Відповідно до ч. 1 ст. 232 ЦК України *правочин, який вчинено внаслідок зловмисної домовленості представника однієї сторони з другою стороною, визнається судом недійсним*. Зловмисна угода представника однієї сторони з іншою має місце, коли воля особи, яку представляють, підмінюється волею представника. Характерним для даного виду правочину є те, що має місце змова, і як наслідок реалізація протиправного правочину – виникнення несприятливих наслідків для особи, яку представляють. Не має значення, чи отримав учасник такого правочину будь-яку вигоду від укладення правочину або від заподіяння шкоди майну особи, яку представляють.

За своїми ознаками такого роду дії характеризуються: укладенням правочину під час дії інституту представництва; суб'єктивним елементом – прямим наміром (зловмисною домовленістю представника і контрагента), за об'єктивним елементом – спрямованістю на досягнення майнової вигоди за рахунок довірителя.

Збіг тяжких обставин (хвороба, скрутне матеріальне становище тощо) – такі обставини, за яких практично виключається нормальне формування волі,

¹ Влада і насильство: зб. наук. ст. / за ред. О. М. Кривулі. Харків: Ун-т внутр. справ, 1997. 198 с.; Колодяжний М. Г. Насильницькі вимагання майна в Україні: кримінологічна характеристика, детермінація та запобігання: монографія / за ред. В. В. Голіни; Акад. прав. наук України, Ін-т вивч. проблем злочинності. Харків: Кроссрууд, 2010. 288 с.

² Куций Р. В. Погроза як спосіб вчинення злочину у кримінальному праві України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08 / Нац. акад. внутр. справ. Київ, 2015. 20 с.

³ Цивільне право України: навчальний посібник: у 2 ч. Ч. 1 / за заг. ред. В. А. Кройтора, О. Є. Кухарева, М. О. Ткалича. Запоріжжя: Вид. дім «Гельветика», 2016. С. 189.

що передбачає укладення правочину у вкрай невідповідних умовах (*кабальні умови*) (коштовне майно продане за безцінь, за дуже низьку плату виконується трудомістка робота за договором підряду).

Поняття кабальних умов у науці не є загальноузгодженим, тому зупинимося на пануючих позиціях. Перша поєднує в собі два моменти: об'єктивний і суб'єктивний: об'єктивний момент – за правочином здійснено зовсім не еквівалентне (не рівнозначне) надання; суб'єктивний момент охоплює очевидність цієї обставини для обох сторін. Відсутність одного з елементів виключає можливість визнання правочину за вказаною підставою недійсним.

Друга позиція виходить з наявності двох обов'язкових умов: 1) особа вчиняє правочин під впливом тяжкої для неї обставини. Під тяжкими обставинами в судовій практиці визнаються тяжка хвороба особи, членів її сім'ї чи родичів, смерть годувальника, загроза втратити житло чи загроза банкрутства та інші обставини, для усунення або зменшення яких необхідно укласти такий правочин (п. 23 Постанови Пленуму ВС України «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними»); 2) у другій умові охоплюються два моменти – об'єктивний і суб'єктивний, про які йшлося вище.

Правочини, вчинені *дієздатною фізичною особою, яка у момент його вчинення не усвідомлювала значення своїх дій та (або) не могла керувати ними* внаслідок психічного тимчасового розладу, нервового потрясіння тощо, також можуть бути визнані судом недійсними. Для визначення наявності такого стану на момент укладення правочину суд повинен призначити судово-психіатричну експертизу. Характеристика такого правочину полягає в двох аспектах: по-перше, в суб'єктивному – особа повинна бути повністю дієздатною, але не усвідомлювати значення своїх дій та (або) не можливість керувати ними; по-друге, в об'єктивному – правочин повинен погіршувати права самої особи або інших осіб, чиї цивільні права або інтереси порушені.

Отже, при визнанні такого правочину недійсним йдеться про тимчасовий стан, при якому особа внаслідок функціональних розладів психіки, порушення фізіологічних процесів в організмі або інших хворобливих станів не може розуміти значення своїх дій або керувати ними. Стан, при якому особа не усвідомлює своїх дій, може мати одну з трьох форм вияву: вольову, інтелектуальну і кумулятивну. Вольова форма полягає у тому, що особа хоч і усвідомлює свої вчинки, більш або менш адекватно оцінює навколишні обставини, але не може керувати своїми діями. Інтелектуальна форма вияву такого стану означає, що особа не розуміє значення своїх дій, хоча і може керувати ними. При кумулятивній формі у людини відсутня здатність як розуміти значення своїх дій, так і керувати ними.

О. В. Синьгубов

§ 12. Підстави визнання нікчемного правочину дійсним (конвалідації правочину)

ЦК України передбачає можливість за наявності певних підстав звернутися до суду з позовом про визнання правочину дійсним. Відповідно до ч. 2 ст. 215 ЦК України недійсним є правочин, якщо його недійсність встановлена законом (нікчемний правочин). У цьому разі визнання такого правочину недійсним судом не вимагається. У випадках, встановлених ЦК України, *нікчемний правочин може бути визнаний судом дійсним*. Отже, за чинним цивільним законодавством України допускається визнання *нікчемного правочину дійсним* або *зцілення (конвалідація) нікчемного правочину*. Термін «конвалідація» (з італ. «*convalida*» – підтвердження) означає надання нікчемному правочину юридичної сили з моменту його вчинення.

Проаналізуємо більш ретельно положення ЦК України, які передбачають можливість визнання нікчемного правочину дійсним у судовому порядку, тобто допускають *конвалідацію правочину*.

По-перше, ч. 2 ст. 218 ЦК України передбачає: *якщо правочин, для якого законом встановлена його недійсність у разі недодержання вимоги щодо письмової форми, укладений усно і одна із сторін вчинила дію, а друга сторона підтвердила її вчинення, зокрема шляхом прийняття виконання, такий правочин у разі спору може бути визнаний судом дійсним*.

У цьому контексті варто звернути увагу ще й на те, що згідно з ч. 1 ст. 205 ЦК України правочин може вчинятися усно або в письмовій (електронній) формі. Отже, подальший розвиток електронної комерції беззаперечно викличе необхідність розробки механізму визнання дійсними правочинів, які були укладені з порушенням вимог закону про електронну форму правочину.

По-друге, відповідно до ст. 219 ЦК України у *разі недодержання вимоги закону про нотаріальне посвідчення одностороннього правочину такий правочин є нікчемним*. Суд може визнати такий правочин дійсним, якщо буде встановлено, що він відповідав справжній волі особи, яка його вчинила, а нотаріальному посвідченню правочину перешкоджала обставина, яка не залежала від її волі.

По-третє, згідно з ч. 2 ст. 220 ЦК України, якщо сторони домовилися щодо усіх істотних умов договору, що підтверджується письмовими доказами, і відбулося повне або часткове виконання договору, але одна із сторін ухилялася від його нотаріального посвідчення, суд може визнати такий договір дійсним. У цьому разі наступне нотаріальне посвідчення договору не вимагається. При цьому необхідно мати на увазі, що згідно з ч. 3 ст. 334 ЦК України право власності на майно за договором, який підлягає нотаріальному

посвідченню, виникає у набувача з моменту такого посвідчення або з моменту набрання законної сили рішенням суду про визнання договору, не посвідченого нотаріально, дійсним.

По-четверте, аналіз ч. 2 ст. 221 ЦК України надає підстави для висновку, що у разі відсутності схвалення батьками (усиновлювачами) або одним з них, з ким вона проживає, або опікуном правочину, вчиненого малолітньою особою за межами її дієздатності, він є нікчемним. На вимогу заінтересованої особи суд може визнати такий правочин дійсним, якщо буде встановлено, що він вчинений на користь малолітньої особи.

По-п'яте, відповідно до ст. 224 ЦК України правочин, вчинений без дозволу органу опіки та піклування (ст. 71 ЦК України), є нікчемним. На вимогу заінтересованої особи такий правочин може бути визнаний судом дійсним, якщо буде встановлено, що він відповідає інтересам фізичної особи, над якою встановлено опіку або піклування.

По-шосте, ч. 2 ст. 226 ЦК України передбачає, що на вимогу опікуна правочин, вчинений недієздатною фізичною особою, може бути визнаний судом дійсним, якщо буде встановлено, що він вчинений на користь недієздатної фізичної особи.

Звернемося до аналізу судової практики щодо визнання нікчемного правочину дійсним, враховуючи, що такі вимоги можуть заявлятися й щодо правочинів, які уклалися раніше, коли чинними були положення ЦК України щодо державної реєстрації деяких договорів, а не тільки державної реєстрації права власності на нерухоме майно, що передається за договором.

У п. 13 Постанови Пленуму ВС України «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними» зазначається, що вирішуючи спір про визнання правочину, який підлягає нотаріальному посвідченню, дійсним, судам необхідно враховувати, що норма ч. 2 ст. 220 ЦК України не застосовується щодо правочинів, які підлягають і нотаріальному посвідченню, і державній реєстрації, оскільки момент вчинення таких правочинів відповідно до ст. 210 ЦК України пов'язується з державною реєстрацією, тому вони не є укладеними і не створюють прав та обов'язків для сторін. При розгляді таких справ суди повинні з'ясувати, чи підлягає правочин обов'язковому нотаріальному посвідченню, чому він не був нотаріально посвідчений, чи дійсно сторона ухилилася від його посвідчення та чи втрачена така можливість, а також чи немає інших підстав нікчемності правочину. У зв'язку з недодержанням вимог закону про нотаріальне посвідчення правочину договір може бути визнано дійсним лише з підстав, встановлених ст.ст. 218 та 220 ЦК України. Інші вимоги щодо визнання договорів дійсними, в т. ч. заявлені в зустрічному позові у справах про визнання договорів недійсними, не відповідають можливим способам захисту цивільних прав та інтересів. Такі позови не підлягають задоволенню. Отже, у зазначеній Постанові Пленуму ВС

України «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними», перш за все, міститься «технічна помилка», оскільки про порушення вимог закону про нотаріальне посвідчення одностороннього правочину йдеться не у ст. 218, а в ст. 219 ЦК України.

Пункт 3.2. Постанови Пленуму ВГСУ «Про деякі питання визнання правочинів (господарських договорів) недійсними»¹ передбачає, що при вирішенні спорів, пов'язаних з визнанням правочинів, які підлягали нотаріальному посвідченню, дійсними (ст.ст. 219, 220 ЦК України), господарські суди повинні з'ясувати: чи підлягав відповідний правочин нотаріальному посвідченню, з яких причин його не було нотаріально посвідчено та чи втрачена можливість такого посвідчення, а також чи не суперечить зміст правочину вимогам закону, оскільки в такому разі позов не може бути задоволений. Якщо недійсність нотаріально посвідченого правочину обґрунтовується саме посиленням на неправомірність дій нотаріуса, що його посвідчив, то нотаріус може залучатися до участі у справі як третя особа, яка не заявляє самостійних вимог на предмет спору (ст. 27 ГПК України²). Правочини можуть визнаватися дійсними виключно з підстав, визначених ч. 2 ст. 219 і ч. 2 ст. 220 ЦК України. Вимоги про визнання дійсними правочинів з інших підстав задоволенню не підлягають з огляду на невідповідність таких вимог установленим законом способам захисту прав та законних інтересів (ч. 2 ст. 16 ЦК України, ч. 2 ст. 20 ГК України).

Варто враховувати, що згідно з ч. 1 ст. 129 Конституції України суддя, здійснюючи правосуддя, є незалежним та керується верховенством права. Проте застосування принципу верховенства права не допускає обмеження способів захисту цивільних прав та інтересів тільки тими способами, які передбачені законом або договором. Тому вказівки на те, що вимоги про визнання дійсними правочинів з інших підстав задоволенню не підлягають з огляду на невідповідність таких вимог установленим законом способам захисту прав та законних інтересів (ч. 2 ст. 16 ЦК України, ч. 2 ст. 20 ГК України) є небезспірними. Слушно зазначає Н. С. Кузнецова, що, визначаючи спосіб захисту, обраного учасником цивільних правовідносин, суд має право допустити такий спосіб захисту, який хоча і не передбачений законом або договором, проте відповідає сутності відносин між сторонами³.

¹ Про деякі питання визнання правочинів (господарських договорів) недійсними: Постанова Пленуму ВГСУ від 29.05.2013 р. № 11. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v0011600-13>.

² Господарський процесуальний кодекс України від 06.11.1991 р. № 1798-ХІІ. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 6. Ст. 56.

³ Кузнецова Н. С. Регулирование гражданско-правовых отношений в Украине и направления совершенствования гражданского законодательства. *Развиток цивільного законодавства: посткодифікаційний період: матеріали Міжнародної науково-практичної*

Пунктом 14 Постанови Пленуму ВС України «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними» передбачається, що судам необхідно враховувати, що *не допускається визнання дійсним заповіту, який є нікчемним у зв'язку з порушенням вимог щодо його форми та порядку посвідчення*. У цьому разі судам слід застосовувати ст. 1257 ЦК України, оскільки норми глави 85 ЦК України не передбачають можливості визнання заповіту дійсним.

Заслуговує на увагу й позиція, викладена у Постанові ВС України від 19.06.2013 р. у справі № 6-49цс13¹, що договір купівлі-продажу нежитлового будинку в силу ст. 657 ЦК України (у редакції, яка була чинною на час укладення договору) підлягав і нотаріальному посвідченню, і державній реєстрації, тому не може бути визнаний судом дійсним на підставі ч. 2 ст. 220 ЦК України, оскільки момент вчинення таких правочинів відповідно до ст.ст. 210 та 640 ЦК України (у редакції, яка була чинною на час укладення договору) пов'язується з державною реєстрацією правочину, а тому вони не є укладеними й не створюють прав та обов'язків для сторін. Однією з умов визнання правочину дійсним у судовому порядку є встановлення судом факту ухилення однієї зі сторін від нотаріального посвідчення правочину. Встановлення факту втрати продавцем правовстановлюючого документа на предмет відчуження за договором не може бути підставою для визнання договору дійсним.

Отже, ЦК України передбачає шість випадків, коли допускається *визнання нікчемного правочину дійсним, тобто конвалідація правочину*. У той самий час не допускається визнання дійсним заповіту, який є нікчемним у зв'язку з порушенням вимог щодо його форми та порядку посвідчення, не може бути підставою для визнання договору дійсним й встановлення факту втрати продавцем правовстановлюючого документа на предмет відчуження за договором. *Варто також звертати увагу на дію цивільного законодавства у часі, оскільки не допускається визнання правочину дійсним, якщо на час укладення правочину чинними були вимоги ЦК України щодо нотаріального посвідчення договору та його державної реєстрації*, оскільки на той час момент вчинення правочину пов'язувався з моментом його державної реєстрації.

конференції, присвяченої 175-річчю Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Київ: Освіта, 2010. С. 14.

¹ Постанова ВС України від 19.06.2013 р., судова справа № 6-49цс13. URL: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/3215958F3390027BC2257C92003A6B49](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/3215958F3390027BC2257C92003A6B49).

О. Л. Зайцев

§ 13. Загальні та особливі правові наслідки недійсності правочину

Незалежно від підстави для визнання правочину недійсним допускається судовий порядок для застосування наслідків недійсності правочину. У п. 5 Постанови Пленуму ВС України «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними» зазначається, що відповідно до ст.ст. 215, 216 ЦК України суди розглядають справи за позовами: про визнання оспорюваного правочину недійсним і застосування наслідків його недійсності, про застосування наслідків недійсності нікчемного правочину. Вимога про встановлення нікчемності правочину підлягає розгляду в разі наявності відповідного спору. Такий позов може пред'являтися окремо, без застосування наслідків недійсності нікчемного правочину. У цьому разі в резолютивній частині судового рішення суд вказує про нікчемність правочину або відмову в цьому. Вимога про застосування наслідків недійсності правочину може бути заявлена як одночасно з вимогою про визнання оспорюваного правочину недійсним, так і у вигляді самостійної вимоги в разі нікчемності правочину та наявності рішення суду про визнання правочину недійсним. Наслідком визнання правочину (договору) недійсним не може бути його розірвання, оскільки це взаємовиключні вимоги.

Головний наслідок визнання правочинів недійсними є, насамперед, у тому, що вчинені правочини не створюють для сторін юридичних наслідків, пов'язаних з виникненням прав і обов'язків, на встановлення яких вони були спрямовані. Це загальне правило, яке настає за будь-яким недійсним правочином. Визнання правочину недійсним пов'язано з позбавленням тих майнових наслідків, які виникли в результаті його виконання.

Наслідки визнання правочину недійсним можна поділити на основні (головні), додаткові (субсидіарні) та спеціальні (особливі).

Незалежно від вини кожної сторони в правочині, *основний наслідок недійсності правочину, який був виконаний сторонами, полягає в тому, що сторони повертаються у первісне становище, яке існувало до моменту укладення правочину, що отримало назву – двостороння реституція, тобто виникає обов'язок для сторін повернути одна одній усе виконане за недійсним правочином.*

Недійсний правочин не створює юридичних наслідків, крім тих, що пов'язані з його недійсністю. У разі недійсності правочину кожна зі сторін зобов'язана повернути другій стороні у натурі все, що вона одержала на виконання цього правочину, а в разі неможливості такого повернення, зокрема тоді, коли одержане полягає у користуванні майном, виконаній роботі, наданій

послузі, – відшкодувати вартість того, що одержано, за цінами, які існують на момент відшкодування, а не на час укладення правочину.

Крім основного наслідку недійсності правочину, є *додаткові наслідки*, які застосовуються, коли визнанню правочину недійсним сприяла провина однієї із сторін. У такому випадку двостороння реституція може супроводжуватися додатковими майновими позбавленнями, які покладаються на винну сторону: якщо у зв'язку зі вчиненням недійсного правочину другій стороні або третій особі завдано збитків та моральної шкоди, вони підлягають відшкодуванню винною стороною. Крім цього, можна вимагати відшкодування витрат й на вчинення самого правочину.

Крім основних і додаткових наслідків недійсності правочину, у виняткових випадках при наявності навмисної вини на укладення протиправного правочину законодавство передбачає застосування *спеціальних (особливих) наслідків*. Типовим прикладом такого наслідку слугує ч. 2 ст. 230 ЦК України: сторона, яка застосувала обман, зобов'язана відшкодувати другій стороні збитки у подвійному розмірі та моральну шкоду, що завдані у зв'язку з вчиненням цього правочину.

О. Л. Зайцев

§ 14. Реституція у цивільному праві

До наслідків нікчемності правочинів та наслідків визнання правочинів недійсними ЦК України відносить реституцію. Стаття 216 ЦК України передбачає, що у разі недійсності правочину кожна зі сторін зобов'язана повернути другій стороні у натурі все, що вона одержала на виконання цього правочину, а в разі неможливості такого повернення, зокрема тоді, коли одержане полягає у користуванні майном, виконаній роботі, наданій послuzі, – відшкодувати вартість того, що одержано, за цінами, які існують на момент відшкодування. Отже, *загальним наслідком недійсності правочину є двостороння реституція*.

Реституція як спосіб захисту цивільного права застосовується лише в разі наявності між сторонами укладеного договору, який є нікчемним чи який визнано недійсним. У зв'язку з цим вимога про повернення майна, переданого на виконання недійсного правочину, за правилами реституції може бути пред'явлена тільки стороні недійсного правочину.

Реституцію розглядають в юридичній літературі й як спосіб захисту права власності. Виходячи зі змісту реституції в зобов'язально-правових відносинах захисту права власності, її метою є поновлення того майнового становища сторін, яке існувало до вчинення недійсного правочину. Ставлячи за мету поновлення майнового становища сторін, реституція покликана виконувати насамперед правовідновлювальну функцію.

Проте в науці цивільного права зазначену функцію у захисті права власності виконує не лише реституція, але й цивільно-правова відповідальність. Вона як один із засобів захисту права власності настає за порушення права власності іншої особи, що спричиняє негативні наслідки майнового характеру, аналогічно наслідкам недійсного правочину. Відновлювальний характер порушеного становища обох явищ обумовлює необхідність визначити, чи належить реституція до мір цивільно-правової відповідальності, а якщо ні – визначити її місце в системі правоохоронних відносин власності.

Незважаючи на однакову мету, яку покликані виконувати реституція та цивільно-правова відповідальність, вони є зовсім різними юридичними явищами. Тому, на думку, О. Б. Гупаловської, не можна погодитися з пропозиціями про те, що для реституції створюється якийсь особливий, виключний режим, не властивий для приватноправових способів захисту. *Реституція є найбільш прийнятним засобом захисту права власності за недійсним правочином, який відповідає і приватноправовим засадам, і справедливості*¹.

Виділяють такі види реституції: повна (двостороння) і одностороння.

До загальних правил майнових наслідків недійсності правочинів належить двостороння реституція – у разі недійсності правочину кожна зі сторін зобов'язана повернути іншій стороні у натурі все, що вона отримала від виконання цього правочину. У разі неможливості повернути все отримане в натурі внаслідок вживання, використання майна, виконання роботи або з інших причин має відшкодуватися його вартість у грошових коштах за цінами, які існують на момент відшкодування, якщо інші особливі умови або особливі правові наслідки окремих видів недійсних правочинів не встановлені законом. Тобто при двосторонній реституції сторонами повертається все виконане ними відповідно до правочину².

Двостороння реституція застосовується, зокрема, коли:

1) правочин визнаний недійсним внаслідок недодержання письмової форми правочину у випадках, встановлених законом (ч. 1 ст. 218, ч. 2 ст. 547 ЦК України);

2) правочин не відповідає вимогам закону про нотаріальне посвідчення одностороннього правочину (ст. 219 ЦК України);

3) правочин не відповідає вимогам закону про нотаріальне посвідчення договору (ст. 220 ЦК України);

¹ Гупаловська О. Б. Реституція як наслідок недійсних правочинів у зобов'язально-правових засобах захисту права власності. URL: <http://library.tneu.edu.ua/index.php/uk/home/45-resursy-biblioteky/pratsi-vykladachiv-tneu/h/3293-hnativ-oksana-bohdanivna>.

² Цивільне право України. Загальна частина: Загальні положення. Особисті немайнові права фізичної особи. Речове право. Спадкове право. Загальні положення про зобов'язання і договори: підручник. 2-ге вид., змін. та доп. / за ред. І. А. Бірюкова, Ю. О. Заїки. Київ: КНТ, 2008. С. 199.

4) правочин вчинений недієздатною особою або ж особою з обмеженою дієздатністю за межами її цивільної дієздатності, а також, якщо особа не могла в момент його вчинення усвідомлювати значення своїх дій та/або керувати ними (ст.ст. 223, 225–226 ЦК України);

5) правочин вчинений малолітньою особою, яка не досягла 14 років, та неповнолітньою особою віком від 14 до 18 років, за межами їхньої цивільної дієздатності (ст. ст. 221–222 ЦК України);

6) правочин вчинений юридичною особою, яка не мала права його вчиняти (ст. 227 ЦК України);

7) правочин визнаний недійсним внаслідок помилки, обману, насильства та тяжкої обставини (ст.ст. 229–231, 233 ЦК України);

8) правочин вчинений з порушенням публічного порядку та без дозволу органу опіки та піклування (ч.ч. 1, 2 ст. 228, ст. 224 ЦК України);

9) правочин визнаний недійсним, як такий, що вчинений у результаті зловмисної домовленості однієї сторони з іншою (ст. 232 ЦК України);

10) правочин визнаний судом фіктивним (ст. 234 ЦК України).

До наслідків недійсності правочину щодо повернення виконаного за ним (при застосуванні двосторонньої реституції) в повному обсязі застосовується правило про відшкодування набувачем потерпілому неoderжаних доходів. У випадку двосторонньої реституції щодо відшкодування неoderжаних доходів кожна сторона недійсного правочину буде одночасно і набувачем, і потерпілим¹.

Загальна норма ч. 1 ст. 216 ЦК України не може застосовуватись як підстава позову про повернення майна, переданого на виконання недійсного правочину, яке було відчужене третій особі. Не підлягають задоволенню позови власників майна про визнання недійсними наступних правочинів щодо відчуження цього майна, які були вчинені після недійсного правочину. У цьому разі майно може бути витребувано від особи, яка не є стороною недійсного правочину, шляхом подання в'индикаційного позову, зокрема від добросовісного набувача, – з підстав, передбачених ч. 1 ст. 388 ЦК України (п. 10 Постанови Пленуму ВС України «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними»).

Іншим видом реституції є *одностороння реституція*. Частина 3 ст. 228 ЦК України передбачає, що у разі недодержання вимоги щодо відповідності правочину інтересам держави і суспільства, його моральним засадам такий правочин може бути визнаний недійсним. Якщо визнаний судом недійсний

¹ Цивільне право України. Загальна частина: Загальні положення. Особисті немайнові права фізичної особи. Речове право. Спадкове право. Загальні положення про зобов'язання і договори: підручник. 2-ге вид., змін. та доп. / за ред. І. А. Бірюкова, Ю. О. Заїки. Київ: КНТ. 2008, С. 201.

правочин було вчинено з метою, що завідомо суперечить інтересам держави і суспільства, то при наявності умислу у обох сторін – в разі виконання правочину обома сторонами – в дохід держави за рішенням суду стягується все одержане ними за угодою, а в разі виконання правочину однією стороною з іншої сторони за рішенням суду стягується в дохід держави все одержане нею і все належне – з неї першій стороні на відшкодування одержаного. При наявності умислу лише у однієї із сторін все одержане нею за правочином повинно бути повернуто іншій стороні, а одержане останньою або належне їй на відшкодування виконаного за рішенням суду стягується в дохід держави.

Зазначена вище норма визначає наслідки вчинення правочинів, що порушують публічний порядок (так звані «антисоціальні правочини»), котрі являють собою серйозні порушення законодавства, мають антисоціальний характер і посягають на істотні громадські та державні інтереси. У ч. 1 ст. 228 ЦК України надане визначення такого правочину шляхом перерахування переліку об'єктів (цивільних прав), які можуть бути порушені його вчиненням. До них, зокрема, належать: конституційні права і свободи людини і громадянина; майно фізичної або юридичної особи, держави, АРК, територіальної громади. При цьому, коли щодо конституційних прав і свобод людини і громадянина йдеться про порушення взагалі, то стосовно майна фізичної або юридичної особи, держави, АРК, територіальної громади характер правочину конкретизовано: тут йдеться про антисоціальність знищення, пошкодження майна або незаконне заволодіння ним. У тексті цієї норми безпосередньо не вказується на вину, як кваліфікуючу ознаку такого правочину. Проте з формулювання «правочин вважається таким, що порушує публічний порядок, якщо він був спрямований на порушення...» можна зробити висновок, що має бути врахована і провина особи, яка вчиняє такий правочин. Це впливає з того, що правочин є дією вольовою, спрямованою на досягнення певного результату і той, хто його вчиняє, має усвідомлювати характер своїх дій.

Запитання та завдання для самоконтролю

1. Розкрийте основні теоретичні підходи до визначення понять «об'єкт цивільних прав» та «об'єкт цивільних правовідносин».
2. Визначте види об'єктів цивільних прав за критерієм їх оборотоздатності.
3. Визначте особливості цінних паперів як об'єктів цивільних прав.
4. Визначте особливості грошей як об'єктів цивільних прав.
5. Розкрийте гносеологічні підходи до поняття «правочин».
6. Визначте критерії класифікації та види правочинів.
7. Як співвідносяться між собою форма правочину і спосіб волевиявлення особи на вчинення правочину?

8. Які настають правові наслідки недодержання вимог закону про форму правочину?
9. Розкрийте особливості укладення електронних правочинів.
10. Розкрийте поняття та правову природу недійсних правочинів.
11. Розмежуйте два поняття: «нікчемний правочин» та «оспорюваний правочин».
12. Визначте підстави конвалідації правочину.
13. Визначте правові наслідки недійсності правочину.
14. У чому полягає особливість односторонньої реституції у цивільному праві?

ТЕМА 4. СТРОКИ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ

Н. О. Горобець

§ 1. Поняття та правова природа строків у цивільному праві

У сучасній доктрині цивільного права питання поняття та правової природи строків не знайшло свого однозначного вирішення. Відсутність легального визначення строку та сутності терміну у радянському цивільному законодавстві обумовила існування протилежних поглядів у цивілістиці. Усі визначення строку в праві мали подвійний характер: строк як період часу та як момент у часі¹.

Особливої актуальності проблематика строків набула з прийняттям чинного ЦК України, де вперше на законодавчому рівні закріплено поняття строків та термінів (ч.ч. 1, 2 ст. 251), визначено їх принципову різницю. Чітке розмежування у законодавстві строку як періоду часу та терміну як моменту у часі дало можливість відсіяти здавна пануючі в доктринальних роботах дискусії про те, чи є строк періодом, чи моментом, або поділ строку на періоди і моменти.

За радянських часів строки досліджувалися у працях відомих цивілістів І. Б. Новицького, О. О. Красавчикова, В. П. Грибанова, М. П. Ринга, М. А. Гурвича. Сучасні дослідження знаменуються працями українських правників Т. М. Вахоневої, В. В. Луця, О. В. Шовкової, О. В. Пушняка, В. І. Цікало та ін.

Законодавець використовує широкий спектр темпоральних категорій для визначення меж функціонування правовідносин. Серед них «строк», «термін», «давність», «своєчасно», «негайно», «в строк», «до строку», «достроково», «протягом строку», «протягом усього життя», «довічно» тощо. Доктрина цивільного права здебільшого приділяє увагу таким загальним часовим категоріям як «строк» та «термін», які охоплюють та характеризують різні темпоральні показники.

Строки відносять до тих правових категорій, які «обслуговують» майже всі інститути, підгалузі цивільного права². Строк розглядається як визначена межа часу, до якої повинна закінчуватися конкретна дія, або простір часу, в продовження якого має здійснюватися дія, або визначення моменту часу, з

¹ Вахонева Т. М. Строки (терміни) у цивільному праві: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Київ. нац. ун-т ім. Тараса Шевченка. Київ, 2005. С. 7.

² Луць В. В. Правова сутність і методологічна роль строків (термінів) у цивільному праві. URL: <http://194.44.152.155/elib/local/1888.pdf>

якого вступають в силу юридичні наслідки¹; простір часу, протягом якого має вчинитися дія, як встановлення часу для якої-небудь юридичної дії, зв'язок юридичної дії з відомими обмеженнями у часі²; певний відрізок часу, із закінченням або настанням якого норми права пов'язують виникнення або припинення цивільних правовідносин³; період часу, з плином якого закон пов'язує настання тих чи інших юридичних наслідків⁴; темпоральний показник цивільних правовідносин, що являє собою певний проміжок часу, протягом якого суб'єкт цивільних правовідносин може реалізувати та захистити свої права⁵ тощо. З настанням строку пов'язуються певні правові наслідки, звідси строки виконують регулятивну функцію норм цивільного права. Таким чином, час отримує юридичне значення.

В актах цивільного законодавства часто терміни застосовуються у значенні строків. Припускається, що законодавець поняття «термін» трактує як техніко-юридичну категорію цивільного права, призначену саме для визначення часових показників цивільних правовідносин⁶. Терміни «обслуговують» строки шляхом встановлення їх граничних меж, а також є моментами виникнення тих чи інших прав та обов'язків учасників цивільних правовідносин. Зазначається, що терміни доцільно розглядати як складову строків⁷.

Питання про роль та місце строків (термінів) у цивільних правовідносинах розглядають в декількох площинах: а) строк як момент виникнення (початку) або припинення правовідносин; б) строк як одна з умов, що визначає їх зміст; в) строк як критерій правомірності (своєчасності) поведінки суб'єктів цивільного права; г) строк як юридичний факт; д) строк як граничні межі реалізації прав та виконання обов'язків учасниками цивільних правовідносин; є) форма існування та розвитку прав та обов'язків учасників цивільних правовідносин тощо⁸.

¹ Растеряев Н. Недействительность юридических сделок по русскому праву. URL: <http://e.lanbook.com/book/37664>

² Мейер Д. И. Русское гражданское право (в 2 ч.). URL: http://civil.consultant.ru/elib/books/45/page_25.htm.1

³ Жгунова А. В. Сроки в советском гражданском праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Свердловск, 1971. С. 6.

⁴ Советское гражданское право. Т. 1 / под ред. О. С. Иоффе, Ю. К. Толстого, Б. Б. Черепашина. Ленинград, 1971. С. 208.

⁵ Вахонев Т. М. Строки (терміни) у цивільному праві: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: / Київ. нац. ун-т імені Тараса Шевченка. Київ, 2005. С. 8.

⁶ Там само. С. 9.

⁷ Цивільне та сімейне право України: підруч. / за ред. Є. О. Харитонов, Н. Ю. Голубевої. Київ: Правова єдність, 2009. С. 313.

⁸ Луць В. В. Строки і терміни у цивільному праві: монографія. Київ: Юрінком Інтер, 2013. С. 13; Цивільне право України: курс лекцій: у 6 т. Т. 1 / за ред. Р. Б. Шишки та В. А. Кройтора. Вид. 2-ге, виправ. та доп. Харків: Еспада, 2008. С. 640.

У сучасній правовій доктрині склалися два протилежних підходи до визначення правової природи строків у цивільному праві. Прихильники першого підходу (Є. М. Ворожейкін, В. П. Ємельянов, О. М. Калітенко, О. О. Красавчиков, М. Я. Кириллова, П. В. Крашенинников, Є. О. Суханов) стверджують, що строк є юридичним фактом. Проте автори не одностайні в питанні, яким видом юридичного факту він є і в межах якої класифікації¹. Прихильники другого підходу (В. І. Данілін, С. І. Реутов, А. В. Маркосян, О. В. Шовкова, Т. М. Вахонєва) навпаки стверджують, що строк не є юридичним фактом.

Відносячи строки до юридичних фактів (перший підхід), науковці зазначають, що здебільшого з ними пов'язують виникнення, зміну та припинення цивільних правовідносин². Висловлюється думка, що строк є юридичним фактом сам по собі, незалежно від впливу чи початку його перебігу³. Здебільшого усі автори акцентують увагу та тому, що настання (закінчення) встановленого нормою права часу породжує обумовлені юридичні наслідки. В. В. Луць підкреслює, що ті чи інші юридичні наслідки виникають не тільки у зв'язку з плином, а й з настанням строків, визначених зокрема календарною датою або вказівкою на подію, яка неодмінно має настати⁴. Для виникнення юридичних наслідків не достатньо лише самого строку, вони є результатом настання у встановлений строк певних, визначених нормою права подій або дій. Саме час, поєднаний з юридичним фактом, і породжує юридичні наслідки. Прихильники другої позиції під юридичним фактом розуміють не сам строк, а правові явища, породжені плином часу (строком). Так, М. О. Рожкова вважає, що встановлення та продовження строку є елементом складу юридичного факту⁵. Юридичним фактом також вважають встановлення (дія) та вплив/закінчення (подія) строку⁶. За категорією «перебіг строку» науковці взагалі виключають можливість бути юридичним фактом, оскільки він не породжує жодних правових наслідків⁷. Обґрунтовується позиція, що строк є елементом складу юридичного факту у розвиток концепції щодо розмежу-

¹ Панченко С. С. Правова природа строку у цивільному праві. *Університетські наукові записки*. 2015. № 55. С. 89.

² Ворожейкін Е. М. Семейные правоотношения в СССР. Москва: Юрид. лит., 1972. С. 82–83.

³ Суханов Е. А. О месте сроков в системе юридических фактов советского гражданского права. *Вестник Московского университета*. Серия 11: Право. 1970. № 6. С. 76.

⁴ Луць В. В. Строки і терміни у цивільному праві: монографія. Київ: Юрінком Інтер, 2013. С. 13.

⁵ Рожкова М. А. Юридические факты гражданского и процессуального права: соглашения о защите прав и процессуальные соглашения. Москва: Статут, 2009. С. 121.

⁶ Маркосян А. В. Юридические факты в семейном праве Российской Федерации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Москва, 2007. С. 16.

⁷ Панченко С. С. Правова природа строку у цивільному праві. *Університетські наукові записки*. 2015. № 55. С. 91.

вання юридичного факту та правової (абстрактної) моделі обставини¹. Строк є окремим природно-правовим (об'єктивно-суб'єктивним) явищем, що тісно пов'язане з юридичними фактами (діями та подіями) і має незалежну назву «часовий показник». Встановлено, що строки в цивільному праві встановлюються в межах правового часу, який є часовим параметром суспільної діяльності людей, що визначається нормами права, але плин часу є об'єктивною категорією, яка не підкоряється законам людського буття.

Питання віднесення строків до дій чи подій у доктрині права залишається дискусійним. Пануючою думкою серед цивілістів є думка, що строки відносять до подій, маючи на увазі плин часу (строку)². Строк (плин часу) розглядається і як окрема група абсолютних³, і як група відносних⁴ юридичних подій, виникнення та дія яких не зумовлені вольовою діяльністю людей⁵. Відмінною від зазначеного є позиція В. П. Грибанова, який у своїй роботі зазначає, що людина, здійснюючи свою діяльність, активно використовує час. Люди можуть приурочити здійснення тієї чи іншої діяльності до певного моменту в часі або його відрізка, можуть встановлювати певні строки для тих чи інших дій, а з цього випливає, що строк як юридичний факт у своєму виникненні має вольовий характер. Воля людей, на його думку, істотно впливає не лише на розмір встановленого строку, не лише на початок його перебігу, а й на сам перебіг цього строку, який волею людей можна зупинити, перервати або продовжити⁶. В. П. Грибанов зазначає, що юридичні строки в системі юридичних фактів цивільного права посідають самостійне місце поряд із юридичними подіями і юридичними діями і за своїм характером є чимось середнім між ними⁷.

На противагу цій позиції зазначається, що строки не можна віднести ні до дій, ні до подій, а також не може йтися про їх самостійне місце в загальній системі юридичних фактів поряд з діями і подіями⁸.

¹ Панченко С. С. *Правова природа строку у цивільному праві. Університетські наукові записки*. 2015. № 55. С. 91. С. 92.

² *Гражданское право: учебник: Ч. 1 / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого*. Москва: Проспект, 1998. С. 198; *Силенко Л. М. Цивільне право України: навч. посіб. Ч. 1*. Київ: Алерта, 2004. С. 293.

³ Красавчиков О. А. *Юридические факты в советском гражданском праве*. Москва: Госюриздат, 1958. С. 166–168.

⁴ Смелянов В. П. *Гражданское право Украины: практ. пособие*. Днепропетровск: УкрИМА-пресс, 1994. С. 59.

⁵ Красавчиков О. А. *Юридические факты в советском гражданском праве*. Москва: Госюриздат, 1958. С. 167.

⁶ Грибанов В. П. *Сроки в гражданском праве*. Москва: Знание, 1967. С. 8–10.

⁷ Там само. С. 138.

⁸ Луць В. В. *Сроки в гражданских правоотношениях. Правоведение*. 1989. № 1. С. 39–40.

Час є обмежувальною темпоральною категорією, що, перетворившись у правову конструкцію, регулює, охороняє, забезпечує, упорядковує здійснення цивільних прав та виконання цивільних обов'язків. На сьогодні усталена у доктрині приватного права позиція, що час є юридичним фактом і належить до подій, часто піддається сумніву і на перший план висувається положення, що строк є самостійною правовою категорією, яка, поряд із діями чи подіями, породжує юридичні наслідки.

Н. О. Горобець

§ 2. Проблемні питання визначення та обчислення строків у цивільному праві

Цивільне законодавство вперше присвятило окрему главу питанню строків і закріпило однакові для усіх правила визначення їх початку перебігу, закінчення та обчислення (глава 18 ЦК України), що має велике практичне значення, оскільки це орієнтир і правильності їх обчислення, і юридичних наслідків, які можуть виникнути¹, та потребує наукового переосмислення у зв'язку із виявленими проблемами при їх застосуванні в цивільному обороті.

Час не підвладний людині, тому строки мають як об'єктивний, так і суб'єктивний характер, є правничою категорією, якою в окреслених законом межах учасник цивільних правовідносин може вільно маніпулювати: установлювати, змінювати, зупиняти, продовжувати.

Питанню визначення та обчислення строків у доктрині цивільного права приділяли увагу як у цілому, так і в частині окремих інститутів О. С. Йоффе, В. В. Луць, І. Б. Новицький, В. П. Грибанов, О. О. Красавчиков, М. А. Гурвич, Т. М. Вахонєєва та ін.

Перш за все, у правничій літературі звертається увага на необхідності розмежування понять «строк» та «термін», оскільки не виключається їх підміна як на законодавчому рівні, так і в правозастосовній діяльності. Зазначається, що будь-який строк є довшим за термін, а за юридичним значенням тривалість строків, на відміну від термінів, має юридичне значення, і залежно від складу – строк завжди містить початковий та кінцевий терміни; істотно розрізняються техніко-юридичні механізми їх «уміщення» до правових норм (якщо терміни можуть бути лише встановлені, то до строків як триваючої темпоральної категорії застосовуються такі поняття, як «обчислення», «початок перебігу», «закінчення», «поновлення», «переривання», «зупинення строку» тощо)². За своєю суттю строк та термін категорично не протиставляються

¹ Кириллова М. Я., Крашенинников П. В. Строки в гражданском праве. Исковая давность. Москва: Статут, 2006. С. 15.

² Шовкова О. В. Позовна давність як різновид цивільно-правових строків: дис. ... канд.

один одному, оскільки часто тісно взаємодіють у цивільних (зобов'язальних) правовідносинах, наприклад, ст.ст. 530, 538, 590, 635 ЦК України.

У доктрині права викликає дискусію питання «моменту» як темпоральної категорії права. Пропонується не ототожнювати «момент» із «днем» чи «добою», пов'язуючи його з конкретним відрізком часу, в який відбулося укладення правочину¹. Момент розглядається як певний юридичний факт, смислове значення якого позбавлене темпорального навантаження, наприклад, «момент набуття права власності» (ст. 344 ЦК України)². Заперечуючи цьому, вказується, що у договірній практиці момент пов'язується із конкретною календарною датою, а не відрізком часу і, відповідно, значення юридичного факту має саме вчинення дій щодо передання майна, а не момент передачі, який фіксується у часі³.

Законодавець не завжди визначає тривалість строку поняттям часу, з цією метою використовуються поняття «події», «дії», «зміна віку» тощо. Вважається, що строки можуть встановлюватися календарною датою; зазначенням на подію, яка обов'язково відбудеться; періодом часу, тобто роками, місяцями, днями, годинами; тривалістю здійснення окремих юридичних дій тощо, що покликано забезпечити необхідний рівень деталізації правових приписів, конкретність певного змісту юридичних норм.

Під обчисленням строків розуміється встановлення абстрактних координат (днів, місяців, тижнів, років тощо), які дозволяють зіставляти події об'єктивної реальності із довільно обраними компонентами часового потоку⁴. Встановлюється, що терміни визначаються календарною датою або вказівкою на подію, яка має неминуче настати (ч. 2 ст. 252 ЦК України), а строки як проміжки часу потребують визначення початкового і кінцевого моментів їх чинності.

Є. В. Васьковський вказує, що при обчисленні строків зручніше за все користуватися календарем, але він не завжди здатний задовольнити всі потреби цивільного обігу, а тому пропонується обчислення строків здійснювати за календарним (нерухомим) та природним (рухомим) критерієм. Перший

юрид. наук: 12.00.03 / Нац. юрид. акад. України імені Ярослава Мудрого. Харків, 2007. С. 33–34.

¹ Ромовська З. В. Українське цивільне право. Загальна частина. Академічний курс: підруч. Київ: Атіка, 2005. С. 471.

² Шовкова О. В. Позовна давність як різновид цивільно-правових строків: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Нац. юрид. акад. України імені Ярослава Мудрого. Харків, 2007. С. 31.

³ Луць В.В. Строки і терміни у цивільному праві: монографія. Київ: Юрінком Інтер, 2013. С. 22.

⁴ Лебедева К. Ю. Исчисление гражданско-правовых сроков. Цивилистические исследования: ежегод. граждан. права. Вып. 2 (2005) / под ред. Б. Л. Хаскельберга, Д. О. Тузова. Москва: Статут, 2006. С. 453.

обчислює правові категорії відповідно до календаря, наприклад, доба починається з 12.00 год. ночі і триває до 12.00 год. ночі, другий – відповідаючи вимогам цивільного обороту, добу визначає у 24.00 год. незалежно від моменту її початку, тиждень – сім днів тощо¹. Обчислення рухомих строків може бути природним (математичним), де рахунок проводиться від моменту до моменту і цивільним (юридичним), за яким найменшою одиницею часу вважається доба, а години та хвилини до уваги не беруться. ЦК України містить положення, що відповідають природному (рухомому) обчисленню часу та математичному обрахунку.

У доктрині права при обчисленні строків розглядаються два основних питання: перше – що є моментом початку строку – це день встановлення строку чи настання певної події або наступний за цим день; друге – до якого моменту останнього дня відносити закінчення строку. Цивілістикою вироблені відносно категоричні рекомендації щодо початку строку. Позаяк здебільшого найменшою одиницею строку виступає доба, то аби не порушувалися права учасників цивільних відносин початком визнається день, наступний за днем, з яким сторони пов'язують початок строку чи настання певної події. В. В. Луць зазначає, що такий порядок обчислення перебігу строків має свої переваги, бо не треба замислюватися над тим, в який же день чи місяць строк має закінчуватись². Щодо закінчення строку, то тут позиція неоднозначна. Залежно від того, припинення строку породжує права чи припиняє, пропонується у першому випадку пов'язувати закінчення строку з початком останнього дня, а у другому – з його закінченням³. Положеннями ст. 255 ЦК України закріплено правила, за якими, якщо строк встановлено для вчинення дії, вона може бути вчинена до закінчення останнього дня строку; у разі, якщо ця дія має бути вчинена в установі, то строк спливає тоді, коли у цій установі за встановленими правилами припиняються відповідні операції; письмові заяви та повідомлення, здані до установи зв'язку до закінчення останнього дня строку, вважаються такими, що здані своєчасно.

Важливим питанням, на яке змушена була відповідати судова практика, стало питання щодо визначення дня закінчення зобов'язання, що визначене конкретною календарною датою. Так, у п. 1.9 Постанови Пленуму ВГСУ від 17.12.2013 р. «Про деякі питання практики застосування законодавства про відповідальність за порушення грошових зобов'язань» визначено, що день

¹ Васьковский Е. В. Учебник гражданского права. Вып. II. Вещное право. Санкт-Петербург, 1896. Москва: Статут, 2003. С. 186.

² Луць В. В. Строки і терміни у цивільному праві: монографія. Київ: Юрінком Інтер, 2013. С. 25.

³ Васьковский Е. В. Учебник гражданского права. Вып. II. Вещное право. Санкт-Петербург, 1896. Москва: Статут, 2003. С. 187.

фактичної сплати суми заборгованості не включається в період часу, за який здійснюється стягнення інфляційних нарахувань та пені; якщо у договорі виконання грошового зобов'язання визначається до настання певного терміну, наприклад, до 1 серпня 2014 року (ч. 2 ст. 252 ЦК України), то останнім днем виконання такого зобов'язання вважається день, що передує цьому терміну (в даному прикладі – 31 липня 2014 року); водночас, коли у тексті договору виконання грошового зобов'язання визначено «до 1 серпня 2014 року» або «включно до 1 серпня 2014 року», то останнім днем виконання такого зобов'язання буде 1 серпня 2014 року¹.

У деяких положеннях ЦК України закінчення строку позначається впливом строку. Вважається, що ці поняття слід розглядати як синоніми², а для уникнення термінологічної невизначеності краще використовувати закінчення строку.

Не залишилося поза увагою законодавця і питання, пов'язане з останнім днем строку, що припадає на вихідний, святковий або інший неробочий день, що визначений відповідно до закону у місці вчинення певної дії, днем закінчення строку є перший за ним робочий день. Складнощі правозастосування цієї норми полягають у тому, що вихідний, святковий, інший неробочий день це категорії, які не є однаковими для усіх учасників цивільних правовідносин, а тому не можна говорити про їх універсальність. Так, наприклад, КМ України своїми розпорядженнями часто рекомендує роботодавцям визнати дні (часто п'ятниця, понеділок) до, або після святкових – вихідними та перенести на інші дні для відпрацювання. Такі рекомендації стають обов'язковими лише на основі відповідного розпорядження керівника юридичної особи, що не завжди безумовно виконується останніми. Дана ситуація ускладнює цивільні відносини, оскільки виникають складнощі обчислення строків, зокрема визначення останнього дня строку.

Особливої уваги заслуговують строки, які в ЦК України не визначені чітко («без визначення строку» (ст. 403), «на невизначений строк» (ст.ст. 408, 763). При цьому законодавець вимагає від зобов'язаних осіб вчинити певну дію «негайно» (ст. 564), «протягом нормально необхідного часу» (ст. 644); «протягом розумного строку» (ст. 680); «в розумний строк» (ст.ст. 700, 938, 939, 1101, 1146). Оціночність вказаних категорій часто породжує спори щодо їх розумності та тривалості. Вказується на неправильне застосування

¹ Про деякі питання практики застосування законодавства про відповідальність за порушення грошових зобов'язань: Постанова Пленуму Вищого господарського суду України № 14 від 17 грудня 2013 р. URL: http://vgsu.arbitr.gov.ua/files/pages/ppVGSU_17122013_014.pdf.

² Ромовська З. В. Українське цивільне право. Загальна частина. Академічний курс: підручник. Київ: Атіка, 2005. С. 473.

законодавцем понять «довічно» та «безстроково», оскільки вічного немає нічого¹.

Н. О. Горобець

§ 3. Проблемні питання застосування позовної давності в цивільному праві

У вітчизняній науці традиційне вчення про позовну давність сформувалося ще за радянської цивілістичної доктрини, що переважно і до сьогодні вважається аксіоматичним. Однак існує низка положень щодо природи та застосування позовної давності, що за умов вітчизняної правотворчої та правозастосовної діяльності піддалися доктринальному переосмисленню. Сьогодні завдяки ЦК України етатистське трактування права, яке було концептуальною основою загальноприйнятого розуміння позовної давності у радянській цивілістиці, зазнало суттєвих змін.

Позовна давність у доктрині приватного права вивчалася вченими у межах строків і термінів та окремо як самостійний предмет дослідження. Позовній давності присвячені роботи І. Є. Енгельмана, М. Я. Кирилової, О. П. Сергєєва, Є. О. Крашенинникова, Б. Б. Черепакіна, Г. Ф. Дерев'янка, Т. О. Терещенко, О. В. Шовкової, Т. М. Вахонєвої, В. О. Пушняка, В. В. Луця та ін.

В основу традиційного поняття позовної давності закладено ідею суб'єктивного цивільного права, що внаслідок конфліктної ситуації перетворилося в порушене право та обумовило виникнення права на позов в матеріальному сенсі, що у свою чергу зумовлює необхідність відмежовувати право на позов – у процесуальному. Останнє положення здебільшого не має нічого спільного з позовною давністю. При цьому погашення позовної давності призводить до втрати права на позов, відповідно, й існування самого порушеного права залишається під питанням, оскільки позбавлене підтримки апарату примусу. Це обумовило появу конструкцій добровільного виконання обов'язку боржника після закінчення перебігу позовної давності². У доктрині зазначається позиція необхідності введення правової фікції, ніби фактичні відносини оживляються добровільним виконанням, що не породжено дією

¹ Ромовська З. В. Українське цивільне право. Загальна частина. Академічний курс: підручник. Київ: Атіка, 2005. С. 470.

² Болотников И. М. Проблемы исковой давности в советском гражданском праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Ленинград, 1964. С. 7–8; Вострикова Л. Г. Сроки осуществления и защиты гражданских прав: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Рос. ин-т интеллект. собственности. Москва, 2000. С. 22; Деревянка Г. Ф. Последствия истечения исковой давности. *Ученые записки ВЮЗИ*. Вопросы Гражданского права. Москва, 1958. Вып. V. С. 37.

примусу і паралізує погашаючу сутність позовної давності¹ тощо. Радянськими цивілістами зазначалося, що погашення позовної давності приводило лише до позбавлення права на юрисдикційний захист порушеного суб'єктивного права, але не припиняло його існування².

О. В. Шовкова пропонує розглядати позовну давність як сукупність темпоральних і «діяльних» рис, де перші знаходять свій прояв у тому, що досліджуване правове явище є певним періодом у часі, а «діяльні» передбачають, що позовна давність включає подання позову або вчинення (не вчинення) інших дій в межах строку, втрату права на захист (права на позов)³. Дана позиція співзвучна з положеннями, що висловлюються в цивілістиці, де позовна давність розглядається як об'єктивне (встановлений законом період часу, який дозволяє особі за допомогою юрисдикційної форми захисту цивільних прав та інтересів здійснити захист оспорюваного, невизнаного чи порушеного суб'єктивного права) та суб'єктивне (уповноважена особа керуючись власними інтересами може скористатися або не скористатися цим правом) явище цивільного права.

Обчислення позовної давності відбувається за правилами, встановленими для обчислення строків. Питання початку перебігу/спливу позовної давності в доктрині права належить до числа найбільш дискусійних. Виділяються два критерії, що характеризують початок перебігу позовної давності: об'єктивний (юридичний факт з настанням якого починається перебіг позовної давності) та суб'єктивний (момент, коли особа дізналася чи могла дізнатися про порушення свого права)⁴. Законодавець віддав перевагу останньому критерію, але постає питання можливості довести час, з якого особі стало відомо про порушення її права, оскільки початок позовної давності у законі ставиться в залежність від оціночної категорії.

Складність виникає, якщо позивачем чи відповідачем є юридична особа. Момент, з якого юридичній особі стало відомо про порушення її права, є доволі спірним питанням, яке породило численні проблеми практики. У правовій позиції ВС України у справі № 6-116цс13 (№ 35667396 в ЄДРСРУ) суд зазначив про неправильність застосування судом ч. 1 ст. 261 ЦК України, оскільки за змістом цієї норми для визначення початку перебігу позовної давності має значення не тільки безпосередня обізнаність особи про

¹ Иоффе О. С. Советское гражданское право: курс лекций. Ленинград, 1958. С. 266–267.

² Катаржинская Н. И. Исковая давность по требованиям, вытекающим из хозяйственных договоров: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / АН СССР. Институт государства и права. Москва, 1966. С. 21–22.

³ Шовкова О. В. Позовна давність як різновид цивільно-правових строків: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Нац. юрид. акад. України імені Ярослава Мудрого. Харків, 2007. С. 7.

⁴ Кириллова М. Я., Крашенинников П. В. Строки в гражданском праве. Исковая давность. Москва: Статут, 2006. С. 15.

порушення її прав, а й об'єктивна можливість цієї особи знати про обставини порушення її прав. При цьому дана норма містить презумпцію обізнаності особи про стан своїх суб'єктивних прав, отже обов'язок доведення терміну, з якого особі стало (могло стати) відомо про порушення права, покладається на позивача. Оскільки позивач як юридична особа набуває та здійснює свої права й обов'язки через свої органи, то його обізнаність про порушення його прав або можливість такої обізнаності слід розглядати через призму обізнаності його органів та інших осіб, до повноважень яких належав контроль у сфері земельних відносин¹.

Як приклад у схожій ситуації ЄСПЛ не врахував процесуальну складову відносин позовної давності і відхилив вимоги заявників у справі Богдель проти Литви². Так, Верховний Суд Литви дійшов висновку, що у справі заявників не було пропущено строку позовної давності, позаяк, на його думку, позовна давність почала спливати тільки у 2001 р. – від дня, коли за підсумками експертизи Державне ревізійне управління дійшло висновку про протизаконність договору купівлі-продажу. Заявники зазначали, що «із практичної точки зору таке тлумачення рівнозначне правилу, за яким позовна давність взагалі не повинна застосовуватися до позовів держави стосовно її власності, адже практично майже неможливо пропустити строк давності ..., відрхований від дати, коли державні інституції одержують інформацію, необхідну для того, щоб довести порушення публічного інтересу». Суд визнав пріоритетним публічний інтерес у справі, оскільки йшлося про охорону культурної спадщини³. Виходячи із цих позицій, Литвою фактично було сформовано практику надавати різне тлумачення початку перебігу позовної давності у спорах між приватними особами, з одного боку, та у спорах приватних осіб із державними органами – з іншого. Співвідносячи позиції Верховного Суду України і ЄСПЛ у справі Богдель проти Литви вважається правильною позиція ЄСПЛ, оскільки незаконність рішень, які приймають державні органи, органи місцевого самоврядування не завжди очевидна, а посадові особи, які відповідають за їх прийняття, не завжди діють неупереджено чи мають достатню кваліфікацію, щоб виявити порушення прав, а при цьому порушуються публічні інтереси, які, не виключно, можуть мати пріоритетний характер (захист соціально незахищених верств населення, культурної спадщини тощо). ЦК України, регулюючи види позовної давності, виділяє загальний і

¹ Правова позиція Верховного суду України у справі № 6-116цц13. URL: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/7864c99c46598282c2257b4c0037c014/37ea7b880dea5ff6c2257fe8004a7699/\\$FILE/6-3029цц15.doc](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/7864c99c46598282c2257b4c0037c014/37ea7b880dea5ff6c2257fe8004a7699/$FILE/6-3029цц15.doc).

² Bogdel v. Lithuania, no. 41248/06, § 80, ECHR, 26 November 2013. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-138559>.

³ Карнаух Б.П. Позовна давність у практиці Європейського суду з прав людини. *Проблеми законності*. 2016. Вип. 134. С. 30.

спеціальний строки. До 20 грудня 2011 р. спеціальний строк поділявся на скорочений (1 рік) та збільшений (10 та 5 років). Норма про збільшений строк була виключена законодавцем через труднощі її правозастосування. Доктрина права з цього питання зайняла неоднозначну позицію. Одні автори зазначали, що 10 років це невиправдано довго, виходячи із загальноекономічних та правових уявлень, такий строк ускладнює реалізацію прав відповідачів та третіх осіб, які не завжди мають можливість зібрати та зберегти необхідні докази¹. Розумний строк позовної давності стабілізує цивільні відносини та заохочує осіб, права яких порушені, слідкувати за своєчасним здійсненням та захистом своїх прав, убезпечує від необґрунтованих претензій. Вважається, що саме 3 роки – строк, достатній для захисту свого порушеного, оспорюваного чи невизнаного права, який не створює хаосу у цивільних правовідносинах.

Інші, навпаки, стверджують, що 3 роки позовної давності – це відголоски радянського права, що намагалося скоротити відповідний строк для прискорення господарських операцій в державному секторі і полегшити вилучення майна у приватних осіб, на відміну від державного майна, до витребування якого позовна давність не застосовувалася². А. Івановим пропонується збільшити позовну давність до 10 років і пов'язати початок перебігу із моментом порушення права особи³. Якщо звернутися до іноземного законодавства, то, наприклад, Цивільне уложення Німеччини, встановивши загальну позовну давність в 3 роки, передбачає за окремими категоріям справ позовну давність у 30 років, а початок перебігу встановлює з початку нового року за роком, у якому відбулося порушення права⁴.

На сьогодні ЦК України закріплює можливість розгляду позовних вимог по суті незалежно від впливу позовної давності. За умови, якщо кредитор, подавши позов, висловив бажання захистити своє порушене право, а боржник, не заявивши про вплив позовної давності, допускає можливість необ'єктивності розгляду через «давність» відносин, справа має бути розглянута і вирішена по суті.

Суд застосовує положення позовної давності лише за заявою сторони у спорі і позбавлений можливості її самостійного застосування положень під час розгляду спору⁵. В цілому в позовному провадженні гласність процесу та

¹ Ильичев П. А. Исковая давность. Проблемы теории и правоприменительной практики: дис. ... канд. юрид. наук. Москва, 2014. С. 68.

² Объективная исковая давность / А. Иванов и др. *Закон*. 2016. № 3. URL: <http://xn----7sbbaj7auwnffhk.xn--p1ai/article/19736>.

³ Там само.

⁴ Бергман В. Гражданское уложение Германии. Вводный закон к Гражданскому уложению: пер. с нем. 3-е изд., перераб. Москва: Волтерс. С. 110.

⁵ Про окремі питання застосування строків позовної давності: Лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 16.01.2013 р. № 10-

принцип змагальності надають можливість зберегти баланс інтересів сторін за «неавтоматичного» застосування позовної давності. Однак проблеми постають при заочному розгляді та наказному провадженні, де процесуальне законодавство не передбачає участі чи повідомлення іншої сторони. Заочний розгляд справ фактично виключає можливість застосування позовної давності судом першої інстанції, відповідно, порушується баланс інтересів сторін. Особливо це стосується таких категорій справ, як стягнення заборгованості за кредитними договорами, визначення додаткового строку для прийняття спадщини, визнання права власності тощо.

У літературі висловлюється позиція, що застосування позовної давності не розглядається як вимоги сторони у спорі, оскільки законодавець вказує на застосування цієї давності за заявою сторони, а не за її вимогою¹.

ЦК України допускає можливість у договірному порядку збільшити позовну давність, але забороняє зменшувати строк, оскільки це може штучно ставити кредитора у не вигідне становище порівняно з боржником, а також аналогічними відносинами, неврегульованими договором.

Запитання та завдання для самоконтролю

1. Сформулюйте поняття строків у цивільному праві та розкрийте їх правову природу.
2. Як визначаються та обчислюються строки в цивільному праві?
3. Розкрийте особливості застосування позовної давності в цивільному праві.

70/0/4-13. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v_070740-13

¹ Печений О. П. До питання про застосування позовної давності судом апеляційної інстанції. *Проблеми цивільного права та процесу*: матеріали наук.-практ. конф., присвяч. пам'яті О. А. Пушкіна, 27 трав. 2016 р. Харків: ХНУВС, 2016. С. 139.

ТЕМА 5. ПРЕДСТАВНИЦТВО У ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ

Я. М. Садикова

§ 1. Поняття та види представництва в цивільному праві

Проблема визначення поняття представництва, а також виявлення його юридичної сутності належить до найбільш дискусійних проблем цивілістичної науки. У працях вітчизняних і зарубіжних вчених, присвячених дослідженню представницьких відносин, неодноразово піднімалося це питання, а також висувалися різні його концепції.

Дискусія про визначення «представництва» бере свій початок ще з праць вчених-цивілістів XIX століття. Так, дослідженням проблем представництва займалися А. О. Гордон¹, Н. О. Нерсесов². Щодо наукових досліджень інституту представництва радянськими вченими, то в сенсі розробки концепцій юридичної сутності представництва варто виділити роботи В. А. Рясенцева³, який вважається одним із провідних вчених з питань представництва.

У цивілістичній доктрині права сформувалися дві основні концепції юридичної сутності представництва: «концепція діяльності» і «концепція правовідносин».

«Концепція діяльності», запропонована і обґрунтована В. А. Рясенцевим⁴, С. М. Братусем⁵ та іншими цивілістами, розглядає представництво як дію. Означений підхід набув поширення у радянській цивілістичній науці. Таке доктринальне розуміння стало теоретичною основою правового регулювання представництва у Цивільному кодексі УРСР 1963 року, в ст. 62 якого

¹ Гордон А. Представительство в гражданском праве. *Журнал гражданского и уголовного права*: январь, февраль. Издание С.-Петербур. юрид. общества. Санкт-Петербург: Тип. Правительствующего Сената, 1879. Кн. 1. С. 234–243; Гордон А. О. Представительство без полномочия. Санкт-Петербург: Типо-литография Ю. Я. Римана, 1893. 187 с.

² Нерсесов Н. О. Понятие добровольного представительства в гражданском праве. Москва: Типо-Литография И. И. Смирнова, 1878. Саме професору Н. О. Нерсесову приписують заслугу у виробленні юридичної формули щодо того, що «форма договору визначається особистістю контрагента, а зміст породжених договором правовідносин (права і обов'язки за договором) – особистістю суб'єкта правовідносин».

³ Рясенцев В. А. Представительство в советском гражданском праве: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03. Москва, 1948.

⁴ Там само. С. 127–128.

⁵ Братусь С. Н. Предмет и система советского гражданского права. Москва: Гос. изд-во юрид. лит-ры, 1963. С. 184.

акцентувалося на правочинах, що вчиняються представником, та їх наслідках. Цілком справедливо, що така норма підлягала критиці. Як зазначає З. В. Ромовська, ст. 62 ЦК 1963 р. не містила визначення цього юридичного феномену (*інституту представництва – автор*), а регламентувала лише правові наслідки вчинення представником угоди, відповідно до наданого йому повноваження, що звичайно не розкривало його справжньої суті¹.

На противагу «концепції діяльності» «концепція правовідносин», яка на сьогодні є пануючою в доктрині вітчизняної цивілістики, ґрунтується на розумінні представництва як правовідносин зі складними суб'єктними зв'язками². О. С. Йоффе визначав представництво як правовідношення, в силу якого правомірні юридичні дії, вчинені однією особою (представником) від імені іншої особи, безпосередньо створюють, змінюють або припиняють цивільні права та обов'язки для особи, яку представляють³.

В основу правового регулювання представництва ЦК України покладено концепцію «правовідносин». Визначено, що представництвом є правовідношення, в якому одна сторона (представник) зобов'язана або має право вчинити правочин від імені другої сторони, яку вона представляє (ст. 237 ЦК України).

Характеризуючи представництво як правовідносини, їх визначають як один із різновидів організаційних правовідносин, які не є ні правовідносинами власності, ні зобов'язальними правовідносинами⁴, що виступають як засіб юридичної трансмісії прав і обов'язків між особою, яку представляють, і третіми особами⁵.

Сутність представництва зводиться до реалізації правоздатності однієї особи діями іншої. В силу цього продовжують мати місце наукові дискусії з приводу суб'єктних правових зв'язків у правовідносинах представництва. Найбільш визнаною є точка зору щодо існування внутрішніх і зовнішніх правовідносин у представництві. Внутрішні являють собою відносини між особою, яку представляють, та представником, а зовнішні – відносини між представником та третіми особами. Однак така точка зору викликає сумнів. На думку З. В. Ромовської, зовнішні відносини власне не є відносинами представництва, а лише внутрішні відображають сутнісні ознаки інституту, що

¹ Ромовська З. В. Українське цивільне право: Загальна частина. Академічний курс: підручник. Київ: Атіка, 2005. С. 445–446.

² Йоффе О. С. Советское гражданское право. Т. 1. Ленинград: Изд-во ЛГУ, 1958. С. 156; Невзгодина Е. Л. Представительство по гражданскому праву. *Советское государство и право*. 1978. № 3. С. 118.

³ Йоффе О. С. Советское гражданское право. Москва, 1972. С. 210.

⁴ Советское гражданское право: Т. 1 / под ред. О. А. Красавчикова. Москва: Высшая школа, 1985. С. 262.

⁵ Цивільне та сімейне право України: підруч. / за ред. Харитонова Є. О., Голубевої Н. Ю. Київ: Правова єдність, 2009. С. 263

розглядається¹. Така категоричність науковця не може не викликає відторгнення і передусім тому, що уповноваження особи на вчення юридично значущих дій без реалізації цих повноважень призводить до неможливості говорити про наслідки вчинення дій представником, про обмеження діяльності представника, не дозволяє включити до змісту інституту представництва специфічні норми щодо вчинення правочинів з перевищенням повноважень представника тощо. Квінтесенцією представництва є існування правовідносин між представником та особою, яку представляють, а також реалізація наданих повноважень у відносинах з третіми особами.

Убачається недоцільною ідеалізація лише однієї з традиційних у доктрині теорій сутності представництва (зокрема, концепції «діяльності» або «правовідношення») чи категоричної відмови від іншої, оскільки обидва підходи акцентують увагу на різних, але необхідних складових механізмі виникнення представницьких відносин².

Представництво є складним правовідношенням. «Складність» обумовлюється особливостями, в першу чергу, його суб'єктного складу. Представницькі правовідносини припускають участь трьох самостійних осіб – особи, яку представляють; представника та третьої особи, з якою представник вступає у представницькі відносини в інтересах та від імені особи, яку він представляє. Такий суб'єктний склад об'єктивно зумовлює наявність внутрішніх та зовнішніх правових зв'язків: між особою, яку представляють, та представником (внутрішній), а також представником і третіми особами (зовнішній).

У цивільному праві представництво існує різних видів. Критеріями класифікацій називаються різні юридичні обставини. Особливе значення надається класифікації за підставою виникнення правовідносин представництва, в рамках якої виділяється законне та добровільне представництво.

У Цивільному кодексі 1963 року підставами виникнення представництва були визначені такі: закон, договір та адміністративний акт. У цивільних кодексах окремих держав пострадянського простору таке формулювання збережено. Натомість у ЦК України запропоновано інше: представництво виникає на підставі договору, закону, акта органу юридичної особи та з інших підстав, встановлених актами цивільного законодавства (ч. 3 ст. 237). Підстави виникнення відносин представництва та нормативне визначення цих підстав дозволяють виділяти законне представництво (обов'язкове) та добровільне

¹ Ромовська З. В. Українське цивільне право: Загальна частина. Академічний курс: підручник. Київ: Атіка, 2005. С. 447.

² Доманова І. Ю. Інститут добровільного представництва в цивільному праві України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Київський нац. ун-т імені Тараса Шевченка. Київ, 2007. С. 10.

(договірне представництво та представництво на підставі акта органу юридичної особи).

Різновидом законного представництва називають так зване статутне представництво¹. Ідея статутного представництва в тому, що окрема юридична особа, визначена законом, наділяється правом представляти та захищати права та інтереси своїх членів або інших осіб для здійснення статутних цілей та завдань. Так, Закон України «Про авторське право та суміжні права» визначає загальні засади діяльності організацій колективного управління, які діють на підставі статуту і основною функцією яких є управління на колективній основі авторськими та (або) суміжними правами. Частина 7 ст. 48 та ч. 2 ст. 49 Закону України «Про авторське право та суміжні права» допускають випадки, коли така організація здійснює управління авторськими та (або) суміжними правами без передачі повноважень суб'єктами цих прав, лише на підставі статутних цілей організації колективного управління.

Окремим видом договірною представництва ЦК України називає комерційне представництво. Юридична сутність комерційного представництва не є новою, а от термін вперше впроваджено в ЦК України 2004 р. Відповідно до ст. 243 ЦК України комерційним представником є особа, яка постійно та самостійно виступає представником підприємців при укладенні ними договорів у сфері підприємницької діяльності. Таким чином, статус комерційного представника визначається сферою його діяльності та статусом особи, яку він представляє. З огляду на це можна виділити загальне договірне та комерційне представництво, які співвідносяться як загальне та спеціальне.

Окремими вченими комерційне представництво ототожнюється з представництвом «обставин», яке виділялося в дореволюційний та радянський час в юридичній цивілістичній літературі². Таке твердження видається сумнівним. Більш логічно вбачається серед підстав виникнення представництва, з огляду на невичерпність їх переліку в ст. 237 ЦК України, називати факт, присутність якого в силу закону є достатньою для того, щоб виникли повноваження в однієї особи бути представником іншої (наприклад, продавець у роздрібній торгівлі, касир тощо³).

Проблематики видів представництва в цивільному праві стосується питання співвідношення цивільного представництва і процесуального представництва та виділення судового представництва як окремого виду

¹ Ромовська З. В. Українське цивільне право: Загальна частина. Академічний курс: підручник. Київ: Атіка, 2005. С. 464.

² Там само. С. 465.

³ Цивільне право України: курс лекцій: У 6 т. Т. 1. Вид. 2-ге, виправ. та доп. / за ред. Р. Б. Шишки та В. А. Кройтора. Харків: Еспада, 2008. С. 614.

цивільного представництва¹. Досить чітко і в теорії, і на практиці прослідковується відмежування цивільного представництва від судового представництва та корпоративного представництва².

У цивілістичній літературі висвітлюються й інші види представництва: пряме, побічне та приховане³; юридичне і фактичне⁴, активне та пасивне⁵.

Я. М. Садикова

§ 2. Представництво прав та інтересів юридичної особи: проблемні питання

Юридична особа – це організація, створена та зареєстрована в установленому законом порядку. Це соціальний суб'єкт, і оскільки він не має фізичного втілення, то може виступати в цивільному обороті лише через свої представницькі органи. Відповідно до ст. 92 ЦК України юридична особа набуває цивільних прав та обов'язків і здійснює їх через свої органи, які діють відповідно до установчих документів та закону. У випадках, встановлених законом, юридична особа може набувати цивільних прав та обов'язків і здійснювати їх через своїх учасників.

Теоретичні підходи щодо представництва прав та інтересів юридичних осіб в цивільному праві та об'єктивованої форми участі юридичних осіб в цивільному обороті коливаються між двома кардинально протилежними точками зору. Перша з них полягає в тому, що орган юридичної особи є законним представником юридичної особи⁶. Представники доктрини «орган – представник юридичної особи» дотримувалися тієї позиції, що оскільки юридична особа є фіктивною і не має можливості самостійно вступати у відносини з третіми особами, вона потребує представників, чії дії можна було б вважати діями юридичної особи. Через представників юридична особа

¹ Цюра В. Концепція представництва в світлі положень сучасного цивільного та цивільного процесуального законодавства України. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки*. 2012. № 90. С. 45.

² Спасибо-Фатеева І. В. Проблеми сучасного регулювання представництва. *Університетські наукові записки*. 2012. № 1. С. 254.

³ Северова Є. С. Представництво за римським приватним правом та його рецепція у сучасному цивільному праві України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Нац. ун.-т «Одеська юридична академія». Одеса, 2004. 20 с.

⁴ Северова Є. С. Інститут представництва у стародавньому Римі. *Актуальні проблеми держави і права*. 2005. С. 285.

⁵ Байгушева Ю. В. Представительство по российскому гражданскому праву (к разработке отечественной доктрины с учетом опыта западноевропейской цивилистики): дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03 / Санкт-Петерб. гос. эконо. ун.-т. Санкт-Петербург, 2015. 322 с.

⁶ Перша і в історичному плані також. Така доктрина була пануючою наприкінці ХІХ на початку ХХ століття.

набуває прав та бере на себе обов'язки. Дії тільки представників зобов'язують юридичну особу¹.

Окремими сучасними українськими вченими така позиція хоча і притримується, однак не відстоюється активно². Висловлюється точка зору з приводу того, що представництво, що базується на волевиявленні, вираженому в акті юридичної особи, найчастіше має місце при виданні наказу про призначення на посаду, яка передбачає вчинення юридичних дій. Особою, яка представляється, в цьому випадку виступає організація (юридична особа), що видала адміністративний акт, а представником – конкретна особа, що поійменована в акті³.

Трохи пізніше (в 40-50-х роках ХХ ст.) формується інший погляд, і вже радянська цивілістична доктрина не вбачала представницьких відносин у діяльності органів юридичної особи, які реалізовували її правоздатність. С. М. Братусь вказував, що орган не є суб'єктом яких-небудь прав і обов'язків, відокремлених від цивільних прав і обов'язків юридичної особи⁴.

Вочевидь, що в сучасній доктрині та законодавстві переважає саме така точка зору. В науковій літературі це питання викладається досить традиційно: визнання органу юридичної особи її представником теоретично неправильне, оскільки неминуче веде до висновку про відсутність повної процесуальної дієздатності у юридичних осіб. Органи юридичної особи є її частиною і не виступають самостійним суб'єктом права⁵.

Повноваження, що ґрунтується на корпоративному акті (зокрема, рішенні юридичної особи про призначення/обрання виконавчого органу), не створює ефект представництва, оскільки «органи юридичної особи не є самостійним суб'єктом цивільних правовідносин і виступають частиною юридичної особи». Отже, орган юридичної особи не є її представником, і у випадку перевищення повноважень цим органом положення ЦК України про вчинення правочину неуповноваженою особою (ч. 1 ст. 241) застосовуватися не можуть. У цьому разі мають застосовуватися положення ЦК України (ч. 2 ст. 203 і ст. 215) про нікчемність правочину неуповноваженої особи, вчиненого від імені іншої особи, як такого, що суперечить вимогам закону⁶.

¹ Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права. Т. 1. Москва: Статут, 2005. С. 82.

² Ромовська З. В. Українське цивільне право: Загальна частина. Академічний курс: підруч. Київ: Атіка, 2005. С. 463.

³ Цивільне та сімейне право України: підруч. / за ред. Харитоновна Є. О., Голубевої Н. Ю. Київ: Правова єдність, 2009. С. 268.

⁴ Братусь С. Н. Субъекты гражданского права. Москва: Госюриздат, 1950. С. 204.

⁵ Чванкін С. А. Особливості представництва юридичних осіб у цивільному процесі.

Актуальні проблеми держави і права. 2009. Вип. 51. С. 118.

⁶ Доманова І. Ю. Інститут добровільного представництва в цивільному праві України:

Доктрину втілено в законодавстві: норми щодо осіб, які реалізують права та обов'язки юридичних осіб, розміщені структурно в книзі 1 ЦК України в главі 7, а не в главі 17, де містяться норми щодо представництва. Однак існує термінологічна невизначеність: органи юридичної особи представниками не визнаються, однак і в законодавстві (ч. 4 ст. 92 ЦК України), і в роботах авторів, які дотримуються «концепції непередставництва»¹, переважно використовується термін «представництво» для позначення діяльності органів юридичної особи.

Серед цих діаметрально протилежних позицій «представництва–непредставництва» знаходиться концепція «представництва особливого роду», за якою органи юридичної особи є представниками, однак це представництво особливого роду, що в силу своєї функціональності відрізняється від законних представників малолітніх та неповнолітніх².

Стрімкий розвиток суспільних відносин за участю юридичних осіб вимагає від права створювати такі конструкції, які б не лише надавали широкі можливості прояву правосуб'єктності юридичних осіб, але й були збалансованими в точці перетину інтересів засновників (учасників) юридичних осіб, юридичних осіб безпосередньо, а також третіх осіб, з якими юридична особа перебуває у правовідносинах в аспекті захисту цих інтересів. З 1 травня 2016 року набрав чинності Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо захисту прав інвесторів», яким передбачена можливість учасників (акціонерів) звернення до суду з «похідним позовом» в інтересах товариства до посадових осіб товариства. Слово «похідний» означає, що особа, яка подає позов, має лише корпоративні права щодо товариства, права якого й порушуються неправомірною поведінкою з боку органів управління. Звертаючись із похідним позовом, акціонер (учасник) має обґрунтувати порушення не власних корпоративних прав, а прав та інтересів юридичної особи, яку він представляє³. В аспекті проблематики представництва прав та інтересів юридичної особи, що розглядається, це питання набуває сьогодні неабиякої практичної актуальності⁴.

автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Київський національний ун-т ім. Тараса Шевченка. Київ, 2007. С. 6.

¹ Цивільне право України: курс лекцій: У 6 т. Т. 1. Вид. 2-ге, виправ. та доп. / за ред. Р. Б. Шишки та В. А. Кройтора. Харків: Еспада, 2008. С. 434.

² Цепов Г. Ф. Понятие органа юридического лица по российскому законодательству. *Правоведение*. 1998. № 3. С. 89–93.

³ Колток О. Похідні позови: нововведення, на які варто звернути увагу. *Законодавча влада*. 2016. № 16. С. 13.

⁴ Вінник О. М. Публічні та приватні інтереси в господарських товариствах: проблеми правового забезпечення. Київ: Атіка, 2003. 352 с.; Ковалішин О. Р. Непрямий (похідний) позов як засіб захисту учасників корпоративних відносин. *Вісник Академії адвокатури*

Представництво юридичної особи можливе на підставі довіреності, яка видана на підставі договору або ґрунтується на акті органу юридичної особи (ст. 244 ЦК України). На підставі довіреності або іншої достатньої правової підстави (договір тощо) можуть діяти уповноважені представники юридичної особи. Представниками на підставі зазначеного документу виражається воля юридичної особи, тому їх дії в межах довіреності розглядаються як дії самої юридичної особи. Вони так само, як органи юридичної особи, своїми діями набувають для останньої цивільних прав та обов'язків¹.

Я. М. Садикова

§ 3. Розмежування дій представника від дій інших осіб у цивільному праві

Вольові дії на породження юридичних наслідків зазвичай вчиняє особа, в інтересах якої настання таких наслідків. Однак суб'єктивні чи об'єктивні за характером обставини можуть стати перепорою для вчинення цих дій саме такою особою. Реагуючи на це, право створює різні конструкції, які не передбачають особистої участі особи у правовідносинах, в яких задіяні її інтереси. Зазвичай мова йде про представництво, коли представник вчиняє правочини від імені та в інтересах особи, яку він представляє. Однак можлива реалізація чужого інтересу в іншому форматі. Так, комісія представляє собою договір, за яким комісіонер вчиняє правочини від свого імені, але в чужому інтересі – інтересі комітента.

У науці цивільного права можна прослідкувати розвиток поглядів на представництво від «широкого» до «вузького» підходу.

«Вузький» підхід до представництва відповідає сучасній правовій моделі представництва. Так, за змістом ст. 237 ЦК України представництвом є правовідношення, в якому одна сторона (представник) зобов'язана або має право вчинити правочин від імені іншої сторони, яку вона представляє. І не є представником особа, яка хоч і діє в чужих інтересах, але від власного імені, а також особа, уповноважена на ведення переговорів щодо можливих у майбутньому правочинів. Основними ознаками представництва у вузькому його розумінні є такі: 1) представник діє не від свого імені, а від імені іншої особи; 2) представник вчиняє певні юридичні дії (вчинення виключно фактичних (не юридичних) дій представництвом не охоплюються); 3) правові

України. 2010. № 1. С. 61–67; Лаврінченко І. Похідний позов по-українськи. *Юридична газета*. URL: <http://yur-gazeta.com/publications/practice/korporativne-pravo-ma/pohidniy-pozov-poukrayinski.html>

¹ Советское гражданское право / под ред. В. А. Рясенцева, Н. П. Волошина. Москва: Юрид. лит., 1987. С. 64.

наслідки настають не для представника, а для особи, яку він представляє. Ці ознаки беруться за основу розмежування представництва та суміжних інститутів.

Існування поняття представництва в «широкому» розумінні пов'язується з виділенням непрямым представництвом – вчиненням правочинів в інтересах іншої особи, однак від власного імені. Л. В. Саннікова вказує, що під представництвом у широкому розумінні слід розуміти правовідношення, в силу якого одна особа (представник) вчиняє дії в інтересах іншої особи від свого імені або від імені цієї особи з метою створення для особи, яку представляють, бажаних для неї правових наслідків¹.

На сьогодні такий поділ представництва не є традиційним, і вже довгий час усталеною точкою зору є та, що вчинення правочинів від власного імені, хоча і в інтересах іншої особи, не є правовідносинами представництва. З цієї точки зору представник відрізняється від комісіонера, який здійснює юридичні правочини також в інтересі іншого, комітента, однак від свого імені².

Згадки про непряме представництво на сторінках сучасної української юридичної літератури здебільшого мають місце в аспекті висвітлення питання про формування доктрини про представництво в цивільному праві.

Суміжними з інститутом представництва в цивільному праві є інститут посередництва, виконання заповіту і, відповідно, діяльність виконавця заповіту, діяльність посильних, кур'єрів тощо.

В першу чергу від представництва в цивільному праві потрібно відрізнити посередництво. В. В. Резнікова, досліджуючи посередництво та представництво як суміжні правові категорії, виділила їх спільні ознаки:

1) обидва явища (посередництво і представництво) є сукупністю правовідносин;

2) ці правовідносини мають місце у сфері послуг (послуги – діяльність, корисний ефект якої не має уречевленого результату);

3) сутність цих правовідносин полягає в забезпеченні, створенні нових правових зв'язків між різними особами за допомогою укладення угод та/або інших правомірних дій посередником або представником;

4) і представництво, і посередництво виникають переважно у сфері майнового обороту;

5) сутність відносин посередництва та представництва полягає в забезпеченні, створенні правових зв'язків між різними особами за допомогою укладення угод та здійснення правомірних (юридичних та/або фактичних) дій;

¹ Саннікова Л. В. Договори о представительстве. *Журнал российского права*. 2004. № 4. С. 54–59.

² Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права. Т. 1. Москва: Статут, 2005. С. 217.

б) як представництво, так і посередництво є сукупністю дій, що здійснюються в чужих інтересах та за чужий рахунок¹.

З легального визначення представництва випливає те, що діяльність представника завжди спрямована на укладення правочинів, а не вчинення фактичних дій. Посередник же не укладає правочинів, він тільки сприяє укладенню правочину, вчиняє фактичні дії (не юридичні) щодо його укладення: допомагає у пошуку контрагента, у підготовці проекту договору тощо. Крім того, притаманною посередництву ознакою є те, що посередництво – це діяльність посередника переважно від власного імені, але за рахунок і в інтересах іншого учасника відносин.

Так само не є представниками посильні, кур'єри. Ці особи виконують дії, які не мають юридичних наслідків, тобто не тягнуть за собою виникнення, зміну чи припинення цивільних прав та обов'язків.

Досить неоднозначно вирішується проблема відмежування представництва та агентування. ЦК України не знає такого поймаєного договору як агентський договір, хоча він є затребуваний практикою. Визначається, що агентування полягає в зобов'язанні надати послуги другій стороні (суб'єкту, якого представляє агент) в укладенні угод чи сприяти їх укладенню (надання фактичних послуг) від імені цього суб'єкта і за його рахунок².

На думку А. І. Дрішлюка, агентський договір є видом представницького договору, тому його часто ототожнюють із договором доручення. Звідси і застосування до агентського договору норм законодавства, які регулюють договір доручення³. Така точка зору не є єдиною.

Правильною видається позиція щодо функціональних можливостей агентського договору, які забезпечуються тим, що сам договір являє собою найполегшену конструкцію пов'язаних між собою цивільно-правових договорів між одними і тими ж суб'єктами (комісії, доручення, підрядних договорів), або змішаних договорів⁴.

Конкурсний управляючий, діяльність якого передбачена Законом України «Про відновлення платоспроможності боржника та визнання його банкрутом», розпоряджається майном боржника і вчиняє низку дій від свого

¹ Резнікова В. В. Правове регулювання посередництва у сфері господарювання (теоретичні аспекти) / Київ. нац. ун-т ім. Тараса Шевченка, Хмельниц. ун-т упр. та права. 2010. С. 78–99.

² Невзгодина Е. Л. Представительство и агентирование. *Вестник Омского университета*. Серия Право. 2012. № 3. С. 82.

³ Дрішлюк А. І. Агентський договір: цивільно-правовий аспект: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Одес. нац. юрид. акад. Одеса, 2003. С. 5–6.

⁴ Алмаева Ю. О., Токарева К. Г. Агентский договор как самостоятельный вид посреднического соглашения. *Гуманитарные научные исследования*. 2014. № 10. URL: <http://human.sauka.ru/2014/10/7964>.

імені та в інтересах кредиторів особи-банкрута. Вчинення дій від свого імені унеможливує існування представницьких відносин.

Запитання та завдання для самоконтролю

1. Сформулюйте поняття представництва в цивільному праві та охарактеризуйте види представництва.
2. У чому полягають особливості представництва прав та інтересів юридичної особи?
3. Розмежуйте дії представника від дії інших осіб у цивільному праві.

ТЕМА 6. ВЧЕННЯ ПРО ОСОБИСТІ НЕМАЙНОВІ ПРАВА

С. О. Сліпченко

§ 1. Проблема визначення місця особистих немайнових прав у системі права

Питання про місце особистих немайнових прав у системі права України належить до найбільш дискусійних у сучасній доктрині права. У цивілістичній доктрині існують три основні концепції щодо їх місця в системі приватного права України¹: це радикальна, негативна і позитивна.

Прибічники *радикальної* концепції вважають, що особисті немайнові права складають самостійний предмет правового регулювання, але незначний обсяг не дозволяє виділити їх в самостійну галузь права², тому їх включили до цивільного права. Вбачається, що така точка зору не витримує критики. Незначний обсяг сам по собі не може бути підставою для включення оригінальних, автономних, відокремлених відносин до іншої («чужої») для них галузі права³.

Розробники ЦК України виходили з позиції тих вчених, які вважають, що особисті немайнові відносини включені до предмета цивільного права через наявність у них подібних ознак, що й у майнових, які входять до предмета цивільного права⁴, а саме вони виражають належність певних благ конкретним суб'єктам, які є юридично рівними і автономними; при порушенні віднов-

¹ Гражданское право Украины: учеб. для вузов системы МВД Украины: в 2 ч. Ч. 1 / под ред. А. А. Пушкина, В. М. Самойленко. Харьков: Основа, 1996. С. 190.

² Иванов О. В. Проблемы правовой охраны личных неимущественных благ граждан в социалистическом обществе. *Актуальные проблемы социалистического государственного управления*. Иркутск; Варшава, 1973. С. 73; Тархов В. А. Гражданское право. Общая часть: курс лекций. Чебоксары, 1997. С. 57.

³ Сліпченко С. О. Цивільно-правове регулювання особистих немайнових прав. *Вісник Національного університету внутрішніх справ*. 2003. Вип. 24. С. 196–201.

⁴ Алексеев С. С. Предмет советского социалистического гражданского права. *Уч. труды*. Серия «Гражданское право». Т. 1. Свердловск. Свердловский юрид. ин-т, 1959. С. 149–150; Гамбаров Ю. С. Курс гражданского права. Т. 1. Часть общая. Санкт-Петербург, 1911. С. 82–87; Малеина М. Н. Личные неимущественные права граждан: понятие, осуществление, защита. Москва: Пресс, 2000. С. 25; Цивільне право України. Частина перша / за ред. Ч. Н. Азімова, С. Н. Приступи, В. М. Ігнатенка. Харків: Право, 2000. С. 7–10; Цивільне право України: підручник. Книга перша / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. Київ, 1999. С. 19.

люються чи захищаються в позовному порядку¹; мають взаємооціночний характер².

Вчені, які розділяють *негативну* концепцію, стверджують, що вказані відносини не регулюються цивільним законодавством, оскільки позитивні дії здійснюються їх носієм поза рамками права³. Вони тільки захищаються у випадку їх порушення⁴. Свої твердження прибічники цієї точки зору виводять з того, що закон не визначає активних дій, які могла б вчиняти управомочена особа, здійснюючи своє право, а вказує тільки на недоторканність відповідного блага і на спосіб захисту⁵. З наведеного висновком є те, що відносини щодо немайнових благ не мають юридичний характер, а побудова конструкції такого правовідношення призведе до його настільки невизначенності, що сама конструкція не виконуватиме ніякої корисної функції⁶.

О. А. Пушкін, критикуючи наведену вище концепцію, стверджував, що якщо до порушення відносини не мали правового характеру, то і після порушення вони не можуть стати правовими⁷. Ставлячи під сумнів вивіреність негативної концепції, необхідно приєднатися до поглядів тих вчених-юристів, які вказують, що правове регулювання і охорона цивільних прав взагалі й особистих зокрема не можуть протиставлятися, оскільки регулювання означає й охорону прав, а їх охорона здійснюється у т. ч. шляхом регулювання відповідних відносин⁸. Сема з такої позиції виходили розробники ЦК України. З появою особистих немайнових правовідносин їх почали характеризувати як абсолютні⁹. Проте, якщо в системі абсолютних правовідносин місце

¹ Гражданское право Украины: учеб. для вузов системы МВД Украины: в 2 ч. Ч. 1 / под ред. А. А. Пушкина, В. М. Самойленко. Харьков: Основа, 1996. С. 191.

² Гражданское право: учебник: Ч. 1. Изд. второе, перераб. и доп. / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. Москва: ТЕИС, 1996. С. 7–8.

³ Цивільне право України. Частина перша / за ред. Ч. Н. Азімова, С. Н. Приступи, В. М. Ігнатенка. Харків: Право, 2000. С. 135.

⁴ Иоффе О. С. Личные неимущественные права и их место в системе советского гражданского права. *Сов. государство и право*. 1966. № 7. С. 57; Суховерхий В. Л. Личные неимущественные права граждан в советском гражданском праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Свердловск, 1970. С. 8–9.

⁵ Кабалкин А. Ю. Гражданско-правовая охрана интересов личности. Москва. 1969. С. 58.

⁶ Халфина Р. О. Общее учение о правоотношении. Москва: Юрид. лит., 1974. С. 124.

⁷ Пушкин А. А. Спорные вопросы учения о гражданском правоотношении. *Вопросы государства и права*. Москва. 1974. С. 159–160.

⁸ Яковлев В. Ф. Гражданско-правовой метод регулирования общественных отношений. Свердловск. 1972. С. 205.

⁹ Гражданское право: учебник: в 3 т. Т. 1 / под ред. А. П. Сергеева. Москва: РГ-Пресс, 2010. С. 128; Егоров Н. Д. Гражданско-правовое регулирование общественных отношений: единство и дифференциация. Ленинград: Изд-во Ленингр. ун-та, 1988. С. 117; Лапач В. А. Система объектов гражданских прав: теория и судебная практика. Москва: Юридический

та самостійність речових і виключних правовідносин практично не викликає сумнівів, то стосовно особистих немайнових правовідносин ці питання залишаються не до кінця визначеними. Отже, виникла проблема визначення їх місця в системі цивільних відносин.

Так, частина вчених, виходячи з того, що *позитивний* аспект будь-якого суб'єктивного права складається з трьох основних правомочностей: володіння, користування, розпорядження¹, тобто має пропріетарний характер, робить висновок, що пропріетарна модель поведінки може бути запроваджена і для особистих немайнових відносин², чи принаймні останні тяжіють до відносин власності³. Інакше кажучи, представники пропріетарної концепції поширюють абсолютний механізм права власності на відносини, що виникають щодо таких немайнових благ, як інформація та особисті немайнові блага. Такий підхід може бути пояснено тим, що особисті немайнові відносини є досить новими для вітчизняної галузі цивільного права і їх регламентація перебуває ще в зародковому стані. Юриспруденція тільки розпочинає пошук відповідних правових конструкцій та інструментів для впливу на ці відносини. Намагання поширити систему, яка вже давно склалася для відомих правових явищ, на нові, є досить природними, але не завжди виправданими. Незважаючи на це, базуючись на природно-правовому вченні Дж. Локка про набуття права власності на результати власної праці, спочатку у Франції, а в подальшому і в інших країнах інституціональної системи права режим права власності було встановлено на об'єкти інтелектуальної власності та на деякі особисті немайнові блага. Подібні спроби спостерігаються і в законодавстві України. Зокрема, в 1992 р. в Україні прийнято Закон України «Про інформацію»⁴, у ст. 38 якого було закріплено право власності на інформацію. І тільки у 2011 р. підхід законодавця щодо режиму інформації змінився. Разом із тим у ст.ст. 303, 306 ЦК України залишилась закріпленою власність на особисті папери та кореспонденцію.

центр Пресс. 2002. С. 106; Цивільне право: підручник: у 2 т. Т. 1 / за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. Харків: Право, 2011. С. 251.

¹ Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права. Санкт-Петербург: Юридический центр Пресс, 2003. С. 193–194.

² Малеина М. Н. Личные неимущественные права граждан: понятие, осуществление, защита. Москва: МЗ Пресс, 2000. 244 с.; Лісничка Т. В. Захист особистих немайнових прав, що забезпечують природне існування фізичної особи (право на життя, здоров'я, свободу та особисту недоторканість): автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Харк. нац. ун-т внутр. справ. Харків, 2007. 20 с.

³ Гориславський К. О. Право людини та громадянина на самозахист життя і здоров'я від протиправних посягань: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.02 / Донец. ін-т внутр. справ при Донецькому нац. ун-ті. Донецьк, 2003. С. 101.

⁴ Про інформацію: Закон України від 02.10.1992 р. № 2657-ХІІ. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 48. Ст. 650.

Поряд із пропріетарною точкою зору, здійснюються спроби обґрунтування особистих немайнових правовідносин як обмежено пропріетарних¹. Їх суть полягає у тому, що позитивний зміст права на особисте немайнове благо включає в себе лише правомочності володіння і користування² чи тільки володіння³, чи тільки користування. Інакше кажучи, ця концепція будується на зменшенні правомочностей носія нематеріального об'єкта порівняно з правом власності. Вбачається, що така позиція містить у собі ті ж вади, що й пропріетарний підхід. Окрім цього, Р. О. Стефанчук справедливо звертає увагу на неможливість застосування до немайнових відносин не тільки конструкції, а навіть юридичної термінології речового права. Це пов'язано з тим, що застосування ідентичних термінів призведе до невиправданого змішування різних за змістом правових категорій, що не відповідають понятійно-категоріальним законам юриспруденції⁴.

Серед абсолютних правовідносин дослідженими, крім речових, є й виключні, а тому природно, що в юридичній літературі знову ж таки здійснюються спроби поширити на нові відносини характеристику, систему, механізм, які вже устоялись і відомі. Так, В. А. Дозорцев, як прибічник концепції виключного права, вже у 1995–1998 рр. зазначав, що особисті немайнові правовідносини – це ще один вид виключних правовідносин⁵. До них вчений відносив як права на фізичну недоторканність особи (на життя, здоров'я, особисту свободу, свободу пересування, вибір місця проживання тощо), так і на внутрішній світ особистості, її інтереси (особиста та сімейна таємниця, невтручання у приватне життя, честь і гідність тощо). Подібну точку зору займали й В. А. Колосов, М. З. Шварц щодо права на зображення фізичної особи. Ґрунтуючись на твердженнях Г. Ф. Шершеневича про те, що правовідносини, в яких законодавець певним особам надає виключні можливості здійснення відомих дій з нематеріальним об'єктом та одночасною

¹ Аникин А. С. Содержание и осуществление исключительных прав: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Акад. нар. хоз. при правительстве РФ. Москва, 2008. С. 23–24;

Дозорцев В. А. Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации: сб. ст. Москва: Статут, 2005. С. 147; Лапач В. А. Система объектов гражданских прав: теория и судебная практика. Москва: Юридический центр Пресс. 2002. С. 470.

² Матузов Н. И. Актуальные проблемы теории права. Саратов: Изд-во Саратов. гос. акад. права, 2004. С. 84.

³ Иванов О. В. Проблемы правовой охраны личных неимущественных благ граждан в социалистическом обществе. *Актуальные проблемы социалистического государственного управления*. Иркутск; Варшава, 1973. С. 55.

⁴ Стефанчук Р. О. Особисті немайнові права фізичних осіб у цивільному праві (поняття, зміст, система, особливості здійснення та захисту): монографія. Київ: КНТ, 2008. С. 140.

⁵ Дозорцев В. А. Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации: сб. ст. Москва: Статут, 2005. С. 23, 41.

«забороною для всіх інших можливості повторення» таких дій, можуть бути названі виключними¹, вони стверджують, що «за правовою природою право на зображення необхідно визнати виключним правом»². Отже, в юридичній літературі робиться висновок, що до немайнових відносин застосовні ті самі засоби регулювання, що й до виключних, а тому перші утворюють окрему групу останніх³. Слід наголосити, що, як і в попередньому випадку, поширення механізму виключних прав на особисті немайнові відносини є не лише теоретичною розробкою. Так, у країнах англосаксонської системи права правовідносини щодо результатів інтелектуальної, творчої діяльності та оборотоздатних особистих немайнових благ, які здатні об'єктивуватися, входять до групи виключних правовідносин (правовідносин інтелектуальної власності). У правових системах України та країн СНД особисті немайнові відносини, що виникають з приводу створення результатів інтелектуальної, творчої діяльності, також регулюються через конструкцію виключних прав.

За класичним розумінням структури особистих немайнових відносин останні не мають економічного змісту, тобто є «чистими немайновими»⁴. На цю особливість вказує і ч. 2 ст. 269 ЦК України. Разом із тим, не піддаючи сумніву немайнову складову особистих немайнових правовідносин, в юридичній літературі зазначається, що права на такі об'єкти, як ім'я, зображення, честь, ділова репутація, особисті папери, житловий простір, кореспонденція, інформація, автономність юридичної особи, її найменування, інші оборотоздатні об'єкти особистих немайнових правовідносин можуть мати і майнову природу, оскільки ці блага можуть бути оцінені у грошах⁵. Подвійна природа особистих немайнових правовідносин з оборотоздатними об'єктами⁶, дала можливість деяким дослідникам встановити подібність їх з правовідносинами

¹ Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права (по изд. 1907 г.). Москва: СПАРК, 1995. С. 138.

² Колосов В., Шварц М. Право на изображение в Российском праве с учетом зарубежного опыта. *Интеллектуальная собственность: Авторское право и смежные права*. 2008. № 5. URL: http://www.kolosov.info/misc/pravo_na_izobrajenie4site.pdf

³ Гражданское право: учебник: в 3 т. Т. 3 / под ред. А. П. Сергеева. Москва: РГ-Пресс, 2010. С. 106; Дозорцев В. А. Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации: сб. ст. Москва: Статут, 2005. С. 23.

⁴ Малеина М. Н. Личные неимущественные права граждан: понятие, осуществление, защита. Москва: МЗ Пресс, 2000. С. 12; Пассек Е. Неимущественный интерес в обязательстве. Юрьев: Тип. К. Маттисена, 1893. С. 10.

⁵ Сліпченко С. О. Особисті немайнові правовідносини щодо оборотоздатних об'єктів: монографія. Харків: Діса плюс, 2013. 552 с.

⁶ Більш детально про оборотоздатні об'єкти особистих немайнових прав див.: Сліпченко С. А. Оборотоспособность объектов личных неимущественных прав, обеспечивающих социальное бытие физического лица: монография. Харьков: ФОП Мичурина Н. А., 2011. 336 с.

інтелектуальної власності¹. Зокрема О. В. Кохановська, не заперечуючи особистого немайнового характеру прав на інформацію, стверджує, що правовідносини щодо цього об'єкта входять до групи правовідносин інтелектуальної власності². В. А. Колосов, М. З. Шварц зазначають, що правовідносини, які виникають із приводу зображення, є виключними³. Опосередковане підтвердження того, що модель поведінки виключних правовідносин рівною мірою застосовна і до особистих немайнових відносин, що виникають із приводу оборотоздатних об'єктів, знаходимо й у законодавстві України. Наприклад, базуючись на твердженні, що найменування для юридичної особи – це те саме, що для фізичної особи її ім'я⁴, тобто їх функціональні призначення та характеристики (вони є оборотоздатними нематеріальними благами), звичайно з урахуванням особливостей суб'єктного складу, збігаються, а відносини щодо імені є особистими немайновими, логічно зробити висновок, що відносини, які виникають з приводу найменування юридичної особи, є особистими немайновими. У свою чергу, відносини, що виникають з приводу комерційного (фірмового) найменування, регулюються (глава 43 ЦК України) за допомогою механізму права інтелектуальної власності (виключного права).

С. О. Сліпченко

§ 2. Здатність юридичної особи мати особисті немайнові права

Питання про можливість юридичних осіб бути носієм особистих немайнових прав не отримало одностайної відповіді в юридичній літературі.

Так, Є. О. Суханов, як один із найбільш активних прихильників заперечення особистих немайнових прав організації, у категоричній формі стверджує, що оскільки цей суб'єкт є персоніфікованим майном, то у нього немає і не може бути ніяких особистих немайнових прав⁵. Разом із тим заперечення

¹ Кохановська О. В. Теоретичні проблеми інформаційних відносин у цивільному праві: монографія. Київ: Вид.-полігр. центр «Київський університет», 2006. С. 440; Кодинець А. О. Цивільно-правове регулювання зобов'язальних інформаційних відносин. Київ: Алерта, 2016. С. 35.

² Кохановська О. В. Теоретичні проблеми інформаційних відносин у цивільному праві: монографія. Київ: Вид.-полігр. центр «Київський університет», 2006. С. 135, 331.

³ Колосов В., Шварц М. Право на изображение в Российском праве с учетом зарубежного опыта. *Интеллектуальная собственность: Авторское право и смежные права*. 2008. № 5. URL: http://www.kolosov.info/misc/pravo_na_izobrajenie4site.pdf.

⁴ Шершеневич Г. Ф. Курс торгового права: Т. 1. Санкт-Петербург, 1908. С. 182; Кривошеїна І. В. Фірмове найменування: регулювання та правова природа за законодавством України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Київ. нац. ун-т ім. Тараса Шевченка. Київ, 2007. 204 с.

⁵ Российское гражданское право: учебник: в 2 т. Т. I: Общая часть. Вещное право. Наследственное право. Интеллектуальные права. Личные неимущественные права / отв.

існування особистих немайнових прав юридичної особи не відповідає сучасним цивілістичним засадам. По-перше, український законодавець сам визначив можливість мати права на недоторканність ділової репутації, на таємницю кореспонденції, на інформацію, на найменування тощо. По-друге, цей факт визнано й судовою практикою. Причому не тільки в Україні¹, але й інших країнах. По-третє, у більшості сучасних наукових досліджень, присвячених цій проблематиці, автори приходять до висновку, що юридичні особи здатні мати деякі особисті немайнові права². Адже, якщо юридична рівність вказує на те, що всі учасники цивільних правовідносин мають однакові юридичні можливості, на їх дії за загальним правилом поширюються одні й ті самі цивільно-правові норми. Оскільки учасниками є фізичні, юридичні особи та суб'єкти публічного права, то необхідно визнати, що юридичні особи мають однакову юридичну можливість з іншими учасниками цивільних правовідносин. У свою чергу, якщо фізичні особи в результаті дії цивільно-правових норм здатні мати особисті немайнові права, то, ґрунтуючись на юридичній рівності учасників цивільних правовідносин, ці самі норми створюють

ред. Е. А. Суханов. Москва: Статут, 2010. С. 176, 887.

¹ Мальський М. Захист ділової репутації юридичної особи (Недоліки українського законодавства). *Юридична газета*. 2011. № 20. С. 18; Постанова Пленуму ВС України від 27.02.2009 р. № 1 «Про судову практику у справах про захист гідності та честі фізичної особи, а також ділової репутації фізичної та юридичної особи». URL : <http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/0/6CC3C5489FA411CEC2257578003002D9?OpenDocument&CollapseView&RestrictToCategory=6CC3C5489FA411CEC2257578003002D9&Count=500&>; Інформаційний лист ВГС України від 28.03.2007 р. № 01-8/184 «Про деякі питання практики застосування господарськими судами законодавства про інформацію». URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v_184600-07; Рішення Апеляційного господарського суду Запорізької області від 20.12.2010 р. у справі № 8/246/10. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/13301923>; Постанова ВГС України від 20.04.2010 р. у справі № 12/101. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/9276267>; Постанова ВГС України від 23.11.2010 р. у справі № 3/62/10. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/12457993>.

² Егоров Н. Д. Личные неимущественные права граждан и организаций как институт советского гражданского права. *Правоведение*. 1984. № 6. С. 30–38; Кузнецова Н. С., Кохановська О. В. Найменування юридичної особи і комерційне (фірмове) найменування: проблема співвідношення, регулювання і захисту. *Правова охорона комерційних позначень в Україні: проблеми теорії і практики*: зб. наук. ст. / за заг. ред. Ю. С. Шемшеченка, Ю. Л. Бошицького. Київ: Юридична думка, 2006. С. 448–459; Сліпченко С. О. Немайнові права юридичної особи за новим Цивільним кодексом України. *Проблема юридичної особи у цивільному праві України*: матеріали наук.-практ. конф., присвяч. пам'яті проф. О. А. Пушкіна. Харків: Харк. нац. ун-т внутр. справ, 2004. С. 29–30; Толстой В. С. Личные неимущественные правоотношения. Москва: Изд-во Академ. повыш. квалиф. и проф. переподг. раб. образования, 2009. URL: <http://www.lawmix.ru/commlaw/321>; Федюк Л. В. Особисті немайнові права юридичних осіб: монографія. Івано-Франківськ: Прикарпатський національний університет ім. Василя Стефаника, 2013. 500 с.

можливість і юридичним особам мати особисті немайнові права, окрім тих, які природно не можуть їм належати.

Таким чином, сама сутність цивільних правовідносин створює рівні правові можливості у здатності мати як майнові, так і особисті немайнові права не тільки для фізичних, а й для юридичних осіб. При цьому обсяг особистої немайнової правоздатності юридичної особи окреслюється (уточнюється) її природою. Наприклад, не потребує доказів той факт, що організація не може мати права на материнство, права на батьківство. Разом з тим законодавство наводить лише приблизний перелік особистих немайнових прав юридичних осіб, а саме: право на недоторканність ділової репутації, на таємницю кореспонденції, на інформацію, на участь у товаристві. У зв'язку з цим виникає необхідність визначити коло об'єктів особистих немайнових правовідносин, які можуть належати юридичній особі, та права на них, оскільки від цього залежить установлення тих правовідносин, учасником яких вона може виступати, форми і способи захисту прав на них. У теорії цивільного права існують два підходи до вирішення цього питання: звужений¹ та розширений².

Звужений підхід базується на тому, що юридичні особи здатні мати лише ті права, що зазначені у цивільному законодавстві. Це особисте немайнове право на найменування юридичної особи, на її місцезнаходження, на ділову репутацію, на інформацію та на таємницю. Цей перелік пропонується розширити правами на індивідуальність, на конкуренцію, та на вільну діяльність.

Розширений підхід базується на тому, що сама сутність цивільних правовідносин створює всім своїм учасникам рівні правові можливості мати як майнові, так і особисті немайнові права. Тому законодавство призводить лише приблизний перелік особистих немайнових прав юридичних осіб. Більше того, юридичні особи можуть мати особисті немайнові права на об'єкти, що належать іншим особам, наприклад, це стосується права на використання імені фізичної особи, права на таємницю особистого життя, права на проведення фото-, кіно- теле- та відеозйомок, право на недоторканність житла тощо³.

¹ Федюк Л. В. Особисті немайнові права юридичних осіб: монографія. Івано-Франківськ: Прикарпатський національний університет ім. Василя Стефаника, 2013. 500 с.

² Слипченко С. О. О способности юридического лица иметь личные неимущественные права, обеспечивающие природное существование физического лица. *Право і безпека*. № 3. 2014. С. 195–200; Толстой В. С. Личные неимущественные правоотношения. Москва: Изд-во Академ. повыш. квалиф. и проф. переподг. раб. образования, 2009. URL : <http://www.lawmix.ru/commlaw/321>.

³ Карнаух Т. П. Особисті немайнові права юридичних осіб приватного та публічного права. *Часопис Національного університету «Острозька академія»*. Серія «Право». 2012. № 2. URL : <http://lj.oa.edu.ua/articles/2012/n2/12ktp.pdf>.

С. О. Сліпченко

§ 3. Захист порушених особистих немайнових прав

Дослідження сутності цивільно-правового захисту особистих немайнових прав неможливе без висвітлення деяких загальнотеоретичних питань. Слід зазнати, що правовий захист нерозривно пов'язаний з правовою охороною, але, як зазначає З. В. Ромовська, вони не ідентичні, їх взаємозаміна, яка зустрічається у літературі, позбавлена достатніх підстав¹. Охорона кожного права, у т. ч. й особистого немайнового, існує постійно і має на меті забезпечити його здійснення, не допустити його порушення. До захисту ж прав ми звертаємося лише при їх порушенні або оспорюванні, або загрозі порушення. Охороняються права й інтереси постійно, а захищаються лише тоді, коли порушуються.

У науці цивільного права під охороною розуміють сукупність заходів, які забезпечують нормальний хід реалізації прав². На думку З. В. Ромовської, правова охорона має розглядатися на двох рівнях: на першому вона полягає у регулюванні визначених суспільних відносин, на другому – об'єктом правової охорони виступають визначені суб'єктивні права конкретних учасників правовідносин³. Такої ж думки дотримується О. П. Сергеев, звертаючи увагу на те, що охорона права трактується більш широко, ніж захист, бо містить у собі будь-які засоби, направлені на забезпечення інтересів уповноваженої особи⁴. С. І. Чернооченко вважає, що цивільно-правова охорона особистих немайнових прав за своїм функціональним призначенням полягає в захисті від втручання з боку інших осіб та забезпеченні права громадян самостійно визначати свою поведінку в індивідуальній життєдіяльності⁵.

Захист цивільних прав у юридичній літературі, в нормативно-правових актах може застосуватися у значенні певної системи організаційно-правових заходів, що використовуються у разі порушення цивільних прав⁶. Ю. Г. Басін та А. Г. Діденко розуміють правовий захист як передбачену законом з метою

¹ Ромовская З. В. Защита в советском семейном праве. Львов: Вища школа, 1985. С. 9.

² Грибанов В. П. Пределы осуществления и защита гражданских прав. Москва: Изд-во МГУ, 1972. С. 86.

³ Ромовская З. В. Защита в советском семейном праве. Львов: Вища школа, 1985. С. 10.

⁴ Сергеев А. П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации. Москва: Тейс, 1996. С. 683.

⁵ Чернооченко С. І. Особисті немайнові відносини як предмет цивільно-правового регулювання та охорони. *Проблеми правознавства та правоохоронної діяльності*. 2002. № 2. С. 308.

⁶ Дзера І. О. Цивільно-правові засоби захисту права власності в Україні. Київ: Юрінком Інтер, 2001. С. 12.

боротьби з правопорушеннями систему заходів, які спираються на державний примус і направлені на те, щоб забезпечити недоторканність права, його здійсненність та ліквідацію наслідків його порушення¹.

М. С. Малейн висловлює думку, що правовий захист це система правових норм, спрямованих на профілактику правопорушень та усунення їх наслідків². Найбільшу підтримку з цього питання має визначення запропоноване С. С. Алексєєвим, який тлумачить правовий захист як державно-примусову діяльність, спрямовану на відновлення порушеного права, забезпечення виконання юридичного обов'язку, та як особливе правове явище, яке виражає зміст охоронюваних правовідносин, взятих у певному етапі його розвитку, обумовлених, зокрема, прийняттям особливих правозастосовних актів³. Але, як зазначають З. В. Ромовська та І. О. Дзера, визначення захисту цивільних прав лише через реалізацію державним органом заходів примусу щодо правопорушника не відповідає фактичному стану справ, оскільки суб'єкт у межах і засобами, встановленими законом, може своїми діями захищати свої права⁴. Отже, захист цивільних прав, у т. ч. й особистих немайнових, – це дії щодо запобігання, припинення порушення прав або відновлення порушених прав громадян та організацій⁵.

Також необхідно відрізнити такі поняття, як «захист права» та «право на захист». Цивільне право здатне регулювати особисті немайнові відносини до моменту їх порушення. Відносини формуються і розвиваються у нормальному (непорушному) стані, коли поведінка інших суб'єктів відповідає вимогам закону. Громадяни та організації повинні наділятися правом захисту своїх прав. Це пояснюється тим, що неможливо встановити санкцію, якщо не визначено права і обов'язки, які ця санкція охороняє чи забезпечує дотримання. Регулювання будь-яких суспільних відносин означає і їх правову охорону.

В. П. Грибанов, який вивчав питання захисту у матеріально-правовому аспекті, зазначав, що у цивілістичній науці питання захисту цивільних прав з точки зору самостійного права довго не вивчалось. Не приживався у цивілістичній науці та практиці і сам термін «право на захист». У зв'язку з цим

¹ Басин Ю. Г., Диденко А. Г. Защита субъективных гражданских прав. *Юридические науки*. 1971. Вып. 1. С. 4.

² Малейн Н. С. Гражданский закон и права личности в СССР. Москва: Наука, 1981. С. 192.

³ Алексеев С. С. Общая теория права: в 2 т. Т. 1. Москва: Юрид. лит., 1981. С. 78.

⁴ Дзера І. О. Цивільно-правові засоби захисту права власності в Україні. Київ: Юрінком Інтер, 2001. С. 9; Ромовская З. В. Защита в советском семейном праве. Львов: Вища школа, 1985. С. 14.

⁵ Слипченко С. А., Смотров О. И., Кройтор В. А. Гражданское и семейное право Украины. 3-е изд. Харьков: Эспада, 2007. С. 28.

звичайно виникає питання про правомірність застосування такого поняття, як право на захист¹.

У сучасній правовій науці існує декілька підходів до характеристики права на захист. Так, частина вчених розглядають право на захист як одну з правомочностей суб'єктивного права. Зокрема В. П. Грибанов писав, що з матеріально-правової точки зору немає перепон до того, щоб розглядати право на захист у його матеріально-правовому аспекті, як одну з правомочностей самого суб'єктивного права². Такої ж думки дотримуються й інші вчені³. Вони вважають, що забезпеченість суб'єктивного права можливістю державного примусу – це його невід'ємна властивість і така можливість існує не паралельно з іншими, закріпленими у суб'єктивному праві можливостями, а характерна їм самим, оскільки без нього вони не були б юридичними можливостями⁴.

Такому розумінню захисту протистоїть інша точка зору. Її прихильники виходять із того, що можливість захисту не є правомочністю суб'єктивного права, а становить самостійне суб'єктивне право. Такий підхід сьогодні є найбільш поширеним у цивільному праві⁵ та базується на класифікації суб'єктивних прав на регулятивні й охоронні. Виходячи з цього, право на захист є охоронним суб'єктивним правом, яке виникає у вигляді правової можливості у володільця регулятивного права, наприклад права на ім'я, лише в момент порушення чи оспорювання останнього і реалізується в межах охоронного цивільного права. Вважаємо, що така точка зору є більш переконливою.

¹ Грибанов В.П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав. Москва: Изд-во МГУ, 1972. С. 153.

² Гражданское право: учебник: в 2 т. Т. I / отв. ред. Е. А. Суханов. 2-е изд., перераб. и доп. Москва: БЕК, 1998; Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав. Москва: Статут, 2000. С. 106.

³ Советское гражданское право: в 2-х ч. Ч. 1 / под ред. В. Ф. Маслова и А. А. Пушкина. Киев: Вища школа, 1983. С. 248; Цивільне право України: акад. курс: підручник: у 2 т. Т. 1. Загальна частина / за заг. ред. Я. М. Шевченко. Київ: Вид. Дім «Ін Юре». 2003. С. 75 та ін.

⁴ Братусь С. Н. Юридическая ответственность и законность. Москва: Юрид. лит., 1976. С. 73–74; Гражданское право: учебник. Часть I. Изд. третье, перераб. и доп. / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. Москва: ПРОСПЕКТ, 1998. С. 281.

⁵ Гражданское право: учебник. Часть I. Изд. третье, перераб. и доп. / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. Москва: ПРОСПЕКТ, 1998. С. 281; Курьлев С.В. Формы защиты и принудительного осуществления субъективных прав и право на иск. *Труды Иркутского гос. ун-та*. Серия юридическая. Томск. 1957. Вып. 3. С. 191–193; Мотовиловкер Е. Я. Возникновение права на защиту. *Проблемы права на защиту и юридическая ответственность*. Воронеж: Воронежский гос. ун-т, 1987. С. 6; Цивільне право України: підручник: у 2-х кн. Кн. 1 / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. Київ: Юрінком Інтер, 2002. С. 218.

Із вищенаведеного можна дійти висновку, що право на захист особистих немайнових прав – це охоронне суб'єктивне право, яке є самостійним і виникає з моменту порушення регулятивного суб'єктивного права чи його оспорювання.

Як і будь-яке суб'єктивне право, право на захист особистого немайнового права вбирає в себе можливість вчинення управомоченою особою власних дій та можливість вимоги певної поведінки від зобов'язаної особи. Разом із тим зміст права на захист викликав в теорії права низку дискусій. Так, на думку М. І. Матузова суть вимоги, зверненої до зобов'язаної особи полягає в тому, що коли вона добровільно не виконується, то її реалізація можлива через правовий механізм захисту. З цього витікає, що можливість правоохоронного характеру становить одну-єдину можливість – можливість звернутися з вимогою про захист до компетентних органів¹. Подібну позицію відстоюють і О. С. Йоффе, М. Д. Шаргородський, які вважають, що можливість застосувати силу державного апарату існує не паралельно з іншими, закріпленими у суб'єктивному праві можливостями, а властиве їм самим, оскільки без нього вони не були б юридичними можливостями².

Аналізуючи наведені точки зору, зазначимо, що суб'єктивне право, як вірно зазначає Д. М. Чечот, рівно як і суб'єктивне право на захист не зводиться тільки до вимоги, хоча без примусової сили воно існувати також не може³. Зведення ж його тільки до державного примусу призведе до однобокого розуміння захисту та не надасть можливості реально відобразити існуючий у цивільному праві механізм правового регулювання відносин з усунення наслідків правопорушень⁴.

Єдність різноманітних точок зору щодо змісту суб'єктивного права, які існують в теорії цивільного права, полягає у тому, що його структура вбирає в себе позитивну поведінку управомоченої особи та можливість вимагати певної поведінки від зобов'язаного суб'єкта⁵. Ця вимога має двоякий характер. З однієї сторони, – це вимога матеріального характеру, яка адресується до зобов'язаної особи, з іншої – вимога процесуального характеру, яка може бути адресована до держави в особі її юрисдикційних органів. У випадку коли

¹ Матузов Н. И. Личность. Права. Демократия. Саратов: Изд-во СГУ, 1972. С. 109; Тимченко Г. П. Способы и процессуальные формы защиты гражданских прав: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Нац. юрид. акад. ім. Ярослава Мудрого. Харьков, 2002. С. 18.

² Йоффе О. С., Шаргородский Д. М. Вопросы теории права. Москва: Госюриздат, 1961. С. 223.

³ Чечот Д. М. Субъективное право: природа, гарантии, перспективы. *Вестник ЛГУ*. 1968. Вып. 4. С. 134–135.

⁴ Тимченко Г. П. Способы и процессуальные формы защиты гражданских прав: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Нац. юрид. акад. ім. Ярослава Мудрого. Харьков, 2002. С. 30.

⁵ Там само. С. 20.

можливість пред'явлення вимоги реалізується через юрисдикційні органи держави, мова має йти про примусове здійснення вимоги уповноваженої особи.

У зв'язку з вищенаведеним досить сумнівним є твердження про те, що право на захист є елементом правового статусу особи, що дає можливість у разі правопорушення звернутися до заходів примусу¹.

Правовий статус – одне з найбільш загальних понять юридичної науки та є узагальнюючим, збірним². Його загальна дефініція змодельована багатьма вченими. Наприклад, Н. І. Матузов під правовим статусом у широкому значенні розуміє юридично закріплені положення особистості у суспільстві. Воно розпочинається із визнання особи як суб'єкта права. Другий етап – встановлення та закріплення за особою певного кола прав та обов'язків³.

Точка зору, прихильники якої вважають, що право на захист особистих немайнових прав є складовою правового статусу суб'єкта, має низку спірних положень. Зокрема можна зазначити, що право (мається на увазі об'єктивне право) не наділяє суб'єкта правами. Об'єктивне право встановлює міру поведінки, тобто модель. Його норми мають абстрактний характер. Відповідно, ні у кого не повинно виникати сумнівів про абстрактний характер прав та обов'язків об'єктивного права. Ці норми адресовані до невизначеного кола осіб.

Суб'єктивні права разом із обов'язками складають зміст правовідносин. Їх суть полягає не в тому, що вони в рівній мірі належать кожному. Вони виникають на підставі юридичних фактів. Стосовно ж можливої поведінки уповноваженої особи при здійсненні захисту, то її вибір залежить виключно від наміру особи. Більше того, здійснення захисту прав осіб, дієздатність яких є частковою, неповною, обмеженою реалізується через їх представників, опікунів, піклувальників. У рівній мірі це стосується й суб'єктів, які є абсолютно не дієздатними.

Таким чином, захист порушеного права відбувається через здійснення суб'єктивного права на захист, правовий статус особи є лише передумовою виникнення права, що розглядається. Конкретне призначення суб'єктивного права на захист полягає в тому, щоб досягти певної поведінки відповідних суб'єктів. Коли реалізується суб'єктивне право, то потенційна можливість перетворюється в реальну дійсність.

¹ Елисейкин П. Ф. Право на судебную защиту – элемент правового статуса гражданина. *Цивилистические проблемы правового статуса личности в социалистическом обществе*. Саратов: Саратов. юрид. ин-т, 1982. С. 108–112.

² Тимченко Г. П. Способы и процессуальные формы защиты гражданских прав: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Нац. юрид. акад. ім. Ярослава Мудрого. Харьков. 2002. С. 21.

³ Матузов Н. И. Правовая система и личность. Саратов: Изд-во СГУ, 1987. С. 48.

Право на захист особистих немайнових прав – використання в межах, визначених законом, засобів самозахисту, а також можливість звернення до відповідного державного, самоврядного чи громадського органу або уповноваженої особи за захистом свого цивільного права чи інтересу¹.

С. О. Сліпченко

§ 4. Відшкодування (компенсація) моральної шкоди як спосіб захисту особистих немайнових прав

Законодавство на легальному рівні сьогодні не дає однозначного визначення, що таке моральна шкода. Різні акти розкривають його по-різному, тому не зовсім зрозуміло, в чому полягає моральна шкода як для фізичної, так і для юридичної особи. Немає однастайності у цьому питанні і в науці цивільного права. Запропоновані в юридичній літературі поняття моральної шкоди можна розділити на дві групи.

Представники першої групи при розкритті поняття моральної шкоди виходять з того, що це тільки фізичні і душевні страждання та переживання (М. С. Малеїн², С. М. Корнєєв³, Ю. К. Толстой⁴, Н. В. Павловська⁵ та ін.).

Представники другої групи вважають, що моральна шкода – це різноманітні «втрати» немайнового характеру, позбавлення, що несе особа від неправомірних дій. Вона може полягати, зокрема: «у приниженні честі, гідності, престижу або ділової репутації, моральних переживаннях ..., у порушенні ... інших цивільних прав...»⁶. Тобто переживання і страждання є одними із проявів моральної шкоди, але не обов'язковими. Серед прибічників такої концепції можна назвати С. М. Братуся⁷, А. М. Белякову⁸, А. І. Заго-

¹ Харитонов Є. О., Саніахметова Н. О. Цивільне право України: підручник. Київ: Істина, 2003. С. 183.

² Малеїн Н.С. Гражданский закон и права личности в СССР. Москва: Юрид. лит., 1981. С. 165.

³ Гражданское право: учебник: в 2 т. Т. II. Полутом 2 / отв. ред. Е. А. Суханов. 2-е изд., перераб. и доп. Москва. 2000. С. 373.

⁴ Гражданское право: учебник. Ч. II / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. Москва, 1997. С. 700–701.

⁵ Павловська Н. В. Теорія та практика захисту моральних благ цивільним законодавством України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03/ Нац. ун-т внутр. справ. Харків, 2002. 15 с.

⁶ Назарчук О. Проблеми відшкодування моральної шкоди у судовій практиці. *Економіка Фінанси. Право*. 1998. № 1. С. 10.

⁷ Братусь С. Н. Юридическая ответственность и законность. Москва: Юрид. лит., 1976. С. 156.

⁸ Белякова А. М. Имущественная ответственность за причинение вреда. Москва: Юрид. лит., 1979. С. 9–10.

рулька¹, С. О. Сліпченка² та ін. Саме останній підхід дозволяє вимагати компенсації моральної шкоди, завданої не тільки фізичним, але і юридичним особам.

Одним із дискусійних питань залишається визначення розміру компенсації моральної шкоди. Це пов'язано із тим, що в Україні, як в принципі у багатьох інших країнах, не існує чіткої методики визначення розміру компенсації за завдану моральну шкоду, відсутні граничні розміри відшкодування (крім деяких винятків, встановлених законами)³.

Найбільш відомою методикою визначення розміру моральної шкоди є формула розрахування розмірів компенсації моральної шкоди, запропонована О. М. Ерделевським. Для визначення суми компенсації вчений пропонує розмір презюмованої моральної шкоди множить на ступінь вини заподіявача шкоди (від 0 до 1); коефіцієнт індивідуальних особливостей потерпілого (від 0 до 2); коефіцієнт обліку фактичних обставин заподіяння шкоди, які заслуговують уваги (від 0 до 2); ступінь вини потерпілого (від одиниці відняти від 0 до 1)⁴.

Базуючись на запропонованих підходах, В. Д. Чернадчук також запропонував формулу обчислення розміру відшкодування моральної шкоди. У своїх обчисленнях він поставив розмір компенсації у залежність від ступеня вини власника або уповноваженого ним органу, коефіцієнта індивідуальних особливостей потерпілого, коефіцієнта врахування обставин, що заслуговують на увагу, коефіцієнта тривалості моральних страждань та критерію часу⁵.

В юридичній літературі можна зустріти й інші методики розрахунку моральної шкоди, де пропонується враховувати еквівалент грошової компенсації при низькому рівні душевних страждань – до одного розміру мінімальної заробітної плати, при стражданнях середньої тяжкості – від

¹ Загорулько А. И. Обязательства по возмещению вреда, причиненного субъектами гражданского права. Харьков: Консум, 1996. С. 105–106.

² Про компенсацію моральної шкоди органам внутрішніх справ див. в кн.: Питання цивільного права і процесу в практичній діяльності органів внутрішніх справ: посібник / за заг. ред. Г. О. Пономаренко та В. А. Кройтора. Харків: Вид-во Харк. нац. ун-ту внутр. справ, 2009. С. 33–40.

³ Кочина О. С. Порядок відшкодування моральної (немайнової) шкоди при порушенні авторських та суміжних прав в Україні: дис.... канд. юрид. наук: 12.00.03 / НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України. Київ, 2017. С. 129.

⁴ Эрделевский А. М. Компенсация морального вреда в России и за рубежом. Москва: ФОРУМ–ИНФРА-М, 1997. 240 с.

⁵ Чернадчук В. Д. Відшкодування моральної шкоди при порушенні трудових прав: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.05 / Київ. нац. ун-т ім. Тараса Шевченка. Київ, 2001. С. 10.

одного до п'яти розмірів мінімальної заробітної плати і при тяжких душевних стражданням – від п'яти розмірів мінімальної заробітної плати¹.

Іноді пропонується встановити обов'язковість проведення судово-психологічної експертизи у справах про відшкодування моральної шкоди, що дозволить суду визначити адекватний розмір компенсації такої шкоди². Разом з тим значення подібної експертизи є перебільшеним, адже завдані потерпілому фізичні та моральні страждання є наслідком шкоди. Це, поперше, а по-друге, такі наслідки відсутні у юридичної особи.

О. В. Соболев

§ 5. Проблемні питання захисту прав на повагу до честі та гідності фізичної особи, права на недоторканність ділової репутації фізичної та юридичної особи

Згідно зі ст. 3 Конституції України людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Стаття 28 Конституції України проголошує, що кожен має право на повагу його гідності. Преамбула Загальної декларації прав людини починається словами: «Визнання гідності, властивої всім членам людської сім'ї, і рівних та невід'ємних прав їх є основою свободи, справедливості та загального миру»³.

Відповідно до ст. 297 ЦК України кожен має право на повагу до його гідності та честі. Гідність та честь фізичної особи є недоторканими. Фізична особа має право звернутися до суду з позовом про захист її гідності та честі.

Грунтовне дослідження цивільно-правового захисту прав на повагу до честі та гідності, права на недоторканність ділової репутації фізичної та юридичної особи було здійснено Р. О. Стефанчуком⁴. Розглянемо деякі проблемні питання захисту прав на повагу до честі та гідності, права на недоторканність ділової репутації фізичної та юридичної особи, що виникають в правозастосовній практиці.

¹ Кочина О. С. Порядок відшкодування моральної (немайнової) шкоди при порушенні авторських та суміжних прав в Україні: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України. Київ, 2017. С. 148–149.

² Сліпченко О. І. Докази та доказування в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Харк. нац. ун-т внутр. справ. Харків, 2010. С. 8.

³ Загальна декларація прав людини, прийнята Генеральною Асамблеєю ООН 10 грудня 1948 року; Дженіс М., Кей Р., Бредлі Е. Європейське право у галузі прав людини: джерела і практика застосування; пер. з англ. Київ: «АртЕк», 1997. С. 568–573.

⁴ Стефанчук Р.О. Захист честі, гідності та репутації в цивільному праві. Київ: Наук. світ, 2001. 306 с.

Законодавство не містить визначення понять гідності, честі чи ділової репутації¹, оскільки вони є морально-етичними категоріями й одночасно особистими немайнновими правами, яким закон надає значення самостійних об'єктів судового захисту. Зокрема під *гідністю* слід розуміти визнання цінності кожної фізичної особи як унікальної біопсихосоціальної цінності, з *честю* пов'язується позитивна соціальна оцінка особи в очах оточуючих, яка ґрунтується на відповідності її діянь (поведінки) загальноприйнятим уявленням про добро і зло, а під *діловою репутацією фізичної особи* розуміється набута особою суспільна оцінка її ділових і професійних якостей при виконанні нею трудових, службових, громадських чи інших обов'язків. Під *діловою репутацією юридичної особи, у т. ч. підприємницьких товариств, фізичних осіб – підприємців, адвокатів, нотаріусів та інших осіб*, розуміється оцінка їх підприємницької, громадської, професійної чи іншої діяльності, яку здійснює така особа як учасник суспільних відносин (п. 4 Постанови Пленуму ВС України «Про судову практику у справах про захист гідності та честі фізичної особи, а також ділової репутації фізичної та юридичної особи»²).

Вибір способу захисту особистого немайнового права, зокрема права на повагу до гідності та честі, права на недоторканість ділової репутації, належить позивачеві. Разом із тим особа, право якої порушено, може обрати як загальний, так і спеціальний способи захисту свого права, визначені законом, який регламентує конкретні цивільні правовідносини. У зв'язку з цим суди повинні брати до уваги, що відповідно до ст. 275 ЦК України захист особистого немайнового права здійснюється у спосіб, встановлений главою 3 ЦК України, а також іншими способами відповідно до змісту цього права, способу його поширення та наслідків, що їх спричинило це порушення. *До таких спеціальних способів захисту належать, наприклад, спростування недостовірної інформації та/або право на відповідь* (ст. 277 ЦК України), заборона поширення інформації, якою порушуються особисті немайнові права (ст. 278 ЦК України) тощо (п. 3 Постанови Пленуму ВС України «Про судову практику у справах про захист гідності та честі фізичної особи, а також ділової репутації фізичної та юридичної особи»).

Відповідно до ст. 280 ЦК України, *якщо фізичній особі внаслідок*

¹ Виняток становить надане в ст. 2 Закону України «Про банки і банківську діяльність» поняття ділової репутації, яка визначається як сукупність підтвердженої інформації про особу, що дає можливість зробити висновок про професійні та управлінські здібності такої особи, її порядність та відповідність її діяльності вимогам закону. Зазначене поняття застосовується до правовідносин, на які поширюється цей Закон.

² Про судову практику у справах про захист гідності та честі фізичної особи, а також ділової репутації фізичної та юридичної особи: Постанова Пленуму ВС України від 27.02.2009 р. № 1. *Вісник Верховного Суду України*. 2009. № 3. С. 7–10.

порушення її особистого немайнового права завдано майнової та (або) моральної шкоди, ця шкода підлягає відшкодуванню.

Стаття 277 ЦК України передбачає, що фізична особа, особисті немайнові права якої порушено внаслідок поширення про неї та (або) членів її сім'ї недостовірної інформації, має право на відповідь, а також на спростування цієї інформації. *Право на відповідь*, а також на спростування недостовірної інформації щодо особи, яка померла, належить членам її сім'ї, близьким родичам та іншим заінтересованим особам. *Спростування недостовірної інформації здійснюється особою, яка поширила інформацію.* Поширювачем інформації, яку подає посадова чи службова особа при виконанні своїх посадових (службових) обов'язків, вважається юридична особа, у якій вона працює. Якщо особа, яка поширила недостовірну інформацію, невідома, фізична особа, право якої порушено, може звернутися до суду із заявою про встановлення факту недостовірності цієї інформації та її спростування. Якщо недостовірна інформація міститься у документі, який прийняла (видала) юридична особа, цей документ має бути відкликаний. Фізична особа, особисті немайнові права якої порушено у друкованих або інших засобах масової інформації, має право на відповідь, а також на спростування недостовірної інформації у тому ж засобі масової інформації в порядку, встановленому законом. Якщо відповідь та спростування у тому ж засобі масової інформації є неможливими у зв'язку з його припиненням, така відповідь та спростування мають бути оприлюднені в іншому засобі масової інформації за рахунок особи, яка поширила недостовірну інформацію. Спростування недостовірної інформації здійснюється незалежно від вини особи, яка її поширила. Спростування недостовірної інформації здійснюється у такий самий спосіб, у який вона була поширена.

Отже, загальними способами захисту прав на повагу до честі та гідності, права на недоторканність ділової репутації фізичної та юридичної особи є відшкодування майнової та (або) моральної шкоди. Спеціальними способами захисту прав на повагу до честі та гідності, права на недоторканність ділової репутації фізичної та юридичної особи є право на відповідь та право на спростування недостовірної інформації. При спростуванні недостовірної інформації поширена інформація визнається недостовірною, а при реалізації права на відповідь – особа має право на висвітлення власної точки зору щодо поширеної інформації та обставин порушення особистого немайнового права без визнання її недостовірною. Спростовує недостовірну інформацію особа, яка її поширила, а дає особа, стосовно якої поширено інформацію.

Відповідно до ст. 19 Конституції України правовий порядок в Україні ґрунтується на засадах, відповідно до яких ніхто не може бути примушений робити те, що не передбачено законодавством. У свою чергу, ч. 1 ст. 34 Конституції України кожному гарантує право на свободу думки і слова, на

вільне вираження своїх поглядів і переконань. Суд не вправі зобов'язувати відповідача вибачатися перед позивачем у тій чи іншій формі, оскільки примусове вибачення як спосіб судового захисту гідності, честі чи ділової репутації за поширення недостовірної інформації не передбачено у ст.ст. 16, 277 ЦК України. Разом із тим не суперечить закону визнання судом мирової угоди, за умовами якої сторони як спосіб захисту гідності, честі фізичної особи, а також ділової репутації фізичної та юридичної особи передбачають вибачення перед потерпілим (п. 26 Постанови Пленуму ВС України «Про судову практику у справах про захист гідності та честі фізичної особи, а також ділової репутації фізичної та юридичної особи»).

Юридичним складом правопорушення, наявність якого може бути підставою для задоволення позову про захист прав на повагу до честі та гідності, права на недоторканність ділової репутації фізичної та юридичної особи, є сукупність таких обставин.

По-перше, поширення інформації, тобто доведення її до відома хоча б одній особі у будь-який спосіб. Під поширенням інформації слід розуміти опублікування її у пресі, передання по радіо, телебаченню чи з використанням інших засобів масової інформації; поширення в мережі Інтернет чи з використанням інших засобів телекомунікаційного зв'язку; викладення в характеристиках, заявах, листах, адресованих іншим особам; повідомлення в публічних виступах, в електронних мережах, а також в іншій формі хоча б одній особі. Поширенням інформації також є вивішування (демонстрація) в громадських місцях плакатів, гасел, інших творів, а також розповсюдження серед людей листівок, що за своїм змістом або формою порочать гідність, честь фізичної особи або ділової репутації фізичної та юридичної особи. Проте повідомлення оспорюваної інформації лише особі, якої вона стосується, не може визнаватись її поширенням, якщо особа, яка повідомила таку інформацію, вжила достатніх заходів конфіденційності для того, щоб ця інформація не стала доступною третім особам.

По-друге, поширена інформація стосується певної фізичної чи юридичної особи, тобто позивача.

По-третє, поширення недостовірної інформації, тобто такої, яка не відповідає дійсності. Недостовірною вважається інформація, яка не відповідає дійсності або викладена неправдиво, тобто містить відомості про події та явища, яких не існувало взагалі або які існували, але відомості про них не відповідають дійсності (неповні або перекручені).

Від недостовірної інформації необхідно відрізнити «оціночні судження». Відповідно до абз. 1 ч. 2 ст. 30 Закону України «Про інформацію»¹ оціночними

¹ Про інформацію: Закон України від 02.10.1992 р. № 2657-ХІІ. Відомості Верховної Ради України. 1992. № 48. Ст. 650.

судженнями, за винятком наклепу, є висловлювання, які не містять фактичних даних, критика, оцінка дій, а також висловлювання, що не можуть бути витлумачені як такі, що містять фактичні дані, зокрема з огляду на характер використання мовностилістичних засобів (вживання гіпербол, алегорій, сатири). *Оціночні судження не підлягають спростуванню та доведенню їх правдивості.*

ЄСПЛ у своєму рішенні від 29.03.2005 р. у справі «Українська Прес-Група» проти України¹ визначив, що у своїй практиці ЄСПЛ розрізняє факти та оціночні судження. *Якщо існування фактів може бути підтверджене, правдивість оціночних суджень не піддається доведенню.* Вимога довести правдивість оціночних суджень є нездійсненною і порушує свободу висловлення думки як таку, що є фундаментальною частиною права, яке охороняється ст. 10 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950 р.²

По-четверте, поширення інформації, що порушує особисті немайнові права, тобто або завдає шкоди відповідним особистим немайновим благам, або перешкоджає особі повно і своєчасно здійснювати своє особисте немайнове право.

Суттєвою особливістю цього правопорушення є те, що у випадку спростування поширеної неправдивої інформації, яка порушує особисті немайнові права фізичних осіб, вина особи-поширювача не враховується³.

Варто зазначити, що в судовій практиці розміщення інформації у загальнодоступній соціальній мережі Facebook не завжди розглядається як поширення негативної інформації про особу. Так, при розгляді справи за позовом ТОВ «Інформаційне агентство «17 канал» про захист ділової репутації позивач свої вимоги мотивував тим, що 20 липня 2016 р. на сторінці відповідача у загальнодоступній соціальній мережі Facebook поширено інформацію, в якій, зокрема, містилась така фраза «А знаєте, що цікаво?! Як і у випадку з ОСОБА_4, першим на місці подій опинився так званий 17 канал – російсько-пропагандистський засіб дезінформації, фінансований «Сім'єю». За твердженням позивача, оскільки зазначений пост був розміщений на сторінці відповідача на веб-сайті «Facebook» у вільному доступі, то він був доведений до відома невизначеного кола осіб, чим принижує його ділову репутацію. Рішенням Дніпровського районного суду м. Києва від 02.12.2016 р. у задоволенні позову відмовлено. Апеляційним судом м. Києва це судове

¹ Офіційний вісник України. 2006. № 7, ст. 409.

² Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. Урядовий кур'єр. 2010. 17 листоп.

³ Цивільний кодекс України: наук.-практ. коментар: у 2 ч. Ч. 1 / за заг. ред. Я. М. Шевченко. Київ: Концерн «Вид. Дім «Ін Юре», 2004. С. 371.

рішення залишено без змін¹. Відмовляючи в задоволенні позовних вимог, суди виходили з того, що не є предметом судового захисту оціночні судження. Поширену на сторінці відповідача у загальнодоступній соціальній мережі Facebook інформацію щодо позивача слід розцінювати лише як критику його дій, тобто спірний вислів є оціночним судженням, а не фактичним твердженням, що підлягає доведенню під час судового розгляду. *Право на недоторканність ділової репутації та честь і гідність публічної особи підлягають захисту лише у випадку, коли політичний, державний або громадський діяч доведе, що інформація поширена «з явним злим умислом», тобто з нехтуванням питання про їх правдивість чи неправдивість, а не з метою доведення до громадськості тверджень про наміри і позицію політичних лідерів, інших публічних осіб та сформуванню про них свою думку (рішення ЄСПЛ у справі «Лінгенс проти Австрії»)*. Колегія суддів вважає, що відповідачем у соціальній мережі Facebook виражена його власна думка, на яку він має відповідно до Конституції України право щодо його особистого ставлення до 17 каналу, а не «з явним злим умислом» сформуванню думку щодо публічної юридичної особи 17 каналу у громадськості.

При поширенні недостовірної інформації стосовно приватного життя публічних осіб вирішення справ про захист їх гідності, честі чи ділової репутації має свої особливості. Суди повинні враховувати положення Декларації про свободу політичних дебатів у засобах масової інформації, схваленої 12.02.2004 р. на 872-му засіданні Комітету Міністрів Ради Європи, а також рекомендації, що містяться у Резолюції 1165 (1998) Парламентської Асамблеї Ради Європи про право на недоторканність приватного життя. Зокрема, у названій Резолюції зазначається, що публічними фігурами є особи, які обіймають державні посади і (або) користуються державними ресурсами, а також усі ті, хто відіграє певну роль у суспільному житті (у галузі політики, економіки, мистецтва, соціальній сфері, спорті чи в будь-якій іншій галузі). У ст.ст. 3, 4, 6 Декларації про свободу політичних дебатів у засобах масової інформації вказується, що оскільки політичні діячі та посадові особи, які обіймають публічні посади або здійснюють публічну владу на місцевому, регіональному, національному чи міжнародному рівнях, вирішили апелювати до довіри громадськості та погодилися «виставити» себе на публічне політичне обговорювання, то вони підлягають ретельному громадському контролю і потенційно можуть зазнати гострої та сильної громадської критики у засобах масової інформації з приводу того, як вони виконували або виконують свої функції. При цьому зазначені діячі та особи не повинні мати більшого захисту своєї репутації та інших прав порівняно з іншими особами. У зв'язку з цим

¹ Ухвала Апеляційного суду м. Києва від 22.02.2017 р., судова справа № 755/11966/16-ц. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/64949409>.

межа допустимої критики щодо політичного діяча чи іншої публічної особи є значно ширшою, ніж окремої пересічної особи. Публічні особи неминуче відкриваються для прискіпливого висвітлення їх слів та вчинків і повинні це усвідомлювати (п. 21 Постанови Пленуму ВС України «Про судову практику у справах про захист гідності та честі фізичної особи, а також ділової репутації фізичної та юридичної особи»).

Одним із способів захисту прав на повагу до честі та гідності, права на недоторканність ділової репутації фізичної та юридичної особи є *заборона поширення інформації, якою порушуються особисті немайнові права.* Стаття 278 ЦК України передбачає, якщо особисте немайнове право фізичної особи порушене у газеті, книзі, кінофільмі, теле-, радіопередачі тощо, які готуються до випуску у світ, суд може заборонити розповсюдження відповідної інформації. Якщо особисте немайнове право фізичної особи порушене у газеті, книзі, кінофільмі, теле-, радіопередачі тощо, які випущені у світ, суд може заборонити (припинити) їх розповсюдження до усунення цього порушення, а якщо усунення порушення неможливе, – вилучити тираж газети, книги тощо з метою його знищення.

Л. В. Красицька

§ 6. Проблемні питання компенсації моральної шкоди юридичній особі.

Компенсація моральної шкоди юридичній особі в практиці Європейського суду з прав людини

Проблемні питання компенсації немайнової шкоди, завданої юридичній особі, є наслідком невирішеності питання про відшкодування моральної шкоди взагалі. Дискусія щодо можливості компенсації моральної шкоди була започаткована у цивілістиці ще на початку ХХ сторіччя. Так, Й. О. Покровський наголошував, що невиконання договору, навіть майнового змісту, може завдати контрагентові, крім матеріальної шкоди, ще нематеріальні неприємності. Далі він зазначав, що перед правом виникає складне питання, чи можна у всіх подібних випадках ігнорувати нематеріальну шкоду такого роду, обмежуючись виключно стороною майновою¹. Ця позиція в подальшому була сприйнята радянською цивілістикою і вже наприкінці ХХ сторіччя набула своєї гостроти в обговоренні².

¹ Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. Изд. 4-е, испр. Москва: Статут, 2003. С. 138–139.

² Эрделевский А. М. Моральный вред и компенсация за страдания. Москва: БЕК, 1997. 188 с.; Корчевна Л. А. Компенсация моральной шкоды, завданой порушенням особистих немайнових прав, у цивільному праві України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Ун-т внутр. справ МВС України. Харків, 1998. 24 с.; Малейн Н. С. О моральном вреде. *Сов. государство и право.* 1993. № 3. С. 32–39; Шимон С. І. Відшкодування моральної

Відповідно до п. 3 Постанови Пленуму ВС України «Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди»¹ під *немайновою шкодою, заподіяною юридичній особі*, слід розуміти втрати немайнового характеру, що настали у зв'язку з приниженням її ділової репутації, посяганням на фірмове найменування, товарний знак, виробничу марку, розголошенням комерційної таємниці, а також вчиненням дій, спрямованих на зниження престижу чи підрив довіри до її діяльності.

Згідно з п. 4 ч. 2 ст. 23 ЦК України *моральна шкода щодо юридичної особи полягає у приниженні її ділової репутації*. Проте приниження ділової репутації юридичної особи – це не єдина підстава для компенсації немайнової шкоди юридичній особі, передбачена ЦК України. Так, ч. 1 ст. 611 ЦК України передбачає, що у разі порушення зобов'язання настають правові наслідки, встановлені договором або законом, одним з яких є, зокрема, відшкодування моральної шкоди. Отже, *юридичні особи – учасники договірних відносин на диспозитивних засадах мають право передбачити компенсацію моральної (немайнової) шкоди в договорі як спосіб захисту своїх порушених цивільних прав та інтересів*. Як приклад правових наслідків у вигляді права на відшкодування моральної шкоди за порушення зобов'язання, встановлених законом, можна навести ч. 2 ст. 1076 ЦК України, відповідно до якої *у разі оголошення банком відомостей, що становлять банківську таємницю, клієнт має право вимагати від банку відшкодування завданих збитків та моральної шкоди*. Як відомо, за договором банківського рахунку клієнтом (володільцем рахунку) може бути як фізична, так і юридична особа. Отже, підставою компенсації немайнової шкоди юридичній особі слід вважати й розголошення банком відомостей щодо клієнта-юридичної особи, що становлять банківську таємницю. Крім того, ч. 1 ст. 1167 ЦК України, яка регулює деліктні зобов'язання, відносить до підстав відшкодування моральної шкоди, завданої юридичній особі, неправомірне рішення, дію чи бездіяльність іншої особи.

Про можливість компенсації немайнової шкоди юридичній особі умовно можна говорити і в аспекті тлумачення інших норм ЦК України, зокрема, згідно з ч. 2 ст. 216 ЦК України, якщо у зв'язку із вчиненням недійсного правочину другій стороні або третій особі завдано збитків та моральної шкоди, вони підлягають відшкодуванню винною стороною; згідно з ч. 3 ст. 386 ЦК України власник, права якого порушені, має право на відшкодування завданої йому майнової та моральної шкоди. У цих зазначених двох випадках

(немайнової) шкоди як спосіб захисту суб'єктивних цивільних прав: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького. Київ, 1998. 17 с.

¹ Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди: Постанова Пленуму ВС України від 31.03.1995 р. № 4. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=v0004700-95>.

формально існує підстава для компенсації немайнової шкоди юридичній особі, складнощі ж виникають з доказуванням наявності самої немайнової шкоди, в чому вона полягає, в обґрунтуванні розміру компенсації, тому реально юридичній особі складно застосувати такий спосіб захисту цивільних прав.

На думку В. П. Паліюка, аналіз законів і судової практики України дозволяє дійти висновку, що моральна (немайнова) шкода юридичної особи може виражатися в так званому «чистому» вигляді, тобто тоді, коли порушення «честі», «гідності» або «ділової репутації» викликане поширенням неправдивих відомостей, або порушенням, наприклад, суміжних прав тощо, або у вигляді «похідному» від завданих майнових збитків, тобто порушення майнових прав господарюючого суб'єкта призводить до підриву його «ділової репутації», що безпосередньо відображується на його подальшій діяльності¹.

Безумовно, що найчастіше підставою компенсації моральної шкоди юридичній особі є приниження її ділової репутації, порушення права на недоторканність ділової репутації юридичної особи. З приводу цього відзначається, що збитки, будучи універсальним засобом для відновлення майнових втрат особи, взагалі не підходять для цілей відновлення ділової репутації саме через причину нематеріального характеру останньої. Дійсно, застосовність того чи іншого конкретного способу захисту порушених цивільних прав до захисту ділової репутації юридичних осіб повинна визначатися, виходячи саме з природи юридичної особи... Відсилання законодавця до використання такого способу захисту, як компенсація моральної шкоди при порушенні ділової репутації як громадянина, так і юридичної особи має розумітися в тому сенсі, що об'єкт захисту (ділова репутація) і в тому, і в іншому випадку мають однакову природу – нематеріальне благо. Враховуючи природу юридичної особи (ідеальна правова конструкція), при порушенні її ділової репутації необхідно застосовувати спосіб, адекватний захисту репутації особи фізичної. Порушення ділової репутації фізичної особи спричиняє компенсацію моральної шкоди. Ділова репутація юридичної особи повинна захищатися за допомогою відшкодування шкоди, здатної певним чином компенсувати негативні наслідки порушеної репутації. Таку шкоду логічно йменувати репутаційною. Виходячи з цього, видається, що саме репутаційна (немайнова) шкода спроможна виконати відновлювальну функцію стосовно порушеної ділової репутації юридичної особи². Отже, при доказуванні наявності немайнової шкоди, завданої юридичній особі, можна доказати

¹ Палиюк В. П. Правовое регулирование возмещения морального (неимущественного) вреда: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Нац. юрид. академия Украины им. Ярослава Мудрого. Харьков, 1999. С. 69.

² Гражданское право: актуальные проблемы теории и практики / под общ. ред. В. А. Бєлова. Москва: Изд-во Юрайт, 2009. С. 908–909.

наявність репутаційної шкоди як різновиду немайнової шкоди, що підлягає компенсації.

Одним із спірних питань сучасної цивілістики є питання щодо можливості компенсації немайнової шкоди будь-якій юридичній особі за порушення права на недоторканність ділової репутації, незважаючи на те, чи займається вона підприємницькою діяльністю, чи ні, оскільки на сьогодні склалися два підходи до вирішення цієї проблеми. Прихильники першої точки зору вважають, що ділова репутація належить будь-якій юридичній особі, обґрунтовуючи свою позицію тим, що ділова репутація – це, насамперед, оцінка ділових якостей особи, що безумовно не тотожне ні з поняттям «професійні якості», ні з поняттям «підприємницькі (комерційні) якості»¹. Прихильники другої точки зору стверджують, що юридична особа, яка не займається підприємницькою діяльністю, не може пред'явити вимогу про захист ділової репутації для розгляду по суті у суді².

Незважаючи на наявність правових підстав для вимоги про компенсацію немайнової шкоди, завданої юридичній особі, у судовій практиці дуже мало випадків задоволення позовів про відшкодування моральної (немайнової) шкоди юридичній особі, крім позовів про захист порушеної ділової репутації юридичної особи, але навіть і за такими позовами існують складнощі у доказуванні наявності немайнової шкоди.

У зв'язку з цим викликає інтерес практика ЄСПЛ, зважаючи, що ст. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» передбачає, що суди застосовують при розгляді справ Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод та практику ЄСПЛ як джерело права. Свою позицію щодо можливості компенсації немайнової шкоди юридичній особі ЄСПЛ висловив у кількох рішеннях. Так, у справі «Комингерсолль С.А.» проти Португалії³ ЄСПЛ встановив, що у конкретній справі, яка розглядається, *затягування спірного розгляду поза розумні межі повинно було викликати у керівника компанії-заявника, її управлінського персоналу і співзасновників серйозне невдоволення і тривале почуття непевності*. Тому він зробив висновок, що компанія-заявник опинилася у стані непевності, що і є підставою присудження їй компенсації.

Одним із прецедентних рішень Європейського Суду з прав людини щодо можливості компенсації немайнової шкоди юридичній особі є Рішення ЄСПЛ

¹ Стефанчук Р. О. Захист честі, гідності та репутації в цивільному праві. Київ: Наук. світ, 2001. С. 20.

² Смолина Л. В. Защита деловой репутации организации. Москва: Издат.-торг. корп. «Дашков и К°»; Саратов: ООО «БизнесВолга», 2008. С. 65.

³ Решение Европейского Суда по правам человека от 06.04.2000 г. по делу «Комингерсолль С.А.» против Португалии». URL: <http://www.rpqi.narod.ru/echr/translation/translation/komingersoll.htm>.

у справі «Совтрансавто Холдинг» проти України»¹. За цією справою влада України заявляла, що вимога компанії-заявника у частині компенсації моральної шкоди є необґрунтованою, оскільки у компанії-заявника немає підстав стверджувати, що внаслідок ліквідації «Совтрансавто-Луганськ» вона була позбавлена ринку, оскільки ніколи не була володільцем цієї компанії, ні навіть її мажоритарним акціонером. Крім того, втрата ринку ні в якому випадку не може вважатися моральною шкодою. Що стосується шкоди, завданої компанії-заявникові порушенням п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, то, на думку влади України, між цим правопорушенням і заявленою шкодою не існує безпосереднього причинного зв'язку, встановлення правопорушення само по собі є достатньою компенсацією, хоча за цією підставою влада України готова виплатити компанії-заявникові 10 000 євро. У Рішенні ЄСПЛ у справі «Совтрансавто Холдинг» проти України» зазначено, що *тривалий стан непевності, в якому опинилася компанія-заявник, повинен був об'єктивно викликати, з однієї сторони, серйозні проблеми планування управлінських рішень компанії «Совтрансавто-Луганськ» і, з другої – неприємності у компанії-заявника, що є холдингом стосовно транспортних компаній, які використовують марку «Совтрансавто»*. Крім того, ця непевність повинна була нанести шкоду престижу цієї марки в очах нинішніх та потенційних клієнтів. ЄСПЛ також вважає, що серйозність порушень, встановлених у контексті п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод дає підставу для надання компанії-заявникові додаткової компенсації. З урахуванням попередніх міркувань і розсудивши за справедливістю, ЄСПЛ присуджує компанії-заявникові як відшкодування моральної шкоди 75 000 євро. Як відомо, п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод передбачає, що кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, встановленим законом, який вирішить спір щодо його прав та обов'язків цивільного характеру або встановить обґрунтованість будь-якого висунутого проти нього кримінального обвинувачення. Як бачимо, ЄСПЛ при визначенні наявності моральної шкоди, завданої юридичній особі, і обґрунтуванні у чому така шкода полягає, застосував як положення про порушення престижу компанії, так і про порушення розумних строків розгляду спору судом.

С. Ф. Афанасьєв вірно зазначає, що ЄСПЛ, обґрунтовуючи свою позицію, що має прецедентне значення, про допустимість відшкодування немайнової шкоди юридичним особам, робить упор на людську складову компанії, тобто на фізичні і моральні страждання, а також психологічний стрес

¹ Рішення ЄСПЛ від 02.10.2003 р. у справі «Совтрансавто Холдинг» проти України». URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/980_043.

конкретних осіб¹. Дійсно, з точки зору ЄСПЛ, немайна шкода, завдана юридичній особі, полягає у додаткових зусиллях, які необхідно провести засновникам юридичної особи, її працівникам, управлінському персоналу, немайна шкода може бути обумовлена завданням шкоди репутації компанії, невизначеністю у прийнятті рішень, розколом у керівництві компанії, хвилюванням, незручностями, які виникають у членів і керівництва компанії.

Аналіз практики ЄСПЛ дозволяє юридичним особам більш широко використовувати такий спосіб захисту порушених прав, як компенсація немайнової шкоди і звертатися до національних судів з такими позовами, обґрунтовуючи свою позицію обставинами, зазначеними у рішеннях ЄСПЛ, доказуючи завдання немайнової шкоди керівникам юридичної особи, її засновникам, управлінському персоналу.

Запитання та завдання для самоконтролю

1. Визначте місце особистих немайнових прав у системі права.
2. Охарактеризуйте особисті немайнові права юридичної особи.
3. Охарактеризуйте захист порушених особистих немайнових прав.
4. Розкрийте особливості відшкодування (компенсації) моральної шкоди як способу захисту особистих немайнових прав.
5. Розкрийте особливості захисту прав на повагу до честі та гідності фізичної особи, права на недоторканність ділової репутації фізичної та юридичної особи.
6. Розкрийте особливості компенсації моральної шкоди юридичній особі.

¹ Афанасьев С. Ф. К проблеме компенсации нематериального ущерба юридическим лицам: международный и национальный опыт. *Правовая политика и правовая жизнь*. 2009. № 4. С. 23.

ТЕМА 7. КОНЦЕПТУАЛЬНІ ПОЛОЖЕННЯ ПРО РЕЧОВЕ ПРАВО

М. П. Ананасюк

§ 1. Поняття та ознаки речового права

Поняття речового права належить до спірних питань теорії цивільного права та юридичної практики. Головним чином тому, що інтерес до речових прав перманентно змінювався у нашому суспільстві залежно від його соціально-економічних та політичних настроїв. У зв'язку із тим національна історія становлення інституту речових прав є такою, що в ньому періодично спостерігається то більша, то менша потреба, але при цьому не було ще ніколи, щоб потреба в речових правах зникала повністю. Навіть за умов регульованої адміністративно-планової радянської економіки, яку українському суспільству довелося свого часу пережити, інтерес до речових прав не згасав повністю, не канув у минуле, а лише змінився, пристосовуючись до нових соціально-економічних умов і, навіть, зміцнився останнім часом. Це зайвий раз свідчить, що жодне демократичне або тоталітарне суспільство із самими різними культурними цінностями та правовими звичаями й традиціями не уявляє свого повноцінного існування у цьому мінливому світі без речових прав.

Чергове відновлення інтересу до речових прав в Україні відбулося у зв'язку з проведенням наприкінці ХХ ст. реформи цивільного законодавства, у результаті якої до нового ЦК України 2004 року було включено Книгу III «Речове право», зміст якої, порівняно з попереднім ЦК УРСР 1964 року, поповнився новими різновидами речових прав (ст. 395 ЦК України). Звісно, «новими різновидами» їх можна вважати доволі умовно, адже про них було добре відомо з римського приватного права та західно-європейського цивільного законодавства таких держав, як Франція, Австрія, Німеччина, Нідерланди та ін. Відомий вплив на становлення права всіх без винятку держав європейського континенту відіграла рецепція окремих положень римського приватного права, завдяки чому речові права набули поширення в континентальній системі права. Не оминув цей процес й сучасне українське цивільне законодавство, внаслідок чого питання теоретичного дослідження речових прав, осмислення їх ролі, значення й місця в системі цивільних прав знов набуло актуального характеру в доктрині цивільного права України.

Як відомо, речовими правами у ті далекі часи визнавалися майнові права на тілесні речі, які захищалися речовими позовами – *actio in rem*. Вважалося, що в особи є речове право на тілесну річ, якщо їй надавався будь-який із

речових позовів¹. Пізніше, коли підхід правового регулювання і захисту цивільних прав та інтересів змінився², а право особи почали виводити з нормативних положень цивільного законодавства, речовими правами стали визнавати лише ті, які були передбачені в ньому. За умов такого правопорядку зацікавлена особа вже не мала права на речовий позов, якщо вона перед тим не довела наявність належного їй речового права на річ, й факту його порушення іншою особою. Отже, ситуація із захистом речових прав змінилася до навпаки. Речове право за особою тепер стали виводити не завдяки наданню їй речового позову, а з норми права, що була передбачена цивільним законодавством. Ця переломна обставина вплинула на те, що відтоді у доктрині цивільного права з'явився офіційний привід дати пояснення, що собою становить поняття речового права. З тих пір у науці цивільного права не припиняються численні наукові дискусії з приводу з'ясування даного питання та якщо всі спірні точки зору звести воедино, то можна виділити такі ознаки речових прав.

По-перше, головною особливістю речових прав є те, що всі вони виникають лише з приводу таких майнових об'єктів цивільних прав, як речі³. Дана ознака речових прав обумовлена тим, що цивільне законодавство регулює майнові відносини учасників цивільних відносин із приводу речей, а не їх відносини особистого (зобов'язального) характеру один до одного. Цю юридичну обставину варто чітко усвідомлювати незалежно від того, яким за своїм обсягом є речове право на річ. Тому об'єктом речових прав річ виступає і в тому випадку якщо особі належать обмежені речові права на неї (право володіння, сервітут, емфітевзис тощо). У цьому полягає відмітна особливість усіх речових прав. Причому, під об'єктами речових прав розуміються виключно фізичні або тілесні речі, якщо брати до уваги відому римському приватному праву класифікацію речей на *res corporales* і *res incorporales* – речі тілесні, як об'єкти права та речі безтілесні, як усі інші права на них⁴. У континентальній юриспруденції визнання речових прав є можливим лише на тілесні речі, що мають матеріальну субстанцію. На безтілесні речі – встановлення речових прав, особливо, якщо під ними розуміються особисті права вимоги⁵, неможливе. На цій підставі передбачену п. 2 ст. 190 ЦК України норму, що всі

¹ Гай Институции Гая: с объяснительным словарем; пер. и состав. Д. Расснер. Санкт-Петербург: Тип. М. М. Стасюлевича. 1887. Вып. 1. С. 201.

² З казуїстичного (звичаєвого) на нормативно-правовий (позитивістський).

³ Підпригора О.А. Основи римського приватного права. Київ: Вентурі, 1997. С. 103.

⁴ Гримм Д. Д. Лекции по догме римского права. Москва: Зерцало, 2003. С. 71–73.

⁵ Щодо *res corporales* і *res incorporales*, слід відзначити, що в європейську юриспруденцію ці погляди були перенесені у видозміненому вигляді, як категорії «тілесних і безтілесних речей», під останніми з яких, на відміну від римлян, пропонувалося розглядати майнові права вимоги, як фікцію речей (Див.: Гамбаров Ю. С. Гражданское право. Общая часть. Санкт-Петербург, 1911. С. 275).

«майнові права визнаються речовими правами», варто визнати юридично неточною.

По-друге, усі речові права є суб'єктивними майновими правами на тілесні речі, оскільки вони завжди належать конкретній фізичній або юридичній особам, як носіям суб'єктивного речового права. Юридичним змістом таких цивільних прав завжди є майнові суб'єктивні повноваження суб'єкта речового права на власні дії (володіння, користування, розпорядження) щодо речі. Також їх юридичною складовою є те, що всі вони встановлюють певний «юридичний зв'язок» суб'єкта речового права з річчю в його правовідносинах з іншими особами з приводу речі. Цей юридичний зв'язок полягає у тому, що виключно суб'єкт речового права може самостійно здійснювати належні йому повноваження щодо речі, незалежно від того, у кого вона фактично перебуває у володінні (у нього самого чи в інших осіб). Інші особи, які не мають самостійних речових прав на річ, не уповноважені конкурувати із носієм суб'єктивного речового права за панування над нею. У цьому полягає основна економічна цінність юридичної конструкції речових прав, що надають їх суб'єкту певну абсолютну владу над всією річчю або її частиною з можливістю використання корисних властивостей речі для власних потреб.

По-третє, усі суб'єктивні речові права мають абсолютний характер, який полягає у тому, що їх носієві належить або вся можлива повнота влади відносно приналежних йому речей (право власності) або якась її частина (сервітути, суперфіцій, застава тощо). Абсолютність речових прав означає, що їх суб'єкт є незалежним від будь-яких інших осіб у своїх діях щодо здійснення своєї влади над речами, на які він має самостійні речові права. Він може вчиняти з об'єктом свого панування будь-які фактичні та юридичні дії, не заборонені законодавством, якщо це не виходить за межі наданого йому речового права. Суб'єкт речового права вільний у своєму ставленні до об'єкта свого речового права, якщо це не зачіпає законні права та інтереси інших осіб на те саме майно й, не є протиправним з точки зору законодавства. Отже, не зважаючи на те, що абсолютність поведінки суб'єкта речового права є досить широкою, вона, тим не менш, не є безмежною. За загальним правилом під час здійснення своїх суб'єктивних прав носій речових прав має утримуватися від дій, які можуть завдати шкоди іншим особам та суспільним інтересам. Саме цією обставиною пояснюється те, що повністю абсолютних речових прав ні в кого немає й бути не може. Саме тому можна спостерігати існування всіляких меж та обмежень речових прав.

Зворотною стороною абсолютності речових прав уявляється покладення на їх володільця відповідно до цивільного законодавства суб'єктивних майнових обов'язків з утримання належного йому майна (ст. 322 ЦК України). І в цьому також проявляється особливість абсолютного характеру речових прав.

По-четверте, усі речові права користуються абсолютним захистом від

будь-якого посягання ззовні з боку всіх інших осіб. Будь-яке посягання на об'єкт чужого речового права розглядається як небажане суспільне явище, пов'язане з втручанням іншої особи у сферу майнового панування володільця речового права й відповідно до законодавства розглядається, як цивільне правопорушення. Така особливість речових прав надає можливість їх володільцю у встановленому законом порядку вимагати відсторонення усіх інших осіб від можливості будь-якого впливу на об'єкт його речового права, якщо інше не встановлене законом. Справа у тому, що речові права мають суспільний характер, а тому у публічних інтересах всього суспільства можливість їх вільного здійснення та захисту певною мірою нівелюється законними повноваженнями правоохоронних органів¹.

По-п'яте, всім речовим правам властиве право переваги, яке полягає в тому, що у випадку наявності правових вимог із боку осіб, які мають зобов'язальні права вимоги, перевага у задоволенні надається речовим правам. Особливістю такого порядку є те, що зобов'язальні майнові права, які опосередковують другорядні відносини – динаміки майнового обороту, як правило, похідні від речових прав, які опосередковують первісні відносини – статичні майнового обороту. Виникнення зобов'язальних прав можливе на основі реалізації існуючих речових прав, а не навпаки. Тому цілком слушно, що речові права у конкуренції із зобов'язальними правами виявляються «сильнішими» й мають перевагу над останніми. Як приклад наявності права переваги речових прав можна навести право застави, яке, як відомо, задовольняється у першу чергу за будь-які зобов'язально-правові вимоги.

По-шосте, характерною особливістю всіх речових прав є властиве їм право слідування. Суть цього правового явища полягає в тому, що юридичний зв'язок суб'єкта речового права щодо речі, як його матеріального об'єкта, є нерозривним із правової точки зору й зберігається за ним до тих пір, поки річ є в наявності, незалежно від того, де б і в кого ця річ не перебувала. Наприклад, передаючи річ в оренду, власник не втрачає права власності на неї; або відповідно до права застави заставодержатель має право звернути стягнення на річ, що була передана в заставу, будь-де, де вона знаходиться. Тому вважається, що у таких і подібних ситуаціях речове право слідує за річчю.

По-сьоме, прийнято вважати, що речовим правам властивий безстроковий характер. Звісно, ця ознака не може бути беззаперечно приписана належною всім речовим правам, але деяким із них, таким як право власності (ст. 316 ЦК України), право повного господарського відання (ст. 136 ГК

¹ Див.: ст.ст. 37, 38 Закону України «Про Національну поліцію» // Про Національну поліцію: Закон України від 02.07.2015 р. № 580-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2015. № 40–41. Ст. 37.

України) та право оперативного управління (ст. 137 ГК України)¹, вона дійсно притаманна. Набуття перелічених прав не обмежено ніякими строками, тому вони вважаються безстроковими.

По-восьме, як ознаку речових прав прийнято виділяти визначеність їх переліку у законодавстві. Це так званий принцип *numerusclausus*². Не всяке право може бути віднесене до речових прав, а лише те, що проголошується в законодавстві. Разом із тим цей підхід не завжди витримується в українському законодавстві, оскільки речовий характер права, це є його юридична властивість, а не припис законодавства, наприклад, іпотека (п. 1 ст. 575 ЦК України), право на ренту з нерухомого майна (ст. 735 ЦК України) та інші. Із виділенням даної ознаки речових прав тісно пов'язане виділення наступної ознаки. По-дев'яте, до ознак речових прав також відносять надання деяким із них публічного характеру. Мова у цьому випадку йде про речові права, на які відповідно до спеціального законодавства³ поширюється правовий режим нерухомості. Виникнення речових прав на таке нерухоме майно пов'язується із необхідністю їх обов'язкової реєстрації в офіційному державному реєстрі з метою надання їм статусу публічності. Без здійснення реєстрації даних речових прав вони не виникають.

Підводячи підсумок всьому сказаному, *речове право* можна визначити як абсолютне суб'єктивне право особи на річ (майно), яке вона уповноважена здійснювати самостійно, незалежно від волі інших осіб, відповідно до його юридичного змісту, яке має визнаватися всіма іншими учасниками майнових цивільних відносин, що охороняється існуючим правопорядком і може захищатися від будь-яких зовнішніх посягань у випадку його порушення⁴.

М. П. Апанасюк

§ 2. Види та система речових прав

Так сталося, що в сучасній доктрині цивільного права наукові підходи до систематизації речових прав неоднакові. Викликано це різними об'єктивними і суб'єктивними чинниками, а серед них найбільше – національними правовими звичаями і традиціями різних народів, а також прийнятими в них законами і

¹ Виділення та віднесення права повного господарського відання та права оперативного управління до речових прав – заслуга науковців радянської цивілістичної школи. Більш детально ці речові права будуть розглянуті у § 2 цієї теми.

² Більш докладно про спеціальні принципи речового права (Див.: Харченко Г. Г. Речові права: монографія. Київ: Юрінком Інтер, 2015. С. 56–119.

³ Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень: Закон України від 01.07.2004 р. № 1952-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 51. Ст. 553.

⁴ Очевидним недоліком запропонованого визначення є те, що в ньому змішується суб'єктивне речове право і суб'єктивне право на його захист.

наявною судовою (прецедентною) практикою. У висококультурних народів, які дотримуються передових демократичних цінностей, в яких поважаються основні природні права та свободи людини, де панує законність і верховенство права, а економічне життя суспільства розвивається на засадах вільно-конкурентної ринкової економіки, і все це визначається та контролюється інститутами незалежного громадянського суспільства, там, як правило, спостерігається наявність розгалуженої системи речових прав на майно (речі)¹. І навпаки, у народів, де всього цього не помічається, головним чином через те, що матеріальною основою їх суспільного життя є слабо розвинена економіка, спостерігається протилежна правова картина². Внаслідок всього цього наукові уявлення про речові права на майно (речі) теж різняться, залежно від того, який правопорядок береться за об'єкт аналізу та спостереження. І це уявляється цілком природним суспільним явищем, а не яким-небудь аномальним³!

За правовими звичаями і традиціями народів континентальної системи права, основна ідея речового права полягає в необхідності забезпечення доступу до майна (речей) усім зацікавленим у цьому членам суспільства. Особливо гостро така потреба відчувається за умов об'єктивної нестачі речей, якщо вони існують в одному примірнику та вже кимось присвоєні. За такого стану в будь-якому суспільстві на інтуїтивному рівні відчувається певна соціально-економічна «несправедливість» щодо рівноправного розподілу матеріальних цінностей (речей) між усіма його членами, що, як відомо з історії, не раз призводило до національних та міжнародних конфліктів на ґрунті перерозподілу прав на речі (власність). У цьому випадку, насамперед, мова йде про найбільш цінні з економічної точки зору для людства речі, такі як земля (земельні ділянки), природні ресурси, виробничі підприємства та інші цінні активи, які різними способами присвоюються у числі найперших «сильними світу цього», з метою встановлення та утримання абсолютного панування над ними, у результаті чого виникає відома майнова диференціація на імущих і неімущих⁴. З певним успіхом подолати таку не позбавлену

¹ До них можна віднести найбільш високорозвинені західноєвропейські країни континентальної системи права (Німеччину, Францію, Австрію, Нідерланди, Італію та ін.), а також країни англосаксонської системи права (Великобританію, США та ін.) й країни змішаних правових систем (Китай, Японія та ін.).

² До них можна віднести східноєвропейські країни континентальної системи права, до яких належить Україна, Білорусь, Грузія, Казахстан, а також інші пострадянські країни.

³ До речі, у цивільному праві як суспільному явищі – все природне й нічого аномального в цьому немає. Якщо так сприймати цивільне право України, то тоді й рецепцію римського приватного права слід визнати аномалією (Див.: Аномалії в цивільному праві України: навч.-практ. посіб. / Р. А. Майданик, С. М. Бервено, Н. І. Майданик, І. С. Тімуш, І. В. Волосенко; Київ: нац. ун-т ім. Т. Шевченка. Київ: Юстініан, 2007. 912 с.

⁴ Показником такої суспільної диференціації є певний рівень свободи окремо взятої

суспільних протиріч майнову диференціацію людство змогло за допомогою винайдення конструкції речових прав на майно (речі). Можна навіть стверджувати, що в ході свого еволюційного розвитку людство досягло своєрідного «суспільного компромісу» у вигляді вироблення конструкції суб'єктивних речових прав на необхідні всім речі, які задовольнили майновий інтерес усіх «охочих» до них. Хто і як першим до цього додумався зараз сказати важко!

Із правових джерел, що дійшли до нас, відомо, що спочатку, ще в римські часи, з'явилися та охоронялися правом такі речові права, як володіння (*possessio*), право власності (*dominium*), а також сервітутні та інші обмежені права на чужі речі (*jura in re aliena*), якими встановлювалися речові права на користування чужими речами. Потім, у середньовічну добу, коли вся земля як основний засіб виробництва належала латифундистам-феодалам, виникла система речових прав у вигляді розщепленої власності (*dominium directum* та *dominium utile*), яка вибудовувалася на засадах підпорядкованості васалів своїм сюзеренам, як своєрідна взаємна плата за вірність і службу¹. Ще пізніше, у капіталістичну добу, у результаті відмови від старих порядків² та їх заміни на нові (а все нове – це, як відомо, забуте старе) відбулося повернення до системи традиційних інститутів речового права, відомих ще з римських часів. Цікаво зазначити, що сталося це не випадково, а в результаті того, що такими виявилися об'єктивні потреби реального життя, а римське приватне право, яке на той момент мало універсальний характер, вже виявилось найкраще до цього пристосованим.

Як відомо, українське правове поле і, зокрема, національне цивільне законодавство також не залишилося осторонь від цих інтеграційних світових процесів. У ході його останньої правової реформи (1996–2004 років) було надано нового імпульсу інституту речових прав в Україні, у результаті чого у

людини в соціумі, до якого вона належить. Саме тому людина свідомо прагне до накопичення багатства.

¹ По суті, дана ієрархічна система речових прав на майно становила різновиди формально-залежних, фактично-самостійних правових титулів власності на землю одночасно у декількох осіб. Дещо подібне сьогодні ми можемо спостерігати в англійському праві, де встановився поділ права на загальне право (*common law*) і право справедливості (*law of equity*). Наявність даної системи в англійському праві зумовила існування «безлічі» самостійних правових титулів власності на одне і те саме майно одночасно у декількох осіб, що не є можливим у континентальній системі права, де, як відомо, діє принцип про неможливість двох однакових прав власності на одне і те саме майно (Див. Венедиктов А. В. Государственная социалистическая собственность. Москва: АН СССР, 1948. С. 130; Гражданское право: учебник: в 2 т. Т. I / отв. ред. Е. А. Суханов. Москва: БЕК, 1998. С. 165–167).

² З історії правотворчості добре відомо, як під час прийняття найперших цивільних кодифікацій боролися за скасування розмаїття середньовічних земельних повинностей та обтяжень (Див. Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. Москва: Статут, 1998. С. 209).

національному цивільному законодавстві було запроваджено раніше невідомі йому різновиди речових прав, що найбільше відповідають сучасним потребам розвиненого майнового обороту. Зокрема, до ЦК України 2004 р. після досить тривалого забуття було повернуто «рубрику», присвячену речовим правам, яка дістала відповідну назву – Книга III (Речове право). Структурно ця Книга складається із двох розділів: Розділу I (Право власності) та Розділу II (Речові права на чуже майно). У першому розділі, як слідує з його назви, врегульоване найбільш повне речове право – право власності, а в другому – обмежені речові права на чуже майно, такі як право володіння, сервітут, емфітевзис, суперфіцій (п. 1 ст. 395 ЦК України). Відповідно до п. 2 ст. 395 ЦК України зазначений перелік речових прав на чуже майно не є вичерпним, він може бути доповнений законом. Із цього моменту спостерігається значне поживлення інтересу до проведення наукових досліджень різновидів речових прав та їх системи у цивільному праві України.

Якщо проаналізувати та узагальнити всі висловлені наукові точки зору з цього питання, то можна виділити основну тенденцію щодо підходу систематизації всіх речових прав у цивільному праві України. Ні у кого з дослідників ніколи не виникало сумнівів щодо визнання найбільш повним речовим правом права власності (відносин статички). У континентальній системі цивільного права – це речове право традиційно визнавалося й визнається дотепер фундаментальним речовим правом на майно (речі), від якого є похідними більшість інших зобов'язальних цивільних відносин (відносин динаміки). Поряд із правом власності на свої речі, допускається існування інших речових прав на чужу річ, які в силу своєї юридичної специфіки мають вужчий юридичний зміст за право власності, надаючи їх володільцю можливість самостійного їх здійснення щодо речі з метою використання її корисних фізичних властивостей.

Подібне розуміння речового характеру права власності та всіх інших відомих речових прав на чужу річ спочатку в римському приватному, потім у середньовічному, а ще згодом і в новітньому (континентальному) праві, обумовило перенесення до національної системи цивільного права їх правової системи, виробленої ще римською юриспруденцією, що можна побачити на прикладі ЦК України. Як відомо, її поява була зумовлена об'єктивними умовами тодішнього майнового обороту, в якому є наявними абсолютне право власності та інші речові права на чуже майно (речі). Логіка її побудови була дуже простою. Оскільки право власності (*dominium*) – це речове право на свою річ, то всі інші речові права, що можуть виникати на не свої речі, розглядаються як речові права на чужі речі (*jura in re aliena*). Власне тому у ЦК України можна спостерігати подібну систематизацію речових прав.

Разом із тим варто відзначити, що це не єдина відома систематизація речових прав на майно (речі), яка була запропонована цивільно-правовою наукою. Враховуючи наявну різницю щодо повноти юридичного змісту

суб'єктивних речових прав на речі, усі їх можна поділити на «повні та обмежені» речові права. За основу такого правового поділу взято обсяг юридичного змісту суб'єктивних речових прав, що належать їх володільцям на своє або чуже майно (речі). Аналізуючи обсяг цього змісту, можна помітити, що деяким суб'єктивним речовим правам властиве встановлення повної влади над річчю (право власності), а іншим – обмеженої влади над річчю (сервітути, емфітевзис, застава тощо). Характерною особливістю обмежених речових прав є їх здатність обтяжувати право власності, певним чином звужуючи свободу власника. Подібні обмежені речові права за своєю юридичною силою є іноді навіть «сильнішими» за право власності, яке вони обтяжують й мають від цього здійснюватися пріоритетно.

Наступною видовою систематизацією речових прав більш нижчого рівня є їх систематизація, «де усі обмежені речові права класифікуються залежно від їх змісту на три групи: права користування, права переважного придбання чужої речі, права примусової реалізації чужої речі (права забезпечення). До першої групи включені сервітутні права (речові і особисті), узуфрукт, а також спадкове право забудови. До другої – право переважної купівлі. І, відповідно, до третьої – речові обтяження, заставні права у вигляді іпотеки, поземельного боргу і рентного боргу»¹. Зазначена правова класифікація застосовується у німецькій (пандектній) правовій доктрині та у німецькому цивільному уложенні (BGB). За такого підходу під категорію обмежених речових прав може бути підведене дуже широке коло майнових прав, «коли їх перелік не обмежується за об'єктом панування, яким може виступати лише тілесна річ, а головними рисами речових прав визнається їх майновий характер та можливість здійснення самостійного та самодостатнього правового панування особи над об'єктом»². У зв'язку з цим на місце серед обмежених речових прав на майно в українському цивільному праві цілком справедливо може претендувати «право на ренту з нерухомого майна», яке набуває речового характеру в разі відчуження нерухомого майна іншій особі, до якої внаслідок цього переходять обов'язки платника ренти (п. 1 ч. 2 ст. 735 ЦК України). Уявляється, що речовий характер цього права зумовлений тим, що воно обтяжує рентою не стільки певну особу (платника ренти), скільки нерухомість з усіма її приналежностями, тому будь-який її наступний власник стає зобов'язаним до виплат періодичної ренти з нерухомості на користь її одержувача (відчужувача майна), який таким чином набуває не особисту зобов'язальну вимогу до конкретної особи, а речове право на одержання періодичного доходу з нерухомого майна у вигляді ренти»³.

¹ Харченко Г. Г. Речові права: монографія. Київ: Юрінком Інтер, 2015. С. 124.

² Там само. С. 124–125.

³ Апанасюк М. П. Поняття ренти як доходу. *Підприємництво, господарство і право*. 2013.

Ще однією видовою правовою систематизацією обмежених речових прав на речі, яка заслуговує бути згаданою, є пропозиція їх класифікації на «фрагментарні та багатокомпонентні»¹. В основі такого поділу лежить припущення, що речові права слід класифікувати залежно від того, які з правомочностей – володіння, користування та розпорядження – входять до їх складу. За таким підходом очевидно, що речові права інших осіб на чуже майно вважаються відніманням їх з права власності, яке вони обмежують. На жаль, подібну точку зору важко визнати правильною, оскільки власник речі не завжди може втрачати свої повноваження щодо користування річчю, якщо на неї, наприклад, було встановлено земельний сервітут на користь іншої особи або сусідньої земельної ділянки. У результаті встановлення такого сервітуту власник досить часто зберігає свої права на користування річчю, тільки поряд із ним їх також може мати володілець земельного сервітуту. Тому більш послідовним буде все-таки вважати, що речові права інших осіб на чуже майно не становлять віднімання їх з повноважень права власності.

Й на завершення цього короткого огляду різновидів речових прав та їх правової системи в цивільному праві України буде упушенням обійти увагою відомі національному правопорядку права повного господарського відання (ст. 136 ГК України) та оперативного управління (ст. 137 ГК України), які ГК України проголошуються речовими правами (ст. 133 ГК України). На відміну від ГК України, ЦК України в Книзі III (Речове право) про наявність таких самостійних різновидів речових прав на майно «чомусь» не згадує, але й не заперечує можливості їх існування, оскільки у п. 2 ст. 395 ЦК України передбачається, що перелік речових прав на чуже майно може бути доповнений законом. Що, власне, і відбулося в цьому випадку!

За своєю економічною сутністю зазначені речові права є юридичною формою закріплення державного майна за державними підприємствами, установами та організаціями, які ним можуть володіти, користуватися та розпоряджатися відповідно до своїх потреб, якщо це не суперечить інтересам держави та відповідає українському законодавству. До речі, на тих самих засадах в Україні відбувається користування комунальною власністю – комунальними підприємствами установами та організаціями. Дані «сурогати речових прав» з'явилися в епоху СРСР, складовою частиною якого тоді була Українська республіка (УРСР), в умовах панування централізованої адміністративно-планової економіки, що регулювалася згори, центральними органами виконавчої влади. У результаті руйнування СРСР і проголошення Україною незалежності в 1991 році відійшла в минуле адміністративно-планова економіка, на зміну якій прийшла ринкова, але, незважаючи на це,

№ 3. С. 20–23.

¹ Іванов А. А. Вещное право. *Правоведение*. 1992. № 1. С. 115–120.

право повного господарського відання та оперативного управління було збережене в правовому полі України. Аналогів подібного законодавства прогресивне західно-європейське право та світове законодавство не знає. Подібну «розкіш» собі може дозволити лише Україна як держава з перехідною ринковою економікою, що розвивається.

Своє наукове обґрунтування ці права отримали в численних наукових публікаціях, присвячених проблемі становлення господарських відносин¹. За задумом їх провідників передбачалося, що в найближчому майбутньому вони витіснять собою традиційні цивільні відносини між вказаними суб'єктами. Але «як гадалося», цього не сталося. Як не сталося і того, що вони повністю зникли з нашого життя. Причиною тому є паралельне існування двох кодексів: Цивільного і Господарського, якими по суті регулюються одні й ті самі майнові відносини, але різними методами правового впливу, відповідно – диспозитивним та імперативним методами. Власне тому згадані права становлять одну з гострих наукових проблем сучасного речового права України².

О. І. Антонюк

§ 3. Власність і право на мирне володіння майном відповідно до статті 1 Першого Протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод

Відповідно до ст. 1 Протоколу № 1 кожна фізична або юридична особа має право мирно володіти своїм майном.

У багатьох перекладах актів ЄСПЛ замість терміна «майно» використовується термін «власність», що є неточністю, яка допускається під час перекладів термінів «*property*» (у назві та абзаци 2) і «*possessions*» (в абзаци 1). Такий підхід спотворює значення положень, сформульованих ЄСПЛ, та не дозволяє усвідомити їх істинний зміст. Внаслідок змішування термінів «власність» і «майно» створюється хибне уявлення, що ст. 1 Протоколу № 1 застосовується до майна, яке перебуває на праві власності. Це, у свою чергу,

¹ Иоффе О. С. Избранные труды по гражданскому праву: Из истории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика «теории хозяйственного права». Москва: Статут, 2000. С. 696–756.

² Крім розглянутих вище речових прав, ЦК України в п. 2 ст. 316 передбачає, що особливим видом права власності є право довірчої власності, яке виникає внаслідок закону або договору управління майном (ст. 1029 ЦК України). За своєю суттю це майнове право не є речовим правом на майно, як його прийнято розуміти в континентальній системі права, а тому його розгляд буде здійснено у відповідному розділі цього посібника, що присвячується зобов'язальним правам.

істотно звужує коло майна, права на яке підлягають захисту в силу ст. 1 цього Протоколу¹.

Аналіз судової практики ЄСПЛ свідчить про автономність змісту терміна «майно» у контексті ст. 1 Протоколу № 1, що не зводиться до права власності на речі і не залежить від його визначення у національному законодавстві (зокрема, у ч. 1 ст. 190 ЦК України).

Автономність конвенційних понять – це спосіб тлумачення, який не дозволяє державам давати такі визначення у національному законодавстві, що відповідають інтересам виключно держави і порушують баланс публічних та приватних інтересів. Автономність понять означає не вимогу уніфікації національного законодавства, а вимогу застосовувати єдині правила та принципи їх тлумачення, що забезпечує існування єдиного європейського стандарту захисту права власності².

ЄСПЛ застосовує термін «майно» щодо: 1) наявного майна (матеріальних об'єктів і майнових прав, у тому числі прав інтелектуальної власності); 2) претензій, стосовно яких заявник може обґрунтовано стверджувати, що він має «законні (правомірні, виправдані) сподівання (очікування)» ефективно скористатися правом на майно (сподівання на отримання пенсій, коштів за рішенням суду, задоволення позову про відшкодування шкоди за наявності щодо такого виду позовів сталої судової практики національних судів, орендної плати, користування певними об'єктами чи зайняття певною діяльністю на підставі виданих патентів, ліцензій, отримання прибутку відповідно до сформованої клієнтури, податкового відшкодування).

«Законні (правомірні, виправдані) сподівання (очікування)» можуть бути засновані на договорі, дозволі, ліцензії, нормативному або ненормативному акті (у т. ч. що були визнані недійсними з причин, що не залежали від приватної особи, або скасовані чи визнані недійсним з наданням зворотної сили), рішенні суду, що набрало законної сили. Не підпадає під термін «майно» надія на визнання права власності на майно яким тривалий час було неможливо користуватися ефективно; отримання права, на яке залежало від умови, виконання якої залежить від третіх осіб; щодо якого закінчився строк виконання заявником умови, за якої мало виникнути право власності³.

¹ Афанасьев Д. В. Нюансы защиты имущества юридических лиц в Европейском Суде по правам человека. *Хозяйство и право*. 2011. № 6. С. 29–41. URL: <http://echr.in/ARTICLE/HiP-2011-6.html>.

² Яковлев А.А. Міжнародно-правове співробітництво у захисті права власності в системі Ради Європи: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.11 / Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого. Харків, 2009. С. 17–18.

³ Решение ЕСПЧ по делу «Anheuser-Busch Inc. v. Portugal» 11 January 2007. URL: http://eurоreancourt.ru/uploads/ECHR_Anheuser_Bush_Inc_v_Portugal_11_01_2007.pdf; Рішення ЄСПЛ у справі «Федоренко проти України» від 01 червня 2006 року. URL: <http://zakon4>.

Наприклад, ЄСПЛ у справі «Pine Valley Developments Ltd and Others v. Ireland» зауважив, що заявник мав «законне сподівання», яке може вважатися «майном» у розумінні ст. 1 Протоколу № 1, у разі скасування (визнання недійсними) виданих державними органами дозволів, що давали особі сподівання реалізувати свої комерційні плани (зокрема, на забудову земельної ділянки, яку компанія придбала після отримання дозволу на забудову). У справі «Oneryildiz v. Turkey» ЄСПЛ визнав, що заявник мав право на будинок, який він звів самовільно з порушенням містобудівельних і технічних стандартів на земельній ділянці, що належала державі. Суд виходив з того, що державні органи тривалий час стягували із заявника податки і надавали платні побутові послуги щодо будинку, що свідчило про визнання державою де факто за заявником майнового права на будинок.

Відповідно до ст. 1 Протоколу № 1 позбавлення власності можливе в *інтересах суспільства* і на умовах, передбачених законом і загальними принципами міжнародного права. Держава має право вводити закони для контролю за користуванням майном відповідно до *загальних інтересів* або для забезпечення сплати податків, зборів і штрафів.

На підставі змісту ст. 1 Протоколу № 1 ЄСПЛ сформулював такі критерії допустимості втручання держави у право власності: 1) обумовленість суспільним (загальним) інтересом; 2) відповідність закону; 3) справедливий баланс приватних і публічних (суспільних, загальних) інтересів (пропорційність використаних засобів і досягнутих цілей)¹, що буде дотриманий у разі:

rada.gov.ua/laws/show/974_041; Case of Pine Valley Developments LTD and Others v. Ireland 29 November 1991. URL: <http://www.javier-leon-diaz.com/property/Pine%20Valley.pdf>; Рішення ЄСПЛ у справі «Онер'їлдіз проти Туреччини» від 18 червня 2002 р. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/980_181; Решение ЕСПЧ по делу «Бейелер против Италии» от 05 января 2000 г. URL: <http://www.lawmix.ru/abrolaw/8570>; Case of Van Marle and Others v. the Netherlands 26 June 1986. URL: <http://law.kararara.com/viewtopic.php?f=66&t=1640>; Case of Tre Traktor Aktiebolag v. Sweden 07 July 1989. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57586>; Решение ЕСПЧ по делу «АО «Прессос Компания Навьеєра» и другие против Бельгии» от 20 ноября 1995 г. URL: http://european-court.ru/uploads/ECHR_Pressos_Compania_Naviera_S_A_and_Others_v_Belgium_20_11_1995.pdf; Решение ЕСПЧ «Драон и Драон против Франции» от 21 июня 2006 г. URL: <http://docs.pravo.ru/document/view/19382714/17527890>; Решение ЕСПЧ по делу «Копецки против Словакии» от 07 января 2003 г. URL: old.lawru.info/base98/part4/d98ru4750.htm; Решение ЕСПЧ по делу «Князь Лихтенштейна Ханс Адам II против Германии» от 12 июля 2001 г. URL: <http://www.lawmix.ru/abrolaw/7606>; Решение ЕСПЧ по делу «Марск против Бельгии» от 13 июня 1979 г. URL: http://european-court.ru/uploads/ECHR_Marckx_v_Belgium_13_06_1979.pdf; Рішення ЄСПЛ у справі «Ятлідіс проти Греції» від 25 березня 1999 р. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/980_363.

¹ Рішення ЄСПЛ у справі «Брумареську проти Румунії» від 28 листопада 1999 р. URL: <http://eurocourt.in.ua/Article.asp?Aidx=307>; Case of Iatridis v. Greece 25 March 1999. URL:

а) виключної необхідності (без такого втручання неможливе задоволення суспільного інтересу); б) ефективності (внаслідок втручання відбувається задоволення суспільного інтересу); в) співмірності (втручання здійснюється найменш обтяжливими заходами та у достатньому для задоволення суспільного інтересу обсязі).

Завдяки безпосередній обізнаності у потребах суспільства національні органи мають певну свободу розсуду, оскільки вони першими виявляють проблеми, що можуть виправдовувати позбавлення власності в інтересах суспільства, та знаходять засоби для їх вирішення¹.

У справі «James and Others v. the United Kingdom» ЄСПЛ зауважує, що поняття «інтереси суспільства» широке за своєю природою і означає *заходи з експропріації, вжиті на виконання політики, спрямованої на зміцнення соціальної справедливості*. Заволодіння майном з метою впровадження соціальної, економічної чи іншої політики, яку передбачає закон, може відповідати суспільним інтересам, навіть якщо суспільство в цілому не користується і не володіє цим майном. Законодавець володіє значною свободою розсуду для проведення економічної і соціальної політики, тому суд поважає судження законодавця про те, що є «інтересами суспільства», за винятком, коли *такі судження очевидно не мають розумного обґрунтування* (рішення у справі «Sporrong and Lonnroth v. Sweden»²). Примусова передача права власності від однієї приватної особи до іншої також може відповідати законній меті в інтересах суспільства, якщо здійснюється у межах політики укріплення соціальної справедливості (наприклад, рішення у справі «James and Others v. the United Kingdom»).

Суспільний інтерес як підстава вилучення майна державою може обумовлювати виплату неповної компенсації вартості речі. ЄСПЛ наголошує на тому, що законні цілі в інтересах суспільства, які переслідуються під час проведення економічної реформи чи заходів щодо досягнення більшої соціальної справедливості, можуть обґрунтовувати відшкодування у менших розмірах, ніж повна ринкова вартість (рішення у справах «James and Others v. the United Kingdom», «The Holy Monasteries v. Greece»³).

<http://www.javier-leon-diaz.com/property/iatridis.pdf>.

¹ Рішення ЄСПЧ по делу «Хендисайд против Соединенного Королевства» от 07 декабря 1976 г. URL: http://european-court.ru/uploads/ECHR_Handyside_v_the_United_Kingdom_07_12_1976.pdf; Рішення ЄСПЛ у справі «Джеймс та інші проти Сполученого Королівства» від 21 лютого 1986 р. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/980_180/print1451921907681441.

² Рішення ЄСПЧ по делу «Спорронг и Лоннрот против Швеции» от 23 сентября 1982 г. URL: <http://www.echr.ru/documents/doc/2461434/2461434.htm>.

³ Рішення ЄСПЧ по делу «Святые Монастыри против Греции» от 9 декабря 1994 г. URL: http://european-court.ru/uploads/ECHR_The_Holy_Monasteries_v_Greece_09_12_1994.pdf.

Крім того, якщо на кону стоїть питання загального інтересу, державним органам слід діяти своєчасно, належним чином і максимально послідовно. Виходячи з наведеного, ЄСПЛ у справі «Sovtransavto Holding v. Ukraine»¹ констатував, що спосіб, в який проводився та закінчився судовий розгляд справ, як і ситуація непевності, якої зазнав заявник, порушили «справедливу рівновагу» між вимогами суспільного інтересу та потребою захищати право заявника на майно. У рішенні по справі «Immobiliare Saffi» v. Italy»² ЄСПЛ визнав порушенням балансу між захистом права власності і вимогами загальних інтересів відстрочення виконання судових наказів про виселення впродовж шести років, що поклато надмірний тягар на заявника.

М. П. Ананасюк

§ 4. Теоретичні конструкції власності та права власності

Усім правникам добре відоме юридичне значення таких наукових термінів, як «власність» та «право власності». Зазвичай під «власністю» розуміються певні матеріальні блага (речі) як об'єкти цивільних прав (ст. 177 ЦК України)³, а під терміном «право власності» – урегульовані нормами цивільного законодавства майнові суспільні відносини з приводу володіння, користування та розпорядження майном (речами). Вільне оперування цими термінами настільки увійшло у повсякденну юридичну практику, що іноді за ними може не помічатися їх неоднозначний юридичний зміст, що так властивий будь-яким науковим поняттям та правовим дефініціям цивілістики, як «неточної» суспільнознавчої науки. І все це спостерігається на фоні того, що проблеми власності та, відповідно, права власності – «хвилюють все прогресивне людство» протягом всього його суспільного існування та які до цього часу, на жаль, ще не знайшли свого однозначного позитивного вирішення⁴.

¹ Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Совтрансавто-Холдинг» проти України» від 25 липня 2002 р. *Офіційний вісник України*. 2003. № 44. Ст. 2344.

² Решение ЕСПЧ по делу «Иммобиляре Саффи» против Италии» от 28 июля 1999 г. URL: <http://old.ourcourt.ru/practice/feder17/pr17316.htm>.

³ Іноді під «власністю» розуміються суспільні відносини, що виникають між людьми з приводу присвоєння майна (речей) (Див.: *Право власності в Україні: навч. посіб. / за заг. ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової*. Київ: Юрінком Інтер, 2000. С. 6). Також під «власністю» може розумітися певна сукупність рідкісних матеріальних або нематеріальних ресурсів, єдиним розпорядником яких може бути певна особа (Див.: Капелюшников Р. И. *Право собственности (очерк современной теории)*. *Отечественные записки*. 2004. № 4. С. 65–87). Отже, розуміння того, що становить «власність», залежить від вибірковості наукового підходу, що покладається в основу визначення цього поняття.

⁴ Чигир В. Ф. *Собственность и право собственности. Их сущность. Дискуссия о понятиях «собственность» и «право собственности»*. *Судовы веснік*. 2005. № 3. С. 36–39.

Якщо замислитися, чому так відбувається, то однією із можливих причин є структурна неоднорідність суспільних відносин власності, яка під собою має різні правові звичаї та традиції народів континентальної і острівної Європи, а також інших народів, що населяють земну територію. Причому всі ці правові звичаї і традиції не варто занадто категорично вважати розрізненими між собою, адже, як відомо, всі народи Землі походять від однієї спільної арійської нації, маючи багату спільну історію, яка сьогодні лише починає помалу прориватися з далекого минулого. Тому на загальноментальному рівні, на перший погляд, різна правова уява про «власність» та «право власності» є багато в чому схожою, у чому безпосередню роль відіграло мирне спілкування всіх народів між собою, а також войовниче захоплення чужих територій найбільш агресивними з них, у результаті чого відбувалося взаємопроникнення правових поглядів, звичаїв і традицій та інших культурних цінностей між народами¹.

Крім того, не варто забувати, що особливої «гостроти» суспільним відносинам власності постійно надають (інколи агресивні) спроби окремих зацікавлених осіб, що спрямовані на оволодіння наявними об'єктами власності. У світі повсякчас спостерігаються різні резонансні події та явища з приводу розширення впливу на об'єкти власності, її перерозподілу між власниками й навіть час від часу її силового або протиправного (рейдерського чи військового) захоплення тощо. Як відомо, все це відбувається заради бажання встановлення абсолютної влади над речами, з подальшою можливістю їх самостійного використання у власному інтересі, без участі у такому приватному акті присвоєння інших членів суспільства. У результаті всього цього монопольне право власності на речі цілком природньо сприймається як певна перевага над іншими членами суспільства, з наявністю якого пов'язується певна міра свободи особи у суспільстві².

При цьому варто наголосити, що для досягнення такої мети будь-яка окремо взята фізична або юридична особа (ст. 2 ЦК України), а особливо публічні утворення майже ні перед чим не зупиняються. Тому цивільне право разом з іншими суспільними регуляторами – релігією та мораллю покликане

¹ Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. Москва: Статут, 1998. С. 49–58.

² При цьому варто відмітити, що на сьогодні абсолютне право власності одночасно супроводжується покладенням на всіх власників низки певних «абсолютних» обов'язків, які мають дотримуватися ними під час його здійснення (ст.ст. 319, 322 ЦК України) і які обтяжують це речове право на користь інших членів суспільства. Згадка в цивільному законодавстві України про такі обов'язки зайвий раз підкреслює, що право власності є виключно суспільним явищем і абсолютне воно настільки, наскільки це зумовлено інтересами всіх членів такого суспільства. Юридична природа згаданих обов'язків є мало вивченою в науці цивільного права, особливо з точки зору їх співвідношення з відносними зобов'язаннями, що входять до системи зобов'язальних прав.

корелювати подібну агресивну поведінку людини у суспільстві. У результаті чого можна підсумувати, що сфера суспільних відносин власності є однією з найбільш «чутливих» сфер людських взаємовідносин, що цілком заслужено потребує постійної уваги з боку законодавця й представників різних суспільнознавчих наук (філософії, соціології, економіки, політології, психології, правознавства та ін.), серед яких цивілістика переслідує свої особливі цілі та завдання¹.

Враховуючи всю вищевказану далеко не повну «палітру» суспільних відносин власності, має бути очевидним, чому такі поняття, як «власність» та «право власності» потребують осмисленого ставлення до них. Адже від того, що під ними розуміється, залежить те, яким є реальне правове становище людини у суспільстві – чи відчуває вона себе вільною особистістю, чи, можливо, відчуває певний дискомфорт у відношенні несправедливого розподілу матеріальних благ і цінностей між його окремими представниками. На визначальний характер даної обставини представники передової наукової спільноти неодноразово звертали увагу, пропонуючи різні наукові підходи свого бачення позитивного вирішення цієї проблеми. При цьому життєвий досвід та юридична практика виявили, що іноді ці погляди були відверто утопічними (комуністична або соціалістична власність на основні засоби виробництва), а іноді вони демонстрували свою життєздатність (загально-доступна, публічна або приватна власність на основні засоби виробництва) з усіма притаманними їм перевагами та недоліками. Як би там не було, а можна із впевненістю заявити, що названі підходи ще й досі мають своїх запеклих прихильників та критиків², й від цього питання «власності» та «права власності» не втратили своєї сучасної значущості та актуальності³.

Якщо спробувати проаналізувати всю доступну літературу з проблеми права власності та узагальнити висловлені в ній думки, то умовно їх всі можна

¹ Головним завданням цивілістики як правової науки є пізнання та розроблення відповідного цивільно-правового механізму врегулювання речових відносин власності, спрямованого на їх суспільне впорядкування, а також юридичний захист.

² Публічна власність: проблеми теорії і практики: монографія / під заг. ред. В. А. Устименка / НАН України, Ін-т екон.-прав. досліджень. Чернігів: Десна Поліграф, 2014. 308 с.; Харьковская цивилистическая школа: право собственности: монографія / под ред. И. В. Спасибо-Фатеевой. Харьков: Право, 2012. 424 с.

³ До цієї ж проблематики належать питання розгляду відносин у сфері права інтелектуальної власності як невід'ємної складової суспільних відносин власності. До речового права власності згадані відносини, звісно, не належать, однак ігнорувати те, що в їх основі містяться певні погляди про можливість приватного присвоєння нематеріальних результатів інтелектуальної творчої діяльності дає привід вважати, що це також суспільні відносини власності. Як відомо, на подібній уяві побудована пропріетарна теорія права інтелектуальної власності (Див.: Інтелектуальна власність: Креативи метафізичного пошуку: монографія / В. Д. Базилевич, В. В. Ільїн. Київ: Знання, 2008. 687 с.

звести в три великі групи: філософські теорії права власності, суспільно-економічні теорії права власності та, власне, цивільно-правові теорії права власності.

Основна ідея філософських теорій права власності полягає в тому, що в них здійснюється спроба пояснити, звідкіля взялася власність і що вона становить. Стверджується, що першопричиною появи всіх речей і відповідно власності є Бог. Авторство цієї точки зору приписується відомому теологу середньовіччя Ф. Аквінському¹. Згідно з іншою точкою зору власність слід розглядати як розміщення волі людини у речі. Тобто власність на речі є своєрідним продовженням особистості людини на предмети зовнішнього матеріального світу, завдяки чому реалізується її свобода, яка є субстанцією права. Власність існує там і тоді, де всі інші поважають права один одного, тому власність можлива завдяки суспільному договору. Подібних філософських поглядів на власність дотримувався відомий німецький філософ Г. В. Ф. Гегель, який є автором мінової теорії власності². У філософській літературі також стверджується, що причиною появи власності є праця людини: чим більше людина працює – тим більше у неї з'являється власності. Ця точка зору належить знаному філософу-матеріалісту англійцю Дж. Локку, який є автором трудової теорії власності³. Оригінальною точкою зору на власність є думка, що власність – це крадіжка, оскільки вона суперечить справедливості, й тому, що неможливо віднайти ніякого принципу, на якому вона може базуватися. Таких поглядів на власність дотримувався філософ-мютюеліст француз П. Ж. Прудон⁴. Звичайно, це не всі відомі філософські погляди на власність⁵, але їх достатньо для з'ясування філософського обґрунтування права на річ, яке має передувати будь-якому доктринальному визначенню поняття «право власності»⁶.

Основна ідея суспільно-економічних теорій права власності полягає в тому, що власність в них розглядається або як різновид суспільних відносин з присвоєння майна (речей), або як система економічних зв'язків, що опосередковують обмін «пучками правомочностей» на певні блага. Так, відповідно

¹ Мандрика Л. М. Теорії права власності. *Право і безпека*. 2009. № 2. С. 91.

² Гегель Г. В. Ф. *Філософія права*. Пер. с нем.: Ред. и сост. Д. А. Керимов и В. С. Нерсесянц; авт. вступ. ст. и прим. В. С. Нерсесянц. Москва: Мысль, 1990. С. 101–128.

³ Локк Дж. *Избранные философские произведения*: в 2 т. Т. 2. Москва: Знание. 1988. С. 63–65.

⁴ Прудон П. Ж. *Что такое собственность? или Исследование о принципе права и власти / Подгот. текста и коммент. В. В. Сапова*. Москва: Республика, 1998. 367 с.

⁵ Исаупов К., Савкин И. *Русская философия собственности (XVIII–XX вв)*. Санкт-Петербург, Изд. Сп. «Ганна». 1993. 512 с.

⁶ Соловйов О. М. До питання про генезис права власності. *Проблеми законності*. 2012. Вип. 120. С. 34.

до поглядів видатного німецького теоретика-суспільствознавця К. Маркса «власність» – це система суспільних відносин, що виникають між людьми у процесі виробництва, під яким розуміється привласнення індивідом предметів природи всередині й за допомогою певної суспільної форми¹. Слід зазначити, що саме на такому розумінні права власності переважно велася розробка проблем права власності у радянській доктрині цивільного права².

З позиції сучасної неінституціональної економічної теорії, право власності прийнято розглядати у вигляді суспільних взаємовідносин між людьми з приводу рідкісних ресурсів, які за своїм внутрішнім змістом становлять «пучки правомочностей», що мають окремі агенти³. Іншими словами, правами власності визнаються будь-які правомочності особи на рідкісні ресурси, які є в її розпорядженні та якими вона може обмінятися. Це можуть бути права на майнові або немайнові блага. Отже, власність з позиції сучасної неінституціональної економічної теорії тлумачиться наскільки широко, що вона охоплює собою будь-які права на матеріальні та нематеріальні блага⁴.

Основна ідея цивільно-правових теорій права власності⁵ полягає у тому, що ще з римських часів право власності прийнято розглядати виключно у вигляді найбільш повного речового права на річ (власність), яке надає власнику всю повноту юридичної влади над нею, аж до можливості її повного фізичного знищення⁶. Об'єктом такого права можуть виступати лише фізичні (тілесні) речі. Причому, власнику належать всі можливі юридичні повноваження щодо його речі (зазвичай, це володіння, користування, розпорядження), якими не вичерпується весь юридичний зміст цього речового права. У такому

¹ Маркс К., Энгельс Ф. Сочинения. Т. 12. 2-е изд. Москва: Политиздат, 1958. С. 713–714.

² Венедиктов А. В. Государственная социалистическая собственность. Москва. Ленинград: АН СССР, 1948. 834 с.; Генкин Д. М. Право собственности в СССР: монография. Москва: Госюриздат., 1961. 223 с.

³ Капелюшников Р. И. Право собственности (очерк современной теории). *Отечественные записки*. 2004. № 4. С. 65–87.

⁴ Гриценко О. А. Економічна теорія прав власності. *Вісник Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»*. Серія: Економічна теорія та право: зб. наук. пр. Харків: Право, 2012. № 4. С. 93–103; Історія економічних учень: підручник / за ред. Л. Я. Корнійчук, Н. О. Татаренко. Київ: КНЕУ, 1999. С. 466–468; та ін.

⁵ Точніше «основних правових підходів його розуміння» (Див.: Маттеї У., Суханов Е. А. Основные положения права собственности. Москва: Юристъ, 1998. 383 с.; Сдловский К. И. Собственность в гражданском праве: учеб.-практ. пособ. 2-е изд. Москва: Дело, 2000. 512 с.; Солидиро Маруотти Л. «Абсолютная собственность» и «относительная собственность» в европейской правовой истории. Древнее право. *Ivsantiqvvm*. Москва: Спарк, 2004. № 2. С. 7–12 та ін.

⁶ Дождев Д. В. Римское частное право: учебник для вузов / под ред. В. С. Нерсесянца. Москва: Норма; ИНФРА-М, 1996. С. 340–342.

разі прийнято вважати, що право власності не зводиться до сукупності всіх властивих йому юридичних повноважень і не може бути визначене через них, оскільки відсутність у власника перелічених повноважень не припиняє цього речового права. Подібний висновок є однією із найбільш складних проблем цієї теорії, унаслідок відсутності вирішення якої до цього часу не уявляється можливим дати логічно ладне визначення права власності, яке б не могло бути спростованим¹. Однак, такий правовий підхід до розуміння права власності закріпився у романо-германській (континентальній) системі права, до якої належить Україна. В його основі міститься теоретичне припущення, що «на одну і ту ж саму річ не може бути двох однакових прав власності», а отже на одну річ (об'єкт) може існувати лише одне право власності.

Проте існує протилежний правовий підхід щодо розуміння права власності, за яким право власності на одну й ту саму річ може бути подільним, тобто воно може розщеплюватися на окремі права власності або правові титули власності (наприклад, право оренди на річ, право на одержання доходу від речі, а також інші самостійні майнові права на річ). Отже, об'єктом такого права власності можуть виступати різні майнові права на річ. Звичайно у цьому випадку ніхто не веде мову про тотожність таких прав власності повному речовому праву власності, яке є характерним для вище викладеної теорії права власності, проте постійно ведуться спроби його визначити. Так, англійським юристом А. М. Оноре було запропоновано перелік із одинадцяти повноважень власника, які складають повне право власності². Серед них такі повноваження як: 1) право володіння; 2) право використання; 3) право управління; 4) право на дохід; 5) право на капітальну цінність речі, або право суверена; 6) право на безпеку; 7) право на заповіт і успадкування; 8) право на безперечне володіння благом; 9) заборона шкідливого використання; 10) відповідальність у вигляді стягнення; 11) залишковий характер. Такий правовий підхід до розуміння права власності закріпився в англосаксонській системі права.

¹ Тут доречно згадати висловлювання Яволена (юриста I–II ст.): «В цивильном праве всякое определение чревато опасностью, ибо мало случаев, когда оно не может быть опрокинуто» (Omnis definitio in iure civil periculosa est: parum est enim ut non subverti posset – D.50.17.202) (Див.: Перетерский И. С. Дигесты Юстиниана: Очерки по истории составления и общая характеристика. Москва: Госюриздат, 1956. С. 68).

² Honore A. M. Ownership. In: *Oxford essays in jurisprudence*. Ed. by A. W. Quest. Oxford, 1961. P. 112–128.

М. П. Апанасюк

§ 5. Проблематика визначення видів права власності. Довірча власність

Проблематика визначення видів права власності не є новою для науки цивільного права України. Певні спроби провести диференціацію права власності на види здійснювалися й раніше, особливо жваво це питання обговорювалося у радянській цивілістичній науці. Правда, тоді основна увага цивілістів була зосереджена на з'ясуванні його форм, теоретичною базою обґрунтування яких визнавалася марксистсько-ленінська політекономія. У сучасних умовах потреба у законодавчому закріпленні форм права власності, на думку більшості правників, стала неактуальною, тому згадка про них була вилучена з національного цивільного законодавства. І якщо в сучасній юридичній літературі ще лунають голоси за збереження поділу права власності за формами, то на сьогодні їх стає все менше. В основному вони зустрічаються серед прихильників старої радянської школи цивільного права або господарсько-правової концепції розвитку цивільного права України.

Легальним приводом для подібних теоретичних пропозицій нині виступають норми Конституції України (ст.ст. 13 і 41) та відповідно норми ЦК України (ст.ст. 324–327) в яких закріплюється право власності українського народу, право приватної власності, право державної власності та право комунальної власності. При цьому у названих нормативних актах не міститься чіткої відповіді на те, що становлять згадані права за своєю типовою, видовою або іншою системною приналежністю. Тому у відповідній юридичній літературі зав'язалася наукова дискусія щодо з'ясування даного теоретичного питання. Власне, внаслідок цього воно і становить одну з актуальних проблем цивільного права України¹.

Коротко суть цієї дискусії полягає в наступному. Відповідно до однієї із точок зору згадані права, як і раніше, становлять різновиди форм права власності². Як відомо, виділення форм права власності досить послідовно проводилося в цивільному законодавстві УРСР, а згодом і в оновленому цивільному законодавстві України. Основним законом, який на той час регулював відносини права власності, був Закон України «Про власність», в якому було запроваджено поділ права власності на три форми: приватну, колективну

¹ Спасибо-Фатєєва І. В. Форми права власності. *Вісник Академії правових наук України*. 2009. № 3. С. 145–154.

² Поліщук Л. Форми права власності за законодавством України. *Віче*. 2011. № 14. С. 13–15; Самойленко В. М. Цивільне та сімейне право України: навч. посіб.: Частина перша Вид. друге, перероб. та доп. Харків: ЮрСвіт, 2007. С. 198.

і державну (ч. 4 ст. 2). Ця система поглядів ґрунтувалася на марксистко-ленінському підході розуміння виробництва й відповідних йому типів суспільного присвоєння, яке за своїми формами має різний економічний зміст. Тому, на думку його послідовників, доцільним є виділення різних форм права власності¹.

Згідно з іншою точкою зору виділення форм права власності слід вважати недостатньо обґрунтованим, оскільки форми власності є економічною, а не правовою категорією². За своїм юридичним змістом форми права власності нічим не відрізняються одна від одної, всі вони зводяться до однакових правових можливостей різних суб'єктів права власності (ст. 318 ЦК України) з приводу володіння, користування і розпорядження майном³. При зміні власників різних форм, форма права власності не зберігається. У такому разі (за філософсько-матеріалістичним законом діалектичної єдності форми та змісту) впливає, якщо юридичний зміст однаковий, то не може бути різних юридичних форм власності. До того ж розробниками ЦК України акцентувалася увага на тому, що у ч. 5 ст. 2 Закону «Про власність» проголошувалася рівність усіх форм власності між собою, а тому немає потреби «в будь-якій особливій, окремій регламентації кожної з цих форм власності»⁴. Така точка зору знайшла більшу підтримку, тому згадка про форми права власності була вилучена з ЦК України.

Разом із тим відмова від попередніх поглядів відбувається, як відомо, не одразу, оскільки ще й дотепер терміни на зразок: «форми права власності», «підприємства різних форм власності», «підприємства колективної власності» та інші все ще можна зустріти у прийнятих нормативних актах України. Все це переконливо свідчить про те, як важко іноді буває відмовлятися від колись засвоєного минулого досвіду, особливо, якщо в законодавстві України містяться «не зовсім зрозумілі» нормативні положення, які нагадують колишні відголоски форм права власності. При чому наявна непослідовність та вільна інтерпретація цих термінів представниками інших юридичних наук часто призводить до їх колишнього розуміння та застосування на практиці, що, у свою чергу, викликає неузгодженості цивільного законодавства з іншими

¹ Вильнянский С. И. Лекции по советскому гражданскому праву. Ч. 1 / отв. ред. Рогожин А. И. Харьков: Изд-во Харьк. ун-та, 1958. С. 198–199.

² Дозорцев В. А. Принципиальные черты права собственности в гражданском кодексе / ГК России. Проблемы. Теория. Практика: сб. памяти С. А. Хохлова / отв. ред. А. Л. Маковский. Москва: Родос, 1998. С. 114.

³ Кикоть В. А. Современные тенденции и противоречия о праве собственности в развитых капиталистических странах. Актуальные проблемы современного буржуазного гражданского права: сб. науч.-аналит. обзоров. Москва, 1983. С. 69.

⁴ Пушкін О. А., Скакун О. Ф. Концепція нового цивільного кодексу України. *Українське право*. 1997. № 3. С. 63–65.

видами законодавства України, зокрема господарським, земельним, трудовим, фінансовим, кримінальним та іншим, й наводить на думку про часткове збереження пережитків старих радянських порядків. Все це свідчить про те, що потреба привнести ясність в це питання не назріла, а вже давно перезріла.

Інший напрямок пошуку шляхів вирішення даної проблеми пов'язаний зі спробами підвести під наявну нормативну базу нову теоретичну основу, яка б відповідала реаліям сьогодення часу й задовольняла потребам сучасного майнового обороту. Науковцями за таку теоретичну основу було обрано базову модель, яка закладена в структуру побудови нинішнього ЦК України як кодексу приватного права¹. Як відомо, в основі такої моделі має чітко простежуватися критерій поділу всього права на публічне та приватне². Тому можливим виглядає здійснення систематизації інституту права власності за видовою приналежністю його норм до публічних або приватних відносин власності, що об'єктивно існують у суспільстві та є їх правовим джерелом³.

Як і раніше, в основі такого поділу права власності на види закладена модель розуміння єдиного права власності, яке одночасно не може належати двом і більше особам, що є характерною для континентальної системи права з римських часів. За критерій такого поділу береться обсяг юридичного змісту права власності або повнота юридичної влади власника, що на класифікаційному рівні визначають очевидне системне співвідношення між вказаними юридичними поняттями. У такому разі видається можливим провести виділення права публічної власності та права приватної власності⁴. Отже, коли відповідно до цивільного законодавства (ст. 324 ЦК України) на певну тілесну

¹ Харитонов Є. О. Новий Цивільний кодекс України як кодекс «пасіонарного» типу. *Вісник Хмельницького інст. регіонального управління та права*. 2002. № 2. С. 16–20.

² Довгерт А. С. Система приватного права України між минулим та майбутнім. *Університетські наукові записки*. 2005. № 4. С. 64–67.

³ Див. подібні точки зору: Харьковская цивилистическая школа: право собственности: монографія / под ред. И. В. Спасибо-Фатеевой. Харьков: Право, 2012. С. 57–112. Публічна власність: проблеми теорії і практики: монографія / під заг. ред. В. А. Устименка / НАН України, Ін-т економіко-правових досліджень. Чернігів: Десна Поліграф, 2014. С. 7–76.

⁴ Апанасюк М. П. Право публічної та приватної власності. *Актуальні проблеми приватного права: матеріали наук.-практ. конф., присвяч. 94-й річниці з дня народж. В. П. Маслова, Харків, 19 лют. 2016 р.* / Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого. Харків: Право, 2016. С. 82–84. Згідно з протилежною точкою зору, виділення видів права власності недоцільне через однаковий юридичний зміст права власності (Див.: Маттеї У., Суханов Е. Основные положения права собственности. Москва: Юристъ, 1999. С. 305–306). З такою точкою зору не можна не погодитися. Проте це не привід відкидати можливість іншого поділу права власності за обсягом його юридичного змісту або повноти юридичної влади власника. Цей підхід дещо нагадує відомий поділ права власності на *dominium directum* та *dominium utile* відповідно до середньовічної теорії розщепленої власності, але він повністю не співпадає з нею, оскільки не передбачає розщеплення права власності.

річ визнається верховна абсолютна влада всього українського народу, то таке право власності слід вважати публічним. Якщо ж відповідно до цивільного законодавства (ст. 325 ЦК України) на певну тілесну річ визнається абсолютна влада приватної особи у межах, визначених законом, то таке право власності слід вважати приватним. Між собою ці два поняття перебувають у відомому системному співвідношенні як загальне – публічне і часткове – приватне. При такому підході система права власності набуває впорядкованого вигляду, змістовно в ній все стає на свої місця.

Так, у спільних інтересах всього українського суспільства, відповідно до законодавства частиною публічної власності можуть наділятися органи державної влади (ст.ст. 167–173 ЦК України), такі як держава Україна, якій належить право державної власності (ст. 326 ЦК України), або територіальні громади, яким належить право комунальної власності (ст. 327 ЦК України)¹. В інших випадках на нерухомі або рухомі об'єкти права власності визнається право приватної власності (ст. 325 ЦК України). Саме тому на підтвердження права приватної власності на нерухоме майно видається формально завірений акт органу, який на офіційному рівні від імені всього українського суспільства визнає це речове право за певною особою.

На перший погляд, за своїм юридичним змістом право публічної власності нічим не відрізняється від юридичного змісту права приватної власності (ст. 325 ЦК України). Тому і в ст. 317 ЦК України юридичний зміст права власності визначений однаково для всіх суб'єктів. Однак при більш детальному розгляді за своїм обсягом право публічної власності значно ширше за своїми юридичними можливостями, незважаючи на проголошену рівність усіх суб'єктів права власності перед законом (ч. 2 ст. 318 ЦК України). Наприклад, на відміну від права приватної власності, право публічної власності може бути набуватися на підставі реквізиції (ст. 353 ЦК України) або конфіскації (ст. 354 ЦК України). На цій же підставі практично будь-яке майно (річ) може бути вилучене у приватного власника за рішенням компетентного державного органу, якщо воно потрібне для використання в суспільних інтересах державі або територіальній громаді. Про те саме свідчить можливість вилучення за рішенням суду майна боржника за наявні борги, й наявність у нього права приватної власності не гарантує його абсолютної непорушності (ст. 321 ЦК України). Також на це вказує перехід відумерлої спадщини у власність територіальної громади (ст. 1277 ЦК України). І це ще далеко не всі відомі приклади, що переконливо свідчать про суспільно-залежний характер права власності. Отже, першооснову права власності

¹ Право публічної власності АРК у ЦК України окремо не виділяється, притому, що АРК визнається як суб'єкт права власності (ст. 318 ЦК України, яка відсилає до ст. 2 ЦК України).

становить право публічної власності, а право приватної власності є похідним від нього. У розглянутому контексті рівності між ними не існує.

Наступна проблема щодо поділу права власності на види стосується такого поняття, як довірча власність. Термін «довірча власність» не національного походження. У цивільне законодавство України він був привнесений Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України», яким ст. 316 ЦК України було доповнено ч. 2 такого змісту: «особливим видом права власності є право довірчої власності, яке виникає внаслідок закону або договору управління майном». Отже, довірча власність була проголошена «особливим видом права власності».

Неочікувана поява вказаної правової норми в ЦК України викликала цілком прогнозовану неоднозначну реакцію цивілістів¹. Більшість із них критично поставилися щодо введення права довірчої власності до національного цивільного законодавства, а тим більше проголошення його «особливим видом права власності». Основні аргументи, які при цьому наводилися, були наступними.

По-перше, для введення довірчої власності немає підстав, оскільки це традиційний інститут англійського права, виникненню якого сприяли специфічні умови середньовічної феодалної Англії XII–XIII ст., що пов'язані з існуванням різних обмежень і заборон із приводу відчуження землі та її спадкування, яких ніколи не існувало в Україні.

По-друге, «сутність відносин довірчої власності (трасту) за англо-американським правом полягає в тому, що одна особа – засновник довірчої власності, який є власником майна (*settlor*), передає своє майно іншій особі – довірчому власнику (*trustee*) для управління в інтересах вказаної ним особи – бенефіціара (*beneficiary*)». «Сутність конструкції права власності в українському законодавстві ґрунтується на таких положеннях. Відповідно ч. ч. 1 та 2 ст. 319 ЦК України власник володіє, користується, розпоряджається своїм майном на власний розсуд. Власник має право вчиняти щодо свого майна будь-які дії, які не суперечать закону. Однією з форм реалізації правомочності розпорядження майном або способом здійснення власником належних йому правомочностей є передача майна в управління. При цьому не повинно відбуватися встановлення нового права власності. Отже, інститут управління майном, закріплений ЦК України, не має нічого спільного з інститутом «довірчої власності» (трасту), що введений у вітчизняне цивільне зако-

¹ Стефанчук Р. О. Цивільний кодекс України: робота над помилками (до п'ятої річниці набрання чинності Цивільним кодексом України). *Приватне право і підприємництво*: зб. наук. праць. 2009. Вип. 8 / редкол.: Крупчан О. Д. та ін. Київ: НДІ приват. права і підприємств. Академії прав. наук України, 2009. С. 18.

нодавство під впливом абсолютно чужих йому англо-американських підходів»¹.

Таким чином, право довірчої власності не може бути визнане видом права власності. Викладення у такій редакції цієї норми повністю компрометує традиційне розуміння права власності, що є характерним для континентальної системи права, в якій речове право власності прийнято розглядати як таке, що не може бути подільним між декількома особами².

А. С. Савченко

§ 6. Набуття права власності на новостворене майно та об'єкти незавершеного будівництва

Визначаючи сутність набуття права власності на новостворене майно, можна вказати на те, що воно становить певний юридичний склад, з яким закон пов'язує виникнення у особи суб'єктивного права власності на певні об'єкти. І хоча цивільне законодавство та нормативно-правові акти, лєвова частка яких регламентує відносини у сфері реєстрації прав на нерухоме майно, й оперують поняттям «новостворене майно», проте не надають його визначення, що свідчить про необхідність виокремлення та дослідження цієї категорії, а отже є досить актуальною для наукового вивчення та практичної апробації. Як наслідок, об'єкти, які раніше не мали власника або право власності на які не було предметом дослідження реєструючих органів, користуються підвищеним інтересом, оскільки від правильності встановлення прав на них буде залежати цивільно-правовий оборот самого об'єкта та обсяг прав усіх подальших його власників.

Новоствореною може бути як рухома, так і нерухома річ. Право власності на новостворену рухома річ виникає в особи, яка її виготовила (створила), у той момент, коли в результаті виготовлення чи створення з'являється об'єкт, який може кваліфікуватись як нова річ у розумінні ст. 179 ЦК України, а саме річчю є предмет матеріального світу, щодо якого можуть виникати цивільні права та обов'язки.

За правилом ч. 1 ст. 331 ЦК України *особа, яка виготовила (створила) річ зі своїх матеріалів на підставі договору, є власником цієї речі*. Вказана норма є диспозитивною, тому дозволяє набути право власності на річ, яка виготовлена за договором, й іншій особі. Річ створюється особистою працею

¹ Котляр Д. Довірча власність чи договір управління майном – український вибір. URL: <http://parlament.org.ua/2004/06/21/dovircha-vlasnist-chi-dogovir-upravli/>

² Див.: Майданик Р. А. Проблеми довірчих відносин в цивільному праві. Київський національний ун-т ім. Тараса Шевченка. Київ: ВПЦ «Київський ун-т», 2002. 502 с.; Слипенченко С. А. Право доверительной собственности. Харьков: Консум, 2000. 173 с.

особи, а також тоді, коли в процесі її створення беруть участь особи, які діють на підставі трудового договору (в т. ч. контракту), наприклад, коли нова річ створюється юридичною особою. Таким чином ЦК України визначає особу не тільки як суб'єкта, у якого виникає право власності, але як особу, яка виготовила нову річ.

Відповідно для рухомих речей право власності виникає з моменту закінчення відповідної діяльності (виготовлення, збирання, переробки тощо).

Згідно з ч. 2 ст. 331 ЦК України право власності на новостворене нерухоме майно (житлові будинки, будівлі, споруди тощо) виникає з моменту завершення будівництва (створення майна). Таким чином первинною ознакою новоствореного майна є те, що його створення проводиться у процесі будівництва. Саме тому новостворені об'єкти нерухомості можуть виникати тільки шляхом активних дій людини. Тому для кваліфікації об'єкта як новоствореного достатньо встановити, що він був зведений без використання будь-яких конструктивних елементів об'єктів нерухомості, які існували раніше.

С. О. Зубков вважає, що новоствореним об'єктом нерухомості може бути визнаний тільки той об'єкт, який створюється без використання іншого нерухомого майна (його структурних елементів). У зв'язку з чим не може бути визнаний новоствореним об'єкт нерухомого майна, що був створений шляхом зміни зовнішніх та внутрішніх параметрів нерухомості. У такому випадку слід вносити зміни до технічної документації відповідного об'єкта нерухомості. Автор приходиться до висновку, що новостворена нерухома річ – це будівля, споруда, квартира, кімната, нежитлове приміщення (нежитлова секція), які створені в процесі будівництва та внесені до Державного реєстру речових прав на нерухоме майно¹.

Отже, *новостворене нерухоме майно* – це об'єкт нерухомості, який зведений без використання конструктивних елементів іншого нерухомого майна (вже існуючої будівлі чи споруди).

Новозбудовані об'єкти підлягають прийняттю в експлуатацію в порядку, встановленому законом. Механізм прийняття в експлуатацію закінчених будівництвом об'єктів визначено Порядком прийняття в експлуатацію закінчених будівництвом об'єктів від 13.04.2011 р. № 461².

Введення в експлуатацію побудованого об'єкта є важливим етапом, що нерозривно пов'язує завершення будівництва й експлуатацію об'єкта. Процедура введення об'єкта в експлуатацію становить комплекс заходів, спрямо-

¹ Зубков С. О. Цивільно-правове регулювання набуття права власності на новостворене нерухоме майно: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / НДІ приват. права і підприємств. Нац. акад. прав. наук України. Київ, 2011. С. 7.

² Питання прийняття в експлуатацію закінчених будівництвом об'єктів: Постанова КМ України від 13.04.2011 р. № 461. *Офіційний вісник України*. 2011. № 32. Ст. 1359.

ваних на прийняття до експлуатації закінчених будівництвом об'єктів на підставі сертифіката відповідності, який видається Державною архітектурно-будівельною інспекцією за місцем знаходження об'єкта. Зазначений документ підтверджує відповідність закінченого будівництвом об'єкта проектній документації, державним будівельним нормам, стандартам та правилам¹.

Замовник без належного прийняття в експлуатацію не зможе набути право власності на забудову, адже відповідно до п. 12 зазначеного Порядку, експлуатація об'єктів, не прийнятих (якщо таке прийняття передбачене законодавством) в експлуатацію, забороняється. Таке твердження ґрунтується й на положеннях ч. 2 ст. 331 ЦК України, відповідно до якого, якщо законом передбачено прийняття нерухомого майна до експлуатації, право власності виникає з моменту його прийняття до експлуатації.

Згідно зі ст. 182 ЦК України право власності та інші речові права на нерухомі речі, обмеження цих прав, їх виникнення, перехід і припинення підлягають державній реєстрації. Відповідно до п. 3 ч. 2 ст. 331 ЦК України, якщо право власності на нерухоме майно відповідно до закону підлягає державній реєстрації, право власності виникає з моменту державної реєстрації. Таким чином право власності на новостворене нерухоме майно (житлові будинки, будівлі, споруди тощо) виникає з моменту державної реєстрації.

Відповідно до ст. 2 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» державна реєстрація речових прав на нерухоме майно та їх обмежень – офіційне визнання і підтвердження державою фактів набуття, зміни або припинення речових прав на нерухоме майно, обтяжень таких прав шляхом внесення відповідних відомостей до Державного реєстру речових прав на нерухоме майно.

Отже, моментом виникнення права власності на новостворене нерухоме майно є державна реєстрація, яка є фактом визнання цього права з боку держави.

Одним із різновидів новоствореного нерухомого майна, створення якого не доведено до кінця, є «об'єкт незавершеного будівництва», який на сьогодні виступає спірним об'єктом цивільних правовідносин та досі не має єдиного законодавчого визначення, що, в свою чергу, не дозволяє виробити єдині принципи, за якими має відбуватися оборот зазначених об'єктів будівництва.

Так, відповідно до ст. 331 ЦК України, до завершення будівництва (створення майна) особа вважається власником матеріалів, обладнання тощо, які були використані в процесі цього будівництва (створення майна). З наведеного є очевидним, що вирішення питання про те, яке саме майно охоплює так часто вживане у літературі та законодавстві поняття «об'єкт незавер-

¹ Савченко А. С. Незавершене та самочинне будівництво як об'єкти цивільних правовідносин: монографія. Харків: Право, 2014. С. 64.

шеного будівництва» має не тільки теоретичне, а й важливе практичне значення, оскільки від цього залежить, за якими правилами має відбуватися юридичне оформлення виникнення та припинення прав на об'єкти незавершеного будівництва, зокрема за правилами, встановленими для рухомого чи нерухомого майна.

На підтримку зазначеної позиції слід зауважити, що особа не може одночасно мати у власності будівельні матеріали, що були використані при створенні новобудови, і саму новобудову, при створенні якої і були використані такі будівельні матеріали. Адже у розумінні ст. 185 ЦК України таких будівельних матеріалів не існує у первісному вигляді через фактичне використання за їх головним споживним призначенням на будівництво нового нерухомого майна. З огляду на це, є очевидним, що в даному випадку у власності особи можуть перебувати або будівельні матеріали, або об'єкт будівництва, на створення якого вони були використані. Тим більше за ст. 188 ЦК України, якщо кілька речей утворюють одне ціле, що дозволяє використовувати його за призначенням, вони вважаються одним цілим.

Отже, будь-який об'єкт будівництва, на якому ведуться, зупинені чи призупинені будівельні роботи, а також який вже збудований та має 100% ступінь будівельної готовності, але не введений в експлуатацію, є об'єктом незавершеного будівництва, оскільки об'єкт будівництва це постійно змінна величина, певний «перехідний» етап існування між будівельними матеріалами та завершеним об'єктом нерухомості, який перебуває в процесі будівельної діяльності, і допоки він є предметом цієї діяльності, він вважається об'єктом незавершеного будівництва.

Відповідно такого роду новостворене нерухоме майно характеризується такими основними ознаками, як:

- 1) фізичне його створення розпочато, але не закінчено, тобто не виконані всі передбачені проектно-дозвільною документацією роботи;
- 2) введення його в експлуатацію в передбаченому законом порядку не здійснено;
- 3) право власності на нього як на закінчене будівництвом і таке, що підлягає введенню в експлуатацію, не зареєстроване в установленому законом порядку.

Введення об'єкта будівництва в експлуатацію в цьому контексті з однієї сторони виступає юридичним закріпленням результатів будівельної діяльності, а з іншої – моментом припинення об'єкта незавершеного будівництва та появи нового об'єкта нерухомого майна.

Таким чином, способи набуття права власності на об'єкти незавершеного будівництва можуть бути як первісними – у випадку, якщо об'єкт будівництва раніше не існував і виник вперше, так і похідними, – якщо об'єкт незавер-

шеного будівництва є предметом договору, відповідно до умов якого на цей об'єкт набувається право власності.

Разом із тим розвиток та функціонування системи державної реєстрації прав на нерухоме майно та правочинів з ним сприяли тому, що про об'єкт будівництва як про об'єкт права власності наразі можна говорити лише в контексті реєстрації цього права в установленому законом порядку, свідченням чого є положення Постанови КМ України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» від 25 грудня 2015 року № 1127¹.

У разі необхідності особа може укласти договір щодо об'єкта незавершеного будівництва, право власності на який реєструється органом, що здійснює державну реєстрацію прав на нерухоме майно на підставі необхідних для цього документів. Як наслідок, особи, які володіють об'єктом недобудованого нерухомого майна, мають право набути право власності не на будівельні матеріали, а на сам об'єкт незавершеного будівництва, який є об'єктом новоствореної нерухомості та підлягає державній реєстрації в установленому законом порядку.

А. С. Савченко

§ 7. Момент виникнення права власності у набувача майна за договором

Основним способом набуття особами права власності на майно (речі) є укладання ними різного роду правочинів, серед яких основне місце займають договори. Цивільно-правові договори регулюють майнові відносини суб'єктів цивільного права у різних сферах їх діяльності та є похідним способом набуття права власності, юридично оформляючи і закріплюючи суспільні, передусім економічні, зв'язки суб'єктів, надаючи цим зв'язкам рис стабільності та визначеності. У зв'язку з цим визначення конкретного моменту виникнення права власності у набувача майна за договором має важливе теоретичне і практичне значення, оскільки з цього моменту набувач може повною мірою здійснювати правомочності власника щодо володіння, користування та розпорядження придбаним майном.

Відповідно до ч. 1 ст. 334 ЦК України право власності у набувача майна за договором виникає з моменту передання майна, якщо інше не встановлено договором або законом. Переданням майна вважається вручення його набувачеві або перевізникові, організації зв'язку тощо для відправлення, пересилання набувачеві майна, відчуженого без зобов'язання доставки. До

¹ Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень: Постанова КМ України від 25.12.2015 р. № 1127. *Офіційний вісник України*. 2016. № 2. Ст. 108.

передання майна прирівнюється вручення коносаменту або іншого товарно-розпорядчого документа на майно.

Розглядаючи питання про передачу речі набувачеві за договором, слід зазначити, що сама передача є вчиненням сторонами дій щодо здійснення права набувачем і виконання обов'язку відчужувачем, які складають зміст зобов'язання, що виникло з договору про відчуження майна. Тобто, передачу речі слід розглядати як одну із дій щодо виконання договору (зобов'язання). Під виконанням зобов'язання загально прийнято вважати здійснення кредитором і боржником дій або утримання від вчинення дій, що складають предмет зобов'язання¹.

Отже, за загальним правилом, набувач стає власником речі за договором з моменту передачі йому цієї речі відчужувачем. Як вважає К. І. Скловський, передача речі набуває особливого значення не лише в розумінні встановлення моменту виникнення власності, але й у розумінні самого способу її переходу, адже пов'язування моменту переходу права стосовно процедури передачі речі дозволяє вважати, що не щось інше, як сама ця передача, і є перехід власності². Передача речі є необхідним (конститутивним) елементом, умовою укладення окремих цивільно-правових договорів. За цим критерієм договори прийнято поділяти на консенсуальні та реальні.

За загальним правилом, закріпленим у п. 1 ст. 640 ЦК України, договір вважається укладеним з моменту одержання особою, яка направила пропозицію укласти договір, відповіді про прийняття цієї пропозиції. Саме в такий момент і досягають сторони згоди (погодженого волевиявлення) щодо умов договору. Такий договір вважається консенсуальним.

Для укладання реального договору однієї згоди сторін, оформленої у належній формі, ще недостатньо. Як зазначено в п. 2 ст. 640 ЦК України, якщо відповідно до акта цивільного законодавства для укладання договору необхідні також передача майна або вчинення іншої дії, договір є укладеним з моменту передання відповідного майна або вчинення певної дії. Таким чином, факт укладення договору слугує не тільки підставою, а й способом виникнення права власності, адже з цього моменту договір вважається укладеним, а право власності – набутим.

Разом із тим відповідно до положень ст. 334 ЦК України, право власності на майно за договором, який підлягає нотаріальному посвідченню, виникає у набувача з моменту такого посвідчення або з моменту набрання законної сили рішенням суду про визнання договору, не посвідченого нотаріально, дійсним.

¹ Николайчук Л. М. Цивільно-правові договори як підстави виникнення права приватної власності громадян: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Івано-Франківськ, 2004. С. 81–82.

² Скловский К. И. Собственность в гражданском праве: учеб.-практ. пособие. 2-е изд. Москва: Дело, 2000. С. 205.

Якщо договір про відчуження майна підлягає державній реєстрації, право власності виникає з дня такої реєстрації відповідно до закону.

Отже, підставою набуття права власності слід вважати такий юридичний факт, з яким пов'язується виникнення зобов'язальних правовідносин (договір), а під способом набуття права власності – юридичний факт та/або фактичну дію (сукупність дій), який тягне за собою виникнення права власності (державна реєстрація тощо). З огляду на це положення, законом передбачено декілька способів передання набувачеві обумовленого договором майна (речей), з якими пов'язано момент виникнення права власності у набувача майна за договором. Зокрема такі:

- а) вручення речі безпосередньо набувачеві;
- б) здача (здавання) транспортній організації (перевізникові) для доставки одержувачеві майна (вантажу), відчуженого без зобов'язання доставки;
- в) здача на пошту (організації зв'язку) для пересилання речей, відчужених без зобов'язання доставки;
- г) до передання майна прирівнюється вручення коносаменту або іншого товарно-розпорядчого документа на майно.

Безпосереднє вручення майна («з рук в руки») за договорами про оплатну чи безоплатну реалізацію майна відбувається, наприклад, у договорах роздрібної купівлі-продажу товарів, договорах дарування тощо. Таке вручення речей є одночасно і виконанням відповідного обов'язку відчужувача за договором. Врученням є також передання товару за договором купівлі-продажу чи поставки, коли продавець (постачальник) передає товар покупцеві на своєму складі (вибірка товару) або доставляє товар своїм транспортом на склад одержувача. Зазвичай здача-приймання товарів як у першому, так і другому випадках оформляється відповідними письмовими документами. Передання (вручення) об'єктів нерухомості за договорами про її відчуження оформляється складанням і підписанням сторонами передавального акта (наприклад, при купівлі-продажу будівель, споруд, при здачі готового об'єкта за договором будівельного підряду тощо) або шляхом передачі ключів при продажу квартири, або іншими способами.

Здача майна (вантажу) перевізникові для доставки набувачеві. У разі, коли відчужувач майна за договором про відчуження майна не прийняв на себе обов'язок доставити майно набувачеві, йому доводиться вступати у договірні відносини з транспортною організацією (перевізником) щодо перевезення (доставки) вантажу одержувачеві. У цьому випадку для доставки конкретного майна (вантажу) набувачеві відчужувач майна укладає договір перевезення з транспортною організацією (ст. 909 ЦК України), укладання якого підтверджується складанням транспортної накладної (коносаменту або іншого документа, встановленого транспортними кодексами або статутами).

Дата приймання вантажу до перевезення, яка зазначена у накладній або

іншому транспортному документі та засвідчена календарним штемпелем перевізника, є одночасно і моментом виконання відчужувачем свого договірного обов'язку передати майно набувачеві, і моментом переходу до набувача права власності на це майно. Такий висновок підтверджується, крім ч. 2 ст. 334 ЦК України, і положенням п. 2 ч. 1 ст. 664 ЦК України, відповідно до якого, якщо з договору купівлі-продажу не випливає обов'язок продавця доставити товар або передати товар у його місцезнаходження, обов'язок продавця передати товар покупцеві вважається виконаним у момент здачі товару перевізникові або організації зв'язку для доставки покупцеві.

Передача майна організації зв'язку для пересилання набувачеві. У договорі про відчуження майна може бути передбачено, що майно, відчужене без зобов'язання доставки, передається організації зв'язку для пересилання його набувачеві. З цією метою відчужувач звертається до організації зв'язку та укладає з нею договір про надання послуг поштового зв'язку (п. 3 Правил надання послуг поштового зв'язку, затверджених постановою КМ України від 5 березня 2009 р. № 270¹).

Про прийняття для пересилання зареєстрованого поштового відправлення (поштового переказу) відправникові з додержанням вимог Закону України «Про застосування реєстраторів розрахункових операцій у сфері торгівлі, громадського харчування та послуг»² видається розрахунковий документ, що підтверджує надання такої послуги (касовий чек, розрахункова квитанція тощо).

Отже, на документі, який виданий відправникові організацією зв'язку як посвідчення прийняття поштового відправлення для пересилки, зазначається дата передання на пошту майна, засвідчена відбитком календарного штемпеля. У цей момент вважається, що відправник виконав свій обов'язок за договором про відчуження майна. З цим моментом закон пов'язує і виникнення у набувача права власності на відчужене майно (ст. 334 ЦК України).

Передача коносаменту або іншого товарно-розпорядчого документа на майно. Коносамент як товарно-розпорядчий документ застосовується при морських перевезеннях вантажів. Значення коносаменту як товарно-розпорядчого документа, полягає в тому, що вручення його відправником або перевізником одержувачеві або іншій особі, яка в ньому зазначена, означає перехід права власності або іншого речового права (права повного господарського відання, оперативного управління тощо) до набувача майна (вантажу).

¹ Про затвердження Правил надання послуг поштового зв'язку: Постанова КМ України від 05.03.2009 р. № 270. *Офіційний вісник України*. 2009. № 23. С. 357.

² Про застосування реєстраторів розрахункових операцій у сфері торгівлі, громадського харчування та послуг: Закон України від 06.07.1995 р. № 265/95-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1995. № 28. Ст. 205.

Момент вручення коносаменту одержувачеві (фізичній особі) вважається моментом виникнення права приватної власності у набувача майна за договором про оплатну реалізацію майна (купівля-продаж, поставка, міна (бартер) тощо)¹.

Роль товарно-розпорядчого документа буде відігравати і складське свідоцтво (просте або подвійне), яке видає товарний склад на підтвердження прийняття товару на зберігання (ст. 956 ЦК України). За договором складського зберігання товарний склад зобов'язується за плату зберігати товар, переданий йому покладавцем, і повернути цей товар у схоронності. Договір складського зберігання укладається у письмовій формі. Письмова форма цього договору вважається дотриманою, якщо прийняття товару на товарний склад посвідчене складським документом (ч.ч. 1 і 3 ст. 957 ЦК України).

А. С. Савченко

§ 8. Набувальна давність як спосіб набуття права власності

У володінні учасників суспільних відносин перебуває значна частина майна, приналежність якого протягом тривалого часу залишається невідомою або спірною. Зокрема, часто зустрічаються випадки володіння майном без правового титулу, тобто так зване фактичне володіння, відтак створюється правова невизначеність у відносинах вказаного володільця з іншими особами стосовно такого майна. У зв'язку з цим інститут набувальної давності набув особливої популярності серед способів набуття права власності на майно.

Відповідно до ч. 1 ст. 344 ЦК України особа, яка добросовісно заволоділа чужим майном і продовжує відкрито, безперервно володіти нерухомим майном протягом десяти років або рухомим майном – протягом п'яти років, набуває право власності на це майно (набувальна давність), якщо інше не встановлено цим Кодексом. Таким чином, набувальна давність є юридичним фактом та належить до первісних способів набуття права власності.

Можливість пред'явлення до суду позову про визнання права власності за набувальною давністю впливає з положень ст.ст. 15, 16 та ч. 4 ст. 344 ЦК України, за якими захист цивільних прав здійснюється судом шляхом визнання права. У зв'язку з цим особа, яка заявляє про давність володіння і вважає, що у неї є всі законні підстави бути визнаною власником майна за набувальною давністю, має право звернутися до суду з позовом про визнання за нею права власності.

Виникнення права власності на підставі набувальної давності має під-

¹ Коструба А. Функціональне значення коносаменту. *Підприємництво, господарство і право*. 2003. № 2. С. 46–49.

тверджуватися в процесуальному порядку, передбаченому для встановлення фактів, що мають юридичне значення (глава 37 ЦПК України)¹. Тому переважна більшість судів під час розгляду зазначеної категорії справ правомірно посилається на п. 9 Постанови ВССУ «Про судову практику в справах про захист права власності та інших речових прав» від 07.02.2014 р. № 5², в якому зазначено, що при вирішенні спорів, пов'язаних із набуттям права власності за набувальною давністю, суди повинні враховувати, зокрема, таке:

- володіння є добросовісним, якщо особа при заволодінні чужим майном не знала і не могла знати про відсутність у неї підстав для набуття права власності;
- володіння визнається відкритим, якщо особа не приховувала факт знаходження майна в її володінні. Вжиття звичайних заходів щодо забезпечення охорони майна не свідчить про приховування цього майна;
- володіння визнається безперервним, якщо воно не переривалось протягом всього строку набувальної давності.

При цьому потрібно відзначити, що добросовісність у контексті набувальної давності слід відмежовувати від загальних правил добросовісності, яка відповідно до загальних положень ст. 3, ч. 5 ст. 12 ЦК України розглядається як принцип цивільного права і як презумпція поведінки особи. Відтак добросовісне заволодіння становить собою заволодіння, що припускає усвідомлення свого волевиявлення суб'єктом на момент набуття певного майна у володіння. Тобто вольова ознака повинна мати місце на початок заволодіння, оскільки від того, яким чином здійснюється заволодіння, і залежить подальша можливість виникнення права власності. У такому випадку відповідно з визначенням О. А. Підпригори для володіння характерні такі два елементи: об'єктивний (фактично мати річ у своєму володінні) та суб'єктивний (вважати таку річ своєю, тобто такою, що належить особі за правом)³.

Щодо відкритості володіння, то йдеться про фактичне володіння майном без приховування цього факту. У цьому контексті варто відзначити, що повноваження з володіння – це юридично закріплена можливість фактичного панування власника над річчю (майном). Саме по собі володіння – це ставлення особи до речі, але одночасно воно має характер суспільних відносин, відносин між людьми, оскільки всі особи, які оточують власника,

¹ Цивільний процесуальний кодекс України (ред. з 18.03.2004 до 15.12.2017) від 18.03.2004 р. № 1618-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 40-41. Ст. 492.

² Про судову практику в справах про захист права власності та інших речових прав: Постанова ВССУ від 07.02.2014 р. № 5. *Бізнес-Бухгалтерія-Право. Податки. Консультації*. 2014. № 35. С. 27.

³ Цивільне право України: підручник: У 2-х кн. Кн. 1 / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. Київ: Юрінком Інтер, 2002. С. 482–485.

ставляться до нього певним чином. Закон захищає можливість володіння від зазіхань з боку інших осіб, встановлює певні напрями і межі володіння, внаслідок чого ця міра можливої поведінки і є правом володіння, однією із правомочностей власника¹.

Як наслідок, відкритим є таке володіння, яке не приховується від оточуючих, щоб не викликати у них сумнівів у добросовісності заволодіння чужим майном. Разом з тим це не означає, що володілець має вживати якихось заходів для того, щоб його володіння стало очевидним для кожного: поширювати інформацію про наявність у нього речі, виставляти її напоказ невизначеному колу осіб тощо. Іншими словами, на фактичного володільця покладається не активний обов'язок – вчиняти певні дії, а пасивний – утриматись від дій, спрямованих на приховування свого володіння. Якщо, наприклад, у житлі фактичного володільця зберігається річ, яку ніхто не бачить через те, що він проживає один, і його ніхто не відвідує, це не означає, що таке володіння не є відкритим. Воно вважається відкритим, оскільки давніший володілець не приховує його.

Відкритість володіння означає публічність володіння, тобто доступність до майна сторонніх осіб, можливість доступу до нього, одержання відомостей про нього тощо. Відкритість є протилежністю до прихованості, коли наявне приховування факту перебування майна у володінні особи, яке здійснюється негласно. В останньому випадку майно використовується так, щоб приховати його від інших осіб. При цьому давніший володілець не зобов'язаний здійснювати активні дії, що демонструють оточуючим його володіння, в той же час не повинен активно приховувати майно від інших. Тому є цілком правомірним вважати, якщо особа володіє майном добросовісно, а отже й відкрито.

Володіння, яке виникло добросовісно і продовжувалося відкрито, може перетворитися у право власності лише тоді, коли воно було тривалим. У загальному вигляді строки давнісного володіння складають згідно з ч. 1 ст. 344 ЦК України 10 років для нерухомого майна та 5 років – для рухомого. Однак ч. 3 зазначеної статті визначено інший строк щодо нерухомого майна, яке надійшло до володільця на підставі договору з його власником, у випадку неперед'явлення останнім вимоги про повернення майна, – а саме 15 років.

Отже, умовою, що вказує на тривалість володіння, є його безперервність протягом визначеного законом строку, тобто давнісний строк має плинути в межах встановлених законом строків без перешкод, без прогалин у часі. Безперервність давності свідчить про постійне перебування майна у володінні особи, тобто знаходження майна у сфері її фактичного панування. До того ж безперервність означає, вочевидь, що володілець, який прагне стати власни-

¹ Иоффе О. С. Избранные труды: Правоотношение по советскому гражданскому праву: в 4 т. Т. 1. Санкт-Петербург: Юрид. центр Пресс, 2003. С. 315.

ком, не має сам залишати майно, тобто вчиняти дії, які явно свідчать про усунення від володіння.

Аналіз норм про набувальну давність надає привід визнати, що безперервність володіння не спростовується заміною володільця його правонаступником і не означає обов'язкового постійного фізичного впливу володільця на майно. Панування над річчю має бути лише потенціальним, володільцю немає необхідності здійснювати його кожної хвилини, зокрема в разі від'їзду з дому володільця зберігає зв'язок з майном, що залишилося вдома.

Водночас строк набувальної давності може бути перерваний, наприклад, у випадку втрати майна володільцем не за своєю волею. Теж саме може відбутись внаслідок відмови володільця від володіння, навіть якщо через деякий час це володіння поновилося. Вказані обставини мають фактичний характер. Абзацом 2 ч. 3 ст. 344 ЦК України виокремлено майно, яке втрачене володільцем не з його волі та повернене йому протягом одного року або якщо у відношенні цього майна пред'явлений позов про його витребування у зазначений строк. Щодо зазначеної категорії майна набувальна давність не переривається, тобто законодавцем припускається в такому разі наявність безперервності. Перерва, спричинена наявністю решти обставин фактичного характеру, полягає в тому, що при збереженні умов давнісного володіння давнісний строк перебігає спочатку, а час, що сплинув до моменту перерви, не враховується в загальний строк такого володіння¹.

Відповідно до ч. 1 ст. 344 ЦК України право власності на нерухоме майно, що підлягає державній реєстрації, виникає за набувальною давністю з моменту державної реєстрації. При цьому ч. 4 даної статті стверджує, що право власності за набувальною давністю на нерухоме майно, транспортні засоби, цінні папери набувається за рішенням суду. Тобто для узаконення права власності на зазначені об'єкти цивільно-правових відносин, що виникло внаслідок набувальної давності, слід звернутись до суду із заявою з питань встановлення фактичного складу набувальної давності або з позовною заявою про визнання права власності, набутого за давністю володіння, у випадку наявності спору. Таким чином, рішення суду про визнання права власності на нерухоме майно за давнісним володільцем теж повинні визнаватись органом державної реєстрації нерухомого майна правовстановлюючим документом.

Відповідно до ст. 119 ЗК України² громадяни, які добросовісно, відкрито і безперервно користуються земельною ділянкою протягом 15 років, але не мають документів, які б свідчили про наявність у них прав на цю земельну

¹ Маковій В. П. Набувальна давність у цивільному праві: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Харків. нац. ун-т внутр. справ. Харків, 2007. С. 44.

² Земельний кодекс України від 25.10.2001 р. № 2768-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2002. № 3. Ст. 27.

ділянку, можуть звернутися до органу державної влади, Ради міністрів АРК або органу місцевого самоврядування з клопотанням про передачу її у власність або надання у користування. Розмір цієї земельної ділянки встановлюється у межах норм, визначених цим Кодексом.

При цьому аналіз норм цивільного та земельного законодавства дозволяє стверджувати, що земельні ділянки майже повністю вилучені законодавцем зі сфери дії набувальної давності. Тому навіть дотримання всіх умов набувальної давності не призводить до виникнення права власності на земельну ділянку, а лише породжує можливість звернутися до уповноважених органів з клопотанням про передачу її у власність чи користування. У такому випадку матиме місце будь-що, але тільки не набувальна давність, юридичним наслідком якої саме і виступає виникнення права власності, а не можливість його набуття¹.

О. Є. Аврамова

§ 9. Право на житло та право власності на житло

Право на житло може розглядається у широкому і вузькому розумінні. У широкому розумінні право на житло охоплює наступні правомочності: володіння, користування та розпоряджання житлом; можливість побудувати житло, придбати його у власність або користування; отримання соціального житла; можливості щодо охорони житла; невтручання у сферу приватного життя, що здійснюється у житлі; можливості захисту від позбавлення житла, крім випадків, передбачених законом. У вузькому розумінні зміст права на житло включає в себе отримання, володіння, користування та розпоряджання житлом (суб'єктивне право на житло). Для цивільного права застосовується вузьке розуміння права на житло як суб'єктивного права, оскільки право на житло не може розглядатися поза цивільними правовідносинами. Тому у ЦК України встановлена низка правових норм щодо регулювання суб'єктивного права на житло, зокрема глава 28 ЦК «Право власності на житло», глава 32 ЦК України, що закріплює право сервітуту на житло, включені до книги третьої «Права власності та інші речові права». Найм (оренда) житла передбачається у главі 59, що входить до книги п'ятої ЦК України «Зобов'язальне право».

Об'єктом права на житло у цивілістичному розумінні є житло – це призначене та придатне місце для проживання людини. Згідно з положеннями ЦК України житло є загальним поняттям, яке включає в себе житловий будинок, квартиру, садибу, котедж, дачу, розраховані на тривалий строк служби та призначені для проживання.

Придатність – це ознака житла, яка складається з системи технічних,

¹ Харьковская цивилистическая школа: право собственности: монография / под ред. И. В. Спасибо-Фатеевой. Харьков: Право, 2012. С. 251.

архітектурних, містобудівних, санітарних вимог, стандартів цивільного захисту, які надають будівлі можливість виконувати функцію житла та характеризують його якість і забезпечують безпечні, комфортні умови для постійного проживання людини у житлі. Вона формується поступово, починаючи з затвердження проекту будівництва (реконструкції) житла та підтверджується прийняттям в експлуатацію житлового об'єкта, що надає можливість зареєструвати право власності та використовувати житло за призначенням. Придатність житла охоплює систему вимог, які обов'язково пред'являються до житла: технічні, санітарні, архітектурні, містобудівні та ін. Сучасна категорія «придатності житла» має включати і екологічні вимоги проживання у житлі. Так, при будівництві житла обов'язково розв'язується низка екологічних завдань, які базуються на врахуванні природно-кліматичних відомостей (напрямок пануючих вітрів, характер рельєфу), а також дбайливому відношенні до природних ресурсів.

В юридичній науці вже певний час існує дискусія, чи визнавати обов'язковою ознакою житла призначення для проживання, оскільки у ст.ст. 380, 812 ЦК України вказується лише на одну ознаку для визначення приміщення житловим: бути придатним для постійного проживання. З цього питання існують кілька наукових позицій: одна доказує, що призначення житла є зайвою ознакою; друга – обґрунтовує доцільність введення призначення; третя – доводить, що призначення обумовлює придатність. Крім наукового тлумачення «призначення житла» як правової категорії, існує її визначення у міжнародному та національному законодавстві. При цьому його трактування на національному рівні може не збігатися з міжнародним тлумаченням. Так, Європейський Суд з прав людини зазначив, що житло – це місце, де людина мешкає постійно, і тому можливі випадки, коли всі місця проживання і є житлом. Житло, де людина проводить відпустку, свята, робітничі гуртожитки та інші місця короткострокового проживання, можуть становити виняток¹. З цього визначення випливає одна з головних характеристик житла – його функціональне призначення – забезпечення постійного місця проживання людини. У ст. 3 Закону України «Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні»² встановлено розмежування понять «проживання» та «перебування». Так, місце перебування – адміністративно-територіальна одиниця, на території якої особа проживає строком

¹ Европейская Конвенция о защите прав человека и основных свобод. Статья 8 Право на уважение частной и семейной жизни, жилища и корреспонденции: прецеденты и комментарий. / Урсула Килкэли, Е. А. Чефранова; Рос. акад. правосудия, [Совет Европы]. Москва: Рос. акад. правосудия, 2001. С. 30.

² Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні: Закон України від 11.12.2003 р. № 1382-IV. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1382-15>.

менше шести місяців на рік; місце проживання – адміністративно-територіальна одиниця, на території якої особа проживає строком понад шість місяців на рік. З цього випливає, що житло – це місце де людина постійно проживає, тобто проживає понад шести місяців на рік. Приміщення, в яких людина перебуває тимчасово: військова частина, притулки, готелі, тощо, не можуть визнаватися житлом. При цьому можна стверджувати, що використовувати житло під офіси, як і здійснювати переведення житла до нежитлового фонду з цією метою, є недопустимим, оскільки це може порушувати права та інтереси інших мешканців. Отже, призначення житла – це категорія, яка охоплює мету використання житлового приміщення для цілорічного проживання (проживання інвалідів, будинок сімейного типу, житлові комплекси, службове житло тощо) та залежно від неї формує систему вимог придатності житла¹.

Видами житла є житловий будинок, його частина; квартира; кімната у квартирі/гуртожитку.

Житловим будинком є будівля капітального типу, споруджена з дотриманням вимог, встановлених законом, іншими нормативно-правовими актами, і призначена для постійного у ній проживання. Квартирою є ізольоване помешкання в житловому будинку, призначене та придатне для постійного проживання у ньому. Садибою є земельна ділянка разом із розташованими на ній житловим будинком, господарсько-побутовими будівлями, наземними і підземними комунікаціями, багаторічними насадженнями. У разі відчуження житлового будинку вважається, що відчужується вся садиба, якщо інше не встановлено договором або законом.

Суб'єкти права на житло – це учасники цивільних відносин у сфері отримання, будівництва, володіння, користування та розпорядження житлом. Вони поділяються на такі групи: 1) суб'єкти власності на житло (фізичні, юридичні особи, територіальна громада, держава); 2) суб'єкти користування житлом (наймачі, члені сім'ї наймача, орендарі житла тощо); 3) організації, які управляють житлом (ОСББ, управляючі компанії тощо); 4) суб'єкти надання житлово-комунальних послуг (виробники, виконавці житлово-комунальних послуг); 5) суб'єкти девелопменту (ЖБК, будівельні компанії, ріелторські фірми тощо). Наведені суб'єкти мають певні особливості у правовому статусі, що передбачає можливість здійснення суб'єктивних прав щодо проживання особи у житлі (надання житла, забезпечення житлових прав, утримання житла тощо).

Зміст права на житло – це система прав та обов'язків суб'єктів щодо житла. Суб'єктивні житлові права здійснюються у певних діях, що є

¹ Аврамова О. Є. Придатність та призначення житла. *Часопис цивілістики*. 2014. Вип. 17. С. 156–157.

результатом реалізації певних житлових прав особи. До житлових прав варто віднести такі: право на житло; право на місце проживання; право на одержання жилої площі у державному житловому фонді або іншого соціального житла; право на користування житлом, що є системою права на місце проживання та права на споживання житлово-комунальних послуг; право на проживання у житлі; право на взяття на облік для поліпшення житлових умов; право на збереження жилого приміщення у разі тимчасової відсутності понад шести місяців; право на управління житлом; право на безпечні, комфортні умови проживання у житлі; право на захист житлових прав; право на соціальну підтримку проживання у житлі (право на субсидію). До житлових обов'язків варто віднести оплату житлово-комунальних послуг, оподаткування житла; непорушення прав сусідів; використання житла відповідно до технічно-санітарних правил, стандартів тощо.

Відповідно до ст. 47 Конституції України кожен має право на житло. Держава створює умови, за яких кожний громадянин матиме змогу побудувати житло, придбати його у власність або взяти в оренду. Громадянам, які потребують соціального захисту, житло надається державою та органами місцевого самоврядування безоплатно або за доступну для них плату відповідно до закону.

Особливою підставою виникнення права власності на житло є приватизація житла. Приватизація державного житлового фонду – це відчуження квартир (будинків), житлових приміщень у гуртожитках, призначених для проживання сімей та одиноких осіб, кімнат у квартирах та одноквартирних будинках, де мешкають два і більше наймачів, та належних до них господарських споруд і приміщень (підвалів, сараїв тощо) державного житлового фонду на користь громадян України (ст. 1 Закону України «Про приватизацію державного житлового фонду»¹).

Припинення права власності на житло є широким поняттям, яке може включати у себе примусові підстави припинення права власності; знищення житла у результаті дій (правомірних або неправомірних), подій (стихійного лиха); втрати житлом якісних ознак, завдяки яким задовольняються житлові потреби людини; відмови від права власності на житло; відчуження житла. Житло може бути предметом примусового викупу за такими підставами: примусове відчуження житла, яке є пам'яткою історії і культури (ст. 352 ЦК України); примусовий викуп житла у зв'язку з викупом земельної ділянки, на якій воно розташовано (ст. 351 ЦК України); примусове відчуження житла, що складає незначну частку спільної власності (ст. 365 ЦК України).

¹ Про приватизацію державного житлового фонду: Закон України від 19.06.1992 р. № 2482-XII. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2482-12>

А. С. Савченко

§ 10. Правові наслідки самочинного будівництва

Відповідно до ст. 375 ЦК України власник земельної ділянки має право зводити на ній будівлі та споруди, створювати закриті водойми, здійснювати перебудову, а також дозволяти будівництво на своїй ділянці іншим особам. Власник земельної ділянки набуває право власності на зведені ним будівлі, споруди та інше нерухоме майно. Право власника на забудову здійснюється ним за умови додержання архітектурних, будівельних, санітарних, екологічних та інших норм і правил, а також за умови використання земельної ділянки за її цільовим призначенням.

Отже, результатом будівельної діяльності є об'єкт будівництва, який покликаний задовольняти потреби суб'єкта, який його зводить. Відповідно результатом діяльності людини по створенню речі є й об'єкт самочинного будівництва, під яким відповідно до ч. 1 ст. 376 ЦК України розуміється житловий будинок, будівля, споруда, інше нерухоме майно, якщо вони збудовані або будуються на земельній ділянці, що не була відведена для цієї мети, або без відповідного документа, який дає право виконувати будівельні роботи, чи належно затвердженого проекту, або з істотними порушеннями будівельних норм і правил.

У ч. 4 ст. 375 ЦК України визначено, що правові наслідки самочинної забудови, здійсненої власником на його земельній ділянці, встановлюються ст. 376 ЦК України. За загальним правилом, особа, яка здійснила або здійснює самочинне будівництво нерухомого майна, не набуває права власності на нього. Разом із тим право власності на самочинно збудоване нерухоме майно може бути за рішенням суду визнане за особою, яка здійснила самочинне будівництво на земельній ділянці, що не була їй відведена для цієї мети, за умови надання земельної ділянки у встановленому порядку особі під уже збудоване нерухоме майно.

З наведеного є очевидним, що визнання права власності на об'єкт самочинного будівництва, який розташований на земельній ділянці, що не була відведена під забудову, суперечитиме нормам законодавства. Так, ч. 3 ст. 1 ЗК України передбачено, що використання власності на землю не може завдавати шкоди правам, свободам громадян, інтересам суспільства, погіршувати екологічну ситуацію і природні якості землі. Згідно з ч. 2 ст. 78 ЗК України право власності на землю набувається та реалізується на підставі Конституції України, ЗК України, а також інших нормативно-правових актів, що видаються відповідно до них. За п. «а» ч. 1 ст. 91 ЗК України власники земельних ділянок зобов'язані забезпечувати використання їх за цільовим призначенням. Аналогічна норма міститься в ч. 4 ст. 373 ЦК України, в якій

зазначено, що власник земельної ділянки має право використовувати її на свій розсуд відповідно до цільового призначення. Пунктом «а» ч. 1 ст. 96 ЗК України передбачено, що землекористувачі зобов'язані забезпечувати використання землі за цільовим призначенням та за свій рахунок приводити її у попередній стан у разі незаконної зміни її рельєфу, за винятком випадків незаконної зміни рельєфу невласником такої земельної ділянки. Таким чином, дотримання цільового призначення земельної ділянки та дозволеного її використання, є необхідною підставою для визнання права власності на самочинно зведений на ній об'єкт нерухомого майна.

Таким чином законодавець встановлює пріоритет прав на земельну ділянку перед правами на будівництво. Акцентуючи увагу на тому, що у випадку відсутності у особи прав на земельну ділянку легалізація самочинно зведеного об'єкта навіть при відсутності інших порушень є неможливою.

До того ж визнання права власності на самочинне будівництво безпосередньо залежить від наявності у особи, яка його здійснила, обсягу прав на земельну ділянку, на якій здійснено таке будівництво. Ця обставина підлягає безпосередньому дослідженню під час судового розгляду зазначеної категорії справ.

Переважає більшість об'єктів самочинного будівництва зводиться в містах, селищах міського типу, в яких домінує квартирний та офісний спосіб життя. Тому особливого поширення там набули такі види самочинного будівництва, як перепланування, прибудова, вбудова та надбудова, які відповідно до ч. 1 ст. 376 ЦК України створюються без належного дозволу чи належно затвердженого проекту, або з істотним порушенням будівельних норм і правил, отже, виступають підставою для визнання збудованого об'єкта самочинним.

У зв'язку з відсутністю правовстановлюючих документів на об'єкти самочинного будівництва, що надають можливість ввести зазначені об'єкти в цивільний оборот та повноцінно ними розпоряджатися, самочинні забудовники звертаються до суду з вимогою визнати право власності на самочинно збудовані об'єкти нерухомого майна. Тому в порядку ч. 5 ст. 376 ЦК України суд на вимогу власника (користувача) земельної ділянки може визнати за ним право власності на нерухоме майно, яке самочинно збудоване на ній, якщо це не порушує права інших осіб.

Відповідно для визнання права власності на зазначені реконструйовані самочинні об'єкти, необхідно обов'язково враховувати положення ч. 7 ст. 376 ЦК України, в якій зазначено, що у разі істотного відхилення від проекту, що суперечить суспільним інтересам або порушує права інших осіб, істотного порушення будівельних норм і правил суд за позовом відповідного органу державної влади або органу місцевого самоврядування може постановити рішення, яким зобов'язати особу, яка здійснила самочинне будівництво,

провести відповідну перебудову. Якщо проведення такої перебудови є неможливим або особа, яка здійснила (здійснює) будівництво, відмовляється від її проведення, таке нерухоме майно за рішенням суду підлягає знесенню за рахунок особи, яка здійснила (здійснює) будівництво. Особа, яка здійснила (здійснює) самочинне будівництво, зобов'язана відшкодувати витрати, пов'язані з приведенням земельної ділянки до попереднього стану.

У зазначеному аспекті правова позиція ВС України полягає в тому, що, вирішуючи справи щодо самочинного будівництва, суди мають перевіряти наявність затвердженої в установленому законом порядку проектної документації, яка є підставою для видачі дозволу на будівництво, яким є документ, виданий замовнику (забудовнику) органами місцевого самоврядування, що посвідчує право власника, володільця, орендаря або користувача об'єкта нерухомості здійснити забудову земельної ділянки, будівництво, реконструкцію будівлі, споруди тощо¹.

Крім того, при визнанні права власності на самочинне будівництво необхідно встановити, чи здійснено будівельні роботи відповідно до дозволу на виконання будівельних робіт. Адже виконання не зазначених у дозволі будівельних робіт відповідно до Закону України «Про регулювання містобудівельної діяльності»² та ст. 376 ЦК України вважається самочинним, відповідно призводить до настання наслідків, передбачених законодавством.

Слід погодитися з позицією законодавця, що з позовом про знесення самочинно зведеного об'єкта будівництва на підставі ч. 7 ст. 376 ЦК України можуть звертатися лише органи державної влади або місцевого самоврядування в особі їх представників. Тому треті особи, які заявляють самостійні вимоги на предмет спору, права яких, на їх думку, порушені в результаті самочинного будівництва, не мають права вимагати його знесення, якщо це не порушує права третіх осіб.

Натомість, звертаючись з позовом про знесення будівель, органи державної влади чи місцевого самоврядування мають довести, виходячи з положень ч. 7 ст. 376 ЦК України, необхідність знесення нерухомого майна за рішенням суду за рахунок особи, яка здійснила (здійснює) будівництво. Цьому обов'язково має передувати: 1) встановлення факту істотного відхилення від проекту, що суперечить суспільним інтересам або порушує права інших осіб, істотного порушення будівельних норм і правил; 2) рішення суду про зобов'язання особи, що здійснила самочинне будівництво, провести перебудову цих

¹ Про практику застосування судами статті 376 Цивільного кодексу України (про правовий режим самочинного будівництва): Постанова Пленуму ВССУ від 30.03.2012 р. № 6. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0006740-12>

² Про регулювання містобудівельної діяльності: Закон України від 17.02.2011 р. № 3038-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2011. № 34. Ст. 343.

будівель та споруд або встановлення факту неможливості проведення такої перебудови чи відмови особи, що здійснила самочинне будівництво, провести перебудову.

Порушення прав та законних інтересів інших осіб є підставою для відмови в задоволенні позову про визнання права власності на самочинне будівництво. Але позивач має довести, що знесення спірного самочинного об'єкта є єдиним можливим способом поновлення його прав.

Отже, при дотриманні відповідних законодавчих процедур, а також при відсутності суттєвого порушення прав та законних інтересів інших осіб, об'єкти самочинного будівництва можуть бути легалізовані в судовому порядку шляхом визнання на них права власності, за особами, які здійснили самочинне будівництво.

Таким чином, суб'єктивне право власності на нерухому річ, створену з порушенням вимог законодавства, виникає шляхом здійснення цілої низки окремих юридичних дій. При цьому судове рішення служить засобом легалізації права власності та виступає як об'єктивний та компетентний доказ існування права.

Законодавством не передбачено прийняття в експлуатацію самочинно збудованих об'єктів нерухомого майна, права власності на які визнані в судовому порядку. Натомість судові рішення про визнання права власності на самочинно збудоване майно є аналогічним «акту прийому нерухомого майна до експлуатації», відповідно, має силу правовстановлюючого документа, на підставі якого здійснюється державна реєстрація права власності на таке нерухоме майно. Таким чином, суд при прийнятті відповідного судового рішення має встановити необхідні підстави для виникнення права власності на об'єкт самочинного будівництва. Такий юридичний факт (винесення позитивного судового рішення) виступає як гарантія законності фактичного складу, який має місце на стороні позивача, а також необхідний елемент для закінчення юридичного складу.

Остаточне ж виникнення права власності здійснюється за допомогою складного юридичного складу, встановленого законом, який включає в себе факт створення нерухомої речі, який відповідає суттєвим ознакам об'єкта самочинного будівництва (юридичний вчинок), факт винесення судом позитивного рішення про задоволення вимог позивача (судовий акт) та подальша державна реєстрація права власності (адміністративний акт). Відповідно, визнання права власності на об'єкт самочинного будівництва – це спеціальна підстава виникнення права власності на об'єкт нерухомого майна, який створений з порушенням встановленого законодавством порядку.

Поряд зі спеціальним порядком набуття права власності на самочинно збудований об'єкт будівництва – за рішенням суду, існує й інший – загальний або адміністративний порядок визнання права власності на зазначені об'єкти.

Зазначений альтернативний порядок визнання права власності на самочинно зведену будову має відповідати певним умовам. По-перше, бути позасудовим, тобто право має визнавати орган, який не належить до судової влади; по-друге, такий порядок має бути прямо вказаний у законі; по-третє, при вирішенні питання про визнання права компетентний суб'єкт зобов'язаний перевірити відповідність об'єкта вимогам ст. 376 ЦК України, тобто збереження будови не має порушувати права та законні інтереси інших осіб. І вже у разі відмови відповідного органу державної влади чи місцевого самоврядування легалізувати самочинне будівництво власник має право звернутися до суду з позовом про визнання права власності на такий об'єкт нерухомості або для того, щоб суд зобов'язав зазначені органи виконати певні дії щодо його легалізації в порядку ч. 5 ст. 376 ЦК України.

Тобто, звернення до суду з позовом про визнання права власності на самочинне будівництво повинно мати місце не через бажання особи уникнути встановлені законодавством дозвільні процедури, а за наявності даних про те, що порушене питання було предметом розгляду компетентного державного органу, рішення якого чи його відсутність дають підстави вважати про існування спору про право. Адже згідно з ч. 1 ст. 15 ЦК України кожна особа має право на захист свого цивільного права лише в разі його порушення, невизнання або оспорування.

О. М. Шуміло

§ 11. Право власності на земельну ділянку

Законодавче визначення земельної ділянки. У сучасному праві земля виступає як об'єкт різних за своїм змістом і характером правовідносин. Так, земля як територія держави є об'єктом конституційного¹ та міжнародного права. Вона має економічну цінність і розглядається як самостійний об'єкт навколишнього природного середовища, індивідуалізується у вигляді земельної ділянки для присвоєння фізичними або юридичними особами, і тому виступає специфічним об'єктом земельного, цивільного, податкового, господарського, аграрного та інших галузей права.

Законодавче визначення земельної ділянки вперше було зроблено у ЗК України та продубльовано у Законі України «Про оцінку земель»² як частини земної поверхні з установленими межами, певним місцем розташування, з

¹ Шуміло О. М. Конституційне право громадян на земельну ділянку у новітньому періоді історії. *Форум права*. 2008. № 3. С. 551–555. URL: Режим доступу: <http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2008-3/08somnpi.pdf>

² Про оцінку земель: Закон України від 11.12.2003 р. № 1378-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 15. Ст. 229.

визначеними щодо неї правами. Наступним законодавчим актом, що запропонував дещо розширену дефініцію земельної ділянки, став ПК України¹, який визначив її у ст. 14 як частину земної поверхні з установленими межами, певним місцем розташування, цільовим (господарським) призначенням та з визначеними щодо неї правами. Таким чином для податкового права було розширено її поняття із урахуванням цільового (господарського) призначення, що є слушним для цієї дефініції.

Урядом України у Національному стандарті № 2 «Оцінка нерухомого майна»² дано найбільш повну дефініцію *земельної ділянки* – частина земної поверхні з установленими межами, певним місцем розташування, визначеними щодо неї правами. Під час проведення оцінки земельна ділянка розглядається як частина земної поверхні і (або) простір над та під нею висотою і глибиною, що необхідні для здійснення земельних поліпшень.

Відомчий нормативний акт Держкомзему України у Тимчасових методичних вказівках щодо присвоєння кадастрових номерів земельним ділянкам для ведення державного земельного кадастру³ визначає земельну ділянку як частину земної поверхні, яка має фіксовані геометричні та юридичні межі і є базовою одиницею кадастрового реєстру земель. Але зазначений орган державної влади не дотримується єдиного підходу до визначення земельної ділянки і через декілька місяців запроваджує визначення, яке відрізняється від попереднього, а саме: ділянка землі, на яку розповсюджуються гомогенні права власності (від грец. *μός* – рівний, однаковий) і яка являє собою єдину власність, має фіксовані межі та характеризується певним місцем розташування, природними властивостями, фізичними параметрами, правовим і господарським статусом та іншими характеристиками, які є її суттєвими складовими⁴. В останньому визначенні застосовуються гомогенні права власності – мається на увазі, що на таку ділянку у повному обсязі може поширюватися право володіння, оренди та застави. Наприклад, право сервітуту, на відміну від гомогенних прав власності, поширюється лише на певну частину ділянки⁵.

¹ Податковий кодекс України від 02.12.2010 р. № 2755-VI. *Офіційний вісник України*. 2010. № 92 (частина 1). Ст. 3248.

² Про затвердження Національного стандарту № 2 «Оцінка нерухомого майна»: Постанова КМ України від 28.10.2004 р. № 1442. *Офіційний вісник України*. 2004. № 44. Ст. 2885.

³ Тимчасові методичні вказівки щодо присвоєння кадастрових номерів земельним ділянкам для ведення державного земельного кадастру: схвалено Протоколом науково-технічної ради Держкомзему України від 26.01.1998 р. № 1. *Землепорядний вісник*. 1998. № 4.

⁴ Технічні вказівки щодо визначення меж земельних ділянок спільної та спільної часткової власності фізичних і юридичних осіб на забудованій території у населених пунктах: Вказівки Держкомзему України від 18.05.1998 р. *Землепорядний вісник*. 1998. № 4.

⁵ Cadastral parcel. European Commission INSPIRE Registry. URL: <http://inspire.ec.europa.eu/theme/cp:2>.

Цивілістична наука та практика базуються на визначенні, що надано у ст. 373 ЦК України, яка розглядає землю (земельну ділянку) як об'єкт права власності. Воно поширюється на поверхневий (грунтовий) шар у межах цієї ділянки, на водні об'єкти, ліси, багаторічні насадження, які на ній знаходяться, а також на простір, що є над і під поверхнею ділянки, висотою та глибиною, які необхідні для зведення житлових, виробничих та інших будівель і споруд. Власник земельної ділянки має право використовувати її на свій розсуд відповідно до її цільового призначення та може використовувати все, що знаходиться над і під поверхнею цієї ділянки, якщо інше не встановлено законом та якщо це не порушує прав інших осіб.

Іноземні вчені використовують схоже визначення, а саме – земельною ділянкою є будь-яка ділянка землі, включно із тією поверхнею, на якій розташовані будівлі або інші споруди, або під водою, що становить об'єкт будь-якої правомочності, володіння або сервітуту¹.

Таким чином можна констатувати, що єдине легальне цивільно-правове визначення земельної ділянки відсутнє, оскільки поняття земельної ділянки як об'єкта цивільного права, земельних правовідносин, землеустрою, державного кадастрового обліку суттєво відрізняються між собою, є неідентичними. Але цивільне, поряд із земельним законодавством (у субсидіарному порядку), регулює відносини власності на земельну ділянку і становить єдиний міжгалузевий інститут, що використовується різними галузями права.

Проаналізувавши вище наведені галузеві поняття, можна користуватися загальним та розширеним визначенням земельної ділянки залежно від потреби. Щодо загального, то воно є і найбільш точним, тому слід застосовувати норми земельного законодавства, якими визначено *земельну ділянку як частину земної поверхні з установленими межами, певним місцем розташування, з визначеними щодо неї правами.*

Земельна ділянка як об'єкт цивільних правовідносин. Додатковими ознаками для визначення земельної ділянки як спеціального об'єкта є її цільове (господарське) призначення; простір над та під нею висотою і глибиною, що необхідні для здійснення земельних поліпшень; фіксованість геометричних та юридичних меж, що є базовою одиницею кадастрового реєстру земель; гомогенні права власності, тобто становить єдину власність; фіксовані межі та природні властивості; фізичні параметри, правовий і господарський статус; поверхневий (грунтовий) шар; водні об'єкти, ліси, багаторічні насадження, які на ній знаходяться; простір, що є над і під поверхнею ділянки, висотою та глибиною, необхідний для зведення житлових, виробничих та інших будівель і споруд.

¹ McKenzie Judith-Anne, Mary Philips. Textbook on Land Law. Oxford: Oxford University Press, 2006. P. 588.

Як об'єкту цивільних правовідносин земельній ділянці властиві ті риси, такі юридичні властивості, які дозволяють охарактеризувати її як річ – предмет матеріального світу, щодо якого можуть виникати цивільні права та обов'язки (ст. 179 ЦК України):

а) *оборотоздатність*, тобто здатність відчужуватися або переходити від однієї особи до іншої в порядку універсального правонаступництва (успадкування, реорганізація юридичної особи). Земельні ділянки можуть відчужуватися або переходити від однієї особи до іншої різними способами в тій мірі, в якій їх оборот допускається земельним законодавством;

б) *віднесення її законом до нерухомих речей, нерухомого майна, нерухомості* (ч. 1 ст. 181 ЦК України). У зв'язку з цим підлягають обов'язковій державній реєстрації право власності на земельну ділянку, її обмеження, перехід і припинення;

в) *індивідуальна визначеність*. Індивідуально визначені речі відрізняються конкретними, тільки їм властивими характеристиками. Індивідуальна визначеність земельної ділянки слідує вже із її дефініції, в якій вказується на те, що її межі визначені відповідно до законодавства;

г) *можливість її віднесення як до подільних, так і до неподільних речей*. Подільною є земельна ділянка, яка може бути розділена на частини, кожна з яких після розділу утворює самостійну земельну ділянку, дозволене використання якої може здійснюватися без переведення її до складу земель іншого цільового призначення чи категорії, за винятком випадків, встановлених законодавством. Наприклад, зі змісту ч. 2 ст. 23 Закону України «Про фермерське господарство»¹ слідує, що земельна ділянка фермерського господарства є неподільною, тобто не підлягає розподілу при виході одного з його членів якщо в результаті її поділу утвориться хоча б одна земельна ділянка менше мінімального розміру, встановленого для даного регіону (макс. у Луганській обл. – 9 га, а мін. у чотирьох областях, у т. ч. в Закарпатській – 2 га). У цьому випадку подільність земельної ділянки, на відміну від іншого майна, визначається центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування державної аграрної політики, та Українською академією аграрних наук і затверджуються КМ України²;

г) *неспоживаність*. Це дає їй можливість служити об'єктом оренди³ та інших правочинів з тимчасового користування чужим майном;

¹ Про фермерське господарство: Закон України від 19.06.2003 р. № 973-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 45. Ст. 363.

² Про затвердження мінімальних розмірів земельних ділянок, які утворюються в результаті поділу земельної ділянки фермерського господарства, що успадковується: Постанова КМ України від 10.12.2003 р. № 1908. *Офіційний вісник України*. 2003. № 51 (частина 1). Ст. 2682.

³ Про затвердження Типового договору оренди землі: Постанова КМ України від 03.03.2004 р. № 220. *Офіційний вісник України*. 2004. № 9. Ст. 527; Про затвердження

д) наявність правового зв'язку з іншими природними об'єктами, як її складовими. Відповідно до ч. 3 ст. 373 ЦК України право власності поширюється також на об'єкти, які перебувають у межах кордонів земельної ділянки:

- замкнених природних водойм загальною площею до 3 га (ст. 59 ЗК України). Слід брати до уваги, що згідно зі ст. 6 ВК України¹ безпосередньо води (водні об'єкти) є виключно власністю українського народу і надаються тільки у користування, на відміну від земельних ділянок водного фонду;

- замкнених лісових ділянок загальною площею до 5 га у складі угідь селянських, фермерських та інших господарств (ст. 56 ЗК України). Ліси можуть перебувати у приватній власності тільки громадян України (ст. 10 ЛК України²);

- багаторічні насадження – усі штучні багаторічні насадження, незважаючи на їх вік: плодово-ягідні насадження всіх видів (дерева та кущі); зелені та декоративні насадження у дворах житлових будинків тощо³;

- не складові частини земельної ділянки: такі, як надра – наявні на земельній ділянці корисні копалини місцевого значення⁴, торф, які можна використовувати в установленому порядку для власних потреб (ст. 7 Закону України «Про особисте селянське господарство»⁵), що знаходяться під нею, а також атмосферне повітря⁶ над нею, та ті об'єкти, що знаходяться на ній як нерухоме майно.

Земельні ділянки з вище переліченими властивостями включаються до цивільного обороту і виступають як об'єкти різних майнових прав – речових і зобов'язальних.

форми Типового договору оренди земельної частки (паю): Наказ Держкомзему України від 17.01.2000 р. № 5. *Офіційний вісник України*. 2000. № 8. Ст. 331; Про оренду землі: Закон України від 06.10.1998 р. № 161-XIV. *Відомості Верховної Ради України*. 1998. № 46–47. Ст. 280.

¹ Водний кодекс України від 06.06.1995 р. № 213/95-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1995. № 24. Ст. 189.

² Лісовий кодекс України від 21.01.1994 р. № 3852-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1994. № 17. Ст. 99.

³ Положення про громадське майно (основні засоби) споживчої кооперації України: Постанова Укоопспілки від 22.03.2004 р. *Вісті Центральної спілки споживчих товариств України*. 2007. № 10.

⁴ Про затвердження переліків корисних копалин загальнодержавного та місцевого значення: Постанова Кабінету Міністрів України від 12.12.1994 р. № 827. *Зібрання постанов Уряду України*. 1995. № 2. Ст. 42.

⁵ Про особисте селянське господарство: Закон України від 15.05.2003 р. № 742-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 29. Ст. 232.

⁶ Про охорону атмосферного повітря: Закон України від 16.10.1992 р. № 2707-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 50. Ст. 678.

Суб'єкти права власності на земельну ділянку. Суб'єктами права власності на земельну ділянку є фізичні та юридичні особи, держава, територіальні громади, а іноземці, ОБГ можуть набувати право власності на неї відповідно до ст. 81 ЗК України (табл. 1). Слід мати на увазі, що громадяни України можуть бути суб'єктами права власності на земельну ділянку за наявності у них повної цивільної право- та дієздатності. Для члена фермерського господарства вона може наступати із 14-річного віку (ст. 3 Закону України «Про фермерське господарство»).

Таблиця 1 – Підстави набування земельної ділянки на праві власності

Громадяни України	Іноземці та ОБГ ¹
Придбання за договором купівлі-продажу, ренти, дарування, міни, іншими цивільно-правовими угодами	
Прийняття спадщини	Прийняття спадщини, але землі сільськогосподарського призначення протягом року підлягають відчуженню, при цьому дія п. 15 Розд. X ЗК України на зазначені правовідносини не поширюється ²
Безоплатна передача із земель державної і комунальної власності	Викуп земельних ділянок, на яких розташовані об'єкти нерухомого майна, що належать їм на праві власності
Приватизація земельних ділянок, що були раніше надані їм у користування	
Виділення в натурі (на місцевості) належної їм земельної частки (паю)	

Згідно зі ст. 121 ЗК України громадяни України мають право на безоплатну передачу їм земельних ділянок із земель державної або комунальної власності у визначених розмірах для ведення фермерського господарства; ведення ОСГ, яка може бути збільшена у разі отримання в натурі (на місцевості) земельної частки (паю); ведення садівництва; будівництва та обслуговування жилого будинку, господарських будівель і споруд

¹ 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.

² Про перехід права власності на земельну ділянку: Лист Держкомзему України від 10.09.2009 р. № 12991/17/12-09 / Ліга: Закон. URL: fin58962.LHT.

(присадибна ділянка); індивідуального дачного будівництва; будівництва індивідуальних гаражів.

Окрім безоплатного надання земельних ділянок громадянам, існують легальні можливості придбання земельних ділянок у власність громадянами і юридичними особами (*юридичні особи зараз не мають права безоплатно отримати земельну ділянку, окрім фермерського господарства, і це вже поодинокі випадки, але раніше така можливість також існувала щодо сільськогосподарських кооперативів*) регулюється земельним, а також іншими галузями права. Насамперед мається на увазі відчуження земельних ділянок із земель державної чи комунальної власності у приватну на умовах аукціону чи конкурсу із обов'язковим проведенням експертної грошової оцінки таких ділянок відповідно до Закону України «Про оцінку земель». Надалі дозволяється фізичним та юридичним особам здійснювати правочини із земельними ділянками, крім земель сільськогосподарського призначення.

Територіальні громади є також суб'єктом права власності на земельну ділянку відповідно до Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні»¹. Основний закон України у ст. 142 передбачає, що матеріальною і фінансовою основою місцевого самоврядування є земля, природні ресурси, які є у власності територіальних громад сіл, селищ, міст, районів у містах.

Право власника на забудову земельної ділянки. Власник земельної ділянки має право зводити на ній будівлі та споруди, створювати закриті водойми, здійснювати перебудову, а також дозволяти будівництво на своїй ділянці іншим особам (наприклад договори оренди, про встановлення суперфіцію, про спільну діяльність, або установчий договір про заснування юридичної особи, чи інвестиційні контракти). Власник земельної ділянки набуває право власності на зведені ним будівлі, споруди та інше нерухоме майно, окрім водойми, як безстічного або із сповільненим стоком поверхневого водного об'єкта. Право власника на забудову здійснюється ним за умови додержання архітектурних, будівельних, санітарних, екологічних та інших норм і правил, а також за умови використання земельної ділянки за її цільовим призначенням.

Цивільне законодавство передбачає право власника земельної ділянки на створення закритих водойм, на відміну від земельного та водного законодавства, яке оперує поняттям «замкнений водний об'єкт або водойма». Тому, аналізуючи законодавство, не зрозуміло, чи залишиться за власником його право власності на частину земельної ділянки під зведеною штучною водоймою, чи вона має бути надана йому на праві оренди. Щодо вод (водних об'єктів), то вони є виключно власністю Українського народу і надаються

¹ Про місцеве самоврядування в Україні: Закон України від 21.05.1997 р. № 280/97-ВР. *Відомості Верховної Ради України.* 1997. № 24. Ст. 170.

тільки у користування. Отже, діяльність зі створення штучних водойм для особистих потреб суб'єктів приватного права законодавством не регламентована. Це є прогалиною, усунути яку пропонується шляхом прийняття відповідної постанови Уряду України¹.

Зміст права на забудову земельної ділянки розкривається у ст. 27 Закону України «Про регулювання містобудівної діяльності»² із урахуванням вимог містобудівного, земельного та іншого законодавства. Однак не слід ототожнювати поняття «право на забудову» і власне «збудова» земельної ділянки. Збудова присадибних, дачних і садових земельних ділянок може здійснюватися як реалізація суб'єктивного права власника на підставі будівельного паспорта забудови земельної ділянки³. Цей паспорт визначає комплекс містобудівних та архітектурних вимог до розміщення і будівництва індивідуального (садибного) житлового, садового, дачного будинку не вище двох поверхів (без урахування мансардного) з площею до 300 кв. м, господарських будівель, споруд, гаражів, елементів інженерного захисту, благоустрою та озеленення на земельній ділянці (параметри забудови визначаються із урахуванням державних будівельних норм⁴).

Правові наслідки самочинної забудови власником на земельній ділянці. Право на земельну ділянку у разі набуття права власності на житловий будинок, будівлю або споруду, що розміщені на ній. Житловий будинок, будівля, споруда, інше нерухоме майно вважаються самочинним будівництвом, якщо вони збудовані або будуються на земельній ділянці, що не була відведена для цієї мети, або без відповідного документа, який дає право виконувати будівельні роботи, чи належно затвердженого проекту, або з істотними порушеннями будівельних норм і правил. Якщо особа не має законних прав на земельну ділянку, то самочинне будівництво поєднується із самовільним захопленням її, юридичні ознаки цього діяння закріплені у Законі України «Про державний контроль за використанням та охороною земель»⁵.

¹ Муравська М. Л. Порядок створення штучних водойм у межах приватних земельних ділянок. *Часопис Київського університету права*. 2013. № 3. С. 270–273. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Chkup_2013_3_66

² Про регулювання містобудівної діяльності: Закон України від 17.02.2011 р. № 3038-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2011. № 34. Ст. 343.

³ Про затвердження Порядку видачі будівельного паспорта забудови земельної ділянки: Наказ Міністерства регіонального розвитку, будівництва та житлово-комунального господарства України від 05.07.2011 р. № 103. *Офіційний вісник України*. 2011. 59 (12.08.2011). Ст. 2391.

⁴ Державні будівельні норми України. Будинки і споруди. Житлові будинки. Основні положення ДБН В.2.2-15-2005: Наказ Державного комітету України з будівництва та архітектури від 18.05.2005 р. № 80. Ліга: Закон. URL: fin19615.LHT.

⁵ Про державний контроль за використанням та охороною земель: Закон України від

Щоб здійснити будівництво будинку, будівлі чи споруди, громадянин або юридична особа мають набути у встановленому порядку право власності чи право користування земельною ділянкою. Тільки після реєстрації свого права в порядку, передбаченому Законом України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обмежень»¹, у Державному реєстрі речових прав, особа стає повноправним власником земельної ділянки та в подальшому зможе розпорядитись нею за власним розсудом. Щодо титулу на земельну ділянку, можна отримати інформаційну довідку з Державного реєстру речових прав на нерухоме майно, в т. ч. і особою самостійно через Кабінет електронних сервісів Мін'юсту України². Моментом, з якого право зареєстровано, вважається опублікування такого рішення на веб-порталі Мін'юсту України. На руки власник може отримати роздруківку згаданого рішення, але вона не завіряється ні підписом, ні печаткою державного реєстратора. Без виконання цих юридично значимих дій приступати до освоєння земельної ділянки заборонено. Тому в разі, якщо особа одержала рішення відповідного органу державної влади про надання земельної ділянки в оренду чи її приватизацію або продаж і приступила до спорудження житлового будинку чи іншої нерухомості згідно із затвердженим проектом, таке будівництво має кваліфікуватися як самочинне, оскільки у забудовника не виникало право на земельну ділянку для цієї мети.

Будівництво вважається самочинним за наявності хоча б однієї з таких підстав:

- відсутність документа щодо відведення саме цієї земельної ділянки під будівництво;
- відсутність документа на право виконувати будівельні роботи;
- відсутність затвердженого проекту;
- наявність істотних порушень будівельних норм і правил.

До особи, яка набула право власності на житловий будинок (крім багатоквартирного), будівлю або споруду, переходить право власності, право користування на земельну ділянку, на якій вони розміщені, без зміни її цільового призначення в обсязі та на умовах, встановлених для попереднього землевласника (землекористувача).

Розмір та кадастровий номер земельної ділянки, право на яку переходить у зв'язку з переходом права власності на житловий будинок, будівлю або

19.06.2003 р. № 963-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 39. Ст. 350.

¹ Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень: Закон України від 01.07.2004 р. № 1952-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 51. Ст. 553.

² Кабінет електронних сервісів Міністерства юстиції України. URL: https://kap.minjust.gov.ua/services?product_id=1&is_registry=1&keywords=&usertype=all

споруду, є істотними умовами договору, який передбачає набуття права власності на ці об'єкти (крім багатоквартирних будинків).

ЗК України у ст. 140 передбачено підстави припинення права приватної власності на земельні ділянки (табл. 2).

Таблиця 2 – Підстави припинення права приватної власності на земельну ділянку

Підстави припинення	
За бажанням і волевиявленням власника	Поза волею власника
Добровільна відмова власника від права на земельну ділянку	Смерть власника земельної ділянки за відсутності спадкоємця
Відчуження земельної ділянки за рішенням власника	Звернення стягнення на земельну ділянку на вимогу кредитора
	Відчуження земельної ділянки з мотивів суспільної необхідності та для суспільних потреб
	Конфіскація за рішенням суду
	Невідчуження земельної ділянки іноземними особами та особами без громадянства у встановлений строк у випадках, визначених законодавством

О. І. Антонюк

§ 12. Проблематика захисту права власності

Відповідно до засад охорони та захисту права власності, визначених у ст. 1 Протоколу 1 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод, ст. 13 цієї Конвенції, а також практики ЄСПЛ, держава під час запровадження обмежень чи підстав позбавлення права власності має дотримуватися таких умов допустимого втручання у право на майно: 1) виключна необхідність задоволення суспільного інтересу (без нього неможливе задоволення суспільного інтересу); 2) законність; 3) справедливий баланс (пропорційність) між засобами і метою втручання (здійснюється найменш обтяжливими для прав зацікавленої особи заходами втручання у достатньому для задоволення суспільного інтересу обсязі). Порухення цих умов є підставою для захисту права власності.

Як зауважує ЄСПЛ у справі «Ivanova and Cherkezev v. Bulgaria» від 21 квітня 2016 року, втручання *не може вважатися виправданим лише з тієї*

причини, що ситуація підпадає під дію загальної імперативної норми. Зацікавленій особі має бути надана можливість оскаржити рішення на підставі його непропорційності конкретним обставинам справи.

У ст. 41 Конституції України передбачаються непорушність права власності та заборона протиправного позбавлення права власності. У ст. 3 ЦК України серед засад цивільного законодавства була закріплена неприпустимість позбавлення права власності (п. 2 ч. 1), хоча власник може вимагати усунення і тих порушень, що не призвели до позбавлення права власності (ч. 2 ст. 386, ст. 1164 ЦК України). У ст. 321 ЦК України зміст непорушності права власності охоплює також заборону обмеження у його здійсненні. У ч. 6 ст. 319 ЦК України державі заборонено *втручатися* у здійснення права власності.

Серед проявів *принципу неприпустимості позбавлення права власності* В. І. Борисова виділяє заборону протиправного *позбавлення* цього права, а також *обмеження* у його здійсненні¹. Є. О. Суханов визначає *недоторканність* права приватної власності як захист будь-якої власності від необґрунтованого *втручання* з боку держави², від довільного вилучення або заборони чи обмеження її використання. Цей принцип робить випадки вилучення майна у власника необхідним і чітко обмеженим винятком із загального правила³. П. В. Пушкар зазначає, що принцип *непорушності права власності забороняє свавілля* при втручанні у реалізацію цього права та обумовлює дотримання ключових принципів захисту власності: правомірності, законності, пропорційності, «справедливої збалансованості» втручання у відносини власності, наявності та адекватності компенсації і належних юридичних гарантій захисту від такого втручання⁴.

Проявами дії непорушності права власності називаються вичерпний перелік підстав припинення права власності⁵ та виключно судовий порядок вилучення майна⁶. Проте національне законодавство не передбачає як загальне правило судовий порядок позбавлення права власності.

Поєднання у ст. 41 Конституції України і п. 2 ч. 1 ст. 3, і ст. 321 ЦК України засад недоторканності та обмеженості права власності обумовлене

¹ Цивільне право: підручник у 2 т. Т. 1 / за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатеевої, В. Л. Яроцького. Харків: Право, 2011. С. 26–27.

² Суханов Е. А. Лекции о праве собственности. Москва: Юрид. лит., 1991. С. 234.

³ Гражданское право: учебник: Т. 1 / отв. ред. Е.А. Суханов. Москва: БЕК, 1998. С. 39.

⁴ Пушкар П. Принцип непорушності права власності: досвід країн ЄС і його впровадження в Україні. *Право власності: європейський досвід та українські реалії*: зб. доп. і матеріалів міжнар. конф. (м. Київ, 22–23 жовтня 2015 р.). Київ: ВАІТЕ, 2015. С. 105.

⁵ Костин В. В. Принципы осуществления и защиты права собственности: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Всерос. гос. налог. акад. Москва, 2005. С. 104–105.

⁶ Суханов Е. Приобретение и прекращение права собственности (Комментарий ГК РФ (Продолжение)). *Хозяйство и право*. 1998. № 6. С. 11.

соціальною функцією власності. Й. О. Покровський порівнював право власності з пружиною, яка прагне вирівнятися (*принцип еластичності права власності*), проте ніколи цього не досягає з огляду на стискуючі його гири. Чим складніше даються умови співжиття, тим нагальною є потреба у взаємному обмеженні, у більшій «солідаризації» і «соціалізації», що має проводитися з найбільшою охороною індивідуальної свободи¹. З. В. Ромовська зауважує на існуванні межі та на недопустимості фетишизації права власності: у нормах закону, моралі та звичаю можуть встановлювати певні обтяження та обмеження (своєрідні гальма) на користь іншого – члена сім'ї, співвласника, сусіда, громади, держави. Звуження обсягу прав власника може визначатися у договорі².

Отже, зміст принципу непорушності права власності полягає у неприпустимості свавільного втручання у це право суб'єктів приватного та публічного права. Запровадження підстав позбавлення або обмеження права власності є допустимим у разі виняткової необхідності задоволення суспільних інтересів за умови врегулювання цих підстав у законі та її пропорційності меті втручання.

Право на захист здійснюється переважно шляхом вчинення активних дій (самозахисту або звернення до компетентних органів та осіб).

Особа може скористатися не будь-яким, а конкретним способом захисту права – матеріально-правовим заходом примусового характеру³. У разі неправильного обрання способу захисту у цивільному процесі у позові має бути відмовлено, адже принцип диспозитивності цивільного процесу зобов'язує суд розглядати справу у межах заявлених вимог (ч. 1 ст. 11 ЦПК України). Однак господарський суд на підставі п. 2 ч. 1 ст. 83 ГПК України має право виходити за межі позовних вимог для захисту прав і законних інтересів позивачів або третіх осіб з самостійними вимогами на предмет спору за наявності клопотання заінтересованої сторони. Аналогічна норма міститься у ч. 2 ст. 11 КАС України⁴.

Межі здійснення права на цивільно-правовий захист права власності визначаються, зокрема, нормами глави 3 ЦК України (передбачає загальні положення щодо форм і способів цивільно-правового захисту) та глави 29 ЦК України (деталізує та закріплює окремі способи захисту права власності).

¹ Покровський Й. А. Основные проблемы гражданского права. Москва: Статут, 2001. С. 202, 205, 206.

² Ромовська З. В. Українське цивільне право. Право власності: підручник. Київ: Алерта; ЦУЛ, 2011. С. 31.

³ Постанова ВС України від 7 грудня 2016 року у справі № 760/11855/13-ц. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/63537183>

⁴ Кодекс адміністративного судочинства України від 6 липня 2005 року № 2747-IV. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2747-15/print1485804649358336>.

У главі 3 ЦК України по-різному визначена можливість обрання способів захисту у різних формах правового захисту.

Так, за ст. 16 ЦК України суд може захистити цивільне право або інтерес лише тими способами, що закріплені у договорі або законі. Закріплені у главі 29 ЦК України способи захисту права власності переважно є окремими випадками способів, передбачених у ч. 2 ст. 16 ЦК України (п.п. 1–3, 8–11). Проте ст. 16 ЦК України не охоплює такі способи, як заборона вчинення дій, які можуть порушити право, вчинення певних дій для запобігання порушенню. У ст. 15 ЦК України не передбачено такої підстави, як створення загрози порушення, що є підставою застосування зазначених способів захисту права власності¹.

На відміну від загальних положень захисту цивільних прав та інтересів, згідно зі ст. 386 ЦК України «Засади захисту права власності» власник, який має підстави передбачати можливість порушення свого права власності іншою особою, має право звернутися до суду з вимогою про: 1) заборону вчинення дій, що можуть порушити його право; 2) вчинення певних дій для запобігання такому порушенню. Як зазначала І. В. Жилінкова, у ЦК України вперше закріплено окремий спосіб захисту права власності – превентивний (попереджувальний), що застосовується, коли порушення права ще не відбулося, але є підстави вважати, що воно може статися. Проте ЦК України не передбачає конкретні прояви «можливого порушення», тому вирішення цього питання залишається на розсуд суду².

О. А. Беляневич звертає увагу на неоднорідність способів превентивного захисту, що може здійснюватися через: 1) подання позову на підставі ст. 386 ЦК України, хоча це буде «превентивний» позов, а не позов у традиційному розумінні; 2) застосування специфічних заходів державного примусу до

¹ ВС України в Аналізі практики застосування судами ст. 16 ЦК України зауважує, що порушення цивільних прав може проявлятися, зокрема, у недотриманні сторонами при вчиненні правочину вимог закону; протиправному позбавленні права власності чи його обмеженні; безпідставному заволодінні чужим майном; створенні власнику перешкод у здійсненні права користування чи розпорядження своїм майном; неналежному виконанні умов зобов'язання; втраті чи пошкодженні речі; спричиненні майнової чи моральної шкоди. *Невизнання* цивільного права полягає у пасивному запереченні наявності у особи суб'єктивного цивільного права, зокрема, на майно, що безпосередньо не спричиняє шкоду, але створює невпевненість у правовому статусі носія суб'єктивного права. Наприклад, невизнання нотаріусом дійсності наданого стороною правостановлюючого документа при укладенні договору. *Оспорювання* суб'єктивного цивільного права відображає такий стан правовідносин, коли суб'єктивне цивільне право заперечується в юрисдикційному органі.

² Жилінкова І. Превентивний спосіб захисту права власності. *Вісник Академії правових наук України*. 2005. № 3. С. 130, 133.

потенційного (ймовірного) правопорушника, які матеріальному праву, за деякими випадками, не відомі – запобіжні заходи¹.

Обмеження способів захисту за ознакою урегульованості у законі та договорі суперечить конвенційним правам на суд і ефективним засобам захисту. Так, О. П. Подцерковний констатує, що закріплений перелік способів подекуди є перепорою на шляху реального захисту прав. Суд вимушений пристосовувати положення закону до суспільних відносин. Суди, які намагаються керуватися законом, а не правом загалом, приховано відмовляють у правосудді, використовуючи буквальне читання закону². Наприклад, щодо способу захисту прав та інтересів особи, майно якої було продане з публічних торгів під час виконання судового рішення, ВС України зауважує на відсутність норм, які б визначали право боржника звертатися з позовом про визнання публічних торгів недійсними та визначали б умови визнання їх такими. ВС України сформував правовий висновок про те, що акт проведення прилюдних торгів оформлює договірні відносини купівлі-продажу майна на публічних торгах, тобто є правочином, що може визнаватись недійсним на підставі ст.ст. 203, 215 ЦК України (Постанова від 24 жовтня 2012 року у справі № 6-116цс12).

Слід погодитися з висновком ВС України про те, що обмеження способів цивільно-правового захисту не узгоджуються зі ст.ст. 55, 124 Конституції України, з п. 5 ч. 1 ст. 3 ЦК України і не відповідають ст.ст. 6, 13 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод. Право людини на доступ до правосуддя та на ефективний спосіб захисту прав надають особі можливість пред'явити до суду таку вимогу, що відповідає змісту порушеного права та характеру правопорушення. Пряма чи опосередкована заборона не може бути виправданою³.

Захист права власності органами державної влади або органом місцевого самоврядування допускається лише у випадках, встановлених Конституцією України та законом; у межах, на підставах та у спосіб, що встановлені Конституцією України та законом⁴.

¹ Беяневич О. Проблема превентивного захисту прав у господарському судочинстві та його межі. *Українське комерційне право*. 2011. № 11. С. 33.

² Подцерковний О. П. Про проблеми застосування способів захисту порушеного права (на прикладі вимог про визнання права власності у заставних відносинах). *Наукові праці Національного університету «Одеська юридична академія»*: зб. наук. пр. Одеса: Юрид. лра, 2012. Т. 12. С. 190–191.

³ Аналіз ВС України практики застосування судами ст. 16 ЦК України. URL: <http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/%28documents%29/6AF1EBA6DF621DEDC2257CE60053FF> С3.

⁴ Наприклад, відповідно до ч. 3 ст. 59 Закону України «Про виконавче провадження» у разі виявлення порушення порядку накладення арешту, встановленого цим законом, арешт з

Нотаріальний захист є можливим лише шляхом вчинення виконавчого напису на борговому документі у випадках і порядку, встановлених *законом*.

Способи самозахисту мають відповідати змісту порушеного права; характеру дій, якими воно порушене; наслідкам, що спричинені цим порушенням. Ці критерії можуть бути використані під час обрання будь-якого способу цивільно-правового захисту незалежно від форми захисту.

Наприклад, захист права власності у разі незаконного накладення арешту на майно може здійснюватися такими способами: 1) зняття арешту з майна за позовом особи, яка не є боржником у виконавчому провадженні, в якому накладено арешт; 2) визнання незаконною постанови виконавця і зобов'язання його зняти арешт за скаргою сторони виконавчого провадження, що подається до суду, який постановив судове рішення, що перебуває на примусовому виконанні; 3) скасування арешту як способу забезпечення позову за заявою особи, яка бере участь у справі, що подається до суду, який наклав арешт; 4) заміна накладеного арешту як способу забезпечення позову іншим видом забезпечення позову за заявою особи, яка бере участь у справі, що подається до суду, який наклав арешт; 5) скасування арешту як способу забезпечення позову за апеляційною скаргою на ухвалу про забезпечення позову, поданою особою, яка бере участь у справі; 6) відшкодування шкоди, заподіяної забезпеченням позову, за позовом до особи, за клопотанням якого застосований спосіб забезпечення, у разі набрання законної сили рішенням суду про відмову в задоволенні позову, ухвали про закриття провадження або про залишення заяви без розгляду.

Так, ВС України в Постанові від 16 листопада 2016 року у справі № 635/7415/14-ц¹ зауважив, що нерухоме майно було передано стягувачеві, який оформив право власності на нього, тому ефективним способом захисту прав боржника могло бути лише пред'явлення позову. Подання боржником скарги на рішення та дії державного виконавця не забезпечує відновлення порушених прав на нерухоме майно, на яке було звернено стягнення.

ВС України зауважує, що, оцінюючи належність обраного зацікавленою особою способу захисту, суди мають зважати й на його ефективність. Ефективний засіб має забезпечити поновлення порушеного права, а у разі неможливості – гарантувати отримання відповідного відшкодування².

майна боржника знімається згідно з постановою начальника відділу державної виконавчої служби, якому безпосередньо підпорядкований державний виконавець.

¹ Постанова ВС України від 16 листопада 2016 року у справі № 635/7415/14-ц. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/62948865>

² Аналіз ВС України практики застосування судами ст. 16 ЦК України. URL: <http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/%28documents%29/6AF1EBA6DF621DEDC2257CE60053FFC3>.

ЄСПЛ зазначив, що сутність ст. 13 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод полягає у наданні людині таких заходів правового захисту на національному рівні, що дозволили б здійснити судовий захист. Засіб захисту має бути ефективним як у законі, так і на практиці, щоб його використання не було ускладнене діями або недоглядом органів влади відповідної держави (п. 145 рішення у справі «Chahal v. the United Kingdom» від 15 листопада 1996 року, п. 75 рішення у справі «Afanasyev v. Ukraine» від 5 квітня 2005 року).

Таким чином, обрання способу захисту права власності залежить від характеру правовідносин між порушником і власником (впливає на обрання речового або зобов'язально-правового способу захисту, способу захисту права співвласника тощо); характеру порушення цього права (створення реальної загрози порушення чи перешкод у здійсненні права власності тощо); наслідків порушення (знищення, пошкодження об'єкта права власності, перебування його у іншої особи тощо).

О. І. Антонюк

§ 13. Речово-правові способи захисту права власності

Речово-правові способи захисту права власності спрямовані на захист цього абсолютного суб'єктивного права та не пов'язані з зобов'язаннями. Право власності захищається за допомогою лише таких способів¹. Серед них виділяють основні (витребування майна з чужого незаконного володіння, усунення порушень, непов'язаних з позбавленням володіння) та допоміжні (визнання права власності, зняття арешту з майна)². Однак Є. О. Крашенинников наголошує на зобов'язально-правовому характері віндикаційного правовідношення, що є відносним, оскільки річ витребується у конкретної особи, а «не у всіх і кожного»³.

Аналіз судової практики свідчить про наявність проблеми з визначення змісту позову щодо захисту права власності⁴.

У разі придбання майна не безпосередньо у власника, а в особи, яка не

¹ Гражданское право: учебник. Т. 1. изд. 5-е, перераб. и доп. / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. Москва: «ПБОЮЛ Л. В. Рожников», 2001. С. 458–459.

² Дзера І. О. Цивільно-правові засоби захисту права власності в Україні. Київ: Юрінком Інтер, 2001. С. 48.

³ Крашенинников Е. А. К теории права на иск. Ярославль: Ярослав. гос. ун-т, 1995. С. 31.

⁴ Постанова ВС України від 30 листопада 2016 року у справі № 6-2069цс16. URL: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/5D70008E2F3597F3C225808000505DBC](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/5D70008E2F3597F3C225808000505DBC); Постанова ВС України від 17 лютого 2016 року у справі № 6-2407цс15. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/57102489>; Постанова ВС України від 2 березня 2016 року у справі № 6-3090цс15. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/56280404>.

мала права його відчужувати, наслідком договору, укладеного з порушенням, є не реституція, а повернення майна з чужого незаконного володіння¹. Отже, одночасне пред'явлення віндикаційного позову та позову про визнання правочину недійсним із застосування реституції (ст.ст. 216 і 338 ЦК України) є помилковим, оскільки ці позови є взаємовиключними².

Д. М. Генкін наголосив на зобов'язально-правовому характері реституційної вимоги, яку слід відрізнити від віндикаційного позову³. Д. О. Тузов, дотримуючись протилежної позиції, виділяє реституцію володіння (на підставі віндикаційного позову у разі повернення речей з індивідуальними ознаками) і реституцію компенсаційну (на підставі кондикційної вимоги при поверненні речей з родовими ознаками)⁴.

ВС України у Постанові від 2 березня 2016 року у справі № 6-3090цс15⁵ зауважує, що кондикційне зобов'язання виникає у разі набуття чи збереження майна однією особою (набувачем) за рахунок іншої (потерпілого) за відсутності правової підстави або підстава, на якій майно набувалося, згодом відпала. Кондиція як позадоговірний зобов'язальний спосіб захисту права власності або іншого речового права може бути застосований самостійно або субсидіарно до реституції чи віндикації, якщо певна вимога власника майна не охоплюється нормативним урегулюванням основного способу захисту права, але підпадає під ст. 1212 ЦК України. Кондикція є самостійним способом захисту порушеного права власності, якщо: 1) річ визначена родовими ознаками; 2) сторони не пов'язані договірними правовідносинами.

Зауважується, що у разі задоволення кондикційного позову відповідача позбавляють прав (титулу) на майно, що вилучається у нього, а за віндикаційним позовом вилученню підлягає індивідуально-визначена річ, на яку у відповідача жодних прав немає, а тому при її вилученні відповідача не позбавляють прав на річ. Крім того, застосовуючи норми глави 83 ЦК України, не вдасться обійти «обмеження віндикації», передбачене законом для добросовісного набувача (який став власником), і, перш за все, будуть застосовуватись «віндикаційні правила»⁶.

¹ Постанова ВС України від 7 листопада 2012 р. у справі № 6-107цс12. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/27870117>.

² Постанова ВС України від 18 січня 2017 року № 6-2723цс16. URL: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/6D9346F255AC4E16C22580C9003C89B0](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/6D9346F255AC4E16C22580C9003C89B0).

³ Генкін Д. М. Право собственности в СССР. Москва: Госюриздат, 1961. С. 194.

⁴ Тузов Д. О. Реституция в гражданском праве: дис. ... канд. юрид.наук: 12.00.03 / Томский гос. ун-т: Томск, 1999. С. 93.

⁵ Постанова ВС України у справі № 6-3090цс15 від 2 березня 2016 р. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/56280404>.

⁶ Мірошниченко А. М., Попов Ю. Ю., Ріпенко А. І. Земельні ділянки: віндикація, реституція, кондикція, визнання права (співвідношення та деякі правові питання). *Часопис*

Витребування майна шляхом віндикації допускається, якщо між власником і володільцем майна відсутні договірні відносини. Повернення майна від добросовісного набувача допускається, якщо воно вибуло з володіння власника або особи, якій він передав майно, не з їхньої волі.

Обмеження права власника щодо витребування майна з чужого незаконного володіння у німецькому праві відображалось у принципах «*Hand muss Hand wahren*» (рука за руку відповідає) та «*Wo man seinen Glauben gelassen hat, da muss man ihn suchen*» (у того, кому ввірено, і потрібно шукати), що виключали право власника витребувати майно від особи, яка добросовісно набула майно, у того, кому власник його добровільно передав і надавали право стягувати збитки з особи, якій власник передав майно добровільно. Тим самим пріоритет отримав захист інтересів добросовісного набувача з метою забезпечення стабільності цивільного обороту, що є справедливим, оскільки саме на власника покладаються негативні наслідки необачного обрання контрагента. Зазначені принципи є протилежними тому, що діяв у римському праві – «*Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet*» (ніхто не може передати більше прав, ніж має сам).

Згідно зі ст. 330 ЦК України добросовісний набувач, у якого річ не може бути витребувана на підставі ст. 388 ЦК України, стає її власником.

За правовим висновком ВС України¹ за змістом п. 3 ч. 1 ст. 388 ЦК України майно, яке вибуло з володіння власника на підставі рішення суду, ухваленого щодо цього майна, але у подальшому скасованого, є таким, що вибуло з володіння власника поза його волею².

У Постанові ВС України від 15 березня 2017 року у справі № 916/2130/15³ зазначено, що розпорядження майном не у спосіб і поза межами повноважень не може оцінюватися як волевиявлення територіальної громади.

Проте, як зауважує Н. Ю. Голубева, факт скасування або визнання нечинним рішення державного органу, за яким майно передавалося приватній особі, не може бути безумовною підставою для визнання цього майна таким,

Академії адвокатури України. 2012. № 6. С. 18.

¹ Постанова ВС України від 24 червня 2015 року у справі № 6-251ц15. URL: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/15E01267C03B9419C2257E760026A C32](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/15E01267C03B9419C2257E760026A C32).

² Аналогічна позиція відображена й у інших постановках ВС України, зокрема, від 15 квітня 2014 року у справі № 6-146ц13, від 11 червня 2014 року у справі № 6-52ц14, від 2 вересня 2015 року у справі № 6-1168ц15, у т. ч., якщо майно вибуло з володіння власника на підставі рішення третейського суду, що у подальшому було скасоване – постанови від 28 січня 2015 року у справі № 6-218ц14, від 24 червня 2015 року у справі № 6-251ц15.

³ Постанова ВС України від 15 березня 2017 року у справі № 916/2130/15. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/66119027>.

що вибуло з володіння власника не з його волі. Повинні враховуватися й інші фактори та оцінюватися дотримання «справедливого балансу» при вирішенні питань щодо вилучення майна у приватних осіб¹.

У п. 71 рішення у справі «Рисовський проти України»² ЄСПЛ зазначив, що принцип «належного урядування», як правило, не повинен перешкоджати державним органам виправляти випадкові помилки, допущені навіть через їх недбалість. Інша позиція суперечила б загальним інтересам. Але потреба виправити минулу «помилку» не має непропорційним чином втручатися у нове право, набуте особою, яка покладалася на легітимність добросовісних дій державного органу. Ризик помилки державного органу повинен покладатися на державу. Принцип «належного урядування» може не лише покладати на державні органи обов'язок діяти невідкладно при виправленні своєї помилки, а й потребувати виплати належного відшкодування колишньому добросовісному власникові.

Враховуючи це, ВС України зазначив, що додержання принципу «належного урядування» оцінюється одночасно з додержанням принципу «пропорційності». Проте не має чіткого, вичерпного переліку обставин, що беззаперечно свідчать про додержання чи порушення «справедливої рівноваги між інтересами суспільства та необхідністю додержання фундаментальних прав окремої людини». Цей критерій є оціночним і стосується суб'єктивної складової кожної конкретної справи³.

Для негативного способу захисту необхідна наявність таких умов: дії третіх осіб створюють перешкоди для користування та (або) розпорядження індивідуально-визначеним майном; ці дії є неправомірними (необов'язково винними); порушення існує на момент пред'явлення позову; сторони не перебувають у зобов'язальних правовідносинах щодо цього майна⁴. Наприклад, поширеними є справи про усунення перешкод у здійсненні права власності шляхом припинення права користування житловим приміщенням⁵, про знесення будівлі, спорудженої із порушенням прав іншої особи.

¹ Голубева Н. Ю. Виндикационный иск: основные правила, проблемы судебной практики. URL: <http://yaizakon.com.ua/vindikatsionnyj-isk-osnovnye-pravila-problemy-sudebnoj-praktiki/>

² Рішення ЄСПЛ у справі «Рисовський проти України» 20 жовтня 2011 року. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/974_854.

³ Постанова ВС України від 5 липня 2017 р. у справі № 3-911гс16. URL: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/72089C325DF069E6C225815D0041A12B](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/72089C325DF069E6C225815D0041A12B).

⁴ Гнатів О. Б. Захист права власності в цивільному праві: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Нац. акад. внутр. справ. Київ, 2015. С. 65–66.

⁵ ВС України у постанові від 15 травня 2017 року у справі № 6-2931цс16 дійшов висновку, що право користування житлом може бути припинено судом на підставі ст. 406 ЦК України – «припинення сервітуту», при цьому користувач виселяється (URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/66413450>).

У разі усунення перешкод у користуванні чи розпорядженні майном відсутні підстави для звернення до суду з негативним позовом. Проте власник може пред'явити позов про заборону порушень права власності, що можуть мати місце у майбутньому (абз. 8 п. 7 Інформаційного листа ВССУ «Про практику застосування судами законодавства під час розгляду цивільних справ про захист права власності та інших речових прав»¹).

Одним із способів захисту права власності є його визнання, що може бути застосовано, якщо це право оспорується або не визнається іншою особою, а також у разі втрати документа, що його засвідчує (ст. 392 ЦК України). Закон не передбачає такого способу захисту у разі недійсності правочину². За відсутності у радянському цивільному законодавстві окремого нормативного закріплення цього способу захисту щодо його правової природи висловлювалися протилежні позиції: 1) він не вважався самостійним способом захисту, адже супроводжував витребування майна з чужого незаконного володіння³ чи усунення перешкод у здійсненні права власності⁴; 2) його розглядали самостійним способом цивільно-правового захисту⁵. У ЦК України визнання права власності було врегульовано окремо від інших способів захисту права власності.

Передумовою для застосування ст. 392 ЦК України є відсутність іншого, крім судового, шляху для відновлення порушеного права (п. 11 Узагальнення ВССУ «Про практику застосування судами законодавства, що регулює право приватної власності на житловий будинок»⁶).

У літературі висловлюється точка зору про застосування такого способу захисту права власності у двох напрямках: через позов про визнання права власності (за наявності спору) та через заяву про встановлення факту володіння майном на праві власності в окремому провадженні (за відсутності спору для підтвердження права)⁷. Однак ВС України зазначає, що: 1) звер-

¹ Про практику застосування судами законодавства під час розгляду цивільних справ про захист права власності та інших речових прав: Інформ. лист ВССУ від 28 січня 2013 р. № 24-150/0/4-13. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0005740-14/print149994635_9786793.

² Ухвала ВССУ від 28 січня 2015 р. у справі № 6-41584 св14. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/42541429>.

³ Советское гражданское право: учебник. Т. 1 / отв. ред. В. А. Рясенцев. Москва: Юрид. лит., 1965. С. 421.

⁴ Венедиктов А. В. Гражданско-правовая охрана социалистической собственности в СССР. Москва-Ленинград: АН СССР, 1954. С. 93.

⁵ Ерошенко А. А. Личная собственность в гражданском праве. Москва: Юрид. лит., 1973. С. 189.

⁶ Узагальнення ВССУ практики застосування судами законодавства, що регулює право приватної власності на житловий будинок. URL: http://zib.com.ua/ua/119331-vssu_pidsumuvav_praktiku_schodo_prava_vlasnosti_na_zhitloviy.html

⁷ Гнатів О. Б. Захист права власності в цивільному праві: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Нац. акад. внутр. справ. Київ, 2015. С. 6, 94.

нення до суду з позовом, у якому відсутній відповідач, не передбачене;
2) закон прямо вказує на те, що вимоги про визнання права власності розглядаються в позовному провадженні; 3) відповідачами у таких справах є особи, які не визнають належності майна позивачу на праві власності майна¹.

Визнання права власності може також бути і способом встановлення правовідносин власності (зокрема, за набувальною давністю, на об'єкт самочинного будівництва). У цих випадках звернення до суду не спрямовані на захист права власності, яке ще відсутнє, а мають на меті реалізацію інтересу щодо набуття такого права (ч. 5 ст. 11 ЦК України). Визнання права власності як спосіб набуття цього права складає зміст перетворюючого позову, а визнання наявного права власності – позову про визнання. ВС України вбачає у таких випадках наявність «права очікування», що є обмеженим речовим правом, правомочністю його носія отримати право власності на нерухоме майно чи інше речове право на відповідне майно у майбутньому². Зазначене право очікування за наявності законних підстав може бути захищене згідно зі ст. 1 Протоколу № 1.

За правилами ст. 392 ЦК України суд має встановити, з яких саме передбачених законом підстав і в якій передбачений законом спосіб позивач набув право власності на спірний об'єкт та чи підлягає це право захисту у порядку, встановленому ст. 392 ЦК України. Якщо позивач вчинив достатні дії для отримання права вимоги переходу права власності на об'єкт будівництва, захисту підлягають майнові права позивача, адже позивач отримав лише право на набуття права власності, а не саме право власності на майно³.

Закон України «Про виконавче провадження»⁴ (ч. 2 ст. 13, ч. 7 ст. 26) закріплює обов'язок виконавця накладати арешт на майно боржника. У разі виявлення порушення порядку накладення арешту, арешт з майна боржника знімається постановою начальника відповідного ВДВС (ст. 59 цього Закону). Однак право на звернення до начальника з такою заявою боржнику не надано, він може подати лише *скаргу* до суду, який постановив рішення, щодо якого здійснюється примусове виконання.

Зняття арешту в судовому порядку можливе за *позовом* особи, яка не є

¹ Аналіз деяких питань застосування судами законодавства про право власності при розгляді цивільних справ: Лист ВС України від 1 липня 2013 р.. URL: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/1207B66D24762C1DC2257D0E004CC419](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/1207B66D24762C1DC2257D0E004CC419).

² Постанова ВС України від 30 березня 2016 р. у справі 6-265ц16. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/57035432>.

³ Постанова ВС України від 18 лютого 2015 року у справі № 6-244ц14. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/42786361>; Постанова ВСУ від 24 червня 2015 р. у справі № 6-318ц15. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/45910640>.

⁴ Про виконавче провадження: Закон України від 2 червня 2016 р. № 1404-VIII. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1404-19/print1485855830866562>.

боржником, однак вважає своїм те майно, на яке накладено арешт (ст. 59 Закону України «Про виконавче провадження»). Позов про зняття арешту з майна заявляється до боржника і стягувача. Так, в ухвалі від 28 грудня 2016 р. у справі № 205/3669/16-ц¹ ВССУ зазначає, боржники у виконавчому провадженні не можуть пред'являти такий позов, а у процесі за позовом про зняття арешту вони повинні бути відповідачами, і законом для них встановлено інший порядок вирішення питання. У разі задоволення позову арешт знімається постановою виконавця.

Щодо природи цього позову у науковій літературі існують різні підходи, за якими він визнається різновидом негаторного позову², віндикаційного позову чи позову про визнання³, або комплексним позовом⁴.

Позов про зняття арешту з майна є самостійним процесуальним засобом захисту права власності. Він не є різновидом віндикаційного позову, оскільки не містить вимоги про повернення речі. Цей позов, як і негаторний, спрямований на усунення перешкод у здійсненні права на річ, проте, на відміну від останнього, він може заявлятися і у разі відсутності фактичного володіння річчю, наприклад, у разі вилучення об'єкта арешту та передачі на зберігання іншій особі. Він не є різновидом позову про визнання, оскільки належить до іншої групи позовів (про присудження) і спрямований на зняття обмежень правомочності розпорядження майном, а не на констатацію належності майна позивачу. Такий позов може бути об'єднаний з іншими позовами (про визнання права власності, віндикаційним позовом), тому його визнають допоміжним речово-правовим позовом⁵.

О. І. Антонюк

§ 14. Зобов'язально-правові та інші способи захисту права власності

В юридичній літературі існує думка, що захист права власності може здійснюватися шляхом пред'явлення персональних позовів (називати їх «зобов'язальними» є неточним) у випадку знищення або пошкодження речі, а

¹ Ухвала ВССУ від 28 грудня 2016 року у справі № 205/3669/16-ц. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/64004396>.

² Ромовська З. В. Українське цивільне право. Право власності: підручник. Київ: Алерта; ЦУЛ, 2011. С. 217.

³ Яворська О. С. Правове регулювання відносин власності за цивільним законодавством України: навч. посіб. Київ: Атіка, 2008. С. 232.

⁴ Дзера І. О. Цивільно-правові засоби захисту права власності в Україні. Київ: Юрінком Інтер, 2001. С. 83–84.

⁵ Гражданское право Украины: курс лекций. Ч. 1 / Л. Н. Дрошенко, И. Ф. Коваль, Л. В. Красицька, Д. Э. Федорчук, Н. В. Щербакова, Е. С. Янкова. Донецк: Вебер (Донецкое отделение), 2007. С. 372.

також до державних органів та органів місцевого самоврядування у разі видання правового акту, що не відповідає закону та порушує права власника, з вимогою скасування цього акту та поновлення становища, що існувало до його видання, і відшкодування завданої власнику шкоди (ч. 2 ст. 393 ЦК України).

«Персональними» є також позови власника до правопорушника, з яким він пов'язаний договірними відносинами, спрямовані на усунення перешкод у здійсненні права власності (про повернення речей, наданих у користування за договором; про повернення безпідставно отриманого майна) і на відшкодування шкоди¹.

Підставами застосування *договірних* способів захисту права власності є неналежне виконання або невиконання договорів (щодо передачі речей, придбаних шляхом купівлі-продажу, виготовлення речей на замовлення, якщо право власності виникло раніше передачі речі, повернення речей, наданих у користування за договором, відшкодування шкоди, завданої власникові невиконанням або неналежним виконанням умов договору тощо). *Недоговірні* способи захисту права власності ґрунтуються на недоговірних зобов'язаннях та виникають внаслідок подання речі на конкурс (ст. 1157 ЦК України), непередання отриманого під час вчинення дій у майнових інтересах іншої особи без її доручення (ст. 1159 ЦК України), створення загрози майну (глава 81 ЦК України), виникнення шкоди при рятуванні здоров'я та життя фізичної особи, майна фізичної або юридичної особи (глава 80 ЦК України), завдання шкоди майну (глава 82 ЦК України), повернення безпідставно набутого, збереженого майна (глава 83 ЦК України) тощо².

Наприклад, відповідно до ст. 924 ЦК України перевізник відповідає за збереження вантажу, багажу, пошти з моменту прийняття їх до перевезення та до видачі одержувачу, якщо не доведе, що втрата, нестача, псування або пошкодження вантажу, багажу, пошти сталися внаслідок обставин, яким перевізник не міг запобігти та усунення яких від нього не залежало. Перевізник відповідає у таких випадках у розмірі фактичної шкоди, якщо не доведе, що це сталося не з його вини. Отже, законодавець покладає на перевізника обов'язок доводити наявність обставин, що звільняють його від відповідальності за незбереження вантажу. Втрата, нестача, псування або пошкодження вантажу внаслідок випадку, не зумовленого непереборною

¹ Харитонов Є. О., Харитонova О. І. Цивільно-правовий захист права власності: перегляд парадигми. *Проблеми цивільного права та процесу*: матеріали наук.-практ. конф., присвяч. світлій пам'яті О. А. Пушкіна, 27 трав. 2016 р. / Харків. нац. ун-т внутр. справ. Харків: ХНУВС, 2016. С. 33–33.

² Домусчі С. Д. Класифікація способів захисту права власності від порушень, не пов'язаних із позбавленням володіння. *Форум права*. 2011. № 1. С. 310–314. URL: <http://www.nbu.gov.ua/e-journals/FP/2011-1/11dcdipv.pdf>.

силою, відповідно до ч. 1 ст. 924 ЦК України не звільняє перевізника від відповідальності за незбереження вантажу¹.

Засобами захисту у зобов'язаннях з безпідставного збагачення виступають вимоги про повернення збагачення, про відшкодування доходів, які боржник одержав або міг одержати з безпідставно набутого майна, про відшкодування шкоди, завданої погіршення майна, якщо таке є².

У разі виникнення спору стосовно набуття майна або його збереження без достатніх правових підстав договірний характер спірних правовідносин виключає можливість застосування до них ч. 1 ст. 1212 ЦК України, у т. ч. й щодо зобов'язання повернути майно позивачу. Коли поведінка набувача, потерпілого, інших осіб або подія утворюють правову підставу для набуття (збереження) майна, ст. 1212 ЦК України може бути застосована лише після того, як така правова підстава в установленому порядку скасована, визнана недійсною, змінена, припинена або була відсутня взагалі³.

У разі стягнення безпідставно набутих чи одержаних грошей нараховуються відсотки відповідно до ст. 536 ЦК України й унеможливується стягнення 3% річних від простроченої суми відповідно до ч. 2 ст. 625 ЦК України⁴.

Т. С. Ківалова вважає, що потерпіла особа має право об'єднати кондикційний і деліктний позов (про відшкодування шкоди, завданої погіршенням або пошкодженням цього майна)⁵. З цього питання висловлюються й інші думки. О. В. Дзера зазначає, що вимога з набуття, збереження майна без достатньої правової підстави припускає, що спірне майно, яке опинилося в неправомірному володінні набувачем або втратило власні індивідуалізуючі ознаки внаслідок того, що змішалось з однорідним майном набувача, або перероблено в якісно іншу річ, або набувачем спожито чи відчужено будь-яким іншим шляхом і не зберіглося в натурі. Тому вимога правомочної особи у

¹ Постанова ВС України від 23 березня 2016 року у справі № 6-2086цс15. URL: http://protokol.com.ua/ua/pereviznik_pri_vtrati_nestachi_psuvanni_ta_poshkodgenni_poshti_bagagu_vantagu_zobov_yazaniy_dovesti_shcho_tse_stalosya_ne_z_yogo_vini_abo_vidshkoduvati_faktichnu_shkodu/

² Болокан І. В. Зобов'язально-правові та спеціальні засоби захисту права власності в підприємницькій діяльності: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Київськ. нац. ун-т імені Тараса Шевченка. Київ, 2008. С. 3, 4, 7–9.

³ Постанова ВС України від 2 жовтня 2013 року № 6-88цс13. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/34634289>; Постанова ВС України від 7 червня 2017 року у справі № 923/1233/15. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/67288523>.

⁴ Постанова ВС України від 2 березня 2016 року у справі № 6-2491цс15. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/56309766>.

⁵ Ківалова Т. С. До питання про розмежування зобов'язань відшкодування шкоди та деяких інших недоговірних зобов'язань. *Актуальні проблеми держави і права*. 2008. Вип. 42. С. 88.

зобов'язаннях із набуття, збереження майна без достатньої правової підстави спрямована на відшкодування майнових втрат шляхом передачі майна того ж роду або його грошового еквіваленту¹.

С. А. Краснова вважає, що кондикційний позов може бути заявлений, якщо неможливим є витребування індивідуально-визначеної речі з незаконного володіння, тобто коли річ не збереглася в натурі або право власності на неї втрачено з інших причин. Будучи компенсаційним способом захисту, кондикція здатна забезпечити захист не суб'єктивного речового права, а лише майнових інтересів власника чи суб'єкта іншого речового права².

Стаття 386 ЦК України передбачає право власника на відшкодування завданої порушенням права власності майнової і моральної шкоди. Право на відшкодування шкоди передбачене і у разі прийняття закону про припинення права власності на певне майно (ст. 1170 ЦК України). У такому випадку та у разі знищення речі йдеться вже не про захист права власності (що припинилося), а про задоволення інтересу у поновленні майнового становища. Щодо моральної шкоди В. П. Палиюк пропонує запровадити принцип презумпції такої шкоди, за яким факт її наявності не потребує доведення, оскільки будь-яке правопорушення завдає моральної шкоди потерпілому та є підставою для її відшкодування. Тому потерпілому (кредитору) достатньо довести у суді її розмір, який підлягає відшкодуванню³. Така презумпція відповідає й практиці ЄСПЛ, в якій зазначається, що у випадку порушення майнових чи інших прав людина, яка нормально реагує на протиправну поведінку, має зазнавати страждання.

Окрім речово-правових і зобов'язально-правових засобів захисту права, виділяються спеціальні засоби захисту, до яких належать позови про визнання правочину недійсним; позови про захист прав співвласника у разі виділу, поділу та продажу спільного майна; засоби захисту права власності померлих та осіб, визнаних безвісно відсутніми або оголошених померлими; засоби захисту прав власників від неправомірного чи правомірного втручання державних органів, органів місцевого самоврядування та у надзвичайних ситуаціях; інші спеціальні засоби, обумовлені особливим колом уповноважених чи зобов'язаних осіб та надзвичайними обставинами⁴.

Співвласники у разі спору можуть захищати свої права та інтереси у

¹ Дзера О. В. Розвиток права власності громадян в Україні. Київ: Вентурі, 1996. С. 244.

² Краснова С. А. Защита права собственности и иных вещных прав посредством восстановления владения: автореф. дис. . канд. юрид. наук: 12.00.03 / Томск. гос. ун-т. Томск, 2007. С. 16.

³ Палиюк В. П. Возмещение морального (неимущественного) вреда: монография. Изд. 2-е, испр. и доп. Киев: Право, 2000. С. 77.

⁴ Дзера І. О. Цивільно-правові засоби захисту права власності в Україні. Київ: Юрінком Інтер, 2001. С. 48.

судовому порядку, вимагаючи збільшення своєї частки у праві спільної часткової власності на підставі ч. 3 ст. 357 ЦК України, визнання права на прибудову або добудову, створену за власний рахунок, встановлення порядку користування спільним майном, стягнення майнової компенсації у разі неможливості отримання у користування частини спільного майна в натурі відповідно до своєї частки у праві власності на нього, переведення прав і обов'язків покупця у разі продажу іншим співвласником частки з порушенням права на її переважну купівлю, виділу частки з майна в натурі, поділу майна, припинення права на частку у спільному майні.

Щодо розгляду позовів про отримання компенсації за частку, виділ якої в натурі неможливий (ч. 2 ст. 364 ЦК України), ВС України була сформульована правова позиція, за якою, з урахуванням положень ст. 364 ЦК України, а також закріплених у п. 6 ст. 3 ЦК України засад справедливості, добросовісності та розумності, що спонукають суд до врахування при вирішенні спору інтересів обох сторін, при розгляді справ, в яких заявляються вимоги одного зі співвласників про припинення його права на частку у спільному майні шляхом отримання від інших співвласників грошової компенсації вартості його частки, виділ якої є неможливим, суди мають встановити наступне: чи дійсно є неможливим виділ належної позивачу частки в натурі або чи не допускається такий виділ згідно із законом; чи користуються спільним майном інші співвласники – відповідачі по справі; чи сплачується іншими співвласниками, які володіють та користуються майном, матеріальна компенсація позивачу за таке володіння та користування відповідно до ч. 3 ст. 358 ЦК України; чи спроможні інші співвласники виплатити позивачу компенсацію у рахунок визнання за ними права власності на спільне майно та чи не становитиме це для них надмірний тягар¹.

Припинення права співвласника на частку у спільному майні на підставі ст. 365 ЦК України є можливим за наявності будь-якої з обставин, передбачених п.п. 1–3 ч. 1 цієї статті, за умови, що таке припинення не завдасть істотної шкоди інтересам співвласника та членам його сім'ї, а також попереднього внесення позивачем вартості цієї частки на депозитний рахунок суду².

¹ Постанова ВС України від 13 січня 2016 року № 6-2925цс15. URL: www.reyestr.court.gov.ua/Review/55159942.

² Висновки Верховного Суду України, викладені у рішеннях, прийнятих за результатами розгляду заяв про перегляд судового рішення з підстави, передбаченої п. 1 ч. 1 ст. 355 ЦПК України, за перше півріччя 2013 року. URL: <http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/%28documents%29/B9D219F2884FDA10C2257BCF00206177>.

О. І. Антонюк

§ 15. Визнання необґрунтованими активів та їх витребування

Перелік підстав безоплатного вилучення майна у національному праві був розширений Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення діяльності Національного антикорупційного бюро України і Національного агентства з питань запобігання корупції»¹, яким до ЦПК України була запроваджена процедура у межах позовного провадження щодо визнання активів необґрунтованими та їх витребування у разі недоведення відповідачем законності набуття майна (далі – цивільна конфіскація). Збережена вона і у проекті ЦПК України². В інших країнах Європи наявні подібні інструменти вилучення засобів здійснення злочинів і доходів від злочинної діяльності (Фінляндія, Франція, Італія, Литва, Нідерланди, Сполучене Королівство тощо).

Найбільш спірними є питання допустимості врегулювання такої конфіскації у ЦПК України та забезпечення балансу інтересів у разі: 1) покладання на відповідача обов'язку довести підстави придбання майна та звільнення позивача від обов'язку доводити незаконність набуття майна, щодо якого заявлені позовні вимоги; 2) застосування такої конфіскації до суб'єктів, які не скоювали публічних правопорушень; 3) зміни виду провадження з кримінального та цивільне, що зменшує гарантії особи; 4) подвійного покарання; 5) порушення права не свідчити проти себе; 6) порушення майнових прав особи³.

ЄСПЛ у п. 31 рішення від 24 березня 2005 року у справі «Фрізен проти Російської Федерації»⁴ зауважив, що ним розглядалися два види справ щодо доходів, одержаних у результаті вчиненого злочину, в яких конфіскацію майна застосовано: 1) у результаті постановлення обвинувального вироку (у такому випадку конфіскація розглядалася як «штраф» за змістом п. 2 ст. 1 Протоколу 1); 2) без вироку щодо майна, ймовірно придбаного незаконним способом

¹ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення діяльності Національного антикорупційного бюро України і Національного агентства з питань запобігання корупції: Закон України від 12 лютого 2015 року. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/198-19/print1485804649358336>.

² Проект ЦПК України від 23 березня 2017 року. URL: http://zib.com.ua/files/Proekt_SPK_100317.pdf.

³ Гринберг Т., Сэмюэль Л., Грант В., Грей Л. Возврат похищенных активов: Руководство по конфискации активов вне уголовного производства; пер. с англ. Москва: Альпина Паблишерз, 2010. С. 45.

⁴ Рішення ЄСПЛ від 24 березня 2005 року у справі «Фрізен проти Російської Федерації». URL: <http://european-court.ru/resheniya-evropejskogo-suda-na-russkom-yazyke/frizen-protiv-rossii-postanovlenie-evropejskogo-suda/>

або призначеного для використання у незаконній діяльності (у таких справах втручання розглядалося з точки зору права держави контролювати використання майна у загальних інтересах). У п.п. 33, 34, 36 цього рішення зазначено, що наявність суспільного інтересу у конфіскації не звільняє владу від обов'язку юридичного обґрунтування такого заходу.

Отже, вилучення незаконно набутого майна розглядається ЄСПЛ як таке, що відповідає суспільному інтересу щодо боротьби зі злочинністю, але під час запровадження таких заходів має бути дотриманий баланс цього інтересу та інтересу у забезпеченні непорушності права власності.

Цивільна конфіскація є способом вилучення у злочинця та пов'язаних з ним осіб у державну власність майна, яке не стало предметом конфіскації і спеціальної конфіскації у межах кримінальної справи, і щодо якого не доведено законність підстав (джерел) його набуття.

Критикуючи її запровадження, М. Хавронюк зауважує, що вона дублює більш широку процедуру *кримінально-правової спеціальної конфіскації*, визначену КПК України, що стосується багатьох видів злочинів (а не лише корупційних і легалізації майна), як засуджених осіб, так і звільнених від кримінальної відповідальності, як необґрунтованих активів, так й іншого майна, тому потреби у главі 9 ЦПК України немає. Наповнення ЦПК України нормами матеріального права руйнує класичні уявлення про побудову і призначення його як процесуального нормативного акта¹.

У главі 9 ЦПК України передбачені такі особливості процесу визнання необґрунтованими та вилучення активів:

- 1) позов пред'являє прокурор в інтересах держави;
- 2) відповідачем може бути лише: а) особа, уповноважена на виконання функцій держави або місцевого самоврядування (п. 1 ч. 1 ст. 3 Закону України «Про запобігання корупції»), щодо якої вступив у законну силу обвинувальний вирок суду за вчинення корупційного злочину (передбачені у ст.ст. 191, 262, 308, 312, 313, 320, 357, 410 КК України², у випадку вчинення шляхом зловживання службовим становищем, та у ст.ст. 210, 354, 364, 364-1, 365-2, 368-369-2 КК України) або за легалізацію (відмивання) доходів, одержаних злочинним шляхом; б) юридична особа, пов'язана із зазначеною у підп. а) особою, яка є власником (користувачем) майна, що отримане або використовується чи перебуває (перебувало) у розпорядженні вказаної у підп. а) особи.

Отже, позов не може бути пред'явлений до фізичних осіб, пов'язаних з особами, передбаченими у підп. а), які володіють (користуються) необґрун-

¹ Хавронюк М. Спецконфіскація – покарання без вироку суду або покарання без злочину. *Ракурс*. 2016, 26 грудня. URL: <http://ua.racurs.ua/1385-sproba-zaprovdjennya-speckonfiskaciyi>.

² Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 року № 2341-III. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2341-14/print1485855830866562>.

тованими активами, хоча зазвичай активи оформляються на близьких осіб і їх майно має прискіпливо вивчатися. Потребує законодавчого визначення також термін «пов'язана особа»¹.

Оскільки такий позов має на меті припинення права власності, то належним відповідачем має бути саме власник майна, а особа, яка має право користування чи розпорядження майном, може залучатися співвідповідачем чи третьою особою, яка не заявляє самостійних вимог, на боці відповідача;

3) прокурор зобов'язаний вжити заходів щодо встановлення майна, отриманого особою, зазначеною у підп. а), у т. ч. у користування або розпорядження. Якщо користування припинено, то підстав для позову немає і розширеному тлумаченню відповідна норма не підлягає, інакше особа буде позбавлена права власності у випадку, що не передбачений у законі;

4) активи визнаються необґрунтованими, якщо на підставі поданих доказів судом не встановлено, що активи або грошові кошти, необхідні для їх придбання, були набуті на законних підставах.

Отже, у ЦПК України передбачена презумпція неправомірності (необґрунтованості) набуття права власності, що відрізняє цивільну від спеціальної конфіскації, яка застосовується у разі доведення одержання майна внаслідок вчинення злочину або за рахунок доходів від такого майна.

У п. 8 ст. 31 Конвенції ООН проти корупції², ратифікованій Законом України від 18 жовтня 2006 року № 251-V, передбачено право держави встановити вимогу про те, щоб особа, яка вчинила злочин, довела законне походження ймовірних доходів від злочину або іншого майна, що підлягає конфіскації, тією мірою, якою така вимога відповідає основоположним принципам внутрішнього права й характеру судового або іншого розгляду.

В. Кравчук вважає, що вирок суду, яким особу засуджено за вчинення корупційного злочину або легалізацію доходів, одержаних злочинним шляхом, є достатньою умовою, щоб відійти від загальної презумпції правомірності набуття права власності та запровадження спеціального регулювання, поклавши тягар доказування обґрунтованості набуття майна на його власників³.

Заперечуючи проти цього, М. Хавронюк зазначає, що ситуація, коли підозрюваний має спростувати невідповідність активів своїм доходам, суперечить КК і КПК України, що зобов'язують органи досудового слідства

¹ Кравчук В. Визнання активів необґрунтованими: український експеримент. *Право власності: європейський досвід та українські реалії*: зб. доп. і матеріалів міжнар. конф. (м. Київ, 22–23 жовт. 2015 р.). Київ: ВАІТЕ, 2015. С. 233–234.

² Конвенції ООН проти корупції 31 жовтня 2003 року. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_c16/print1485804649358336.

³ Кравчук В. Визнання активів необґрунтованими: український експеримент. *Право власності: європейський досвід та українські реалії*: зб. доп. і матеріалів міжнар. конф. (м. Київ, 22–23 жовт. 2015 року). Київ: ВАІТЕ, 2015. С. 240.

довести за стандартом «поза розумним сумнівом» (за яким достатньо 1% сумнівів для виправдувального вироку) незаконність набуття активів. У правовій системі не можуть існувати різні підстави для юридичної відповідальності за одне діяння, як і у межах одного спору не можуть одночасно існувати презумпції невинуватості і вини. Це як покласти на злодія обов'язок довести у цивільному процесі, що він не вчиняв крадіжку¹.

Інститут цивільної конфіскації містить виключення з таких принципів і презумпцій матеріального та процесуального права: 1) принципу змагальності цивільного процесу, за яким кожна сторона має доводити ті обставини, на які вона посилається (ст.ст. 10, 60 ЦПК України); 2) презумпції правомірності набуття права власності, відповідно до якої право власності вважається набутим правомірно (ч. 2 ст. 328 ЦК України); 3) презумпції правомірності володіння майном, відповідно до якої фактичне володіння майном вважається правомірним (ч. 3 ст. 397 ЦК України).

В. Кравчук визначає обґрунтованість у контексті набуття активів і антикорупційного законодавства як набуття майна за рахунок законних джерел (не корупційних і не відмитих). Правомірність як стан, що відповідає праву, охоплює законність і обґрунтованість набуття права власності. Право власності може виникнути законно (на підставі договору), але необґрунтовано (за рахунок корупційних доходів), а тому неправомірною².

ЄСПЛ у п. 105 рішення у справі «Гогітідзе та інші проти Грузії» від 12 травня 2015 року³ зазначає, що правові стандарти допускають: 1) конфіскацію майна, пов'язану з серйозними кримінальними злочинами (корупція, відмивання коштів, оборот наркотичних засобів) без попереднього кримінального обвинувачення; 2) переведення тягаря доведення законності походження майна на відповідачів; 3) конфіскацію майна і доходів, отриманих шляхом конвертації або перетворення цінностей, отриманих злочинним шляхом, або змішаного з іншим майном, що має законне походження; 4) застосування конфіскації до будь-яких осіб, які володіють майном без необхідної добросовісності. ЄСПЛ зауважив, що відсутні причини вважати конфіскацію непропорційним заходом навіть за відсутності обвинувального вироку та є законним надання переваги доказам недостатності законного доходу відповідачів для придбання майна. Докази достатньої або високої

¹ Хавронюк М. Спецконфіскація – покарання без вироку суду або покарання без злочину. *Ракурс*. 2016, 23 грудня. URL: <http://ua.racurs.ua/1385-sproba-zaprovdajennya-speckonfiskaciyi>.

² Кравчук В. Визнання активів необґрунтованими: український експеримент. *Право власності: європейський досвід та українські реалії*: зб. доп. і матеріалів міжнар. конф. (м. Київ, 22–23 жовт. 2015 р.). Київ: ВАІТЕ, 2015. С. 239–240.

³ Рішення ЄСПЛ у справі «Гогітідзе та інші проти Грузії» від 12 травня 2015 року. URL: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/7864c99c46598282c2257b4c0037c014/895eb1efa4312a8dc22580f8003dfa2d/\\$FILE/Гогітідзе та інші проти Грузії.pdf](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/7864c99c46598282c2257b4c0037c014/895eb1efa4312a8dc22580f8003dfa2d/$FILE/Гогітідзе та інші проти Грузії.pdf).

ймовірності незаконного походження разом із неспроможністю власника довести протилежне ЄСПЛ визнає достатньою підставою для визначення пропорційності за ст. 1 Протоколу 1 (рішення у справах «Раймондо проти Італії», «Аркурі та інші проти Італії», «Морабіто та інші проти Італії», «Батлер проти Сполученого Королівства», «Уебб проти Сполученого Королівства», «Саккочча проти Австрії»).

О. М. Шуміло

§ 16. Земельний сервітут

На сьогодні сервітутні земельні відносини регулюються нормами Земельного (глава 16), Цивільного (глава 32), Лісового (ст. 23) кодексів України¹, а також законами України «Про землі енергетики та правовий режим спеціальних зон енергетичних об'єктів» і «Про телекомунікації».

Загальні засади земельного сервітуту. Право земельного сервітуту, виходячи із положень ст. 98 ЗК України:

- а) право власника або землекористувача земельної ділянки на обмежене платне або безоплатне користування чужою земельною ділянкою (ділянками);
- б) може бути постійним або строковим;
- в) не веде до позбавлення власника земельної ділянки, щодо якої встановлений земельний сервітут, прав володіння, користування та розпорядження нею;
- г) здійснюється способом, найменш обтяжливим для власника земельної ділянки, щодо якої він встановлений.

Земельний сервітут, як правило, розглядається між власниками чи користувачами двох земельних ділянок, які мають власні назви:

- пануюча – для використання якої за певним призначенням земельним сервітутом встановлене обмежене право користування іншою земельною ділянкою (земельна ділянка сервітуарія);
- обслуговуюча – корисні властивості якої використовуються сервітуарієм для обслуговування своєї земельної ділянки відповідно до встановленого земельного сервітуту (обслуговуючу земельну ділянку також називають обтяженою).

Згідно зі ст. 126 ЗК України право власності, користування земельною ділянкою оформлюється відповідно до Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень». Статтею 79¹ ЗК України встановлено, що державна реєстрація речових прав на земельні

¹ Методичні рекомендації щодо документів, які посвідчують речові права на земельну ділянку відповідно до законодавства: Рішення Державної реєстраційної служби України від 28.11.2012 р. *Бюлетень законодавства і юридичної практики України*. 2013. № 2.

ділянки здійснюється після державної реєстрації земельних ділянок у Державному земельному кадастрі. При цьому відповідно до ч. 6 ст. 21 Закону України «Про Державний земельний кадастр» відомості про межі частини земельної ділянки, на яку поширюється право суборенди, сервітуту, вносяться до Державного земельного кадастру на підставі технічної документації із землеустрою щодо встановлення меж частини земельної ділянки, на яку поширюється право суборенди, сервітуту.

Законом України «Про Державний земельний кадастр»¹ у ст. 29 врегульована процедура внесення до Державного земельного кадастру відомостей про сервітут, який поширюється на частини земельних ділянок. Ці відомості вносяться до здійснення державної реєстрації такого права на підставі заяви правонабувача, сторін (сторони) правочину, за яким виникає право сервітуту або уповноважених ними осіб. Для внесення до Державного земельного кадастру відомостей про межі частини земельної ділянки, на яку поширюється право сервітуту, заявник подає Державному кадастровому реєстратору центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері земельних відносин:

а) заяву за формою, встановленою Порядком ведення Державного земельного кадастру;

б) документи, на підставі яких виникає відповідне право сервітуту, із зазначенням меж частини земельної ділянки, на яку поширюється відповідне речове право;

в) електронний документ, що містить інформацію про зміст документації із землеустрою, яка є підставою для внесення відомостей до Державного земельного кадастру, із зазначенням меж частини земельної ділянки, на яку поширюється відповідне речове право.

Відповідний Державний кадастровий реєстратор протягом чотирнадцяти днів з дня реєстрації заяви перевіряє відповідність документів вимогам законодавства і за результатами перевірки вносить інформацію про межі відповідної частини земельної ділянки до Поземельної книги² або надає заявнику письмову мотивовану відмову у такому внесенні.

Землеустрій за ст. 20 Закону України «Про землеустрій»³ проводиться в обов'язковому порядку на землях усіх категорій незалежно від форми власності у разі встановлення в натурі (на місцевості) меж земель, обмежених

¹ Про Державний земельний кадастр: Закон України від 07.07.2011 р. № 3613-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2012. № 8. Ст. 61.

² Про затвердження Порядку ведення Державного земельного кадастру: Постанова КМ України від 17.10.2012 р. № 1051. *Офіційний вісник України*. 2012. № 89. Ст. 3598.

³ Про землеустрій: Закон України від 22.05.2003 р. № 858-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 36. Ст. 282.

у використанні та обмежених (обтяжених) правами інших осіб (земельні сервітути).

Право користування (сервітут) як речове право, похідне від права власності, підлягає державній реєстрації речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень.

Згідно із ч. 3 ст. 402 ЦК України у разі недосягнення домовленості про встановлення сервітуту та про його умови спір вирішується судом за позовом особи, яка вимагає встановлення сервітуту. Відповідно до ч. 1 ст. 401 ЦК України право користування чужим майном (сервітут) може бути встановлене щодо земельної ділянки, інших природних ресурсів (земельний сервітут) або іншого нерухомого майна для задоволення потреб інших осіб, які не можуть бути задоволені іншим способом. Право обмеженого користування чужим майном (сервітут) не може бути договірним зобов'язанням. Це – речове право, яке встановлюється в інтересах певної особи способом, передбаченим законом. Сервітуарій має виключне й абсолютне право користуватися чужим майном у визначеному обсязі. Таке право належить тільки йому і може бути припинене, крім випадків, встановлених законом, тільки ним самим¹.

У визначенні, що наводиться у ст. 404 ЦК України, перераховано певні види земельних сервітутів, а саме: право користування чужою земельною ділянкою або іншим нерухомим майном полягає у можливості проходу, проїзду через чужу земельну ділянку, прокладання та експлуатації ліній електропередачі, зв'язку і трубопроводів, забезпечення водопостачання, меліорації тощо. Право користування чужим майном може бути встановлено щодо іншого нерухомого майна (будівлі, споруди тощо). Наведений перелік неузгоджений із переліком, запропонованим ст. 99 ЗК України.

Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення умов ведення бізнесу (дерегуляція)»² було внесено зміни до зазначеної статті ЗК України, виключивши із неї сервітут щодо права прокладання та експлуатації ліній електропередачі, зв'язку, трубопроводів, інших лінійних комунікацій, хоча він залишається у ЦК України. Замість нього законодавець передбачив як окремий сервітут право на розміщення тимчасових споруд (малих архітектурних форм). Ця новела суперечить правовій природі інституту земельного сервітуту. Так, тимчасові споруди (малі архітектурні форми), як правило, встановлюються з метою ведення підприємницької діяльності: торгівлі, надання населенню побутових та інших

¹ Постанова Вищого господарського суду України від 02.02.2012 р. № 22/083-10/3. Ліга: Закон. URL: H020724.LHT.

² Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення умов ведення бізнесу (дерегуляція): Закон України від 12.02.2015 р. № 191-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2015. № 21. Ст. 133.

видів послуг тощо. Згідно зі ст.ст. 82, 93 ЗК України юридичні особи для провадження підприємницької та іншої діяльності можуть набувати земельні ділянки у власність або користуватися земельними ділянками на праві оренди¹. Законодавець, ввівши новий вид сервітуту щодо тимчасових споруд (малих архітектурних форм), надав можливість місцевим органам влади обходити вимоги ч. 2 ст. 16 Закону України «Про оренду землі», а саме – укладення договору оренди земельної ділянки із земель державної або комунальної власності здійснюється на підставі рішення відповідного органу виконавчої влади або органу місцевого самоврядування – орендодавця, прийнятого у порядку, передбаченому ЗК України, або за результатами аукціону. Тобто, на відміну від оренди, договір сервітуту земельної ділянки із земель державної або комунальної власності може укладатись без аукціону. З основними відмінностями оренди земельної ділянки від земельного сервітуту можна ознайомитись за посиланням².

Аналізуючи сучасні види сервітутів, слід порівняти їх із сервітутами римського права для кращого розуміння їх юридичної природи та можливості застосування у сучасних умовах, адже вичерпного переліку сервітутів цивільне та земельне законодавство не містить, дозволяючи, окрім чітко визначених, встановлювати ще інші види сервітутів, які відповідають ознакам сервітутного права і не суперечать законодавству.

Сервітуту часів римського права можна поділити на групи окремих видів сервітутів (як прав і як обов'язків)³.

Перша група – сільські (сільськогосподарські) сервітуту:

а) дорожні сервітуту (прогону⁴ худоби, путівця, пішохідний, право ходити по чужій ділянці);

б) водні сервітуту (право черпати воду на чужій ділянці та проводити воду по чужій земельній ділянці або над нею, відводити дощову воду на чужу ділянку та приймати її із верхньої ділянки, човнового перевезення через чужу водойму, переганяти худобу до води на сусідській ділянці і напувати її там);

¹ Пояснювальна записка до проекту закону України «Про внесення зміни до ст. 99 ЗК України щодо уточнення видів права земельного сервітуту» від 26.12.2016 р. № 5606. Ліга: Закон. URL: GH4VQ00A.LHT.

² Шуміло О. М. Земельне право України (у схемах): навч. посіб. Харків: НікаНова; ХНУВС, 2015. С. 86.

³ Класифікація за Бартошек М. Римское право (понятия, термины, определения); пер. с чешск. Москва: Юрид. лит., 1989. С. 294–296.

⁴ Прохід – це право проходу і проїзду людям, щодо тварин воно не діє. Прогін – це право провести тварину або транспортний засіб. Тому той, хто має право проходу, – права прогону не має, а хто право прогону має, той і право проходу має без тварин. Тобто, друге право включає перше. Право шляху – є право проходити, проїжджати і проводити, тобто обидва попередніх це право містять.

в) сервітут права на користування чужою ділянкою (пасти худобу, гасити вапно, видобувати крейду, камінь, пісок (тільки для власних потреб), брати дрова (ліс) у чужому лісі).

Друга група – домові (присадибні) сервітуту:

а) права щодо стін будівлі (вбудувати балку в сусідську стіну, обперти власну будівлю на стіну сусіда, який має утримувати її в належному стані, право мати балкон або дах, що нависає над сусідською ділянкою);

б) сервітуту водостоку (різні права стоку дощової води: відводити дощову воду в сусідський водостік; давати дощовій воді стікати з даху на сусідську ділянку; приймати дощову воду із сусідського даху на власну ділянку; віддавати дощову воду зі свого даху на сусідську ділянку. Відводити та приймати дощову воду жолобом на/із сусідської ділянки, відводити покидьки по стічному каналу на чужу ділянку або через неї);

в) права, що стосуються використання атмосферного повітря та інсоляції¹ (обов'язок будувати не вище встановленої висоти (та протилежне право), право прогону пари з лазні по штольні в канал на чужій ділянці, право випускати дим (чад) на чужу ділянку, право прорубати вікно в загальній чи чужій стіні, обов'язок не обмежувати будівлею або деревами доступ світла у вікна сусідського будинку (та протилежне право), обов'язок не обмежувати будовою або деревами огляд (вид) з сусідського будинку, право обмежувати доступ світла на сусідську ділянку).

Аналізуючи наведені види сервітутів, можна констатувати, що частина їх не втратила актуальність і сьогодні. Це стосується перш за все дорожніх, водних та сервітутів права користування і водостоку. Деякі з них збереглися у первозданному вигляді, інші зазнали певних змін або врегульовані іншими правовими інститутами, наприклад, орендою.

На сучасному етапі в Україні законодавчо визначено такі сервітуту.

ЗК України у ст. 99 містить такі види права земельного сервітуту:

- 1) право проходу та проїзду на велосипеді;
- 2) право проїзду на транспортному засобі по наявному шляху;
- 3) право на розміщення тимчасових споруд (малих архітектурних форм);
- 4) право прокладати на свою земельну ділянку водопровід із чужої природної водойми або через чужу земельну ділянку;
- 5) право відводу води зі своєї земельної ділянки на сусідню або через сусідню земельну ділянку;
- 6) право забору води з природної водойми, розташованої на сусідній земельній ділянці, та право проходу до природної водойми;

¹ Інсоляція – від лат. *in* – «всередину» та *sōl* – «сонце» – опромінення поверхонь сонячним світлом (сонячною радіацією), потік сонячної радіації на поверхню.

7) право поїти свою худобу із природної водойми, розташованої на сусідній земельній ділянці, та право прогону худоби до природної водойми;

8) право прогону худоби по наявному шляху;

9) право встановлення будівельних риштувань та складування будівельних матеріалів з метою ремонту будівель та споруд.

ЦК України у ст. 404 серед прав користування чужою земельною ділянкою або іншим нерухомим майном передбачає:

10) право прокладання та експлуатації ліній електропередачі, зв'язку і трубопроводів (подальша деталізація визначається законами України «Про землі енергетики та правовий режим спеціальних зон енергетичних об'єктів» та «Про телекомунікації», що викладено у наступних параграфах цього навчального посібника).

ЛК України у ст. 23 визначає окремий лісовий сервітут:

11) право на обмежене платне або безоплатне користування чужою земельною лісовою ділянкою.

Місцеві органи влади намагаються на локальному рівні врегулювати питання встановлення земельних сервітутів. Так, Мукачівська міська рада розробила проект рішення «Про затвердження Порядку встановлення земельних сервітутів для розміщення об'єктів інженерної, транспортної, енергетичної інфраструктури та зв'язку, прилеглих територій діючих автозаправних станцій (що використовуються для розміщення під'їздів, зон благоустрою та озеленення)»¹. Цим проектом розроблено також і проект форми Типового договору про встановлення земельного сервітуту². Однак слід пам'ятати, що типова форма договору на встановлення сервітуту відсутня.

Види земельно-правових сервітутів розрізняються залежно від класифікації за:

¹ Про затвердження Порядку встановлення земельних сервітутів для розміщення об'єктів інженерної, транспортної, енергетичної інфраструктури та зв'язку, прилеглих територій діючих автозаправних станцій (що використовуються для розміщення під'їздів, зон благоустрою та озеленення): Проект рішення Мукачівської міської ради сесія 7-го скликання 2016 р. // Офіційний сайт Мукачівської міської ради. URL: <http://mukachevo-rada.gov.ua/index.php/vidkryte-misto/rehuliatorna-diiialnist/proekty-rehuliatornykh-aktiv-ta-arv/item/900-prozatverdzhenniaporiadkuvstanovlenniagemelnykhservitutivdliarozmishchenniaobiekativinzhenernoitransportnoieneryhetychnoiiinfrastrukturytazviazkuprylehykhterytoriidiuuchykhavtozapravnykhstantsiishchovykorystovuiutsiadliarozmishchennia/900-prozatverdzhenniaporiadkuvstanovlenniagemelnykhservitutivdliarozmishchenniaobiekativinzhenernoitransportnoieneryhetychnoiiinfrastrukturytazviazkuprylehykhterytoriidiuuchykhavtozapravnykhstantsiishchovykorystovuiutsiadliarozmishchennia>.

² Проект форми Типового договору про встановлення земельного сервітуту: Додаток № 2 до рішення сесії 7-го скликання Мукачівської міської ради 2016 р. // Офіційний сайт Мукачівської міської ради. URL: http://www.mukachevo-rada.gov.ua/images/docs/regulyarotna_diyalnist/projects/project_rmr_20160216_001_dod2.pdf.

- 1) строками – постійні або строкові (табл. 3);
- 2) оплатою – оплатні та безоплатні;
- 3) підставою встановлення – законом, договором, заповітом, рішенням суду;
- 4) суб'єктами – неособисті та особисті (власник (володілець) сусідньої земельної ділянки).

Дія земельного сервітуту припиняється за таких підстав:

- а) в силу вимог закону:
 - поєднання в одній особі суб'єкта права земельного сервітуту, в інтересах якого він встановлений, та власника земельної ділянки;
 - закінчення терміну, на який було встановлено земельний сервітут;
- б) дозвіл зацікавленій особі лише вимагати припинення сервітуту в судовому порядку з подальшою реєстрацією припинення:
 - невикористання земельного сервітуту протягом трьох років;
 - порушення власником сервітуту умов користування сервітутом;
 - припинення підстав його встановлення;
 - коли встановлення земельного сервітуту унеможливило використання земельної ділянки, щодо якої встановлено земельний сервітут, за її цільовим призначенням (землі України за основним цільовим призначенням відповідно до ст. 19 ЗК України поділяються на дев'ять категорій);
- в) для припинення сервітуту слід здійснити процедуру реєстрації його припинення:
 - відмови особи, в інтересах якої встановлено земельний сервітут.

Таблиця 3 – Строки земельних сервітутів для розміщення об'єктів енергетики та передачі електроенергії

Земельні сервітутути	
постійні	строкові
Для розміщення споруд опорних конструкцій повітряних ліній електропередачі, трансформаторних підстанцій, розподільних пунктів, пристроїв і споруд	На період будівництва чи проведення планових ремонтних робіт об'єктів передачі електричної енергії

Земельний сервітут може бути припинений згідно з рішенням суду про його скасування, і це є способом його припинення, а не підставою.

Встановлення земельних сервітутів для розміщення об'єктів енергетики та передачі електроенергії. Оскільки основною метою енергопередавальної організації є забезпечення доступу до об'єктів своєї інфраструктури (тобто мова йде про обмежене користування земельною ділянкою), то механізм

земельного сервітуту для розміщення об'єктів енергетики та передачі електроенергії, вочевидь, передає суть цих правовідносин точніше, ніж договір оренди земельної ділянки¹.

Особливості встановлення земельних сервітутів для розміщення об'єктів енергетики та передачі електроенергії визначаються ст. 16 Закону України «Про землі енергетики та правовий режим спеціальних зон енергетичних об'єктів»². Так, юридичні особи, які будують чи експлуатують об'єкти енергетики та передачі електричної енергії, мають право використовувати земельні ділянки за договором про встановлення земельного сервітуту з власником чи користувачем земельної ділянки на праві постійних або строкових земельних сервітутів для розміщення таких об'єктів:

- будівництва, реконструкції, капітального ремонту, розміщення споруд опорних конструкцій повітряних ліній електропередачі, трансформаторних підстанцій, розподільних пунктів та пристроїв;
- проходу, проїзду, а також перевезення будівельних та інших матеріалів через земельну ділянку для будівництва і експлуатації ліній електропередачі;
- розміщення на земельній ділянці інформаційних щитів, попереджувальних знаків, які стосуються будівництва та експлуатації ліній електропередачі;
- проведення вишукувальних, дослідних та інших робіт для будівництва ліній електропередачі.

Особливістю таких сервітутів є те, що вони відрізняються залежно від того, чи надана обслуговуюча земельна ділянка у власність або користування. Якщо земельна ділянка державної та комунальної власності, не надана у власність чи користування, то сервітут встановлюється за договором з органом виконавчої влади або органом місцевого самоврядування в межах повноважень, визначених ЗК України та експлуатуючим підприємством³. Земельні сервітуту щодо права будівництва та обслуговування об'єктів передачі електричної енергії закріплюються на підставі договору про встановлення земельного сервітуту між експлуатуючим підприємством та власниками чи постійними користувачами земельних ділянок, укладеного в порядку, передбаченому ЦК України.

У договорі про встановлення земельного сервітуту для розміщення

¹ Бізнесомбудсмен. Системний звіт. «Підключення до електропостачання» липень 2015 року, стор. 26. URL: https://boi.org.ua/media/uploads/e-report_on_systemic_problem_ukr.pdf.

² Про землі енергетики та правовий режим спеціальних зон енергетичних об'єктів: Закон України від 09.07.2010 р. № 2480-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2011. № 1. Ст. 1.

³ Про надання земельних ділянок в оренду товариству з обмеженою відповідальністю «Ветряной парк Сакский»: Розпорядження Ради міністрів Автономної Республіки Крим від 13.11.2012 р. № 844. Ліга: Закон. URL: AR120844.LHT.

об'єктів енергетики та передачі електричної енергії зазначаються: а) зміст земельного сервітуту; б) кадастровий номер земельної ділянки, щодо якої встановлюється земельний сервітут (за наявності); в) площа земельної ділянки, на яку поширюється дія земельного сервітуту; г) відомості про земельну ділянку, на якій встановлюється земельний сервітут.

У разі недосягнення згоди щодо встановлення земельного сервітуту земельна ділянка може бути відчужена в порядку, встановленому Законом України «Про відчуження земельних ділянок, інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, які перебувають у приватній власності, для суспільних потреб чи з мотивів суспільної необхідності»¹. У разі, якщо встановлення земельного сервітуту призводить до неможливості використання земельної ділянки (її частини), власник чи користувач земельної ділянки має право вимагати вилучення (викупу) земельної ділянки (її частини) для суспільних потреб чи з мотивів суспільної необхідності, а орендар такої ділянки має право вимагати розірвання договору оренди земельної ділянки.

Слід виділити дві законодавчі проблеми щодо правозастосування правового інституту земельних сервітутів для розміщення об'єктів енергетики та передачі електроенергії. По-перше, у зв'язку з тим, що на практиці поширені непоодинокі випадки, коли енергопередавальна організація, яка звернулася до органу місцевого самоврядування з проханням узгодити землеустрій для сервітуту, мусить чекати 2–3 місяці до проведення наступної сесії, було б доцільно для земельних ділянок, які перебувають у комунальній власності, передбачити, що укладення договору земельного сервітуту не передбачає необхідності прийняття рішення шляхом голосування на сесії органу місцевого самоврядування, а для укладення достатнім є його підписання відповідними посадовими особами (наприклад, сільським головою, землевпорядником і секретарем сільської ради). По-друге, слід передбачити, що загальні підстави, зазначені в ч. 3 ст. 406 ЦК України, для припинення земельного сервітуту можуть у певних випадках не застосовуватися до земельних сервітутів, укладених для розміщення об'єктів енергетики².

Договір земельного сервітуту для розміщення об'єктів енергетики та передачі електроенергії є оплатним договором, але щодо сплати за такими договорами виникають поодинокі судові справи³. В основному це виникає

¹ Про відчуження земельних ділянок, інших об'єктів нерухомого майна, що на них розміщені, які перебувають у приватній власності, для суспільних потреб чи з мотивів суспільної необхідності: Закон України від 17.11.2009 р. № 1559-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2010. № 1. Ст. 2.

² Бізнесомбудсмен. Системний звіт. «Підключення до електропостачання» липень 2015 року стор. 27. URL: https://boi.org.ua/media/uploads/e-report_on_systemic_problem_ukr.pdf.

³ Про стягнення збитків: Постанова Вищого господарського суду України від 20.10.2011 р. № 5005/3917/2011. *Юридическая практика*. 2011. 11. № 44.

через незрозумілість порядку визначення плати за встановлення такого земельного сервітуту. Згідно із законодавством така плата визначається у договірному порядку за згодою сторін. Але ця ситуація дає можливість для сервітуарія вимагати плату у заниженому розмірі, а для власника чи користувача земельної ділянки – завищувати плату.

Лісові сервітути. Відповідно до ст. 23 ЛК України передбачається можливість встановлення лісового сервітуту, тобто права на обмежене платне або безоплатне користування чужою земельною лісовою ділянкою. До лісового сервітуту віднесено право громадян вільно перебувати в лісах державної та комунальної власності, якщо інше не передбачено законом. Це право тісно переплітається із правом загального природокористування¹, яке здійснюється відповідно до ст. 38 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища»² фізичними особами для задоволення життєво необхідних потреб (естетичних, оздоровчих, рекреаційних тощо) безоплатно, без закріплення лісової ділянки за окремими особами і надання відповідних дозволів, за винятком обмежень, передбачених законодавством України.

Право загального лісокористування розкривається у ст. 66 ЛК України і передбачає право громадян в лісах державної та комунальної власності вільно перебувати, безоплатно без видачі спеціального дозволу збирати для власного споживання дикорослі трав'яні рослини, квіти, ягоди, горіхи, гриби тощо, крім випадків, передбачених законодавством України. Лісове законодавство у п. 1.3 Правил використання корисних властивостей лісів³ передбачає право загального використання корисних властивостей лісів громадянами, які мають право вільно, безоплатно та без видачі спеціального дозволу на використання лісових ресурсів перебувати у лісах державної та комунальної власності з метою задоволення власних культурно-оздоровчих, рекреаційних, спортивних та туристичних цілей. На відміну від загального правила встановлення сервітуту, щодо наявної сусідньої земельної ділянки чи розташованого поруч природного об'єкта, ми бачимо приклад публічного лісового сервітуту⁴.

Державна власність на ліси за своїм характером підходить для виконання

¹ Оніка Я. В. Речові права на земельні ділянки лісогосподарського призначення: цивільно-правовий аспект: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Харків. нац. ун-т ім. В. Н. Каразіна. Харків, 2015. 20 с.

² Про охорону навколишнього природного середовища: Закон України від 25.06.1991 р. № 1264-ХІІ. *Відомості Верховної Ради України*. 1991. № 41. Ст. 546.

³ Про затвердження Правил використання корисних властивостей лісів: Наказ Міністерства аграрної політики та продовольства України від 14.08.2012 р. № 502. *Офіційний вісник України*. 2012. № 69. Ст. 2834.

⁴ Кобецька Н. Р. Особливості прав на природні ресурси. *Збірник наукових праць викладачів Юридичного інституту*. Івано-Франківськ, 2012. С. 106. URL: <http://194.44.152.155/elib/local/1291.pdf>.

загальнодержавних завдань щодо забезпечення потреб населення в лісових ресурсах, для реалізації публічних інтересів. Тому є не зовсім виправданим встановлення права обмеженого користування чужими лісовими ділянками (лісовий сервітут) стосовно лісів, що перебувають у державній власності. Громадяни і так для задоволення життєво необхідних потреб використовують ліси в силу нормативних приписів Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища» та ЛК України. Тобто за своєю суттю лісовий сервітут є видом безоплатного короткострокового тимчасового користування громадян лісами¹.

У разі встановлення лісового сервітуту права власників лісів або лісокористувачів можуть бути обмежені на користь інших заінтересованих осіб на підставі закону, договорів, заповіту або за рішенням суду (приватний лісовий сервітут). Установлення лісового сервітуту не веде до позбавлення власника земельної лісової ділянки, щодо якої встановлений лісовий сервітут, права володіння, користування та розпоряджання нею, а користувача – володіння, користування.

Лісовий сервітут, як і земельний сервітут, здійснюється способом, найменш обтяжливим для власника лісів або користувача земельної лісової ділянки, щодо якої він установлений.

Наведений вище правовий інститут лісового сервітуту встановлення різного характеру публічних сервітутів (земельних, лісових), з урахуванням досвіду зарубіжних країн, у майбутньому має бути відмінений, але норми про право вільного перебування громадян у лісах залишаться. Виходячи з цього, встановлення сервітуту є більш виправданим для власників приватних земельних ділянок та лісів щодо конкретних прав визначеного кола осіб, на користь яких він може бути визначений².

Сервітут для прокладання під землею телекомунікаційних мереж та/або усунення їх пошкоджень. Оператори телекомунікацій, які відповідно до Закону України «Про телекомунікації»³ внесені до реєстру операторів, провайдерів телекомунікацій, мають право вимагати від власників земельних ділянок або землекористувачів установлення сервітутів для категорії земель, визначених ЗК України, для прокладання під землею телекомунікаційних мереж та/або усунення їх пошкоджень. Розмір плати (тарифи) за встановлення земельного сервітуту для прокладання під землею та/або усунення пошкоджень

¹ Сторожук В. Ф. Розвиток інституту права власності на землі лісогосподарського призначення в Україні. Київ, 2013. С. 21. URL: http://www.fleg.org.ua/wp-content/uploads/2014/05/Storozhuk_forest_ownership_rights_Nov2013.pdf.

² Шуміло О. М., Зуєв В. А., Бригадир І. В. та ін. Екологічне право України. Особлива частина: навч. посіб. Київ: Центр учбової літ., 2012. С. 155–157.

³ Про телекомунікації: Закон України від 18.11.2003 р. № 1280-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 12. Ст. 155.

телекомунікаційних мереж для власників або землекористувачів установлює КМ України. На сьогодні плата Урядом України не передбачена. Виходячи з ситуації, що склалася, оператори, провайдери телекомунікацій та представники Департаменту зв'язку Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сфері зв'язку та інформатизації України, лобіюють можливість установлення безоплатних земельних сервітутів для земель телекомунікацій у Законі України «Про телекомунікації» хоча б у частині, що стосується лінійних, станційних споруд та інших технічних засобів телекомунікацій, споруджених, прийнятих в експлуатацію та взятих на баланс підприємствами зв'язку ще до набрання чинності ЗК України¹. Оператори та провайдери телекомунікацій відхиляють пропозиції органів самоврядування, наголошуючи на відсутності підстав для укладення договору на встановлення земельного сервітуту на умовах, запропонованих міською радою, оскільки КМ України не встановлений розмір відповідної плати, запропонувавши натомість розглянути питання передачі відповідних земельних ділянок в безоплатне користування².

Телекомунікації (електрозв'язок) – це передавання, випромінювання та/або приймання знаків, сигналів, письмового тексту, зображень та звуків або повідомлень будь-якого роду по радіо, проводових, оптичних або інших електромагнітних системах. Для збереження якості сільськогосподарських та інших цінних земель існує вимога стосовно того, що лінії електропередачі і зв'язку та інші комунікації проводяться головним чином вздовж шляхів, трас тощо. Але це не позбавляє можливості отримання сервітуту для прокладання телекомунікаційних мереж.

Взявши до уваги наведене визначення, можна стверджувати, що зазначений сервітут стосується земель зв'язку, до яких відповідно до ст. 75 ЗК України належать земельні ділянки, надані під кабельні телефонно-телеграфні лінії та супутникові засоби зв'язку. Ця категорія земель може перебувати у державній, комунальній та приватній власності. Уздовж підземних кабельних ліній зв'язку, що проходять поза населеними пунктами, а також навколо

¹ Хохотва І. І., Сандул В. С. Упорядкування суспільних відносин щодо використання земель для об'єктів телекомунікацій. *Правова інформатика*. 2013. № 1. С. 11–16. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Pinform_2013_1_4.

² Про встановлення для останнього платного, у розмірі 3% річних від нормативної грошової оцінки земельної ділянки на рік, земельного сервітуту на використання Публічним акціонерним товариством «Укртелеком» земельної ділянки за адресою: вул. Соборна – вул. Червонохрестівська – вул. Грушевського м. Вінниці (в межах охоронної зони кабелів зв'язку) площею 0,3686 га, згідно із кадастровим планом, для підземного розміщення та експлуатації об'єктів і споруд телекомунікації (Див.: Постанова Вищого господарського суду України від 05.03.2013 р. № 8/37/2012/5003. Ліга: Закон. Система аналізу судових рішень VERDICTUM. URL: KP960135.LHT).

випромінюючих споруд телерадіостанцій та радіорелейних ліній, встановлюються охоронні зони. Наприклад, для підземних кабельних і повітряних ліній електрозв'язку – це смуга землі, обмежена паралельними лініями, віддаленими від траси підземних кабелів або від крайніх проводів повітряних ліній на відстані двох метрів з кожного боку¹. У межах охоронних зон ліній електрозв'язку і навколо випромінюючих споруд електрозв'язку без письмової згоди операторів телекомунікацій, а також без присутності їх представника забороняється виконувати різного виду будівельні, монтажні, вибухові і земляні роботи, а також розрівнювати ґрунт за допомогою бульдозера, екскаватора, скрепера, грейдера та іншої землерийної техніки; проводити сільськогосподарські земляні роботи на глибині більш як 0,3 метра тощо. Таким чином при укладанні правочину щодо сервітуту слід брати до уваги ще й площу охоронної зони ліній телекомунікацій, оскільки довжина полотна штикової лопати може дорівнювати 0,3 метра і тому проводити якісь земляні роботи на площі, обмеженій таким сервітутом, власникові або користувачеві земельної ділянки забороняється.

О. М. Шуміло

§ 17. Право користування земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб (емфітевзис)

Становлення договору емфітевзису. Для розуміння юридичної природи емфітевзису слід проаналізувати становлення цього інституту в історико-правовому аспекті². Цей термін бере початок від лат. *emphyteusis* і від грец. *μφύτευσις* – вростання – обов'язок обробляти і покращувати земельну ділянку і тому в першому значенні це право виступало як довгострокова спадкова оренда. Надалі в юстиніанівському праві його розуміли як постійну спадкову оренду польових земельних ділянок *agri vectigales* (дохідні поля)³. Муніципії і *collegia* (приватні об'єднання) практикували здачу власних земель приватним громадянам, стягуючи з них із певною періодичністю плату, яка називалася *vectigal* (рента, плата)⁴. Земля здавалася з тим застереженням, що в умовах

¹ Про затвердження Правил охорони ліній електрозв'язку: Постанова КМ України від 29.01.1996 р. № 135 // Ліга: Закон. URL: 29933633.

² Бартошек М. Римское право (Понятия, термины, определения); пер. с чешск. Москва: Юрид. лит., 1989. С. 119–120.

³ Існувало вектігальне право (*ius in agro vectigali*) – у Стародавньому Римі право спадкової довгострокової оренди земель, що належать державі або публічним корпораціям, за певну річну плату (*vectigal*). Поступово зливалось з емфітевзисом і було формально об'єднано з ним за часів імператора Юстиніана.

⁴ Особлива щорічна рента, орендна плата за користування державною землею: *ager vectigalis, fundus, vectigale praedium* позначає поземельні ділянки, які держава, громади,

постійної оренди або оренди на невизначений час, поки *vectigal* буде вноситися своєчасно, дана земельна ділянка не може бути відібрана ні в орендаря, ні у його спадкоємців¹. Теоретичну суперечку, чи є емфітевзис договором купівлі-продажу або договором найму, вирішив імператор Зенон I саврянин (V ст. н. е.): емфітевзис – реальний договір *sui generis*. У своїй постанові він встановив, що тут не йдеться ні про продаж, ні про оренду, але про інший тип відносин, пов'язаних із особливим правом. Так званий третій тип контракту (*tertium genus contractus*): у ту епоху купівля-продаж трактувалася як угода з речово-правовим ефектом, оренда – із зобов'язальним, звідси специфіка договору про встановлення емфітевзису. З істотного обмеження прав власника при емфітевзисі в середньовічних школах римського права виникла наука про розділену власність².

Таким чином емфітевзис у римському праві полягає в речовому відчужуваному і передаваному праві на чужу нерухомість, яке наділяє «емфітевта» найширшими повноваженнями щодо речі, включно з обов'язком вносити «цеденту, концесіонеру», тобто щорічну плату. Про те, що у концесіонера зберігається право на нерухомість, яке, на відміну від «*dominium utile*», емфітевти називають в юриспруденції «*dominium eminens*», окрім щорічної оплати, свідчить ще й той факт, що «явний» власник може витребувати нерухомість щоразу, як не була внесена плата за два (у деяких джерелах три) роки (перехід), а за рівних умов він користується перевагою перед будь-яким іншим набувачем нерухомості (перевага). Для цього на емфітевта покладається обов'язок попередньо за два місяці повідомляти «явного» власника про всі пропозиції, що надходять, щоб дозволити йому скористатися таким правом. У випадку відчуження нерухомості іншим особам він зобов'язаний сплатити власнику 2% від покупної ціни як компенсацію за схвалення (хоча б навіть мовчазне) відчуження (лаудемій). Емфітевзис утворюється за угодою сторін (договір про емфітевзис) і за заповідальним розпорядженням. Припиняється він, окрім передачі, також унаслідок знищення нерухомості, злиття (викупу або звільнення), відмови, закінчення визначеного строку³.

корпорації, міста віддавали приватним особам в спадкову оренду за певну річну плату. *Agri vectigales* зникають з часів Костянтина, і потім вираз *emphyteusis* став додаватися до всякої спадкової оренди (1. 15 § 1 D. 2, 8). (Див.: Дыдынский Ф. М. Латинско-русский словарь к источникам римского права. изд. 2-е, доп. Варшава: Типография К. Ковалевского, 1896).

¹ Санфилиппо Чезаре. Курс римского частного права: учебник / под ред. Д. В. Дождева. Москва: БЕК, 2002. С. 205.

² Бартошек М. Римское право (понятия, термины, определения); пер. с чешск. Москва: Юрид. лит., 1989. С. 119–120.

³ Санфилиппо Чезаре. Курс римского частного права: учебник / под ред. Д. В. Дождева. Москва: БЕК, 2002. С. 205.

Договір емфітевзису у сучасному праві. Договір емфітевзису широко використовується в країнах із розвинутою економікою. Розглядається такий договір як контракт, за яким нерухоме майно передається держателю, назавжди або на довгий строк, за встановлену ренту або оброк, за умов, що орендар має покращити об'єкт права власності шляхом будівництва, культивування ділянки тощо, з правом орендаря відчужувати нерухоме майно на власний розсуд або передавати у спадок нащадкам, без права анулювання, переукладання або позову про конфіскацію з боку особи, що надала таке право, за винятком несплати рентних платежів¹.

Українське законодавство до прийняття ЦК України та внесення змін до ЗК України не застосовувало такий правовий інститут, і поки що у зв'язку з недосконалістю правового регулювання зазначене право використовується у господарській діяльності дуже обмежено. У Пояснювальній записці до проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення правового регулювання користування земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб (емфітевзис)»² наведено динаміку розвитку таких прав в Україні, і вона є позитивною (табл. 4). Щодо кількості зареєстрованих прав емфітевзису, включаючи перепродаж за 2011 – I кв. 2016 рр., то областями-лідерами є Полтавська – 4598; Запорізька – 2596; Херсонська – 2486, а найменші показники мають: Рівненська (3) та Волинська (2) області.

Таблиця 4 – Динаміка розвитку права емфітевзису в Україні

Показник	2011	2012	2013	2014	2015	2016 (3 міс.)
Кількість зареєстрованих прав емфітевзису	412	1915	2954	7727	8138	1088

Законодавець вбачає такі переваги правового інституту емфітевзису порівняно з орендою землі:

- незарегульованість процедур виникнення, переходу, виконання та припинення права емфітевзису і можливість сторін договору визначати ці процедури у договірному порядку;
- можливість вільного обороту права емфітевзису та його можливість виступати предметом відчуження, застави;

¹ Emphyteusis. Black's Law Dictionary, 2nd Ed. URL: <http://thelawdictionary.org/emphyteusis/>.

² Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення правового регулювання користування земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб (емфітевзис)»: від 15.07.2016 р. № 4010а // Ліга: Закон. URL: GH33E68A.LHT.

– можливість використання права емфітевзису як правового інструменту у консолідації земельних ділянок, розташованих у масивах земель сільськогосподарського призначення¹.

Згідно з земельним законодавством фермерські чи особисті селянські господарства не можуть мати земельні ділянки на праві постійного користування, а мають переформити у встановленому порядку право власності або право оренди на них відповідно до п. 6 Перехідних положень ЗК України. Тому зараз державний акт на право постійного користування земельною ділянкою сільського господарства надає особі лише право користування земельною ділянкою, але вона не позбавлена можливості звернутися до власника цієї земельної ділянки для оформлення своїх прав на користування вказаною земельною ділянкою в порядку емфітевзису, передбаченому ст. 407 ЦК України².

Право користування чужою земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб передбачено гл. 33 ЦК України та доповненою главою 16¹ ЗК України, яка включає одну ст. 102-1³. Пріоритетними щодо регламентації такого договору є норми цивільного законодавства відповідно до ч. 5 ст. 102-1 ЗК України, але з урахуванням та додержанням вимог земельного законодавства щодо особливостей земельної ділянки як предмета договору. Емфітевзис встановлюється договором між власником земельної ділянки сільськогосподарського призначення і землекористувачем (емфітевтом), який буде використовувати її виключно для сільськогосподарських потреб. Таке право може відчужуватися і передаватися у порядку спадкування⁴, крім випадків, коли земельна ділянка знаходиться на праві державної або комунальної власності.

При застосуванні права емфітевзису слід розмежувати юридичну природу цього права від суміжних інститутів використання таких земель, як то – право власності, право постійного користування, право оренди, право ренти, а

¹ Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення правового регулювання користування земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб (емфітевзис)»: від 15.07.2016 р. № 4010а // Ліга: Закон. URL: GH33E68A.LHT.

² Про визнання права на спадщину: Постанова Верховного Суду України. Судова палата у цивільних справах Верховного Суду від 23.11.2016 р. № 6-3113цс15. *Цивільне судочинство. Судова практика у цивільних справах*. 2017. № 1.

³ Про внесення змін та визнання такими, що втратили чинність, деяких законодавчих актів України у зв'язку з прийняттям Цивільного кодексу України: Закон України від 27.04.2007 р. № 997-V. *Офіційний вісник України*. 2007. № 43. Ст. 1703.

⁴ Пункт 40 Про судову практику в справах про захист права власності та інших речових прав: Постанова Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 07.02.2014 р. № 5. *Закон і Бізнес*. 2014. 03. № 9.

також від інших речових прав на земельні ділянки – володіння, користування – право земельного сервітуту, право суперфіцію¹.

Особливістю права емфітевзису є об'єкт – земельна ділянка сільськогосподарського призначення. Згідно зі ст. 22 ЗК України землями сільськогосподарського призначення визнаються землі, надані для виробництва сільськогосподарської продукції, здійснення сільськогосподарської науково-дослідної та навчальної діяльності, розміщення відповідної виробничої інфраструктури, у т. ч. інфраструктури оптових ринків сільськогосподарської продукції, або призначені для цих цілей.

Строк емфітевтичного права визначається сторонами і законодавством не обмежується, на відміну від договору оренди земель сільськогосподарського призначення (див. ч. ч. 1, 4 ст. 19 Закону України «Про оренду землі»), але для земельних ділянок державної або комунальної власності він не може перевищувати 50 років², хоча існує наукова думка про неможливість реалізації емфітевзису щодо земель державної і комунальної власності, оскільки у ЗК України передбачені інші правові форми використання таких земель відповідними суб'єктами³. Якщо зазначений договір укладено на невизначений строк, кожна із сторін може відмовитися від договору, але попередньо попередивши про це іншу сторону не менш як за один рік. Виходячи із цього, можна зробити висновок, що мінімальним терміном договору є один рік.

Законодавством не визначається мінімальний розмір плати, її форма, умови, порядок та строки її виплати, бо ці фактори встановлюються договором за згодою сторін. Серед таких форм плати за договором емфітевзису, за аналогією з орендою, можуть бути грошова, натуральна, відробіткова або змішана. На практиці у договорах емфітевзису передбачають, що емфітевт у строк до певної дати поточного року самостійно розраховує і сплачує земельний податок. Щодо самого договору, то він підлягає державній реєстрації в порядку, передбаченому Законом України «Про державну реєстрацію речових прав на майно та їх обмежень».

Власник земельної ділянки не може вмішуватися чи перешкоджати емфітевту здійснювати реалізацію його прав щодо земельної ділянки. Емфітевт, у свою чергу, зобов'язаний ефективно використовувати земельну ділянку відповідно до її функціонального і цільового призначення та згідно з вимогами ЗК України, законів України «Про фермерське господарство», «Про

¹ Носік В. В. Науково-практичний коментар до ст. 407 ЦК України // Ліга: Закон. URL: [KK001574.LHT](#).

² Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо сприяння будівництву: Закон України від 16.09.2008 р. № 509-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2008. № 48. Ст. 358.

³ Носік В. В. Науково-практичний коментар до ст. 407 ЦК України. Ліга: Закон. URL: [KK001574.LHT](#).

сільськогосподарську кооперацію»¹, «Про особисте селянське господарство», «Про охорону земель»², а також підвищувати її родючість, застосовувати природоохоронні технології виробництва, утримуватися від дій, які можуть призвести до погіршення екологічної ситуації.

Землекористувач має право на відчуження права емфітевзису, якщо інше не встановлено законом. У разі продажу права користування земельною ділянкою власник цієї земельної ділянки має переважне перед іншими особами право на його придбання, за ціною, що оголошена для продажу, та на інших рівних умовах. Емфітевт зобов'язаний письмово повідомити власника земельної ділянки про продаж права користування нею. Якщо протягом одного місяця власник не надішле письмової згоди на купівлю, право користування земельною ділянкою може бути продане іншій особі.

У разі продажу емфітевтом права користування земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб іншій особі власник земельної ділянки має право на одержання відсотків від ціни продажу (вартості права), встановлених договором (на практиці від 2 до 5%).

Право емфітевзису припиняється у разі:

- поєднання в одній особі власника земельної ділянки та емфітевта;
- спливу строку, на який було надано право користування;
- викупу земельної ділянки у зв'язку із суспільною необхідністю;
- за рішенням суду (наприклад, конфіскація або визнання недійсним договору емфітевзису) в інших випадках, встановлених законом.

Щодо переліку необхідних документів, що подаються для проведення державної реєстрації емфітевзису; підтверджують виникнення емфітевзису; підтверджують перехід емфітевзису на нерухоме майно; підтверджують припинення емфітевзису, із їх переліком можна ознайомитись, звернувшись до Методичних рекомендацій стосовно документів, необхідних для проведення державної реєстрації речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень³.

Актуальні проблеми, що існують при застосуванні правового інституту емфітевзису:

- невизначений правовий механізм звернення стягнення на право емфітевзису;
- заборона на відчуження права емфітевзису, встановленого на землях

¹ Про сільськогосподарську кооперацію: Закон України від 17.07.1997 р. № 469/97-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1997. № 39. Ст. 261.

² Про охорону земель: Закон України від 19.06.2003 р. № 962-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 39. Ст. 349.

³ Методичні рекомендації стосовно документів, необхідних для проведення державної реєстрації речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень: Рішення колегії Державної реєстраційної служби України від 11.12.2012 р., протокол № 3. *Бюлетень законодавства і юридичної практики України*. 2013. № 2.

державної та комунальної власності, у разі, якщо таке право набуто на земельних торгах;

- відсутність граничного терміну права емфітевзису, встановленого на землях приватної форми власності;
- заборона емфітевту на право передачі земельної ділянки в оренду, а також інші питання щодо становлення права емфітевзису в Україні.

О. М. Шуміло

§ 18. Право забудови земельної ділянки (суперфіцій)

У римському праві, починаючи з республіканської епохи, держава зазвичай надавала приватним особам пільгу адміністративного характеру, яка полягала у праві будувати на громадських землях і користуватися зведеною будівлею вічно або протягом певного часу в обмін на сплату *solarium* (земельного податку). Успадковуючи цей принцип, аналогічні відносини щодо інституту приватної землі склалися і між приватними особами, причому розглядалися вони як оренда або як купівля-продаж залежно від того, чи встановлювалося відповідне відшкодування у формі річної орендної плати або ціни, що сплачували *ina tantum* однократно. Однак внаслідок особливого характеру відносин спочатку претор давав орендарю або покупцеві спеціальний інтердикт¹ *desuperficiebus* (аналогічний інтердикту *utipossidetis*), а згодом ще й новий позов для того, щоб захистити орендаря або покупця як від власника землі, так і від третіх осіб, причому не тільки від можливих перешкод, але й від того, щоб не було потреби знову отримувати право користування поверхнею землі від будь-кого, хто стане її власником у майбутньому.

У результаті зазначеного історичного розвитку (внаслідок надання «суперфіціарію» захисту, в загальному і цілому аналогічного захисту власника) з'явилося нове речове право на чужу річ *superficies*, яке встановилося в юстиніанівському праві як відчужуване і передане право, що давало своєму носієві (суперфіціарію) право користування ділянкою в обмін на сплату відповідного відшкодування. Право це утворювалося за договором або на основі заповідального розпорядження і припинялося з тих самих підстав, що і емфітевзис, за винятком перенесення².

Суперфіцій – це аналогічне з емфітевзисом речове, відчужуване, що передається у спадщину право зведення будівлі на чужій міській ділянці з

¹ У сфері захисту порушених прав у розпорядженні претора, крім системи позовів, були також інші процесуальні засоби у вигляді актів адміністративної влади – інтердиктів (*interdicta*). Вони мали форму наказу чи заборони, обов'язкових для виконання.

² Санфилиппо Чезаре. Курс римського частного права: учебник / под ред. Д. В. Дождева. Москва: БЕК, 2002. С. 206.

правом користуватися цією будівлею. Право власності на неї належало власнику земельної ділянки за правилом: *superficies solo cedit* – будівля іде за землею. У сучасних зарубіжних конструкціях суперфіції розглядається як відчуження власником земельної ділянки усіх прав, необхідних для будівництва на цій ділянці (зазвичай за щорічну ренту)¹.

Зазначений вище принцип суперечить принципу, що став у останні десятиріччя розвитку земельного права панівним при визначенні юридичної долі земельної ділянки – «земля успадковує долю будівлі». ЗК України у ст. 120 та ЦК України у ст. 377 встановлено, що у разі набуття права власності на жилий будинок, будівлю або споруду, що перебувають у власності, користуванні іншої особи, припиняється право власності, право користування земельною ділянкою, на якій розташовані ці об'єкти. До особи, яка набула право власності на жилий будинок, будівлю або споруду, розміщені на земельній ділянці, що перебуває у власності іншої особи, переходить право власності на земельну ділянку або її частину, на якій вони розміщені, без зміни її цільового призначення. Цю правову конструкцію підкріплює п. «е» ст. 141 ЗК України, відповідно до якого підставою припинення права користування земельною ділянкою є набуття іншою особою права власності на жилий будинок, будівлю або споруду, які розташовані на земельній ділянці. Вказане дозволяє стверджувати, що в межах поділу речей на головні та приналежні в даному випадку головною річчю залишається житловий будинок, який знаходиться на земельній ділянці, а приналежністю – сама земельна ділянка, яка наслідує юридичну долю нерухомого майна, яке на ній розміщене². *При суперфіції діє децю інше правило, коли за власником земельної ділянки може залишитись право і на збудовану суперфіціарієм будівлю.* Як зазначають І. А. Дроздов і О. М. Козир, особливістю суперфіцію є те, що, будучи зведеними на «чужій» землі, всі споруди не переходять автоматично у власність власника цього речового права. Навпаки, за загальним правилом вони переходять у власність тієї особи, яка є власником цієї земельної ділянки. Така конструкція є логічним втіленням принципу єдиного об'єкта стосовно земельної ділянки і розташованих на ній будівель і споруд³.

Як зазначає А. Г. Гойхбарг, у ХХ сторіччі багато європейських країн законодавчо ввели право забудови як засіб боротьби з житловою скрутою. Зі

¹ Superficies. Black's Law Dictionary, 2nd Ed. URL: <http://thelawdictionary.org/superficies/>.

² Методичні рекомендації стосовно документів, необхідних для проведення державної реєстрації речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень: Рішення колегії Державної реєстраційної служби України від 11.12.2012 р., протокол № 3. *Бюлетень законодавства і юридичної практики України*. 2013. № 2.

³ Дроздов И. А., Козырь О. М. О вещных правах на земельные участки и иные природные объекты (анализ положений Концепции развития законодательства о вещном праве). С. 59. URL: http://www.arbitr.ru/_upimg/B9A9B7FC27D29FEC54F8AC2ECB57C26F_Droz dov.pdf.

встановленням цього речового права надавалася можливість незаможним людям, які не мали коштів на придбання самої земельної ділянки, все ж обзаводитися власними будиночками, володіння якими було забезпечено їм на досить тривалий термін. Власність на землю в цих випадках залишалася за землевласником, а забудовник отримував особливе самостійне речове право. Таким чином і землі, яких власник не хотів або не міг (наприклад, міські володіння) продати, все ж могли піти під будівництво приватних будинків. Вигода для власника полягала у тому, що після закінчення строку права забудови він отримував свою землю назад, збільшену в цінності завдяки зведенню на ній будівлям. Вигода для забудовника полягала в заощадженні величезної суми, яку йому довелося б сплатити при купівлі землі, причому йому доводилося б тільки щорічно сплачувати відсотки на цю суму у вигляді чиншу (оброк, плата за користування землею)¹ землевласнику².

Відносини щодо суперфіцію врегульовані главою 34 ЦК України та доповнені главою 16¹ ЗК України. Доречним буде зазначити, що цей правовий інститут існував не у вигляді суперфіцію, а на праві забудови³, яке за Цивільним кодексом УСРР від 1922 р. визначалося як право зведення на державній землі будівлі та користування нею разом із земельною ділянкою протягом обумовленого строку (ст.ст. 71–84)⁴. Проте це право проіснувало недовго і ще в більш зміненому вигляді стало зводитися до права забудови житлово-будівельними кооперативами земельних ділянок, відведених їм державою.

Суперфіцій на сучасному етапі залишається корисною альтернативою оренди земельної ділянки, надаючи певні додаткові інструменти її користувачеві. Це пов'язано зі зростаючою ринковою вартістю землі, а також її обмеженою кількістю для забудови. Тому для багатьох осіб немає можливості придбати чи отримати у власність земельні ділянки для забудови. Додатковим аргументом на користь суперфіцію є те, що на умовах договору оренди, який є зобов'язальним, орендар у майбутньому не може повністю гарантувати собі право власності на будинок, що знаходиться на земельній ділянці власника. За договором суперфіцію власник земельної ділянки має право надати її в користування іншій особі для будівництва промислових, побутових, соціально-культурних, житлових та інших споруд і будівель (суперфіцій). Тобто сторо-

¹ Жайворонок В. В. Знаки української етнокультури: словник-довідник. Київ: Довіра, 2006. С. 640.

² Гойхбарг А. Г. Хозяйственное право РСФСР. Т. 1. 2-е изд. Москва, Петроград, 1923. С. 80–81.

³ Сурженко О. А. Суперфіцій – від римського до українського права. *Теорія і практика правознавства*. 2014. Вип. 2. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/tipp_2014_2_11.

⁴ Цивільний кодекс Української РСР / М-во юстиції УРСР. Київ: Держполітвидав, 1959. 77 с.

ною договору суперфіцію може бути будь-яка особа – суперфіціар, яка є власником земельної ділянки або виступає від його імені, та особа – суперфіціарій, яка бажає отримати земельну ділянку під будівництво. Відповідно до положень ст. 12 ЗК України до повноважень сільських, селищних, міських рад у галузі земельних відносин на території сіл, селищ, міст належать, зокрема, розпорядження землями територіальних громад та надання земельних ділянок у користування із земель комунальної власності.

Право суперфіцію виникає на підставі:

- договору суперфіцію;
- спадкування за законом чи заповітом;
- правочину про відчуження суперфіцію, крім випадків щодо користування земельною ділянкою державної або комунальної власності для забудови.

Стосовно форми договору суперфіцію необхідно зазначити, що такий договір укладається у вільній формі за відсутності типової та примірної форми. Тому слід відрізнити від названих форм Примірний договір купівлі-продажу права користування чужою земельною ділянкою для забудови (суперфіцій)¹, який розроблено відповідно до п. 2 Постанови КМ України «Про затвердження Порядку продажу у 2010 році земельних ділянок несільськогосподарського призначення на земельних торгах»². Ця Постанова прийнята, керуючись ст. 80 Закону України «Про Державний бюджет України на 2010 рік»³, якою встановлено, що до прийняття закону, який врегулює порядок продажу земельних ділянок несільськогосподарського призначення державної чи комунальної власності або прав на них на конкурентних засадах (земельних торгах), продаж зазначених земельних ділянок несільськогосподарського призначення здійснюється у спеціальному порядку. Отже, предметом Примірного договору купівлі-продажу права користування чужою земельною ділянкою для забудови (суперфіцію) є обов'язок продавця передати покупцю (майбутньому суперфіціарію) як переможцю земельних торгів згідно з протоколом про результати проведення аукціону право користування чужою земельною ділянкою для забудови (суперфіцій) та укласти з ним договір про надання права користування земельною ділянкою для забудови, а покупець (майбутній суперфіціарій) зобов'язується прийняти це право та оплатити його вартість. Таким чином цей примірний договір передує договору суперфіцію,

¹ Про затвердження примірних договорів купівлі-продажу: Наказ Державного комітету України із земельних ресурсів від 29.10.2010 р. № 771. Ліга: Закон. URL: fin60158.LHT.

² Про затвердження Порядку продажу у 2010 році земельних ділянок несільськогосподарського призначення на земельних торгах: Постанова КМ України від 02.09.2010 р. № 805. *Офіційний вісник України*. 2010. № 67. Ст. 2419.

³ Про Державний бюджет України на 2010 рік: Закон України від 27.04.2010 р. № 2154-VI. *Офіційний вісник України*. 2010. № 32. Ст. 1155.

який має бути укладений у п'ятиденний строк щодо земель державної та комунальної власності і не підлягає відчуженню третім особам.

Однією з істотних умов договору суперфіцію є його строк. Він встановлюється на визначений або на невизначений строк, тобто безстроково, крім користування земельною ділянкою державної чи комунальної власності для забудови, що не може перевищувати 50 років.

Об'єктом договору суперфіцію можуть бути земельні ділянки житлової і громадської забудови (глава 6 ЗК України); промисловості, транспорту, зв'язку та іншого спеціального призначення (глава 13 ЗК України) та інші категорії земель (наприклад, ст. 51 ЗК України дозволяє на землях рекреаційного призначення вести дачне будівництво і спорудження інших об'єктів стаціонарної рекреації), на яких законами України дозволяється здійснювати забудову земельних ділянок відповідно до Закону України «Про регулювання містобудівної діяльності» та Генеральної схеми планування території України¹.

Права суперфіціара, які встановлені цивільним та земельним законодавством, мають бути обов'язково закріплені у договорі, зокрема: а) право на одержання плати за користування земельною ділянкою; б) право на одержання частки від доходу землекористувача; в) обмежене право володіти та користуватися земельною ділянкою в обсязі, передбаченому у договорі суперфіцію; г) право на розпорядження земельною ділянкою, обтяженою суперфіцією; ґ) право вимагати від суперфіціарія використовувати земельну ділянку за її цільовим призначенням; д) право на звернення до суду про припинення договору суперфіцію; е) право вимагати від суперфіціарія знести збудовані на земельній ділянці будівлі та споруди; є) право вимагати від суперфіціарія привести земельну ділянку до стану, в якому вона була до надання її у користування; ж) право на захист своїх прав та інтересів².

Законодавство гарантує суперфіціарію право користуватися земельною ділянкою в обсязі, встановленому договором, а також право власності на будівлі (споруди), споруджені на земельній ділянці, переданій йому для забудови. У разі відчуження права на будівлі (споруди) іншим особам, вони набувають право користування земельною ділянкою на тих самих умовах і у тому самому обсязі, що й попередній власник будівлі (споруди).

Суперфіціарій зобов'язаний вносити плату за користування земельною ділянкою, наданою йому для забудови, а також інші платежі, встановлені законом (згідно з вимогами ПК України існує земельний податок й орендна плата) та договором, і використовувати земельну ділянку відповідно до її

¹ Про Генеральну схему планування території України: Закон України від 07.02.2002 р. № 3059-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2002. № 30. Ст. 204.

² Носік В. В. Науково-практичний коментар до ст. 414 ЦК України // Ліга: Закон. URL: KK001973.LHT.

цільового призначення, яке визначено відповідно до земельного законодавства. Слід взяти до уваги, що плата за користування земельною ділянкою державної власності під забудову не може бути меншою від земельного податку. При цьому максимального розміру плати за користування земельною ділянкою приватної та державної власності на праві суперфіцію законом не передбачено.

Право суперфіцію припиняється у разі:

- поєднання в одній особі суперфіціара та суперфіціарія;
- спливу строку права користування;
- відмови суперфіціарія від права користування;
- невикористання земельної ділянки для забудови протягом трьох років

підряд;

- за рішенням суду в інших випадках, встановлених законом.

Припинення дії договору емфітевзису, суперфіцію земельної ділянки державної чи комунальної власності з підстав прийняття уповноваженим органом виконавчої влади, органом місцевого самоврядування рішення про використання земельної ділянки державної чи комунальної власності для суспільних потреб здійснюється за правилами, встановленими ст. 32¹ Закону України «Про оренду землі».

При припиненні права користування земельною ділянкою, на якій була споруджена будівля (споруда), суперфіціар та суперфіціарій як власник цієї будівлі (споруди) визначають правові наслідки такого припинення. У разі недосягнення домовленості між ними суперфіціар має імперативне право вимагати від власника будівлі (споруди) – суперфіціарія її знесення та приведення земельної ділянки до стану, в якому вона була до надання її у користування за договором суперфіцію.

Якщо знесення будівлі (споруди), що розміщена на земельній ділянці:

– заборонено законом (житлові будинки, пам'ятки культурної спадщини тощо);

– є недоцільним у зв'язку з явним перевищенням вартості будівлі (споруди) порівняно з вартістю земельної ділянки, суд може з урахуванням підстав припинення права користування земельною ділянкою постановити рішення про викуп власником будівлі (споруди) земельної ділянки, на якій вона розміщена, або про викуп власником земельної ділянки будівлі (споруди), або визначити умови користування земельною ділянкою власником будівлі (споруди) на новий строк.

Знесення будівлі (споруди) підпадає під визначення підготовчих робіт, тобто робіт з підготовки земельної ділянки, влаштування огороження будівельного майданчика та знесення будівель і споруд, порушення елементів благоустрою в межах відведеної земельної ділянки¹. Надання (отримання,

¹ Деякі питання виконання підготовчих і будівельних робіт: Постанова КМ України від

реєстрація), повернення (відмова у видачі) чи анулювання (скасування реєстрації) документів, що дають право на виконання підготовчих та будівельних робіт, здійснюється органами Держархбудінспекції, визначеними п. 7 ч. 1 ст. 7 Закону України «Про регулювання містобудівної діяльності»¹. Згідно зі ст. 96 КУпАП у разі виконання підготовчих робіт без направлення повідомлення про початок виконання зазначених робіт у випадках, коли направлення такого повідомлення є обов'язковим, а також наведення недостовірних даних у повідомленні про початок виконання підготовчих робіт винні особи притягуються до адміністративної відповідальності.

Законом також забороняється знесення пам'яток культури, що є об'єктами культурної спадщини, які занесено до Державного реєстру нерухомих пам'яток України². Об'єкти культурної спадщини заносяться до такого реєстру за рішенням КМ України (щодо об'єктів національного значення) та Мінкультури України (щодо об'єктів місцевого значення)³ і на кожний об'єкт культурної спадщини складається облікова документація, яка підлягає постійному зберіганню в органі державної влади⁴. Пам'ятки культурної спадщини відповідно до ст. 53 ЗК України розміщуються на землях історико-культурного призначення. Такі землі можуть перебувати у державній, комунальній та приватній власності. У свою чергу, навколо пам'яток культурної спадщини встановлюються зони охорони пам'яток із заборонаю діяльності, що шкідливо впливає або може вплинути на додержання режиму використання таких земель.

Таким чином виникає складний правовий режим земельних ділянок, які надані на праві суперфіцію, і збудованим об'єктам надано статус пам'ятки культурної спадщини. Такі ділянки можуть надаватися із земель історико-культурного призначення, збудовані на них об'єкти мають бути внесені до Державного реєстру нерухомих пам'яток України та навколо будівлі має бути встановлена спеціальна зона охорони.

13.04.2011 р. № 466. *Офіційний вісник України*. 2011. № 34. Ст. 1404.

¹ Про регулювання містобудівної діяльності: Закон України від 17.02.2011 р. № 3038-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2011. № 34. Ст. 343.

² Про охорону культурної спадщини: Закон України від 08.06.2000 р. № 1805-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2000. № 39. Ст. 333.

³ Про затвердження Порядку визначення категорій пам'яток для занесення об'єктів культурної спадщини до Державного реєстру нерухомих пам'яток України: Постанова КМ України від 27.12.2001 р. № 1760. *Офіційний вісник України*. 2001. № 52. Ст. 2372.

⁴ Державний реєстр нерухомих пам'яток України. Нерухомі пам'ятки України національного значення. Нерухомі пам'ятки України місцевого значення // Офіційний сайт Міністерства культури України. URL: http://mincult.kmu.gov.ua/control/uk/publish/officialcategory?cat_id=244910406.

Л. В. Красицька

§ 19. Особистий сервітут та підстави його припинення

Сервітутом є право користування чужим майном. Таке визначення сервітуту надано у ч. 1 ст. 401 ЦК України. Особистий сервітут, різновидами якого у Стародавньому Римі були «узус» та «узуфрукт», з набранням чинності ЦК України став звичайним правовим явищем для сучасності. Частина 2 ст. 401 ЦК України передбачає, що сервітут може належати власникові (володільцеві) сусідньої земельної ділянки, а також іншій, конкретно визначеній особі (*особистий сервітут*). Отже, сутність особистого сервітуту полягає у тому, що право користування чужим майном належить іншій (не власникові), конкретно визначеній особі – сервітуарію. Причому саме право користування чужим майном не може передаватися сервітуарієм іншій особі. Воно тісно пов'язано з особистістю носія – сервітуарія.

Сервітут може бути встановлений договором, законом, заповітом або рішенням суду (ч. 1 ст. 402 ЦК України). Відповідно *договір про встановлення особистого сервітуту є непойменованим договором у цивільному праві, який укладається між власником нерухомого майна та сервітуарієм для задоволення потреб сервітуарія, які не можуть бути задоволені іншим способом (наприклад, потреб у проживанні в певному житловому приміщенні). Предметом договору про встановлення особистого сервітуту виступає право користування чужим нерухомим майном у певному відношенні.* Отже, предметом договору про встановлення особистого сервітуту є майнове право, а не саме майно. Саме тому в юридичній літературі договір про встановлення сервітуту визначається як юридичний факт, що породжує речове право, а не зобов'язальні (договірні) відносини між сторонами¹.

Таке новітнє правове явище для України, як особистий сервітут породжує у правозастосовчій діяльності багато проблемних питань, обумовлених і відсутністю усталеної практики правозастосування, і недостатньою розробкою у доктрині цивільного права сервітутних правовідносин.

Одним із проблемних питань у правозастосовчій діяльності є питання *про можливість встановлення особистого сервітуту в договорі дарування.* Зважаючи на те, що відповідно до ст. 717 ЦК України за договором дарування одна сторона (дарувальник) передає або зобов'язується передати в майбутньому другій стороні (обдаровуваному) безоплатно майно (дарунок) у влас-

¹ Цивільний кодекс України: наук.-практ. коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Мін-ва юстиції, науковців, фахівців). Том 5: Право власності та інші речові права / за ред. І. В. Спасибо-Фатеевої. Харків: ФО-П Лисяк Л. С., 2011. С. 573.

ність, а договір, що встановлює обов'язок обдаровуваного вчинити на користь дарувальника будь-яку дію майнового або немайнового характеру, не є договором дарування, виникає питання: чи можна встановити на користь дарувальника особистий сервітут, що полягатиме у наданні права відчужувачеві – дарувальнику користуватися подарованим нерухомим майном. І. В. Спасибо-Фатеева, ретельно проаналізувавши всі умови безоплатності, зустрічності, покладання тощо¹, які супроводжують договір дарування з певними обов'язками обдаровуваного, дійшла до висновку, що в договорі дарування може бути встановлений особистий сервітут довічного проживання дарувальника, оскільки ця умова не є обов'язком обдаровуваного, який тим самим не здійснює стосовно дарувальника ніяких дій майнового або немайнового характеру. Тобто це не підпадає під заборону, що міститься у ч. 2 ст. 717 ЦК України².

Особистий сервітут щодо права членів сім'ї власника житла на користування цим житлом врегульований ст. 405 ЦК України, за якою члени сім'ї власника житла, які проживають разом із ним, мають право на користування цим житлом відповідно до закону. Житлове приміщення, яке вони мають право займати, визначається його власником. 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. Отже, у ст. 405 ЦК України визначено саме особистий сервітут, оскільки він виникає для задоволення потреб конкретної особи – члена сім'ї власника житла. Відповідно до ч. 2 ст. 64, ч. 4 ст. 156 ЖК УРСР³ до членів сім'ї власника житлового приміщення віднесено дружину (чоловіка) власника житла, їх дітей та батьків, а також інших осіб, якщо вони постійно проживають спільно з власником житла та ведуть з ним спільне господарство.

Варто зазначити, що аналогічний особистий сервітут передбачено § 1093 НЦУ⁴: Як обмежений сервітут може бути надано право користуватися будівлею або частиною будівлі для проживання, із звільненням власником приміщення. Правомочна особа має право розмістити в квартирі свою сім'ю, а

¹ Спасибо-Фатеева І. В. Можливість встановлення особистого сервітуту в договорі дарування. *Мала енциклопедія нотаріуса*. 2006. № 5. С. 32–35.

² Спасибо-Фатеева І. В. Можливість встановлення особистого сервітуту в договорі дарування. *Цивілістика: на шляху формування доктрин: вибр. наук. пр.* Харків: Золоті сторінки, 2012. С. 643.

³ Житловий кодекс Української РСР від 30.06.1983 р. № 5464-Х *Відомості Верховної Ради УРСР*. 1983. Додаток до № 28. Ст. 573.

⁴ Германское право. Часть I. Гражданское уложение: пер. с нем. / Серия: Современное зарубежное и международное частное право. Москва: Междунар. центр финансово-экономического развития, 1996. С. 242.

також відповідних її положенню прислугу і осіб, необхідних для догляду за нею. Якщо вказане право обмежене частиною будівлі, то правомочна особа має право користуватися призначеними для спільного користування мешканцями спорудами і пристроями.

Одним із проблемних питань правозастосовчої діяльності щодо особистого сервітуту є *питання визначення підстав для втрати членом сім'ї власника житла права користування житлом та питання припинення особистого сервітуту*. Проаналізуємо більш ретельно підходи судової практики, що склалися з цієї проблематики.

Пункт 39 Постанови Пленуму ВССУ «Про судову практику в справах про захист права власності та інших речових прав»¹ передбачає, що члени сім'ї власника житла, які проживають разом із ним, мають право користування цим житлом відповідно до закону (*особистий сервітут*, ч. 1 ст. 405 ЦК України). Суди повинні мати на увазі, що таким законом не може бути ЖК УРСР, а застосуванню підлягають норми, передбачені главою 32 ЦК України. З урахуванням цього суди мають виходити з того, що стосовно права членів сім'ї власника житлового приміщення на користування ним підлягають застосуванню положення ст. 405 ЦК України. Оскільки інше не встановлено законом, договором чи заповітом, на підставі яких встановлено сервітут, то *відсутність члена сім'ї понад один рік без поважних причин є юридичним фактом, що є підставою для втрати членом сім'ї права користування житлом*. У цьому випадку положення ст.ст. 71, 72 ЖК УРСР застосуванню не підлягають.

У правовій позиції, висловленій ВС України у Постанові у справі № 6-158цс14², зазначено, що відповідно до ч. 1 ст. 383 ЦК України власник житлового будинку має право використовувати помешкання для власного проживання, проживання членів своєї сім'ї, інших осіб. Згідно з положеннями ст. 391 ЦК України власник майна має право вимагати усунення перешкод у здійсненні ним права користування та розпорядження своїм майном. Статтею 156 ЖК УРСР передбачено, що члени сім'ї власника жилого будинку, які проживають разом із ним у будинку, що йому належить, користуються жилим приміщенням нарівні з власником будинку, якщо при їх вселенні не було іншої угоди про порядок користування цим приміщенням. Аналогічну норму містить також ст. 405 ЦК України. Аналіз вищенаведених правових норм дає підстави для висновку про те, що *право членів сім'ї власника будинку користуватися*

¹ Про судову практику в справах про захист права власності та інших речових прав: Постанова Пленуму ВССУ № 5 від 07.02.2014 р. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0005740-14>.

² Постанова ВС України від 05.11.2014 р., судова справа № 6-158цс14. URL: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/01DDB523DDFB6533C2257D8900347A58](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/01DDB523DDFB6533C2257D8900347A58).

цим жилим приміщенням може виникнути та існувати лише за наявності права власності на будинок в особи, членами сім'ї якого вони є; із припиненням права власності особи втрачається й право користування жилим приміщенням у членів його сім'ї.

Підстави припинення особистого сервітуту визначаються ст. 406 ЦК України. Сервітут припиняється у разі: 1) поєднання в одній особі особи, в інтересах якої встановлений сервітут, і власника майна, обтяженого сервітutom; 2) відмови від нього особи, в інтересах якої встановлений сервітут; 3) спливу строку, на який було встановлено сервітут; 4) припинення обставини, яка була підставою для встановлення сервітуту; 5) невикористання сервітуту протягом трьох років підряд; 6) смерті особи, на користь якої було встановлено особистий сервітут. *Сервітут може бути припинений за рішенням суду на вимогу власника майна за наявності обставин, які мають істотне значення.* Сервітут може бути припинений в інших випадках, встановлених законом (ч.ч. 1, 2, 4 ст. 406 ЦК України).

Отже, цивільне законодавство передбачає широке коло підстав для припинення особистого сервітуту, зокрема, такою підставою можуть бути *обставини, які мають істотне значення.* Наявність такої «каучукової» норми викликає неоднакові підходи у правозастосуванні щодо її тлумачення. Зокрема, у правовому висновку ВС України у справі № 6-2931цс16¹ зазначається, що за ст. 317 ЦК України власникові належать права володіння, користування та розпорядження своїм майном. На зміст права власності не впливають місце проживання власника та місце знаходження майна. Відповідно до ч. 1 ст. 319 ЦК України власник володіє, користується, розпоряджається своїм майном на власний розсуд. За положеннями ст. 391 ЦК України власник майна має право вимагати усунення перешкод у здійсненні ним права користування та розпорядження своїм майном. У справі, яка переглядається, суди встановили, що позивачка є власником спірного житлового будинку, у якому не проживає, оскільки зареєстрована та постійно проживає в іншому будинку; її син перебував у шлюбі з відповідачкою, у зв'язку із чим остання була вселена до належного позивачці спірного житлового будинку, яка як власник цього майна надала право відповідачці користуватись ним. *Відповідачка спільно з власником спірного житлового будинку не проживала, спільним побутом не була пов'язана; після розірвання шлюбу з сином позивачки вибула із зазначеного житлового будинку, має інше житло, у якому проживає.* За таких обставин суд першої інстанції дійшов обґрунтованого висновку про те, що *право відповідачки на користування чужим майном (спірним житловим будинком) підлягає припиненню на вимогу власника цього майна відповідно до положень*

¹ Постанова ВС України від 15.05.2017 р., судова справа № 6-2931цс16. URL: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/FC45FBC3E1AD92C8C225813F00423669](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/FC45FBC3E1AD92C8C225813F00423669).

ч. 2 ст. 406 ЦК України. З огляду на сутність установлених правовідносин висновки суду першої інстанції про те, що на ці правовідносини не поширюються норми ст.ст. 64, 156 ЖК УРСР, ст. 405 ЦК України, є обґрунтованими.

Таким чином, право члена сім'ї власника житла на користування його житлом є особистим сервітутом, тобто сервітутним правом, виникнення якого обумовлене наявністю права власності на житло в особи, членом сім'ї якої він є. Припинення права власності на житло у особи, члени сім'ї якої мали право користування житлом, є підставою для втрати права користування житлом членів його сім'ї. При відчуженні житла, інших підставах зміни власника житла ЦК України не передбачає переходу прав та обов'язків попереднього власника житла до нового власника житла в частині збереження сервітутного права користування житлом членів сім'ї колишнього власника. Припинення сервітутного права користування житлом членів сім'ї власника житла здійснюється на підставі ст.ст. 405, 406 ЦК України.

Запитання та завдання для самоконтролю

1. В чому полягає основна ідея речових прав?
2. Які цивільні права називаються речовими?
3. В чому різниця між речовими та іншими цивільними правами?
4. Які ознаки притаманні речовим правам?
5. Які види речових прав бувають?
6. У чому особливості систематизації речових прав у ЦК України?
7. Перелічіть блага, щодо яких ЄСПЛ застосовується термін «майно» у справах про захист права на мирне володіння майном.
8. Назвіть і розкрийте зміст критеріїв допустимості втручання держави у право на мирне володіння майном, вироблених ЄСПЛ.
9. Які теоретичні концепції права власності вам відомі?
10. У чому полягає відмінність теоретичних концепцій права власності за континентальним і англосаксонським правом?
11. У чому полягає суть концепції єдиного права власності?
12. У чому полягає суть наукової дискусії щодо виділення форм права власності?
13. Які системні критерії можуть бути застосовані щодо поділу права власності на види?
14. Які бувають види права власності?
15. У якому співвідношенні перебувають права публічної та приватної власності?
16. Які недоліки введення довірчої власності в ЦК України?
17. Наведіть особливості набуття права власності на об'єкт незавершеного будівництва як на новостворене майно.

18. У чому полягає момент виникнення права власності за договором?
19. Охарактеризуйте способи виникнення права власності у набувача майна за договором.
20. Надайте характеристику умов набувальної давності як підстави для набуття права власності.
21. У чому полягає сутність права на житло?
22. Визначте, що являє собою об'єкт самочинного будівництва. Охарактеризуйте наслідки самочинного будівництва. Галузі права, що використовують термін «земельна ділянка».
23. Особливості та характеристика земельної ділянки як об'єкта права власності. Гомогенні права власності на земельну ділянку.
24. Підстави набування земельної ділянки на праві власності громадянами України, іноземцями та ОБГ.
25. Види земельних ділянок, які можуть бути надані на безоплатній основі громадянам України на праві власності із земель державної або комунальної власності, та їх правова характеристика.
26. Суб'єкти права власності на земельні ділянки та особливості їх правового статусу.
27. Законодавча регламентація створення штучних водойм у межах приватних земельних ділянок.
28. Право на забудову земельної ділянки.
29. Самочинне будівництво на земельній ділянці.
30. Визначте зміст принципу непорушності права власності.
31. Розкрийте умови допустимого втручання держави у право власності.
32. Висловіть власну позицію щодо обґрунтованості обмеження кола цивільно-правових способів судового захисту.
33. Розкрийте відмінності між віндикацією, реституцією та кондикцією.
34. Розкрийте підстави та порядок превентивного цивільно-правового захисту права власності.
35. Назвіть способи та процесуальні засоби захисту права власності у разі накладення арешту на майно.
36. Розкрийте відмінності речово-правових і зобов'язально-правових способів захисту права власності.
37. Назвіть способи захисту права спільної власності та умови їх застосування.
38. Обґрунтуйте власну позицію щодо дотримання умови допустимого втручання держави у право власності при запровадженні процедури визнання активів необґрунтованими і їх витребування.
39. Законодавче визначення сервітуту та його відмінності від оренди земельної ділянки.
40. Властивості земельного сервітуту.

41. Види сервітутів та їх класифікація.
42. Особливості встановлення земельних сервітутів для розміщення об'єктів енергетики та передачі електроенергії.
43. Лісовий сервітут, його співвідношення із правом загального лісокористування та оренди лісів.
44. Відмінності емфітевзису від оренди та купівлі-продажу земельної ділянки.
45. Витоки договору емфітевзису із римського права.
46. Право користування чужою земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб (емфітевзис).
47. Право користування чужою земельною ділянкою для будівництва промислових, побутових, соціально-культурних, житлових та інших споруд і будівель (суперфіцій).
48. Відмінності емфітевзису від суперфіцію.
49. Особливості правового режиму будівель (споруд), побудованих за договором суперфіцію.
50. Визначте особливості особистого сервітуту за цивільним законодавством України та підстави його припинення.

ТЕМА 8. ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН У СФЕРІ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ, ТВОРЧОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

О. В. Піхурець

§ 1. Поняття творчої діяльності та її значення у соціально-економічному розвитку держави

Останніми роками багато уваги приділяється дослідженню питання щодо поняття творчої (інтелектуальної) діяльності та її значенню у соціально-економічному розвитку держави. Така діяльність, її механізми та закономірності є предметом вивчення багатьох сфер науки: філософії, психології, педагогіки, мистецтвознавства, кібернетики, інформатики тощо. Історично наука про творчу діяльність має назву евристика (грец. *«heurisko»* – знаходжу, відкриваю), де творчість – це діяльність, що породжує щось якісно нове, що ніколи раніше не існувало; створення чогось важливого не тільки для цієї людини, але й для інших; процес створення об'єктів¹. Проте відносини, пов'язані зі здійсненням творчої (інтелектуальної) діяльності, створенням, використанням, охороною і захистом її результатів та інших прирівняних до них об'єктів, є предметом вивчення науки цивільного права.

Поняття творчості хоча і є на перший погляд безсумнівним, проте важко піддається визначенню². У довідкових виданнях поняття «творчість» тлумачиться як діяльність людини, спрямована на створення духовних і матеріальних цінностей³. У сучасній науковій літературі простежується прагнення досліджувати конкретні види творчості (в науці, техніці, мистецтві), її прикладні аспекти. Найчастіше творчість розкривається через різні за своїм змістом ознаки, такі як оригінальність, неповторність, унікальність, самотність людської діяльності. Пропонувалися різні варіанти визначення «творчості». Наприклад, В. І. Серебровський зазначав, що творчість – це свідомий і в більшості випадків досить трудомісткий процес, який має на меті досягнення певного результату⁴. Е. П. Гаврилов визначає творчість як діяль-

¹ Энгельмейер П. К. Теория творчества. Санкт-Петербург, 1910. С. 78.

² Калятин В. О. Интеллектуальная собственность (исключительные права): учебник. Москва: Норма – Инфра-М, 2000. С. 32.

³ Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і допов.) / Уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. Київ; Ірпінь: ВТФ «Перун», 2005. С. 1435.

⁴ Серебровский В. И. Вопросы советского авторского права. Москва: АН СССР, 1956. С. 34.

ність людського мозку, яка здатна породжувати щось якісно нове, що відрізняється неповторністю, оригінальністю та унікальністю, також здатна створювати тільки ідеальні образи, а не предмети матеріального світу¹. Інші автори визначають творчість як провідний вид людської діяльності, цілісний процес. На жаль, ці та інші численні спроби визначити зміст поняття творчості часто виявлялися досить далекими від суті досліджуваного явища.

У цілому різні точки зору зводяться до розуміння «творчості» як діяльності або як різновиду діяльності людини. Проте, визначаючи творчість як діяльність, слід розуміти її сутність у вигляді низки характерних ознак (новизна, оригінальність результату, унікальність, неповторність тощо), які вказують на те, що творчість – це діяльність людини взагалі. Тому не можна визнати вдалим визначення творчості, як одного із різновидів діяльності людини, оскільки з терміном «вид діяльності» зазвичай пов'язують поділ діяльності на фізичну, трудову, ігрову, навчальну тощо. Але кожна з них, безсумнівно, може бути творчою. Відповідно, коли мова йде про творчість, слід мати на увазі певну якість діяльності та її складових.

Конституція України у ст. 54 проголошує свободу творчості. Це означає, що людина може творити у будь-якій галузі діяльності все, що їй забажається. Громадянам гарантується свобода літературної, художньої, наукової і технічної творчості, захист інтелектуальної власності, їх авторських прав, моральних і матеріальних інтересів, що виникають у зв'язку з різними видами інтелектуальної діяльності. Кожний громадянин має право на результати своєї інтелектуальної, творчої діяльності; ніхто не може використовувати або поширювати їх без його згоди, за винятками, встановленими законом. Проте обмеження творчості встановлюються законодавством – творчість не може бути антисуспільною, аморальною, спрямованою проти людства².

Очевидним є те, що творити може будь-яка людина, а створювати, наприклад літературні та художні твори, далеко не кожна. Саме тому Основний закон захищає тільки право на творчість та не ставить за мету захистити літературні та художні твори, або право на художній твір зокрема чи мистецтво в цілому. Захищається саме право на творчість. Кожен може творити, але результат не обов'язково буде літературним чи художнім твором. Більше того у ч. 2 ст. 433 ЦК України встановлено, що твори є об'єктами авторського права без виконання будь-яких формальностей щодо них та незалежно від їх завершеності, призначення, цінності тощо, а також способу чи форми їх вираження. Для закону з метою захисту прав абсолютно байдужа

¹ Гаврилов Э. П. Советское авторское право: Основные положения. Тенденции развития / отв. ред. В. А. Рассудовский. Москва: Наука, 1984. С. 44, 83.

² Право інтелектуальної власності: акад. курс / за ред. О. П. Орлюк, О. Д. Святоцького. Київ: Вид. Дім «Ін Юре», 2007. С. 19–21.

цінність твору. Чому? Тому що закон захищає не право на твір, а право на творчість. Така позиція з точки зору правового захисту є найбільш прийнятною, оскільки встановлення цінності того чи об'єкта з метою віднесення його до літературних чи художніх творів вимагає проведення низки експертиз, що дозволять виявити набір специфічних ознак твору, які свідчать про його достоїнства. Однак для захисту прав ці достоїнства та цінність не є важливими.

Суб'єктом творчої діяльності може бути лише людина. Природа інколи також створює унікальні шедеври, але в природі здійснюється процес розвитку, а не творчості. Творчість – процес усвідомлений, цілеспрямований і передбачуваний. Вона властива людині у будь-якій сфері її діяльності¹.

Поняття «творча діяльність» є синонімічним поняттю «творчість». При з'ясуванні змісту першого поняття важливо враховувати: по-перше, що творчість – це, перш за все, інтелектуальна, а не фізична діяльність людини, по-друге, що ця діяльність має призводити до результату, що раніше не існував. Важливим є не стільки те, щоб процес створення результату мав творчий характер, скільки те, щоб досягнутий результат був унікальним, особливим, оригінальним. Безсумнівно, оригінальний, унікальний результат не може виникнути нізвідки, його появи завжди передують певна діяльність людини. Однак цілком можливою є зворотна ситуація, коли творча діяльність не приведе до виникнення певного результату. Наприклад, автору приходить оригінальна ідея, він починає втілювати її в життя, але у процесі діяльності відмовляється від неї. У цьому випадку є творча діяльність, але відсутній її результат.

Фактично діяльність людини може бути творчою у будь-якій сфері її життєдіяльності: науковій, виробничо-технічній, художній, політичній тощо. Така діяльність іноді називається продуктивною, на відміну від репродуктивної, що полягає у відтворенні готових думок або образів за правилами формальної логіки або іншим відомими правилами². Хоча і в першому, і в другому випадках процес мислення може завершитися певним результатом, проте той результат, який є наслідком продуктивного, творчого мислення, можна віднести до результатів творчої діяльності.

Рівень, характер і зміст творчої діяльності, так би мовити, перебувають за межами правового поля. Дійсно, одні особи створюють винаходи і авторські твори досить легко. Інші творять такі результати напружено, повільно, поступово, докладаючи чималих зусиль. Проте і у тому, і в іншому випадках творчі результати можуть виявитися (не виявитися) новими (оригінальними, унікаль-

¹ Право інтелектуальної власності: акад. курс / за ред. О. П. Орлюк, О. Д. Святоцького. Київ: Вид. Дім «Ін Юре», 2007. С. 20.

² Ионас В. Я. Произведения творчества в гражданском праве. Москва: Юрид. лит. 1972. С. 9–10.

ними). Успішність (неуспішність) творчої діяльності визначає не процес творчості (точніше – не зовнішній прояв і не швидкість процесу творчості), а його результат. І лише в деяких особливих випадках ураховуються безрезультатні спроби одержати той же творчий результат як самим творцем, так й іншими особами.

Разом із тим, характеризуючи творчу діяльність як процес, слід визнати, що не завжди можна спрогнозувати, чим вона завершиться і чи вдасться автору отримати певний результат. При цьому не можна вимагати завершення роботи для того, щоб визнати, чи є діяльність автора творчою, чи ні. Адже процес творчості може тривати роками. У зв'язку з цим і характеристика результату не може вплинути на характеристику діяльності, що відбувалася в минулому. Втім, ці особливі випадки лише підтверджують загальне правило: внутрішній процес творчості правом не аналізується, хоча сам факт творчості має бути наявним. Так чи інакше, у випадку спору суд буде враховувати і характер діяльності особи, і отриманий нею результат або його відсутність.

Творча діяльність поняття більш широке, ніж інтелектуальна діяльність. До поняття «результати творчої діяльності» чи просто «результати творчості» або «творчі результати» належать будь-які результати творчості. Результати інтелектуальної діяльності – це результати творчої діяльності не будь-де, а в галузі науки, техніки, літератури, мистецтва та художнього конструювання. Але *результати інтелектуальної діяльності обов'язково мають відповідати встановленим вимогам закону, тобто мають бути охороноздатними*. Лише за цієї умови результати такої діяльності можуть стати об'єктами права інтелектуальної власності. У разі їх невідповідності вимогам закону вони не можуть стати об'єктами правової охорони.

Інтелектуальна діяльність і творча діяльність – це розумова діяльність. У цьому аспекті ці два види діяльності збігаються. Але не будь-яка розумова діяльність є інтелектуальною чи творчою. Людина може розумово працювати, але творчого результату не досягти. Слід мати на увазі й те, що розумовою діяльністю займаються багато людей і з розвитком суспільства їх стає все більше, це – вчені, інженери, вчителі, лікарі та ін. Творчість, внаслідок якої з'являється щось нове, властива далеко не всім¹. Отже, *інтелектуальна діяльність відрізняється від творчої тим, що її результати неодмінно стають об'єктами правової охорони*. Далеко не всі результати творчої діяльності стають об'єктами права інтелектуальної власності, отже, й об'єктами правової охорони². Творча діяльність – поняття родове, що включає поряд із інтелектуальною діяльністю і духовну.

¹ Право інтелектуальної власності: акад. курс / за ред. О. П. Орлюк, О. Д. Святоцького. Київ: Вид. Дім «Ін Юре», 2007. С. 21.

² Там само. С. 22.

Грунтуючись на сучасному рівні знань у цій галузі, творчість можна визначити як інтелектуальну (духовну, розумову) діяльність людини в будь-якій сфері її життєдіяльності, що спрямована на створення оригінального, унікального, неповторного, самостійного, якісно нового і соціально-економічно значимого результату.

Творчість, відповідно і творча (інтелектуальна) діяльність мають дві основні ознаки. Перша – *новизна отриманих результатів*. Будь-який результат продуктивної творчості є несподіваним і оригінальним. Неповторність, унікальність твору – ці ознаки притаманні результату творчої діяльності. Тому В. І. Серебровський зазначає, що новизна є необхідним елементом будь-якої творчої діяльності¹. В. О. Расудовський також вважає, що закон не називає новизну як самостійну ознаку творів науки, що новизна не може бути самостійною юридичною ознакою творів, він розглядає новизну як елемент і результат творчої діяльності². Такої думки дотримується М. І. Нікітіна, яка вказує, що навряд чи є необхідність говорити про ознаку новизни окремо, бо творчість завжди передбачає новизну³.

При цьому мова йде не про новизну в часі, а про якісну новизну. Так, новим у часі є кожний вироблений екземпляр товару (продукції), але за своїми якісними характеристиками він майже точна копія виготовлених раніше примірників. Новизна творчого результату – це якісна новизна, пов'язана з його оригінальністю, своєрідністю, неповторністю, несхожістю на все те, що існувало до моменту його отримання (створення). Чим більше якісно нового містить творчий результат, тим вищий рівень творчості. Проте визначення рівня новизни творчого результату є доволі складною справою та потребує спеціальних знань у відповідній галузі науки, літератури, мистецтва.

Зазвичай розрізняють об'єктивну та суб'єктивну новизну творчого результату. Суб'єктивна новизна має індивідуальний характер; отриманий суб'єктом результат новий для нього, але насправді повторює досягнення, відомі іншим. Об'єктивна новизна передбачає, що результат є новим не тільки для особи, що отримала цей результат, але й для всіх інших осіб, тобто такий творчий результат є унікальним, невідомим та неповторюваним, отриманим вперше. Певно, що діяльність є творчою, якщо результат її має хоча б суб'єктивну новизну, але, право охороняє тільки ті творчі результати, яким притаманна об'єктивна новизна.

¹ Серебровский В. И. Вопросы советского авторского права. Москва: АН СССР, 1956. С. 35.

² Расудовский В. А. Государственная организация науки в СССР: Правовые вопросы. Москва: Юрид. лит., 1971. С. 179–180.

³ Никитина М. И. Авторское право на произведения науки, литературы и искусства. Казань: Изд-во Казан, ун-та, 1972. С. 44.

Наступна ознака творчої діяльності – *соціально-економічна значимість* (цінність, важливість для економіки країни та суспільства в цілому) її результатів. Творчий результат діяльності повинен мати інтерес не тільки для того, хто його отримав, але й для суспільства. Якщо результат творчої діяльності є цінним для його творця, то він має індивідуальну (суб'єктивну) значимість. Але поки результат не стане відомим суспільству, його соціально-економічна значимість залишається не визначеною. У більшості країн світу результати творчої діяльності є одним із наймогутніших стимуляторів прогресу в усіх галузях розвитку суспільства.

Суспільно-економічна цінність творчих результатів визначається тим, якою є їх дійсна роль у розвитку суспільства. Особливо це стосується науково-технічної творчості. Недарма законодавець у преамбулі до Закону України «Про наукову і науково-технічну діяльність»¹ визначив, що рівень розвитку науки і техніки є визначальним чинником прогресу суспільства, підвищення добробуту громадян, їх духовного та інтелектуального зростання. Цим зумовлена необхідність пріоритетної державної підтримки розвитку науки як джерела економічного зростання і невід'ємної складової національної культури та освіти, створення умов для реалізації інтелектуального потенціалу громадян у сфері наукової і науково-технічної діяльності, забезпечення використання досягнень вітчизняної та світової науки і техніки для задоволення соціальних, економічних, культурних та інших потреб.

Практична і теоретична цінність результатів творчості, їх корисність та ефективність, їх вплив на суспільство залежать не тільки від їх сутності, але й від того, як суспільство їх використовує. Творчість науковців здатна привести до наслідків, які можуть в одних відносинах бути корисними, а в інших – завдати шкоду. Наукові досягнення (наприклад, у галузі ядерної фізики) можуть використовуватися як в інтересах суспільства, так і всупереч їм. Література, мистецтво та інші види творчості також відіграють велику роль у формуванні моральних засад суспільства, його світогляду, ставлення до навколишнього середовища, його бачення, тобто ті засади, які ми називаємо людськими цінностями, що визначають духовний світ людини і суспільства.

Як приклад можна навести прогресуюче зростання національних економік деяких країн, що базуються на економіці знань, навіть за умови наявності мінімальної кількості або взагалі відсутності власних сировини та енергоресурсів. Так, південноазійські держави (Японія, Сінгапур, Південна Корея, Тайвань, Малайзія) вважають основним джерелом розвитку нації працю, поєднану з використанням досягнень науки й нових технологій. Результати творчої (інтелектуальної) діяльності в цих країнах цінуються

¹ Про наукову і науково-технічну діяльність: Закон України від 26.11.2015 р. № 848-VIII. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/848-19>.

більше, ніж природні багатства, інноваціям приділяється значна увага, вони взяті за основні вектори державної політики, відбувається їх залучення до національних економік, запровадження як плацдарму для побудови інноваційних моделей розвитку таких економік, цінуються вище, ніж інвестиції.

Україна за деякими показниками займає провідні місця в науці – математиці, інформатиці, фізиці та інших галузях. Проте склалася парадоксальна ситуація: високий рівень наукового (інтелектуального) потенціалу України (30 місце відповідно до рейтингу за 2016 рік за кількістю патентів (World Intellectual Property Indicators)) аж ніяк не впливає на загальний темп економічного розвитку (відповідно до Global Competitiveness Index – рейтинг глобальної конкурентоспроможності за 2016 рік займає 85 місце серед 138 країн), співіснує з надвитратами і малоефективним виробництвом. Відчувається дефіцит у використанні (впровадженні) власних новітніх технологій не тільки в виробництві, а і в освіті, науці, медицині, сільському господарстві тощо. Україна використовує свій інтелектуальний потенціал досить неефективно. За даними рейтингу, що визначає рівень зацікавленості в інноваціях і впровадженні нових рішень (The Global Innovation Index 2016), у 2016 р. серед 128 країн Україна займала 56 місце та 114 місце у сфері захисту прав інтелектуальної власності. Україна продовжує залишатися серед найбільш відсталих у технологічному розвитку країн. І це за наявності високого рівня науково-технічного потенціалу.

О. В. Піхурець

§ 2. Поняття права інтелектуальної власності та становлення системи правової охорони об'єктів права інтелектуальної власності

Терміни «інтелектуальна власність» та «право інтелектуальної власності» активно використовуються сьогодні як у законодавчих актах (у т. ч. і міжнародного рівня), так і в доктрині та практиці не тільки в Україні, а й більш ніж в ста країнах світу. Насамперед це зумовлено тим, що новий, специфічний вид об'єкта ринкових відносин – результати творчої, інтелектуальної діяльності – став поступово входити в економічний оборот лише близько 300 років тому. За історичними мірками це зовсім небагато порівняно з трьохтисячолітньою історією розвитку цивілізованого правового регулювання ринкового економічного обороту матеріальних цінностей.

Поняття «інтелектуальна власність» вперше було сформульоване в 1967 р. на Стокгольмській конвенції, де була заснована ВОІВ. Відповідно до ст. 2 цієї Конвенції інтелектуальна власність включає в себе всі права, що належать до результатів творчості у промисловій, науковій, літературній і художніх сферах. Проте основу права інтелектуальної власності спочатку становили об'єкти авторського і патентного права, а згодом вже й засоби

індивідуалізації та інші об'єкти.

Незважаючи на порівняно недавнє законодавче оформлення понять «інтелектуальна власність» та «права інтелектуальної власності», передумови для їх появи були сформовані задовго до цього. Загальновизнаними є кілька передумов становлення системи правової охорони об'єктів права інтелектуальної власності.

1. *Історичні передумови.* З поступовим розвитком науково-технічного прогресу зросла кількість наукомістких технологічних рішень, музичних та літературних творів, якими могло скористатися необмежене коло осіб. При цьому необмежене та майже не контрольоване використання практично не завдавало шкоди результатам творчої, інтелектуальної діяльності.

2. *Технологічні передумови.* Відкриття друкарства і розвиток машинного виробництва створили умови для широкого тиражування творів літератури і деяких видів мистецтва, а також товарів (продукції), що містили технологічні рішення (винаходи, тощо) і товарні позначення (засоби індивідуалізації). Разом із тим з'явилися нові проблеми, пов'язані із захистом авторських прав та патентних прав, і перш за все, прав видавців.

3. *Психологічні передумови.* Сприйняття права власності як священного і недоторканного сприяло виробленню прагнення творчої інтелігенції мати на свої твори модель подібної правової охорони, розуміючи при цьому, що використання традиційних засобів охорони не завжди забезпечує ефективну охорону в цілому, адекватну сутності нових об'єктів¹.

4. *Економічні передумови.* Широке залучення прав на результати творчої, інтелектуальної діяльності в сферу товарно-грошових відносин. Нині досить складно віднайти сферу життєдіяльності людини, де досягнення науки, літератури чи мистецтва не мають комерційної цінності, а тому права на них мають бути залученими до економічного обороту і, відповідно, підлягати правовій охороні. Отже, виникла потреба в системі, яка дозволила б охороняти «досягнення» у відомих та наперед не визначених сферах, у необмеженій кількості сфер, без визначення ознак, необхідних для надання охорони² новим об'єктам.

5. *Юридичні передумови.* Для кожного учасника економічних відносин вкрай важливо мати статус, що відомий усім іншим учасникам, та який би визначив належність прав на результати інтелектуальної, творчої діяльності. Сутність таких «результатів» полягає у нематеріальній природі. У зв'язку з цим виникла необхідність у новій конструкції цивільно-правової охорони, відмінної від права власності або іншого речового права.

¹ Дозорцев В. А. Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации: сб. ст. Москва: Статут, 2005. С. 17.

² Там само. С. 19.

Уже за римського приватного права тогочасні юристи розуміли, що духовна діяльність людини може приносити певний результат. Але, як вказував І. О. Покровський, діяльність подібного роду не давала жодних суб'єктивних прав на її продукти їх авторам і не користувалася ніяким правовим захистом. Будь-хто міг опублікувати або відтворити без згоди автора його твір, реалізувати його технічний винахід.

Наскільки мало цінувалася в римському праві духовна діяльність сама по собі, видно вже з того, що в класичну епоху, наприклад, поема, написана на чужому письмовому матеріалі, або картина, намальована на чужій дошці, належали не поетові або художнику, а власнику такого матеріалу або дошки. Правда, для Юстиніана така норма здалась уже конфузною і була скасована, але про авторські права у законодавстві того часу не йдеться¹. Відомо, що у Стародавньому Римі і в Греції плагіат та літературна крадіжка досить суворо каралися, а про застосування і охорону товарних знаків відомо ще раніше².

Для захисту авторських прав спочатку в Англії та Франції королівською владою стали видаватися привілеї, у Німеччині – князями, що передбачали виключне право видавця на друкований твір і поширення друкованої продукції на певний час та забороняли іншим видавництвам випускати твір. Охорона виключних прав досягалася шляхом штрафів, арештів, конфіскації підроблених копій. Мало місце і відшкодування заподіяних збитків. Проте за межами такої охорони залишалися самі автори літературних творів. Автор міг лише продати за певну ціну свій твір книговидавцеві. На одержаний останнім прибуток від продажу книг автор права не мав, саме тому автори стали більш рішуче відстоювати свої права.

Перший закон з авторського права був прийнятий в Англії в 1710 р. Статут королеви Анни закріпив приватне право автора на охорону опублікованого твору строком на 14 років, який за життя автора міг бути продовжений ще на 14 років, та проголошував твір власністю його автора. Але Статут Анни містив і норму про обов'язкову державну реєстрацію та депонування книг. Опубліковані книги реєструвалися у Центрі книговидань, а їх копії депонувалися для використання університетами та бібліотеками.

Щодо патентного права, то тут історія починається з правової охорони у вигляді привілеїв на винаходи, що з'явилися вже до кінця середніх віків. Цьому сприяли два фактори: перший – процес послідовного «облагородження» у свідомості людини поняття «ручна праця», а другий – значний розвиток ремісницького мистецтва і поява так званих «цехів», груп ремісників,

¹ Покровський І. А. Основные проблемы гражданского права. 6-е изд., стереот. Москва: Статут, 1998. С. 133.

² Право інтелектуальної власності: акад. курс / за ред. О. П. Орлюк, О. Д. Святоцького. Київ: Вид. Дім «Ін Юре», 2007. С. 38.

які діяли відповідно до їх регламенту¹. Першим Патентним законом була Декларація Венеціанської республіки 1474 р., за якою кожен громадянин, який зробив машину, що раніше не застосовувалася на території держави, отримувал привілей, за яким усім іншим заборонялося протягом 10 років виготовляти подібні машини². Привілеї ґрунтувалися на королівській волі, тому ніхто не мав права вимагати, щоб йому їх надали.

Наприкінці XVIII ст. система охорони промислової власності у формі привілеїв почала помітно змінюватися на патентну систему. Перший патентний закон у 1790 р. приймають США, у 1791 р. – Франція. Французький патентний закон заклав принципово важливу засаду про те, що будь-яке відкриття або новий винахід у будь-якій сфері виробництва є власністю його автора; закон має гарантувати йому всебічне та повне користування ним відповідно до умов і на встановлений строк³. Законом підкреслювалося, що будь-яка нова ідея, проголошення і здійснення якої може бути корисним для суспільства, належить тому, хто її створив, і було б обмеженням прав людини не розглядати промисловий винахід як власність його творця⁴.

Французький патентний закон 1791 р. базувався на кількох важливих засадах: 1) будь-який творчий результат визнавався об'єктом права власності; 2) винаходом визнавався творчий результат у будь-якому виді доцільної діяльності людини за умови його відповідності вимогам закону; 3) держава гарантувала охорону прав творця шляхом видачі охоронного документа – патенту; 4) вводилася обов'язкова державна реєстрація винаходів попередньою експертизою заявки по суті⁵.

Перші спроби виробників індивідуалізувати свої товари, виокремити їх серед подібних сягають стародавніх часів. З розвитком торгівлі виробники товарів (продукції) дійшли висновку про те, що маркування власного товару та позначення діяльності є досить ефективним засобом захисту економічних інтересів. Так, археологи знайшли маркований посуд, вироблений ще у кам'яному віці. Зрозуміло, що таке маркування використовувалося для фіксування права власності, а не виконувало ті функції в торгівлі, які властиві сучасним засобам

¹ Пиленко А. А. Право изобретателя (привилегии на изобретения и их защита в русском и международном праве): ист.-догмат. исслед.: в 2 т. Т. I. Санкт-Петербург: Тип. М. М. Стасюлевича, 1902. С. 63.

² Матвеева Т. И. Международный трансфер интеллектуальной собственности. Санкт-Петербург, 1993. С. 10.

³ Основи інтелектуальної власності. Київ: Ін Юре, 1999. С. 27.

⁴ Пиленко А. А. Право изобретателя (привилегии на изобретения и их защита в русском и международном праве): ист.-догмат. исслед.: в 2 т. Т. I. Санкт-Петербург: Тип. М. М. Стасюлевича, 1902. С. 84.

⁵ Право інтелектуальної власності: акад. курс / за ред. О. П. Орлюк, О. Д. Святоцького. Київ: Вид. Дім «Ін Юре», 2007. С. 48.

індивідуалізації¹. Стародавні греки та єгиптяни користувались ярликами ремісників і художників, що служили їм зазначенням походження товару з певної майстерні або міста². У Римі використання торгових марок було вже постійним явищем. Особи, які користувались чужими позначеннями, піддавались суворим покаранням³.

Свого подальшого розвитку можливість надання правової охорони торгової марки набули у період середньовіччя. У цей період маркування товарів підпорядковувалося головним чином правилам приналежності виробника до цеху або гільдії⁴. Проте такі позначки належали не окремому виробнику, а гільдії, яка слідкувала за дотриманням встановлених правил маркування і суворо карала за їх недотримання⁵. В англійському законодавстві найдавніша згадка про торгову марку міститься у Статуті 1266 р., за часів Генріха III. Статут вимагав, щоб пекарі маркували виготовлений ними хліб. Едиктом короля Карла П'ятого 1544 р. передбачалося виключення з професії чи гільдії, відсікання правої руки, а французький Королівський Едикт 1564 р. встановив смертну кару за підробку маркування.

Звичайно, торгова марка, її функції і масштаби використання з часом зазнали великих змін, особливо у процесі розвитку виробничих відносин та у період машинної індустрії. Наприкінці XIX ст. промисловість розвинутих країн поступово перейшла до масового виготовлення однорідних товарів, розширилася торгівля і посилилася конкуренція з усім властивим їй арсеналом засобів боротьби за просування товару на ринок, коли торгова марка набула особливого значення. Саме у цей період формується поняття права на торгову марку та необхідність у правовій регламентації її використання. Але спочатку встановлювалась кримінальна відповідальність за підробку торгової марки, а пізніше і цивільно-правові засоби захисту права на марку⁶.

У другій половині XIX ст. у всіх найбільш розвинутих країнах (Франції – в 1857 р., США – у 1881 р., Англії – у 1883 р., Німеччині – у 1884 р.) були прийняті закони про охорону права на торгову марку⁷. Так, суб'єктами права на торгову марку визнавалися будь-які підприємства і організації, незалежно від характеру їх діяльності – виробничої чи торгової. Маркування товарів мало

¹ Соболева Т. А., Суперанская А. В. Товарные знаки. Москва: Наука, 1986. 173 с.

² Блаватская Т. В. Ахейская Греция во II т. до н. э. Москва: Наука, 1966. С. 17.

³ Мельник О. М. Правова охорона знаків для товарів і послуг в Україні (цивільно-правовий аспект): монографія. Ірпінь: Академія ДЕС України, 2001. С. 4.

⁴ Свядосц Ю. И. Правовая охрана товарных знаков в капиталистических странах. Москва: ЦНИИПИ, 1969. С. 10.

⁵ Там само. С. 10.

⁶ Свядосц Ю. И. Правовая охрана товарных знаков в капиталистических странах. Москва: ЦНИИПИ, 1969. С. 11.

⁷ Там само. С. 11.

факультативний характер. У цей період торгова марка, по суті, була засобом реклами, яким підприємці могли користуватися на свій розсуд. У законодавстві окремих країн було передбачено обов'язкове маркування деяких категорій товарів (наприклад, у Франції було зазначено обов'язкове маркування виробів із дорогоцінних металів, а також гральних карт, на яких мали бути вказані прізвище виробника, його адреса, торгова марка, а також факсиміле підпису).

Промислова революція, що відбулася у низці країн наприкінці XIX – на початку XX ст., зумовила різке зростання винахідницької активності. Постійний обмін новими товарами (продукцією) зумовив поширення та удосконалення патентної системи охорони промислової власності. Поступово склалися передумови ідеї міжнародної охорони винаходів. 20 березня 1883 р. у формі Паризької конвенції було засновано Союз із промислової власності. Принциповими засадами Конвенції є національний режим, право пріоритету, новизна винаходу, закріплення прав винахідника у патенті та інші загальні правила. Трохи пізніше була підписана Мадридська угода про міжнародну реєстрацію знаків (1891 р.), якою був утворений спеціальний союз для країн – членів Паризької конвенції. Угода передбачає міжнародну реєстрацію товарних знаків у Міжнародному бюро ВОІВ у Женеві на основі національного режиму охорони марок.

Необхідність у міжнародній охороні поширилася і на сферу літератури та мистецтва. У 1886 р. було підписано Бернську конвенцію про охорону літературних і художніх творів, якою був заснований Міжнародний союз з охорони літературних і художніх творів. Бернська конвенція ґрунтується на трьох принципах: 1) «національного режиму», де створені в одній із країн – членів цього союзу твори мають отримувати у всіх інших країнах – членах союзу таку саму охорону, яку країна надає своїм громадянам; 2) «автоматичної охорони», коли творах охорона надається на підставі факту створення твору і не зумовлюється реєстрацією, депонуванням тощо; 3) «незалежності охорони», коли володіння наданими правами та їх реалізація не залежать від надання охорони в країні походження твору.

Згодом, у 1952 р. у Женеві була підписана ще одна конвенція – Всесвітня конвенція про авторське право (редакція 1971 р.) та прийнято низку інших не менш важливих міжнародно-правових актів. Для ефективної координації їх дії та з метою посилення міжнародного співробітництва у сфері інтелектуальної, творчої діяльності в 1967 р. у Стокгольмі була підписана Конвенція про утворення ВОІВ, яка набула чинності з 1970 р., а з 1974 р. одержала статус спеціалізованої установи ООН. Конвенція про утворення ВОІВ у поняття «інтелектуальна власність» включає дві основні сфери прав: 1) промислову власність, що охоплює винаходи і товарні знаки; 2) авторське право, що стосується літературних, музичних, художніх і аудіовізуальних творів.

Діяльність ВОІВ в основному проводиться у трьох напрямках: реєстраційна, забезпечення міжурядового співробітництва з адміністративних питань інтелектуальної власності і програмна діяльність; які спрямовані на досягнення основних завдань ВОІВ¹.

За часів Російської імперії, до складу якої входила і Україна, до Петра I не існувало нічого схожого на привілеї, як систему охорони об'єктів права інтелектуальної власності. І це було природним, оскільки тоді промисловість лише зароджувалася, тому навіть й існування технічних новинок не припускало виникнення питання про їх захист. Видача привілеїв на винаходи в Російській імперії почалася у середині XVIII ст., і перший був виданий у 1748 р.². Відомим є привілей наданий М. В. Ломоносову у 1752 р. на виробництво різноманітних стекол та інших галантерейних речей («Дабы Ломоносов как первый в России тех вещей сыскатель, за понесенный им труд удовольствие иметь мог бы впредь от нынешнего времени 30 лет никому другому в заведении тех фабрик дозволения не давать»³). У зазначеному привілеї міститься одразу кілька основних принципів сучасного патентного права. По-перше, – монополія виробника, по-друге, – право на використання патенту і отримання відповідної винагороди, і по-третє, – встановлено строк дії патенту.

17 червня 1812 р. був прийнятий Височайший маніфест «О привилегиях на разные изобретения и открытия в художествах и ремеслах». Цим актом встановлювалась явочна та формальна система видання привілеїв на власні винаходи і ті, що завозилися із-за кордону, строком на три, п'ять і десять років. Привілеї надавав без перевірки суті винаходу міністр внутрішніх справ після розгляду питання Державною радою⁴.

Становлення системи правової охорони творів науки, літератури і мистецтва відбувалося разом із виникненням цих видів творчості. Проте в першу чергу видавалися видавництвам, причому в 1816 р. Міністерством народної освіти було видано розпорядження щодо обов'язкового надання на цензуру рукопису разом з доказом існування прав видавця, що публікує твір.

Перша згадка про торгові марки у законодавстві царської Росії зустрічається ще у XVII ст., а саме: 22 квітня 1667 р. прийнято «Новоторговий Статут», де встановлювались правила про внутрішню та зовнішню торгівлю і вимагалось позначати певні товари клеймом для відмежування російських

¹ Основи інтелектуальної власності. Київ: Ін Юре, 1999. С. 36.

² Колесников А. П. История изобретательства и патентного дела. Москва, 1998. С. 7.

³ Пиленко А. А. Право изобретателя (привилегии на изобретения и их защита в русском и международном праве). Историко-догматическое исследование. В 2 т. Т. I. Санкт-Петербург: Типография М. М. Стасюлевича, 1902. С. 149.

⁴ Право інтелектуальної власності: академічний курс / за ред. О. П. Орлюк, О. Д. Святоцького. Київ: Вид. Дім «Ін Юре», 2007. С. 41.

товарів від іноземних¹. А в 1774 р. був прийнятий державний указ «Статут про промисловість», що передбачав обов'язкове клеймування всіх російських товарів особливими фабричними або заводськими знаками². У 1830 р. приймається новий Закон «Про товарні клейма»³, в якому було приписано власникам певних виробництв (суконних, паперових та інших фабрик) мати спеціальні клейма для позначення своїх виробів. У 1838 р. у Російській імперії був прийнятий закон про товарні знаки, яким встановлювалася кримінальна відповідальність за підробку товарного знака. Останнім законом царської Росії «Про товарні знаки» був Закон від 26 лютого 1896 р.⁴, який містив визначення торгової марки, суть якого збереглась і в наші часи⁵. Виникнення виключного права на торгову марку пов'язувалось з її реєстрацією в уповноваженому органі – Міністерстві торгівлі і промисловості і діяло 10 років, за деяких обставин могло бути поновлене. Згідно з положеннями цього Закону відступлення торгової марки було можливим тільки разом з передачею самого виробництва (підприємства).

Після революції 1917 р. запроваджується державна монополія на результати інтелектуальної діяльності. Так, Положенням про винаходи, затвердженим Декретом від 30 червня 1919 р., за державою визнавалося право відчужувати на свою користь будь-який винахід, що визнаний корисним. Положення закріплювало за автором будь-якого винаходу право авторства на цей винахід, що підтверджувалося видачею йому авторського свідоцтва. Винахідник мав право на винагорода у випадку визнання його винаходу багатством країни. Декрет РНК від 26 листопада 1918 р. «Про визнання наукових, літературних, музичних і художніх творів державним надбанням» надавав можливість оголошувати надбанням держави будь-які твори, за що авторам виплачувалася винагорода. Але вже згодом, у 20-ті роки, відбувається відродження інституту виключних прав на результати інтелектуальної, творчої діяльності. Право авторів на твори науки, літератури і мистецтва проголошується в Основах авторського права 1925 та 1928 рр., а також у законі «Про авторське право» 1928 р.; на об'єкти промислової власності – у Положенні про патенти на винаходи, затвердженому ЦВК СРСР 12 вересня 1924 р. Цей нормативний акт забезпечував захист прав винахідника. Важливу роль у розвитку винахідництва відіграв наказ Вищої Ради Народного Господарства від 11 квітня 1925 р., який закріплював, що з метою заохочення широкої

¹ Мельник О. М. *Правова охорона знаків для товарів і послуг в Україні (цивільно-правовий аспект): монографія*. Ірпінь: Академія ДЕС України, 2001. С. 6.

² Шершеневич Г. Ф. *Курс торгового права*. Т. 2: Товар. Торговые сделки. Москва: Статут, 2003. С. 16.

³ Щербина В. *Геральдика производства. Наука и жизнь*. 1970. № 7. С. 69–73.

⁴ Шершеневич Г. Ф. *Учебник русского гражданского права*. Москва: Спарк, 1995. С. 264.

⁵ Шершеневич Г. Ф. *Курс гражданского права*. Тула: Автограф, 2001. С. 345.

колективної творчості працівників доцільно преміювати кожне вдосконалення, запропоноване і розроблене на підприємстві.

З 30-х до 80-х р. ХХ ст. патентне законодавство базувалося на таких принципах: закріплювалося за автором будь-якого винаходу право авторства на цей винахід; існували дві можливі форми охорони прав винахідників – авторське свідоцтво і патент; дозвільний порядок патентування за кордоном; можливість примусового викупу патенту держави тощо.

У сфері авторського права до 1970-х р. термін дії авторських прав становив 15 років після смерті автора, однак при цьому передбачався широкий перелік випадків вільного використання творів без згоди автора, наприклад, переклад твору іншою мовою. З 1973 р., СРСР приєднався до Всесвітньої конвенції про авторське право, якою було закріплено право автора на переклад та термін дії авторських прав збільшено до 25 років. У 1991 р. Основи цивільного законодавства СРСР і союзних республік збільшили термін дії авторських прав до 50 років після смерті автора, вперше ввели охорону суміжних прав та передбачили охорону ноу-хау.

Першим радянським нормативним актом був Декрет РНК «Про мито на товарні знаки» від 17 серпня 1918 р., в якому встановлювався обов'язок підприємств зареєструвати торгові марки, які одержали правову охорону до жовтня 1917 р. У 1919 р. Вища Рада Народного Господарства прийняла Постанову «Про товарні знаки державних підприємств», якою запровадила нові позначення замість раніше зареєстрованих. Але ці нові торгові марки мали лише інформаційний характер.

Нова економічна політика радянської влади сприяла поживленню товарних відносин та зумовила необхідність посилення правової охорони торгових марок, і у 1922 р. був прийнятий Декрет «Про товарні знаки». Так, промислові і торгові підприємства могли індивідуалізувати свою продукцію під час випуску та збуту на монопольних засадах. Встановлювалась державна реєстрація торгових марок, цивільно-правова відповідальність за порушення прав на марку, передбачались умови їх охороноздатності.

Згодом, 18 липня 1923 р., було прийнято Постанову РНК СРСР «Про товарні знаки», якою заборонялося колишнім власникам користуватися торговими марками націоналізованих підприємств. Також Постановою ЦК СРСР і РНК СРСР від 22 червня 1927 р. було затверджене «Положення про фірму», якою передбачалась можливість охорони права на фірму як засобу індивідуалізації юридичної особи та окремі види використання фірми. У 1936 р. ЦВК і РНК СРСР прийняли Постанову «Про промислові марки і товарні знаки», де містилися детальні правила позначення промислової продукції – обов'язкові для підприємств та запропоновано визначення поняття «торгова марка», яку могли використовувати торговельні підприємства, що

реалізували продукцію, виготовлену за їх спеціальним замовленням. Однак у період з 1936 до 1940 р. реєстрацію торгових марок було децентралізовано.

Із виходом товарів Радянського Союзу на зовнішній ринок 15 травня 1962 р. Рада Міністрів СРСР прийняла Постанову «Про товарні знаки», а Комітет у справах винаходів і відкриттів розробив і затвердив Положення про товарні знаки. Відповідно до нього підприємства зобов'язувалися мати торгові марки, зареєстровані у визначеному законом порядку.

На сьогодні інтелектуальна власність розглядається з правої, соціологічної та економічної точок зору, що, у свою чергу, веде до виникнення широкого діапазону сутностей і значень, а, отже, неоднозначності її тлумачення. Таким чином можна стверджувати, що комплексного підходу до визначення сутності «інтелектуальної власності» на сьогодні не існує.

Розвиток правової думки зумовив існування низки теорій, що пояснюють сутність відповідного права. Основна проблема при цьому полягає в тому, що і фахівці, і український законодавець використовують одночасно два підходи до розуміння сутності категорії «право інтелектуальної власності». Перша базується на тому, що нематеріальними як матеріальними об'єктами права можна також володіти, користуватися й розпоряджатися – *проприетарна теорія*¹ (О. А. Підопригора², О. О. Підопригора³, Т. С. Демченко⁴). Друга теорія – це *теорія виключних прав*, яка припускає, що результати інтелектуальної, творчої діяльності можна використовувати, а також розпоряджатися майновими правами на них (Г. Ф. Шершеневич⁵, Б. С. Антимонов і К. А. Флейшиць⁶, В. А. Дозорцев⁷, В. О. Калятин⁸, О. П. Сергєєв⁹, В. І. Жуков¹⁰). Обидві теорії

¹ Пиленко А. А. Право изобретателя. Москва: Статут, 2001. С. 219–231.

² Право інтелектуальної власності: підруч. для студ. вузів / за ред. О. А. Підопригори, О. Д. Святоцького. Київ: Ін Юре, 2002. 624 с.

³ Підопригора О. О. Проблеми правового регулювання інтелектуальної власності за законодавством України: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03 / Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого. Харків, 1999. 34 с.

⁴ Демченко Т. С. Охрана товарных знаков (сравнительно-правовой анализ). Киев: Ин-т государства и права им. В. М. Корецкого НАН Украины, 2005. 208 с.

⁵ Шершеневич Г. Ф. Авторское право на литературные произведения. Казань: Тип. Имп. Ун-та, 1891. 321 с.

⁶ Антимонов Б. С., Флейшиц Е. А. Авторское право. Москва: Юрид. лит., 1957. 280 с.

⁷ Дозорцев В. А. Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации: сб. ст. Москва: Статут, 2005. 416 с.

⁸ Калятин В. О. Интеллектуальная собственность (исключительные права). Москва: Норма – Инфра – М, 2000. 450 с.

⁹ Сергєєв А. П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации. Москва: Проспект, 2001. 750 с.

¹⁰ Жуков В. І. Право інтелектуальної власності: теорія і судова практика (авторсько-правовий аспект). *Вісник центру комерційного права*. 2004. № 3. С. 2–6.

виключають одна одну¹.

Сутність пропріетарної теорії прав на результати творчої діяльності полягає в тому, що, створюючи будь-який творчий результат, його автор (власник патенту) стає власником і набуває прав та обов'язків, що є аналогічними, як і власника матеріальних предметів. Тобто об'єктам права інтелектуальної власності надається такий самий правовий режим, як і речам. Ототожнення права на результат інтелектуальної, творчої діяльності із правом власності на матеріальні об'єкти є наслідком таких міркувань: праця людини створює матеріальні блага, речові і духовні результати праці, тому всі вони базуються на одному й тому ж факті. Отже, ці результати праці є власністю особи, яка їх створила. Якщо творчий результат виникає внаслідок праці творця, то він має право поступати з ним як завгодно: опублікувати чи засекретити, використати самому чи передати для використання іншим особам, чи зовсім знищити. Відповідно ніхто не має права перешкоджати власнику у здійсненні його права.

Виникнення та існування цієї концепції пояснюється як історичними, так і економіко-правовими передумовами. Пропріетарна концепція прав на результати інтелектуальної, творчої діяльності з моменту її виникнення і дотепер піддається серйозній критиці. Під впливом цього відбувається трансформація поглядів на об'єкти права інтелектуальної власності як на власність особливого роду, яка вимагає спеціального регулювання з огляду на її нематеріальний характер².

Натомість інші науковці вважають, що володіння, користування і розпорядження нематеріальними об'єктами права, такими як твори науки, літератури і мистецтва, винаходами не відповідає дійсності, оскільки вони є безтілесними речами. Так, Р. Саватьє вважав включення нематеріальних об'єктів в об'єкти права власності неправомірним³. Г. Ф. Шершеневич доходить такого ж висновку та зазначає, що поширювати поняття про речові права на права, що не мають своїм об'єктом речі, є теоретично незручним і може створити небажане змішування сприйняття у теорії і практиці (наприклад, між правом на літературний твір і правом власності на екземпляр книги)⁴.

Якщо міркувати логічно, то ні до твору, ні до винаходу доторкнутися не можна. Можна доторкнутися до книги як до матеріального носія твору; до пристрою, в якому втілено винахід, але це вже інші об'єкти права – об'єкти

¹ Жуков В. Предисловие к книге Коноваленко В. В. «Авторское право и смежные права: бухгалтеру, руководителю, юристу». Харьков: Фактор, 2006. 111 с.

² Дюма Р. Литературная и художественная собственность. Авторское право Франции. 2-е изд.: пер. с фр. Москва: Междунар. отношения, 1993. С. 19.

³ Саватьє Р. Теория обязательств. Москва: Прогресс, 1972. С. 53.

⁴ Шершеневич Г.Ф. Курс гражданского права. Тула: Автограф, 2001. С. 333.

права власності, якими можна володіти, користуватися і розпоряджатися. Однак володіти, користуватися і розпоряджатися твором, винаходом – не можна. Тому використання в законах і підзаконних нормативно-правових актах правочинів, що належать до тілесних речей, є помилковим¹. Результати творчої діяльності можуть одночасно належати певній особі або декільком суб'єктам. Приватне привласнення, на погляд прихильників теорії виключних прав, не відповідає їх природі, головною та об'єднуючою ознакою яких є нематеріальний, ідеальний характер. Тому не можна застосовувати правовий режим права власності, який складається з правомочностей володіння, користування та розпорядження об'єктами матеріального світу до нематеріальних носіїв результатів творчості. До результатів інтелектуальної творчості має застосовуватися режим виключних прав, зміст якого полягає у тому, що тільки творці цих результатів мають право користуватися та розпоряджатися ними, за винятком випадків, прямо передбачених законом².

Якщо звернутися до законодавства України про інтелектуальну власність, то його основу становлять положення Конституції України, яка у ст. 41 закріплює право кожного володіти, користуватися і розпоряджатися результатами своєї інтелектуальної творчої діяльності. Таке формулювання фактично прирівнює (з урахуванням «тріади права власності») поняття «права інтелектуальної власності» і права власності, оскільки так само, як і для речей, передбачає для результатів інтелектуальної, творчої діяльності можливість володіти, користуватися і розпоряджатися ними.

Між тим переважна більшість законодавчих актів України закріплює виключні права на результати творчої діяльності, у т. ч. й ЦК України, який вперше об'єднав норми, що стосуються охорони прав на результати творчої, інтелектуальної діяльності в окремій книзі. Проте зміст ст. 418 ЦК України дає змогу стверджувати, що законодавець закріпив це право як права, що становлять особисті немайнові права інтелектуальної власності та (або) майнові права інтелектуальної власності, зміст яких щодо певних об'єктів права інтелектуальної власності визначається ЦК України та іншими законами, та залишив відкритою дискусію щодо сутності поняття права інтелектуальної власності, визначивши це поняття як право особи на результат інтелектуальної, творчої діяльності або на інший об'єкт права інтелектуальної власності, визначений законом. Останнє положення не можна тлумачити як закріплення права власності на зазначені результати, оскільки вказано «право особи», а не «право власності особи» чи «право особи володіти, користуватися

¹ Жуков В. Предисловие к книге Коноваленко В. В. «Авторское право и смежные права: бухгалтеру, руководителю, юристу». Харьков: Фактор, 2006. 111 с.

² Калятин В. О. Интеллектуальная собственность (Исключительные права): учебник для вузов. Москва: Норма, 2000. С. 4–7.

і розпоряджатися результатами інтелектуальної творчої діяльності». Тому книга 4 ЦК України написана з позиції теорії виключних прав. Разом із тим інші нормативно-правові акти¹, базується на проприетарній теорії. Як наслідок наведеного – колізії у багатьох нормативно-правових актах, що ускладнює їх правильне застосування на практиці.

У всьому світі категорія «інтелектуальна власність» виступає як загальна понятійна конструкція, охоплюючи авторське і патентне право, правовий режим дизайну і засобів індивідуалізації, а також численні суміжні права тощо. Поняття «виключні права» використовується в нормативних актах при позначенні змісту правомочностей правоволодільця. Як зазначав В. А. Дозорцев, використання терміна «інтелектуальна власність» є цілком правомірним у політичних актах, але вживання його як позначення юридичної категорії ніяк не може бути визнано вдалим. Поняття «власність» може створити тільки неправильне уявлення про зміст права, його дію та способи його захисту². Використання цього терміна є невдалою ідеєю законодавця, оскільки саме слово «власність» (навіть у такому словосполученні) сприймається як похідне від традиційного права власності. В. О. Калятин вважає, що це пов'язано з тим, що право власності покликане виконувати ту саму функцію, як і виключні права. Саме ця обставина приводить до того, що вільно чи мимоволі їх намагаються об'єднати в одну групу³.

Некоректність використання категорії «власність» щодо нематеріальних об'єктів полягає у тому, що «інтелектуальну власність» не можна назвати «дійсною власністю», бо вона не є економічною категорією і не може існувати поза правом. Для реалізації результатів інтелектуальної діяльності, перетворення їх у товар потрібна монополія, тобто «правове закріплення». Вживання поняття «інтелектуальна власність» в юридичному значенні спричиняє плутанину ще в одному відношенні, воно перешкоджає чіткому розрізненню

¹ Про охорону прав на винаходи і корисні моделі: Закон України від 15.12.1993 р. № 3687-ХІІ. *Відомості Верховної Ради України*. 1994. № 7. Ст. 32; Про охорону прав на промислові зразки: Закон України від 15.12.1993 р. № 3688-ХІІ. *Відомості Верховної Ради України*. 1994. № 7. Ст. 34; Про охорону прав на топографії інтегральних мікросхем: Закон України від 05.11.1997 р. № 621/97-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1998. № 8. Ст. 28; Про охорону прав на знаки для товарів та послуг: Закон України від 15.12.1993 р. № 3689-ХІІ. *Відомості Верховної Ради України*. 1994. № 7. Ст. 36; Про інформацію: Закон України від 02.10.1992 р. № 2657-ХІІ. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 48. Ст. 650.

² Дозорцев В. А. Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации: Сб. ст. Москва: Статут, 2005. С. 319.

³ Интеллектуальная собственность: правовое регулирование, проблемы и перспективы. *Законодательство*. 2001. № 4. С. 11.

нематеріального результату інтелектуальної діяльності, який є об'єктом виключних прав, і його матеріального носія – об'єкта права власності¹.

Відповідно категорія «інтелектуальна власність» є умовною, хоча набула значного поширення. Використання слова «власність» у понятті «інтелектуальна власність» зовсім не означає, що до розглядуваних відносин застосовуються положення законодавства про власність. Поширення режиму права власності на результати інтелектуальної, творчої діяльності і застосування норм про право власності до об'єктів права інтелектуальної власності, не є можливим. Так, на думку В. А. Дозорцева, використання цього терміна є можливим, але тільки не в праві і тим більше, не на законодавчому рівні. Отже, не можна щодо одного й того самого об'єкта застосовувати два і більше різних поняття, які пропонується використовувати в різних сферах суспільного життя. Така ситуація може легко призвести до плутанини у використанні понять не тільки з точки зору їх сприйняття громадянами, а й в теорії, і як наслідок у правозастосовчій практиці.

Щоб уникнути подібних випадків, у деяких країнах термін «право інтелектуальної власності» доречно замінили на термін «інтелектуальні права». Термін «інтелектуальні права» охоплює всі види абсолютних прав на результати інтелектуальної діяльності та інші прирівняні до них результати, зокрема й засоби індивідуалізації². Термін «інтелектуальні права» використовується в значенні, аналогічному тому, що міститься в міжнародних угодах терміна «права інтелектуальної власності» (наприклад, Угода ТРІПС), однак, на відміну від останнього, дає змогу уникнути асоціації з правом власності³.

Право інтелектуальної власності слід розглядати у двох значеннях: об'єктивному та суб'єктивному. У суб'єктивному значенні право інтелектуальної власності становлять особисті немайнові права інтелектуальної власності та (або) майнові права інтелектуальної власності, які поширюються на результат інтелектуальної, творчої діяльності або на інший прирівняний до них об'єкт права інтелектуальної власності, певний перелік яких встановлено нормами законодавства. Усі інші особи зобов'язані отримати дозвіл на використання об'єктів права інтелектуальної власності.

В об'єктивному значенні право інтелектуальної власності – це система правових норм, які регулюють суспільні відносини у сфері створення та використання результату інтелектуальної, творчої діяльності або на іншого

¹ Дозорцев В. А. Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации: Сб. ст. Москва: Статут, 2005. С. 319.

² Рузакова О. А. Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации. Москва: Экзамен, 2007. С. 30.

³ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации части четвертой (постатейный) / отв. ред. Л. А. Трахтенгерц. Москва: КОНТРАКТ, ИНФА-М, 2009. С. 3.

прирівняного до них об'єкта права інтелектуальної власності, певний перелік яких встановлено нормами законодавства.

О. В. Піхурець

§ 3. Система права інтелектуальної власності

Приблизний перелік результатів інтелектуальної, творчої діяльності містить ст. 2 Конвенції про створення ВОИС, а саме: літературні, художні і наукові твори; виконавська діяльність артистів, звукозапис, радіо- і телевізійні передачі; винаходи у всіх галузях людської діяльності; наукові відкриття; промислові зразки; торгові марки, фірмові найменування і комерційні позначення; захист від недобросовісної конкуренції, а також усі інші права, які мають відношення до інтелектуальної діяльності у промисловій, науковій, літературній та художній галузях. Ця Конвенція містить орієнтовний перелік об'єктів та умовний поділ на правові субінститути. Законодавство України про інтелектуальну власність містить дещо інший перелік об'єктів інтелектуальної власності. Воно включає до числа об'єктів правової охорони нові сорти рослин, компонування інтегральних мікросхем. Так, ст. 420 ЦК України містить перелік об'єктів права інтелектуальної власності, до яких, зокрема, належать: літературні та художні твори; комп'ютерні програми; компіляції даних (бази даних); виконання; фонограми, відеограми, передачі (програми) організацій мовлення; наукові відкриття; винаходи, корисні моделі, промислові зразки; компонування (топографії) інтегральних мікросхем; раціоналізаторські пропозиції; сорти рослин, породи тварин; комерційні (фірмові) найменування, торговельні марки (знаки для товарів і послуг); географічні зазначення; комерційні таємниці.

Невичерпний перелік об'єктів права інтелектуальної власності, розподіл норм серед 12 глав ЦК України дозволяють зробити висновок, що розробка системи є необхідною потребою теорії та практики.

Найпоширенішим поділом права інтелектуальної власності є поділ на три самостійні інститути – авторське право та суміжні права, право на об'єкти промислової власності та право на нетрадиційні об'єкти права інтелектуальної власності¹. Проте така система не відповідає вимогам наукової класифікації: обіймати весь матеріал певної галузі та мати єдність в ознаках об'єднання та

¹ Право інтелектуальної власності: академ. курс: підручник для студентів вищих навчальних закладів / за ред. О. А. Підпригори, О. Д. Святоцького. 2-ге вид., переробл. та доп. Київ: Концерн «Видавничий дім «Ін Юре», 2002. С. 38–40; Сергеев А. П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации. Москва: Теис, 1996. С. 63–98.

розрізнення¹. Крім того, внутрішня диференціація, та чи інша класифікація прав на окремі правові інститути повинна мати практичну спрямованість.

На сьогодні система об'єктів права інтелектуальної власності в законодавстві України виявилася роздрібною на безліч самостійних груп прав. У останні десятиріччя з'явилися права на комп'ютерні програми і бази даних, ноу-хау, комерційну таємницю, доменні імена, на топології інтегральних мікросхем, на селекційні досягнення. Суміжні права доповнилися правами організацій. Останніми роками виникла необхідність створити і спеціальну галузь виключних прав, що охоплює деякі види діяльності в мережі Інтернет (наприклад, використання доменних імен тощо).

Враховуючи точку зору С. С. Алексєєва і О. О. Красавчикова про те, що система галузі права має бути виявлена, бо вона об'єктивно існує, що систему не можна сконструювати, а необхідно розкрити і вивчити її структурне розчленування², спробуємо пізнати та визначити систему права інтелектуальної власності. С. М. Братусь вказував, що наукове пізнання об'єктивно існуючої системи права включає пізнання внутрішніх закономірностей формування, відокремлення і взаємозалежності окремих її структурних частин³. Отже, пізнання об'єктивно існуючої системи права полягає в тому, що виявляються загальні для всіх або для більшої частини інститутів ознаки, які свідчать про те, що ці інститути є однорідними і складають у своїй сукупності цю галузь права.

Праву інтелектуальної власності з точки зору його системних проявів властиві загальні риси саме «галузі» цивільного права. Такий висновок ґрунтується на позиції С. М. Братуся, що система цивільного права, тобто розчленування в певній послідовності його інститутів і їх взаємний зв'язок, обумовлюється характером майнових відносин, врегульованих цією галуззю права⁴. Сучасному цивільному праву також властива обумовленість характером регульованих майнових відносин⁵. Це фундаментальне положення цивілістичної теорії нині піддається критиці⁶, однак, на думку більшості

¹ Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права. Изд. седьмое. Санкт-Петербург: Издание бр. Башмаковых. 1909. С. 69.

² Алексєєв С. С. О системе Основ гражданского законодательства СССР и республиканских гражданских кодексов. *Вопросы кодификации советского законодательства*: сб. ст. Свердловск, 1957. С. 108–109; Красавчиков О. А. Советская наука гражданского права. *Ученые труды Свердл. юрид. ин-та*. Свердловск, 1961. Т. 6. С. 239–314.

³ Братусь С. Н. Предмет и система гражданского права. Москва: Госюриздат, 1963. С. 9.

⁴ Там само. С. 10.

⁵ Алексєєв С. С. Предмет советского социалистического гражданского права. *Ученые труды Свердл. юрид. ин-та*. Свердловск, 1959. Т. 1; Яковлев В. Ф. Гражданско-правовой метод регулирования общественных отношений. Свердловск: Изд-во Свердл. юрид. ин-та, 1972.

⁶ Малейна М. Н. О предмете гражданского права. *Государство и право*. 2001. № 1. С. 25–31.

вчених, залишається переважним¹. В основі формування, а потім і відособлення права інтелектуальної власності спочатку були саме майнові відносини – відносини з приводу виключного права, що є майновим за своїм змістом².

Існування загальних правоположень для певної групи інститутів є показником того, що вони належать до однієї галузі права і що така галузь права дійсно існує. Якщо ж загальна частина для певної групи зовні пов'язаних між собою інститутів не може бути вироблена, це означає, що ці інститути регулюють різні суспільні відносини, між ними немає внутрішнього необхідного зв'язку³. Переважна більшість інститутів права інтелектуальної власності однорідні, вони мають подібні риси, що говорить про їх юридичну спорідненість. Для права інтелектуальної власності, так само як і для інших підгалузей цивільного права, є можливим застосування положень загальної частини цивільного права. Більше того, для інститутів права інтелектуальної власності цілком допустимо виділення загальних положень. Про таку можливість свідчить і книга 4 ЦК України, де окремо виділено главу 35 «Загальні положення про право інтелектуальної власності», в якій зосереджені найзагальніші положення про інтелектуальну власність: загальні положення про об'єкти, суб'єкти, про підстави виникнення виключних прав, зміст права інтелектуальної власності, терміни дії виключних прав, спеціальні способи захисту, деякі інші правила.

Разом із тим у книзі 4 ЦК України містяться загальні положення по кожному інституту, в деяких випадках навіть субінституту права інтелектуальної власності, що порушує струнку теорію включення в кодифікований нормативний акт норм «загальної частини» права інтелектуальної власності. Можливим поясненням існування такого становища є те, що написання книги 4 ЦК України відбувалося непослідовно, майже поспіхом. На жаль, відсутні і теоретичні розробки, які могли б бути покладені в основу комплексного і системного вдосконалення відповідних норм.

Свого часу С. С. Алексєєв стверджував, що норми загальної частини є результатом логічної обробки певної сукупності правових норм, які регулюють певний вид суспільних відносин, відображають об'єктивно існуючий зв'язок відособлених всередині них різних сторін і різновидів таких відносин. З цими сторонами і різновидами пов'язане існування конкретних правових інститутів всередині цієї галузі права. Тому норми загальної частини є

¹ Малеина М. Н. Личные неимущественные права граждан: понятие, осуществление, защита. 2-е изд., испр. и доп. Москва: МЗ Пресс, 2001; Ровный В. В. Новейшее исследование предмета гражданского права. *Сибирский юридический вестник*. 2000. № 3.

² Яковлев В. Ф. Гражданско-правовой метод регулирования общественных отношений. Свердловск: Изд-во Свердл. юрид. ин-та, 1972. С. 12–16.

³ Братусь С. Н. Предмет и система гражданского права. Москва: Госюриздат, 1963. С. 11.

інструментом пізнання внутрішнього зв'язку правових явищ цієї галузі права, одночасно виступають і як регулятор охоплених цією галуззю права суспільних відносин і тим самим як регулятор відповідної поведінки людей¹.

Отже, необхідність перегляду принципу відбору норм про інтелектуальну власність є очевидною. У той же час, на наш погляд, розвиток права інтелектуальної власності не досяг стадії виділення в самостійну галузь права. Залежність від загальних положень цивільного права досить велика і буде зберігатися у майбутньому.

Щодо формування інститутів і субінститутів права інтелектуальної власності, тут також спостерігаються проблеми, пов'язані не тільки з юридичною технікою, а й з триваючим процесом активного розвитку окремих структурних елементів, що відображається у доктринальних дискусіях і має прогалини з окремих питань. Наприклад, субінститути суміжних прав або права на комерційну таємницю, що сформувалися відносно недавно, на цей момент не є однорідними у праві подібно до авторського або патентного права. Для кожного з об'єктів, відносини щодо якого врегульовані цими субінститутами, ЦК України передбачає досить суттєві особливості правового регулювання. Так, для кожного з них встановлено свій «набір» умов надання правової охорони, перелік прав, зміст цих прав, порядок обчислення строку чинності виключного права, тощо. Проблеми надання прав на компіляції (бази) даних, створення яких спричинило значні майнові або організаційні витрати, чи на твори науки, літератури, мистецтва, оприлюднені після їх переходу в суспільне надбання, комплексно і системно в Україні навіть не досліджувалися.

О. В. Піхурець

§ 4. Основні інститути права інтелектуальної власності (фактологічна, реєстраційна система та фактична монополія)

Система виключних прав, запропонована ще В. А. Дозорцевим², є обґрунтованою та заслуговує на увагу. Розмежування правових інститутів залежить від підстав надання правової охорони. Критерієм для такого розмежування є можливість незалежного створення іншою особою аналогічного нематеріального об'єкта.

Якщо незалежне створення двома особами нематеріального об'єкта неможливо, то для відокремлення одного об'єкта від іншого є форма об'єкта, а саме відокремлення не є проблемою. Наприклад, рядки «Мороз и солнце; день

¹ Алексеев С. С. Структура советского права. Москва: Юрид. лит., 1975. С. 13.

² Дозорцев В. А. Исключительные права и их развитие. Вступительная статья к Закону РФ «Об авторском праве и смежных правах». Москва: БЕК, 1993. С. 22.

чудесный! Еще ты дремлешь, друг прелестный» неможливо написати незалежно від О. С. Пушкіна. Ця властивість нематеріального об'єкта спричиняє те, що для надання правової охорони не потрібно реєструвати твір, проводити експертизу на новизну або оригінальність. Відповідно право виникає з моменту створення та не вимагається виконання будь-яких формальностей. Форма твору, яка є неповторною, визначає обсяг правової охорони. Таку систему слід назвати *фактологічною*.

Інакше відокремлюються об'єкти, які можуть бути створені декількома особами незалежно один від іншого. Технічне рішення може бути створено незалежно від першого винахідника. Більше того, якщо має місце суспільна необхідність, то воно неминуче буде створено¹. У такому випадку необхідно відокремити технічне рішення від попередніх. Для цього автор має сформулювати суть та обсяг рішення, певний державний орган повинен провести експертизу, держава видати індивідуальний акт, яким визначається обсяг правової охорони. Саме тому відокремлення та реєстрація завжди передують виникненню права. Обсяг правової охорони визначається певними формальними ознаками, як-то формула винаходу, суттєві ознаки промислового зразка тощо. Таку систему слід назвати *реєстраційною*.

Разом із цим можливо відокремлення об'єкта та закріплення монополії на підставі таємності. Збереження певної інформації в секреті, її використання надає особі певні переваги. Забороняється протиправне розголошення такої інформації шляхом промислового шпіонажу працівником володільця права на секрет. Ці відносини мають квазіабсолютний характер, бо одна й та сама інформація може бути створена і засекречена декількома особами незалежно один від одного². Таку систему слід назвати *фактичною монополією*.

Знаходження певного об'єкта в запропонованій системі дозволяє вирішити низку практичних завдань, а саме – визначити момент виникнення права, строк його дії, територію дії, обсяг правової охорони, зміст прав з використання об'єкта. Так, віднесення об'єкта до фактологічної системи дозволяє визначити момент виникнення права з моменту створення об'єкта. Виникнення права не пов'язано з виконанням будь-яких формальностей, правова охорона визначається формою об'єкта та не поширюється на змістовну складову об'єкта тощо. До фактологічної системи охорони прав слід віднести перш за все результати літературної та художньої творчості, які об'єктивно не можна повторити (шляхом створення аналогічного твору).

Віднесення об'єкта до реєстраційної системи визначає момент виник-

¹ Дозорцев В. А. Исключительные права и их развитие. Вступительная статья к Закону РФ «Об авторском праве и смежных правах». Москва: БЕК, 1993. С. 22.

² Петров С. В. Інформація як об'єкт цивільно-правових відносин: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Нац. ун-т внутр. справ. Харків, 2003.

нення права моментом реєстрації та видачею відповідного охоронного документа (патенту або свідоцтва), правова охорона визначається певними зазначеними в охоронному документі ознаками (формулою винаходу, суттєвими ознаками промислового зразка), тобто змістовною частиною об'єкта. Такі результати науково-технічної творчості, навпаки, принципово можна повторити (вся історія розвитку техніки підтверджує можливість того, що та чи інша ідея, чи рішення технічного характеру можуть одночасно прийти в голову кільком особам). Виключне право на них може бути визнано лише за одним із творців, пріоритет (першість) якого має бути зареєстрований і посвідчений державою шляхом видачі спеціального документа (патенту або свідоцтва).

Фактична монополія дозволяє тримати у секреті будь-які відомості необмежений час. Проте право не є абсолютним та зобов'язує підтримувати особливий режим збереження інформації в секреті. Так, на думку Г. Штумпфа, ноу-хау не є якоюсь формою охорони промислової власності, оскільки воно не має ознак виключного права¹. Це ж стосується і комерційної таємниці. Інші дослідники також підкреслюють, що на ноу-хау не існує ні абсолютного, ні виключного права².

Щодо конфіденційної інформації (комерційної таємниці і ноу-хау), на неї законом не встановлено монополію. Законодавець визначив, що особа, яка законно контролює комерційну таємницю, має вжити адекватні існуючим обставинам заходи щодо збереження її секретності (ст. 505 ЦК України). Тобто особа може фактично обмежити тільки неправомірний доступ до такої інформації третіх осіб та зберігати її в режимі конфіденційної. Отже на конфіденційну інформацію (комерційну таємницю і ноу-хау) може існувати тільки *фактична монополія*. І це визнають навіть вчені, які відносять таку інформацію до об'єктів права інтелектуальної власності, вказуючи, що на використання комерційної таємниці виникає тільки фактична, а не юридична монополія³.

І. О. Зенін прямо вказує, що ноу-хау, до складу якого входить конфіденційна науково-технічна, комерційна, фінансова та інша інформація, що не охороняється, не є об'єктом виключних прав. За розробниками ноу-хау (службової або комерційної таємниці) закріплюється не виключне право, а право на нерозголошення їх конфіденційної інформації з заборонаю її отримання третіми особами незаконними методами під загрозою відшкодування збитків. Виключного права на ноу-хау дійсно не виникає, однак можливість

¹ Штумпф Г. Лицензионный договор: пер. с нем. Москва: Прогресс, 1988. С. 33.

² Князев О. К. Обеспечение имущественных интересов обладателей ноу-хау в ФРГ и Франции: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Москва, 1991. С. 15–16.

³ Сергеев А. П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации: учебник. Москва: Проспект; ТЕИС, 1996. С. 682.

фактичного використання такої інформації презюмується. При цьому єдиною формою набуття ноу-хау є договір про його передачу. В силу специфіки ноу-хау (це стосується і комерційної таємниці) на нього не можуть бути встановлені виключні права. На відміну від охоронюваного патентом винаходу, на ноу-хау не існує виключного права, а є тільки фактична монополія¹. Вітчизняні вчені зазначають, що фактична монополія на комерційну таємницю існує до тих пір, поки особа здійснює необхідні заходи щодо збереження секретності такої інформації².

О. В. Піхурець

§ 5. Виникнення та розвиток теорій походження права інтелектуальної власності

Становлення законодавства і розвиток теорій походження про право інтелектуальної власності чітко показує, що метою такого процесу був і залишається захист майнових інтересів. І якщо спочатку визнавалася необхідність захистити майнові інтереси виробників і торговців, то з недавніх пір – ще й інтереси авторів, творчою працею яких створюються результати інтелектуальної діяльності. Але визнання, закріплення і розвиток права інтелектуальної власності завжди зустрічали протидію, в основі якої лежала ідея вільної конкуренції і суспільний інтерес отримувати широкий доступ до результатів інтелектуальної, творчої діяльності людини. Таке зіткнення приватного і суспільного інтересу змушувало вчених шукати соціально-економічні, ідеологічні або загально-правові обґрунтування права інтелектуальної власності, щоб пояснити причини, за якими суспільні інтереси мають бути в тій чи іншій мірі менш вагомими заради захисту особистих немайнових та майнових інтересів праволодильців. Усі більш-менш чітко сформовані погляди з цього питання можна розділити на такі теорії.

Теорія привілеїв як підґрунтя формування інституту інтелектуальної власності. Перші привілеї надавалися у середньовіччі та пройшли значний шлях у появі законодавства, пов'язаного з правом інтелектуальної власності. Але не можна сказати, що привілеї безпосередньо регулювали вищезазначені відносини, бо спочатку мали іншу мету, зокрема стосувалися прав на торгівлю, монопольне виготовлення певних товарів. Фактично привілеї означали милість государя, що дозволяли здійснювати певну діяльність. Перші привілеї щодо

¹ Гражданское право: учебник: в 2 т. Т 2. Полутом 1 / отв. ред. Е. А. Суханов. Москва: БЕК, 2000. С. 574–578; Зенин И. А. Гражданское и торговое право капиталистических стран: учеб. пособие. Москва: МГУ, 1992. С. 155.

² Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України / за ред. В. М. Коссака. Київ: Істина, 2004. С. 461.

захисту видавничої справи були видані у 1357 р. у Лондоні гільдії переписувачів і художників-ілюстраторів на монопольне право видавництва, а також 1491 р. у Венеції власникам типографій Ратдольфу і Мануцію. В Англії у 1567 р. королева Єлизавета видала якомусь Гастінгсу привілей на виключне право торгувати особливою тканиною «he could have the sole trade». Пізніше був виданий привілей Гумфрею на інструмент для виплавки свинцю¹.

Слід зауважити, що привілеї надавалися за особисті заслуги певної особи без будь-якої законодавчої регламентації порядку та кількості їх видачі. При цьому привілеї були різними за змістом. Одні мали дозвільний характер – тобто надавали виключні права на використання твору. Інші – дозвільний і забороняючий, вони не лише надавали виключні права певній особі, а й забороняли усім іншим використовувати такі права. Окремі привілеї звільняли від влади цехів певні території. Разом із тим привілей був монопольним правом. Він посвідчувався певною грамотою, яку видавав государ, носій вищої влади (сюзерен, король, цар, імператор, князь та ін.). Привілей міг полягати у різних перевагах, полегшеннях, звільненнях від зборів і податків, у наданні монополії тощо. Підставами для надання привілею могли бути різні обставини, наприклад, винайдення нового способу вироблення певних виробів, виявлення корисних копалин, удосконалення певної системи тощо. Проте необхідною умовою для надання привілею мала бути будь-яка новизна, що давала можливість отримати певну вигоду, прибуток особі, яка видає привілей, чи її державі. Особливо їх кількість зросла у зв'язку з промисловою революцією. Зростання кількості привілеїв, які на той час набули форми патентних грамот, зумовило зростання кількості зловживань із боку влади. Так, привілей можновладцем міг надатися будь-якій іншій особі, тобто не завжди творцеві. Монарх за власним бажанням визначав мотиви видачі, тривалість, об'єм і умови дії привілеїв. Промисловці висловлювали рішучі протести, і королівська влада змушена була поступитися, дозволивши судам розглядати спори з приводу патентних грамот.

Отже, система привілеїв, що складалася і розвивалася в усьому світі, заклала основи патентної охорони результатів творчої діяльності. При цьому слід мати на увазі, що системи привілеїв у різних країнах розвивалися по-різному, залежно від їх економічного розвитку².

Зародження авторського права у XV–XVI ст. зумовлюється кількома об'єктивними обставинами: бурхливим розвитком книгодрукування завдяки винайденню Й. Гутенбергом друкарського станка у 50-х роках XV ст.; зміною суспільної думки щодо змісту, значення та результатів творчої праці; відходом

¹ Пиленко А. А. Право изобретателя. Москва: Статут, 2001. С. 91.

² Право інтелектуальної власності: акад. курс / за ред. О. П. Орлюк, О. Д. Святоцького. Київ: Вид. Дім «Ін Юре», 2007. С. 38–40.

від влади релігійних догматів, а також активним розвитком системи освіти, яка передбачала використання книг.

Розвиток книгодрукування полегшив процес виготовлення примірників літературних творів і, як наслідок, окремі твори почали передруковувати без дозволу їх авторів. Перші спроби правового врегулювання відносин у галузі авторського права були пов'язані із захистом прав книговидавців. Перший привілей на книгодрукування був виданий Венеціанською республікою книговидавцю німецького походження Йоханесу зі Шпаєру в 1469 р. терміном на п'ять років. У Німеччині схожий привілей у галузі авторського права був виданий у 1501 р. «Кельтському союзу Рейна» і передбачав права на друк збірки творів поетеси Гросвіти з Гандершайму. Надані привілеї передбачали охорону виключних прав на друкування і поширення друкованої продукції на певний час. Охорона виключних прав досягалася шляхом штрафів, арештів, конфіскації підроблених копій. Мало місце і відшкодування заподіяних збитків.

У 1531 р. у Базелі було ухвалено Статут книговидавців, який надавав видавцям правову охорону тривалістю три роки і містив санкції за порушення встановлених статутом норм. У Франції перший привілей було надано у 1507 р. композитору та поету Елою де Амервалю на його поему «Le livre de la deablerie», де він виклав критичний погляд на картину тогочасного життя у формі діалогу між Сатаною та Люцифером¹. У XVI ст. Париж перетворюється на центр книгодрукування Франції та визначає потребу у врегулюванні відносин у галузі авторського права. У 1618 р. король Людовик XIII підписує патентну грамоту, яка врегульовує та захищає права паризьких книговидавців та торговців книгами. У 1665 р. при Людовику XIV приймається Декрет про привілеї на друк книг, а у 1676 р. – Декрет про заборону копіювання творів образотворчого мистецтва (скульптури).

Істотний недолік системи привілеїв як форми охорони авторських прав друкарів та поширювачів книг полягав у тому, що зазначені привілеї надавали захист прав лише друкарів. Поза межами цієї охорони залишалися творці літературних творів. Весь прибуток діставався лише підприємцям-книговидавцям. Автор міг лише продати за певну ціну свій твір книговидавцеві. На одержаний ним прибуток від продажу екземплярів твору (книг) автор права не мав. Система привілеїв, тобто монопольних прав, зазнавала все більшої критики, автори все активніше заявляли про свої права. У 1710 р. королева Анна змушена була прийняти спеціальне положення про захист прав авторів – Статут королеви Анни. Це був перший нормативний акт, спрямований на захист прав авторів та проголошував твір власністю його автора.

Наступний етап розвитку теоретичних уявлень про право інтелектуальної

¹ Валле В. О. Спадок Джеймса I та королеви Анни: охорона інтелектуальної власності у часі й просторі. Київ: Дух і літера, 2010. С. 20.

власності базувався на визнанні певних прав у творця результату творчої, інтелектуальної діяльності при дотриманні законодавчо визначених умов.

Теорія особистих прав була сформована І. Блунчлі, Е. Шмідтом та вдосконалена О. Гірке¹ передбачала, що твір створений силою творчої праці автора, стає частиною його особистості. Подібні прояви особистості, а також можливість використовувати результати своєї творчої праці в цивільному обороті підлягають захисту в силу теорії природних прав і несанкціоноване їх використання іншою особою є неприпустимим посяганням на особистість творця. Цей захист забезпечується розділом цивільного законодавства про особисті права, до якого тяжіє й виключне право. Майнова сторона цього права вторинна відносно немайнової.

У цьому сенсі авторське та патентне право є особливою формою захисту індивідуальності в усіх її проявах, – захисту особистих немайнових прав людини. Категорія особистих прав сприймається, як самостійний комплекс юридичних інститутів, що займає особливе місце у системі права. Патентне право розглядалося О. Гірке як виключне право творця винаходу розпоряджатися його опублікуванням і промисловим використанням. Сам твір є об'єктом права лише тоді, коли становить частину особистої сфери творця. Вчений стверджував, що патентне право не є майновим правом, його основною функцією є надана винахіднику можливості розпоряджатися на власний розсуд: коли, як і в якій формі буде опубліковано винахід. Він може зберегти винахід в секреті або опублікувати².

Договірна (контрактна) теорія. Авторство теорії належить лорду Елдону, який сформулював її в 1800 р.³ Її прихильники бачили в кожному випадку надання тому чи іншому суб'єкту виключного права якусь угоду з державою (суспільством), відповідно до якої наділення цим правом відбувається на певний термін і в обмін на публічне розкриття об'єкта. У свою чергу, суспільство захищає праволодильця, гарантує йому винагороду за оприлюднення винаходу (твору) і погоджується забезпечувати його вільне і монопольне використання в промислових або комерційних цілях.

Деякі вчені вважають, що договір держави з творцем (автором, винахідником) встановлює на користь останнього монополію. Інші вважають що вказаний договір встановлює на користь творця (автора, винахідника) право власності. Пізніша модифікація договірної теорії наводиться О. О. Багатих і В. І. Левченко⁴, де договір між суспільством в особі держави і творцем

¹ Пиленко А. А. Право изобретателя. Москва: Статут, 2001. С. 110, 600–603.

² Там само. С. 602–603.

³ Там само. С. 103, 599.

⁴ Богатых Е. А., Левченко В. И. Патентное право капиталистических и развивающихся государств. Москва., 1978. С. 17.

(автором, винахідником), що уособлюється патентом, надає останньому виключне право на використання винаходу на обмежений термін за те, що винахідник розкриває перед суспільством суть винаходу. Цей договір вигідний обом сторонам. Монополія на винахід дає винахіднику значні вигоди, особливо якщо винахід користується попитом у споживачів, що дозволяє компенсувати витрати, пов'язані зі створенням винаходи, і отримати прибуток. Суспільство отримує вигоду у вигляді нових знань, які збагачують науку і техніку. Після закінчення терміну дії патенту винахід стає суспільним надбанням і може бути вільно використаним.

Цю теорію прийнято відносити до публічно-правових теорій, оскільки вона пояснює необхідність пошуку балансу приватних і суспільних інтересів. Якби патентна монополія була відсутня, винахідник був би змушений зберігати винахід в таємниці, а доступ суспільства до нових знань затримувався б.

Деліктна теорія. Її родоначальником вважаються Д. Джолі та К. Гербер (1845 р.). Вона головним чином стосується авторського права, але має тісний зв'язок і з патентним правом. Деліктна теорія виходить з того, що ніякого авторського права взагалі не існує, є лише делікт, рефлексивна дія якого кристалізується як захист авторів¹. При цьому сам закон спрямований на захист прав автора від посягань третіх осіб. Зміст авторського права має негативний характер, що має на меті боротьбу з деліктами.

Рентна теорія (Ф. Ланге, А. Шафле). Рентна теорія, як утім і більшість інших патентно-правових теорій, зародилася в Німеччині в 60-х роках XIX ст. Її автором вважається А. Шафле, який порівнював авторське право з штучно створеною монополією, що забезпечує автору ренту, додатковий прибуток. Довівши, що автор є кваліфікованим працівником, А. Шафле приходив до висновку, що інтелектуальна діяльність не може оплачуватися згідно зі звичайними системами оплати праці. Отже, необхідно створити такий штучний інститут (монополію), який дозволяв би авторам безперешкодно збирати з публіки належну йому ренту. У той же час вчений вважав, що винахідника не слід захищати за допомогою штучної монополії, оскільки його конкуренти не позбавляють винахідника належної йому ренти, оскільки не можуть з меншими витратами відтворити винахід після його появи на ринку².

Імматеріальна теорія (теорія прав людини на індивідуальність та духовні сили). Автором цієї теорії є відомий німецький вчений-правознавець І. Колер (розробка здійснювалася у період 1878 до 1900 р.)³. В її основу покладено природно-правовий підхід, за яким нематеріальна доктрина є

¹ Пиленко А. А. Право изобретателя. Москва: Статут, 2001. С. 112.

² Там само. С. 117.

³ Там само. С. 607.

природним розвитком промислової і авторської власності. Відповідно до цієї теорії авторські та патентні права складаються з комбінації особистих (моральних) і майнових прав, вони, до того ж, позитивні за своєю спрямованістю (забезпечують можливість використовувати об'єкт правоволодільцю, а не забороняють його використання іншим особам).

З проприетарної конструкції взято її підґрунтя, зокрема положення про те, що існує аналогія авторського права і речового права власності. Зазначена аналогія проявляється в тому, що обидва ці права за суттю є абсолютними правами, мають об'єктами предмети споживання і можуть бути предметом передачі. Нематеріальне право полягає в можливості мати для уповноваженої особи владу над нематеріальною ідеєю, яка становить об'єкт його права. Патентне право є правом на використання винахідницької ідеї, воно схоже на власність¹. Патентне право виконує не тільки заборонну, але й позитивну функцію (можливість використовувати винахід).

Теорія винагороди (трудова теорія). Ця теорія набула поширення ще в епоху становлення права інтелектуальної власності, відіграла важливу роль при переході виключного права зі сфери публічних прав в сферу приватну і досі має численних прихильників. Ґрунтується вона на відомому міркуванні, що цивільне право має регулювати і охороняти привласнення будь-яких об'єктів, які є результатом праці і мають вартість² до яких відносять і результати розумової праці. Людина, що працює з вихідними матеріалами, які нікому не належать або є загальними, має природне право на плоди своїх зусиль. Держава ж зобов'язана поважати і забезпечувати це природне право. Ці ідеї, взяті ще з відомих робіт Д. Локка, вважаються найбільш придатними до сфери права інтелектуальної власності. Це пов'язано, на думку прихильників підходу, з тим, що відповідний вихідний матеріал – факти, ідеї, концепції, – певною мірою є суспільними, а праця автора вносить значний вклад в цінність кінцевого продукту. Простежити цей підхід можна, зокрема, у Р. Нозіка³ і Д. Хьюза⁴.

При цьому початковим володільцем об'єкта має бути його творець, щоб він зміг отримати винагороду за свою працю і (або) відшкодувати свої витрати. Однак прихильники цієї теорії по-різному віддають перевагу інтересам авторів та інтересам інших правоволодільців. Одні вбачають мету правової

¹ Пиленко А. А. Право изобретателя. Москва: Статут, 2001. С. 614.

² Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. Москва: Статут, 2003. С. 132–134.

³ Nozick R. Anarchy, State and Utopia. New York: Basic Books, 1974. P. 178–182.

⁴ Hughes J. The Philosophy of Intellectual Property. *Georgetown Law J.* 1988. № 77. P. 287, 299–330.

охорони насамперед у тому, щоб винагородити авторів, інші – віддають належне інтересам власників підприємств.

Утилітарна теорія (В. Ландес, Р. Познер, Д. МакКлюр¹, Н. Економідес²), прихильники якої віддають перевагу праву інтелектуальної власності, максимізувавши суспільне надбання³. Право інтелектуальної власності є базисом ринку інтелектуальних продуктів, який в умовах конкуренції дозволяє належним чином оцінити кожен інтелектуальний продукт і тим самим стимулює їх створення. Стверджують, що без авторського і патентного права люди все одно б писали твори і створювали винаходи. Право інтелектуальної власності – це пошук оптимального балансу між здатністю виключного права стимулювати створення винаходів і творів, з одного боку, і тенденцією цих прав скорочувати широке використання цих результатів творчої діяльності суспільством – з іншого. Оскільки більшість результатів інтелектуальної діяльності є такими, що легко можуть бути скопійовані та здатні до використання необмеженим колом осіб, то цілком можливою є ситуація коли їх творці не зможуть відшкодувати витрати з їх створення (наприклад, час і зусилля, витрачені на написання або створення, і витрати по переговорах з видавцями і виробниками фонограми відеограми, адже незаконні користувачі (копіювальники) несуть тільки незначні витрати на виробництво (друк і розповсюдження тиражу книги або дисків) і можуть запропонувати споживачеві ідеальний продукт за дуже низькими цінами. Ця загроза буде стримувати авторів при створенні цінних для суспільства інтелектуальних продуктів. Щоб уникнути цього економічно не вигідного наслідку, необхідно надати авторам на обмежений час виключне право робити копії свого результату.

Теорія соціального планування (У. Фішер⁴, Р. Кумб⁵, М. Медоу⁶, Н. Елькін-Корен⁷). Важливе місце у цій теорії займає позитивний суспільний ефект, який забезпечує право інтелектуальної власності. Проте, поряд із

¹ McClure D. Trademarks and Competition: The Recent History. *Law and Contemporary Problems*. 1996. № 59. P. 13–43.

² Economides N. The Economics of Trademarks. *Trademark Reporter*. 1988. № 78. P. 523–539.

³ Landes W., Posner R. An Economic Analysis of Copyright Law. *J. of Legal Studies*. 1989.

№ 18. P. 325; Landes W., Posner R. Trademark Law: An Economic Perspective. *J. of Law and Economics*. 1987. № 30. P. 265.

⁴ Fisher W. Property and Contract on the Internet. *Chicago-Kent Law Rev*. 1998. № 73. P. 1203, 1207.

⁵ Coombe R. J. Objects of Property and Subjects of Politics: Intellectual Property Laws and Democratic Dialogue. *Texas Law Rev*. 1991. № 69. P. 1853.

⁶ Madow M. Private Ownership of Public Image: Popular Culture and Publicity Rights. *California Law Rev*. 1993. № 81. P. 125.

⁷ Elkin-Koren N. Copyright Law and Social Dialogue on the Information Superhighway: The Case Against Copyright Liability of Bulletin Board Operators. *Cardozo Arts & Entertainment Law J*. 1995. № 13. P. 345.

стимулюванням створення інтелектуальних продуктів, важливим визнається і творча самостійність авторів. Утилітарна теорія та теорія соціального планування є схожими, суттю, яких є досягнення за допомогою права інтелектуальної власності інших економічних і соціальних цілей, крім захисту майнових інтересів правоволодільців. Головною метою права інтелектуальної власності є створення юридичними методами такого економічного укладу, який дозволяє суспільству в рамках ринкових механізмів оцінювати працю, вкладену в нематеріальний результат людської діяльності. Необхідність визнання і оцінки такої праці обґрунтовується як ідеологічно (будь-яка праця має бути винагороджена), так і об'єктивно-економічно (в ті галузі, в яких створюються нематеріальні продукти, має бути забезпечений приплив ресурсів)¹.

Теорія монополії (теорія заборони) майже не розкриває походження та зміст права інтелектуальної власності, замість цього розкривається сутність цього явища через аналогію². Її родоначальник О. О. Піленко ототожнював право інтелектуальної власності з монополією. Автор, який створив твір, має можливість обмежити доступ до нього, або взагалі заборонити його використання всім іншим суб'єктам³. Зокрема, ніхто не може посягати на інтелектуальний продукт творця, або перешкоджати йому у володінні останнім.

Пропристарна концепція (В. А. Копилов, І. Л. Бачило, В. О. Расудовський, О. А. Підопригора, О. О. Підопригора). Ця теорія з'явилася відразу як тільки виникла необхідність пояснення права інтелектуальної власності саме як права, а не як милості государя, що дарується творцеві на свій розсуд та розглядає таке право з приватноправової точки зору. Її прихильники вважають, що право на результат інтелектуальної, творчої діяльності подібне до права власності особи на будь-який матеріальний об'єкт. Де класична «тріада» правомочностей власника (володіння, користування і розпорядження) однаково властива і власності інтелектуальній. Об'єктом права пропонується вважати не ідеальний твір або винахід, а його матеріальний субстрат, «носій». Формулюється висновок про необхідність «розширення» поняття власності і виділення в його рамках двох видів власності: речової власності та інтелектуальної власності. Подібно тому, як у володільця речі присутні особисті немайнові та майнові права на неї, також і у творця присутні подібні права на інтелектуальний продукт⁴. Проте визнається специфіка такого права власності, оскільки неможливо абсолютно повністю дублювати два правових інститути.

¹ Гражданское право: актуальные проблемы теории и практики / под общ. ред. В. А. Белова. Москва: Юрайт-Издат, 2008. С. 571–573.

² Горбова Н. А. Теорії інтелектуальної власності: до постановки питання. *Юридичний науковий інтернет-журнал*. 2012. URL: http://irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe

³ Піленко А. А. Право изобретателя. Москва: Статут, 2001. С. 663.

⁴ Харитоновна О. І. Правова природа права інтелектуальної власності. *Юридичний науковий інтернет-журнал*. 2012. URL: <http://dspace.onua.edu.ua/bitstream/handle>.

Основні принципи цієї теорії сформулював С. Буфлер. На той час, щоб уникнути аналогій з монопольними правами або привілеями, які ототожнювалися зі Старим режимом, застосували термін право промислової власності. Вченим обґрунтована теза, що власник патенту не володіє жодними виключними правами і не створює монополії, адже його право на результат власної інтелектуальної діяльності є природним і беззаперечним, оскільки зумовлюється працею, що належить до головної форми привласнення. Отже, право інтелектуальної власності жодним чином не відрізняється від звичайного речового права¹. С. Буфлер зазначає, що дерево, яке зростає у полі так само належить власнику землі, як і ідея – її автору. Виключні права інтелектуальної власності, на думку С. Буфлера, є специфічним правом власності, і щоб отримати належну правову охорону автор укладає з суспільством певну угоду, після чого отримує патент і набуває певних додаткових майнових прав.

О. О. Піленко зазначав, що, порівнюючи патентні та інші виключні права до речової власності, прихильники цієї концепції інтуїтивно прагнули надати їм властивість святості, яким довгі роки нагороджували право власності. С. Буфлер хотів сказати: патентне право святе, а сказав: патентне право є власність і тому – святе².

Ідея визнання за творцем права власності на його творчий результат була проголошена у США. У законі штату Масачусетс від 17 березня 1789 р. зазначалося, що немає власності, що належить людині, більшої, ніж та, яка є результатом її розумової праці³. Пропріетарний підхід отримав своє визнання також у законодавстві Саксонії, Пруссії, Данії, Норвегії та інших країн.

Проприетарна теорія, як пояснення юридичної природи прав на творчі результати, відповідала ідеям філософів епохи Просвітництва (Вольтер, Дідро, Руссо, Монтеск'є) про право власності як невід'ємне, природне право людини. Прихильники теорії наголошували на виділенні володіння як самостійної правомочності⁴. Л. Б. Гальперінім і Л. А. Михайловою фактично була озвучена ідея існування класичної тріади правомочностей стосовно виключних прав на результати інтелектуальної діяльності, де «володіння» розкрито як

¹ Базилевич В. Д. Інтелектуальна власність: підручник. 2-ге вид., стереотип. Київ: Знання, 2008. С. 116.

² Піленко А. А. Право изобретателя. Москва: Статут, 2001. С. 586.

³ Азбука авторського права. Москва: Юрид. лит., 1982. С. 22.

⁴ Аникин А. С. Правомочие обладания как элемент субъективного исключительного права. *Юрист.* 2007. № 4. С. 22–24; Гальперин Л. Б., Михайлова Л. А. Интеллектуальная собственность: сущность и правовая природа. *Сов. государство и право.* 1991. С. 37–42; Рассудовский В. А. Проблемы правового регулирования инновационной деятельности в условиях рыночной экономики. *Государство и право.* 1994. № 3. С. 60–69.

знаходження матеріалів у володінні суб'єкта (як власника, так і не власника)¹. В. О. Расудовський зазначав, що «володіння» це фактичне знання суб'єктом тих ідей і рішень, з яких складається новація². Частина авторів порівнюють правомочності не з матеріальними носіями, а з правами, відстоюючи конструкцію, яку можна назвати «право власності на права»³.

Теорія інтелектуальних прав (Е. Пікард). Зазначена теорія розроблена в 1908 р., а її головний зміст полягає у тому, що традиційна класифікація прав, що включає речові права, особисті права і права зобов'язальні, є недостатньо повною. Запропоновано виділити виключні права, які називати інтелектуальними правами (*droits intellectuels*) в самостійну категорію цивільних прав. Е. Пікард запропонував загальну класифікацію, за якою авторські права, права на винаходи, промислові зразки, корисні моделі та товарні знаки становлять нову категорію інтелектуальних прав (*jura in re intellectuales*), що протиставляються традиційній категорії речових прав (*jura in re materiali*). У свою чергу, інтелектуальні права складаються з двох елементів: особистого (немайнового) і майнового, що має економічну природу⁴.

Теорія інтелектуальних прав отримала сьогодні «друге дихання» і в модифікованому вигляді використана для обґрунтування сучасної конструкції розуміння права інтелектуальної власності⁵. Ця теорія доопрацьована Г. Ф. Шершеневичем та мала величезний вплив на розвиток авторського і патентного права Російської імперії. Однак цей спадок був практично повністю відкинутий наукою радянського цивільного права, представники якої надавали терміну «виключні права» зовсім інше значення, трактуючи виключність права переважно як невіддільність від особистості автора⁶.

Теорія виключних прав (Г. Ф. Шершеневич, В. А. Дозорцева, Г. Е. Авілов, В. О. Калятін, А. Л. Маковський, І. О. Зенін, В. П. Мозолін, П. Розенберг, К. А. Флейшиць, Е. П. Гаврилов, В. І. Єрмоєнко, О. П. Сергєєв та ін.).

¹ Гальперин Л. Б., Михайлова Л. А. Интеллектуальная собственность: сущность и правовая природа. *Право промышленной и интеллектуальной собственности*: сб. науч. тр. Новосибирск, 1992. С. 15.

² Рассудовский В. Интеллектуальная собственность и инновационное предпринимательство. *Российская юстиция*. 1994. № 12. С. 10–13.

³ Венгеров А. Б. Правовой узел современности. *Общественные науки и современность*. 1992. № 4. С. 23–33.

⁴ Табашников И. Г. Литературная, музыкальная и художественная собственность: В 2 т.

Т. 1: Литературная собственность: ее понятие, история, объект и субъект. Санкт-Петербург: Изд-во М. И. Попова, 1878. С. 33–34.

⁵ Дозорцев В. А. Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации: сб. ст. Москва: Статут, 2005; Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации (поглавный) / под ред. А. Л. Маковского. Москва: Статут, 2008. С. 274–281.

⁶ Антимонов Б. С., Флейшиц Е. А. Авторское право. Москва: Госюриздат, 1957. С. 59.

Прихильники теорії виключних прав виступають проти фіксації правомочності володіння як елемента структури виключного права¹. Така правомочність у виключному праві не наповнена юридичним змістом: законне володіння є передумовою реалізації правомочностей користування і розпорядження. Тут володіння – є фактичний стан. Категорія доступу є більш адекватною характеру об'єкта права інтелектуальної власності. Зокрема, В. А. Дозорцев аргументує цю позицію в такий спосіб? Як те, що володіння як фізичного володіння матеріальною річчю взагалі немає... Існує тільки доступність і популярність, якими в силу необмеженості об'єкта в просторі, може розпоряджатися необмежене коло осіб. ...Немає і бути не може і правомочності користування, передумовою якої є володіння. Є інша правомочність – використання, що відрізняється не тільки найменуванням. За своїми натуральними властивостями нематеріальний об'єкт може бути використаний одночасно необмеженим колом осіб. Третя правомочність – розпорядження – хоча і збігається за звучанням, але має інший, більш широкий зміст. Правоволоділець може не тільки передати своє право іншій особі, але й надати аналогічне право використання дуже широкому колу осіб одночасно, залишаючись правовласником². Таким чином обґрунтовується неможливість застосовувати до результатів інтелектуальної діяльності механізму права власності. В основі виключного права знаходиться усунення третіх осіб від використання відповідного об'єкта права інтелектуальної власності. Без дозволу правоволодільца легальна можливість доступу до такого об'єкта третіх осіб відсутня, і можна говорити лише про фактичну можливість.

До питання про сутність виключних прав і відмінність його з поняттям права власності звертався і Г. Ф. Шершеневич та вбачав розходження між цими двома поняттями в їх об'єкті. Так, вчений стверджував, що поширювати поняття про речові права на права, які не мають своїм об'єктом речі, є теоретично незручним. Порядок виникнення, переходу, припинення, захисту речових прав розрахований саме на матеріальний їхній зміст ... (наприклад, між авторським правом художника на картину і правом власності на неї з боку особи, яка її купила, між правом на літературний твір і правом на екземпляр книги)³. Г. Ф. Шершеневич вказував, що коло приватних потреб людини знаходить своє задоволення, з одного боку, в безпосередньому володінні речами, з іншого – в діях інших осіб. З юридичного боку, будь-яка мета досягається існуванням речового і зобов'язального права. Але сучасні економічні

¹ Зенин И. А. Рынок и право интеллектуальной собственности в СССР. *Вопросы изобретательства*. 1991. № 3. С. 21–25.

² Дозорцев В. А. Вступительная статья к учебнику Калятина В. О. *Интеллектуальная собственность (Исключительные права): учебник для вузов*. Москва: Норма, 2000. С. IX.

³ Шершеневич Г. Ф. *Курс гражданского права*. Тула: Автограф, 2001. С. 333.

умови породжують нові відносини, нові інтереси поза вказаними володінням речами і розпорядженням діями інших осіб. Виявляється, що деякі дії приносять майнову вигоду особі, яка вчиняє їх, якщо від здійснення таких же дій будуть утримуватися інші особи. ..., оскільки мета юридичного захисту схиляється в усіх цих випадках до надання певним особам виключної можливості вчинення певних дій, з заборонаю всім іншим можливості наслідування, то ці права було б доцільно назвати виключним¹. Отже, автор зазначав, що дія виключного права полягає у забороні всім застосовувати цей об'єкт (твір, винахід). Юридична суть такого права полягає саме в негативному моменті – в забороні всім тих дій, здійснення яких складає виключне набуття суб'єкта права². Відповідно виключне право є юридичною монополією і монопольним правом у тому сенсі, що належить одній особі.

У радянський період тлумачення «виключних прав» було іншим. Вихідним моментом у цьому питанні стало заперечення можливості встановлення монополії автора на твір. Так, В. І. Серебровський стверджував, що в умовах соціалістичного суспільства ні про яку монополію автора на створений ним твір не може бути й мови. Створений же автором твір не є ані товаром, ані оборотоздатним об'єктом. Автор призначає свою працю суспільству, різного ж роду організації (видавництва, видавницькі підприємства, кіностудії тощо) сприяють авторові у тому, щоб результати його творчої діяльності стали надбанням суспільства. Тому ознака «виключності» не означає, що належне авторові право є монопольним правом³.

Надалі набув поширення підхід, за яким виключні права стали трактувати як невідчужувані від особистості автора протягом усього його життя. Ця позиція знайшла своє відображення у роботах М. В. Гордона⁴, Б. С. Антимонова та К. А. Флейшиць⁵, В. П. Грибанова⁶, І. В. Савельєвої⁷ та ін. Сучасний розвиток теорії виключних прав вимагає визнання правової монополії на використання об'єкта права інтелектуальної власності з

¹ Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права. 8-е изд. Санкт-Петербург, 1910. С. 70–71; Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права. Т. 1. Москва: Статут, 2005. С. 254.

² Шершеневич Г. Ф. Учебник торгового права. Т. 2: Товар. Торговые сделки. Москва: Статут, 2003. С. 100–102.

³ Серебровский В. И. Вопросы советского авторского права. Москва: АН СССР, 1956. С. 165.

⁴ Гордон М. В. Советское авторское право. Москва: Юрид. лит., 1955. С. 76.

⁵ Антимонов Б. С., Флейшиц Е. А. Авторское право. Москва: Юрид. лит., 1957. С. 59.

⁶ Грибанов В. П. Осуществление и защита гражданских прав. 2-е изд. Москва: Статут, 2001. С. 294–295.

⁷ Савельева И. В. Правовое регулирование отношений в области художественного творчества. Москва: Изд-во Моск. ун-та. 1986. С. 70.

можливістю необмеженого переходу права від однієї особи до іншої, що й розкривається у роботах В. А. Дозорцева, О. П. Сергєєва та інших вчених¹. Завдання виключних прав полягає в тому, що необхідно відособити об'єкт виключного права як умову його товарного обороту. Це завдання здатне виконати тільки виключне право, оскільки для речей як об'єктів права власності, досить їх природної обмеженості у просторі. Також варто створити правовий механізм для самого товарного обороту, який би відповідав специфіці об'єкта². Такою необхідністю, на думку В. А. Дозорцева, є специфічний зміст права розпорядження об'єктом виключного права, що може допустити передачу об'єкта для використання одночасно кільком особам³.

Якщо мати на увазі те, що правовий механізм забезпечення ринкового обороту об'єктів права інтелектуальної власності відрізняється від обороту матеріальних речей, то введення в законодавчий обіг категорії виключних прав є цілком обґрунтованим. Саме за допомогою цієї конструкції одержує юридичне закріплення монопольне право володільця нематеріальних результатів інтелектуальної, творчої діяльності, в той час як аналогічне право на матеріальні об'єкти традиційно виражається в праві власності. Більшість вчених виключність прав на результати інтелектуальної діяльності визначає саме через категорію монополії, яка при цьому означає, що тільки сам володільць права може здійснювати або дозволяти здійснення певних дій і, відповідно, забороняти їх усім іншим.

Існували й інші теорії, що пояснюють юридичну природу прав на нематеріальні результати інтелектуальної творчості: теорія окупації (Е. Лабуле), теорія прав індивідуума (К. Гарейс), нематеріального майнового права, тощо.

Незважаючи на існування великої кількості теорій, що визначають сутність «права інтелектуальної власності» з правової точки зору, вони мають багато спільного, зокрема:

- а) розглядають це поняття як сукупність прав, що належать творцеві результатів інтелектуальної праці або особі, яка їх отримала на оплатній основі;
- б) підкреслюють специфічну природу прав і самого об'єкта права інтелектуальної власності;
- в) вимагають забезпечення захисту прав на результати інтелектуальної,

¹ Дозорцев В. А. Исключительные права и их развитие. *Право на результаты интеллектуальной деятельности. Авторское право. Патентное право. Другие исключительные права*: сб. норм. актов. Москва: ДЕ-ЮРЕ, 1994. С. 20; Сергеев А. П.

Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации: учебник. 2-е изд., пераб. и доп. Москва: ТК Велби Проспект, 2006. С. 191–193.

² Дозорцев В. А. Исключительные права и их развитие. *Право на результаты интеллектуальной деятельности. Авторское право. Патентное право. Другие исключительные права*: сб. норм. актов. Москва: ДЕ-ЮРЕ, 1994. С. 11–70.

³ Дозорцев В. А. Понятие исключительного права. *Юридический мир*. 2000. № 3. С. 5.

творчої діяльності володільця з метою виключення несанкціонованого використання третіми особами.

Проте існують певні відмінності між цими теоріями, які, по суті, зводяться до пошуку відповідей на запитання про сутність правової природи права інтелектуальної власності.

О. В. Піхурець

§ 6. Співвідношення права власності та права інтелектуальної власності: спільні риси та відмінні ознаки

Відповідно до ст. 419 ЦК України *право інтелектуальної власності та право власності на річ* не залежать одне від одного. Перехід права на об'єкт права інтелектуальної власності не означає переходу права власності на річ. У свою чергу, перехід права на річ не означає перехід права власності на річ. Тож право інтелектуальної власності – це одна категорія, а право власності на матеріальний об'єкт (екземпляр, товар, виріб), у якому втілений твір, винахід, корисна модель тощо – це зовсім інша. Відповідно суб'єкти *права інтелектуальної власності* – це одна категорія, а *власники речей* – це інша категорія суб'єктів права¹. Хоча право власності і право інтелектуальної власності є абсолютними правами, між ними може бути проведена лише аналогія, але не отождоження².

Правова регламентація відносин з нематеріальними об'єктами права інтелектуальної власності ґрунтується на таких їх особливостях:

1. Будь-який об'єкт має економічну цінність у зв'язку з його споживанням, використанням – для цього існує економічний оборот.

Використання речі, як правило, пов'язано з фізичним володінням. Оскільки можливості фізичного володіння обмежені, то використовувати цю річ може одна особа або досить обмежене коло осіб.

Нематеріальні об'єкти (твір, винахід) необмежені у просторі, їх використання не пов'язане з фізичним володінням. Передумовою для використання нематеріального об'єкта є знання, інформація, які можуть бути одночасно у невизначеного кола осіб, тому існує фізична можливість використання такого об'єкта необмеженим колом осіб одночасно. Перешкодою для такого використання можуть бути не натуральні властивості речі, а тільки право – монополія, обмеження, які встановлені законом. Об'єктом обороту є окремий акт використання існуючого нематеріального об'єкта. Для багаторазового вико-

¹ Сурженко О. А. Інтелектуальні об'єкти. *Часопис цивілістики*. 2006. Вип. 2. С. 19.

² Кнапп В. По поводу дискуссии о системе права. *Сов. государство и право*. 1957. № 5. С. 120.

ристання нічого нового знову виготовляти або придбати не треба. Створений об'єкт може використовуватися як завгодно багато разів¹.

2. Необхідною умовою для цивільного обороту є монополія особи на об'єкт. Оборот існує тоді, коли особа може сказати «моє», здійснити використання об'єкта та пустити його в оборот. Всі інші не можуть цього зробити без дозволу уповноваженої особи, їх обов'язок – утримуватись від дій, які становлять монополію, крім випадків, передбачених законом.

Сама річ – матеріальний об'єкт обмежений у просторі, за своїми властивостями виконує розмежувальну функцію. Відокремити ж один твір від іншого, розмежувати два технічні рішення досить важко. Без чіткого розмежування об'єктів товарний оборот неможливий, оскільки нема що вводити до нього та не ясно, кому належить право. Для того щоб розмежувати нематеріальні об'єкти, необхідно встановити ознаки об'єкта або критерії охороноздатності. Такі критерії можуть бути встановлені тільки законом.

3. Річ завжди може бути фізично індивідуалізована і право поширюється на певну визначену річ. Якщо монополію на використання нематеріального об'єкта закріпити на чітко визначені форми вираження нематеріального об'єкта, то вона може бути легко обійдена. Незначні зміни твору, несуттєві додатки до технічного рішення не створюють охороноздатного об'єкта, та на нього не має виникати правова монополія. Саме тому право поширюється не тільки на чітко визначений об'єкт, а й на тотожні або схожі результати інтелектуальної, творчої діяльності.

4. Річ при її використанні фізично зношується, старіє. З часом для задоволення тих чи інших потреб необхідно придбати нову річ або ремонтувати стару. Зі знищенням речі припиняється й право. Тому речові права не мають обмежень у часі.

Результати інтелектуальної, творчої діяльності, на відміну від об'єктів речового права, мають ідеальну природу. Вони не підлягають амортизації та не зношуються. Ідея, яка знаходиться в основі нового технічного рішення (винаходу), може морально застаріти і то не завжди. Ця властивість нематеріального об'єкта викликає необхідність встановлювати строк дії права, і в передбачених законом випадках може зазнавати обмеження.

5. Для речі практично не існує проблеми дії права у просторі, особливо для нерухомості. Важливо, щоб право власності визнавалось на території певної держави взагалі.

Нематеріальні об'єкти не знають фізичних меж. Виникнувши на території однієї держави, нематеріальний об'єкт може використовуватися будь-де. Монополія на використання встановлюється в певній державі. В інших країнах

¹ Дозорцев В.А. Исключительные права и их развитие. Вступительная статья к Закону РФ «Об авторском праве и смежных правах». Москва: БЕК, 1993. С. 17.

ця монополія не діє і твір або винахід може використовуватися без обмежень. Ця властивість нематеріального об'єкта спонукає до укладення спеціальних міжнародних договорів. Виключне право на результат інтелектуальної діяльності обмежене у просторі, а право на творчий результат нерозривно пов'язане з особою творця. Отже, права на результати інтелектуальної діяльності мають територіальний характер. Це означає, що виключні (інтелектуальні) права, набуті на території однієї держави, не отримують автоматичного визнання на території іншої¹.

Отже, правовий режим власності, який традиційно пов'язаний з тілесними об'єктами та охоплює правомочності володіння, користування та розпорядження ними, не можна застосовувати до нематеріальних результатів інтелектуальної, творчої діяльності. Цілком очевидно, що для об'єктів права інтелектуальної власності категорія «володіння» не може бути застосована у сенсі фізичного володіння річчю або майном: обмін матеріальними об'єктами призводить до того, що у кожного учасника обміну залишиться після нього по одному об'єкту, після обміну комп'ютерними програмами, як інформацією – знаннями, ідеями, тощо – обсяг «володіння» нею принаймні подвоюється за рахунок додавання до вже відомої програми («знання») нових відомостей, отриманих від іншого учасника такого обміну. Правомочність володіння передбачає безпосередній зв'язок конкретної особи з об'єктом, у той час як одноосібно володіти нематеріальним об'єктом неможливо, який в силу своєї специфіки доступний для володіння необмеженим колом осіб. Тим більше розмитим виявляється поняття «користування», що може бути застосовано до будь-якої особи, якій забезпечено доступ до результату інтелектуальної, творчої діяльності, а не тільки до володільця прав на такий об'єкт. Нарешті, «розпорядження» має теж свою специфіку як визначення порядку та обсягу доступу до об'єкта права інтелектуальної власності.

Відмінності між правом власності та правом інтелектуальної власності полягають у наступному:

1) право власності спрямоване перш за все на забезпечення панування особи над річчю, а заборона втручання третіх осіб у це право має додатковий, забезпечувальний характер. Виключні (інтелектуальні) права на результати інтелектуальної, творчої діяльності у першу чергу спрямовані на відсторонення всіх третіх осіб від їх використання;

2) різні підстави і способи набуття та припинення прав на результати інтелектуальної, творчої діяльності та права власності: способи придбання права власності, наприклад, знахідка, придбання за давністю володіння і деякі інші, не застосовуються до виключних прав;

¹ Гальперин Л. Б., Михайлова Л. А. Интеллектуальная собственность: сущность и правовая природа. *Сов. государство и право*. 1991. № 12. С. 38.

3) виключне право обмежене у часі визначеним у законі терміном (незважаючи на те, що його об'єкт фізично існує невизначений час), тоді як право власності існує безстроково;

4) обмеженість виключних прав у просторі (мають територіальний характер), адже, набуті на території однієї держави, такі права не отримують автоматичного визнання на території іншої держави, на відміну від права власності (якщо інше не передбачено міжнародними договорами). Право на творчий результат нерозривно пов'язане з особою творця;

5) зміст виключних прав відрізняється від змісту права власності. Зміст перших характеризується відсутністю речових правомочностей володіння, користування і розпорядження. Право на результати інтелектуальної діяльності є поєднанням майнових та особистих немайнових прав. Ці групи прав у даному випадку не є незалежними одна від одної. Навіть при відчуженні матеріального носія об'єкта права інтелектуальної власності автор не втрачає з ним зв'язок, останній продовжує існувати у формі немайнового права автора. Тобто результат інтелектуальної діяльності ніколи повністю не виходить із сфери впливу його творця;

6) значні відмінності є в правових інститутах: розпорядження виключним правом відбувається в спеціальних формах, відмінних від договірних конструкцій купівлі-продажу або оренди;

7) юридичний інструментарій, застосований до захисту прав інтелектуальної власності, інший, ніж для захисту права власності.

Право інтелектуальної власності є правом *особливого роду* («*sui generis*»), воно відрізняється від класичного права власності. Право інтелектуальної власності та права власності є самостійними правовими категоріями, передача кожного з цих прав є самостійним юридичним фактом, що породжує, змінює, припиняє самостійні правовідносини.

О. В. Піхурець

§ 7. Суб'єкти права інтелектуальної власності

Стаття 421 ЦК України визнає суб'єктом права інтелектуальної власності творця та інших осіб, яким належать особисті немайнові та майнові права інтелектуальної власності. Фактично це означає, що суб'єкти права інтелектуальної власності поділяються на первинних і похідних. До *первинних* належать лише творці – автори творів науки, літератури і мистецтва, виконавці, виробники фонограм і відеограм, автори програм мовлення, винахідники, автори промислових зразків, сортів рослин і порід тварин та інші. Це можуть бути особи, які набули цього статусу в результаті створення або державної реєстрації прав на об'єкт права інтелектуальної власності.

До *похідних* – усі інші особи (ст. 421 ЦК України). Як конкретизуюча ознака, що дає можливість визначити коло цих осіб, законодавець обрав належність їм прав інтелектуальної власності. Таким чином, до другої групи суб'єктів права інтелектуальної власності слід віднести правонаступників (фізичних та юридичних осіб), які набули права інтелектуальної власності за законом або договором.

Творець (автор) – це фізична особа, творчою працею якої створюється об'єкт права інтелектуальної власності. Результат інтелектуальної, творчої діяльності може створити лише фізична особа. Виходячи із специфіки підстав набуття (виникнення) права інтелектуальної власності, встановлених ЦК України та спеціальним законодавством у сфері права інтелектуальної власності, визнання особи творцем (автором) зазначеного об'єкта не залежить від обсягу її дієздатності. Стаття 26 ЦК України здатність мати права на об'єкт права інтелектуальної власності відносить до складу цивільної правоздатності особи. Творцем (автором, винахідником) може бути будь-яка особа незалежно від віку, стану здоров'я, не має значення і те, чи мала особа такий намір чи ні. У той же час здатність своїми діями набувати для себе цивільних прав і самостійно їх здійснювати залежить від наявності в особі необхідної дієздатності і виникає у автора з 14 років (розпорядження авторськими правами від імені малолітніх авторів здійснюють їх усиновлювачі, опікуни або батьки).

Творцями (авторами) об'єктів права інтелектуальної власності можуть бути обмежено дієздатні та недієздатні особи. Щодо недієздатних і малолітніх (до 14 років), то майнові права інтелектуальної власності здійснюють від їх імені батьки, усиновителі або опікуни (ст.ст. 31, 41 ЦК України), їх законні представники. Неповнолітні фізичні особи віком від 14 до 18 років можуть самостійно здійснювати свої права відносно об'єктів права інтелектуальної власності, наприклад, укладати ліцензійні договори (ст. 32 ЦК України).

За законодавством творцями (авторами, винахідниками) можуть бути і фізичні особи, які визнані обмежено дієздатними внаслідок зловживання спиртними напоями, наркотичними речовинами чи азартними іграми. Але здійснювати свої правомочності у сфері інтелектуальної власності вони можуть лише за згодою своїх піклувальників (ст. 37 ЦК України). Отже, фізичні особи, які не мають повної цивільної дієздатності, є носіями особистих немайнових прав інтелектуальної власності. Здійснення майнових прав інтелектуальної власності від імені таких осіб та в їх інтересах реалізується їх законними представниками (батьками, усиновителями, піклувальниками, опікунами).

У свою чергу, охорона прав авторів (творців) іноземних громадян та осіб без громадянства має деякі особливості. Виходячи зі змісту ст. 3 Закону України «Про авторське право і суміжні права», права таких осіб мають визнаватись в Україні, якщо твір оприлюднено на території України або

вперше оприлюднено за межами України, але після цього протягом 30 днів оприлюднено на території України.

Юридичні особи не можуть бути творцями, оскільки їм не притаманна інтелектуальна, розумова діяльність, це можуть зробити лише фізичні особи з якими вони мають трудові або адміністративні відносини.

У створенні результату інтелектуальної, творчої діяльності можуть брати участь декілька осіб. Якщо їх діяльність є а) спільною і б) творчою, то такі особи визнаються співавторами. При невиконанні будь-якої з цих умов такі особи вже не є співавторами. Так, якщо особа створила якусь частину твору самостійно, незалежно від авторів інших частин, то максимум, на що вона може претендувати, – бути автором створеної ним частини, але не співавтором всього твору в цілому. Точно так само не буде співавтором і особа, внесок якої не може бути оцінено як творчий, якщо вона надала матеріальну або технічну допомогу, фінансові ресурси, поради чи здійснювала допомогу технічного характеру тощо.

Співавторство може мати місце у будь-якому виді творчої діяльності та буває двох видів: а) коли неможливо виділити працю кожного співавтора – нероздільне співавторство (здебільшого властиве науково-технічній творчості); б) коли складові частини чітко визначені і відомо, хто із співавторів створив ту чи іншу частину – роздільне співавторство.

Фізична особа визнається суб'єктом авторського права з моменту створення твору. Набуття статусу суб'єкта суміжних прав, залежно від об'єкта правової охорони, законодавець пов'язує з двома підставами: по-перше, право інтелектуальної власності на виконання, передачу (програму) організації мовлення виникає з моменту її першого здійснення; по-друге, право інтелектуальної власності на фонограму чи відеограму виникає з моменту її вироблення. Набуття статусу суб'єкта авторського права, так само як і суміжних прав, не вимагає вчинення формальних дій щодо реєстрації відповідних прав у державних органах.

Відповідно до ч. 1 ст. 17 Закону України «Про авторське право і суміжні права» автором аудіовізуального твору є: режисер постановник; автор сценарію і (або) текстів, діалогів; автор спеціально створеного для аудіовізуального твору музичного твору з текстом або без нього; художник-постановник; оператор-постановник. Автором за законом можуть визнаватися перекладачі, упорядники збірок творів. Відповідно до ст. 435 ЦК України, за відсутності доказів іншого, автором твору вважається фізична особа, зазначена на оригіналі або примірнику твору (презумпція авторства).

Первинними суб'єктами суміжних прав за ст. 450 ЦК України є виконавець, виробник фонограми, виробник відеограми, організація мовлення. За відсутності доказів іншого, виконавцем, виробником фонограми, виробником відеограми, організацією мовлення вважається особа, ім'я (найменування)

якої зазначено відповідно у фонограмі, відеограмі, їх примірниках чи на упаковці, а також під час передачі програми організації мовлення.

Набуття статусу суб'єкта права на наукове відкриття законодавець пов'язує зі встановленням невідомих раніше об'єктивно існуючих закономірностей, властивостей та явищ матеріального світу, які вносять докорінні зміни у рівень наукового пізнання (ст.ст. 457, 458 ЦК України). Суб'єктами права інтелектуальної власності на наукові відкриття є лише фізичні особи – автори, інтелектуальною, творчою діяльністю яких зроблене наукове відкриття (глава 38 ЦК України).

Суб'єктами прав на винахід, корисну модель і промисловий зразок також можуть бути як фізичні особи – громадяни України, так й іноземні громадяни, якщо вони мають постійне місце проживання в Україні, а також особи без громадянства. Проте виникнення права на зазначені об'єкти законодавець здебільшого пов'язує з державною реєстрацією прав на ці результати науково-технічної творчості, внаслідок якої ці результати набувають правової охорони, а відповідні суб'єкти – автор, роботодавець, замовник – отримують охоронний документ (патент) та набувають статусу суб'єкта патентних прав. Таким чином, факт набуття права інтелектуальної власності на винахід, корисну модель та промисловий зразок підтверджується патентом (ст. 462 ЦК України).

Первинними суб'єктами права інтелектуальної власності на винаходи, корисні моделі, промислові зразки є автори відповідно винаходів (винахідники), корисних моделей і промислових зразків. Відповідно до ст. 1 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» та ст. 1 Закону України «Про охорону прав на промислові зразки» автором винаходу, корисної моделі і промислового зразка є фізична особа, результат інтелектуальної, творчої діяльності якої визнано винаходом (корисною моделлю) або промисловим зразком.

Набуття права інтелектуальної власності на цей результат науково-технічної творчості засвідчується свідоцтвом, тобто також пов'язується з моментом державної реєстрації прав на нього. Первинним суб'єктом права інтелектуальної власності на компонування (топографію) інтегральних мікросхем є її автор, творчою працею якого створено цей об'єкт права інтелектуальної власності (ст. 473 ЦК України).

Суб'єктом права на раціоналізаторську пропозицію є особа (автор), що подала заяву про раціоналізаторську пропозицію роботодавцю (ст. 483 ЦК України).

Набуття права на сорт рослин підтверджується патентом. Відповідно особа набуває статусу суб'єкта права інтелектуальної власності на сорт рослин з моменту державної реєстрації прав і отримання патенту на сорт рослин. Первинним суб'єктом права інтелектуальної власності на сорт рослин та породи тварин є автор (селекціонер) сорту рослин та автор (селекціонер)

породи тварин, творчою працею яких створено сорт рослин або порода тварин (ст. 486 ЦК України).

Виключне право на комерційну таємницю виникає у суб'єкта, який використовує різноманітні законні заходи для забезпечення охорони комерційної таємниці шляхом покладення юридичного обов'язку щодо її нерозголошення на осіб, які володіють відповідною конфіденційною інформацією в силу своєї службової діяльності (ст. 505 ЦК України). Факт виникнення права інтелектуальної власності на комерційну таємницю пов'язується з визнанням інформації як такої, що наділена певними властивостями та вчиненням її володільцем певних заходів для охорони цієї інформації. Суб'єктами права інтелектуальної власності на комерційну таємницю відповідно до змісту ст. 505 ЦК України є особи, які займаються підприємницькою діяльністю.

Відповідно до ст. 83 ЦК України суб'єктами права на комерційне (фірмове) найменування можуть бути лише юридичні особи, товариства (підприємницькі та непідприємницькі), установи та юридичні особи інших організаційно-правових форм, встановлених законом.

Виникнення права на торгову марку пов'язується з отриманням свідоцтва та її державною реєстрацією. Суб'єктами права на торгову марку за ст. 5 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів та послуг» та ст. 494 ЦК України можуть бути юридичні або фізичні особи, а також об'єднання осіб, які зареєстрували на своє ім'я право на торгову марку.

Право на географічне зазначення виникає з дати державної реєстрації прав на нього та посвідчується свідоцтвом (ст. 501 ЦК України). Суб'єктами права інтелектуальної власності на географічне зазначення походження товару згідно зі ст. 9 Закону України «Про охорону прав на зазначення походження товарів» та ст. 502 ЦК України можуть бути фізичні або юридичні особи, які в заявленому географічному місці виробляють товар, особливі властивості, певні якості, репутація або інші характеристики якого пов'язані з цим географічним місцем; асоціації споживачів; установи, що мають безпосереднє відношення до вироблення чи вивчення відповідних продуктів, виробів, технологічних процесів або географічних місць. Право на використання географічного зазначення, право інтелектуальної власності на яке зареєстроване, мають виробники, які у зазначеному географічному місці виробляють товар, особливі властивості, певні якості чи інші характеристики якого відповідають тим, що внесені до державного реєстру.

Патентоволодільцем на винахід, корисну модель, промисловий зразок можуть бути громадяни, юридичні особи України або іноземних держав та їх правонаступники. Це особа, яка отримала патент у встановленому порядку на вказані об'єкти. Ним може бути винахідник або автор промислового зразка (первинний суб'єкт права інтелектуальної власності), його спадкоємець чи інший правонаступник (вторинний суб'єкт права інтелектуальної власності).

Другу групу суб'єктів права інтелектуальної власності становлять фізичні та юридичні *особи* (а також держава в особі її органів), *які набули права інтелектуальної власності за законом або договором* у встановленому порядку майнових прав інтелектуальної власності. Юридичний факт набуття права інтелектуальної власності вторинним суб'єктом пов'язується з моментом вступу в дію договору; виникнення умов, за яких діє норма закону; вступу у спадщину.

Набуття прав інтелектуальної власності за договором здійснюється за добровільною домовленістю сторін з оформленням відповідного юридичного документа (наприклад, укладення видавничого договору на видання літературного твору або укладення ліцензійних договорів на використання винаходу, корисної моделі чи промислового зразка). Одним із видів правонаступництва є перехід майнових прав інтелектуальної власності до роботодавця або замовника (ст.ст. 429, 430 ЦК України). Роботодавцям та замовникам належать майнові права інтелектуальної власності в обсязі, що встановлено договором або законом. Створення службового об'єкта працівником не є підставою виникнення майнових прав у роботодавця. Підставою виникнення майнових прав інтелектуальної власності у роботодавця – юридичної та фізичної особи може бути тільки цивільно-правовий договір.

Укладення трудового договору (контракту) є лише підставою для укладення цивільно-правового договору щодо переходу виключних майнових прав на службовий об'єкт до іншої особи. Він має укладатись з автором (винахідником, селекціонером), що є стороною трудового договору. При передачі повністю чи наданні частини майнових прав інтелектуальної власності на службовий об'єкт автор (творець) виражає згоду на поступку чи надає дозвіл на використання прав роботодавцеві – іншій стороні. Тобто роботодавець є правонаступником автора, його права похідні від прав автора (творця).

Набуття прав інтелектуальної власності за законом може здійснюється на підставі права спадкування. За законодавством України право спадкування переходить до спадкоємців автора твору (незалежно від дієздатності та громадянства) згідно із законом або заповітом. Порядок спадкування визначено книгою 6 ЦК України. Слід зазначити, що успадковуватися можуть тільки виключні майнові права, особисті немайнові права припиняються та не успадковуються, і надалі триває лише охорона певних благ (авторство, ім'я автора та недоторканність твору). Особисті немайнові права охороняються безстроково (ст. 28 Закону України «Про авторське право та суміжні права»). Особисті немайнові права не можуть бути передані (відчужені) іншим особам (ст. 14 Закону України «Про авторське право та суміжні права») та не можуть входити до складу спадщини (ст. 1219 ЦК України). Спадкоємці наділяються правом захищати авторство на твір, протидіяти перекрученню, спотворенню

чи іншій зміні твору, а також будь-якому іншому посяганню на твір, що може завдати шкоди честі та репутації автора.

Спадкоємці, що набули прав, визнаються суб'єктами авторського права в межах строку чинності майнових прав на об'єкт права інтелектуальної власності. Якщо спадщину прийняли кілька спадкоємців, свідоцтво про право на спадщину видається на ім'я кожного з них із зазначенням імені та частки у спадщині інших спадкоємців (ст. 1297 ЦК України). Розмір часток у спадщині кожного із спадкоємців за законом визнається рівним, якщо спадкодавець у заповіті не встановив їх частки. Спадкоємці за законом мають ділити спадщину в рівних частках. У випадку, коли один із спадкоємців не прийме спадщину, його частка переходить до інших спадкоємців і ділиться між ними порівну.

До складу спадщини входять майнові (виключні) права творця (автора), чинні на час відкриття спадщини. Особливістю спадкування виключних прав на результат інтелектуальної, творчої діяльності є неможливість застосування до нього режиму відумерлого майна. У тих випадках, коли відсутні спадкоємці як за законом, так і за заповітом, або ніхто зі спадкоємців не має права успадковувати, або всі спадкоємці відсторонені від спадкування, або ніхто зі спадкоємців не прийняв спадщини, або всі спадкоємці відмовилися від спадщини й при цьому ніхто з них не вказав, що відмовляється на користь іншого спадкоємця, майно переходить у власність територіальної громади за місцем відкриття спадщини (ст. 1277 ЦК України). У зазначених випадках виключне право припиняється, а результат інтелектуальної, творчої діяльності переходить у суспільне надбання. Відповідно до ст. 30 Закону України «Про авторське право і суміжні права» твори, які стали суспільним надбанням, можуть вільно, без виплати авторської винагороди, використовуватися будь-якою особою, за умови дотримання особистих немайнових прав автора. КМ України можуть встановлюватися спеціальні відрахування до фондів творчих спілок України за використання на території України творів, які стали суспільним надбанням.

Національне законодавство визначає ще одного суб'єкта права інтелектуальної власності, але при додержанні певних умов. Так, ЦК України зазначає, що будь-яка особа, яка до дати подання заявки на винахід, корисну модель, промисловий зразок або, якщо було заявлено пріоритет, до дати пріоритету заявки в інтересах своєї діяльності добросовісно використала винахід, корисну модель, промисловий зразок в Україні або здійснила значну і серйозну підготовку для такого використання, має право на безоплатне продовження такого використання або використання, яке передбачалося зазначеною підготовкою (право попереднього користувача). (п. 1 ст. 470). Стаття 31 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» практично повторює цю норму права. Право попереднього користувача, по суті, є обмеженням виключних майнових прав володільця патенту.

Реалізація прав інтелектуальної власності може здійснюватись зазначеними суб'єктами особисто, через патентного повіреного або через організації колективного управління. Зміст поняття «патентний повірений» законодавчо визначений у Положенні про представників у справах інтелектуальної власності (патентних повірених) від 10 серпня 1994 р. № 545, п. 2 якого зазначає, що патентний повірений надає фізичним та юридичним особам допомогу і послуги, пов'язані з охороною прав на об'єкти інтелектуальної власності, представляє інтереси зазначених осіб у Державній службі інтелектуальної власності, Міністерстві економічного розвитку і торгівлі, а також судових органах, кредитних установах, у відносинах з іншими фізичними та юридичними особами. Запропоноване у Положенні визначення доволі загальне, встановлює коло установ, в яких патентний повірений діє як представник, однак не надає визначення тим діям, які складають зміст представництва. Формулювання «надає допомогу і послуги» є досить загальним і не відображає тієї особливості правового статусу патентних повірених, яка відрізняє їх від інших представників. Визначення, запропоноване Положенням, фактично охоплює всіх представників, які діють у сфері права інтелектуальної власності, незалежно від їх досвіду, освіти та акредитації. Патентний повірений діє за дорученням особи, яку він представляє. Таке доручення оформляється в письмовій формі договором, довіреністю або іншим документом, що підтверджує його повноваження відповідно до законодавства.

Організація колективного управління авторськими правами та суміжними правами. Колективне управління (Розділ 4 Закону України «Про авторське право та суміжні права») як діяльність становить комплекс дій, спрямованих на укладення договорів на використання творів з користувачами та збір і розподіл винагороди, а також інших дій, що пов'язані зі здійсненням прав суб'єктів авторського права та суміжних прав. Організації, що управляють майновими правами авторів на колективній основі (організації колективного управління), створюються самими суб'єктами авторських і суміжних прав (ч. 2 ст. 47) і набувають статусу юридичної особи (ч. 2 ст. 47) від дня їх реєстрації (ч. 1 ст. 48) у загальному порядку, встановленому для реєстрації громадських (некомерційних) організацій (ст. 1 Закону України «Про об'єднання громадян»). За своїм характером організації з управління майновими правами авторів є некомерційними (ч. 2 ст. 48) та на їх діяльність не поширюються обмеження, передбачені законодавством про обмеження економічної конкуренції (ч. 2 ст. 48). Метою їх діяльності є здійснення представницьких функцій.

Цей висновок ґрунтується на таких положеннях законодавства: суб'єкти авторського і суміжного права доручають вказаним організаціям управління своїми майновими правами (ч. 1 ст. 47); повноваження на колективне управління передається суб'єктами авторського права і суміжних прав на

підставі письмового договору (ч. 3 ст. 48); встановлена заборона використання будь-яким способом переданих їм для управління майнових авторських прав і суміжних прав (ч. 2 ст. 48); свої функції організації колективного управління виконують від імені суб'єктів авторського права і суміжних прав на основі одержаних від них повноважень (ч. 1 ст. 49). Повноваження, якими наділяються зазначені організації, передаються їм авторами та іншими особами, що мають авторські або суміжні права, у формі лише письмових договорів.

О. В. Піхурець

§ 8. Об'єкти права інтелектуальної власності

Як поняття об'єкта цивільного права, так і об'єкта права інтелектуальної власності є дискусійним у цивілістиці¹. Насамперед, це викликано складністю їх сутності. Більшість учених дотримується тієї позиції, що об'єктом цивільних правовідносин є все те, з приводу чого вони виникають, а саме – матеріальні й нематеріальні блага². Існує багато теорій щодо об'єкта правовідносин, проте з'ясування цього питання не входить до предмета нашого розгляду, отже, приєднаємося до однієї з концепцій, яка надасть можливість більш чітко зрозуміти сутність об'єкта права інтелектуальної власності.

Так, Г. Ф. Шершеневич стверджував, що юридичні відносини можливі лише між особами. Де немає суспільства, там немає й права, а отже, і юридичних відносин³. В. І. Жуков зазначає, що не може бути правовідносин між людиною і річчю, так само як між людиною й продуктом її творчої діяльності. Люди і речі не є елементами правовідносин, як не є елементами електрики ебонітова паличка й шкіра, тертям яких створюється електрика⁴. Отже, об'єктом цивільних правовідносин є те, на що вони спрямовані й що здатне реагувати на вплив правовідносин, тобто поведінка людини⁵. Зазначена концепція одержала назву теорії дії (теорії поведінки). Лише людська

¹ Сенчищев В. И. Объект гражданского правоотношения. Актуальные проблемы гражданского права / под ред. М. И. Брагинского. Москва, 1999. С. 110.

² Гражданское право: учебник. Ч. 1 / под ред. А. Г. Калпина, А. И. Масляева. Москва: Юрист, 1997. С. 49–51; Красавчиков О. А. Советское гражданское право. В 2-х т. Т. 1. Москва: Высш. шк., 1968. С. 82; Советское гражданское право. Часть первая / под ред. В. Ф. Маслова, А. А. Пушкина. Киев: Вища школа, 1983. С. 173; Тархов В. А. Гражданское право. Общая часть: курс лекций. Чебоксары: Чуваш. кн. изд-во, 1997. С. 111.

³ Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права. Издание седьмое. Санкт-Петербург: Издание братьев Башмаковых. 1909. С. 72.

⁴ Жуков В. И. Правовая охрана объектов научно-технического творчества. Харьков: Юрид. ин-т, 1983. С. 13.

⁵ Магазинер Я. М. Объект права. *Очерки по гражданскому праву*: сб. ст. Ленинград: ЛГУ, 1957. С. 65–78.

поведінка (дія) здатна до реагування на вплив з боку суб'єктивного права та правового обов'язку. Ані речі, ані продукти творчої діяльності (відкриття, винаходи, комп'ютерні програми, бази даних тощо) не здатні до такого реагування, й тому у науковому розумінні вказані поняття не можуть бути об'єктами права.

Слід також звернути увагу на позицію В. А. Лапача¹, який зазначає, що об'єктом правового регулювання може бути тільки поведінка людей (їх діяльність), а не самі по собі явища навколишньої дійсності (наприклад, речі чи результати творчої діяльності). Тому вважається, що саме поведінка і становить об'єкт цивільних правовідносин, тоді як речі, інші матеріальні та нематеріальні блага, у свою чергу, становлять об'єкт (чи предмет) відповідної поведінки учасників (суб'єктів) правовідносин. Надалі будемо дотримуватися теорії дії й розділяти юридичний об'єкт правовідносин (дія зобов'язаної особи) і матеріальний об'єкт (благо). Цінність цієї концепції полягає в тому, що вона концентрує нашу увагу не стільки на тілесній або безтілесній речі, скільки на їх властивостях, з яких за законом мають впливати певні обов'язкові дії людей, суб'єктів права².

ЦК України залежно від особливостей об'єктів права інтелектуальної власності, правового регулювання набуття на них прав, їх здійснення та захисту на законодавчому рівні ввів нову класифікацію об'єктів права інтелектуальної власності, що відображена в структурі та змісті Книги 4 ЦК України, відповідає правовим інститутам права інтелектуальної власності та набула поширення у науковій літературі. Об'єктами права інтелектуальної власності є:

1) Об'єкти авторського права:

– твори літератури (письмові (романи, поеми, статті та ін.), твори белетристичного характеру, збірники творів, лекції, промови, проповіді та інші усні твори);

– твори мистецтва (художні, музичні (з текстом або без тексту), драматичні, хореографічні, аудіовізуальні твори; твори образотворчого та прикладного мистецтва, архітектури, фотографії; сценічні обробки, аранжування, переробки та переклади творів);

– комп'ютерні програми (набори інструкцій, виражених у формі, придатній для зчитування комп'ютером, які приводять їх у дію для досягнення певної мети);

¹ Лапач В. А. Система объектов гражданских прав: Теория и судебная практика. Санкт-Петербург: Юрид. центр Пресс. URL: <http://www.allpravo.ru/library/doc99p/instrum2232/>.

² Жуков В. И. Методология подхода к объектам информатики как к объектам гражданского правоотношения. *Социальные и правовые вопросы развития вычислительной техники и научно-технического творчества*: Труды по социальным проблемам кибернетики: Ученые записки Тартус. гос. ун-та. Тарту, 1989. С. 131–132.

– компіляції даних (бази даних) (сукупність творів, даних, або будь-якої іншої незалежної інформації у довільній формі, підбір і розташування складових частин якої, та її упорядкування є результатом творчої праці).

2) Об'єкти суміжних прав:

– виконання творів (виконання вперше на території країни, зафіксовано на фонограмі чи включено в передачу організації мовлення);

– фонограми і відеограми (записи на відповідному носії (магнітній стрічці чи магнітному диску, грамофонній платівці, компакт-диску тощо) виконання або будь-яких звуків (зображень);

– програми телерадіоорганізацій (сукупність живого виконання або запису, що складається із зображень або звуків, втілених у сигнали, і випромінюється з метою подальшого розповсюдження).

3) Об'єкти патентних прав:

– винаходи (продукти (пристрої, речовини, штами мікроорганізму, культури клітин рослин і тварин) або способи застосування раніше відомих продуктів чи способів за новим призначенням, якщо вони нові, мають винахідницький рівень і промислово придатні);

– корисні моделі (конструктивні виконання пристроїв, що є новими і промислово придатними);

– промислові зразки (форми, малюнки чи розфарбування або їх поєднання, що визначають зовнішній вигляд промислового виробу і призначені для задоволення естетичних та ергономічних потреб, якщо вони нові і промислово придатні).

4) Нетипові (нетрадиційні) об'єкти та об'єкти науково-технічної інформації:

– науково-технічна документація (результати науково-дослідної, дослідно-конструкторської, проектно-технологічної, виробничої та громадської діяльності, фіксовані у формі, яка забезпечує їх відтворення, використання та поширення);

– системи організації виробництва, маркетингу, управління якістю продукції, кадрами, фінансами, політикою капіталовкладень;

– наукові відкриття (встановлення невідомих раніше, але об'єктивно існуючих закономірностей, властивостей та явищ матеріального світу, які вносять докорінні зміни у рівень наукового пізнання);

– раціоналізаторські пропозиції (що є новими та корисними для підприємства, якому вони подані та передбачають створення, або заміну конструкції виробів, технології виробництва і застосовуваної техніки, або складу матеріалу);

– селекційні досягнення (нові сорти рослин та породи тварин);

– компонування (топографії, топології) інтегральних мікросхем (зафіксовані на матеріальному носії просторово-геометричні розміщення сукупності елементів інтегральної мікросхеми та з'єднань між ними);

– комерційна таємниця (інформація, яка є секретною у тому розумінні, що вона в цілому чи в певній формі та сукупності її складових є невідомою та не є легкодоступною для осіб, які звичайно мають справу з видом інформації, до якого вона належить, у зв'язку з цим має комерційну цінність та була предметом адекватних існуючим обставинам заходів щодо збереження її секретності, вжитих особою, яка законно контролює цю інформацію);

– методи захисту від недобросовісної конкуренції.

5) Засоби індивідуалізації:

– торгова марка (будь-яке позначення або будь-яка комбінація позначень, які придатні для вирізнення товарів (послуг), що виробляються (надаються) однією особою, від товарів (послуг), що виробляються (надаються) іншими особами. Такими позначеннями можуть бути, зокрема, слова, літери, цифри, зображувальні елементи, комбінації кольорів, що відповідають умовам правової охорони);

– географічне зазначення (зазначення походження товарів) (позначення, що ідентифікують певний товар, який походить з певного району чи місцевості країни, якщо якість або інші характеристики товару, на яких базується його репутація, обумовлені географічним місцем походження товару);

– комерційне (фірмове) найменування (якщо воно дає можливість вирізнити одну особу з-поміж інших та не вводить в оману споживачів щодо справжньої її діяльності);

– доменні імена.

Однак при такій систематизації об'єктів інтелектуальних прав законодавець не врахував особливості правового режиму окремих об'єктів. Разом із тим далеко не всі з перелічених об'єктів є результатами інтелектуальної, творчої діяльності. Елемент творчості притаманний в основному об'єктам авторських і патентних прав, а також в деякій мірі виконанням, селекційним досягненням, компонованню інтегральних мікросхем.

Поняття об'єкта виключних прав є більш широким, оскільки багато об'єктів не є результатами інтелектуальної, творчої діяльності, а певною мірою є похідними від них, але мають аналогічну природу прав (виключні права). Навіть не всі з них можна віднести до однієї з двох названих груп. Зокрема, для другої групи об'єктів встановлено певний правовий режим – для володіння комплексом прав на ці об'єкти потрібно не тільки факт їх створення. Виключне право на них і правова охорона надаються на підставі державної реєстрації та видачі відповідного документа (патенту, свідоцтва про державну реєстрацію). Однак можна виділити підгрупу об'єктів, для виникнення прав на які не потрібно обов'язкової державної реєстрації, а необхідні умови, які має виконати правоволоділець. При цьому відсутня вказівка на термін дії виключного права в законі, він теж поставлений в залежність від певних фактичних обставин. До таких об'єктів права інтелектуальної власності

відносять комерційну таємницю, ноу-хау, комерційне найменування, фірмове найменування, просте зазначення походження товару.

Результати інтелектуальної, творчої діяльності, на відміну від речей, становлять блага нематеріальні. Особливістю результатів інтелектуальної діяльності як об'єктів права інтелектуальної власності є те, що, виникнувши й оформившись як продукти розумової діяльності людини, вони не можуть отримати правової охорони доти, доки не будуть об'єктивовані, тобто виражені ззовні своїм творцем. На відміну від предметів матеріального світу (речей), доступ до яких і користування якими може бути обмежений їхніми володільцями, що фактично володіють речами, до об'єктивованих результатів інтелектуальної діяльності доступ інших осіб може бути здійснений саме внаслідок відсутності (неможливості) фактичного володіння ними.

Існує досить багато проблемних питань щодо визначення сутності тих чи інших об'єктів права інтелектуальної власності, відповідно, і умов їх охороноздатності (наприклад, фотографічні твори, комп'ютерні програми, комерційна таємниця тощо). Проте вкажемо на окремі з них. Наприклад, спірним є питання щодо того, чи є ноу-хау або географічні зазначення об'єктом виключного права. У науці поширена думка, висловлена І. О. Зеніним, за якою виключне право на ноу-хау не виникає, а є лише фактична монополія¹. Право на секрет виробництва позбавлене характеру виключності². Ноу-хау не є об'єктом суб'єктивного цивільного права, а є об'єктом охоронюваного законом інтересу³. У меншості знаходяться ті автори, які вважають ноу-хау об'єктом виключного права⁴. В. А. Дозорцев пропонував вважати ноу-хау особливим об'єктом виключного права, саме права на використання об'єкта, яке має квазіабсолютний характер⁵.

Щодо сутності компіляції (бази) даних також не існує єдиної точки зору щодо охорони права на неї. Так, одні вчені пропонують розробити для бази даних особливу систему правової охорони, обумовлену особливими її

¹ Гражданское право: учебник: в 2 т. Т. II. Полутом 1 / отв. ред. Е. А. Суханов. 2-е изд. Москва: БЕК, 2003. С. 577.

² Городов О. А. О соотношении режимов исключительного права и коммерческой тайны в новом законодательстве об интеллектуальной собственности. *Интеллектуальная собственность. Промышленная собственность*. 2007. № 4. С. 20–26; Яблокова И. В., Волков С. Д. Секрет производства (ноу-хау) как охраняемый результат интеллектуальной деятельности предпринимателей. *Научный журнал НИО ИТМО*. Серия: Экономика и экологический менеджмент. 2016. № 1. С. 152.

³ Карташян А. Г. Правовая природа ноу-хау. *Юрист*. 2006. № 8. С. 20.

⁴ Сергеев А. П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации: учебник. 2-е изд. Москва: ТК Велби, 2003. С. 676.

⁵ Дозорцев В. А. Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации: сб. ст. Москва: Статут, 2003. С. 65, 120.

властивостями (В. А. Дозорцев); інші зазначають, що найбільш вдалим є патентне законодавство (А. Б. Гельб, В. І. Жуков); більшість вчених пропонують поширити на бази даних саме авторсько-правову охорону¹.

Законодавець України відносить бази даних до об'єктів авторського прав з наступних причин. По-перше, бази даних відповідають всім ознакам авторського твору. По-друге, авторсько-правова охорона бази даних більш оперативна і загальнодоступна, ніж охорона нормами патентного законодавства, як зазначається в літературі, немає необхідності реєструвати бази даних, проводити складну експертизу на світову новизну². Насамкінець, такий правовий режим було обрано більшістю країн світу і встановлення іншої системи правової охорони виключило б Україну зі сфери міжнародної охорони.

Однак охорона баз даних авторським правом є неповною³ з двох причин: по-перше, не кожна база даних має таку ознаку, як творчий характер; по-друге, норми авторського права не охороняють зміст бази даних. З огляду на це, законодавець, як і в більшості розвинутих країн світу, поділяє бази даних на «творчі» і «нетворчі» («неоригінальні»). Щоб база даних визнавалась об'єктом авторського права, вона має бути результатом інтелектуальної, творчої діяльності людини. Водночас *sui generis* як право упорядника (виробника) бази даних може поширюватися як на творчі, так і на неоригінальні бази даних, які не є об'єктами авторського права, але отримують правовий захист в тому випадку, якщо їх створення вимагає істотних фінансових, матеріальних, організаційних чи інших суттєвих витрат. Введення правового режиму *sui generis* ґрунтується на висновку, що сучасні бази даних значно вийшли за межі авторського права.

Зазначене право *sui generis* на базу даних не вкладається в класифікацію виключних прав (ст.ст. 423, 424 ЦК України). Воно не є ні виключним, оскільки не належить до майнових прав, ні особистим немайновим, адже таке право не прив'язане до особистості. Віднести його до «інших прав», які згадує ст. 424 ЦК України, також навряд чи можливо, оскільки, на відміну від права слідування або права доступу, воно не є самостійним. Швидше за все право упорядника (виробника) бази даних це механізм адаптації класичної моделі права до відносин, пов'язаних із упорядкуванням, створенням бази даних. Невизначеність місця цього права в загальній класифікації прав на об'єкти права інтелектуальної власності породжує невизначеність у регулюванні цих відносин. У зарубіжній літературі висловлювалася точка зору, що *sui generis* є

¹ Интеллектуальная собственность (исключительные права): учеб. пособие / под ред. Н. М. Коршунова. Москва: Эксмо, 2006. С. 139.

² Там само. С. 139–140.

³ Калятин В. О. База данных как объект комплексного правового регулирования. Актуальные вопросы российского частного права. Москва: Статут, 2008. С. 289.

різновидом суміжних прав¹. Прихильники такої позиції порівнювали право *sui generis* з правами на звукозапис та радіо-, телепрограми, відповідно не має потреби вводити право *sui generis*. Бази даних і вказані об'єкти є схожими, для їх охорони достатньо суміжних прав².

Директива ЄС 96/9/ЄС «Про правову охорону баз даних» поряд з наданням авторсько-правової охорони базі даних, яка за доббором або розташуванням її змісту є результатом інтелектуальної творчості їх авторів (п. 1 ст. 3), передбачила спеціальну охорону для баз даних (*sui generis*), в створення яких було вкладено суттєві фінанси чи інші інвестиції (п. 1 ст. 7). Директива ЄС 96/9/ЄС передбачає дворівневий правовий режим: за творчими базами даних зберігається авторсько-правова охорона як літературних складених творів, тоді як будь-які інші бази даних («нетворчі») при певних умовах отримують захист у формі права *sui generis*. Обидва способи охорони є незалежними, тому одна й та сама база даних може бути кваліфікована і як об'єкт авторського права, і як об'єкт права *sui generis*. Проте такий підхід об'єднує дві різні сукупності об'єктів, що може в подальшому викликати практичні труднощі і навіть непорозуміння. Охорона одного єдиного об'єкта, що базується на двох різних засадах, не може бути надійною та дієвою, навіть якщо ігнорувати невизначеність, обумовлену посиланням на «особливий рід»³.

Українське законодавство не визнає результатами творчої, інтелектуальної діяльності комерційні (фірмові) найменування, торгові марки та інші засоби індивідуалізації юридичних осіб, товарів, робіт і послуг. Оскільки правоволодільцям зазначених об'єктів закон гарантує виключне право на їх використання, правовий режим зазначених об'єктів є прирівняним⁴ до результатів інтелектуальної, творчої діяльності і вони також включаються в поняття об'єкта права інтелектуальної власності. Їх головна цінність на відміну від творів науки, літератури і мистецтва полягає не в них самих, а в сприянні створенню здорового конкурентного середовища шляхом розрізнення підприємців і їх продукції⁵. На думку В. А. Дозорцева, цінність об'єкта виключних прав обумовлена тим, що він має естетичний або інформаційний зміст⁶. Прямим наслідком інформаційного змісту є стимулюючий ефект.

¹ Cohen H. J. The EC copyright directives, economics and authors rights. *International review of industrial property and copyright law*. 1994. № 6. Vol. 25. P. 837.

² Средства правовой охраны программ для ЭВМ и баз данных / сост. и автор анализ. обзор Л. Г. Кравец. Москва: ИНИЦ Роспатента, 2000. С. 17.

³ Дозорцев В. А. Понятие исключительного права. *Юридический мир*. 2000. № 12. URL: <http://www.lawmix.ru/comm/3951>.

⁴ Гражданское право: учебник. В 2 т. Т. 1 / отв. ред. Е. А. Суханов. Москва: БЕК, 2002. С. 624.

⁵ Там само. С. 130.

⁶ Дозорцев В. А. Интеллектуальные права. Понятие. Система. Задачи кодификации.

Інформація, яку уособлюють засоби індивідуалізації, спрямована на стимуляцію споживання. Така інформація направлена на певні соціальні верстви споживачів, інформує їх потрібним для виробника способом і стимулює їх до споживання.

Засоби індивідуалізації як такі цілком можуть бути результатом розумової діяльності людини. Але їх головна цінність, на відміну від творів науки, літератури і мистецтва, полягає не в них самих, а у створенні з їх допомогою здорового конкурентного середовища шляхом індивідуалізації як окремих суб'єктів господарювання, так і товару, що виготовляється ними, виконуваних робіт або послуг, що надаються. Як правило, здорове конкурентне середовище є можливим при належному використанні засобів індивідуалізації. Крім того, виключне право на засоби індивідуалізації закріплюється не за їх розробниками, а за особами, що зареєстрували їх на своє ім'я.

Цей правовий інститут відповідно до Паризької конвенції про охорону промислової власності від 20 березня 1883 р. віднесено до права промислової власності, тобто до виключних прав. ЦК України (книга 4) серед результатів творчої (інтелектуальної) діяльності передбачає комерційні (фірмові) найменування, торговельні марки (знаки для товарів та послуг) та географічні зазначення (зазначення місця походження товару). Виходячи з положень глав 43–45 книги 4 ЦК України, Закону України «Про охорону знаків для товарів та послуг», та Закону України «Про охорону права на зазначення походження товарів», засоби індивідуалізації мають низку істотних відмінностей.

По-перше, для охороноздатного результату інтелектуальної, творчої діяльності обов'язкова наявність творчості, створення нового, раніше невідомого, ідеального результату. Для визнання засобу індивідуалізації як охороноздатного об'єкта наявність творчих елементів не потрібна, оскільки основним критерієм є дистинктивність позначення, здатність розрізнити (індивідуалізувати) суб'єктів господарювання, товарів чи послуг. По-друге, для визнання науково-технічного рішення об'єктом патентного права важливим є питання про новизну, причому об'єктивну (абсолютну) новизну, а саме невідомість винаходу (корисної моделі, промислового зразка) рівню техніки порівняно з тим, що існує на певну дату (пріоритет). Відповідно для засобів індивідуалізації вимога про новизну може взагалі не застосовуватись (наприклад, комерційне найменування ч. 4 ст. 489 ЦК України), або має відносний характер. Так, торговельній марці протиставляються за новизною не всі відомі тотожні чи схожі позначення, які раніше були введені в цивільний оборот, а лише ті з них, що застосовуються у відношенні тотожних або однорідних товарів.

По-третє, на створені результати інтелектуальної, творчої діяльності у творця виникає право авторства, особисті немайнові права. Щодо засобів індивідуалізації право авторства взагалі не виникає, тому ніяких особистих немайнових прав, що ґрунтуються на праві авторства, не виникає, а правоволодільцем є особа, яка першою зареєструвала або почала фактично використовувати засіб індивідуалізації в своїй господарській діяльності, чи здійснила певні підготовчі дії для використання позначення. По-четверте, вищезазначені об'єкти виключного права виконують різні функції. Якщо в першому випадку забезпечується, перш за все, правове визнання, охорона і захист прав творця на нематеріальний результат розумової праці, то в другому – на перше місце виходить функція індивідуалізації, тобто забезпечення вирізнення комерційної діяльності цього суб'єкта від аналогічної (однорідної) діяльності інших суб'єктів господарювання, або товарів (послуг), які вони виготовляють (надають). Саме в цьому полягає їх функціональне призначення.

Взагалі-то складнощі викликає питання про правову природу фірмових найменувань, а також характер прав на ці об'єкти. Одні автори відносять право на фірмове найменування до особистих немайнових¹, вказуючи на те, що фірмове найменування є засобом індивідуалізації юридичної особи – суб'єкта права, елементом його правосуб'єктності. Інші стверджують, що воно має майновий характер, оскільки є засобом індивідуалізації підприємницької діяльності суб'єкта². Абсолютно не спостерігається ніякої одностайності щодо можливості відчуження: цього об'єкта: йому приписують властивість відчуження³, або, навпаки, констатують повну неможливість переходу фірмового найменування до іншого суб'єкта⁴.

О. В. Піхурець

§ 9. Доктринальні підходи щодо визначення змісту права інтелектуальної власності

Право особи на результат інтелектуальної, творчої діяльності та прирівняні до них об'єкти надає його володільцю певні правомочності. Традиційно суб'єктивне авторське право складається з безлічі правомочностей не тільки майнового, а й немайнового, а точніше – особистого змісту. Зміст права інте-

¹ Сергеев А. П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации: учебник. 2-е изд. Москва: ТК Велби, 2003. С. 580.

² Еременко В. И. О правовой охране фирменных наименований в России. *Законодательство и экономика*. 2006. № 5. С. 27.

³ Гражданское право: учебник. Ч. II / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. Москва: ПРОСПЕКТ, 1998. С. 106.

⁴ Калятин В. О. Интеллектуальная собственность (исключительные права): учебник для вузов. Москва: НОРМА, 2000. С. 341.

лектуальної власності складають сукупність встановлених правомочностей, що належать праволодільцю. Так, В. І. Серебровський визначав зміст авторського права як сукупність наданих автору прав (правомочностей), необхідних для охорони інтересів, що виникають у зв'язку зі створенням твору і використанням його суспільством¹. Відомо, що право інтелектуальної власності має дуалістичний характер, тобто поділяється на особисті немайнові та майнові права, що підтверджується законодавством України (ч. 2 ст. 418 ЦК України).

Отже, суб'єктивне право на результат інтелектуальної, творчої діяльності та прирівняні до них об'єкти може бути або майновим, або особистим немайновим, але не тим та іншим одночасно. Тобто, воно не може одночасно містити і майнові, і немайнові правомочності. Варто говорити про декілька різних майнових і немайнових прав володільців (право авторства, право на ім'я, право на публічну демонстрацію, тощо), а не про єдине право, що поєднує безліч різнорідних правомочностей.

Слід зазначити й на існуванні «моністичної теорії», представники якої заперечують поділ на особисті і майнові права, на їх думку, вони нерозривно пов'язані². Такий підхід базується на тому, що використання результатів інтелектуальної, творчої діяльності та прирівняних до них об'єктів, як комплексу прав володільця, спрямоване на задоволення його особистих і економічних інтересів. Так, В. І. Серебровський вважав, що всі надані автору правомочності тісно пов'язані одна з одною і кожна з них певною мірою здійснює та охороняє як особисті немайнові, так і майнові інтереси автора³. Аналогічної точки зору дотримувалися Б. С. Антімонов і К. А. Флейшиць⁴, М. В. Гордон⁵.

О. П. Сергєєв зауважив, що особисті немайнові та майнові права автора твору, в ... законодавстві і в доктрині права інтелектуальної власності традиційно іменуються виключними⁶. Однак існує і протилежна думка. Так, Г.Ф. Шершеневич стверджував, що виключне право ... не пов'язано з питанням про авторство духовного продукту і дуже легко відривається від особистості тієї людини, духовній творчості якої зобов'язаний своїм існуванням об'єкт права. Авторське право в руках видавця ... залишає особу творця зовсім

¹ Серебровский В. И. Вопросы советского авторского права. Москва: АН СССР, 1956. С. 94–95.

² Липчик Д. Авторское право и смежные права. Москва: Ладомир, Изд-во ЮНЕСКО, 2002. С. 132.

³ Серебровский В. И. Вопросы советского авторского права. Москва: АН СССР, 1956. С. 101–103, 107.

⁴ Антимонов Б. С., Флейшиц Е. А. Авторское право. Москва Госюриздат, 1957. С. 41–42.

⁵ Гордон М. В. Советское авторское право. Москва: Юрид. лит. 1955. С. 77–78.

⁶ Гражданское право: учебник. Т. 3 / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. Москва: Проспект, 2000. С. 148.

осторонь¹. В. Д. Спасович², Я. А. Канторович³ акцентували увагу на майновому характері виключних прав, при цьому визнавали наявність у володільця ознак окремих особистих немайнових прав.

У зв'язку з цим можна виділити три точки зору. Представники першої (І. Близнаць, А. К. Юрченко) стверджують, що, виходячи із заборонної функції, а саме виключати і усувати всіх третіх осіб від використання відповідних об'єктів, виключними можуть вважатися тільки особисті немайнові права, характерними властивостями яких їх нерозривний зв'язок з особою, невідчужуваність, непередаваність. Відповідно до другої точки зору, до виключних прав відносять як особисті немайнові, так і майнові права (О. П. Сергєєв, І. В. Єрьоменко). На думку інших вчених (В. А. Дозорцев, Є. П. Гаврилов, С. В. Петровський, В. О. Калятін), виключними можуть бути тільки майнові права на об'єкти права інтелектуальної власності.

Позиція останньої групи авторів ґрунтується на тому, що виключні права виникли як особлива група прав на нематеріальні результати інтелектуальної, творчої діяльності та прирівняні до них об'єкти для того, щоб забезпечити правовий механізм товарного обороту цих об'єктів. Через свою нематеріальність такі результати не здатні до обороту, тому в обороті беруть участь тільки права на ці об'єкти, оскільки їх можна надати, чи ними можна поступитися. Особисті ж немайнові права не здатні до відчуження, не можуть забезпечити вищевказані функції, а тому не є виключними. При цьому в науковій літературі неодноразово відзначався тісний зв'язок особистих і майнових прав⁴.

Розуміння виключного права як права з майновим характером обумовлено його економічним змістом. Якщо таке право це легальна монополія, що забезпечує введення нематеріального об'єкта в цивільний оборот, то його зміст дійсно є майновим, оскільки саме сенс встановлення режиму виключного права полягає у забезпеченні правоволодільцю можливості отримання доходів від використання результату його інтелектуальної, творчої діяльності та прирівняних до нього об'єктів, виключаючи при цьому третіх осіб. При цьому виключне право на результати творчої (інтелектуальної) діяльності розглядається як право з майновим характером. У свою чергу, В. А. Дозорцев вважає, що особисті немайнові права належать до цивільного права взагалі не як об'єкт економічного обороту, в якому не беруть участь і не можуть брати участь за визначенням. Вони є побічною складовою, ... що має за завдання

¹ Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права. Изд. 10-е. Москва: Изд-во Бр. Башмаковых, 1912. 951 с.

² Спасович В. Д. Вопрос о так называемой литературной собственности. Сочинения. Т. 3. Санкт-Петербург, 1890. 374 с.

³ Канторович Я. А. Авторское право на литературные, музыкальные, художественные и фотографические произведения. Новый закон 20 марта 1911. Санкт-Петербург, 1911. С. 2.

⁴ Там само. С. 358.

забезпечити тільки їх захист деякими засобами цивільного права¹. Категорія виключних прав слугує меті лише майнових відносин, забезпечує пуск об'єкта в економічний оборот, ніяких інших функцій вона виконувати не в змозі. Відповідна позиція отримала закріплення у законодавстві України.

Вперше на законодавчому рівні в 1928 р. у ст. 6 bis Бернської конвенції було визнано наявність окремого існування особистих немайнових прав автора. Основна мета введення особистих немайнових прав – забезпечити закріплення у свідомості суспільства зв'язку між особистістю автора і його твором. У ст.ст. 8, 9, 11, 11 bis, 11 ter Бернської конвенції закріплено майнові права. Національне законодавство також розглядає існування окремо особистих немайнових прав інтелектуальної власності та (або) майнових прав інтелектуальної власності (ст.ст. 418, 423, 424, 438, 440, 452, 463, 474, 487, 490, 495, 503, 506 ЦК України). Відповідний поділ підтримано і в спеціальному законодавстві у сфері права інтелектуальної власності та більшістю вчених².

Відповідно до ст.ст. 423, 438 ЦК України особисті немайнові права можуть належати безпосередньо тільки творцеві. Вони не залежать від майнових прав і тісно пов'язані з особистістю автора, охороняються безстроково і не можуть передаватися іншим особам, за винятком випадків, встановлених законом. Після смерті автора до спадкоємців переходять не самі особисті права померлого учасника, а право на їх охорону, яке є безстроковим. Тобто у інших осіб (спадкоємців, інших правонаступників) виникає право захищати авторство на твір, протидіяти перекрученню, спотворенню чи іншій зміні твору, а також будь-якому іншому посягання на твір, що може завдати шкоди честі та репутації автора (ст. 29 Закону України «Про авторське право і суміжні права»). Навпаки, майнові права можуть вільно переходити до інших осіб, вони мають терміновий характер (наприклад, період їх дії обмежується строком життя автора і 70 роками після його смерті).

Тому до виключних прав належать майнові права, здатні вільно переходити від одного суб'єкта до іншого. Цей висновок відповідає положенням міжнародного законодавства (наприклад, Бернській конвенції). При закріпленні немайнових прав у Бернській конвенції (ст. 6 bis) не використовується термін «виключні права», а в інших статтях, що регламентують майнові права, він існує. ЦК України у ст.ст. 424, 440, 452, 463, 474, 487, 490, 495, 503, 506 визначає виключне право як майнове право особи. Так, у ст. 1 Закону України

¹ Дозорцев В. А. Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации: сб. ст. Москва: Статут, 2003. С. 139.

² Сергеев А. П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации: учебник. 2-е изд., пераб. и доп. Москва: ТК Велби; Проспект, 2006. С. 198; Підпригора О. А., Підпригора О. О. Право інтелектуальної власності: підруч. для студ. вищ. навч. закл. Київ: Ін Юре, 2002. С. 40–41.

«Про авторське право і суміжні права» визначено виключне право як майнове право особи, яка має щодо твору, виконання, постановки, передачі організації мовлення, фонограми авторське право і (або) суміжні права на використання цих об'єктів авторського права і (або) суміжних прав лише нею та на видачу лише цією особою дозволу або заборони їх використання іншим особам у межах строку, встановленого в зазначеному законі.

Особисті немайнові авторські права не мають економічного змісту, не є оборотоздатними, незважаючи на існування правової норми про відшкодування моральної шкоди внаслідок порушення особистих прав. До таких особистих прав належать всі ті правомочності автора, якими забезпечується захист його авторського імені, його наукової, науково-технічної, літературної і художньої репутації, його духовної особистості¹.

Відповідно до термінології книги 4 ЦК України майнові права називаються «виключними правами»², змістом яких є правомочності на здійснення уповноваженою особою дій виключного і незалежного від інших осіб використання твору, що охороняється нормами права і розпорядження ним (дозволяти використання), а також правомочність перешкоджати неправомірному використанню, в т. ч. й забороняти таке використання, та інші майнові права інтелектуальної власності, встановлені законом (ст.ст. 424, 440, 452, 463, 474, 487, 490, 495, 503, 506 ЦК України).

Сучасна юридична наука вже поставила і вирішила безліч питань стосовно характеристики майнових прав в цілому, головним чином через необхідність обґрунтування їх оборотоздатності. Так, Ю. Е. Туктаров виділив такі три самостійні ознаки майнових прав: а) наявність зв'язку з майном; б) мають безпосереднє економічне значення; в) є оборотоздатними³. Немає сумніву в тому, що ознака оборотоздатності характеризує і виключні права. Норми законодавства України усувають сумніви в оборотоздатності виключних прав. Про це свідчить термінологія норм книги 4 ЦК України, де прямо закріплено правомочність розпорядження (дозволяти використання) виключним правом і деталізується порядок його здійснення (ст.ст. 424, 440, 452, 463, 474, 487, 490, 495, 503, 506). У зв'язку з цим ідея відчуження виключних прав послідовно втілюється в нормах законодавства, цілком закономірно і з точки зору різноманіття об'єктів цивільно-правового обороту.

¹ Канторович Я. А. Авторское право на литературные, музыкальные, художественные и фотографические произведения. Новый закон 20 марта 1911. Санкт-Петербург, 1911. С. 357.

² Цивільний кодекс України. Постатейний коментар у двох частинах. Ч. 1 / відп. ред. А. С. Довгерт, Н. С. Кузнецова. Київ: Юстиніан, 2005. С. 578, 609, 625.

³ Туктаров Ю. Е. Имущественные права как объекты гражданскоправового оборота. Актуальные проблемы гражданского права: сб. ст. / под ред. О. Ю. Шилохвоста. Москва: НОРМА, 2003. Вып. 6. С. 136.

У рамках визначення змісту суб'єктивного права на результати інтелектуальної, творчої діяльності та прирівняні до них об'єкти завжди виникатиме питання про сутність правомочностей, що складають його зміст. Фактично всі висловлювання з цього приводу можна умовно поділити на дві групи. До першої входять теорії, де на першому місці стоїть заборонна функція виключного права (Е. П. Гаврилов¹, Я. А. Канторович², О. О. Піленко³, О. С. Йоффе, В. Ю. Джермакян⁴, В. А. Мещеряков⁵). Так, О. О. Піленко вважав, що суть виключного права полягає в забороні використовувати об'єкт іншим суб'єктам, а виключність у власному використанні є лише рефлекс (наслідок) цієї заборони. Використовувати свій результат інтелектуальної, творчої діяльності може кожен і без виключного права, суть останнього полягає в забезпеченні саме виключності використання, а воно забезпечується тільки заборonoю⁶.

До другої групи належать теорії, що розкривають зміст виключного права через позитивну правомочність використання (Г. Ф. Шершеневич⁷, В. А. Дозорцев⁸, С. А. Бабкін⁹). Правоволоділець може самостійно здійснити використання об'єкта виключного права, йому не потрібно забороняти використання третім особам, це прямо встановлено законодавством. Особи, які бажають використовувати відповідний об'єкт, мають отримати дозвіл від правоволодільца. Так, В. А. Дозорцев вважає, що суб'єкту інтелектуального права не треба «забороняти» використання результату інтелектуальної діяльності третім особам. Це лише обмежувало б його права і означало, що він мав встановлювати таку заборону в кожному окремому випадку, якщо заборона в

¹ Гаврилов Э. П. О «столкновениях» исключительных прав. *Хозяйство и право*. 2010. № 10.

² Канторович Я. А. Авторское право на литературные, музыкальные, художественные и фотографические произведения. Новый закон 20 марта 1911. Санкт-Петербург, 1911. 792 с.

³ Піленко А. А. Право изобретателя. Москва: Статут, 2001

⁴ Джермакян В. Ю. К вопросу о столкновении патентов с одинаковыми или эквивалентными признаками. *Гражданин и право*. 2010. № 10; Джермакян В. Ю., Дедков Е. А. Коллизия патентных прав: обоснован ли новый подход Высшего арбитражного суда РФ? *Патенты и лицензии*. 2008. № 9.

⁵ Мещеряков В. А. У них свой патент, а у нас – свой. Часть II. *Патентный поверенный*. 2010. № 2, 3.

⁶ Піленко А. А. Право изобретателя. Москва: Статут, 2001. С. 139.

⁷ Шершеневич Г. Ф. Курс торгового права. Т. II: Товар. Торговые сделки. Москва: Статут, 2003.

⁸ Дозорцев В. А. Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации: сб. ст. Москва: Статут, 2003. С. 121.

⁹ Гражданское право: актуальные проблемы теории и практики / под общ. ред. В. А. Белова. Москва: Юрайт-издат, 2007. С. 562–612.

загальній формі встановлена законом. Ця система властива для абсолютних прав і знайшла своє відображення в права власності¹.

Розуміння виключного права лише через правомочність заборони не відображає повноцінно суті результату інтелектуальної, творчої діяльності та прирівняних об'єктів. Виключність – це не приналежність права тільки одній певній особі, а закріплення прав за особами, які визначені у законодавстві. Саме тому в науковій літературі і законодавстві знайшла відображення позитивна функція виключного права, яка полягає в можливості його монопольного використання об'єкта правоволодільцем, санкціонованого державою на певний термін і на певній території. Виключне право не має містити такий елемент як «право на заборону» іншим використовувати твір, адже воно і так передбачає необхідність усіх звертатися до правоволодільця за дозволом щодо використання, тобто ця заборона змістовно вже входить до виключного права.

Прихильники теорії виключних прав розглядають їх позитивні права, що містять правомочності з використання і розпорядження об'єктом², де правова охорона результату інтелектуальної, творчої діяльності та прирівняних об'єктів і означає заборону. Право використання полягає у можливості правоволодільця монопольно здійснювати дії з комерційної експлуатації об'єкта, що приносить майнову вигоду, і заборону всім третім особам здійснювати такі дії без згоди володільця цих прав. Надання правоволодільцем відповідного дозволу є схожим до прав використання та розпорядження цим правом.

Через специфіку правомочностей у структурі виключного права розкриваються можливості участі цих прав у товарному обороті. Виключні права ... є похідними від сутності об'єкта, що підлягає охороні, а також від тих економічних і соціальних умов, у яких полягає оптимальний його комерційний (господарський) оборот³. У реалізації правомочностей пасивного типу (правомочність використання) і активного типу (правомочність розпорядження) відбувається зіткнення інтересів правоволодільця з інтересами інших осіб. Характер об'єктів тут формує риси правомочностей, що відрізняються від класичної тріади правомочностей власника.

Інші особи, які не є володільцями прав, можуть використовувати результат інтелектуальної, творчої діяльності та прирівняні об'єкти з дозволу право-

¹ Дозорцев В. А. Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации: сб. ст. Москва: Статут, 2003. С. 31.

² Анненков К. Н. Система русского гражданского права. Т. II. Права вещные. 2-е изд. Санкт-Петербург, 1900. С. 616–623; Дозорцев В. А. Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации. Москва: Статут, 2003. С. 291.

³ Городов О. А. Интеллектуальная собственность: правовые аспекты коммерческого использования: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.04 / С.-Петербург. гос. ун-т. Санкт-Петербург, 1999. С. 9.

володільця (за винятком деяких обмежень і вилучень). Коли правоволодільець дозволяє іншим особам використовувати твір, він здійснює розпорядження своїм виключним правом, оскільки при цьому він або надає їм право використання результату інтелектуальної діяльності та прирівняних об'єктів у встановлених договором межах, або відчужує їм своє виключне право в повному об'ємі. Використання об'єкта направлене на реалізацію відповідних правомочностей, що становлять виключне право, тоді як розпорядження виключним правом – на введення цього права в цивільний оборот.

Правильність зазначених суджень підтверджує Закон України «Про авторське право і суміжні права», де в ст. 1 визначено зміст виключного права як «можливість ... використання ... і видачі дозволу або заборони їх використання іншим особам ...». Отже, за законодавством правоволодільцю належить виключне право на використання твору, а також можливість дозволяти або забороняти таке використання¹. Однак через таке закріплення законодавцем змісту виключного права стає незрозумілим, чи є право забороняти використання твору лише однією з можливостей правоволодільця, тобто, чи має автор сам заборонити використання твору для третіх осіб, і тоді в разі нездійснення зазначених дій, чи може будь-хто використовувати твір чи ні. Законодавець у ч. 1 і 2 ст. 32 Закону України «Про авторське право і суміжні права» визначає, що автору та іншій особі, яка має авторське право, належить виключне право надавати іншим особам дозвіл на використання твору будь-яким одним або всіма відомими способами на підставі авторського договору. Використання твору будь-якою особою допускається виключно на основі авторського договору, за винятком випадків, передбачених ст.ст. 21–25 Закону України «Про авторське право і суміжні права». Отже, заборона встановлена законодавством і додатково повідомляти про це кому-небудь не потрібно, а правоволодільцю надається можливість дозволяти здійснення певних дій.

О. В. Піхурець

§ 10. Особисті немайнові права та майнові права на об'єкти права інтелектуальної власності

Зміст суб'єктивного права інтелектуальної власності становлять особисті немайнові права інтелектуальної власності та (або) майнові права інтелектуальної власності, зміст яких щодо певних об'єктів права інтелектуальної власності визначається кодексом та іншим законом (ч. 2 ст. 418 ЦК України).

¹ Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: у 2 т. Т. I / за ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. Київ: Юрінком Інтер, 2005. С. 578, 609, 625.

Велике значення для науки цивільного права має класифікація правомочностей правоволодільця (в межах авторського права), запропонована В. І. Корецьким. Пропонується правомочності правоволодільця поділяти на дві великі групи, кожна з яких має свої підвиди, а саме:

1) *особисті немайнові права*: а) пов'язані з авторством (право на ім'я, право авторства); б) пов'язані з публікацією об'єкта (виданням) (право на відтворення, право на випуск у світ, право на поширення); в) пов'язані з недоторканністю об'єкта;

2) *майнові права*: а) право на винагороду; б) право на відшкодування шкоди і на застосування санкцій до порушників¹.

Права уповноваженої особи настільки взаємопов'язані, що виділити серед них права чисто майнового або немайнового характеру досить складно. Майнові права, пов'язані з немайновими, є такими, що походять від немайнових прав. Наприклад, право на опублікування твору, в якому об'єднані як особисті, так і майнові елементи і дуже складно визначити, до якої групи його слід віднести. Тісний зв'язок немайнових прав автора з його майновими правами підкреслює і право авторства, яке в багатьох випадках підтверджує наявність майнових прав на твір. Проміжне становище між особистими немайновими і майновими правами також займає і право слідування, яке, будучи особистим правом, тісно пов'язане з майновими інтересами автора.

Особисті немайнові права відображають властивість нематеріального об'єкта зберігати зв'язок з особистістю творця. З цього випливає приналежність особистих немайнових прав виключно творцю та неможливість відчужуватись (передаватись) іншим особам. Є. Шерстобітов зазначає, що уповноважена особа здійснює належні їй особисті немайнові права своїми діями (наприклад, створює уявлення у оточуючих про свою репутацію) поза межами права². Ці права охороняються безстроково. Особисті немайнові права інтелектуальної власності не залежать від майнових прав інтелектуальної власності. Перехід майнових прав не тягне за собою перехід особистих немайнових прав.

Відповідно до ч. 1 ст. 178, ст.ст. 423, 438 ЦК України особисті немайнові права можуть належати безпосередньо тільки творцеві, є невід'ємними та не здатні до цивільного обороту. Частина 4 ст. 423 ЦК України забороняє відчужувати особисті немайнові права інтелектуальної власності, за винятками, встановленими законом. Така вимога статті не відповідає ч. 3 ст. 269 ЦК України, за якою фізична особа не може відмовитися від особистих немай-

¹ Корецький В. И. Авторские правоотношения в СССР. Сталинабад, 1959. С. 256–266.

² Гражданское право: В 4 т. Т. 2. Вещное право. Наследственное право. Исключительные права. Личные неимущественные права: учебник / отв. ред. Е. А. Суханов. 3-е изд., перераб. и доп. Москва: Волтерс Клувер, 2005. С. 410.

нових прав, а також не може бути позбавлена цих прав. Це підтверджує ч. 2 ст. 14 Закону України «Про авторське право і суміжні права»: особисті немайнові права автора не можуть бути передані (відчужені) іншим особам. Вони не залежать від майнових прав і тісно пов'язані з особистістю автора, охороняються безстроково. Після смерті автора до спадкоємців переходять не особисті права померлого автора, а право на їх охорону, яке є безстроковим¹.

При характеристиці особистих немайнових прав та майнових прав на об'єкти права інтелектуальної власності, варто дотримуватися поширеного підходу, за яким будь-яке суб'єктивне цивільне право складається з двох правомочностей: 1) на власні дії; 2) на чужі дії. Для особистих немайнових прав притаманні дві правомочності: 1) здійснення цього права своїми діями, що входить до його змісту і 2) можливість уповноваженої особи вимагати від необмеженого кола зобов'язаних осіб утримуватися від порушення її права. Реалізація останніх забезпечується поведінкою невизначеного кола осіб, яка виражається в утриманні від дій, що перешкоджають реалізації права.

Як у теорії, так і на практиці з особистими немайновими правами пов'язано багато проблемних питань, що стосуються насамперед їх легального визнання. Вони складають самостійний інститут цивільного права, який має на меті забезпечити їх охорону засобами цивільного права, але не участь у цивільному обороті (ст. 201 ЦК України). Відповідно до ч. 2 ст. 269 ЦК України особисті немайнові права є такими, що не мають економічного змісту. За ст.ст. 23, 438 ЦК України та ст. 14 Закону України «Про авторське право і суміжні права», ст. 8 Закону України «Про охорону прав на винахід і корисну модель», ст. 7 Закону України «Про охорону прав на промислові зразки», ст. 6 Закону України «Про охорону права на топографії інтегральних мікросхем», ст.ст. 10, 16 Закону України «Про охорону прав на сорти рослин» творцю (автору, винахіднику, селекціонеру) належать такі немайнові права: право на визнання автором (винахідником, селекціонером) результату інтелектуальної, творчої діяльності; право перешкоджати будь-якому посягання на право інтелектуальної власності, здатному завдати шкоди честі чи репутації творцю (автору, винахіднику, селекціонеру) результату інтелектуальної, творчої діяльності; право на авторське ім'я (вимагати або забороняти зазначення свого імені і вибирати псевдонім у зв'язку з використанням результату інтелектуальної, творчої діяльності); право на недоторканність результату інтелектуальної, творчої діяльності (вимагати збереження цілісності твору і протидіяти будь-якому перекрученню, спотворенню чи іншій зміні твору або будь-якому іншому посягання на твір, що може зашкодити честі і репутації автора); інші особисті немайнові права, встановлені законом. Перелік особистих немайнових прав залишено відкритим. Це означає, що творцю (автору,

¹ Про це зазначалося в попередньому параграфі.

винахіднику, селекціонеру) можуть належати й інші особисті немайнові права, які не передбачені законодавством, але й не суперечать йому.

Право авторства. Це право особи бути визнаним автором (творцем) результату інтелектуальної, творчої діяльності. Сутність цього права полягає в визначенні суспільством особистості творцем певного результату інтелектуальної, творчої діяльності. У нематеріального об'єкта, створеного творчою працею, завжди є автор. Визнання людини творцем (автором, виконавцем, винахідником) обумовлено необхідністю індивідуалізації результатів інтелектуальної, творчої діяльності та суспільного визнання зв'язку результатів з діяльністю конкретної особи. Таким визнанням обумовлюється особливий інтерес творця, саме він забезпечується нормативним закріпленням права авторства¹. Підставою виникнення первинних майнових прав є факт створення результату (як юридичний вчинок) особистими зусиллями його творця, що закріплюються правом авторства (або, як у випадку з об'єктом промислових прав, авторством до отримання патенту). Інакше кажучи, право авторства є підставою виникнення виключних прав. Значення і зміст права авторства в цивільному праві полягає в його функції виступати точкою відліку виключних прав².

Основна проблема, що виникла у доктрині в контексті цього права, – це невизначеність його змісту. Це викликано тим, що мінімальний зміст права авторства, закріпленого в ст. 6bis Бернської конвенції та іншому міжнародному законодавстві, країни-учасниці розвинули в національному законодавстві по-різному. Зазвичай виділяються три моделі щодо змісту права авторства³.

Перша модель – французька, де в основі права авторства лежить повага до імені автора, причому охороні підлягає не тільки ім'я автора як таке, але й авторство особи⁴. Вона поширена у законодавстві Іспанії⁵, Швеції¹, Данії²,

¹ Сергеев А. П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации. Москва: Теис. 1996. С. 195.

² Дозорцев В. А. Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации: сб. ст. Москва: Статут, 2003. С. 281–284.

³ Петрова Ю. В. Развитие концепции личных неимущественных прав автора в странах романо-германской и англосаксонской правовых семей на примере права авторства. *Социально-экономические исследования, гуманитарные науки и юриспруденция: теория и практика*: сб. материалов IV Междунар. науч.-практ. конф. Новосибирск, 2015. С. 294–297.

⁴ Code de la propriété intellectuelle (version consolidée au 17 mars 2017) (France). URL: <http://www.wipo.int/wipolex/fr/details.jsp?id=16750>.

⁵ Texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las Disposiciones Legales Vigentes sobre la Materia (aprobado por el Real Decreto legislativo Nº 1/1996 de 12 de abril de 1996, y modificado por el Real Decreto Nº 20/2011 de 30 de diciembre de 2011). URL: <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/es/es177es.pdf>.

Фінляндії³. Суть права авторства полягає у тому, що ім'я автора твору має бути зазначено як ім'я автора на матеріальному носії, в якому виражений цей результат інтелектуальної, творчої діяльності.

Друга модель – англійська, яка визначає право авторство через його позитивну і негативну форми. Охороні підлягає позитивна і негативна форми права авторства – тобто право бути ідентифікованим як автор на творі⁴, а також право перешкоджати зазначенню свого імені на творах, автором яких ця особа не являється.

Третя модель – німецька. Право авторства складається з двох правомочностей: 1) позитивного – заявляти про своє авторство; 2) негативного – перешкоджати помилковому зазначенню авторства на свій твір⁵. Ця модель поширена в Україні, Росії⁶, Вірменії⁷, Грузії⁸, Литві⁹.

Авторство виникає в силу створення результату інтелектуальної, творчої діяльності. Автору не потрібно вчиняти будь-яких дій для того, щоб набути його, воно дає автору можливість вимагати від будь-якої особи визнання існування такого зв'язку. Тому майже ніколи не позначають авторів торговельних марок, географічних зазначень – винятками є об'єкти авторського права, які зареєстровані як торговельні марки.

Право на ім'я особливо тісно пов'язане з правом авторства. На думку М. І. Нікітіної, їх зв'язок у тому, що автор має право називати себе автором

¹ Act on Copyright in Literary and Artistic Works, Swedish Statute Book, SFS, 1960:729, as amended up to April 1, 2011. URL: http://www.wipo.int/wipolex/en/text.jsp?file_id=290912.

² Consolidated Act on Copyright of Denmark (Consolidate Act No. 1144 of October 23, 2014, on Copyright). URL: <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=1146>.

³ Copyright Act of Finland (Act No. 404 of July 8, 1961, as amended up to April 30, 2010). URL: <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=7512>.

⁴ Copyright, Designs and Patents Act 1988 (Chapter 48). URL: <http://www.wipo.int/wipolex/ru/details.jsp?id=1640>.

⁵ Gesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz) (geändert am 17. Dezember 2008) (Deutschland). URL: <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/de/de/de148de.pdf>.

⁶ Гражданский кодекс Российской Федерации (с изменениями, внесенными в соответствии с Федеральным законом от 07.02.2017 г. № 12-ФЗ). URL: <http://www.wipo.int/wipolex/ru/details.jsp?id=16849>.

⁷ Закон Республики Армения от 4 июля 2006 года № ЗР-142 «Об авторском праве и смежных правах» (с изменениями от 30.09.2013 г.) <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=15105>.

⁸ Law of Georgia on Copyright and Neighboring Rights 22.06.1999 (Goergia). URL: <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/ge/ge023en.pdf>.

⁹ Law on Copyright and Related Rights No. VIII-1185 of May 18, 1999 (as amended on October 7, 2014 – by Law No. XII-1183). URL: <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/lt/lt081en.pdf>.

твору, а твір назвати своїм іменем¹. Слід розглядати ці права в єдності, враховуючи у той же час їх самостійність². Право на авторське ім'я дає змогу автору використовувати чи дозволяти використання свого твору під власним ім'ям, під умовним ім'ям (псевдонімом) чи без позначення свого імені (анонімно). Воно може бути встановлене для прав на всі результати інтелектуальної, творчої діяльності, в т. ч. і для «продюсерських прав» юридичних осіб.

Існує декілька позицій, що склалися у доктрині щодо співвідношення права авторства та права автора на ім'я. Так, М. В. Гордон розглядав право авторства та право на авторське ім'я як єдине право³. Такої ж думки дотримувалися Б. С. Антімонов і К. А. Флейшиць⁴, В. І. Корецький⁵.

Протилежну позицію займають М. І. Бару та С. А. Сударіков, зазначаючи, що право автора на ім'я не є самостійним правом, а одна з правомочностей, що становлять право авторства⁶. І нарешті, право авторства та право на ім'я – два самостійні права (І. О. Близнець, К. Б. Леонт'єв⁷, Е. П. Гаврилов). Е. П. Гаврилов зазначає, що право авторства не збігається з правом автора на ім'я. Право авторства є відображенням фактичної роботи автора зі створення твору, а право на ім'я – право на спосіб зазначення імені автора при використанні твору⁸.

Виходячи зі змісту п. 2, 3 ч. 1 ст. 14 Закону України «Про авторське право і суміжні права», право на авторське ім'я було розділене на дві частини: 1) право забороняти під час публічного використання твору згадування свого імені, якщо особа як автор твору бажає залишитись анонімом; 2) право вибирати псевдонім, зазначати і вимагати зазначення псевдоніма замість справжнього імені автора на творі та його примірниках і під час будь-якого публічного використання. Але ст. 438 ГК України дещо інакше розкриває зміст права на ім'я – автор твору може: 1) вимагати зазначення свого імені у

¹ Никитина М. И. Авторское право на произведения науки, литературы и искусства. Казань: Изд-во Казанс. ун-та, 1972. 135 с.

² Калятин В. О. Интеллектуальная собственность (исключительные права): учебник. Москва: Норма – Инфра-М, 2000. С. 60–61.

³ Гордон М. В. Советское авторское право. Москва: Юрид. лит., 1955. С. 120.

⁴ Антімонов Б. С., Флейшиць Е. А. Авторское право. Москва: Юрид. лит., 1957. С. 46–47.

⁵ Корецький В. И. Авторские правоотношения в СССР. Сталинабад, 1959. 371 с.

⁶ Бару М. И. Охрана прав авторов, изобретателей, рационализаторов. Киев: Вища шк., 1984. 64 с.; Сударіков С. А. Авторское право: учебник. Москва: Проспект, 2010. С. 139–140.

⁷ Близнець И. А., Леонт'єв К. Б. Авторское право и смежные права. Москва: Проспект, 2010. С.41.

⁸ Гаврилов Э. П. Комментарий к Закону «Об авторском праве и смежных правах»: судебная практика. Москва: Экзамен, 2002. С. 111.

зв'язку з використанням твору, якщо це практично можливо; 2) забороняти зазначення свого імені у зв'язку з використанням твору; 3) вибирати псевдонім у зв'язку з використанням твору.

Ще М. М. Агарков, посилаючись на французьких та німецьких цивілістів, вказував, що право на ім'я має абсолютний характер і розкладається на два повноваження: 1) право носити визначене ім'я і вимагати від всіх і кожного його визнання; 2) право забороняти іншим користуватися тим самим іменем¹. Заперечуючи монопольну природу права на ім'я, вчений наполягав на його немайновому характері і, як наслідок, невідчужуваності у порядку спадкування, виняток із дії давності².

Право на авторське ім'я дає можливість автору виступити під будь-яким ім'ям, пов'язуючи або не пов'язуючи його зі своєю особистістю. За загальним правилом, право на авторське ім'я означає, що автор або використовує, або дозволяє використовувати створений ним твір науки, літератури і мистецтва під своїм власним ім'ям, під умовним ім'ям (псевдонімом) або без позначення свого імені, тобто анонімно. При цьому воно реалізується тільки в разі оприлюднення твору. Поки твір не оприлюднено, право на авторське ім'я існує тільки потенційно: твір не доступний третім особам, і вони не можуть знати імені його автора³.

Право на недоторканність твору (право на збереження цілісності твору або право на захист репутації автора) означає юридично закріплену можливість автора вимагати збереження цілісності твору і протидіяти будь-якому перекрученню, спотворенню чи іншій зміні твору або будь-якому іншому посяганню на твір, що може зашкодити честі і репутації автора, а також супроводженню твору без його згоди ілюстраціями, передмовами, післямовами, коментарями тощо (ст.ст. 424, 439 ЦК України, ст. 14 Закону України «Про авторське право і суміжні права, ст. 6 bis Бернської конвенції»). Але, де закінчується право на недоторканність і починається право на переробку твору (п. 6 ст. 15 Закону України, п. 4 ст. 441 ЦК України), встановити вкрай складно. На це питання цивільне законодавство не відповідає, тому слід вважати, що право на недоторканність стосується і елементів виключного майнового авторського права, тобто є не «чистим» особистим немайновим правом⁴.

Це право є правом із негативним змістом, оскільки воно виражається в

¹ Агарков М. М. Избранные труды по гражданскому праву: в 2 т. Т. II. Москва: АО «Центр ЮрИнфоР», 2002. С. 93–94.

² Там само. С. 97.

³ Сергеев А. П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации: учебник. 2-е изд., перераб. и доп. Москва: Проспект, 2003. С.202.

⁴ Гаврилов Э. П. Наследование интеллектуальных прав. URL: <http://www.rbis.su/article.php?article=267>

праві перешкоджати здійсненню дій або у вимозі утримуватися від дій, звернене до пасивних суб'єктів, має захисний характер, оскільки навіть після смерті автора і після того, як твір стає суспільним надбанням, дозволяє діяти на підставі особистого немайнового права для захисту індивідуальності і недоторканності результатів інтелектуальної, творчої діяльності. Право на недоторканність перебуває за межами інтелектуальних правомочностей, адже виникає після відповідного правопорушення – спотворення твору, і таке порушення недоторканності є підставою для виникнення і здійснення цього права. Сутність права в такому випадку полягає не в можливості здійснення яких-небудь дій автором, а в його праві вимагати від третіх осіб утримуватися від спотворення твору, хоча в літературі можна зустріти й інші точки зору. Е. П. Гаврилов вважає, що його реалізація передбачає і активні дії автора, наприклад, при підготовці рукопису до видання йому може бути запропоновано не лише прийняти корективи видавця, а й внести зміни¹.

Можливість переходу цих прав у порядку спадкового правонаступництва неоднозначно було сприйнято в науці цивільного права. Згідно з ч. 1 ст. 29 «Про авторське право і суміжні права» особисті немайнові права не переходять у спадок. Однак ч. 2 цієї статті закріплює, що спадкоємці мають право захищати авторство на твір і протидіяти перекрученню, спотворенню чи іншій зміні твору, а також будь-якого іншого посягання на твір, що може завдати шкоди честі і репутації автора, вносить певну плутанину. Зі змісту цієї норми незрозуміло, чи наділяються спадкоємці померлого творця цим правом у порядку спадкового правонаступництва, чи воно виникає на підставі прямої вказівки закону. Тому одні вчені вважають, що право на захист від спотворення включається в спадок разом із майновими правами автора², а інші впевнені в неможливості спадкування цього права³, а воно їм надається спеціальною нормою закону з метою захисту немайнових прав померлого автора⁴. У ст. 424 ЦК України та ст. 14 Закону України «Про авторське право та суміжні права» серед особистих немайнових прав відсутнє *право на*

¹ Гаврилов Э. П. Советское авторское право. Основные положения. Тенденции развития. Москва: Наука, 1984. С. 144.

² Гражданское право: учебник: В 4-х т. Т. 2: Вещное право. Наследственное право. Исключительные права. Личные неимущественные права / отв. ред. Е. А. Суханов. 3-е изд., перераб. и доп. Москва: Волтерс Клувер, 2005. С. 297; Райгородский Н. Наследование неимущественных прав автора по советскому авторскому праву. *Соц. законность*. 1956. № 2. С. 14.

³ Серебровский В. И. Авторское право и наследование. *Сов. государство и право*. 1955.

№ 6. С. 39; Цивільне право України: підручник: у 2 кн. Кн. 2 / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. 2-ге вид., перероб. і доп. Київ: Юрінком Інтер, 2005. С. 588.

⁴ Рябоконт С. О. Авторське право як об'єкт спадкового наступництва. *Вісник Київ. нац. ун-ту ім. Т. Шевченка. Юридичні науки*. 2002. Вип. 47. С. 223.

оприлюднення (мається на увазі вперше, а не виключне право дозволяти або забороняти подання творів до загального відома публіки – п. 9 ч. 3 ст. 15 цього Закону). Зазначимо, що перелік особистих немайнових прав є відкритим і означає, що автору можуть належати й інші особисті немайнові права, не передбачені законодавством, але які не суперечать йому.

Згідно з п. 4 ч. 3 ст. 15 Закону України «Про авторське право і суміжні права» автор має право дозволяти або забороняти будь-яке повторне оприлюднення творів, якщо воно здійснюється іншою організацією, ніж та, яка здійснила перше оприлюднення. При цьому оприлюднення (розкриття публіці) твору – здійснена за згодою автора чи іншого суб'єкта авторського права дія, що вперше робить твір доступним для публіки шляхом опублікування, публічного виконання, публічного показу, публічної демонстрації, публічного сповіщення тощо (ст. 1 Закону України «Про авторське право і суміжні права»). Ця категорія оприлюднення (розкриття публіці) використовується в тексті закону (наприклад, у ст.ст. 3, 8 і 11 Закону України «Про авторське право і суміжні права»). Відповідно виникає питання: хто, крім творця або його правонаступників, може прийняти рішення про розкриття публіці певного твору, адже це рішення має бути результатом усвідомлення того, що твір вже готовий для оприлюднення? Таке усвідомлення допустиме лише автору твору або його найближчому оточенню, правонаступникам. Характер права на оприлюднення явно є особистим.

Існуюча законодавча невизначеність породжує складність застосування норм матеріального права на практиці і дискусії в науці цивільного права про можливість віднесення права на оприлюднення твору до особистих немайнових¹ або до виключних майнових² прав автора. Певно, що ключовою складовою цього визначення є «згода автора на дії, які вперше роблять твір доступним». Ніхто не має права змусити автора оприлюднити його твір проти волі, тільки він може вважати свій твір завершеним і достатнім для повідомлення (представлення) публіці, і тому має давати згоду на оприлюднення або заборонити оприлюднення.

У ст. 441 ЦК України серед майнових прав на твір передбачено такий спосіб використання, як опублікування (випуск у світ). Твір вважається опублікованим (випущеним у світ), якщо він будь-яким способом повідом-

¹ Гордон М. В. Советское авторское право. Москва: Юрид. лит., 1955. С. 123; Сергеев А. П. Авторское право России. Санкт-Петербург: Изд-во С.-Петербург. ун-та, 1994. С. 145.

² Дозорцев В. А. Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации: сб. ст. Москва: Статут, 2003. С. 291; Право інтелектуальної власності: акад. курс: підруч. для студ. вищих навч. закладів / за ред. О. П. Орлюк, О. Д. Святоцького. Київ: Вид. Дім «Ін Юре», 2007. С. 172.; Рябоконт Є. О. Авторське право як об'єкт спадкового наступництва. Вісник Київ. нац. ун-ту ім. Т. Шевченка. *Юридичні науки*. 2002. Вип. 47. С. 222–225.

лений невизначеному колу осіб, у т. ч. виданий, публічно виконаний, публічно показаний, переданий по радіо чи телебаченню, відображений у загальнодоступних електронних системах інформації (ст. 442 ЦК України). В одному випадку (Закон України «Про авторське право і суміжні права») визначає опублікування, як можливість здійснення права на оприлюднення, а в іншому випадку (ЦК України) зазначає, що «опублікування» це різновид використання твору. До того ж визначення категорії «опублікування» нагадує визначення «оприлюднення твору».

Авторський закон розуміє оприлюднення твору, вживаючи як синонім словосполучення «розкриття публіці», як дію, «що вперше робить твір доступним для публіки», перераховуючи можливі, але не вичерпні шляхи такого оприлюднення: опублікування, публічне виконання, публічний показ, публічна демонстрація, публічне сповіщення тощо. Далі Закон розкриває зміст опублікування твору, де ключовою ознакою є кількість примірників твору, здатних задовольнити розумні потреби публіки.

Опублікування твору є законним способом його використання, тобто реалізацією правомочності використання виключного права. Часто дії з опублікування і використання твору збігаються, але не варто ототожнювати зміст цих понять. В. А. Дозорцев досить вдало пояснив, що опублікування є необхідною умовою використання, без опублікування використання неможливо, хоча опублікування може відбуватися і поза використанням, але без опублікування використання неможливо¹. Таким чином, використання твору є прямим наслідком його опублікування. Опублікування і використання твору це абсолютно різні категорії, їх не можна поєднувати, тим більше, що опублікування не є різновидом використання. Опублікування це окремий спосіб здійснення оприлюднення твору.

Ця правомочність для об'єктів патентних прав замінюється правом на звернення за рєстрацією, яка, до речі, має наслідком публікацію (ст. 23 Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі»). Використання таких об'єктів ніяким чином не пов'язане з їх опублікуванням.

Суть права на оприлюднення полягає в юридично забезпеченій можливості автора самостійно прийняти рішення про оприлюднення твору в будь-якій формі або утриматися від такої дії. Тільки автору належить можливість визначати міру і ступінь готовності свого твору бути доступним для публіки шляхом його опублікування, публічного показу, виконання, публічної демонстрації, публічного сповіщення тощо. Оприлюднення твору – це юридичний факт, який започатковує авторські права: на них впливає тільки

¹ Дозорцев В.А. Авторские правомочия. *Проблемы советского авторского права*: Межвуз. сб. науч. тр. / отв. ред. М. М. Богуславский, О. А. Красавчиков. Свердловск, 1980. С. 48.

перше оприлюднення твору¹. Оприлюднення твору без згоди автора є неправомірною дією, що порушує його особисті немайнові права.

Властивістю особистих немайнових прав є здатність до обмеження здійснення іншими особами виключних прав, що передані їм за договором. Така можливість для автора передбачена у багатьох правових системах, коли в односторонньому порядку автор може змінювати умови договору на стадії його виконання аби забезпечити дотримання своїх особистих немайнових прав – *право на відкликання*. Таке право передбачене у більшості країн: Франції, Швейцарії, Німеччині, Польщі, Іспанії, Португалії тощо², хоча і з деякими обмеженнями. Так воно не поширюється на аудіовізуальні твори (Німеччина), комп'ютерні програми (Франція), службові твори (Італія)³.

Поширеним є твердження, що іншою стороною права на оприлюднення є право на відкликання, адже відкликаний твір вважається неоприлюдненим⁴. Через особистий і невід'ємний характер право на відкликання належить виключно автору і не переходить спадкоємцям. Однак Г. В. Чурпіта відносить таке право до майнових прав⁵.

На жаль, у національному законодавстві відсутнє право автора на відкликання твору. Але серед вчених існує думка про необхідність закріплення в ст. 14 Закону України «про авторське право і суміжні права» такого права як особистого немайнового, в силу якого автор зберігає можливість відмовитися від оприлюднення твору з наступним відшкодуванням завданих збитків, у т. ч. упущеної вигоди особі, до оприлюднення, а в разі оприлюднення твору за автором зберігається право видалити його екземпляри за умови повної оплати їх вартості⁶. Якщо у законодавстві закріпити саме такий зміст права на відкликання, то це буде цілком збалансовано в комерційних відносинах його безумовним обов'язком відшкодувати збитки. Якщо ж автор захоче знову

¹ Гаврилов Э. Право на обнародование произведения. *Хозяйство и право*. 2010. № 4. С. 5.

² Основные институты гражданского права зарубежных стран. Сравнительно-правовое исследование / рук. авт. колл. В. В. Залесский. Москва: НОРМА, 1999. С. 418, 430.

³ Гражданское, торговое и семейное право капиталистических стран: сб. нормат. актов / Гос. ком. СССР по нар. образованию. Москва: Изд-во Ун-та дружбы народов, 1988. С. 83–100.

⁴ Гражданское право: учебник: в 4-х т. Т. 2. Вещное право. Наследственное право. Исключительные права. Личные неимущественные права / отв. ред. Е.А. Суханов. 3-е изд., перераб. и доп. Москва: Волтерс Клувер, 2005. С. 296; Погуляев В. Моральные права и их экономическое содержание. *Интеллектуальная собственность. Авторское право и смежные права*. 2005. № 5. С. 44.

⁵ Чурпіта Г. В. Авторське право на твори образотворчого мистецтва: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Нац. ун-т внутр. справ. Харків, 2003. С. 12.

⁶ Клейменова С. М. Авторські правовідносини як форма реалізації правомочностей суб'єктів авторського права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / НАН України; Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького. Київ, 2004. С. 8.

оприлюднити твір, то переважне право матиме первинний контрагент на умовах близьких до початкових.

Право доступу – це окрема правомочність, що належить автору твору образотворчого мистецтва та полягає в тому, що автор має право вимагати доступу до твору. Але не просто так, а з метою його використання для відтворення (виготовлення примірників, слайдів, карток, переробок тощо) за умови, що це не порушує законні права та інтереси власника твору образотворчого мистецтва. Власник не може відмовити автору в доступі до твору без достатніх підстав. При цьому від власника твору не можна вимагати доставки твору авторові (ст. 26 Закону України «Про авторське право і суміжні права»). Це право відсутнє у Бернській конвенції, але передбачено німецьким та російським законодавством¹. У більшості випадків судова практика намагається захистити «законні інтереси» власника. Зокрема, у Німеччині суди застосовують принцип «зважування інтересів». Такий підхід є більш сприятливим для власника, ніж для автора².

На думку В. О. Калятіна, це право можна розглядати як засіб забезпечення інших прав (наприклад, права на використання, права на недоторканність). Змістом цього права є можливість автора вимагати доступу до створеного ним твору³. Право доступу належить виключно автору, не може відчужуватися або переходити у спадок. З огляду на це, право доступу слід віднести до особистих немайнових прав⁴. Хоча в цьому випадку відтворення стосується тільки «копіювання від руки», тобто створення копії твору тими самими способами, що й при створенні оригіналу⁵. Проте О. П. Сергєєв вказує, що право доступу надається автору з конкретною метою – для відтворення твору, тобто для реалізації майнового права⁶.

Право доступу це юридично забезпечена можливість автора вимагати доступу до твору образотворчого мистецтва і направлено на те, щоб сприяти вирішенню проблем, пов'язаних з реалізацією його майнового права на відтворення такого твору. Право на відтворення становить окрему правомочність автора. Право доступу можна назвати одним із привілеїв автора, який спрямований на те, щоб саме автор як творець твору зміг реалізувати своє право і отримати задоволення своїх матеріальних чи немайнових потреб.

¹ Судариков С. А. Основы авторского права. Минск: Амалфея, 2000. С. 188.

² Калятин В. О. Интеллектуальная собственность (исключительные права): учебник. Москва: Норма – Инфра-М, 2000. С. 73.

³ Там само. С. 72–73.

⁴ Гаврилов Э. П. Комментарий к Закону РФ об Авторском праве и смежных правах. Москва: Спарк; Правовая культура, 1996. С. 99–100.

⁵ Там само. С. 85.

⁶ Сергєев А. П. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации: учебник. 2-е изд., перераб. и доп. Москва: ТК «Велби», Проспект, 2004. С. 221.

Причому мотиви і цілі реалізації цього права закону байдужі. Такому праву автора відповідає обов'язок власника твору надати доступ до твору.

Майнові права на об'єкти права інтелектуальної власності. Виключне право на результат інтелектуальної, творчої діяльності та прирівняні об'єкти, на підставі ст.ст. 424, 440, 452, 463, 474, 487, 490, 495, 503, 506 ЦК України, полягає в праві використовувати об'єкт права інтелектуальної власності на свій розсуд у будь-якій формі; виключне право дозволяти використання об'єкта права інтелектуальної власності; виключне право перешкоджати неправомірному використанню об'єкта права інтелектуальної власності, в т. ч. забороняти таке використання; інші майнові права інтелектуальної власності, встановлені законом. Слід зазначити, що перелік можливих форм і способів використання об'єкта права інтелектуальної власності є відкритим у законодавстві і розглядається як єдине право, а не як комплекс окремих можливостей. Виділення зазначених форм і способів використання об'єкта права інтелектуальної власності обумовлено їх суспільним значенням та не виключає появи в майбутньому нових форм і способів використання.

Виключне право – майнове право уповноваженої особи на об'єкт права інтелектуальної власності, змістом якого є використання відповідного об'єкта та надання дозволу на його використання чи заборону їх використання іншим особам у межах строку, встановленого законодавством України. Майнові (виключні) права закріплюють монополію на використання певного об'єкта.

Здійснювати виключні (майнові) права на об'єкти права інтелектуальної власності необхідно з урахуванням їх характерних особливостей:

– ці права є абсолютними: 1) суб'єктивному праву інтелектуальної власності відповідає обов'язок усіх третіх осіб утримуватися від дій, неузгоджених з правоволодільцем; 2) обов'язок (пасивний) усіх третіх осіб має форму заборони; 3) порушити право може будь-яка особа; 4) позов про захист може бути заявлений щодо кожної особи, яка порушує право; 5) об'єкта право інтелектуальної власності виникає незалежно від волі третіх осіб¹;

– це права виключні, де використання об'єкта права інтелектуальної власності допустимо або особисто правоволодільцем, або з його безпосереднього дозволу;

– мають економічну цінність і можуть брати участь в економічному обороті. Ці права здатні до відокремлення від особи творця відповідного об'єкта (на відміну від особистих немайнових прав);

– мають територіальний і строковий характер. Об'єкт права інтелектуальної власності, на відміну від матеріального об'єкта, не має обмеження у просторі. Одночасно може існувати кілька варіантів охорони одного об'єкта

¹ Калятин В. О. Интеллектуальная собственность (Исключительные права): учебник для вузов. Москва: НОРМА. 2000. С. 8.

права інтелектуальної власності, що неможливо для матеріального об'єкта. Існує можливість паралельного використання об'єкта в один і той же час необмеженим колом осіб. Правовий захист має обмеження в часі, після закінчення якого об'єкт переходить у суспільне надбання.

ЦК України закріплено три правомочності – використовувати об'єкт (а), виключне право дозволяти використання об'єкта – позитивна можливість (б), виключне право забороняти використання об'єкта – негативна можливість (в). Усі ці правомочності кореспондують одна одній, що знайшло своє відображення і в науці цивільного права. Так, В. А. Дозорцев виключне право визначає як поєднання правомочностей з використання результату інтелектуальної праці і видачу дозволів на таке використання іменоване розпорядженням правом¹. Інші прихильники теорії виключних прав розглядають виключні права як позитивні права, що включають в себе правомочності з використання і розпорядження об'єктом².

В. А. Дозорцев, аналізуючи зміст правомочностей у структурі виключного права, приходять до висновку про те, що використання тут є нічим іншим як наданням результату інтелектуальної, творчої діяльності форми, придатної або зручної для безпосереднього споживання і пристосованої до пуску в оборот, тобто «використання»³. В основі цього підходу є висновок про те, що об'єктом використання є сам результат, а об'єктом розпорядження – право на нього⁴. Автор пов'язує поняття «використання» з діями щодо практичного застосування результату інтелектуальної, творчої діяльності, та прирівняних об'єктів. Розпорядження ж пов'язане з фактом передачі певному колу осіб або загальне розголошення відомостей, втілених у матеріальному носії або іншій об'єктивній формі.

Право розпорядження виключним правом має дві форми: 1) відчуження права використання, тобто повна передача його іншій особі, з припиненням прав колишнього правоволодільця; 2) видача дозволу (ліцензії) на таке використання, коли колишній правоволодільць зберігає свої права хоча б частково⁵. Об'єктом використання є сам результат, а об'єктом розпорядження – право на нього, право його використання. Об'єктом використання є відомості про досягнення змістовного характеру, але не призначені для

¹ Дозорцев В. А. Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации: сб. ст. Москва: Статут, 2005. С. 48.

² Анненков К. Н. Система русского гражданского права. Т. II. Права вещные. 2-е изд. Санкт-Петербург, 1900. С. 616–623; Дозорцев В. А. Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации: сб. ст. Москва: Статут, 2005. С. 291.

³ Дозорцев В. А. Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации: сб. ст. Москва: Статут, 2005. С. 291.

⁴ Там само. С. 121.

⁵ Там само. С. 48.

чистого пізнання, а включають рекомендації для практичного застосування, передумовою якого є закріплення цих відомостей на матеріальному носії, їх об'єктивне вираження¹. Використання – це дії щодо практичного застосування інтелектуального продукту, відомостей, втілених у матеріальних носіях або в іншій об'єктивній формі, а також операції з цим продуктом².

Об'єктом розпорядження завжди є майнове право, відповідно правомочність розпорядження – міра можливої участі конкретного виключного права в господарському обороті. Договір направлений на передання виключних майнових прав інтелектуальної власності є однією з форм обороту виключних прав і способом розпорядження правом, тобто виконанням юридичних дій, в основі яких – воля та інтерес правоволодільця і наявність у нього права визначати юридичну долю об'єкта. Дія з розпорядження виключним правом проявляється через відносне правовідношення, яке має спрямованість на передачу виключного права повністю чи частково (ст. 1113 ЦК України). Розпорядження виключним правом допускає подвійне надання правомочностей щодо одного й того ж об'єкта двох і більше суб'єктів (наприклад, невиключна або вільна ліцензія). В основі правомочності розпорядження – динамічна функція: коли уповноважена особа здійснює допуск інших осіб до сфери виключності, відбувається рух права. Особливість виключних прав, на думку деяких авторів, в тому, що їх змістом є правомочності, неоднакові протягом терміну існування права³. Так, склад правомочностей змінюється від моменту виникнення права на подачу заявки до моменту отримання всіх патентних прав, нарешті, до втрати майнових правомочностей у зв'язку із закінченням терміну їх охорони⁴. Зміни в структурі змісту права обумовлені вибором способів здійснення управомоченої особи права.

Правомочність використання у виключному праві, з одного боку, є застосування об'єкта права інтелектуальної власності з метою отримання корисних властивостей або для досягнення будь-яких цілей, з іншого – передбачає реалізацію юридично забезпечених можливостей, у т. ч. шляхом

¹ Дозорцев В. А. Интеллектуальные права: Понятие. Система. Задачи кодификации: сб. ст. Москва: Статут, 2005. С. 121.

² Там само. С.125.

³ Аникин А. С. Правомочие обладания как элемент субъективного исключительного права. *Юрист*. 2007. № 4. С. 22–24; Гальперин Л. Б., Михайлова Л. А. Интеллектуальная собственность: сущность и правовая природа. *Сов. государство и право*. 1991. С. 37–42; Ломидзе О. Г. Правонаделение в гражданском законодательстве России. Санкт-Петербург: Юридический Центр Пресс, 2003. С. 481; Рассудовский В. А. Проблемы правового регулирования инновационной деятельности в условиях рыночной экономики. *Государство и право*. 1994. № 3. С. 60–69.

⁴ Ломидзе О. Г. Правонаделение в гражданском законодательстве России. Санкт-Петербург: Юридический Центр Пресс, 2003. С. 481.

розпорядження. Термін «використання» є узагальнюючим, що містить всі доступні способи реалізації юридично забезпеченої можливості щодо здійснення прав на результат інтелектуальної, творчої діяльності та прирівняні об'єкти з метою отримання вигоди – як майнової, так і немайнової (отримання широкої відомості торговельної марки). Наповнення терміна «право на використання об'єкта права інтелектуальної власності» залежить від того, про який об'єкт права інтелектуальної власності йде мова, та розкривається у спеціальному законодавстві. Так, відповідно до п. 4 ст. 16 Закону України «Про охорону прав на знаки для товарів та послуг» використанням торговельної марки (знака для товарів та послуг) є нанесення її (його) на будь-який товар, для якого знак зареєстровано, упаковку, в якій міститься такий товар, вивіску, пов'язану з ним, етикетку, нашивку, бирку чи інший прикріплений до товару предмет, зберігання такого товару із зазначеним нанесенням знака з метою пропонування для продажу, пропонування його для продажу, продаж, імпорт (ввезення) та експорт (вивезення); застосування його під час пропонування та надання будь-якої послуги, для якої знак зареєстровано; застосування його в діловій документації чи в рекламі та в мережі Інтернет.

Третя правомочність, що належить уповноваженій особі, – це «виключне право перешкоджати неправомірному використанню об'єкта права інтелектуальної власності, зокрема й забороняти таке використання» (ст. 424 ЦК України). Вказана стаття містить невичерпний перелік складових майнових прав інтелектуальної власності, тому що вказує й на «інші майнові права інтелектуальної власності, встановлені законом».

Запитання та завдання для самоконтролю

1. Інтелектуальна власність як результат інтелектуальної, творчої діяльності.
2. Значення інтелектуальної, творчої діяльності у соціально-економічному розвитку держави.
3. Поняття права інтелектуальної власності.
4. Походження права інтелектуальної власності. Етапи розвитку правової охорони результатів інтелектуальної, творчої діяльності та прирівняних об'єктів в Україні та їх характеристика.
5. Зміст права інтелектуальної власності.
6. Співвідношення права власності та права інтелектуальної власності: їх спільні та відмінні ознаки за законодавством України.
7. Відмінності об'єкта права власності у власному розумінні від об'єктів права інтелектуальної власності.
8. Система права інтелектуальної власності.

9. Генеза і концепція проприетарної теорії права інтелектуальної власності.
10. Інші теорії права інтелектуальної власності.
11. Теорія виключних майнових прав.
12. Правова охорона об'єктів інтелектуальної власності: поняття та види.
13. Юридична природа прав на результати інтелектуальної, творчої діяльності та порівняні об'єкти.
14. Загальна характеристика суб'єктів права інтелектуальної власності.
15. Загальна характеристика особистих немайнових прав інтелектуальної власності.
16. Загальна характеристика майнових прав інтелектуальної власності.

ТЕМА 9. ТЕОРЕТИЧНІ ПОЛОЖЕННЯ ПРО ЗОБОВ'ЯЗАННЯ

Л. В. Красицька

§ 1. Проблема уніфікації зобов'язального права та її детермінізм. Підходи до класифікації зобов'язань

Зобов'язанням є правовідношення, в якому одна сторона (боржник) зобов'язана вчинити на користь другої сторони (кредитора) певну дію (передати майно, виконати роботу, надати послугу, сплатити гроші тощо) або утриматися від певної дії, а кредитор має право вимагати від боржника виконання його обов'язку (ч. 1 ст. 509 ЦК України). *Зобов'язальне право* традиційно розглядається у доктрині приватного права як підгалузь цивільного права. В юридичній літературі зазначається, що норми зобов'язального права регулюють відносини майнового обороту, що виникають при переході матеріальних та інших благ в економічній формі товару від однієї особи до іншої¹. Зобов'язальне право є сукупністю правових норм, що регулюють суспільні відносини у сфері майнового обороту. Саме норми зобов'язального права регулюють динаміку цивільних правовідносин, пов'язаних із відчуженням майна, передачею майна у користування, виконанням робіт, наданням послуг тощо.

Правова природа зобов'язальних відносин сприяє уніфікації правових норм, що їх регулюють. Перетинання державних кордонів не змінює сутності зобов'язальних відносин, хоча, безумовно, в межах окремих держав можуть існувати особливості правового регулювання певних видів зобов'язань. Міжнародне економічне співробітництво, євроінтеграційні процеси України сприяють необхідності уніфікації зобов'язального права. Загальнодержавна програма адаптації законодавства України до законодавства ЄС² проголошує, що метою такої адаптації є досягнення відповідності правової системи України *acquis communautaire* з урахуванням критеріїв, що висуваються ЄС до держав, які мають намір вступити до нього. Адаптація законодавства України до законодавства ЄС є пріоритетною складовою процесу інтеграції України до ЄС, що, в свою чергу, є пріоритетним напрямом української зовнішньої політики.

¹ Цивільне право: підручник: у 2 т. Т. 2 / за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. Харків: Право, 2011. С. 5.

² Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу: Закон України від 18.03.2004 р. № 1629-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 29. Ст. 367.

Н. С. Кузнєцова наголошує, що процес уніфікації та гармонізації приватного права розвивався еволюційно, його витoki у історичному вимірі значно передують ідеї створення ЄС, оскільки він був обумовлений об'єктивними чинниками, що супроводжували розвиток міжнародної торгівлі і в цілому міжнародне співробітництво у сфері приватноправових відносин. Така уніфікація та гармонізація здійснювалася шляхом прийняття універсальних конвенцій (як приклад можна навести Віденську конвенцію ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів (1980), Конвенцію ООН про незалежні гарантії та резервні акредитиви (1995), Нью-Йоркську конвенцію про позовну давність у міжнародній купівлі-продажу товарів (1974), Конвенцію ООН про міжнародні прості векселі (1988) та ін.), так і підготовкою впливовими спеціалізованими організаціями (УНІДРУА, ЮНСІТРАЛ, Міжнародна торговельна палата (ICC) тощо) рекомендаційних актів: таких як Інкотермс, Принципи міжнародних комерційних договорів, уніфіковані правила розрахункових операцій, банківських гарантій тощо. Важливим кроком на шляху гармонізації європейського приватного права стала ідея створення Європейського Зводу контрактного права, яка була реалізована комісією, очолюваною професором Оле Ландо¹.

А. С. Довгерт зазначає, що протягом останнього століття людство має значні напрацювання у міжнародній уніфікації матеріальних норм приватного права, передовсім у сфері договорів та зобов'язань в цілому, через їх значний безпосередній вплив на обіг товарів, послуг, капіталів та робочої сили. Наприкінці ХІХ – початку ХХ ст. вчені навіть прогнозували швидку появу світового («уніформованого», «всесвітньоцивільного») договірної чи зобов'язального права².

Україна стала учасником уніфікаційних процесів у сфері зобов'язального права. Так, Україна приєдналась до Женевської конвенції 1930 р., якою запроваджено Уніфікований закон про переказні векселі та прості векселі³, Конвенції ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів 1980 р.⁴,

¹ Кузнєцова Н. С. Сучасне цивільне право України: проблеми відповідності європейським стандартам. *Приватне право України і європейська інтеграція: тенденції та перспективи*: матеріали VI Міжнар. цивіліст. форуму. Київ, 14–15 квіт. 2016 р. Київ, 2016. С. 5–6.

² Довгерт А. С. Модернізація Цивільного кодексу України з огляду на світову та європейську уніфікацію матеріальних норм зобов'язального права. *Приватне право України і європейська інтеграція: тенденції та перспективи*: матеріали VI Міжнар. цивіліст. форуму. Київ, 14–15 квіт. 2016 р. Київ, 2016. С. 25.

³ Про приєднання України до Женевської конвенції 1930 року, якою запроваджено Уніфікований закон про переказні векселі та прості векселі: Закон України від 06.07.1999 р. № 826-ХІV *Відомості Верховної Ради України*. 1999. № 34. Ст. 290.

⁴ Про приєднання УРСР до Конвенції ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів: Указ Президії Верховної Ради УРСР від 23.08.1989 р. № 7978-ХІ. *Відомості*

Конвенції ООН про позовну давність у міжнародній купівлі-продажу товарів 1974 р.¹, Конвенції про міжнародні залізничні перевезення (КОТІФ) від 09.05.1980 р.², Конвенції про договір міжнародного автомобільного перевезення вантажів від 19.05.1956 р.³, Конвенції УНІДРУА про міжнародний факторинг від 28.05.1988 р.⁴ та інших міжнародних договорів. Зокрема, преамбула Конвенції ООН про договори міжнародної купівлі-продажу товарів наголошує на тому, що розвиток міжнародної торгівлі на основі рівності і взаємної вигоди є важливим елементом у справі сприяння розвитку дружніх відносин між державами; прийняття однакових норм, які регулюють договори міжнародної купівлі-продажу товарів та враховують різні суспільні, економічні й правові системи, сприятимуть усуненню правових бар'єрів у міжнародній торгівлі та розвитку міжнародної торгівлі.

Що стосується *класифікації зобов'язань*, то у юридичній літературі зазначається, що багатоманітність зобов'язань зумовлює необхідність їх класифікації з використанням різних класифікаційних критеріїв⁵. Згідно з ч. 2 ст. 509 ЦК України підставами виникнення зобов'язань є підстави, передбачені ст. 11 ЦК України. Таким чином, зобов'язання можуть виникати: 1) з договорів та інших правочинів; 2) зі створення літературних, художніх творів, винаходів та інших результатів інтелектуальної, творчої діяльності; 3) внаслідок завдання майнової (матеріальної) та моральної шкоди іншій особі; 4) з інших юридичних фактів.

Залежно від підстав виникнення зобов'язання поділяються на договірні і недоговірні. *ЦК України зобов'язання поділив на дві групи: договірні зобов'язання* (підрозділ 1 розділу III Книги п'ятої «Зобов'язальне право») та *недоговірні зобов'язання* (підрозділ 2 розділу III Книги п'ятої «Зобов'язальне право»). Залежно від наявності зустрічних прав і обов'язків сторін у зобов'язанні зобов'язання поділяються на односторонні і двосторонні (взаємні).

Верховної Ради України. 1989. № 36. Ст. 108.

¹ Про ратифікацію Конвенції про позовну давність у міжнародній купівлі-продажу товарів: Постанова Верховної Ради України від 14.07.1993 р. № 3382-ХІІ. *Відомості Верховної Ради України*. 1993. № 36. Ст. 368.

² Про приєднання України до Конвенції про міжнародні залізничні перевезення (КОТІФ): Закон України від 05.06.2003 р. № 943-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 39. Ст. 342.

³ Про приєднання України до Конвенції про договір міжнародного автомобільного перевезення вантажів: Закон України від 01.08.2006 р. № 57-V. *Відомості Верховної Ради України*. 2006. № 39. Ст. 341.

⁴ Про приєднання України до Конвенції УНІДРУА про міжнародний факторинг: Закон України від 11.01.2006 р. № 3302-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2006. № 16. Ст. 139.

⁵ Цивільне право України: підручник: у 2 т. Т. 2 / за заг. ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибко-Фатеевої, В. Л. Яроцького. Київ: Юрінком Інтер, 2004. С. 10.

В односторонніх зобов'язаннях одна сторона має тільки права, а друга – лише обов'язки, а в двосторонніх зобов'язаннях кожна сторона має як права, так і обов'язки. Існують й інші класифікації зобов'язань.

Грунтовне дослідження зобов'язального права, зокрема у сфері систематизації зобов'язань, проведене О. С. Йоффе¹, не втрачає своєї актуальності й для сучасної цивілістики. На думку вченого, за комбінованим критерієм, що об'єднує економічні та юридичні ознаки, *система зобов'язань* має такий вигляд: 1) зобов'язання з оплатної реалізації майна (купівля-продаж, поставка, контракція сільськогосподарської продукції, міна, довічне утримання); 2) зобов'язання з безоплатної передачі майна в користування (майновий найм, найм житлового приміщення); 3) зобов'язання з безоплатної передачі майна у власність або користування (дарування, позичка); 4) зобов'язання з виконання робіт (підряд, підряд на капітальне будівництво); 5) зобов'язання з надання послуг (доручення, комісія, зберігання, експедиція); 6) зобов'язання з перевезень (залізничних, морських, річкових, повітряних, автомобільних, морське та річкове буксирування); 7) зобов'язання з кредитів та розрахунків (позика, банківське кредитування, розрахунковий та поточний рахунки, розрахункові правовідносини, чек, вексель); 8) зобов'язання зі страхування (майнове страхування, особисте страхування); 9) зобов'язання про спільну діяльність (спільна діяльність громадян, спільна діяльність організацій); 10) зобов'язання, що виникають з односторонніх правомірних дій (публічне обіцяння винагороди, ведення чужих справ без доручення); 11) охоронні зобов'язання (зобов'язання, які виникають внаслідок завдання шкоди, рятування майна, безпідставного набуття або збереження майна)².

Ю. М. Жорнокуй

§ 2. Проблемні питання застосування видів забезпечення виконання зобов'язань

Традиційний підхід до визначення видів забезпечення виконання зобов'язань закріплений у ст. 546 ЦК України: виконання зобов'язання може забезпечуватися *неустойкою, порукою, гарантією, заставою, притриманням, завдатком*. Договором або законом можуть бути встановлені інші види забезпечення виконання зобов'язання.

Види забезпечення виконання зобов'язання спрямовані на стимулювання боржника до належного виконання зобов'язання, а у разі невиконання або неналежного виконання ним зобов'язання – на захист майнових інтересів кредитора. І. Й. Пучковська зазначає, що забезпечувальні міри, народившись

¹ Йоффе О. С. Обязательственное право. Москва: Юрид. лит., 1975. 880 с.

² Там само. С. 24–25.

як охоронні міри у зобов'язальних (договірних) правовідносинах, де попереджувальній (стимулюючій) складовій та реальному виконанню зобов'язання за часів командної економіки приділялася підвищена увага, незабаром стали сприйматися як міри, що здатні «гарантувати» належне виконання як зобов'язань, так і реалізацію прав уповноваженої особи взагалі, що фактично перекрутило їх зміст, вихолостивши замовчуванням захисну складову останніх. Дослідження змісту забезпечувальних мір не залишає сумніву в тому, що останні є не чим іншим, як охоронними мірами, що застосовуються у зобов'язальних, зокрема договірних, правовідносинах, й іншої їх особливості не існує. Відповідно не може бути відмінностей і в змісті таких мір: стимулювати боржника (зобов'язану особу) до належного виконання зобов'язання та захистити у разі порушення зобов'язання кредитора (уповноважену особу)¹.

ЦК України розглядає *забезпечувальне зобов'язання як акцесорне (додаткове) щодо основного зобов'язання, за винятком гарантії*. Так, ч. 2 ст. 548 ЦК України передбачає, що недійсність основного зобов'язання (вимоги) спричиняє недійсність правочину щодо його забезпечення, якщо інше не встановлено ЦК України. Відповідно до ст. 562 ЦК України зобов'язання гаранта перед кредитором не залежить від основного зобов'язання (його припинення або недійсності), зокрема і тоді, коли в гарантії міститься посилання на основне зобов'язання.

При забезпеченні основного зобов'язання неустойкою варто враховувати правову позицію ВС України, викладену у Постанові від 03.09.2014 р.², що за правилами п. 1 ч. 2 ст. 258 ЦК України період, за який нараховується пеня за прострочення виконання зобов'язання, не може перевищувати одного року. Виходячи з правової природи пені, яка нараховується за кожен день прострочення, право на позов про її стягнення за кожен окремий день виникає щодня на відповідну суму, а позовна давність за позовом про стягнення пені відповідно до ст. 253 ЦК України обчислюється за кожним днем, за який нараховується пеня, окремо, починаючи з дня, коли кредитор дізнався або повинен був дізнатися про порушення права. Частиною 3 ст. 551 ЦК України, зокрема, передбачено, що *розмір неустойки може бути зменшений за рішенням суду, якщо він значно перевищує розмір збитків*. Отже, ч. 3 ст. 551 ЦК України з урахуванням положень ст. 3 ЦК України щодо загальних засад цивільного законодавства та ч. 4 ст. 10 ЦПК України щодо обов'язку суду сприяти сторонам у здійсненні їхніх прав дає право суду зменшити розмір неустойки за умови, що він значно перевищує розмір збитків.

¹ Пучковська І. Й. Теоретичні проблеми забезпечення зобов'язань: монографія. Харків: Право, 2017. С. 88–89.

² Постанова ВС України від 03.09.2014 р., судова справа № 6-100 цс 14. URL: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/C384DB289A280470C2257D4A00241A26](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/C384DB289A280470C2257D4A00241A26)

Багато проблемних питань у правозастосовчій діяльності виникає з приводу задоволення вимог іпотекодержателя. Відповідно до ч. 1 ст. 575 ЦК України іпотекою є застава нерухомого майна, що залишається у володінні заставодавця або третьої особи. Закон України «Про іпотеку»¹, визначаючи терміни, передбачає й легальне визначення *іпотеки* як виду забезпечення виконання зобов'язання нерухомим майном, що залишається у володінні і користуванні іпотекодавця, згідно з яким іпотекодержатель має право в разі невиконання боржником забезпеченого іпотекою зобов'язання одержати задоволення своїх вимог за рахунок предмета іпотеки переважно перед іншими кредиторами цього боржника у порядку, встановленому Законом України «Про іпотеку».

Частина 3 ст. 33 Закону України «Про іпотеку» передбачає, що звернення стягнення на предмет іпотеки здійснюється на підставі рішення суду, виконавчого напису нотаріуса або згідно з договором про задоволення вимог іпотекодержателя. Отже, існують *такі способи задоволення вимог іпотекодержателя* за рахунок предмета іпотеки: 1) судовий (на підставі рішення суду); 2) позасудовий – нотаріальний (на підставі виконавчого напису нотаріуса); 3) позасудовий – договірний (згідно з договором про задоволення вимог іпотекодержателя).

Відповідно до ст. 36 Закону України «Про іпотеку» сторони іпотечного договору можуть вирішити питання про звернення стягнення на предмет іпотеки *шляхом позасудового врегулювання* на підставі договору. Позасудове врегулювання здійснюється згідно із застереженням про задоволення вимог іпотекодержателя, що міститься в іпотечному договорі, або згідно з окремим договором між іпотекодавцем та іпотекодержателем про задоволення вимог іпотекодержателя, що підлягає нотаріальному посвідченню, який може бути укладений одночасно з іпотечним договором або в будь-який час до набрання законної сили рішенням суду про звернення стягнення на предмет іпотеки. Договір про задоволення вимог іпотекодержателя, яким також вважається відповідне застереження в іпотечному договорі, визначає можливий спосіб звернення стягнення на предмет іпотеки відповідно до Закону України «Про іпотеку». *Визначений договором спосіб задоволення вимог іпотекодержателя не перешикоджає іпотекодержателю застосувати інші, встановлені Законом України «Про іпотеку», способи звернення стягнення на предмет іпотеки. Договір про задоволення вимог іпотекодержателя або відповідне застереження в іпотечному договорі, яке прирівнюється до такого договору за своїми правовими наслідками, може передбачати передачу іпотекодержателю права власності на предмет іпотеки в рахунок виконання основного*

¹ Про іпотеку: Закон України від 05.06.2003 р. № 898-IV. Відомості Верховної Ради України. 2003. № 38. Ст. 313.

зобов'язання у порядку, встановленому ст. 37 Закону України «Про іпотеку»; право іпотекодержателя від свого імені продати предмет іпотеки будь-якій особі на підставі договору купівлі-продажу у порядку, встановленому ст. 38 Закону України «Про іпотеку». Після завершення позасудового врегулювання будь-які наступні вимоги іпотекодержателя щодо виконання боржником основного зобов'язання є недійсними.

Згідно з ч. 1 ст. 37 Закону України «Про іпотеку» іпотекодержатель може задовольнити забезпечену іпотекою вимогу шляхом набуття права власності на предмет іпотеки. Правовою підставою для реєстрації права власності іпотекодержателя на нерухоме майно, яке є предметом іпотеки, є договір про задоволення вимог іпотекодержателя або відповідне застереження в іпотечному договорі, яке прирівнюється до такого договору за своїми правовими наслідками та передбачає передачу іпотекодержателю права власності на предмет іпотеки в рахунок виконання основного зобов'язання.

Слід враховувати, що існують особливості звернення стягнення на предмет іпотеки шляхом визнання права власності на іпотечне майно за рішенням суду. Так, у Постанові ВС України від 24.05.2017 р.¹ зазначається, що порядок реалізації предмета іпотеки за рішенням суду врегульовано ст. 39 Закону України «Про іпотеку», якою передбачено, що в разі задоволення судом позову про звернення стягнення на предмет іпотеки у рішенні суду зазначається, зокрема, спосіб реалізації предмета іпотеки шляхом проведення прилюдних торгів або застосування процедури продажу, встановленої ст. 38 Закону України «Про іпотеку».

Можливість виникнення права власності за рішенням суду передбачена лише у ст.ст. 335 та 376 ЦК України. В усіх інших випадках право власності набувається з інших не заборонених законом підстав, зокрема із правочинів (ч. 1 ст. 328 ЦК України). Стаття 392 ЦК України, у якій йдеться про визнання права власності, не породжує, а підтверджує наявне у позивача право власності, набуте раніше на законних підставах, у тому випадку, якщо відповідач не визнає, заперечує або оспорує наявне у позивача право власності, а також у разі втрати позивачем документа, який посвідчує його право власності. Отже, аналізуючи положення ст.ст. 33, 36, 37, 39 Закону України «Про іпотеку» та ст.ст. 328, 335, 376, 392 ЦК України, можна зробити висновок, що законодавець визначає три способи захисту для задоволення забезпечених іпотекою вимог кредитора шляхом звернення стягнення на предмет іпотеки: судовий – на підставі рішення суду та два позасудових – на підставі виконавчого напису нотаріуса і згідно з договором про задоволення вимог іпотекодержателя. У свою чергу, позасудовий спосіб захисту за

¹ Постанова ВС України від 24.05.2017 р., судова справа № 6-1388цс16. URL: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/8FFFE97771D2A74F6C2258132004EFD58](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/8FFFE97771D2A74F6C2258132004EFD58).

договором про задоволення вимог іпотекодержателя або за відповідним застереженням в іпотечному договорі реалізується шляхом передачі іпотекодержателю права власності на предмет іпотеки або надання права іпотекодержателю від свого імені продати предмет іпотеки будь-якій особі на підставі договору купівлі-продажу.

Постанова Пленуму ВССУ «Про практику застосування судами законодавства при вирішенні спорів, що виникають із кредитних правовідносин»¹ у п. 39 передбачає, що з урахуванням положень ч. 3 ст. 33, ст. 36, ч. 1 ст. 37 Закону України «Про іпотеку» іпотекодержатель може задовольнити забезпечену іпотекою вимогу шляхом набуття права власності на предмет іпотеки. Правовою підставою для реєстрації права власності іпотекодержателя на нерухоме майно, яке є предметом іпотеки, є договір про задоволення вимог іпотекодержателя або відповідне застереження в іпотечному договорі, яке прирівнюється до такого договору за своїми правовими наслідками та передбачає передачу іпотекодержателю права власності на предмет іпотеки в рахунок виконання основного зобов'язання.

У зв'язку з наведеним суди мають виходити з того, що з урахуванням цих норм права *не виключається можливість звернення стягнення на предмет іпотеки в такий спосіб і набуття іпотекодержателем права власності на нього за рішенням суду, оскільки цими нормами передбачено задоволення вимог іпотекодержателя шляхом набуття права власності на предмет іпотеки, яке ототожнюється зі способом звернення стягнення, якщо його передбачено договором.* Тому в разі встановлення такого способу звернення стягнення на предмет іпотеки в договорі іпотекодержатель на підставі ч. 2 ст. 16 ЦК України має право вимагати застосування його судом. Відповідно до ч. 1 ст. 590, ст. 578 ЦК України звернення стягнення на предмет застави/іпотеки здійснюється лише за рішенням суду, якщо для укладення такого договору щодо майна фізичної особи вимагалось отримання згоди чи дозволу іншої особи чи органу.

У випадках, коли основне зобов'язання забезпечується порукою, треба враховувати положення ч. 4 ст. 559 ЦК України: порука припиняється після закінчення строку, встановленого в договорі поруки. У разі якщо такий строк не встановлено, порука припиняється, якщо кредитор протягом шести місяців з дня настання строку виконання основного зобов'язання не пред'явить вимоги до поручителя, якщо інше не передбачено законом. Якщо строк основного зобов'язання не встановлений або встановлений моментом пред'явлення вимоги, порука припиняється, якщо кредитор не пред'явить позову до

¹ Про практику застосування судами законодавства при вирішенні спорів, що виникають із кредитних правовідносин: Постанова Пленуму ВССУ від 30.03.2012 р. № 5. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0005740-12>.

поручителя протягом одного року з дня укладення договору поруки, якщо інше не передбачено законом.

З цього приводу ВС України висловив правову позицію у своїй Постанові від 14.09.2016 р.¹: *непред'явлення кредитором вимоги до поручителя протягом шести місяців від дня настання строку виконання основного зобов'язання у разі, якщо строк дії поруки не встановлено, є підставою для припинення останнього, а отже, і обов'язку поручителя нести солідарну відповідальність перед кредитором разом із боржником за основним зобов'язанням. Також слід зазначити, що звернення до суду після спливу передбаченого ч. 4 ст. 559 ЦК України шестимісячного строку не є підставою для відмови в позові у зв'язку зі спливом строку позовної давності, а є підставою для відмови в позові у зв'язку з припиненням права кредитора на задоволення своїх вимог за рахунок поручителя. Строк поруки не є строком для захисту порушеного права. Це строк існування самого зобов'язання поруки. Таким чином, і право кредитора, і обов'язок поручителя після його закінчення припиняються, а це означає, що жодних дій щодо реалізації цього права, у т. ч. застосування примусових заходів захисту в судовому порядку, кредитор вчиняти не може.*

А. С. Савченко

§ 3. Розмежування завдатку та авансу

Відповідно до ч. 1 ст. 570 ЦК України *завдатком* є грошова сума або рухоме майно, що видається кредиторів боржником у рахунок належних з нього за договором платежів на підтвердження зобов'язання і на забезпечення його виконання.

Завдаток належить до традиційних речових способів забезпечення виконання зобов'язання, тому основне його значення полягає у запобіганні невиконанні договору, тобто юридична доля домовленості про завдаток залежить від зобов'язання, виконання якого ним забезпечується. Тому правовідносини, які виникають між сторонами у зв'язку із переданням завдатку, мають додатковий (акцесорний) характер.

Специфічні риси завдатку, які відрізняють його від інших способів забезпечення виконання зобов'язань, полягають в такому:

1) завдатком можуть забезпечуватися лише зобов'язання, що виникають із договорів, відповідно, він не може бути використаний для забезпечення деліктних зобов'язань та зобов'язань, що виникають внаслідок безпідставного збагачення. З цього приводу ВС України у Постанові від 13 лютого 2013 р.,

¹ Постанова ВС України від 14.09.2016 р., судова справа № 6-1451цс16. URL: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/E3B94F4AC8FF61A7C225803600480DA4](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/E3B94F4AC8FF61A7C225803600480DA4).

зазначив, що внесення завдатку як способу виконання зобов'язання може мати місце лише в разі наявності зобов'язання, яке повинно було виникнути на підставі договорів¹;

2) завдатком може забезпечуватися виконання тільки відплатного двостороннього договірної зобов'язання, в якому сторони мають майнове право вимоги щодо одна одної. Зокрема, ВС України у своїй Постанові від 25 вересня 2013 р. зробив висновок, що правила ст. 570 ЦК України поширюються на випадки, коли договір було укладено, але одна зі сторін ухиляється від його виконання²;

3) завдаток як спосіб забезпечення договірної зобов'язання одночасно виступає доказом укладення договору. Тобто, якщо сторонами не оскаржується факт видачі (отримання) завдатку, а також якщо й оскаржується, але цей факт підтверджується відповідними доказами, договір вважається укладеним.

У зв'язку з цим на завдаток покладено виконання низки функцій.

Забезпечувальна функція. Завдаток є правовим інструментом, за допомогою якого одна сторона спонукає іншу до належного виконання нею своїх зобов'язань незалежно від того, є вона кредитором чи боржником у забезпеченому ним зобов'язанні. У результаті передання завдатку у сторін основного зобов'язання виникають додаткові права та обов'язки, які пов'язані з основним зобов'язанням. У випадку порушення однією зі сторін основного зобов'язання інша сторона отримує права вимоги, визначені ст. 571 ЦК України.

У межах розміру (вартості) завдатку відшкодовуються збитки, завдані стороною, яка порушила основне зобов'язання, незалежно від того чи вона є завдаткодавцем чи завдаткоотримувачем. Якщо розмір завданих збитків більший за розмір (вартість) завдатку, вони відшкодовуються також у сумі, на яку вони його перевищують. При цьому відповідно до ч. 2 ст. 571 ЦК України умовами договору завдатку може передбачатися відшкодування збитків окремо.

Завдаток, що залишається у завдаткоотримувача, або підлягає поверненню завдаткодавцю зі сплатою суми, яка відповідає його розміру (вартості) у разі порушення основного зобов'язання, є додатковим «майновим обтяженням» тієї сторони, яка порушує зобов'язання. Тобто сторона, винна у порушенні зобов'язання, виконання якого забезпечене завдатком, несе додаткові

¹ Постанова ВСУ від 13.01.2013 р. № 6-176цс12. URL: http://zib.com.ua/ua/15834-postanova_verhovnogo_sudu_ukraini_vid_13022013_6-176cs12_tek.html.

² Висновки ВС України, викладені в постановках, ухвалених за результатами розгляду заяв про перегляд судового рішення з підстави, передбаченої п. 1 ч. 1 ст. 355 ЦПК України, за II півріччя 2013 р. від 01.02.2014 р. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/n0001700-14?nreg=n0001700-14&find=1&text=%E0%E2%E0%ED%E0%F1&x=0&y=0>.

майнові витрати на користь добросовісної сторони. У результаті цього добросовісна сторона отримує додаткову майнову вигоду та при цьому не вважається особою, яка безпідставно збагачується.

Підтверджувальна (доказова) функція. Передання завдатку є доказом, яким може підтверджуватися факт укладення договору, з якого виникає основне зобов'язання. При цьому договір про завдаток має містити вказівку на основне зобов'язання, виконання якого ним забезпечується. Індивідуалізація забезпечуваного завдатком зобов'язання може здійснюватися шляхом посилання на договір, на виконання якого видається завдаток, або шляхом зазначення в договорі, на підставі якого виникає основне зобов'язання, про завдаток (суму коштів або відповідне рухоме майно), які видаються на забезпечення його виконання.

Разом із цим необхідно враховувати, що передання завдатку є лише одним із доказів, яким може доводитися існування основного зобов'язання. Тому в окремих випадках при встановленні наявності чи відсутності основного зобов'язання доведення лише факту передання завдатку може бути недостатнім. У цих випадках факт виникнення основного зобов'язання має доводитися з урахуванням інших належних доказів, які в сукупності можуть і спростувати виникнення основного зобов'язання, навіть у разі видачі завдатку.

Підтверджувальна функція завдатку не означає, що його видача може відбуватися тільки після укладення договору, на підставі якого виникає забезпечуване ним зобов'язання. Згідно з правилом ч. 2 ст. 205 ЦК України передання завдатку може відбуватися шляхом укладення договору, з якого виникає основне зобов'язання, якщо обставини його видання засвідчують дійсну волю сторін до настання відповідних правових наслідків, які охоплюються змістом прав та обов'язків відповідного договірного зобов'язання. Завдаток також може видаватися і до моменту встановлення основного зобов'язання. У цьому випадку передбачені договором завдатку права та обов'язки сторони можуть здійснювати після укладення договору, з якого виникає забезпечуване ним зобов'язання.

Платіжна функція. Завдаток видається в рахунок належних із завдаткодавця платежів у забезпеченому ним зобов'язанні. Тобто передання завдатку є способом часткового виконання грошового зобов'язання. Відповідно до вимог ч.ч. 1, 2 ст. 571 ЦК України зарахування розміру (вартості) завдатку в рахунок належних із завдаткодавця платежів відбувається за відсутності порушення ним основного зобов'язання. У цьому разі завдаткодавець має виконати грошове зобов'язання в межах його розміру з вирахуванням розміру (вартості) виданого ним завдатку. Якщо завдаткодавець допускає порушення основного зобов'язання, розмір (вартість) завдатку не зараховується у виконання його зобов'язання. У цьому випадку він зобов'язаний виконати своє грошове

зобов'язання у повному обсязі без врахування розміру (вартості) завдатку. За рахунок розміру (вартості) завдатку відбувається відшкодування збитків, завданих завдаткоотримувачу, якщо їх відшкодування окремо не передбачено договором.

Однак, вирішуючи питання про можливість видання завдатку до моменту укладення договору, з якого виникає забезпечене ним зобов'язання, необхідно мати на увазі, що підтверджувальна та платіжна функція завдатку не означають, що він може видаватися тільки в рахунок оплати вже існуючого зобов'язання та в такий спосіб підтверджувати його існування. Підтвердженням факту існування договірної зобов'язання є письмова форма договору, на підставі якого воно встановлюються, а також письмові та інші докази, за допомогою яких може встановлюватися його наявність. За відсутності між сторонами зобов'язання сплачені кошти не можуть розглядатися також авансом, виданим у рахунок його виконання. Зарахування авансу в рахунок оплати може мати місце лише після моменту встановлення зобов'язання. Якщо цього не відбудеться, кошти або майно підлягають поверненню як безпідставно отримані, незалежно від того, вони були видані у завдаток чи як аванс.

Платіжна функція завдатку проявляється лише зі встановленням забезпеченого ним зобов'язання і тільки за умови його належного виконання завдаткодавцем. Однак видача завдатку до моменту встановлення основного зобов'язання не позбавляє його підтверджувальної функції. За іншого підходу відпадає необхідність надання завдатку цієї функції, оскільки існуюче між сторонами зобов'язання може підтверджуватися іншими доказами, які при цьому можуть і спростовувати його існування. З огляду на це підтверджувальна функція договору завдатку у певній мірі пов'язана зі спонуканням сторін до укладення договору.

У той же час ЦК України доповнює правове регулювання завдатку положеннями, що дещо змінюють долю переданої грошової суми як завдатку, а саме відповідно до ч. 2 ст. 570 ЦК України, якщо не буде встановлено, що сума, сплачена в рахунок належних з боржника платежів, є завдатком, вона вважається авансом.

Наведена вимога є імперативною, відповідно договір (документ), яким оформлюється домовленість про передання завдатку, або документ, який складається на підтвердження його передання, обов'язково мають містити слова «зазначена грошова сума або рухоме майно є завдатком» або «завдаток» тощо, що виключає можливість розглядати як завдаток гроші або рухоме майно, які були передані без зазначення того, що вони є завдатком.

Крім того, у рішенні ВССУ, винесеному від 10 липня 2013 р., зроблено висновок, що у разі неукладання договору підстави вважати передані кошти

завдатком відсутні, тобто, в такому випадку ці кошти є авансом (ч. 2 ст. 570 ЦК України)¹.

Таким чином, *авансом* є грошова сума, яку перераховують згідно із договором наперед у рахунок майбутніх платежів за товари (роботи, послуги), які пізніше будуть передані (виконані, надані). При цьому слід зазначити, що правило ч. 2 ст. 570 ЦК України не виключає, що як аванс може передаватися також і рухоме майно. Аванс, так само як і завдаток, є частковою оплатою за майбутній товар, роботу або послугу, що виплачуються (передається) наперед. Однак аванс не може слугувати гарантією подальшого виконання сторонами зобов'язання та не містить в собі забезпечувальних функцій. На відміну від завдатку, на аванс покладено виконання лише двох функцій: платіжної – видається в рахунок належних майбутніх платежів та доказової – підтверджує факт наявності зобов'язання.

Зокрема у справах про стягнення авансових платежів, сплачених за попередніми договорами, і розірвання таких договорів суд касаційної інстанції дійшов висновку про те, що в разі неукладення сторонами основних договорів у строк, визначений попередніми договорами, передані позивачами в рахунок оплати за основними договорами грошові кошти є відповідно до ст. 570 ЦК України не завдатком, а авансом і підлягають поверненню особам, які їх сплатили. Більше того, суд звертає увагу на той факт, що кошти, сплачені в рахунок авансу, підлягають поверненню незалежно від того, з чиєї вини не був укладений договір, який сторони мали намір укласти. Так, ВГСУ у Постанові від 23 липня 2014 р. зазначає, що згідно з положеннями законодавства авансом є грошова сума, яку перераховують згідно з договором наперед у рахунок майбутніх розрахунків за товари (роботи, послуги), які мають бути отримані (виконані, надані). Тобто, у разі невиконання зобов'язання, за яким передавався аванс, незалежно від того, з чиєї вини це відбулося, аванс підлягає поверненню особі, яка його сплатила². Тобто, аванс це не більше ніж виконання грошового зобов'язання наперед.

За загальним правилом ч. 2 ст. 570 ЦК України передання авансу не може забезпечувати виконання зобов'язання. Умова про сплату (передання) авансу може свідчити про зустрічне виконання зобов'язання (ст. 538 ЦК України) або, якщо договором такого обов'язку не встановлено, його сплата (передання) є достроковим виконанням зобов'язання (ст. 531 ЦК України). Вимогу про сплату авансу (попередня оплата придбаних товарів, робіт та послуг), яка

¹ Рішення ВССУ від 10.07.2013 р. № 6-11081св13. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/32402354>.

² Постанова ВГСУ від 23.07.2014 р. № 910/24568/13. URL: http://www.arbitr.gov.ua/docs/28_4482412.html.

міститься у господарському договорі, віднесено до оперативно-господарських санкцій (п. 3 ч. 1 ст. 236 ГК України).

У разі недійсності зобов'язання або його припинення до початку виконання, сторона, яка видала аванс, має право вимагати його повернення тільки в однократному розмірі. При цьому інша сторона, яка безпідставно володіє авансом, зобов'язана його повернути незалежно від причин припинення зобов'язання, на виконання якого нею було отримано аванс, якщо інше не передбачено законом або не впливає із сутті договору між сторонами. Вищенаведене дозволяє зробити висновок, що практичними відмінностями між завдатком і авансом є:

1) завдаток застосовується з метою забезпечення вже існуючого зобов'язання, взятим на себе сторонами за укладеним договором. Аванс сплачується за попередніми договорами з метою в майбутньому укласти основний договір;

2) укладені договори між сторонами мають відповідати вимогам законодавства, бути укладеними у належній формі, досягнута згода щодо усіх істотних умов договору, оскільки, якщо хоча б одна із умов не дотримана, в такому випадку сплачені грошові кошти будуть розглядатися як аванс;

3) у випадку невиконання або припинення зобов'язання, сплачені грошові кошти як завдаток будуть повернуті лише в тому випадку, якщо сторона, яка сплатила завдаток, доведе, що невиконання або припинення зобов'язання сталося не з її вини. Окрім того, у випадку невиконання або припинення зобов'язання з вини кредитора, він зобов'язаний повернути боржникові завдаток та додатково сплатити суму у розмірі завдатку або його вартості.

О. В. Синьгубов

§ 4. Грошові зобов'язання: поняття, правові наслідки порушення

Грошове зобов'язання виділяється серед інших не за своєю правовою природою, а в зв'язку з особливостями предмета виконання. Цивільне законодавство України не містить легального визначення грошового зобов'язання, хоча термін «грошове зобов'язання» широко вживається в ЦК України, наприклад, у ст.ст. 533, 534, 535, 625 ЦК України. Легальне визначення грошового зобов'язання містить ст. 1 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом»¹: *грошове зобов'язання* – зобов'язання боржника сплатити кредитору певну грошову

¹ Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом: Закон України від 14.05.1992 р. № 2343-ХІІ. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 31. Ст. 440.

суму відповідно до цивільно-правового правочину (договору) та на інших підставах, передбачених законодавством України. До грошових зобов'язань належать також зобов'язання щодо сплати податків, зборів (обов'язкових платежів), страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне та інше соціальне страхування; зобов'язання, що виникають внаслідок неможливості виконання зобов'язань за договорами зберігання, підряду, найму (оренди), ренти тощо та які мають бути виражені у грошових одиницях.

Закон України «Про фінансову реструктуризацію»¹ (ст. 1) також надає визначення грошовому зобов'язанню для цілей зазначеного Закону: *грошове зобов'язання* – зобов'язання боржника сплатити кредитору певну грошову суму відповідно до цивільно-правового правочину (договору) та на інших підставах, передбачених законодавством України. До грошових зобов'язань належать також зобов'язання щодо сплати податків, зборів (обов'язкових платежів), крім страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне та інше соціальне страхування, зобов'язання, що виникають внаслідок неможливості виконання зобов'язань за договорами поставки, зберігання, підряду, найму (оренди), ренти тощо та мають бути виражені у грошових одиницях. До складу грошового зобов'язання боржника включаються неустойка (штраф, пеня) та інші майнові чи фінансові санкції. До складу грошового зобов'язання боржника не включаються зобов'язання перед засновниками (учасниками) боржника – юридичної особи, що виникли з такої участі, заборгованість із заробітної плати працівників боржника.

В юридичній літературі пропонується під грошовим зобов'язанням розуміти майнове правовідношення цивільного, господарського або фінансового характеру, змістом якого є право вимоги кредитора і кореспондуючий йому обов'язок боржника здійснити платіж, тобто дію (дії) з передачі певної (або такої, яка може бути визначена) суми грошей (валюти). Цим визначенням охоплюється поняття *грошового зобов'язання в широкому сенсі*, коли виділяються зобов'язання, предметом яких слугують грошові знаки як такі. Однак у *вузькому сенсі до грошових зобов'язань належать лише ті з них, які використовують гроші як загальний засіб обігу*. В цьому сенсі до грошових зобов'язань не можуть належати ті правочини, в яких гроші фігурують як «товар». Наприклад, такими є зобов'язання з постачання індивідуально-визначених грошових знаків (наприклад, старовинних монет або банкнот), із заміни зношених грошових знаків та ін. Гроші «у вигляді товару» є предметом зобов'язання як звичайні речі, визначені родовими або індивідуальними ознаками².

¹ Про фінансову реструктуризацію: Закон України від 14.06.2016 р. № 1414-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 32. Ст. 555.

² Подцерковный О. П. Денежные обязательства и расчетные правоотношения в Украине. Одесса. «Студия «Негоциант», 2005. С. 85.

Стаття 625 ЦК України встановлює відповідальність за порушення грошового зобов'язання: боржник не звільняється від відповідальності за неможливість виконання ним грошового зобов'язання. Боржник, який прострочив виконання грошового зобов'язання, на вимогу кредитора зобов'язаний сплатити суму боргу з урахуванням встановленого індексу інфляції за весь час прострочення, а також три проценти річних від простроченої суми, якщо інший розмір процентів не встановлений договором або законом.

В Узагальненні ВС України «Аналіз практики застосування ст. 625 Цивільного кодексу України в цивільному судочинстві»¹ зазначається, що за змістом ст.ст. 524 та 533 ЦК України грошовим є зобов'язання, яке виражається в грошовій одиниці України (або грошовому еквіваленті в іноземній валюті). Зобов'язальні правовідносини, які належать до грошових, досить різноманітні. Вони можуть бути частиною інших оплатних зобов'язань (наприклад, обов'язок покупця сплатити гроші за придбаний товар, обов'язок наймача оплатити користування майном тощо), а можуть мати самостійний характер (відносини позики, кредиту, банківського вкладу тощо). Разом із тим *не є грошовими зобов'язання, в яких грошові знаки використовуються не як засіб погашення грошового боргу, а виконують роль товару*: зобов'язання передачі грошей, що впливають з угод обміну валюти, опціону, купівлі-продажу монет і банкнот, зобов'язання повернути грошові знаки, які перебували на зберіганні, передати перевізником банкноти за договором перевезення тощо. З огляду на це положення ст. 625 ЦК України не застосовуються до зазначених відносин. *Дія ч. 2 ст. 625 ЦК України не поширюється на правовідносини, що виникають у зв'язку із завданням шкоди*. Передбачена ст. 625 ЦК України відповідальність не застосовується до правовідносин, які регулюються спеціальним законодавством. Зокрема, *дія ст. 625 ЦК України не поширюється на трудові правовідносини* (з приводу заборгованості із заробітної плати, відшкодування шкоди працівникові внаслідок трудового каліцтва тощо) *та сімейні правовідносини*.

О. В. Синьгубов

§ 5. Проценти у цивільному праві та особливості їх стягнення

У ЦК України досить часто зустрічаються такі терміни, як «*проценти*» та «*відсотки*». Так, ст. 549 ЦК України передбачає, що неустойкою (штрафом, пенею) є грошова сума або інше майно, які боржник повинен передати кредиторіві у разі порушення боржником зобов'язання. *Штрафом є*

¹ Узагальнення ВС України «Аналіз практики застосування ст. 625 Цивільного кодексу України в цивільному судочинстві». URL: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/1AEF5190D74B0A7CC2257D2D00434561](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/1AEF5190D74B0A7CC2257D2D00434561)

неустойка, що обчислюється у відсотках від суми невиконаного або неналежно виконаного зобов'язання. Пенєю є неустойка, що обчислюється у відсотках від суми несвоєчасно виконаного грошового зобов'язання за кожен день прострочення виконання. Згідно із ч. 5 ст. 709 ЦК України за кожний день прострочення продавцем або виготовлювачем усунення недоліків товару і невиконання вимоги про надання в користування аналогічного товару на час усунення недоліків продавець сплачує покупцеві неустойку в розмірі одного відсотка вартості товару.

Проценти як правова категорія використовуються законодавцем, зокрема у таких правових нормах: 1) згідно зі ст. 536 ЦК України за користування чужими грошовими коштами боржник зобов'язаний сплачувати проценти, якщо інше не встановлено договором між фізичними особами. Розмір процентів за користування чужими грошовими коштами встановлюється договором, законом або іншим актом цивільного законодавства; 2) проценти на неустойку не нараховуються (ч. 2 ст. 550 ЦК України); 3) боржник, який прострочив виконання грошового зобов'язання, на вимогу кредитора зобов'язаний сплатити суму боргу з урахуванням встановленого індексу інфляції за весь час прострочення, а також три проценти річних від простроченої суми, якщо інший розмір процентів не встановлений договором або законом (ч. 2 ст. 625 ЦК України); 4) на суму попередньої оплати нараховуються проценти відповідно до ст. 536 ЦК України від дня, коли товар мав бути переданий, до дня фактичного передання товару покупцеві або повернення йому суми попередньої оплати. Договором може бути встановлений обов'язок продавця сплачувати проценти на суму попередньої оплати від дня одержання цієї суми від покупця (ч. 3 ст. 693 ЦК України); 5) якщо покупець прострочив оплату товару, на прострочену суму нараховуються проценти відповідно до ст. 536 ЦК України від дня, коли товар мав бути оплачений, до дня його фактичної оплати (ч. 5 ст. 694 ЦК України) тощо.

У юридичній літературі запропоновано відмежувати різні проценти за своєю сутністю: *проценти-зростання* – це проценти, встановлені як зростання плати за правомірне отримання грошових коштів у позику; *проценти-лихва* – це проценти, встановлені як міра майнової відповідальності за порушення грошових зобов'язань, за володіння чужими грошовими коштами¹.

В Узагальненні ВС України «Аналіз практики застосування ст. 625 Цивільного кодексу України в цивільному судочинстві» вказується, що одним із найскладніших питань судової практики є ототожнення правової природи трьох процентів річних як відповідальності за порушення грошового

¹ Шаповалова О. І. Проценти у грошових зобов'язаннях (цивілістичні аспекти): дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Одес. нац. юрид. акад. Одеса, 2005. С. 3.

зобов'язання та неустойки. Водночас формулювання ст. 625 ЦК України, коли нарахування процентів тісно пов'язується із застосуванням індексу інфляції, орієнтує на компенсаційний, а не штрафний характер відповідних процентів. За змістом ч. 2 ст. 625 ЦК України *нарахування інфляційних витрат на суму боргу та трьох процентів річних входять до складу грошового зобов'язання і є особливою мірою відповідальності боржника* (спеціальний вид цивільно-правової відповідальності) за прострочення грошового зобов'язання, оскільки виступають способом захисту майнового права та інтересу, який полягає у відшкодуванні матеріальних втрат (збитків) кредитора від знецінення грошових коштів внаслідок інфляційних процесів та отримання компенсації (плати) від боржника за користування утримуваними ним грошовими коштами, належними до сплати кредитором. Отже, *проценти, передбачені ст. 625 ЦК України, не є штрафними санкціями ...*

Попри подібність правової природи ч. 3 ст. 549 ЦК України (щодо сплати пені) та ст. 625 ЦК України (щодо сплати трьох процентів річних), які в обох випадках застосовуються як відповідальність за порушення грошового зобов'язання, ці правові норми є різними за своєю правовою природою. Аналіз засвідчив, що більшість судів обґрунтовано виходять із того, що *передбачені ч. 2 ст. 625 ЦК України наслідки порушення боржником грошового зобов'язання не є неустойкою ...* Разом з тим судам слід мати на увазі, що *проценти, передбачені ст. 625 ЦК України, за своєю природою відрізняються від процентів, які підлягають сплаті за правомірне користування чужими грошовими коштами*. Беручи до уваги різну правову природу процентів, передбачених ст.ст. 536, 1048, 1056-1, 1061 ЦК України, і процентів, що стягуються відповідно до ст. 625 ЦК України, а також відсутність у законодавстві обмежень, *одночасне стягнення процентів, передбачених ст. 536 ЦК України та іншими статтями, і відшкодування інфляційних збитків за весь час прострочення, а також сплата трьох процентів річних від простроченої суми, передбачених ст. 625 ЦК України, є правомірним* (за умов, що такі вимоги заявлені кредитором).

О. В. Синегубов

§ 6. Правові наслідки порушення зобов'язань. Теоретичні конструкції цивільно-правової відповідальності

Стаття 610 ЦК України визначає, що порушенням зобов'язання є його невиконання або виконання з порушенням умов, визначених змістом зобов'язання (неналежне виконання). Згідно з цією статтею *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.

Отже, *одностороння відмова від зобов'язання* є підставою припинення зобов'язання, якщо це встановлено договором або законом. Так, згідно з ч. 1 ст. 782 ЦК України наймодавець має право відмовитися від договору найму і вимагати повернення речі, якщо наймач не вносить плату за користування річчю протягом трьох місяців підряд. Так само порушення зобов'язання може бути й підставою *розірвання договору*. Наприклад, ст. 783 ЦК України передбачає, що наймодавець має право вимагати розірвання договору найму, якщо: 1) наймач користується річчю всупереч договору або призначенню речі; 2) наймач без дозволу наймодавця передав річ у користування іншій особі; 3) наймач своєю недбалою поведінкою створює загрозу пошкодження речі; 4) наймач не приступив до проведення капітального ремонту речі, якщо обов'язок проведення капітального ремонту був покладений на наймача. *Зміна умов зобов'язання* можлива, якщо це встановлено договором або законом. Так, відповідно до ч. 2 ст. 634 ЦК України договір приєднання може бути змінений або розірваний на вимогу сторони, яка приєдналася, якщо вона позбавляється прав, які звичайно мала, а також, якщо договір виключає чи обмежує відповідальність другої сторони за порушення зобов'язання або містить інші умови, явно обтяжливі для сторони, яка приєдналася. Сторона, яка приєдналася, має довести, що вона, виходячи зі своїх інтересів, не прийняла б цих умов за наявності у неї можливості брати участь у визначенні умов договору.

Збитки та неустойка є основними формами відповідальності за порушення договірного зобов'язання. Що ж стосується відшкодування моральної шкоди, то згідно з п. 4 ч. 1 ст. 611 ЦК України *відшкодування моральної шкоди за порушення договірного зобов'язання можливе, якщо це передбачено договором або законом*. Зокрема, ЦК України передбачає можливість відшкодування моральної шкоди за порушення договірного зобов'язання у таких випадках: 1) якщо покупцеві не надано можливості негайно одержати повну і достовірну інформацію про товар у місці його продажу, він має право вимагати відшкодування збитків, завданих необґрунтованим ухиленням від укладення договору, а якщо договір укладено, – в розумний строк відмовитися від договору, вимагати повернення сплаченої за товар грошової суми і відшкодування збитків, а також моральної шкоди (ч. 3 ст. 700 ЦК України); 2) у разі розголошення банком відомостей, що становлять банківську таємницю, клієнт має право вимагати від банку відшкодування завданих збитків та моральної шкоди (ч. 2 ст. 1076 ЦК України).

Як слушно зазначала Я. М. Шевченко, цивільно-правова відповідальність чітко пов'язана з певним видом позитивного цивільно-правового регулювання – зобов'язальним правом. Цивільно-правова відповідальність виникає

стосовно осіб, які вже перебувають у зобов'язальному, врегульованому правом правовідношенні (позитивному або правоохоронному), що передбачає їх зв'язаність суб'єктивними правами та обов'язками, і настає вона у зв'язку з неналежним виконанням цього зобов'язання. Такий *механізм співвідношення зобов'язання і цивільно-правової відповідальності*¹.

Поняття цивільно-правової відповідальності у доктрині приватного права визначають по-різному. Зокрема, з позиції «концепції вини» (найбільш усталеної та розповсюдженої концепції) О. О. Красавчиков визначав цивільно-правову відповідальність як заснований на законі цивільно-правовий (як правило, майновий) вплив на винуватого правопорушника, що полягає у позбавленні його певних прав або у покладенні на нього додаткових обов'язків². С. М. Братусь зазначав, що відповідальність – це не обов'язок перетерпівати наслідки, що витікають з правопорушення, а саме їх перетерпівання у стані примусу незалежно від того, які наслідки настають – чи то виконання нових обов'язків, що вражають майнові та особисті блага зобов'язаної особи, або тільки виконання обов'язку, що існував раніше³. І. С. Канзафарова визначає цивільно-правову відповідальність як обумовлену особливостями предмета і методу цивільно-правового регулювання систему цивільно-правових засобів, за допомогою яких, з одного боку, забезпечується і гарантується захист цивільних прав та інтересів суб'єктів цивільного права, з іншого – здійснюється штрафний і виховний вплив на правопорушників⁴.

Щодо визначення підстав цивільно-правової відповідальності, то у доктрині права усталеною є позиція, що висновки Г. К. Матвеева⁵ про склад цивільного правопорушення як необхідну і достатню підставу цивільно-правової відповідальності увійшли до всіх сучасних підручників цивільного права. Вони стали базовими для проведення загальнотеоретичних досліджень проблеми юридичної відповідальності та її підстав⁶.

¹ Повышение роли гражданско-правовой ответственности в охране прав и интересов граждан и организаций / отв. ред.: Собчак А. А., Шевченко Я. Н. Киев: Наукова думка, 1988. С. 25–26.

² Красавчиков О. А. Ответственность, меры защиты и санкции в советском гражданском праве. *Проблемы гражданско-правовой ответственности и защиты гражданских прав*: сб. ученых тр. Свердловск: Свердловский юридический институт, 1973. Вып. 27. С. 9.

³ Братусь С. Н. Юридическая ответственность и законность. Москва: Юрид. лит., 1976. С. 103.

⁴ Канзафарова І. С. Теоретичні основи цивільно-правової відповідальності в Україні: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03 / Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького. Київ, 2007. С. 4.

⁵ Матвеев Г. К. Основания гражданско-правовой ответственности. Москва: Юрид. лит., 1970. 312 с.

⁶ Правова доктрина України: у 5 т. Т. 3: Доктрина приватного права України / за заг. ред. Н. С. Кузнецової. Харків: Право, 2013. С. 332.

О. В. Синегубов

§ 7. Збитки та неустойка як основні форми цивільно-правової відповідальності

Я. М. Шевченко зазначала, що *універсальною мірою майнової відповідальності в цивільному праві є стягнення збитків*, хоча, безсумнівно, є й інші санкції, які також слугують виразу відповідальності як правового інституту. Серед них можна назвати відшкодування шкоди в натурі (надання речі того ж роду і якості, виправлення пошкодженої речі), неустойку, пеню, штраф, стягнення майна у дохід держави та інші¹.

*Відшкодування збитків розглядається в юридичній літературі як загальна форма цивільно-правової відповідальності*².

Згідно з ч. 1 ст. 623 ЦК України боржник, який порушив зобов'язання, має відшкодувати кредиторів завдані цим збитки. Відповідно до ч. 2 ст. 22 ЦК України *збитками є*: 1) втрати, яких особа зазнала у зв'язку зі знищенням або пошкодженням речі, а також витрати, які особа зробила або мусить зробити для відновлення свого порушеного права (*реальні збитки*); 2) доходи, які особа могла б реально одержати за звичайних обставин, якби її право не було порушене (*упущена вигода*).

Частина 3 ст. 22 ЦК України передбачає, що *збитки відшкодовуються у повному обсязі, якщо договором або законом не передбачено відшкодування у меншому або більшому розмірі*. Якщо особа, яка порушила право, одержала у зв'язку з цим доходи, то розмір упущеної вигоди, що має відшкодовуватися особі, право якої порушено, не може бути меншим від доходів, одержаних особою, яка порушила право. Згідно з ч.ч. 2–4 ст. 623 ЦК України розмір збитків, завданих порушенням зобов'язання, доказується кредитором. Збитки визначаються з урахуванням ринкових цін, що існували на день добровільного задоволення боржником вимоги кредитора у місці, де зобов'язання має бути виконане, а якщо вимога не була задоволена добровільно, – у день пред'явлення позову, якщо інше не встановлено договором або законом. Суд може задовольнити вимогу про відшкодування збитків, беручи до уваги ринкові ціни, що існували на день ухвалення рішення. При визначенні неодержаних доходів (упущеної вигоди) враховуються заходи, вжиті кредитором щодо їх одержання.

В Узагальненнях ВС України «Аналіз практики застосування ст. 625

¹ Повышение роли гражданско-правовой ответственности в охране прав и интересов граждан и организаций / отв. ред.: Собчак А. А., Шевченко Я. Н. Киев: Наукова думка, 1988. С. 29.

² Цивільне право: підручник: у 2 т. Т. 1 / за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. Харків: Право, 2011. С. 370.

Цивільного кодексу України в цивільному судочинстві» звертається увага на те, що суди повинні враховувати, що *відповідальність, передбачена ст. 625 ЦК України, за своєю правовою природою також відрізняється від збитків, відшкодування яких у разі порушення зобов'язання передбачене ст.ст. 611 та 623 ЦК України*. З огляду на це, стягнення сум на підставі ст. 625 ЦК України не зменшує розміру збитків, до них не застосовуються положення ст. 624 ЦК України щодо одночасного стягнення збитків і неустойки.

Сплату неустойки відносять в юридичній літературі до спеціальної форми цивільно-правової відповідальності¹. У судовій практиці склався такий підхід до неустойки: неустойка має подвійну правову природу. До настання строку виконання зобов'язання неустойка є способом його забезпечення, а в разі невиконання зобов'язання перетворюється на відповідальність, яка спрямована на компенсацію негативних для кредитора наслідків порушення зобов'язання боржником. Разом з тим пеня за своєю правовою природою продовжує стимулювати боржника до повного виконання взятих на себе зобов'язань і після сплати штрафу, тобто порівняно зі штрафом є додатковим стимулюючим фактором. Після застосування такої відповідальності, як штраф, що має одноразовий характер, тобто вичерпується з настанням самого факту порушення зобов'язання, пеня продовжує забезпечувати та стимулювати виконання боржником свого зобов'язання².

Стаття 624 ЦК України передбачає: Якщо за порушення зобов'язання встановлено неустойку, то вона підлягає стягненню у повному розмірі, незалежно від відшкодування збитків. Договором може бути встановлено обов'язок відшкодувати збитки лише в тій частині, в якій вони не покриті неустойкою. Договором може бути встановлено стягнення неустойки без права на відшкодування збитків або можливість за вибором кредитора стягнення неустойки чи відшкодування збитків.

Отже, ст. 624 ЦК України дає можливість класифікувати неустойку залежно від можливого стягнення збитків та неустойки на чотири види: 1) *залікова*; 2) *штрафна*; 3) *виключна*; 4) *альтернативна*. *Заліковою* називається неустойка, що передбачає можливість стягнення як неустойки, так і збитків, але в частині, що не покрита сумою неустойки. *Штрафною, або кумулятивною*, є неустойка, яка підлягає сплаті понад розмір збитків, що завдані невиконанням або неналежним виконанням зобов'язання. *Виключна* неустойка виключає можливість стягнення збитків. *Альтернативна* неустойка перед-

¹ Цивільне право: підручник: у 2 т. Т. 1 / за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. Харків: Право, 2011. С. 370.

² Узагальнення ВС України «Аналіз практики застосування ст. 625 Цивільного кодексу України в цивільному судочинстві». URL: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/1AEF5190D74B0A7CC2257D2D00434561](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/1AEF5190D74B0A7CC2257D2D00434561).

бачає можливість стягнення або неустойки, або збитків за вибором кредитора, зробленим ним до порушення зобов'язання.

В Інформаційному листі ВГСУ «Про деякі питання практики застосування норм Цивільного та Господарського кодексів України»¹ на питання: «Який вид неустойки – штрафна чи залікова – підлягає застосуванню у господарських відносинах?» зазначається, що за загальним правилом ч. 1 ст. 624 ЦК України неустойка підлягає стягненню у повному розмірі, незалежно від відшкодування збитків (штрафна неустойка). Разом з тим у *господарських відносинах слід застосовувати спеціальну норму ч. 1 ст. 232 ГК України, відповідно до якої збитки відшкодовуються в частині, не покритій штрафними санкціями (залікова неустойка)*. Відповідно до ч. 2 ст. 232 ГК України законом або договором можуть бути передбачені випадки, коли застосовуються інші види неустойки (виключна, штрафна, альтернативна).

В юридичній літературі як форми неустойки розглядаються *штраф та пеня*². За ЦК України *штрафом* визнається неустойка, що обчислюється у відсотках від суми невиконаного або неналежне виконаного зобов'язання (ч. 2 ст. 549 ЦК України), *пенєю* є неустойка, що обчислюється у відсотках від суми несвоєчасно виконаного грошового зобов'язання за кожен день прострочення виконання (ч. 3 ст. 549 ЦК України). Нарахування пені може бути обмежене певним строком або розміром. Зокрема ст. 3 Закону України «Про відповідальність за несвоєчасне виконання грошових зобов'язань»³ встановлено, що розмір пені, передбачений ст. 1 Закону України «Про відповідальність за несвоєчасне виконання грошових зобов'язань», обчислюється від суми простроченого платежу та не може перевищувати подвійної облікової ставки Національного банку України, що діяла у період, за який сплачується пеня.

Пункт 2.1 Постанови Пленуму ВГСУ «Про деякі питання практики застосування законодавства про відповідальність за порушення грошових зобов'язань»⁴ передбачає, що пеня, за визначенням ч. 3 ст. 549 ЦК України, – це вид неустойки, що забезпечує виконання грошового зобов'язання і

¹ Про деякі питання практики застосування норм Цивільного та Господарського кодексів України: Інформаційний лист Вишого господарського суду України від 07.04.2008 р. № 01-8/211. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v_211600-08

² Отраднова О. О. Неустойка в цивільному праві: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Київ. нац. ун-т ім. Тараса Шевченка. Київ, 2002. С. 9.

³ Про відповідальність за несвоєчасне виконання грошових зобов'язань: Закон України від 22.11.1996 р. № 543/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1997. № 5. Ст. 28.

⁴ Про деякі питання практики застосування законодавства про відповідальність за порушення грошових зобов'язань: постанова №14 від 17 грудня 2013 р. Пленуму Вишого господарського суду України [Електронний ресурс] // Офіційний веб-сайт Вишого господарського суду України. Судова практика. Постанови Пленуму ВГСУ. – Режим доступу: http://vgsu.arbitr.gov.ua/files/pages/ppVGSU_17122013_014.pdf.

обчислюється у відсотках від суми несвоєчасно виконаного грошового зобов'язання за кожний день прострочення виконання. *Застосування іншого виду неустойки – штрафу до грошового зобов'язання законом не передбачено, що, втім, не виключає можливості його встановлення в укладеному сторонами договорі* (наприклад, за необґрунтовану відмову від переказу коштів за розрахунковими документами отримувача коштів), притому і як самостійний захід відповідальності, і як такий, що застосовується поряд з пенєю. В останньому випадку не йдеться про притягнення до відповідальності одного виду за одне й те саме правопорушення двічі, тому що відповідальність настає лише один раз – у вигляді сплати неустойки, яка включає у себе і пеню, і штраф як лише форми її сплати. Якщо у вчиненому сторонами правочині розмір та базу нарахування пені не визначено або вміщено умову (пункт) про те, що пеня нараховується відповідно до чинного законодавства, суму пені може бути стягнуто лише в разі, якщо обов'язок та умови її сплати визначено певним законодавчим актом.

Стаття 551 ЦК України передбачає, що предметом неустойки може бути грошова сума, рухоме і нерухоме майно. Якщо предметом неустойки є грошова сума, її розмір встановлюється договором або актом цивільного законодавства. Розмір неустойки, встановлений законом, може бути збільшений у договорі. Сторони можуть домовитися про зменшення розміру неустойки, встановленого актом цивільного законодавства, крім випадків, передбачених законом. Розмір неустойки може бути зменшений за рішенням суду, якщо він значно перевищує розмір збитків, та за наявності інших обставин, які мають істотне значення. Згідно з ч. 1 ст. 552 ЦК України *сплата (передання) неустойки не звільняє боржника від виконання свого обов'язку в натурі*.

Стягнення з боржника, який порушив грошове зобов'язання, сум індексації грошового боргу та процентів не перешкоджає стягненню у передбачених законом або договором випадках неустойки (пені) за прострочення виконання грошового зобов'язання, оскільки відповідно до ч. 1 ст. 550 ЦК України право на неустойку виникає незалежно від наявності у кредитора збитків, завданих невиконанням або неналежним виконанням зобов'язання.

Л. В. Красицька

§ 8. Проблемні питання звільнення від цивільно-правової відповідальності

Згідно зі ст. 617 ЦК України *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.

Стаття 218 ГК України передбачає, що підставою господарсько-правової відповідальності учасника господарських відносин є вчинене ним правопорушення у сфері господарювання. Учасник господарських відносин відповідає за невиконання або неналежне виконання господарського зобов'язання чи порушення правил здійснення господарської діяльності, якщо не доведе, що ним вжито усіх залежних від нього заходів для недопущення господарського правопорушення. У разі якщо інше не передбачено законом або договором, суб'єкт господарювання за порушення господарського зобов'язання несе господарсько-правову відповідальність, якщо не доведе, що належне виконання зобов'язання виявилось неможливим внаслідок дії *непереборної сили, тобто надзвичайних і невідворотних обставин за даних умов здійснення господарської діяльності*. Не вважаються такими обставинами, зокрема, порушення зобов'язань контрагентами правопорушника, відсутність на ринку потрібних для виконання зобов'язання товарів, відсутність у боржника необхідних коштів.

У цивілістичній доктрині *підставами звільнення від цивільно-правової відповідальності за завдану шкоду* вважають казус (випадок), необхідну оборону, крайню необхідність, непереборну силу та умисел потерпілого¹. Слушною є й позиція, що при укладенні договору його сторони можуть узгодити ті обставини, які звільняють їх від відповідальності за порушення договору². Безспірно, що випадок та непереборна сила є обставинами, які виключають настання цивільно-правової відповідальності.

Грунтовне дослідження випадку та непереборної сили у цивільному праві було проведене Є. А. Павлодським³, який наголошує на тому, що *випадок* як протилежність вини характеризує таке психічне ставлення суб'єкта до своїх дій, за яких він не знав і не повинен був знати про можливості настання шкідливих наслідків⁴. Визначаючи підстави зупинення перебігу позовної давності, законодавець у п. 1 ч. 1 ст. 263 ЦК України надає легальне визначення *непереборній силі* – надзвичайній або невідворотній за даних умов події. Розмірковуючи над філософською категорією випадковості, Є. А. Павлодський зауважує, що правовому розмежуванню казусу та непереборної сили в

¹ Церковна О. В. Підстави звільнення від цивільно-правової відповідальності за завдання шкоди: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Одес. держ. ун-т внутр. справ. Одеса, 2008. С. 93

² Цивільний кодекс України: наук.-практ. коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців). Т. 7: Загальні положення про зобов'язання та договір / за ред. І. В. Спасиво-Фатеевої. Серія «Коментарі та аналітика». Харків: ФО–П Лисяк Л. С., 2012. С. 505.

³ Павлодский Е. А. Случай и непреодолимая сила в гражданском праве. Москва: Юрид. лит., 1978. 104 с.

⁴ Там само. С. 30.

філософії відповідає поділ випадковостей на внутрішні та зовнішні, та робить висновок про *сутність правового випадку*: 1) цивільно-правовий випадок характеризує таке психічне ставлення суб'єкта до своєї поведінки, за якого він не передбачає, а отже, не усвідомлює протизаконність своїх дій, не знав і не повинен був знати про можливі наслідки; 2) правовий випадок означає відсутність вини особи, яка вчинила протиправну дію (бездіяльність); 3) якщо вина є суб'єктивною підставою відповідальності, то правовий випадок – підставою звільнення від правових санкцій; 4) про правовий випадок, як про вину, може йти мова тільки за наявності протиправної поведінки, бо якщо немає протиправних дій, то немає й не може бути ні винуватого, ні випадкового ставлення до цих дій та їх результату; 5) випадкова подія – це наслідок випадкової поведінки, тобто випадкова подія з необхідністю пов'язана зі своєю причиною – випадковою протиправною дією¹.

Варто зазначити, що у правозастосовній діяльності *наявність випадку не доказують, встановлюють відсутність вини особи, яка порушила зобов'язання*. Так, у Рішенні Господарського суду Львівської області від 18.06.2015 р.² зазначається, що випадок (казус) – це суб'єктивна підстава звільнення від цивільно-правової відповідальності. Випадок (казус) має місце тоді, коли психічне ставлення суб'єкта до своїх дій (бездіяльності) та їх результатів виражається в неусвідомленні і неможливості усвідомлення протиправності своєї поведінки та непередбаченні її протиправних наслідків. Іншими словами, при наявності випадку відсутня вина боржника, а за відсутності вини немає цивільно-правової відповідальності, крім ситуацій, коли законом або договором передбачена підвищена відповідальність (незалежно від вини). Випадок необхідно відмежовувати від вини, яка проявляється у формі необережності. Головним критерієм розмежування цих двох категорій є момент передбачення. Вина певною мірою завжди пов'язана з передбаченням (або його можливістю чи необхідністю).

Поняття непереборної сили містять й інші, крім ЦК України, нормативно-правові акти, зокрема згідно зі ст. 1 Закону України «Про житлово-комунальні послуги»³ *непереборна сила* – дія надзвичайної ситуації техногенного, природного або екологічного характеру, яка унеможливує надання відповідної послуги відповідно до умов договору.

ЦК України не передбачає такої підстави звільнення від відповідальності

¹ Павлодский Е. А. Случай и непреодолимая сила в гражданском праве. Москва: Юрид. лит., 1978. С. 33–34.

² Рішення Господарського суду Львівської області від 18.06.2015 р., судова справа № 914/1042/15. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/45457789>.

³ Про житлово-комунальні послуги: Закон України від 24.06.2004 р. № 1875-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 47. Ст. 514.

за порушення зобов'язання, як *форс-мажор*. В юридичній літературі наголошується на тому, що форс-мажор є окремою, самостійною обставиною, звільняючою від цивільно-правової відповідальності. Форс-мажором визнається обставина (дія чи подія), що спричиняє неможливість виконання договірних зобов'язань в обумовлений сторонами строк. Отже, на відміну від випадку та непереборної сили, форс-мажор є спеціальною підставою звільнення від відповідальності лише за невиконання (неналежне виконання) договірних зобов'язань¹.

Законодавець інколи розглядає такі поняття як «обставини непереборної сили» та «форс-мажорні обставини» як синонімічні поняття. Так, Закон України «Про торгово-промислові палати в Україні»² у ст. 14-1 передбачає, що торгово-промислова палата України та уповноважені нею регіональні торгово-промислові палати засвідчують *форс-мажорні обставини (обставини непереборної сили)* та видають *сертифікат про такі обставини* протягом семи днів з дня звернення суб'єкта господарської діяльності за собівартістю. Сертифікат про форс-мажорні обставини (обставини непереборної сили) для суб'єктів малого підприємництва видається безкоштовно. *Форс-мажорними обставинами (обставинами непереборної сили)* є надзвичайні та невідворотні обставини, що об'єктивно унеможливають виконання зобов'язань, передбачених умовами договору (контракту, угоди тощо), обов'язків згідно із законодавчими та іншими нормативними актами, а саме: загроза війни, збройний конфлікт або серйозна погроза такого конфлікту, включаючи але не обмежуючись ворожими атаками, блокадами, військовим ембарго, дії іноземного ворога, загальна військова мобілізація, військові дії, оголошена та неоголошена війна, дії суспільного ворога, збурення, акти тероризму, диверсії, піратства, безлади, вторгнення, блокада, революція, заколот, повстання, масові заворушення, введення комендантської години, експропріація, примусове вилучення, захоплення підприємств, реквізиція, громадська демонстрація, блокада, страйк, аварія, протиправні дії третіх осіб, пожежа, вибух, тривалі перерви в роботі транспорту, регламентовані умовами відповідних рішень та актами державних органів влади, закриття морських проток, ембарго, заборона (обмеження) експорту/імпорту тощо, а також викликані винятковими погодними умовами і стихійним лихом, а саме: епідемія, сильний шторм, циклон, ураган, торнадо, буревій, повінь, нагромадження снігу, ожеледь, град,

¹ Цивільний кодекс України: наук.-практ. коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців). Т. 7: Загальні положення про зобов'язання та договір / за ред. проф. І. В. Спасибо-Фатєєвої. Серія «Коментарі та аналітика». Харків: ФО–П Лисяк Л. С., 2012. С. 509–510.

² Про торгово-промислові палати в Україні: Закон України від 02.12.1997 р. № 671/97-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1998. № 13. Ст. 52.

заморозки, замерзання моря, проток, портів, перевалів, землетрус, блискавка, пожежа, посуха, просідання і зсув ґрунту, інші стихійні лиха тощо. Отже, перелік форс-мажорних обставин є невичерпним.

Стаття 10 Закону України «Про тимчасові заходи на період проведення антитерористичної операції»¹ передбачає, що протягом терміну дії цього Закону єдиним належним та достатнім документом, що підтверджує настання обставин непереборної сили (форс-мажору), що мали місце на території проведення антитерористичної операції, як підстави для звільнення від відповідальності за невиконання (неналежного виконання) зобов'язань, є сертифікат Торгово-промислової палати України.

Що стосується звільнення від відповідальності за завдану шкоду, то за загальним правилом, викладеним у ч. 2 ст. 1166 ЦК України, особа, яка завдала шкоди, звільняється від її відшкодування, якщо вона доведе, що шкоди завдано не з її вини. Отже, *відсутність вини є загальною підставою звільнення від деліктної цивільно-правової відповідальності*, якщо інше не передбачено законом². Крім того, згідно з ч. 1 ст. 1193 ЦК України, що *шкода, завдана потерпілому внаслідок його умислу, не відшкодовується*.

Спеціальні підстави звільнення від відшкодування шкоди передбачено окремими нормами ЦК України. Так, згідно з ч. 1 ст. 1169 ЦК України шкода, завдана особою при здійсненні нею права на самозахист від протиправних посягань, у тому числі у стані необхідної оборони, якщо при цьому не були перевищені її межі, не відшкодовується.

Е. В. Вакулович

§ 9. Проблемні питання укладення, виконання, зміни та розірвання договору

Відповідно до ч. 1 ст. 638 ЦК України договір є *укладеним*, якщо сторони в належній формі досягли згоди з усіх істотних умов договору. Відповідно до ч. 2 ст. 638 ЦК України договір укладається шляхом пропозиції однієї сторони укласти договір (оферти) і прийняття пропозиції (акцепту) іншою стороною. Щодо питання укладення договору існує низка вимог законодавства, виконання яких дозволяє відбутись факту укладення договору. Це вимоги, що стосуються дотримання положень про умови договору та про порядок досяг-

¹ Про тимчасові заходи на період проведення антитерористичної операції: Закон України від 02.09.2014 р. № 1669-VII. *Відомості Верховної Ради України*. 2014. № 44. Ст. 2040.

² Мова йде про підвищену відповідальність за завдання шкоди незалежно від вини особи у певних, визначених законом випадках, наприклад, моральна шкода відшкодовується незалежно від вини фізичної або юридичної особи, яка її завдала, якщо шкоди завдано каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю фізичної особи внаслідок дії джерела підвищеної небезпеки (п. 1 ч. 2 ст. 1167 ЦК України).

нення згоди щодо цих умов. Також важливе значення має надання належної форми згоді між сторонами, про що свідчить зміст ст. 639 ЦК України.

Абзац 2 ч. 1 ст. 638 ЦК України визначає перелік умов які є істотними умовами договору. До них відносять умови про предмет договору, умови, що визначені законом як істотні або є необхідними для договорів даного виду, а також усі ті умови, щодо яких за заявою хоча б однієї зі сторін має бути досягнуто згоди. Таке саме положення міститься у ч. 2 ст. 180 ГК України щодо укладення господарського договору. Слід зауважити, що відповідно до ч. 8 ст. 181 ГК України, у разі якщо сторони не досягли згоди з усіх істотних умов господарського договору, він вважається неукладеним (таким, що не відбувся).

Отже, істотна умова про предмет договору є обов'язковою, оскільки відсутність предмета договору позбавляє сенсу будь-який договір.

Якщо умови визначені істотними за законом, сторони мають досягти згоди щодо кожної з них. На перший погляд не викликає сумнівів безспірність обов'язкового внесення в договір умов, визначених нормативним актом як істотні. Але в судовій практиці відомі випадки, коли окремі умови, які визначені істотними за законом, фактично не визнавались як істотні ні контрагентами за договором, ні судом. Наприклад, відсутність умови про забезпечення пожежної безпеки за договором оренди відповідно до ст. 10 Закону України «Про оренду державного та комунального майна» стала підставою для позову про визнання договору неукладеним. Але у касаційній Постанові ВГСУ зазначив, що оскільки договір добровільно виконувався сторонами, то відсутні підстави вважати договір неукладеним¹.

Таким чином, практика свідчить про те, що в окремих випадках відсутність умови договору, яка визнана законом як істотна, не завжди є підставою визнавати договір неукладеним. З одного боку, спостерігається відступлення від правила, встановленого ЦК України, а з іншого – таке відступлення вбачається доцільним через те, що виконання договору боржником та одночасне прийняття виконання кредитором є свідченням того, що сторони договору узгоджують умови під час його виконання.

Цей приклад є підтвердженням того, що в питанні про визнання договору неукладеним є тенденція не застосовувати суто формальний підхід. Також слід враховувати зміст ст. 6 ЦК України, за якою сторони в договорі можуть відступити від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд. Отже, сторони договору мають можливість самостійно встановлювати істотні умови договору при дотриманні певних вимог, що безпосередньо визначаються законом. Сторони в договорі не можуть відступити від положень актів цивільного законодавства, якщо в цих

¹ Постанова ВГСУ від 19.11.2002 р. у справі № 06/9-81 URL: <http://www.arbitr.gov.ua/doc.php>

актах прямо вказано про це, а також у разі, якщо обов'язковість для сторін положень актів законодавства впливає з їх змісту або із суті відносин між сторонами.

Окрему увагу слід приділити умовам договору, які визначаються як необхідні для договорів даного виду. Фактично це такі умови договору, які не визначаються безпосередньо нормативно-правовими актами як істотні, але для певних договорів вони є істотними. Для того, щоб контрагентам з'ясувати таку категорію істотних умов договору, необхідно проаналізувати і законодавство щодо конкретного договору, і договірну, і судову практику. Якщо необхідність такого з'ясування виникла під час судового розгляду справи, суд використовує свої дискреційні повноваження і на власний розсуд визначає приналежність умов до категорії істотних. Але головним критерієм визначення умов такими, що є необхідними для договорів даного виду, уявляється з'ясування, чи буде можливим належне виконання договору, якщо сторони не внесуть певну умову в зміст договору. За таких обставин можна стверджувати про визначальну роль судової практики та, зокрема, судового прецеденту. Узагальнення судової практики надає можливість оцінити певні умови договору як необхідні та визначити такі умови як істотні.

Наступна категорія істотних умов – це умови, щодо яких за заявою хоча б однієї зі сторін має бути досягнуто згоди (зазвичай, це ті, які вимагає включити до договору одна зі сторін). Такі умови не зазначаються в законодавстві, але одна зі сторін наполягає на їх включенні. Якщо сторони з такого питання не дійшли згоди, то договір не можна вважати укладеним. Слід звернути увагу на те, що для цієї категорії умов не обов'язкове їх пряме визначення у законодавстві. Тому, якщо сторони досягли згоди щодо предмета договору, щодо умов, що визначені законом як істотні або є необхідними для даного виду договору, але існують розбіжності щодо умов, які бажає внести одна зі сторін, процес укладення договору не буде завершений, оскільки відповідно до ст. 638 ЦК України досягнення згоди між сторонами з усіх істотних умов є необхідним для укладення договору.

Крім істотних умов договору, існує категорія обов'язкових (звичайних) умов договору. Відповідно до ч. 1 ст. 628 ЦК України зміст договору становлять умови (пункти) договору, визначені на розсуд сторін та погоджені ними, та умови, які є обов'язковими відповідно до актів цивільного законодавства. Такі умови є обов'язковими для сторін внаслідок укладення договору певного виду. Зі змісту вказаної статті слідує, що обов'язкові умови є імперативними для сторін договору незалежно від їх ставлення до цих умов. Також особливістю обов'язкових умов договору, на відміну від істотних умов, є те, що їх не обов'язково зазначати в тексті договору, оскільки їх дія забезпечується силою законодавства. Через вказаний спосіб забезпечення дії обов'язкових умов вони вважаються звичайними для певних видів договорів.

Окремою категорією є також випадкові (факультативні) умови договору. До них належать, по-перше, умови, передбачені законодавством, але змінені сторонами під час укладення конкретного договору (що є можливим відповідно до ст. 6 ЦК України), по-друге, умови, які взагалі не встановлені законодавством. Отже, це умови, які демонструють відступлення сторін від диспозитивної норми, закріпленої в законодавстві, або умови, самостійно сформульовані сторонами з урахуванням конкретної ситуації.

Під час узгодження умов договору може виникати ситуація, коли випадкові умови, запропоновані сторонами або однією зі сторін, набувають значення істотних умов. Якщо за ініціативою однієї зі сторін буде визнано необхідність їх включення у зміст договору, відбувається трансформація випадкових умов у істотні. Узгодження випадкових умов підтверджується внесенням їх у договір, і саме з моменту його укладення вони вважаються істотними. Таке перетворення з набуттям статусу істотних умов може бути і щодо звичайних умов договору, якщо вони будуть внесені в текст договору за згодою сторін.

Особливим різновидом договірних умов є договірні (захисні) застереження. Вони полягають у тому, що в тексті договору сторони закріплюють свою згоду з певними умовами договору, зокрема, з тим, що ними узгоджені всі істотні умови і вони зобов'язуються надалі не мати претензій одне до одного. Договірні застереження можуть застосовуватися з метою уникнення ризиків визнання договору неукладеним, тим самим зберегти його.

Виконання договору полягає у здійсненні сторонами прав, виконанні ними обов'язків, що виникли із зобов'язання, заснованого на договорі¹. Таке визначення виконання договору логічно впливає із визначення поняття зобов'язання². Виконання договору здійснюється за допомогою вольових дій сторін договору, а саме: одна сторона пропонує виконання, а інша його приймає.

Поняття виконання договору тісно пов'язане з виконанням зобов'язання, оскільки поняття зобов'язання є родовим і об'єднує діяння, здійснення яких є можливим в межах різних цивільно-правових відносин, зокрема договірних і недоговірних, а також з різних видів договірних зобов'язань тощо. Тому головним чинником при визначенні характеристики виконання договору є принципи виконання зобов'язання.

У законодавстві України відсутня норма, яка визначала б вичерпний

¹ Луць В. В. *Контракти в підприємницькій діяльності: навч. посіб.* Київ: Юрінком Інтер, 2001. С. 50–51.

² Лідовець Р. А. *Особливості виконання змішаного договору. Підприємництво, господарство і право.* 2004. № 6. С. 54.

перелік принципів виконання договору (зобов'язання). Система принципів виконання договору закріплена в нормах Конституції України, ЦК України, ГК України та інших законах України.

З поняттям принципів виконання зобов'язань та договорів в окремих джерелах ототожнюються загальні засади цивільного законодавства, закріплені у ст. 3 ЦК України: а) неприпустимість свавільного втручання у сферу особистого життя людини; б) неприпустимість позбавлення права власності, крім випадків, встановлених Конституцією України та законом; в) свобода договору; г) свобода підприємницької діяльності, яка не заборонена законом; д) судовий захист цивільного права та інтересу; е) справедливість, добросовісність та розумність. Також існує думка, що головними принципами виконання договорів (зобов'язань) є принципи належного і реального виконання як такі, що безпосередньо передбачаються відносно виконання зобов'язання¹.

Відповідно до ст. 526 ЦК України зобов'язання має виконуватися належним чином відповідно до умов договору та вимог Кодексу, інших актів цивільного законодавства, а за відсутності таких умов та вимог – відповідно до звичаїв ділового обороту або інших вимог, що звичайно ставляться. Таким чином закріплюється принцип належного виконання зобов'язання. Зазначений принцип передбачає виконання зобов'язання належними сторонами, щодо належного предмету, належним способом, у належні строки (терміни), у належному місці.

Принцип реального виконання слід розуміти як виконання в натурі, тобто вчинення саме тих дій, що складають зміст зобов'язання. Це положення є логічним висновком змісту ст. 622 ЦК України, де зазначено, що боржник, який сплатив неустойку і відшкодував збитки, задані порушенням зобов'язання, не звільняється від обов'язку виконати зобов'язання в натурі, якщо інше не встановлено договором або законом.

В юридичній літературі були висловлені різні думки з приводу співвідношення принципів належного виконання та реального виконання. Окремі автори вважають, що реальне виконання є однією з вимог належного виконання. Інші науковці дотримуються протилежної точки зору і вважають, що реальне виконання охоплює належне виконання². Вважається, що найбільш прийнятною є ідея, яка обґрунтовує різну природу вказаних принципів, а саме, що реальне виконання є показником вчинення певної дії, а належне виконання визначає якісні характеристики дії³.

¹ Заїка Ю.О. Українське цивільне право: навч. посіб. Київ: Істина, 2005. С. 156.

² Поняття та принципи виконання зобов'язань. URL: http://yurist-online.com/ukr/uslugi/yuristam/literatura/chiv_pravo/123.php

³ Лідовець Р. А. Особливості виконання змішаного договору. *Підприємництво, господарство і право*. 2004. № 6. С. 55.

У науці виділяють принцип взаємного сприяння і принцип економічності як такі, що притаманні саме договірним правовідносинам. Принцип взаємного сприяння полягає в тому, що сторони надають сприяння одна одній у виконанні кожним своїх зобов'язань. Цей принцип набуває юридичного значення якщо він закріплений в договорі або в спеціальному нормативному акті.

Принцип економічності полягає у застосуванні заходів щодо відвернення або зменшення шкоди, що може виникнути у зв'язку з належним виконанням зобов'язання, а також у своєчасному інформуванні іншої сторони про такі заходи¹. В цивільному законодавстві містяться норми, які безпосередньо встановлюють вимогу щодо дотримання зазначеного принципу, а саме, ч. 1 ст. 1043 ЦК України передбачає відповідальність управителя, який не виявив належної турботливості про інтереси установника управління або вигодонабувача.

Отже, можна зробити висновок, що виконання договору обумовлене дотриманням комплексу принципів, які за своїм походженням належать до галузевих і стосуються всіх видів цивільних правовідносин, до принципів зобов'язального права і принципів виконання зобов'язань².

Відносини, що виникають на підставі цивільно-правового договору, є способом досягнення певної правової мети, яка є актуальною для сторін та сприяє задоволенню побутових, соціальних, господарських потреб тощо. Об'єктивні та суб'єктивні чинники можуть впливати на розвиток правовідносин, викликаючи у осіб потребу змінювати або способи досягнення правової мети, або саму мету. Тому іноді щодо чинного цивільно-правового договору виникає потреба його *зміни або розірвання*. Договір, який підлягає зміні або припиненню, має бути дійсним та невиконаним³. Як і при укладанні договору, законодавством передбачені певні правила, дотримання яких є необхідним під час його зміни або розірвання.

Для зміни та розірвання договору в ЦК України передбачені однакові підстави, але юридична природа цих понять є різною і наслідки вчинення зміни та розірвання договору теж мають суттєві відмінності. Отже, якщо зміна договору передбачає продовження правовідносин, але за наявності внесення коректив щодо умов договору або щодо суб'єктного складу, то розірвання має наслідком припинення правовідносин між сторонами⁴.

¹ Луць В. В. Контракти в підприємницькій діяльності: навч. посібник. Київ: Юрінком Інтер, 2001. С. 53.

² Дзера О. В. Цивільне право України. Особлива частина. Київ: Юрінком Інтер, 2010. URL: http://pidruchniki.com/1224112149708/pravo/printsipi_vikonannya_zoboviazannya

³ Цивільне право: підручник: в 2 т. Т. 2 / за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасиво-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. Харків: Право, 2011. С. 107.

⁴ Родоман Т. О. Проблема визначення поняття зміни умов договору в цивільному законодавстві України. *Судова апеляція*. 2014. № 3. С. 114.

За загальним правилом відповідно до ст. 651 ЦК України внесення змін в договір або його припинення є можливим лише за згодою сторін. Якщо пропозиція однієї сторони щодо зміни або припинення договору не підтримується іншою стороною, підставою для зміни або розірванню договору може стати рішення суду. В окремих випадках, передбачених законом або договором, допускається одностороння відмова від договору, що також буде мати наслідки у вигляді зміни договору або його розірвання.

Взагалі зміни в зобов'язальних правовідносинах можуть стосуватися змісту або суб'єктного складу. В науковій літературі зміни договору, які стосуються умов зобов'язання, були доречно охарактеризовані якісними ознаками, а зміни в суб'єктному складі – кількісними ознаками договору¹.

Слід звернути увагу на те, що зміни в зобов'язанні не завжди співпадають зі змінами, що стосуються договору. Зокрема, недоречно вважати допустимість зміни договору шляхом заміни особи однієї зі сторін. Заміна осіб на стороні кредитора або боржника передбачається низкою норм ЦК України, в яких встановлено, по-перше підстави заміни осіб (ст.ст. 512, 520), а по-друге – обмеження, коли така заміна не допускається (ст.ст. 513, 520). Також регламентується порядок заміни осіб на стороні кредитора та боржника. Отже, заміна особи на боці однієї зі сторін не відбувається за ініціативою однієї з них, оскільки заміна осіб у зобов'язаннях чітко регламентована і відносно підстав, і щодо порядку здійснення такої заміни. Але неодмінно факт заміни особи у зобов'язанні викликає певні наслідки для всього суб'єктного складу договору.

Одночасно зміна договору є юридичним фактом, який тягне за собою виникнення, зміну або припинення прав та обов'язків сторін.

Як юридичний факт зміна договору є послідовністю певний дій, які направлені на врегулювання існуючих правовідносин шляхом внесення нових або відміни раніше узгоджених умов договору. Фактично між сторонами відбувається нова процедура укладення договору². Відповідно, при внесенні змін до договору сторони дотримуються порядку, передбаченого законодавством для укладення договору. Але дії сторін стосуватимуться виключно досягнення згоди щодо нових умов існуючого договору. Це стосується положень про дотримання вимог щодо направлення оферти, її змісту, порядку узгодження розбіжностей, дотримання строків (якщо вони були встановлені) для відповіді (акцепту) тощо. Результатом узгодження між сторонами змін є укладення договору про внесення змін до договору.

Відповідно до ч. 1 ст. 623 ЦК України зміни договору можуть стосува-

¹ Родман Т. О. Проблема визначення поняття зміни умов договору в цивільному законодавстві України. *Судова апеляція*. 2014. № 3. С. 114.

² Дзера О. В. Цивільне право України. Особлива частина. Київ: Юріном Інтер, 2010. URL: http://pidruchniki.com/1224112149708/pravo/printsipi_vikonannya_zobovyazannya

тися таких умов як предмет, місце, строки виконання тощо. Тобто, перелік умов договору, що можуть бути змінені, не є вичерпним. Обмеження щодо змін договору можуть бути встановлені шляхом їх прямого зазначення в законодавстві.

Слід зазначити, що зміни договору можуть бути здійснені не тільки шляхом змін вищевказаних умов, але й шляхом відміни певних прав та обов'язків сторін або шляхом встановлення додаткових повноважень та обов'язків. Але якщо в двосторонніх договорах зміни будуть стосуватися тільки певних аспектів правовідносин за договором, то в односторонніх договорах, в яких одній особі належить тільки право, а іншій – тільки обов'язок, зміна умов договору може означати також і зміну права¹.

Розірвання договору є способом припинення зобов'язань, який виключає продовження правовідносин між сторонами договору². Застосування цього способу є доцільним в тих випадках, коли сторони усвідомлюють неможливість досягнення бажаної правової мети, навіть якщо до змісту договору будуть внесені зміни.

У законодавстві України не передбачено окремих правил щодо розірвання договору. Але відповідно до ст. 654 ЦК України як зміна, так і розірвання договору вчиняється в такій самій формі, що й договір, що змінюється або розриваються, якщо інше не встановлено договором або законом чи не впливає зі звичаїв ділового обороту. Тому, якщо розірвання договору відбувається за згодою сторін, до процедури розірвання застосовуються правила про узгодження істотних умов договору шляхом направлення оферти та отримання акцепту.

Згідно з ч. 2 ст. 651 ЦК України, якщо згода сторін не досягнута, змінити або розірвати договір можна на вимогу зацікавленої сторони лише у судовому порядку і лише за наявності певних підстав. Такими підставами можуть бути істотне порушення договору другою стороною та інші випадки, встановлені договором або законом. Істотним є таке порушення стороною договору, коли внаслідок завданої цим шкоди інша сторона значною мірою позбавляється того, на що вона розраховувала при укладенні договору. Отже, істотним слід вважати таке порушення договору, яке тягне для другої сторони неможливість досягнення мети договору, а як завдана шкода можуть бути не тільки додаткові витрати, але й неотриманні прибутки, що істотно впливає на інтереси сторони³.

¹ Ромащенко І. О. Деякі аспекти зміни та припинення цивільних правовідносин. *Підприємництво, господарство і право*. 2011. № 3. С. 33.

² Карпенчук В. Зміна або розірвання договору за Цивільним кодексом України. *Право України*. 2003. № 8. С. 118–119.

³ Коментар Цивільного кодексу України. URL: <http://legalexpert.in.ua/komkodeks/gk/79-gk/1013-651.html>

С. А. Загородній

§ 10. Проблемні питання визнання договору неукладеним

У сучасному цивільному законодавстві не знайшло належного регулювання питання про правові підстави та наслідки неукладеного договору. Лише у ч. 8 ст. 181 ГК України міститься застереження про те, що у разі якщо сторони не досягли згоди з усіх істотних умов господарського договору, такий договір вважається неукладеним (таким, що не відбувся). Якщо одна зі сторін здійснила фактичні дії щодо його виконання, правові наслідки таких дій визначаються нормами ЦК України.

Однак і тут немає повної завершеності вирішення проблеми неукладеності договору, оскільки ЦК України, до якого відсилає ч. 8 ст. 181 ГК України, такі правові наслідки вчинення фактичних дій прямо не визначені. Такий стан нормативного регулювання (чи, точніше, нерегулювання) став одним із визначальних факторів існування тривалої дискусії, яка ведеться як у теоретичній, так і в практичній площині.

Спершу слід зазначити, що неукладений договір за своєю правовою природою не є юридичним фактом, а відтак не може вважатися підставою виникнення будь-якого цивільного правовідношення, включаючи договірне. Відсутній відповідний юридичний факт (договір-правочин), тому не виникають наслідки такого факту (договір-правовідношення). Це означає, що у разі передавання грошових коштів, речей за неукладеним договором для їх повернення неможливо застосовувати норми, що регулюють договірні відносини. Ще в середині минулого століття Н. В. Рабинович дуже влучно зазначила, що невчинений правочин, на відміну від недійсного, становить «ніщо» і взагалі правочином не є¹.

При цьому застосування терміна «неукладений договір», як і «нечинний правочин» є досить умовним. Є всі підстави погодитися із О. О. Красавчиковим, що незавершений правочин тотожний за юридичним значенням правочину нечинному, оскільки не має жодного юридичного значення для розвитку правовідношення, на встановлення, зміну або припинення якого спрямований².

Цивільне законодавство для визначення випадків, коли договір вважається неукладеним, застосовує формулу «договір є укладеним». Так, згідно з ч. 1 ст. 638 ЦК України договір є *укладеним*, якщо сторони в належній

¹ Рабинович Н. В. Недействительность сделки и ее последствия. Ленинград: Изд-во Ленингр. ун-та, 1960. С. 21.

² Красавчиков О. А. Категории науки гражданского права. Избранные труды: в 2 т. Т. 2. Москва: Статут, 2005. С. 109.

формі досягли згоди з усіх істотних умов договору. Якщо відповідно до акта цивільного законодавства для укладення договору необхідні також передання майна або вчинення іншої дії, договір є укладеним з моменту передання відповідного майна або вчинення певної дії. Договір, що підлягає нотаріальному посвідченню, є укладеним з дня такого посвідчення (ч.ч. 2, 3 ст. 640 ЦК України). Виходячи з буквального змісту наведених норм, договір буде вважатися неукладеним, якщо: 1) не дотримано відповідну форму договору; 2) відсутня згода сторін щодо істотних умов договору; 3) не передано майно за реальним договором.

Утім така підстава, як недотримання відповідної форми договору потребує пояснення. Слід вказати, що існують лише дві форми (правочину) договору – усна та письмова. Письмові правочини (договори) можуть посвідчуватися нотаріально та підлягати державній реєстрації, але це, у свою чергу, не є окремим, самостійним видом їх форми.

Правові наслідки недодержання вимоги закону щодо письмової форми правочину, а також про нотаріальне посвідчення договору визначені у ст. ст. 218, 220 ЦК України. Наведені норми визначають такі правочини (договори) *недійсними*. Тобто недодержання форми договору свідчить про його недійсність, тому відповідний договір не можна визнати неукладеним.

В юридичній літературі окремо виділяють таку підставу для визнання договору неукладеним як відсутність державної реєстрації договору за наявності імперативної вимоги закону про це¹. Зокрема, згідно зі ст. 657 ЦК України договір купівлі-продажу земельної ділянки, єдиного майнового комплексу, житлового будинку (квартири) або іншого нерухомого майна укладається у письмовій формі і підлягає нотаріальному посвідченню, крім договорів купівлі-продажу майна, що перебуває в податковій заставі. Право користування нерухомим майном, яке виникає на підставі договору найму будівлі або іншої капітальної споруди (їх окремої частини), укладеного на строк не менш як три роки, підлягає державній реєстрації відповідно до закону (ст. 794 ЦК України).

У ст. 16 ЦК України визначено приблизний перелік способів захисту цивільних прав та інтересів і зазначено, що суд може захистити цивільне право або інтерес іншим способом, який встановлений договором або законом. Така редакція наведеної норми дозволила ВС України сформулювати досить категоричну позицію, що вимога про визнання правочину неукладеним не відповідає можливим способам захисту цивільних прав та інтересів,

¹ Цивільний кодекс України: наук.-практ. комент. (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, М-ва юстиції, науковців, фахівців). Т. 7: Загальні положення про зобов'язання та договір / за ред. І. В. Спасибо-Фатєєвої. Харків: ФО-П Лисяк Л. С., 2012. С. 649–650.

передбачених законом. Суди мають відмовляти в позові з такою вимогою. У цьому разі можуть заявлятися лише вимоги, передбачені главою 88 ЦК України (п. 8 Постанови Пленуму ВС України «Про судову практику розгляду справ про визнання правочинів недійсними» від 06.11.2009 р. № 9¹).

Невизнання можливості захисту цивільного права будь-якими способами, що прямо не суперечать закону та є адекватними допущеному порушенню, суперечить ч. 3 ст. 124 Конституції України, яка поширює юрисдикцію судів на будь-який юридичний спір.

Утім з часом вища судова інстанція відійшла від наведеного імперативного розуміння кваліфікації такого способу захисту цивільних прав та інтересів судом, як визнання договору неукладеним. Зокрема, ВС України в своїй Постанові від 21.05.2012 р. у справі № 6-20цс11 відзначив, що законодавчі обмеження матеріально-правових способів захисту цивільного права чи інтересу підлягають застосуванню з дотриманням положень ст.ст. 55, 124 Конституції України та ст. 13 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, відповідно до яких кожна особа має право на ефективний засіб правового захисту, не заборонений законом. Оскільки положення Конституції України та Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод мають вищу юридичну силу (ст.ст. 8, 9 Конституції України), а обмеження матеріального права суперечать цим положенням, порушення цивільного права чи цивільного інтересу підлягають судовому захисту і у спосіб, не передбачений законом, зокрема ст. 16 ЦК України, але який є ефективним засобом захисту, тобто таким, що відповідає змісту порушеного права, характеру його порушення та наслідкам, спричиненим цим порушенням. Обмежене тлумачення касаційним судом ст. 16 ЦК України суперечить зазначеним положенням та призвело до неправомірної відмови позивачу в реалізації його права на судовий захист².

Відтак, цілком закономірно пішов цим шляхом ВГСУ, який у п. 11 Постанови Пленуму «Про деякі питання визнання правочинів (господарських договорів) недійсними» від 29.05.2013 р. № 11 роз'яснив, що *визначення* договору неукладеним може мати місце на стадії укладення договору, а не за наслідками виконання його сторонами. Отже, якщо дії сторін свідчать про те, що оспорюваний договір фактично було укладено, суд має розглянути по суті питання щодо відповідності його вимогам закону. Це правило не стосується випадків, коли для вчинення правочину необхідні його державна реєстрація або нотаріальне посвідчення, оскільки за відсутності відповідної реєстрації чи

¹ Постанова Пленуму ВС України «Про судову практику розгляду справ про визнання правочинів недійсними» від 06.11.2009 р. № 9. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0009700-09>.

² Постанова ВС України від 21.05.2012 р. у справі № 6-20цс11. URL: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/9DE59BF19D53A7C8C2257C92003A6321](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/9DE59BF19D53A7C8C2257C92003A6321).

посвідчення договір в будь-якому разі не вважається укладеним¹. Аналогічна правова позиція висловлена ВС України у Постанові від 23.09.2015 р., за змістом якої *визначення* договору неукладеним може мати місце на стадії укладення, а не за наслідками виконання його сторонами². Таким чином, виконання договору є перешкодою для визнання такого договору неукладеним. Навіть у випадку фактичної неукладеності договору не завжди є необхідність визнавати його таким.

Метою застосування такого способу захисту, як визнання договору неукладеним є усунення правової невизначеності стосовно прав та обов'язків сторін за договором. Встановлення факту неукладеного договору має значення передусім при вирішенні питання про застосування норм про договірну відповідальність сторін за договором. Зокрема, у разі пред'явлення до суду вимоги про стягнення договірної неустойки у зв'язку із невиконанням договору, суд в першу чергу має встановити наявність підстав для визнання такого договору неукладеним, що потягне відмову у стягненні неустойки. Фактично захист оскарженого права здійснюється судом не шляхом традиційних методів (реституція, відшкодування збитків), а шляхом констатації певного факту або статусу, у т. ч. шляхом визнання договору неукладеним.

Заява про визнання договору неукладеним розглядається судом за правилами позовного провадження і не підлягає розгляду в порядку окремого провадження про встановлення факту, що має юридичне значення. Є всі підстави погодитися із С. В. Левічевим, який зазначає, що необхідність пред'явлення до суду позовів про визнання договорів неукладеними може виникнути у разі неочевидності факту укладення договору або наявності спору між сторонами правочину з приводу того, був він вчинений чи ні. Іншими словами, для усунення правової невизначеності стосовно прав та обов'язків сторін за договором³.

Можливість визнання договорів неукладеними часто застосовується всупереч її мети – захисту цивільних прав. Вимога про визнання договору неукладеним пред'являється переважно недобросовісними боржниками з метою ухилення від належного виконання своїх обов'язків за договором або від застосування щодо них встановлених заходів відповідальності. Як свідчить судова практика, часто у справі про стягнення заборгованості за договором

¹ Постанова Пленуму ВГСУ «Про деякі питання визнання правочинів (господарських договорів) недійсними» від 29.05.2013 р. № 11. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v0011600-13/print1453046824491067>.

² Постанова ВС України від 23.09.2015 р. у справі № 3-502гс15. URL: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/F9C41DA5E73A561CC2257ED70040224E](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/F9C41DA5E73A561CC2257ED70040224E).

³ Левічев С. В. Правовая природа незаключенных договоров. *Актуальные проблемы гражданского права*: сб. ст. Вып. 12 / под ред. О. Ю. Шиловоста. Москва: Норма, 2008. С. 226–227.

позики (кредиту) пред'являється зустрічний позов про визнання такого договору неукладеним. Це свідчить про зловживання суб'єктом своїми правами, що є неприпустимим (ч. 3 ст. 13 ЦК України). Тобто головною проблемою є те, що останнім часом інститут неукладеного договору застосовується всупереч меті його встановлення – захисту цивільних прав. Хоча наведене не може переконати у неможливості захистити цивільне право шляхом визнання договору неукладеним¹.

Важливо врахувати, що, звертаючись до суду, позивач за власним розсудом обирає спосіб захисту, що має відповідати характеру порушення прав та інтересів, а також сутності спірних правовідносин.

Слід зауважити, що у доктрині цивільного права немає єдності у питанні щодо правової природи неукладеного договору. При цьому всі спроби виявити сутність неукладених договорів перебувають у площині співвідношення неукладених та недійсних договорів. Переважна більшість дослідників (принаймні, сучасних) розглядають неукладений договір як автономне, самостійне явище. Інші автори визначають неукладені договори як вид недійсних правочинів. На нашу думку, неукладений та недійсний договори не є тотожними правовими категоріями. Це зумовлено передусім різними правовим підставами та наслідками застосування кожного з цих способів захисту цивільних прав та інтересів судом. Визнання договору неукладеним – спеціальний наслідок порушення норм права, що виключає застосування недійсності.

При неукладеному договорі застосовують наслідки, передбачені нормами, що регулюються зобов'язання з безпідставного збагачення, а при недійсному – наслідки, встановлені законом для недійсних правочинів У разі, якщо на виконання неукладеного договору стороною передчасно передано майно, між сторонами виникають правовідносини внаслідок набуття, збереження майна без достатньої правової підстави (ст.ст. 1212–1215 ЦК України). Це зобов'язання, як відомо, належить до недоговірних.

Е. В. Вакулович

§ 11. Попередній та публічний договори у цивільному праві

Попередній договір є юридичним засобом, що використовується при відсутності у осіб фактичної можливості укласти певний договір в поточний період. Це може бути обумовлено відсутністю грошових коштів у набувача, необхідних документів для вчинення правочину тощо.

Відповідно до ч. 1 ст. 635 ЦК України попереднім є договір, сторони якого зобов'язуються протягом певного строку (у певний термін) укласти

¹ Кот А. А. Способы защиты участников договорных отношений. *Альманах цивилистики*: сб. ст. / под ред. Р. А. Майданика. Київ: Правова єдність, 2008. Вып. 1. С. 147–148.

договір в майбутньому (основний договір) на умовах, встановлених попереднім договором. Таким чином, сторони можуть зафіксувати свої наміри, надавши їм статус взаємного зобов'язання.

Предметом попереднього договору є дії з укладання у майбутньому основного договору на умовах та у строки, визначені попереднім договором. Такий договір створює для сторін зобов'язання укласти протягом узгодженого терміну певний цивільно-правовий договір на заздалегідь визначених умовах. Інших матеріальних прав і обов'язків у сторін не виникає.

Істотною умовою попереднього договору є строк укладення основного договору, який має бути зазначений у попередньому договорі. Якщо однією зі сторін попереднього договору буде фізична особа без статусу суб'єкта підприємницької діяльності, строк дії такого договору може бути обмежений виключно за домовленістю сторін. У разі укладення такого договору за участю суб'єктів господарювання є обмеження терміну дії попереднього договору в 1 рік (ст. 182 ГК України).

Процедура узгодження умов попереднього договору має специфіку через те, що одночасно відбувається визначення істотних умов основного договору. Відповідно до ч. 1 ст. 635 ЦК України, якщо в силу певних обставин на момент укладення попереднього договору деякі істотні умови основного договору не можуть бути узгоджені, необхідно встановити порядок їх узгодження в майбутньому. Доцільним вбачається встановлення обов'язку однієї зі сторін у визначений термін направити пропозицію у формі проекту договору іншій стороні. Також важливим є встановлення порядку подальшого узгодження умов основного договору, який слід визначити в попередньому договорі, що також створює певні обов'язки для сторін. Зокрема ст. 182 ГК України зобов'язує сторони визначити істотні умови основного договору на момент підписання попереднього договору.

Особливістю правового регулювання укладення попереднього договору є правові наслідки його невиконання, тобто неукладення в належний строк основного договору. Відповідно до ч. 2 ст. 635 ЦК України сторона, яка не обґрунтовано ухиляється від укладення договору, передбаченого попереднім договором, має відшкодувати іншій стороні збитки, завдані простроченням, якщо інше не встановлено попереднім договором або актами цивільного законодавства. Отже, якщо основний договір не укладений протягом строку (у термін), встановлений попереднім договором, або якщо жодна із сторін не направить іншій стороні пропозицію про його укладення, відповідальність за невиконання договору обмежується виключно відшкодуванням збитків. Таке положення встановлює обмеження щодо вимоги виконання обов'язку в натурі і стягнення неустойки як це передбачається у ст. 509 ЦК України. Слід зауважити, що, на відміну від положень ЦК України, у ст. 182 ГК України передбачене право вимагати укладення основного договору в судовому

порядку у випадку, якщо інша сторона, одержавши проект основного договору, ухиляється від його укладення.

Оскільки попередній договір часто застосовується щодо укладення договору купівлі-продажу нерухомого майна, на сьогодні спостерігаються різні підходи до визначення правових наслідків його порушення¹, а саме: сплата повної вартості майна, передання майбутнім відчужувачем спірного майна набувачеві, прийняття й фактичне володіння та користування набувачем цим майном є підставою для визнання за покупцем права власності (ухвала ВССУ від 25.09.2014 р. у справі № 6-25337ск14). Інші суди відмовляють у задоволенні таких позовів, оскільки право власності може виникнути тільки за передбачених законодавством умов (в цьому випадку – укладення договору купівлі-продажу, чого фактично не відбулося), а примусове спонукання до укладення договору в цьому випадку є недопустимим. Крім того, застосування передання майна як способу відшкодування шкоди є можливим щодо родових речей відповідно до ч. 1 ст. 22 ЦК України, що не може застосовуватися як аналогія закону щодо індивідуально визначених речей, що є об'єктами права власності. Примусове вилучення таких об'єктів можливе тільки на підставі ч. 3 ст. 321 ЦК України із мотивів суспільної необхідності на підставі і в порядку, встановлених законом, та за умови попереднього та повного відшкодування їхньої вартості.

Зауважимо, що попередній договір не впливає на правовий режим майна, що буде предметом основного договору. З іншого боку, укладання попереднього договору щодо чужого майна, майбутнього або іншого майна, на яке сторона не володіє необхідним юридичним титулом, не призводить до його нікчемності².

Також відмінною рисою попереднього договору є передбачений ЦК України спосіб його припинення. Згідно з ч. 3 ст. 635 ЦК України зобов'язання, встановлене попереднім договором, припиняється, якщо основний договір не укладений протягом строку (у термін), встановленого попереднім договором, або якщо жодна зі сторін не направить іншій стороні пропозицію про його укладення. Отже, вказаною нормою передбачена тільки одна підстава для припинення попереднього договору – відсутність активної дії однієї зі сторін у вигляді направлення іншій стороні проекту передбачуваного основного договору³.

¹ Майданик Р. Попередній договір і визнання права власності:судова практика і доктрина. URL: <http://jur-gazeta.com/publications/practice/civilne-pravo/poperedniy-dogovir-i-viznannya-prava-vlasnosti-sudova-praktika-i-doktrina-.html>

² Попередній договір. Практичний аспект. *Юридичний радник*. 2014. № 6. URL: <http://yurradnik.com.ua/stati/poperedniy-dogovir-praktichniy-aspekt/>

³ Попередні договори: особливості правового регулювання. URL: <http://www.uris-c.com.ua/2012/08/21/%D0%BF%D0%BE%D0%BF%D0%B5%D1%80%D0%B5%D0%B4%D>

Окремо серед цивільно-правових договорів у законодавстві України виділяється *публічний договір*, за яким одна сторона – підприємець взяла на себе обов'язок здійснювати продаж товарів, виконання робіт або надання послуг кожному, хто до неї звернеться. Особливими ознаками такого договору (ст. 633 ЦК України) є предмет, умови, які має виконати при укладенні договору сторона, яка здійснює підприємницьку діяльність, спеціальний суб'єктний склад та особливий порядок укладення і правового регулювання.

У науковій літературі висловлені кілька підходів до предмета цього договору. Ним визнають лише річ, або дії зобов'язаних осіб, або і річ, і дії¹. Відповідно до ст. 633 ЦК України однією з важливих і характерних умов публічного договору є специфічна діяльність підприємця або юридичної особи, яка має публічний характер. Така публічна діяльність виражається в продажу товарів, виконанні робіт і наданні послуг, причому така діяльність має здійснюватися щодо кожної особи, яка звернеться до підприємця. Предмет публічного договору може включати не тільки зобов'язання підприємця з продажу товару, виконання робіт або надання послуг, але й інші зобов'язання сторін, однак для класифікації договору як публічного наявність інших зобов'язань контрагентів не має значення².

Особливістю публічного договору є також специфіка його укладення та виконання. Згідно з ч. 2 ст. 638 ЦК України договір укладається шляхом пропозиції однієї сторони укласти договір (оферти) і прийняття пропозиції (акцепту) другою стороною. Порядок укладення публічного договору обумовлений змістом ч. 2 ст. 633 ЦК України, відповідно до якої умови публічного договору встановлюються однаковими для всіх споживачів, крім тих, кому за законом надано відповідні пільги. При тому, що зміст зазначеної норми права є достатньо категоричним для суб'єктів підприємницької діяльності, слід зауважити, що імперативний характер норми в повній мірі стосується також і споживачів, на яких поширюються положення про однаковість умов публічного договору для всіх споживачів, про можливість встановлення обов'язкових правил для сторін та про нікчемність умов, що суперечать змісту ст. 633 ЦК України.

Діяльність суб'єкта підприємницької діяльності можна розглядати як дії, що свідчать про намір укласти договір з кожним, хто до нього звернеться. Таким чином, діяльність підприємця можна визначити як дії, що направлені на

0%BD%D1%96-%D0%B4%D0%BE%D0%B3%D0%BE%D0%B2%D0%BE%D1%80%D0%B8-%D0%BE%D1%81%D0%BE%D0%B1%D0%BB%D0%B8%D0%B2%D0%BE%D1%81%D1%82%D1%96-%D0%BF%D1%80%D0%B0%D0%B2/

¹ Майоров В. Особливості публічного договору. URL: <https://www.freelawyer.ua/news/20>

² Там само.

укладення публічного договору, тобто кваліфікувати їх як оферту. Укладення договору шляхом конклюдентних дій може бути здійснено тільки в тому випадку, якщо закон дозволяє укладати такий вид правочину в усній формі. Згідно з ч. 2 ст. 699 ЦК України виставлення в місці продажу товарів визнається публічною пропозицією незалежно від того, чи зазначена ціна й інші істотні умови договору роздрібної купівлі-продажу, за винятком випадків, коли продавець явно визначив, що відповідні товари не призначені для продажу. Проте це є винятком із загального правила про необхідність визначати в оферті всі істотні умови відповідно до ч. 1 ст. 641 ЦК України. Якщо правочин слід вчиняти в письмовій формі, конклюдентні дії можуть впливати тільки як акцепт, як відповідь на письмову оферту.

Суб'єкт підприємницької діяльності має встановити рівні умови в публічному договорі, а його обов'язок щодо надання пільг і знижок окремим категоріям споживачів повинен впливати з закону. Рівність у публічному договорі передбачає обов'язок підприємця щодо встановлення однакових цін, асортименту, якості товару, послуг, робіт та іншого для всіх споживачів, які звертаються до нього з метою укладення договору. Але для окремих категорій споживачів законодавством встановлені пільги. З одного боку, відбувається захист інтересів споживачів, з іншого – забезпечується збільшення кількості укладених договорів.

М. А. Тіхонова

§ 12. Деліктні зобов'язання

Свою назву деліктні зобов'язання отримали від латинського слова *delictum*, що означає правопорушення. Вони протиставлялись договірним (*ex contractum*) і «як би договірним» (*quasi ex contractum*) зобов'язанням. Останні виникали із договорів та інших правомірних актів і регулювали відносини в їх нормальному, непорушеному стані. Делікт же мав місце в разі, коли порушення права не пов'язувалося з порушенням якогось конкретного зобов'язання між сторонами, тобто, коли порушувалися абсолютні суб'єктивні права потерпілого. Якщо таким правопорушенням завдавалася шкода особі, право якої було порушено, на правопорушника покладался обов'язок її відшкодувати і виникало зобов'язання з заподіяння шкоди або деліктне зобов'язання. Така класифікація зобов'язань була розроблена ще римськими юристами¹.

Відповідно до п. 3 ч. 2 ст. 11 ЦК України однією з підстав виникнення цивільних прав та обов'язків є завдання майнової (матеріальної) та моральної

¹ Смирнов В. Т., Собчак А. А. Общее учение о деликтных обязательствах в советском гражданском праве: учеб. пособие. Ленинград: ЛГУ, 1983. С. 7.

шкоди іншій особі. Але шкода особі може буди завдана як у зв'язку з невиконанням або неналежним виконанням договірною зобов'язання, так і у зв'язку з деліктом (недоговірним зобов'язанням).

Відмінності між договірними зобов'язаннями (включаючи відносини, які виникають при їх порушенні) і недоговірними полягають у такому:

- юридичним фактом, на підставі якого виникає деліктне зобов'язання, є недотримання абсолютного пасивного обов'язку і порушення абсолютного права, тобто порушення абсолютних правових відносин за допомогою здійснення правопорушення. Договірне правоохоронне зобов'язання натомість виникає в результаті порушення відносних договірних прав і обов'язків та конкретних правовідносин, у яких відбувається реалізація цивільного договору;

- відмінності в юридичних фактах, що є підставою виникнення деліктних та договірних зобов'язань, зумовлюють і відмінності в юридичній природі обов'язку боржника. У договірних відносинах обов'язок боржника – це додатковий обов'язок, що виникає внаслідок неналежного виконання договору і приєднується до основного обов'язку. У деліктних зобов'язаннях обов'язок боржника – це новий відносний обов'язок, який покладається на порушника замість абсолютного обов'язку не порушувати чуже право, що він не виконав;

- договірні та деліктні обов'язки відрізняються за суб'єктивним складом. У перших суб'єкти відомі відразу і після порушення договору їх склад не змінюється (за винятком відносин поруки). У деліктних зобов'язаннях суб'єкти визначаються тільки після вчинення порушення: порушник стає боржником, а потерпіла особа – кредитором;

- характерною рисою деліктних зобов'язань є також те, що вони виконують, насамперед, компенсаційну функцію, яка є властивою в цілому для цивільного права, але вирішального значення набуває саме тут, оскільки метою і змістом вказаних зобов'язань є саме відшкодування (компенсація) шкоди, якої завдав порушник. Досягається виконання цієї функції за допомогою забезпечення відшкодування потерпілому шкоди, яка виникла в останнього внаслідок неправомірних дій того, хто завдав шкоду. Тобто йдеться про поновлення того майнового стану потерпілої особи, який існував до правопорушення і завдання їй шкоди¹.

Крім цього, деліктні зобов'язання відрізняються від договірних ще й тим, що норми, які регулюють правила відшкодування завданої правопорушенням шкоди, мають суто імперативний характер, виключаючи розсуд сторін при визначенні умов їх виникнення і розміру відшкодування.

На думку Т. С. Ківалової, законодавець до характерних рис деліктних зобов'язань відносить те, що:

¹ Відшкодування моральної та матеріальної шкоди: навч. посіб. / за ред. М. К. Галянтича. Київ: Юрінком Інтер, 2011. С. 52–53.

1) це зобов'язання недоговірні, вони не існують аж до того моменту, поки не буде мати місце юридичний факт (завдання шкоди), що породжує відповідні цивільні права та обов'язки;

2) визначальним є сам факт завдання шкоди, тоді як правомірність чи неправомірність дій, винність особи, яка завдала шкоду, є обставинами факультативними: вони можуть мати, а можуть і не мати юридичного значення (наприклад, не має значення вина заподіювача шкоди у випадках, передбачених ст.ст. 1173–1176, 1178, 1181, 1184, 1187 ЦК України);

3) суб'єктами зазначених зобов'язань можуть бути як той, кому безпосередньо завдана шкода, так і особи, указані в законі (непрацездатні утриманці потерпілого тощо – ст. 1200 ЦК України); як той, хто безпосередньо завдав шкоду, так і суб'єкти цивільних відносин, указані в законі (роботодавці, підприємницькі товариства, кооперативи – ст. 1172 ЦК України; держава, АРК, органи місцевого самоврядування – ст.ст. 1172–1175 ЦК України, держава – ст. 1176 ЦК України; батьки чи усиновлювачі або опікун чи інша фізична особа, яка на правових підставах здійснює виховання малолітньої особи, яка завдала шкоду, навчальний заклад тощо – ст.ст. 1178, 1181 ЦК України);

4) об'єктом цих зобов'язань є абсолютні права, що належать суб'єкту цивільних відносин (право на життя та здоров'я, речові права тощо), яким завдано шкоду;

5) змістом зобов'язань є право потерпілого на відшкодування шкоди, забезпечене передбаченим законом обов'язком боржника відшкодувати завдану шкоду¹.

Норми, що регулюють відшкодування завданої позадоговірної шкоди, зібрані в главі 82 ЦК України «Відшкодування шкоди», яка розділена на три параграфи. Але, на думку О. О. Отраднovoї, така побудова глави 82 ЦК України часто не тільки не допомагає, але й, навпаки, плутає як сторони деліктних зобов'язань, так і правозастосовчі органи. Подібна система норм деліктного права не відображає прийнятої в Україні системи деліктних зобов'язань та призводить до плутанини при одночасному застосуванні норм, розміщених у різних параграфах. На думку вченої, це пов'язано з тим, що ЦК України побудований за класичною пандектною системою, за якою виділяються Загальна та Спеціальна частини². До Загальної частини включаються

¹ Відшкодування моральної та матеріальної шкоди: навч. посіб. / за ред. М. К. Галянтича. Київ: Юрінком Інтер, 2011. С. 47.

² Отраднова О. О. Вади юридичної техніки побудови глави 82 Цивільного кодексу України. *Юридична техніка і технологія: теорія та практика застосування*: тези доп. та повідомл. учасн. II Всеукр. наук.-практ. конф. (м. Львів, 24–25 листоп. 2016 р.) / за заг. ред. І. Д. Шутака. Харків: Право, 2016. С. 9.

норми, які поширюють свою дію на всі інші підгалузі, інститути та підінститути цивільного права. Це допомагає запобігти дублюванню норм, що мають однакове значення для всіх інститутів цивільного права. У свою чергу, до Особливої частини включаються підгалузеві норми, які «зумовлюють внутрішню структурну диференціацію цивільного права»¹. Подібна структурна побудова властива і внутрішнім різнорівневим складовим частинам ЦК України. Таким чином нібито побудована і глава 82 ЦК України «Відшкодування шкоди». Але якщо в інших главах ЦК України тільки положення першого параграфу «Загальні положення» поширюються на всі правовідносини, що регулюються іншими параграфами, а норми наступних параграфів не можуть напряму застосовуватися перехресно (тільки в силу аналогії закону), то в главі 82 ЦК України ситуація інакша. З одного боку, у § 1 «Загальні положення про відшкодування шкоди» містяться не тільки загальні норми, які поширюють свою дію на всі наступні параграфи, а й правила про спеціальні делікти. А з іншого боку, правила §§ 2 та 3 можуть напряму застосовуватися разом (наприклад, у разі заподіяння шкоди здоров'ю особи внаслідок недоліків товару), що не дозволяє кваліфікувати їх як класичні складові особливої частини деліктного права².

Для вирішення означеної проблеми О. О. Отрадна пропонує до загальної частини віднести всі загальні правила, що стосуються відшкодування майнової шкоди, заподіяної життю, здоров'ю фізичної особи, майну фізичної або юридичної особи, держави, територіальної громади, а також моральної шкоди. До особливої частини деліктного права слід віднести правила про окремі (спеціальні) делікти, які необхідно виділити на підставі двох основних критеріїв:

а) першим критерієм є особливість суб'єктного складу заподіювачів шкоди. За цим критерієм визначити правила про відшкодування шкоди, заподіяної органами або посадовими (службовими) особами органів державної влади, влади АРК, органів місцевого самоврядування; правила про відшкодування шкоди, заподіяної незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органу, що здійснює оперативно-розшукову діяльність, досудове розслідування, прокуратури або суду; малолітніми, неповнолітніми, недієздатними особами, особами, дієздатність яких обмежена, та особами, нездатними усвідомлювати значення своїх дій та/або керувати ними;

¹ Майданик Р. А. Цивільне право: Загальна частина. Т. І. Вступ у цивільне право. Київ: Алерта, 2012. С. 226.

² Отрадна О. О. Вади юридичної техніки побудови глави 82 Цивільного кодексу України. *Юридична техніка і технологія: теорія та практика застосування*: тези доп. та повідомл. учасн. II Всеукр. наук.-практ. конф. (м. Львів, 24–25 листоп. 2016 р.) / за заг. ред. І. Д. Шутака. Харків: Право, 2016. С. 9–10.

б) другим критерієм є особливість способу заподіяння шкоди. За даним критерієм виділити спеціальні норми, що регулюють порядок відшкодування шкоди, заподіяної правомірними діями, джерелом підвищеної небезпеки, заподіяної внаслідок недоліків товарів, робіт (послуг), та відшкодування шкоди особі, яка потерпіла від злочину. Крім того, до спеціальних деліктів даної групи можна віднести випадки заподіяння шкоди в разі здійснення особою права на самозахист та у стані крайньої необхідності, а також заподіяння шкоди прийняттям закону про припинення права власності на певне майно¹.

М. А. Тіхонова

§ 13. Елементи *corpus delikti civile*

Зобов'язання із заподіяння шкоди можуть розглядатися під різними кутами зору: і як правовий інститут, і як правовідносини. Як правовий інститут вони становлять сукупність норм, що регулюють відносини, пов'язані з заподіянням шкоди, завданої учасниками цивільних відносин². Як правовідносини вони можуть бути охарактеризовані в загальному сенсі як правовий зв'язок між суб'єктами цивільних відносин, що виникає у зв'язку із заподіянням шкоди. Правовий інститут відшкодування шкоди і правовідносини із заподіяння шкоди нерозривно пов'язані між собою, оскільки наявність відповідних норм у цивільному законодавстві є нормативною базою виникнення відповідних прав та обов'язків. Разом із тим правовідносини із заподіяння шкоди є результатом реалізації норм цивільного законодавства про відшкодування шкоди. Таким чином, інститут і правовідносини з відшкодування шкоди знаходяться у діалектичному взаємозв'язку, становлять статичну і динаміку регулювання відповідних цивільних відносин³.

Деліктне зобов'язання – це різновид цивільно-правових зобов'язань і тому йому властиві ті самі структурні особливості, що характеризують будь-яке зобов'язання. Відповідно до сформованої в теорії цивілістичної науки класифікації елементів зобов'язань до них відносять: суб'єкти, об'єкт і зміст⁴.

Перш ніж перейти до характеристики елементів деліктних зобов'язань,

¹ Отраднова О. О. Вади юридичної техніки побудови глави 82 Цивільного кодексу України. *Юридична техніка і технологія: теорія та практика застосування*: тези доп. та повідомл. учасн. II Всеукр. наук.-практ. конф. (м. Львів, 24–25 листоп. 2016 р.) / за заг. ред. І. Д. Шутака. Харків: Право, 2016. С. 10–11.

² Якушев В. С. О понятії правового інститута. *Правоведение*. 1970. № 6. С. 62–72.

³ Ківалова Т. С. Зобов'язання відшкодування шкоди у цивільному законодавстві України (теоретичні аспекти): монографія. Одеса: Юрид. літ., 2008. С. 66

⁴ Смирнов В. Т., Собчак А. А. Общее учение о деликтных обязательствах в советском гражданском праве: учебное пособие. Ленинград: ЛГУ, 1983. С. 8.

слід зазначити, що традиційно ці зобов'язання належать до охоронних правовідносин. Цією їх особливістю, спеціальним призначенням зумовлюється те, що вони є односторонніми зобов'язаннями, тобто такими, де одна сторона (кредитор) має лише права, а інша (боржник) – лише обов'язки¹.

В. Т. Смирнов, А. О. Собчак зазначали, що оскільки шкода може бути заподіяна як громадянину, так і організації, а в ролі осіб, які завдали шкоду, також можуть виступати і громадяни, і організації, отже суб'єктами деліктних зобов'язань можуть бути будь-які учасники цивільних правовідносин (цивільного обороту)². Як і в інших зобов'язальних відносинах суб'єкти деліктних відносин називаються кредитором (особа, якій завдано шкоду, тобто потерпіла особа іншими словами особа, яка має лише права вимоги) і боржником (особа, відповідальна за заподіяну шкоду або яка зобов'язана її відшкодувати).

Кредитором у деліктних зобов'язаннях може бути будь-який учасник цивільних правовідносин. Т. С. Ківалова, характеризуючи кредитора, зауважила, що у зобов'язаннях із відшкодування шкоди кредитор і потерпілий можуть не співпадати в одній особі. Так, при завданні шкоди смертю людини потерпілим є загиблий. Згідно зі ст. 1200 ЦК України у разі смерті потерпілого право на відшкодування шкоди (тобто, бути кредиторами) мають непрацездатні особи, які були на його утриманні або мали на день його смерті право на одержання від нього утримання, а також дитина потерпілого, народжена після його смерті³.

Щодо боржника, то найчастіше ним буде особа, яка власне і завдала шкоду кредиторіві, в інших випадках це буде особа, яка несе відповідальність за дії безпосереднього заподіювача шкоди. Адже як боржник може виступати тільки деліктоздатна особа – особа, яка здатна відповідати за свої дії (вчинки). Деліктоздатністю є властивість особи нести самостійну юридичну відповідальність за вчинені нею правопорушення (делікти)⁴.

Відповідно до законодавства такими особами є фізичні особи, які досягли чотирнадцятого віку. Але відповідно до ч. 2–3 ст. 1179 ЦК України у разі відсутності у неповнолітньої особи майна, достатнього для відшкодування завданої нею шкоди, ця шкода відшкодовується в частці, якої не вистачає, або

¹ Ківалова Т. С. Зобов'язання відшкодування шкоди за цивільним законодавством України: теоретичні проблеми: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03 / Одес. нац. юрид. акад. Одеса, 2008. С. 168.

² Смирнов В. Т., Собчак А. А. Общее учение о деликтных обязательствах в советском гражданском праве: учебное пособие. Ленинград: ЛГУ, 1983. С. 14.

³ Ківалова Т. С. Зобов'язання відшкодування шкоди за цивільним законодавством України: теоретичні проблеми: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03 / Одес. нац. юрид. акад. Одеса, 2008. С. 168.

⁴ Алексеев С. С. Общая теория социалистического права: курс лекций. Вып. 2: Нормы права и правоотношения. Свердловск: Изд-во Свердл. юрид. ин-та, 1964. С. 80.

в повному обсязі її батьками (усиновлювачами) або піклувальником, якщо вони не доведуть, що шкода була завдана не з їхньої вини. Якщо неповнолітня особа перебувала у закладі, який за законом здійснює щодо неї функції піклувальника, цей заклад зобов'язаний відшкодувати шкоду в частці, якої не вистачає, або в повному обсязі, якщо він не доведе, що шкоди було завдано не з його вини. Обов'язок батьків (усиновлювачів), піклувальника, закладу, який за законом здійснює щодо неповнолітньої особи функції піклувальника, відшкодувати шкоду припиняється після досягнення особою, яка завдала шкоди, повноліття або коли вона до досягнення повноліття стане власником майна, достатнього для відшкодування шкоди. Т. С. Ківалова звертає увагу, що в першому випадку (ч. 2 ст. 1179 ЦК України) впливає можливість «розділення» за певних умов особи заподіювача шкоди та боржника, а в другому випадку (ч. 3 ст. 1179 ЦК України) «заподіювач шкоди» і «боржник» знов-таки співпадають у одній особі, оскільки обов'язок відшкодування шкоди покладається на того, хто цю шкоду завдав¹.

Що стосується інших учасників цивільних правовідносин як суб'єктів деліктних зобов'язань, то тут слід зазначити наступне.

Відповідно до п. 2 ч. 1 ст. 92 ЦК України *юридична особа* наділяється цивільною правоздатністю і дієздатністю, може бути позивачем та відповідачем у суді. Особливістю деліктоздатності юридичної особи є те, що її межі точно визначаються законом² і вона реалізується в результаті неправомірних дій будь-кого з її працівників у таких випадках: коли шкода була завдана найнятим юридичною або фізичною особою працівником під час виконання ним своїх трудових (службових) обов'язків; коли шкода була завдана підрядником, що діяв за завданням замовника; коли шкода була завдана учасником (членом) підприємницького товариства або кооперативу під час здійснення ним підприємницької діяльності від імені товариства чи кооперативу (ст. 1172 ЦК України)³.

Відшкодування шкоди, завданої працівником юридичної особи під час виконання ним своїх трудових (службових обов'язків), має певні особливості. Насамперед, протиправність діяння полягає в тому, що особа має вчинити не

¹ Ківалова Т. С. Зобов'язання відшкодування шкоди за цивільним законодавством України: теоретичні проблеми: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03 / Одес. нац. юрид. акад. Одеса, 2008. С. 169–170.

² Там само. С. 267.

³ Виняток складають випадки відшкодування державою шкоди, завданої діями посадової або службової особи органу державної влади, тощо (Див.: Калетнік І. Г. Зобов'язання, що виникають внаслідок завдання шкоди службовими особами митних органів, в цивільному законодавстві України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Одес. нац. юрид. акад. Одеса, 2004. С. 133–142).

просто протиправне діяння (дію або бездіяльність), а вчиняти його за таких умов:

- коли між нею та відповідною юридичною чи фізичною особою є трудові службові правовідносини;
- коли матеріальна шкода завдається безпосередньо під час виконання трудових (службових) обов'язків¹.

Частиною 2 ст. 1172 ЦК України встановлено відповідальність замовника за шкоду, завдану третій особі підрядником, якщо останній діяв за завданням замовника. Підставами притягнення замовника до відповідальності є наявність шкоди; завдання її підрядником; її спричинення на виконання завдання замовник. Отже, важливим для вирішення спору щодо відшкодування шкоди, завданої підрядником замовнику є встановлення, за яких обставин та на підставі чого була нанесена шкода – за завданням замовника або з власної ініціативи підрядника. Дії, які має виконувати підрядник за завданням замовника, а також правове становище замовника та підрядника регламентовані главою 61 ЦК України. Відмінністю в даному випадку є можливість звернення замовника з регресним позовом до підрядника не за нормами трудового права, а за правилами ст. 1191 ЦК України.

Організації, що діють без створення юридичної особи, можуть мати в певних межах цивільну правосуб'єктність і виступати учасниками цивільних правовідносин². Тому суб'єктами деліктних зобов'язань можуть бути не тільки фізичні та юридичні особи, а й інші, хоча і не зазначені в ст. 2 ЦК України, але такі, що допускаються законом до участі в цивільному обороті організації. Такі організації наділені деліктоздатністю, отже, їх здатність бути суб'єктом деліктних зобов'язань є елементом їх загальної правосуб'єктності, якою в тій чи іншій мірі володіють не тільки юридичні особи, а й інші організації, що допускаються до участі в цивільному обороті³.

Територіальні громади, як і інші суб'єкти публічного права також є суб'єктами деліктних зобов'язань. Як боржники вони можуть виступати як у зобов'язаннях, що ґрунтуються на принципі генерального делікту (ч. 1 ст. 1166 та ч. 1 ст. 1167 ЦК України), так і в зобов'язаннях, що ґрунтуються на принципі спеціального делікту (ч. 2 ст. 1167, ст.ст. 1173–1175 ЦК України)⁴.

Т. С. Ківалова, досліджуючи питання відшкодування шкоди в таких зобов'язаннях, зазначає, що особою, зобов'язаною відшкодувати шкоду, не

¹ Відшкодування моральної та матеріальної шкоди: навч. посіб. / за ред. М. К. Галянтича. Київ: Юрінком Інтер, 2011. С. 178.

² Смирнов В. Т., Собчак А. А. Общее учение о деликтных обязательствах в советском гражданском праве: учебное пособие. Ленинград: ЛГУ, 1983. С. 14

³ Там само. С. 15.

⁴ Борденюк В. Територіальні громади як суб'єкти деліктних зобов'язань. *Науковий часопис Національної академії прокуратури України*. 2015. № 1. С. 37.

завжди є той, хто її завдав: у багатьох випадках обов'язок відшкодування шкоди покладається на іншу особу, вказану у нормах законодавства. Наприклад, у випадках завдання шкоди органом дізнання, попереднього (досудового) слідства, прокуратури або суду обов'язок відшкодування такої шкоди покладається на державу (ст. 1176 ЦК України). Таким чином, у спорах, пов'язаних із відшкодуванням шкоди, можуть фігурувати: 1) кредитор, 2) потерпілий, 3) заподіювач шкоди, 4) боржник. Разом із тим сторін у зазначених зобов'язань тільки дві – кредитор та боржник. Це пов'язане з тим, що вони або об'єднують у собі два поняття (коли у одній особі співпадають кредитор і потерпілий, боржник і заподіювач шкоди), або одне з цих понять, як визначальне, поглинає інше, яке не є юридично самостійною конструкцією (наприклад, малолітні, недієздатні тощо не є суб'єктами цивільних правовідносин, а тому не можуть бути боржниками – стороною у зобов'язаннях відшкодування шкоди)¹.

У деяких випадках на стороні кредитора або боржника може мати місце множина осіб. У випадку завдання шкоди одночасно кільком особам виникає зобов'язання з активною множиною осіб – кількома потерпілими-кредиторами. Можлива також ситуація, коли один із потерпілих є також і кредитором, а інший – ні.

Зобов'язанню з відшкодування шкоди, завданої спільно кількома особами, притаманні як загальні (власне шкода, причинний зв'язок між діянням і шкодою, протиправність поведінки усіх солідарних боржників і вина усіх солідарних боржників, за винятком прямо передбачених законом випадків), так і спеціальні умови виникнення. До останніх слід віднести:

1) шкода має бути заподіяна не менше ніж двома особами. При цьому у діянні кожної з них повинні бути присутні усі загальні умови виникнення будь-якого зобов'язання з відшкодування шкоди;

2) дії та/або бездіяльність, якими завдано шкоди, мають бути взаємопов'язаними, сукупними й мати наслідком неподільну відповідальність усіх боржників. Наявність цих двох зв'язків свідчить про те, що шкода заподіяна спільною поведінкою кількох співборжників².

Що ж є об'єктом правовідношення як елемента деліктного зобов'язання? На думку Ю. К. Толстого та В. А. Лапача³, об'єктом є те фактичне відношення,

¹ Ківалова Т. С. Зобов'язання відшкодування шкоди за цивільним законодавством України: теоретичні проблеми: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03 / Одес. нац. юрид. акад. Одеса, 2008. С. 168–169.

² Чернілевська О. Спеціальні умови виникнення зобов'язань із відшкодування шкоди, завданої спільно кількома особами. *Підприємство, господарство і право*. 2016. № 11. С. 61.

³ Лапач В. А. Система об'єктів гражданских прав: Теория и судебная практика. Санкт-Петербург: Юридический центр Пресс, 2002. С. 65; Толстой Ю. К. К теории правоотношения. Ленинград: Изд-во ЛГУ, 1959. С. 108.

на яке справляє вплив правове відношення. В. І. Сенищев, розглядаючи об'єкт прав та правовідносин під дещо іншим кутом зору, до об'єктів цивільних правовідносин відносив правовий режим, встановлений стосовно усього того, що вказане у законодавстві як об'єкти цивільних прав¹. Отже, об'єктом правового відношення є все те, з приводу чого ці відносини виникають. Це можуть бути відносини людей, матеріальні та нематеріальні блага (явища та предмети навколишнього світу), що мають здатність задовольняти інтереси учасників правових відносин і на які спрямовані суб'єктивне право та відповідний йому обов'язок з метою задоволення інтересів уповноваженої особи².

Т. С. Ківалова вважає, що об'єктом зобов'язань відшкодування шкоди як цивільних охоронних (відновлювальних) правовідносин, слід визнати ту компенсацію, яку боржник зобов'язаний надати потерпілому. При цьому необхідно розрізнити об'єкт, якому завдано шкоди (об'єкт регулятивних правовідносин, який одночасно виступає як об'єкт правової охорони або об'єкт загального правового захисту), і об'єкт (предмет) правовідносин відшкодування завданої шкоди³.

Так, В. Т. Смирнов, А. О. Собчак зазначали, що об'єктом деліктного зобов'язання є відшкодування, яке боржник (відповідальна особа) зобов'язаний надати потерпілому. Воно може виражатися як у формі відновлення майнової сфери потерпілого в натурі (шляхом надання такої ж речі, виправлення, ремонту пошкодженої речі тощо), так і в формі компенсації завданих збитків. Закон передбачає обидві названі форми відшкодування, однак на практиці переважає стягнення із зобов'язаної особи збитків. По-перше, відшкодування в натурі може бути пов'язано з відомими труднощами для заподіювача шкоди і не завжди прийнятним для потерпілого, а, по-друге, якщо пошкоджується здоров'я або заподіюється смерть фізичній особі єдиною можливою формою відшкодування шкоди є грошова компенсація потерпілим втраченого заробітку (засобів існування при загибелі годувальника) та інших витрат, зумовлених заподіянням такої шкоди⁴.

Натомість Т. С. Ківалова зауважила, що разом із тим поняття об'єкта цивільних правовідносин не може бути єдиним, універсальним для усіх видів правовідносин, через що його й не коректно визначати, наприклад, як матеріальні та нематеріальні блага, що виступають засобом задоволення

¹ Сенищев В. И. Объект гражданского правоотношения. *Актуальные проблемы гражданского права*. Москва: Статут, 1998. С. 110–111.

² Ківалова Т. С. Зобов'язання відшкодування шкоди за цивільним законодавством України: теоретичні проблеми: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03 / Одес. нац. юрид. акад. Одеса, 2008. С. 178.

³ Там само. С. 179.

⁴ Смирнов В. Т., Собчак А. А. *Общее учение о деликтных обязательствах в советском гражданском праве: учебное пособие*. Ленинград: ЛГУ, 1983. С. 17.

інтересів уповноваженого суб'єкта, з приводу яких здійснюється діяльність суб'єктів цивільного правовідношення. Скажімо, у зобов'язаннях з відшкодування шкоди матеріальні та нематеріальні блага не виступають засобом задоволення інтересів уповноваженого суб'єкта, з приводу яких здійснюється діяльність суб'єктів цивільного правовідношення. Натомість, діяльність суб'єктів правовідносин з відшкодування шкоди спрямована на поновлення або компенсацію пошкоджених благ, і таким чином, об'єктом є не саме благо, а компенсація знищеного або пошкодженого блага. Отже, об'єктом правовідносин з відшкодування шкоди є поведінка, дії боржника (особи, що завдала шкоду або особи, на яку покладено законом обов'язок відшкодування), які завжди мають майновий характер. Так, за загальним правилом, встановленим ст. 1192 ЦК України, боржник може бути зобов'язаний або відшкодувати у повному обсязі шкоду, завдану майну, в натурі (повернути річ такого ж роду та якості, виправити ушкодження тощо), або повністю компенсувати заподіяні збитки. Отже, об'єктом охоронних правовідносин відшкодування шкоди є дії боржника з відшкодування завданої ним шкоди¹.

Змістом деліктного зобов'язання є право кредитора (потерпілого) вимагати відновлення його майнової сфери в той стан, в якому вона перебувала до правопорушення, і обов'язок особи, відповідальної за заподіяння шкоди (боржника), здійснити зазначені дії. Таким чином, зміст деліктного зобов'язання вичерпується майновою відповідальністю заподіювача перед потерпілим. Фактичне відшкодування шкоди потерпілому припиняє дію деліктного зобов'язання².

Суб'єктивне цивільне право на відшкодування шкоди, яке виникає у потерпілого, охоплює лише дві можливості:

– вимагати від іншої особи виконання обов'язку відшкодування завданої шкоди (цим охоплюється і можливість власної певної поведінки потерпілого);

– вимагати від держави застосування засобів захисту проти зобов'язаної особи за допомогою використання державного апарату примусу (шляхом звернення до суду тощо).

Структура юридичного обов'язку зобов'язаної до відшкодування шкоди особи, відповідає структурі вищезазначеного суб'єктивного права, виступаючи його своєрідною антитезою: можливостям уповноваженої особи протистоять

¹ Ківалова Т. С. Зобов'язання відшкодування шкоди за цивільним законодавством України: теоретичні проблеми: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03 / Одес. нац. юрид. акад. Одеса, 2008. С. 178–184.

² Смирнов В. Т., Собчак А. А. Общее учение о деликтных обязательствах в советском гражданском праве: учебное пособие. Ленинград: ЛГУ, 1983. С. 18.

«необхідності» поведінки зобов'язаної особи. Отже, в структурі юридичного зобов'язку учасника цивільних правовідносин відшкодування шкоди можна виділити такі дві «необхідності», що існують для зобов'язаної особи:

- необхідність поводитися певним чином (вчинити певні дії з відшкодування шкоди, завданої потерпілому);
- необхідність відреагувати на вимоги потерпілої особи, яка має суб'єктивне цивільне право на відшкодування шкоди і прагне реалізувати їх шляхом звернення безпосередньо до зобов'язаної особи або до суду¹.

М. А. Тіхонова

§ 14. Проблемні питання відшкодування шкоди, завданої джерелом підвищеної небезпеки

Одна з основних актуальних проблем інституту відповідальності за шкоду, заподіяну джерелом підвищеної небезпеки, полягає у співвідношенні поняття діяльності, що створює підвищену небезпеку для оточуючих, і поняття джерела підвищеної небезпеки.

Поняття джерела підвищеної небезпеки закріплено ст. 1187 ЦК України і розкриває його зміст через категорію діяльності. Відповідно до зазначеної норми джерелом підвищеної небезпеки визнається діяльність, що створює підвищену небезпеку для оточення. Головною підставою цієї точки зору є абсолютно безспірне посилання на те, що «річ ніколи сама по собі не «небезпечна», що шкідливість стосується не речі як такої, а діяльності, системи дій»². Г. Л. Пендяга вважає, що наведені правові категорії, незважаючи на взаємний зв'язок, мають істотні відмінності по суті та за змістом. Категорії діяльності, яка створює суспільну підвищену небезпеку, та джерела підвищеної небезпеки є неоднаковими правовими категоріями, оскільки ґрунтуються на різних поняттях³. Зміст їх взаємозв'язку полягає в тому, що джерело підвищеної небезпеки як предмет здійснює певний процес (діяльність), а діяльність (процес), у свою чергу, виконується за допомогою джерела підвищеної небезпеки (предмета)⁴.

¹ Ківалова Т. С. Зобов'язання відшкодування шкоди за цивільним законодавством України: теоретичні проблеми: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03 / Одес. нац. юрид. акад. Одеса, 2008. С. 194–195.

² Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права (по изд. 1917 г.). Москва, 1998. С. 287.

³ Пендяга Г. Л. Відповідальність за шкоду, заподіяну джерелом підвищеної небезпеки: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Київ. нац. ун-т ім. Тараса Шевченка. Київ, 2008. С. 15.

⁴ Терешенко Н.В. Особливості відповідальності за шкоду, заподіяну джерелом підвищеної небезпеки: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Нац. ун-т внутр. справ. Харків, 2003. С. 14.

У сучасній цивілістичній науці обґрунтовано кілька концепцій правової природи категорії: «джерело підвищеної небезпеки» – «діяльності»¹, «об'єктів або предметів матеріального світу»² та «енергії»³.

Найбільшого поширення у доктрині цивільного права набула теорія, за якою джерело підвищеної небезпеки розглядається з точки зору діяльності, пов'язаної з експлуатацією небезпечних об'єктів. Відповідно до ст. 1187 ЦК України *джерелом підвищеної небезпеки є діяльність*, пов'язана з використанням, зберіганням або утриманням транспортних засобів, механізмів та обладнання, використанням, зберіганням хімічних, радіоактивних, вибухо- і вогнебезпечних та інших речовин, утриманням диких звірів, службових собак та собак бійцівських порід тощо, що створює підвищену небезпеку для особи, яка цю діяльність здійснює, та інших осіб. Такий перелік видів діяльності, пов'язаної з підвищеною небезпекою, є більш широким порівняно з ЦК УРСР та Постановою Пленуму ВС України від 27 березня 1992 р. «Про практику розгляду судами цивільних справ за позовами про відшкодування шкоди», але на думку вчених він не є вичерпним. Питання про те, чи є та чи інша діяльність джерелом підвищеної небезпеки, має вирішуватися судом у кожному конкретному випадку з урахуванням висновків відповідних

¹ Антимонов Б. С. Гражданская ответственность за вред, причиненный источником повышенной опасности. Москва: Госюриздат, 1952. С. 35; Гражданское право: Т. 1 / под ред. М. М. Агаркова и Д. М. Генкина. Москва: Юриздат, 1944. С. 335; Иоффе О. С. Обязательственное право. Москва: Юрид. лит., 1975. С. 478; Ярошенко К. Б. Специальные случаи ответственности за причинение вреда. Москва: Юрид. лит., 1977. С. 6.

² Белякова А. М. Возмещение вреда, причиненного источником повышенной опасности. Ответственность владельца источника повышенной опасности. Москва: Изд-во МГУ, 1967. С. 11; Егоров Н. Понятие источника повышенной опасности. *Сов. юстиция*. 1980. № 2. С. 12; Зобов'язальне право: теорія і практика: навч. посіб. для студентів юрид. вузів і фак. ун-тів / за ред. О. В. Дзери. Київ: Юрінком Інтер, 1998. С. 843; Красавчиков О. А. Возмещение вреда, причиненного источником повышенной опасности. Москва: Юрид. лит., 1966. С. 34; Приступа С. Н. Возмещение вреда, причиненного в результате столкновения автотранспортных средств: дис. ... канд. юрид. наук / Харьков, 1985. С. 31; Приступа С. Н. Ответственность за причинение вреда источником повышенной опасности: учеб. пособие. Харьков: ХЮИ, 1986. С. 6; Собчак А. А. О понятии источника повышенной опасности в гражданском праве. *Правоведение*. 1964. № 2. С. 145; Червониченко Л. К. Понятие и виды источников повышенной опасности. Владивосток: Изд-во Дальневост. ун-та, 1975. С. 10

³ Маслов В. Обязательства из причинения вреда: учебное пособие. Харьков: Харьк. юрид. ин-т, 1961. С. 25; Пендяга Г. Л. Відповідальність за шкоду, заподіяну джерелом підвищеної небезпеки: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Київ. нац. ун-т імені Тараса Шевченка. Київ, 2008. С. 17; Флейшиц Е. А. Обязательства из причинения вреда и из неосновательного обогащения. Москва: Госюриздат, 1951. С. 132; Червоний Ю. С. Обязательства из причинения вреда в советском гражданском праве: учебно-метод. пособие для студ. юрид. ф-тов. Одесса, 1961. С. 21.

експертиз (технічної, радіаційної, хімічної тощо)¹. Цивільно-правова відповідальність за шкоду, завдану діяльністю, що є джерелом підвищеної небезпеки, настає у разі її цілеспрямованості (наприклад, використання транспортних засобів за їх цільовим призначенням), а також при мимовільному прояві шкідливих властивостей об'єктів, що використовуються в цій діяльності (наприклад, у випадку завдання шкоди внаслідок мимовільного руху автомобіля). В інших випадках шкода відшкодовується на загальних підставах, передбачених ст. 1166 ЦК України, особою, яка її завдала (наприклад, коли пасажир, відчиняючи двері автомобіля, що не рухався, спричинив тілесні ушкодження особі, яка проходила поруч)².

Так, шкода, завдана автомобілем, буде відшкодовуватися за правилами ст. 1187 ЦК України лише тоді, коли автомобіль знаходився в русі, а не тоді, коли він стояв у гаражі або на стоянці. Умови відшкодування шкоди суб'єктом звичайної діяльності не співвідносяться з умовами відшкодування шкоди суб'єктами діяльності, що створюють підвищену небезпеку для оточуючих при їх взаємодії. Тобто сутність джерела підвищеної небезпеки полягає в прийнятті на себе особою, яка здійснює певну діяльність, несприятливих майнових обставин, що можуть настати під час її здійснення у силу випадкових обставин. З цієї підстави можна навести приклад Закону України «Про обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів». Вигодонабувачем у таких випадках є потерпілий, а не особа, яка завдала шкоду та яка, у свою чергу, не звільняється цілком від цивільно-правової відповідальності, наприклад вона може бути зобов'язана до субсидіарної відповідальності та при недостатності страхових виплат потерпілому, а також у випадку спричинення шкоди здоров'ю людини – виплатити грошову компенсацію у рахунок моральної шкоди (ст.ст. 32, 38)³.

Не вважається джерелом підвищеної небезпеки велосипед, оскільки цей транспортний засіб не має двигуна, а рухається внаслідок дії мускульної сили людини, яка знаходиться на ньому, отже, його експлуатація є повністю контрольованою. У переважній більшості, як свідчить практика, суди розглядають цивільні справи про відшкодування шкоди, завданої джерелом підвищеної небезпеки внаслідок дорожньо-транспортних пригод, які сталися за участю наземних транспортних засобів. Під час розгляду таких справ слід

¹ Відшкодування моральної та матеріальної шкоди : навч. посіб. / за ред. М. К. Галянтича. Київ: Юрінком Інтер, 2011. С. 295.

² Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних з відшкодуванням шкоди: Роз'яснення Вищого арбітражного суду від 01.04.1994. *Збірник рішень та арбітражної практики Вищого арбітражного суду України*. 1994. № 1.

³ Відшкодування моральної та матеріальної шкоди: навч. посіб. / за ред. М. К. Галянтича. Київ: Юрінком Інтер, 2011. С. 296.

враховувати, що відповідно до п. 1.10 ПДР України механічний транспортний засіб – транспортний засіб, що приводиться в рух за допомогою двигуна. Цей термін поширюється на трактори, самохідні машини і механізми (крім транспортних засобів, робочий об'єм двигуна яких не перевищує 50 куб. см), а також тролейбуси та транспортні засоби з електродвигуном потужністю понад 3 кВт. За визначенням цього пункту ПДР України мопед – двоколісний транспортний засіб, що має двигун з робочим об'ємом до 50 куб. см. Отже, хоча він і не належить до механічних транспортних засобів, наявність у нього двигуна відповідно до положень ч. 1 ст. 1187 ЦК України дає підстави вважати мопед джерелом підвищеної небезпеки¹.

Проблеми відповідальності незалежно від вини за шкоду, завдану джерелом підвищеної небезпеки, викликані багатьма чинниками. Одним із головних Г. Л. Пендяга називає обмеження застосування принципу цивільної відповідальності – принципу вини². К. Цвайгерт наводить в своєму порівняльно-правовому аналізі думку про те, що у всіх розглянутих правопорядках основною тенденцією розвитку деліктного права є поліпшення статусу потерпілого шляхом обмеження сфери дії відповідальності за принципом вини або повної відмови від неї. Проте зазначена тенденція неоднаково застосовується в ситуативних типах життєдіяльності. Пояснення такої обставини, на думку автора, можна знайти в багатьох чинниках. По-перше, в тому, що потерпілі певних типів нещасних випадків заслуговують на особливий захист. По-друге, в тому, що допущення певних ризиків виключного характеру можливе лише за умови обумовлення їх дуже суворою відповідальністю. По-третє, що в певних типах випадків доказування вини пов'язане з вагомими складнощами. Надалі, в тому, що в певних випадках від ризику заподіяння шкоди можна легко застрахуватися, таким чином витрати, які виникли щодо компенсації за шкоду, можуть бути легко перекладені на інших осіб³.

За часів класичного римського приватного права вина набула значення обов'язкової умови покладення цивільно-правової відповідальності. З тих пір є загальноприйнятим, що без вини немає відповідальності. І тому зазвичай відповідальність без вини не допускалася.

Посилення відповідальності незалежно від вини відобразилось у поступовому закріпленні в нормативних актах, наприклад, відповідальності

¹ Узагальнення судової практики розгляду судами цивільних справ про відшкодування шкоди, завданої джерелом підвищеної небезпеки у 2010–2011 роках: Лист ВССУ. *Часопис цивільного і кримінального судочинства*. 2012. № 4.

² Пендяга Г. Л. Відповідальність за шкоду, заподіяну джерелом підвищеної небезпеки: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Київ. нац. ун-т імені Тараса Шевченка. Київ, 2008. С. 74.

³ Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: в 2 т. Т. 2: Договор. Неосновательное обогащение. Деликт. Москва: Междунар. отношения. 1998. С. 462.

власників чи володільців за шкоду, завдану речами, що їм належать, зокрема дикими тваринами, будівлями, що зазнають руйнації, тощо (ст.ст. 1384, 1385, 1386 Французького цивільного кодексу, §§ 833–834 книги 2 Німецького цивільного уложення)¹.

Крім того, згідно з нормами міжнародного права відповідальність за шкоду, завдану деякими джерелами підвищеної небезпеки, не виключається навіть непереборною силою, наприклад, у ст. 2 Конвенції 1972 р. «Про міжнародну відповідальність за шкоду, завдану космічними об'єктами» встановлюється абсолютна відповідальність держави, що запускає космічний об'єкт, у виплаті компенсації за шкоду, завдану цим космічним об'єктом на поверхні землі або повітряному судну в польоті. Або ж ця відповідальність виключається тільки деякими, прямо названими у джерелі обставинами непереборної сили².

На сьогодні доктрина цивільного права поділяє визначені категорії вини на два види: «суб'єктивна» вина, яка пов'язана з інтелектуальними та вольовими моментами та «об'єктивна», яка безпосередньо впливає з самої поведінки суб'єкта. «Об'єктивна» вина полягає в невиконанні або неможливості виконання боржником зобов'язання за залежних від нього обставин, у разі того, що він мав можливість його виконати³. Однак, на противагу цій позиції більшість авторів схильна до іншого тлумачення вини. Так, О. С. Йоффе визначає вину як «...психическое отношение лица к совершаемому им противоправному действию или бездействию, а также к наступающим в связи с этим противоправным последствиям...»⁴, «...поведение, предшествующее совершению противоправных действий, может иметь определенное значение для выявления виновности правонарушителя, ограничиться одним лишь предшествующим поведением нельзя, ибо вина должна сопутствовать, а не предшествовать правомерному поведению»⁵. Саме такої позиції – за якої вина визначається як психічне ставлення особи до своєї

¹ Гражданское и торговое право капиталистических государств / под ред. Яичкова К. К. Москва: Междунар. отношения, 1966. С. 551; Нарышкина Р. Л. Ответственность за вред, причиненный в связи с производством и использованием атомной энергии в мирных целях по гражданскому праву буржуазных государств. *Сов. государство и право*. 1966. № 11. С. 118–119; Гражданское и торговое право капиталистических стран / под ред. Мозолина В. П. и Кулагина М. И. Москва: Междунар. отношения, 1980. С. 289.

² Про міжнародну відповідальність за шкоду, заподіяну космічними об'єктами: Конвенція ООН 1972 р. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/995_126.

³ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. 2-е изд. Москва: Статут, 2005. С. 721.

⁴ Иоффе О. С. Обязательственное право. Москва: Юрид. лит., 1975. С. 128.

⁵ Иоффе О. С. Ответственность по советскому гражданскому праву. Ленинград: Изд-во ЛГУ, 1955. С. 121.

протиправної поведінки та її результатів, у якій втілюється її негативне ставлення до порушуваних прав інших суб'єктів цивільного права дотримуються і багато інших вчених¹.

Хоча деякі науковці виступають категорично проти визначення вини як «психічного відношення» особи, вказуючи на те, що у правозастосовчій практиці питання психіки боржника не досліджуються і суди не займаються питанням розходження ступенів вини² або на те, що «...право имеет так же мало дела с психическими переживаниями человека, как с физическими процессами природы...Праву нет дела до психического процесса, и не о психических переживаниях идет спор в суде»³. Саме так вину визначають і психологи, які психічним станом називають емоції або почуття, юристів же цікавить свідомість, воля⁴.

Іноді поняття вини поєднується з протиправністю. Г. К. Матвеев зазначає, що вина є психічним ставленням порушника цивільного правопорядку у формі умислу або необережності до своїх протиправних дій і їх шкідливих наслідків ... суб'єктивне ставлення правопорушника до здійсненої їм дії (і її можливого результату), з одного боку, і негативну оцінку правопорушення в цілому – з іншого, не можна відривати одне від одного⁵.

В Україні на сьогодні головною особливістю відшкодування шкоди, завданої джерелом підвищеної небезпеки, є те, що володільця небезпечного об'єкта буде зобов'язано відшкодувати шкоду незалежно від вини цієї особи. Перед потерпілим несуть однаковий обов'язок відшкодувати завдану шкоду як винні, так і невинні володільці об'єктів, діяльність з якими є джерелом підвищеної небезпеки.

¹ Самощенко И. С. Понятие правонарушения по советскому законодательству. Москва: Юрид. лит., 1963. С. 130–131; Петров И. Н. Ответственность хозорганов за нарушение обязательств. Москва. 1974. С. 115–116; Рабинович Ф. Л. Вина как основание договорной ответственности предприятия. Москва. 1975. С. 32; Советское гражданское право: в 2 т. Т. 1 / под ред. Грибанова В. П. и Корнеева С. М. Москва. 1979. С. 528; Советское гражданское право: в 2 ч. Ч. 1 / под ред. В. Т. Смирнова, Ю. К. Толстого, А. К. Юрченко. Ленинград, 1982. С. 375; Пендяга Г. Л. Відповідальність за шкоду, заподіяну джерелом підвищеної небезпеки: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Київ. нац. ун-т ім. Тараса Шевченка. Київ, 2008. С. 71.

² Пугинский Б. И. Гражданско-правовые средства в хозяйственных отношениях. Москва, 1984. С. 151–153.

³ Успенский Л. Н. Очерки по юридической технике. Ташкент: Изд-во Средазкнига, 1927. С. 88–89.

⁴ Гражданско-правовая охрана интересов личности в СССР / ред. кол.: О. А. Красавчиков (отв. ред.) и др. Свердловск, 1977. С. 105–106.

⁵ Матвеев Г.К. Основания гражданско-правовой ответственности. Москва: Юрид. лит., 1970. С. 178, 186.

Разом із цим відповідальність за шкоду, заподіяну джерелом підвищеної небезпеки, має свої межі, за якими відповідальність виключається. Межа відповідальності визначає сферу дії обставин, які виключають відповідальність. До них належать непереборна сила та умисел потерпілого. Під умислом потерпілого слід розуміти усвідомлене бажання особи заподіяти шкоду. При цьому особа має розуміти значення своїх дій та мати змогу керувати ними. Непереборною силою в такому випадку слід визнавати фактори об'єктивного характеру, причинно не пов'язані з джерелом підвищеної небезпеки. Шкідливі властивості самого джерела підвищеної небезпеки непереборною силою не є. Дія непереборної сили може бути спрямована як на об'єкт, діяльність з яким становить джерело підвищеної небезпеки, так і на осіб, які обслуговують цей об'єкт. Обов'язок доведення умислу потерпілого або наявності непереборної сили законом покладається також на володільця джерела підвищеної небезпеки, оскільки діє цивільно-правова презумпція заподіювача шкоди¹.

М. А. Тіхонова

§ 15. Проблемні питання відшкодування шкоди, завданої незаконними діями органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, органів досудового розслідування, прокуратури та суду

У ст. 56 Конституції України закріплене право громадян на відшкодування за рахунок держави чи органів місцевого самоврядування матеріальної та моральної шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їх посадових і службових осіб при здійсненні ними своїх повноважень. Це положення закріплюється і в ЦК України, у т. ч. й в ст. 1176, в якій встановлено, що шкода, завдана фізичній особі внаслідок її незаконного засудження, незаконного притягнення до кримінальної відповідальності, незаконного застосування запобіжного заходу, незаконного затримання, незаконного накладення адміністративного стягнення у вигляді арешту чи виправних робіт, відшкодовується державою у повному обсязі незалежно від вини посадових і службових осіб органу, що здійснює оперативно-розшукову діяльність, досудове розслідування, прокуратури або суду. Право на відшкодування шкоди, завданої фізичній особі незаконними діями органу, що здійснює оперативно-розшукову діяльність, досудове розслідування, прокуратури або

¹ Узагальнення судової практики розгляду судами цивільних справ про відшкодування шкоди, завданої джерелом підвищеної небезпеки у 2010–2011 роках: Лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ. *Часопис цивільного і кримінального судочинства*. 2012. № 4.

суду, виникає у випадках, передбачених законом. Якщо кримінальне провадження закрито на підставі закону про амністію або акта про помилування, право на відшкодування шкоди не виникає. Фізична особа, яка у процесі досудового розслідування або судового провадження шляхом самообмови перешкоджала з'ясуванню істини і цим сприяла незаконному засудженню, незаконному притягненню до кримінальної відповідальності, незаконному застосуванню запобіжного заходу, незаконному затриманню, незаконному накладенню адміністративного стягнення у вигляді арешту чи виправних робіт, не має права на відшкодування шкоди. Шкода, завдана фізичній або юридичній особі внаслідок постановлення судом незаконного рішення в цивільній справі, відшкодовується державою в повному обсязі в разі встановлення в діях судді (суддів), які вплинули на постановлення незаконного рішення, складу злочину за обвинувальним вироком суду, що набрав законної сили. Шкода, завдана фізичній або юридичній особі внаслідок іншої незаконної дії або бездіяльності чи незаконного рішення органу, що здійснює оперативно-розшукову діяльність, органу досудового розслідування, прокуратури або суду, відшкодовується на загальних підставах. Порядок відшкодування шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органу, що здійснює оперативно-розшукову діяльність, органу досудового розслідування, прокуратури або суду, встановлюється законом.

Особливостями даного виду деліктних зобов'язань є:

а) визначальним для них є сам факт завдання шкоди, тоді як правомірність чи неправомірність дій, винність особи, яка завдала шкоду, є обставинами факультативними (можуть мати, а можуть і не мати юридичного значення);

б) суб'єктами зазначених зобов'язань можуть бути як той, хто безпосередньо завдав шкоду, так і суб'єкти цивільних відносин, вказані у законі (держава – 1176 ЦК України). Це свідчить про те, що ці правовідносини – правовідносини з відшкодування шкоди іншою особою, а не тією, що завдала шкоду, як правило, є компенсаційними (правовідновлювальними)¹.

У Законі України «Про відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів дізнання, попереднього слідства, прокуратури і суду» встановлюється, що незаконними діями відповідних службових осіб є: 1) незаконне засудження, незаконне повідомлення про підозру у вчиненні кримінального правопорушення, незаконне взяття і тримання під вартою, незаконне проведення в ході кримінального провадження обшуку, виїмки, незаконне накладення арешту на майно, незаконне відсторонення від роботи

¹ Ківалова Т. С. Зобов'язання відшкодування шкоди за цивільним законодавством України: теоретичні проблеми: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03 / Одес. нац. юрид. акад. Одеса, 2008. С. 75–76, 162.

(посади) та інших процесуальних дій, що обмежують права громадян; 2) незаконне застосування адміністративного арешту чи виправних робіт, незаконна конфіскація майна, незаконне накладення штрафу; 3) незаконне проведення оперативно-розшукових заходів, передбачених законами України «Про оперативно-розшукову діяльність», «Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю» та іншими актами законодавства. Деліктне зобов'язання виникає при наявності однієї із передбачених незаконних дій у сукупності з іншими підставами відповідальності (шкода, причинний зв'язок).

Відповідно до ст. 3 Закону України «Про відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів дізнання, попереднього слідства, прокуратури і суду» відшкодуванню громадянину підлягають: 1) заробіток та інші грошові доходи, які він втратив внаслідок незаконних дій; 2) майно (в т. ч. гроші, грошові вклади і відсотки по них, цінні папери та відсотки по них, частка у статутному фонді господарського товариства, учасником якого був громадянин, та прибуток, який він не отримав відповідно до цієї частки, інші цінності), конфісковане або звернене в доход держави судом, вилучене органами досудового розслідування, органами, які здійснюють оперативно-розшукову діяльність, а також майно, на яке накладено арешт; 3) штрафи, стягнуті на виконання вироку суду, судові витрати та інші витрати, сплачені громадянином; 4) суми, сплачені громадянином у зв'язку з поданням йому юридичної допомоги; 5) моральна шкода.

Порядок відшкодування шкоди, завданої незаконними діями органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, органів досудового розслідування, прокуратури та суду, встановлюється Законом України «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів дізнання, досудового слідства, прокуратури і суду» та Положенням «Про застосування Закону України «Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянину незаконними діями органів дізнання, досудового слідства, прокуратури і суду», затвердженим Наказом Міністерства юстиції, Генеральної прокуратури та Міністерства фінансів України від 06.03.1996 року.

Запитання та завдання для самоконтролю

1. Розкрийте уніфікаційні процеси у сфері зобов'язального права та охарактеризуйте основні підходи до класифікації зобов'язань.
2. Розкрийте основні проблемні питання застосування видів забезпечення виконання зобов'язань.
3. Визначте підстави для розмежування завдатку та авансу.
4. Охарактеризуйте грошові зобов'язання та правові наслідки їх порушення.

5. Охарактеризуйте проценти як правову категорію у цивільному праві та розкрийте особливості їх стягнення.
6. Визначте правові наслідки порушення зобов'язань та розкрийте основні підходи до визначення поняття цивільно-правової відповідальності.
7. Охарактеризуйте збитки та неустойку як основні форми цивільно-правової відповідальності.
8. Охарактеризуйте основні проблемні питання звільнення від цивільно-правової відповідальності.
9. Розкрийте особливості укладення, виконання, зміни та розірвання договору.
10. Чи допускається такий спосіб захисту цивільних прав та інтересів як визнання договору неукладеним?
11. Охарактеризуйте попередній та публічний договори у цивільному праві.
12. Охарактеризуйте деліктні зобов'язання та визначте елементи *corpus delikti civile*.
13. Розкрийте особливості відшкодування шкоди, завданої джерелом підвищеної небезпеки.
14. Розкрийте особливості відшкодування шкоди, завданої незаконними діями органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, органів досудового розслідування, прокуратури та суду.

ТЕМА 10. ЗАГАЛЬНІ ПОЛОЖЕННЯ ПРО СПАДКУВАННЯ

О. В. Мороз

§ 1. Теоретичні проблеми спадкового права

Перехід прав та обов'язків (спадщини) від померлої особи (спадкодавця) до інших осіб (спадкоємців) називається *спадкуванням*. Умови та порядок спадкування регулюються правовими нормами, сукупність яких становить *спадкове право*. М. В. Гордон визначав спадкове право як сукупність норм, що регламентують порядок переходу майна (майнових прав) померлого до іншої особи в установленому законом порядку¹.

Спадкове право в своєму розвитку пройшло досить довгий шлях – кілька тисячоліть, починаючи від спадкового права Юстиніана в Стародавньому Римі і закінчуючи сучасним спадковим правом. Норми спадкового права переважно містяться в книзі 6 ЦК України «Спадкове право», хоча окремі норми з питань спадкування містять й інші нормативно-правові акти, зокрема Земельний кодекс України² щодо набуття права власності на земельні ділянки у порядку спадкування тощо.

У цивілістичній доктрині спадкове право традиційно розглядають як один із цивільно-правових інститутів (О. С. Йоффе, С. Я. Фурса, Є. І. Фурса та ін.). Так, О. С. Йоффе під спадковим правом розуміє сукупність норм, що регулюють викликані смертю громадянина відносини щодо безпосереднього та універсального наступництва в належних йому майнових та необхідних для їх здійснення особистих немайнових правах і обов'язках³. Є. І. Фурса вважає спадкове право одним із інститутів цивільного права, в якому мають визначитися межі дозволеної поведінки суб'єктів спадкових правовідносин, що закріплені законодавством України. Водночас додаткове регламентування спадкових прав відбувається у межах спадкового процесу, під яким розуміють регламентовані законодавством юридично вагомі дії повноважних осіб, які зумовлені переходом прав померлої особи до інших осіб⁴.

Існує точка зору, що спадкове право є підгалуззю цивільного права

¹ Гордон М. В. Наследование по закону и по завещанию. Москва: Юрид. лит., 1967. С. 4.

² Земельний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України*. 2002. № 3–4. Ст. 27.

³ Йоффе О. С. Советское гражданское право: курс лекций. Ч. III. Ленинград: Изд-во Ленингр. ун-та, 1965. С. 283.

⁴ Фурса С. Я., Фурса Є. І. Спадкове право. Теорія і практика: навч. посіб. Київ: Атіка, 2002. С. 7–9.

(В. В. Васильченко¹, Ю. О. Заїка², Я. М. Шевченко³ та ін.). Ю. О. Заїка наголошує, що спадкове право, норми якого складаються із вікових національних звичаїв і традицій, враховують менталітет нації, є однією із найстабільніших і консервативних підгалузей цивільного права⁴. Крім того, Ю. О. Заїка зауважує, що попри розмаїття наведених визначень слід зазначити, що у будь-якому випадку ознаками спадкового права виступають перехід майнових прав і обов'язків померлого громадянина до його правонаступників; межі правонаступництва, зміст прав і обов'язків, які переходять у порядку правонаступництва, визначені в законі; порядок правонаступництва визначається законодавцем; правонаступника визначає правопопередник, а за відсутності його волевиявлення – законодавець⁵. Спадкування, на його думку, це цілий комплекс самостійних, але водночас взаємопов'язаних між собою правовідносин: правовідносин, що виникають із факту відкриття спадщини; правовідносин, що виникають відносно охорони спадкового майна; правовідносин із факту прийняття чи відмови від спадщини; правовідносин щодо виконання заповіту тощо⁶. Спадкові правовідносини можуть виникнути лише за наявності певної сукупності юридичних фактів: смерть фізичної особи або презумпція смерті відповідно до рішення суду; наявність у померлого майна, яке може виступати як предмет спадкування; здатність певної особи набути права на спадщину. Відсутність одного з юридичних фактів спадкові правовідносини не породжує⁷.

Спадкування є видом правонаступництва у цивільному праві. Основні риси спадкового правонаступництва визначив В. Л. Інцас: 1) воно має місце лише після смерті громадянина; 2) втілюється у майнових і пов'язаних з ними особистих немайнових правах та обов'язках громадян; 3) права та обов'язки, які переходять, становлять єдине ціле (спадкове майно); 4) права та обов'язки переходять до спадкоємців, як правило, безпосередньо й одночасно в повному обсязі (універсальне правонаступництво); 5) правовідносини, що виникають

¹ Васильченко В. В. Визначення поняття спадкового права в об'єктивному значенні. *Юридичний вісник*. 2003. № 3. С. 118.

² Правова доктрина України: у 5 т. Т. 3: Доктрина приватного права України / за заг. ред. Н. С. Кузнецової. Харків: Право, 2013. С. 413.

³ Цивільне право України: академічний курс: підруч.: у 2-х т. Т. 1 / за заг. ред. Я. М. Шевченко. Київ: Ін Юре, 2003. С. 17.

⁴ Правова доктрина України: у 5 т. Т. 3: Доктрина приватного права України / за заг. ред. Н. С. Кузнецової. Харків: Право, 2013. С. 413.

⁵ Заїка Ю. О. Становлення і розвиток спадкового права в Україні: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2007. С. 19–20.

⁶ Там само. С. 18.

⁷ Там само. С. 23.

між спадкоємцями та іншими особами, проходять дві стадії: з моменту відкриття спадщини і з моменту її прийняття¹.

Є. О. Рябоконт процес спадкового правонаступництва поділяє на два етапи: закликання до спадкування, з яким пов'язується поява у спадкоємців можливості для реалізації належного їм суб'єктивного права спадкування, та прийняття спадщини, за допомогою якого відбувається фактичне здійснення цього права².

Смерть спадкодавця є підставою для виникнення певних прав та обов'язків не лише для спадкоємця, а й для інших осіб, які так чи інакше причетні до спадкування: відказоодержувачів; виконавців заповіту; кредиторів і боржників спадкодавця; державних органів, які зобов'язані вжити заходів для охорони спадкового майна, управління ним та іншими особами. Як і спадкоємець, згадані вище особи можуть виступати суб'єктами спадкових правовідносин. Ю. О. Заїка вважає, що спадкодавець не може вважатися носієм суб'єктивних прав та обов'язків, оскільки їх суб'єктом можуть виступати лише особи, які наділені правоздатністю, тобто живі особи. А оскільки зі смертю спадкодавця його правоздатність припиняється, то відповідно припиняється і можливість перебувати в будь-яких конкретних правовідносинах³.

Є. І. Фурса вважає необхідним включити у практику і теорію спадкових правовідносин такі поняття, як «формальний спадкоємець» – спадкоємець, який зазначений у заповіті до смерті заповідача, «потенційний спадкоємець» – особа, яка має право на отримання спадщини, але не вчинила будь-яких дій, що свідчать про прийняття спадщини, «фактичний спадкоємець» – особа, яка прийняла спадщину, але не отримала свідоцтво про право на спадщину⁴.

Згідно зі ст. 1220 ЦК України, спадщина відкривається внаслідок смерті особи або оголошення її померлою. *Часом відкриття спадщини* є день смерті особи або день, з якого вона оголошується померлою. Якщо протягом однієї доби померли особи, які могли б спадкувати одна після одної, спадщина відкривається одночасно і окремо щодо кожної з них. Якщо кілька осіб, які могли б спадкувати одна після одної, померли під час спільної для них небезпеки (стихійного лиха, аварії, катастрофи тощо), припускається, що вони померли одночасно. У цьому випадку спадщина відкривається одночасно і окремо щодо кожної з цих осіб.

¹ Инцас В. Л. Наследование как особый вид правопреемства в советском гражданском праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Ленинград, 1973. С. 4.

² Рябоконт Є. О. Спадкове правовідношення в цивільному праві: монографія. Київ: Віпол, 2002. С. 93.

³ Заїка Ю. О. Становлення і розвиток спадкового права в Україні: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2007. С. 27.

⁴ Фурса Є. І. Спадкові правовідносини у нотаріальній та судовій практиці: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2004. С. 11.

Отже, часом відкриття спадщини в законі визнається день смерті спадкодавця. З цього випливає, що особи, які померли в один і той самий день, хоча і в різний час доби, визнаються померлими одночасно, а тому і не закликаються до спадкування після смерті одна одної. Зазначені особи називаються *комморієнтами* (лат. *commorientes* – «такі, які вмирають одночасно»).

У правозастосовчій практиці виникають проблемні питання розмежування спадкування за правом представлення, спадкування після смерті комморієнтів, спадкування при спадковій трансмісії. У правовій позиції, яка висловлена ВС України в постанові від 07.06.2017 р. у справі № 6-161цс17¹, зазначається, що відповідно до ч. 2 ст. 529 ЦК УРСР внуки і правнуки спадкодавця є спадкоємцями за законом, якщо на час відкриття спадщини немає в живих того з їх батьків, хто був би спадкоємцем; вони успадковують порівну в тій частці, яка належала б при спадкоємстві за законом їх померлому родителю. Аналогічна норма міститься й в ч. 1 ст. 1266 ЦК України. Спадкування за правом представлення – це спадкування за законом, яке передбачає появу в певних спадкоємців права на спадкування за умови смерті до відкриття спадщини того з їхніх родичів, хто був би спадкоємцем. Таким чином, його власні спадкоємці ніби представляють у спадкових відносинах особу, яка б одержала права на спадкування, якби була живою на час відкриття спадщини. Спадкування за правом представлення є різновидом спадкового правонаступництва та не залежить від спадкового правонаступництва між комморієнтами, оскільки спадкоємець, який помирає одночасно зі спадкодавцем, не спадкує його майно, але діти цього спадкоємця (внуки спадкодавця) за правом представлення виступають як безпосередні та самостійні спадкоємці майна спадкодавця, а не як спадкоємці тих осіб, яких вони представляють. Застосування права представлення не може залежати від того, що особа, яку представляють, померла не раніше, а в один день зі спадкоємцем. Якщо презюмується, що дві особи померли одночасно, це унеможливує перебування в живих особи, яку представляють, на час відкриття спадщини. Визначення спадкових прав комморієнтів стосовно один одного необхідне для розмежування обсягу спадщини і спадкоємців кожного з них, проте жодним чином не обмежує прав внука спадкувати після одного з комморієнтів замість іншого, який був би покликаний до спадкування в разі, якби був живим на час відкриття спадщини. Отже, фразу «належала б при спадкоємстві за законом їх померлому родителю» не потрібно розуміти як можливість особи, яку представляють, отримати право на прийняття спадщини, оскільки в такому

¹ Постанова Верховного Суду України від 07.06.2017 р., судова справа № 6-161цс17. URL: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/F5105E52E02BE68DC225815D0041AC53](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/F5105E52E02BE68DC225815D0041AC53).

випадку йшлося б про інший інститут – *спадкову трансмісію*. Якби особа, яку представляють, була б живою на час відкриття спадщини, то вона і була б спадкоємцем за законом, у даному ж випадку на її місце заступив спадкоємець за правом представлення, обсяг прав якого у праві представлення не залежить від фактичних прав особи, яка померла на час відкриття спадщини. Отже, під *спадкуванням за правом представлення* розуміють особливий порядок закликання до спадкування спадкоємців за законом, коли одна особа у випадку смерті іншої особи, яка є спадкоємцем за законом, до відкриття спадщини ніби заступає на її місце і набуває право спадкування тієї частки у спадковому майні, яку отримав би померлий спадкоємець, якби він був живий на момент відкриття спадщини.

О. В. Мороз

§ 2. Право на спадкування

Відповідно до ч. 1 ст. 1223 ЦК України *право на спадкування* мають особи, визначені у заповіті. Будь-яка дієздатна фізична особа має право залишити за заповітом своє майно особам, які як входять, так і не входять до кола спадкоємців за законом, юридичним особам, державі, територіальним громадам та іншим суб'єктам публічного права.

Ю. О. Заїка зазначає, що заповідач може призначити кілька спадкоємців, розподіливши між ними своє майно, включити у заповіт будь-які розпорядження, але в кожному заповіті повинно бути зазначено: а) коло осіб, яким має перейти майно заповідача у разі його смерті (або, відповідно, осіб, які позбавляються права на спадщину); б) яким чином слід поділити майно серед спадкоємців (або права, на яке майно вони позбавляються)¹. Ю. О. Заїка вважає, що заповідач може скласти заповіт на користь особи, яка ще не народилася², хоча законодавець прямо не закріплює даного положення. О. С. Северова вважає, що в деяких випадках можливе і не зазначення прізвища, ім'я та по батькові спадкоємця, але воля заповідача має бути викладена чітко і недвозначно. Так, якщо майно заповідане внукам, то спадкоємцями за заповітом можуть стати і «ті внуки, які ще не народилися на момент складання такого заповіту»³.

Заповіт є єдиним для фізичної особи способом розпорядитися своїм майном на випадок смерті. Умови дійсності заповіту Ю. О. Заїка поділяє на дві

¹ Заїка Ю. О. Становлення і розвиток спадкового права в Україні: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2007. С. 132.

² Там само. С. 133.

³ Цивільний кодекс України: коментар / за заг. ред. Є. О. Харитонова, О. М. Калітенко. Одеса: Юрид. літ., 2003. С. 1005.

групи. Оскільки заповіт є різновидом правочину, він має відповідати загальним умовам дійсності правочину, що передбачені у ст. 203 ЦК України, а саме: 1) заповідач має бути дієздатним на момент укладання заповіту; 2) зміст заповіту не повинен суперечити закону; 3) зміст заповіту має відображати дійсну волю заповідача; 4) заповіт має бути укладений у визначеній законом формі; 5) умови заповіту мають бути здійсненними. До другої групи слід віднести умови, необхідність яких зумовлена особливою правовою природою заповіту, а саме – між моментом укладання заповіту і настанням правових наслідків, які пов'язані з ним, проходить певний проміжок часу. Тому за наявності певних обставин заповіт повністю або в певній частині може бути визнано недійсним і він, відповідно, не буде підлягати виконанню. Ці обставини можуть бути як відомими заповідачу, так і невідомими, можуть існувати на момент складання заповіту, а можуть виникнути пізніше. Так, заповідач позбавив спадщини осіб, які мають право на обов'язкову частку, умови отримання спадщини виявилися нездійсненними чи протиправними, спадкоємці за заповітом усунуті від спадщини як негідні тощо¹.

У разі відсутності заповіту, визнання його недійсним, неприйняття спадщини або відмови від її прийняття спадкоємцями за заповітом, а також у разі неохоплення заповітом усієї спадщини *право на спадкування за законом* одержують особи, які є спадкоємцями за законом (ч. 2 ст. 1223 ЦК України).

Відповідно до п. 3.1 гл. 10 розд. II Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, затв. наказом Міністерства юстиції України від 22.02.2012 р. № 296/5², право на спадкування здійснюється спадкоємцями шляхом прийняття спадщини або її неприйняття. ЦК України передбачає такі способи прийняття спадщини: фактичне прийняття спадщини спадкоємцем, який постійно проживав разом із спадкодавцем на час відкриття спадщини і протягом шести місяців не заявив про відмову від неї; подача заяви до нотаріальної контори про прийняття спадщини спадкоємцем, який постійно не проживав із спадкодавцем; малолітні, неповнолітні, недієздатні особи, а також особи, які обмежені в цивільній дієздатності за рішенням суду, вважаються такими, що прийняли спадщину згідно з прямими приписами закону, за винятком випадку, коли вони (їх опікуни) з дозволу органів опіки та піклування відмовилися від прийняття спадщини³.

Заяви про прийняття спадщини або відмову від її прийняття подаються

¹ Заїка Ю. О. Становлення і розвиток спадкового права в Україні: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2007. С. 121.

² Про затвердження Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України: Наказ Міністерства юстиції України від 22.02.2012 р. № 296/5. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/z0282-12/page>.

³ Заїка Ю. О. Становлення і розвиток спадкового права в Україні: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2007. С. 278.

спадкоємцем особисто нотаріусу за місцем відкриття спадщини у письмовій формі. Прийняття і відмова від прийняття спадщини можуть мати місце щодо всього спадкового майна. Спадкоємець не вправі прийняти одну частину спадщини, а від іншої частини відмовитись. Спадкоємець, який прийняв частину спадщини, вважається таким, що прийняв усю спадщину (п. 3.14 глави 10 розділ II Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України). Якщо спадкоємець протягом шести місяців не подав до нотаріальної контори заяву про прийняття спадщини, він вважається таким, що не прийняв спадщину. Спадкоємець, який постійно проживав із спадкодавцем на час відкриття спадщини, вважається таким, що прийняв спадщину, якщо протягом строку, встановленого ст. 1270 ЦК України, він не заявив про відмову від неї.

Якщо для прийняття спадщини спадкоємець повинен так чи інакше демонстративно засвідчити свій намір прийняти спадщину, то відмовитися від спадщини можна не тільки шляхом вчинення певних дій (подачі заяви про це), а й не вчиняючи дій, які б свідчили про прийняття спадщини. Спадкоємець, який не бажає прийняти спадщину, може відмовитися від належної йому частки на користь інших спадкоємців: спадкоємець за заповітом – на користь спадкоємців за заповітом, спадкоємець за законом – на користь спадкоємців за законом. На користь інших спадкоємців не може відмовитися обов'язковий спадкоємець, оскільки його право на обов'язкову частку є суто особистим правом, що зумовлене його неповноліттям чи непрацездатністю. Така відмова від обов'язкової частки спадщини суперечила б її призначенню. Відмова спадкоємця за заповітом від прийняття спадщини не позбавляє його права спадкування за законом¹.

Право на спадкування виникає у день відкриття спадщини (ч. 3 ст. 1223 ЦК України).

О. В. Мороз

§ 3. Визначення кола спадкоємців, підстави усунення від спадкування

Відповідно до ст. 1222 ЦК України спадкоємцями за заповітом і за законом можуть бути фізичні особи, які є живими на час відкриття спадщини, а також особи, які були зачаті за життя спадкодавця і народжені живими після відкриття спадщини. Спадкоємцями за заповітом можуть бути юридичні особи, держава Україна, АРК, територіальні громади, іноземні держави та інші суб'єкти публічного права.

Закон передбачає закликання до спадкування не тільки осіб, які є живими після відкриття спадщини, а й осіб, які були зачаті за життя спадкодавця і

¹ Заїка Ю. О. Становлення і розвиток спадкового права в Україні: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2007. С. 285.

народжені живими після відкриття спадщини. При спадкуванні за законом зачата, але ще не народжена дитина є спадкоємцем першої черги (ст. 1261 ЦК України). Якщо заповіт складено на користь зачатої, але ще не народженої дитини, видача свідоцтва про право на спадщину і розподіл спадщини між усіма спадкоємцями може відбутися лише після народження дитини (ч. 2 ст. 1298 ЦК України). Отже, головною умовою спадкування є народження дитини живою. Це положення застосовується також щодо дитини, зачатої за життя спадкодавця, але народженої після його смерті, у разі спадкування за законом. У випадку народження дитини мертвою, вона не може виступати спадкоємцем.

Коло спадкоємців визначається на час відкриття спадщини. Тому, наприклад, якщо спадкодавець у заповіті серед спадкоємців назвав дружину, то в цьому випадку йдеться не про особу, з якою він був одружений на момент складання заповіту, а про особу, яка перебувала з ним у шлюбі на момент його смерті, тобто на день відкриття спадщини. Якщо ж спадкодавець заповів своє майно сину, а до його смерті в нього народився ще один син, то вираження волі заповідача набуває невизначеного характеру, оскільки невідомо, кому із синів він бажав заповісти своє майно¹.

Спадкоємці наділені певними правами. Так, спадкоємці мають право: 1) давати згоду на прийняття спадщини особами, які пропустили строк для прийняття спадщини (ч. 2 ст. 1272 ЦК України); 2) давати згоду на включення до свідоцтва про право на спадщину спадкоємців за законом, які позбавлені можливості подати документи, що підтверджують наявність підстав для закликання їх до спадкування (ст. 68 Закону України «Про нотаріат»²); 3) на ознайомлення із змістом заповіту та із спадковою справою; 4) на ознайомлення із складом спадщини; 5) брати участь у визначенні конкретної частки спадщини та у відокремленні і виділенні в натурі належної спадкоємцю частки; 6) відмовитись від спадкування, навіть, якщо вони фактично прийняли спадщину (вступили в управління чи володіння нею); 7) захищати безпосередньо або через представників свої права на спадщину та конкретну її частку в суді; 8) відповідати по боргах спадкодавця в межах дійсної вартості успадкованого ним майна; 9) вимагати від виконавця заповіту відповідний звіт (ст. 1292 ЦК України)³.

Крім того, Є. І. Фурса зазначає, що спадкоємці наділені і певними

¹ Заїка Ю. О. Становлення і розвиток спадкового права в Україні: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2007. С. 133.

² Про нотаріат: Закон України від 02.09.1993 р. № 3425-ХІІ. *Відомості Верховної Ради України*. 1993. № 39. Ст. 383.

³ Фурса Є. І. Спадкові правовідносини в нотаріальній і судовій практиці: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2004. С.102.

обов'язками: 1) виконання обов'язків за заповітом; 2) відшкодування витрат, понесених виконавцем заповіту по охороні спадкового майна і по управлінню цим майном або охоронцю спадщини; 3) надати звіт про виконання заповіту іншим спадкоємцям; 4) не розпоряджатися спадковим майном (не продавати, не заставляти та ін.), поки не мине шість місяців з дня відкриття спадщини або поки не буде одержано ними свідоцтво про право на спадщину; 5) спадкоємець, на якого покладено заповідачем виконання заповідального відказу, зобов'язаний виконати його, але лише в межах дійсної вартості спадкового майна, що перейшло до нього; 6) надати іншій особі довічне користування будинком або певною його частиною чи іншим майном, а також виконати певні дії для суспільно корисної мети, якщо це передбачено заповітом; 7) відшкодувати у межах дійсної вартості спадкового майна необхідні витрати, яких зазнали треті особи по догляду за спадкодавцем під час його хвороби, на похорони спадкодавця, а також відповідають по боргах спадкодавця; 8) враховувати інтереси зачатого, але ще не народженого спадкоємця, при поділі майна; 9) надавати нотаріусу правдиві відомості про інших спадкоємців за законом та заповітом, (хоча це положення не закріплене в законодавстві, але, на погляд дисертанта, його доцільність зумовлена змістом спадкових правовідносин)¹.

Особи, які внаслідок своєї протиправної поведінки позбавляються законодавством права на отримання спадщини після конкретного спадкодавця, в теорії цивільного права називають «негідними» або «недостойними» спадкоємцями².

Цивілістична доктрина тривалий час заперечувала існування в радянському праві інституту «негідних спадкоємців». Б. С. Антімонов і К. О. Граве підкреслювали, що радянський закон дає спадкодавцю широкі можливості самому зробити необхідні висновки з оцінки поведінки свого можливого спадкоємця. Спадкодавець має право усунути від спадкування будь-якого свого спадкоємця – прямо позбавивши його спадщини або не згадати його в заповіті взагалі, розподіливши все своє майно між іншими спадкоємцями³. В літературі висловлювалися пропозиції про законодавче встановлення кола обставин, які були б підставою для усунення від спадщини. В. І. Серебровський вважав доцільним позбавляти спадкоємця права спадкування, якщо він: а) шляхом обману погроз чи насильства перешкоджав складанню чи

¹ Фурса Є. І. Спадкові правовідносини в нотаріальній і судовій практиці: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2004. С. 103–104.

² Право власності в Україні: навч. посіб.; за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. Київ: Юрінком Інтер, 2002. С. 754.

³ Антімонов Б. С., Граве К. А. Советское наследственное право. Москва: Госюриздат, 1953. С. 70.

скасуванню заповіту; б) навмисно знищив чи пошкодив заповіт за умови, що заповідач не мав можливості його поновити; в) викрав чи приховав заповіт за умови, що ці факти встановлені в судовому порядку¹. С. А. Джапарідзе пропонував позбавляти спадкоємця за законом права спадкування і в тому випадку, коли заповіт зроблено на користь спадкоємця шляхом обману, насильства, погроз чи злого умислу².

Нині законодавець встановлює підстави усунення від спадщини осіб, які формально можуть претендувати на отримання спадкового майна.

Відповідно до ч. 1 ст. 1224 ЦК України *не мають права на спадкування* особи, які умисно позбавили життя спадкодавця чи будь-кого з можливих спадкоємців або вчинили замах на їхнє життя. Але дане положення не застосовується до особи, яка вчинила такий замах, якщо спадкодавець, знаючи про це, все ж призначив її своїм спадкоємцем за заповітом.

Ю. О. Заїка зазначає, що з ч. 1 ст. 1224 ЦК України не випливає, що спадкоємці повинні діяти виключно з метою заволодіти спадщиною. Таке розуміння зумовило б неправильне й обмежене застосування цієї норми. Тому й особи, які вчинили вбивство спадкодавця чи спадкоємця не лише з корисних мотивів, а із ревнощів, помсти, з метою приховати інший злочин, з хуліганських та інших мотивів, повинні усуватися від спадщини, оскільки вони своїми умисними діями об'єктивно сприяли тому, що їх закликають до спадщини чи їх частка спадщини внаслідок таких дій, спрямованих проти інших спадкоємців, автоматично збільшується³.

Так, П. С. Нікітюк вважає, що у випадку, коли після вчинення злочину спадкоємець не був засуджений у зв'язку з тим, що він помер, захворів на тяжку хворобу чи справа проти нього була припинена за іншими підставами, таку особу можна виключити з числа спадкоємців на підставі постанови компетентних органів про припинення щодо неї кримінального переслідування⁴.

Ю. О. Заїка зауважує, що за відсутності звинувачувального вироку немає підстав для усунення спадкоємця від спадщини, оскільки вину особи у вчиненні злочину може встановити лише суд. Винятками будуть випадки, коли порушена проти спадкоємця кримінальна справа (наприклад, підробка заповіту) припинена за нереабілітуючими для нього підставами⁵.

¹ Серебровский В. И. Наследственное право. *Советская юстиция*. 1937. № 10–11. С. 28.

² Джапаридзе С. А. Наследование по закону в советском гражданском праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Моск. юрид. ин-т. Москва, 1953. С. 7.

³ Заїка Ю. О. Становлення і розвиток спадкового права в Україні: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2007. С. 305.

⁴ Никитюк П. С. Наследственное право и наследственный процесс (проблемы теории и практики). Кишинев: Штиинца, 1973. С. 57.

⁵ Заїка Ю. О. Становлення і розвиток спадкового права в Україні: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2007. С. 316.

Відповідно до ч. 2 ст. 1224 ЦК України не мають права на спадкування особи, які умисно перешкоджали спадкодавцеві скласти заповіт, внести до нього зміни або скасувати заповіт і цим сприяли виникненню права на спадкування у них самих чи в інших осіб або сприяли збільшенню їхньої частки у спадщині.

Не можна не погодитися з С. Я. Фурсою та Є. І. Фурсою, що для об'єктивності загального висновку про визнання особи недостойним (негідним) спадкоємцем буде потребуватися рішення суду. Як окремий випадок наводиться ситуація, коли суд відмовив у задоволенні заяви про визнання особи недієздатною з тим, щоб вона не змогла скористатися своїм правом на складання заповіту. Справи про визнання спадкоємця недостойним автори пропонують розглядати в порядку позовного провадження, оскільки вони спрямовані на позбавлення спадкоємця певного права¹.

Не мають права на спадкування за законом батьки після дитини, щодо якої вони були позбавлені батьківських прав, і їхні права не були поновлені на час відкриття спадщини. Не мають права на спадкування за законом батьки (усиновлювачі) та повнолітні діти (усиновлені), а також інші особи, які ухилялися від виконання обов'язку щодо утримання спадкодавця, якщо ця обставина встановлена судом (ч. 3 ст. 1224 ЦК України).

Особа позбавляється права на спадкування за умови, якщо вона: а) належить до числа спадкоємців за законом; б) на неї відповідно до закону, договору чи рішення суду було покладено обов'язок утримувати спадкодавця; в) особа ухилялася від обов'язку щодо утримання спадкодавця і ця обставина встановлена судом².

Не мають права на спадкування за законом одна після одної особи, шлюб між якими є недійсним або визнаний таким за рішенням суду. Якщо шлюб визнаний недійсним після смерті одного з подружжя, то за другим із подружжя, який його пережив і не знав та не міг знати про перешкоди до реєстрації шлюбу, суд може визнати право на спадкування частки того з подружжя, хто помер, у майні, яке було набуто ними за час цього шлюбу (ч. 4 ст. 1224 ЦК України).

Відповідно до ч. 5 ст. 1224 ЦК України за рішенням суду від права на спадкування за законом можуть бути усунуті особи, якщо буде встановлено, що вони ухилялися від надання допомоги спадкодавцеві, який через похилий вік, тяжку хворобу або каліцтво був у безпорадному стані. Прийняття такого рішення є правом суду і суд може ним скористатися за умови: а) особа, яка

¹ Спадкове право: Нотаріат. Адвокатура. Суд: наук.-практ. посіб. / за заг. ред. С. Я. Фурси. Київ: Видавець Фурса С. Я.: КНТ, 2007. С. 145, 786–787.

² Заїка Ю. О. Становлення і розвиток спадкового права в Україні: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2007. С. 311.

позбавляється спадщини, належить до числа спадкоємців за законом; б) спадкодавець був у безпорадному стані через похилий вік, тяжку хворобу чи каліцтво; в) спадкоємець знав про безпорадний стан спадкодавця, мав можливість надати допомогу, але від надання її ухилявся. Під ухиленням від обов'язків необхідно розуміти не лише пряму відмову від сплати коштів на утримання спадкодавця, а й неодноразову зміну місця проживання, приховування його, ухилення від трудової діяльності з метою уникнення стягнення аліментів¹.

О. В. Мороз

§ 4. Об'єкти спадкового правонаступництва

Об'єктом спадкового правонаступництва є *спадщина*. Згідно зі ст. 1218 ЦК України до складу спадщини входять усі права та обов'язки, що належали спадкодавцеві на момент відкриття спадщини і не припинилися внаслідок його смерті.

Думка про те, що до складу спадщини входять як права, так і обов'язки спадкодавця, є панівною в юридичній літературі². Дана позиція закріплюється і в чинному законодавстві. Протилежний погляд, відповідно до якого у спадщину переходять лише права спадкодавця, не обтяжені обов'язками, був висловлений В. І. Серебровським, який вважав, що спадщина є сукупністю виключно матеріальних цінностей, до яких належать матеріальні об'єкти та інші об'єкти (права). Отже, до складу спадкового майна не можуть входити борги; тим більше, спадщина не може складатися з одних боргів. Що ж стосується останніх, то вони переходять до спадкоємців лише в силу прямої вказівки закону³. Крім вищевикладеної аргументації, В. І. Серебровський обґрунтовував невходження до складу спадщини боргів тим, що у такому випадку «спадкоємець, до якого перейшла спадщина, завжди мав би нести відповідальність за ці борги в повному їх обсязі». Конструкція ж обмеження відповідальності вартістю спадкового активу з'явилася з гуманізацією правовідносин і мала на меті заохотити спадкоємців до прийняття спадщини, оскільки останні часто просто відмовлялися від такого права, перебуваючи під

¹ Заїка Ю. О. Становлення і розвиток спадкового права в Україні: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2007. С. 314.

² Все о наследовании: (Комментарий действующего в Украине законодательства о наследовании имущества по закону и по завещанию (с изменениями и дополнениями на 01.09.95 г.) / сост. и авт. коммент. Ч. Н. Азимов и др. Харьков, 1996. С. 3; Гордон М. В. Наследование по закону и по завещанию. Москва: Юрид. лит., 1967. С. 8; Шахрайчук І. А. Спадкове право України (ретроспективний аналіз): навч. посіб. Дніпропетровськ: ДНУ, 2000. С. 202.

³ Серебровский В. И. Очерки советского наследственного права. Москва: АН СССР, 1953. С. 32–33, 42, 207, 218.

загрозою втрати усіх своїх активів і оголошення неспроможними. Погляди В. І. Серебровського на спадщину як на майно без боргів були піддані гострій критиці в юридичній літературі¹, що в кінцевому підсумку призвело до відмови самого автора від думки про те, що до складу спадщини входять лише права.

Отже, борги разом з активом переходять на спадкоємців саме внаслідок їх органічного зв'язку зі спадковим майном. Цей зв'язок виявляється в тому що, по-перше, лише до спадкоємців переходять обов'язки спадкодавця як невід'ємна частина спадщини; по-друге, не можна прийняти зі складу спадщини права і відмовитись від прийняття обов'язків і, навпаки, не допускається перехід у спадщину одних лише зобов'язань спадкодавця без переходу до спадкоємців належних йому прав; по-третє, при наявності кількох спадкоємців на частки поділяється не лише актив, але й пасив. Іншими словами, борги завжди є «прив'язаними» до спадщини².

Майнові права, які входять до складу спадщини, складають спадковий актив, а обов'язки – спадковий пасив. Спадщину ще називають спадковою масою або спадковим майном. Склад спадщини визначається на час відкриття спадщини.

Стаття 1219 ЦК України закріплює перелік прав та обов'язків особи, які нерозривно пов'язані з особою спадкодавця та не входять до складу спадщини. Так, до даного переліку належать: 1) особисті немайнові права; 2) право на участь у товариствах та право членства в об'єднаннях громадян, якщо інше не встановлено законом або їх установчими документами; 3) право на відшкодування шкоди, завданої каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я; 4) права на аліменти, пенсію, допомогу або інші виплати, встановлені законом; 5) права та обов'язки особи як кредитора або боржника, які нерозривно пов'язані з особою.

Суми заробітної плати, пенсії, стипендії, аліментів, допомог у зв'язку з тимчасовою непрацездатністю, відшкодувань у зв'язку з каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я, інших соціальних виплат, які належали спадкодавцеві, але не були ним одержані за життя, передаються членам його сім'ї, а у разі їх відсутності – входять до складу спадщини (ст. 1227 ЦК України).

ЦК України закріплює спадкування окремих об'єктів спадкового правонаступництва. Так, відповідно до ч. 1 ст. 1225 ЦК України право власності на земельну ділянку переходить до спадкоємців на загальних підставах, із збереженням її цільового призначення. У порядку спадкування можуть пере-

¹ Антимонов Б., Граве К., Флейшиц Е. Рецензія – В. И. Серебровский «Очерки советского наследственного права», Изд-во АН СССР, М., 1953. 237 с. *Советское государство и право*. 1954. № 1. С. 145–147.

² Рябоконт Е. О. Спадкове правовідношення в цивільному праві: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2002. С. 143–144.

даватися також право користування земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб (емфітевзис), право користування чужою земельною ділянкою для забудови (суперфіцій), право користування чужим майном (сервітут).

Згідно з ч. 2 та 3 ст. 1225 ЦК України до спадкоємців житлового будинку, інших будівель і споруд переходить право власності або право користування земельною ділянкою, на якій вони розміщені, або тієї її частини, яка призначена для обслуговування даних об'єктів нерухомості. Отже, перехід у спадщину будівлі або споруди можливий лише із одночасним успадкуванням земельної ділянки, яка функціонально забезпечує даний об'єкт, або із одночасним переходом права користування цієї ділянки або відповідної її частини.

Правило ст. 1225 ЦК України про те, що при переході до спадкоємців права власності на житловий будинок, інші будівлі та споруди до них переходить право власності або право користування земельною ділянкою, на якій вони розміщені, і у розмірі, який необхідний для їх обслуговування, якщо інший її розмір не визначений заповітом, необхідно розуміти так, що така ділянка переходить у власність або користування спадкоємців, якщо її було надано в установленому порядку, в межах, визначених при наданні, за умови, що спадкодавець не складав заповіту щодо розпорядження земельною ділянкою, належною йому на праві власності. Спадкодавець може передавати за заповітом частину належної йому земельної ділянки, тоді інша частина цієї ділянки спадкується за законом. У разі коли спадкодавець заповів всю земельну ділянку або її частину іншим особам, які не успадковували нерухоме майно, то спадкоємці мають право на земельну ділянку, на якій розміщено нерухоме майно та на частину ділянки, яка є необхідною для його обслуговування, незалежно від змісту заповіту (п. 10 Постанови Пленуму ВС України «Про судову практику у справах про спадкування»¹ від 30.05.2008 р. № 7).

Відповідно до ст. 1228 ЦК України вкладник має право розпорядитися правом на вклад у банку (фінансовій установі) на випадок своєї смерті, склавши заповіт або зробивши відповідне розпорядження банку (фінансовій установі). Право на вклад входить до складу спадщини незалежно від способу розпорядження ним. Заповіт, складений після того, як було зроблене розпорядження банку (фінансовій установі), повністю або частково скасовує його, якщо у заповіті змінено особу, до якої має перейти право на вклад, або якщо заповіт стосується усього майна спадкодавця.

Отже, спадкування права на вклад у банку може виникати: 1) шляхом складення заповіту; 2) шляхом складення спеціального розпорядження банку; 3) на підставі загальних норм спадкування за законом².

¹ Про судову практику у справах про спадкування: Постанова Пленуму ВС України від 30.05.2008 р. № 7. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0007700-08>.

² Цивільне право України: навч. посіб.: у 2 ч. Ч. 2 / за заг ред. В. А. Кройтора,

До спадкоємця переходить право на відшкодування збитків, завданих спадкодавцеві у договірних зобов'язаннях. Крім того, до спадкоємця переходить право на стягнення неустойки (штрафу, пені) у зв'язку з невиконанням боржником спадкодавця своїх договірних зобов'язків, яка була присуджена судом спадкодавцеві за його життя. Також до спадкоємця переходить право на відшкодування моральної шкоди, яке було присуджено судом спадкодавцеві за його життя (ст. 1230 ЦК України).

До складу спадщини входять майнові права інтелектуальної власності, чинні на час відкриття спадщини (право на отримання винагороди за використання твору, право на відтворення, опублікування і розповсюдження авторських творів, право на оформлення винаходу, корисної моделі тощо) (п. 14 Постанови Пленуму ВС України «Про судову практику у справах про спадкування» від 30.05.2008 р. № 7).

До спадкової маси входять не тільки майнові права, а й майнові зобов'язки спадкодавця, які не є такими, що нерозривно пов'язані з його особою. Так, до спадкоємця переходить зобов'язок відшкодувати майнову шкоду (збитки), яка була завдана спадкодавцем. Також до спадкоємця переходить зобов'язок відшкодування моральної шкоди, завданої спадкодавцем, яке було присуджено судом зі спадкодавця за його життя. Крім того до спадкоємця переходить зобов'язок сплатити неустойку (штраф, пеню), яка була присуджена судом кредиторів з спадкодавця за життя спадкодавця (ст. 1231 ЦК України).

Не досить визначеним у законодавстві є спадкування окремих об'єктів, які входять до складу спадщини. Насамперед це стосується зобов'язальних прав вимоги, майнових прав та зобов'язків щодо юридичних осіб, майнових комплексів, деяких інших об'єктів. Так, серед об'єктів нерухомого майна виокремлюють майнові комплекси. Причому ЦК України прямо не перелічує майнові комплекси в системі об'єктів цивільних прав. О. П. Печений до майнових комплексів включає садибу, підприємство та житловий комплекс. Безумовно, не виключається існування інших майнових комплексів, наприклад, комплексу нежитлових будівель і споруд¹. Ці об'єкти, які входять до складу спадщини, повинні переходити до спадкоємців у порядку спадкування. Проте норми Книги VI ЦК України, закріплюючи особливості спадкування окремих об'єктів, не торкаються спадкування майнових комплексів.

В юридичній літературі зазначається, що у випадках, передбачених законом, у спадок можуть переходити не тільки суб'єктивні права та зобов'язки в повному розумінні слова (наприклад, право власності або право кредитора в зобов'язанні), але і правові утворення, які знаходяться на шляху від

О. Є. Кухарева, М. О. Ткалича. Запоріжжя: Видав. дім «Гельветика», 2016. С. 325.

¹ Печений О. П. Майнові комплекси в системі об'єктів нерухомого майна. *Українське комерційне право*. 2009. № 9. С. 27–36.

правоздатності до суб'єктивних прав. Зазначені правові утворення можуть бути позначені або як *Gestaltungsrecht* (нім.: «право на правотворення»), або як охоронювані законом інтереси¹. Зокрема, ВС України у Постанові від 11.12.2013 р. у справі № 6-121цс13 висловив правову позицію², що право на приватизацію квартири, яка належить до державного житлового фонду, мають особи, які постійно проживають у цій квартирі. Для отримання права власності на житло особа повинна звернутись до відповідного органу приватизації з належно оформленою заявою, яка підлягає розгляду вказаним органом у строк, передбачений чинним законодавством. У тому разі, коли громадянин, який висловив волю на приватизацію займаної ним квартири, помер до прийняття компетентним органом рішення про приватизацію, але після завершення встановленого ч. 3 ст. 8 Закону України «Про приватизацію державного житлового фонду» строку, до його спадкоємців у порядку спадкування переходить право вимагати визнання за ними права власності на таку квартиру.

Зазначені проблемні питання спадкування окремих видів майнових прав та обов'язків спадкодавця не вичерпують усієї проблематики об'єктів спадкового правонаступництва, на що постійно звертається увага правників³.

О. Є. Кухарєв

§ 5. Спадкування за заповітом. Види заповітів

Спадкування за заповітом є одним із видів спадкування, що протиставляється порядку спадкування за законом, здійснюється за наявності останньої волі особи, викладеної в установленій законом формі. Заповіт при цьому виступає центральним юридичним фактом, який в сукупності з іншими елементами складу породжує виникнення правовідношення спадкування за заповітом. Як зазначав свого часу Й. О. Покровський, свобода посмертних розпоряджень складає разом зі свободою власності та свободою договорів один із наріжних каменів сучасного цивільного ладу. У тривалому історичному процесі індивідуальна воля пройшла через складну мережу всіляких обмежень і зайняла принципово вирішальне положення⁴. Оскільки роль

¹ Гражданское право: учебник. Ч. III / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. Москва: Проспект, 1999. С. 496.

² Постанова ВС України від 11.12.2013 р., судова справа № 6-121цс13. URL: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/3D212C3B9033FFBEC2257C92003A6E7F](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/3D212C3B9033FFBEC2257C92003A6E7F)

³ Див.: Харьковская цивилистическая школа: грани наследственного права: монография / под ред. И. В. Спасибо-Фатеевой. Харьков: Право, 2016. С. 254–391.

⁴ Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. Москва: Статут, 1998. С. 300.

зазначених правових категорій з часом не зменшилася, це положення було враховано при розробці проекту ЦК України.

Одним із методологічних підходів, закріплених у ЦК України, є пріоритет спадкування за заповітом над спадкуванням за законом. Можна сказати, що названий методологічний підхід реалізовано у книзі 6 ЦК України повною мірою. Йдеться про збільшення видів заповітів, вміщення спеціальної норми щодо тлумачення заповіту, а також встановлення можливості реалізації останньої волі особи шляхом призначення виконавця заповіту. Невипадково пріоритет спадкування за заповітом визначається О. П. Печеним магістральним методологічним підходом¹.

Поняття заповіту міститься в узагальненому вигляді у ст. 1233 ЦК України, згідно з якою *заповітом* є особисте розпорядження фізичної особи на випадок своєї смерті. Розширення свободи заповіту, що розглядається в правовій доктрині як фундаментальний принцип спадкового права², зумовило закріплення в ЦК України таких видів заповіту, як заповіт з умовою, заповіт подружжя, секретний заповіт, з відповідною правовою регламентацією, хоча і не достатньо повною, що зумовило їх неоднозначне розуміння та оцінку з боку українських науковців.

Заповіт з умовою. Так, згідно зі ст. 1242 ЦК України заповідач може обумовити виникнення права на спадкування у особи, яка призначена у заповіті, наявністю певної умови, як пов'язаної, так і не пов'язаної з її поведінкою (наявність інших спадкоємців, проживання у певному місці, народження дитини, здобуття освіти тощо). При цьому дискусію в юридичній літературі породжує норма щодо існування умови, визначеної у заповіті, саме на час відкриття спадщини (п. 2 ч. 1 ст. 1242 ЦК України).

На думку одних дослідників, це положення слід розуміти таким чином, що зазначена умова зберігає свою силу і продовжує обумовлювати виникнення права на спадкування, якщо тільки на день смерті спадкодавця вона не виконана, не досягнута, не втратила свого значення. Іншими словами, на час відкриття спадщини має зберігатися теоретична можливість настання даної умови³. Інші автори відстоюють протилежну позицію, що настання умови

¹ Печений О. П. Деякі проблеми методології спадкування. *Вісник Академії правових наук*. 2009. № 2. С. 82.

² Заїка Ю. О. Спадкове право України: становлення і розвиток: монографія. 2-ге вид. Київ: КНТ, 2007. С. 28, 29; Харьковская цивилистическая школа: грани наследственного права: монографія / под ред. И. В. Спасибо-Фатеевой. Харьков: Право, 2016. С. 125–126; Сібільова С. М. Свобода заповіту за чинним цивільним законодавством України. *Вісник Академії правових наук України*. 2012. № 2. С. 131–140; Достдар Р. М. Принципи спадкового права України. *Підприємництво, господарство і право*. 2008. № 12. С. 7.

³ Заїка Ю. О., Рябоконт Е. О. Спадкове право: навч. посіб. Київ: Юрінком Інтер, 2009. С. 109, 110; Печений О. П. Спадкове право. Харків: Фактор, 2012. С. 138, 139.

заповіту пізніше, хоча і в межах строку для прийняття спадщини, тягне за собою втрату права на спадкування за заповітом з умовою¹.

Важливо врахувати, що умова в заповіті є юридичним фактом, який разом з такими елементами юридичного складу, як складення заповіту, відкриття спадщини та її прийняття породжує виникнення правовідношення спадкування за заповітом. Імперативний характер ст. 1242 ЦК України дає підстави стверджувати, що закликання особи до спадкування породжує існування умови саме на час відкриття спадщини. Враховуючи, що часом відкриття спадщини є день смерті особи або день, з якого вона оголошується померлою, умова, зазначена в заповіті, має настати до відкриття спадщини або протягом 24 годин дня смерті спадкодавця. Настання вказаної умови навіть на наступний після відкриття спадщини день має наслідком втрату особою права на спадкування. Саме тому неприпустимі умови заповіту, якими на спадкоємця покладено обов'язок вчинити певні дії вже після смерті спадкодавця. В такому випадку йдеться не про умову заповіту, а про заповідальний відказ та покладення. Основна різниця між цими заповідальними розпорядженнями та умовою заповіту полягає в тому, що заповідальний відказ та покладення не впливають на можливість спадкувати спадкоємцем, чия частка обтяжена виконанням певних обов'язків. Їх невиконання не усуває спадкоємця від спадкування, а може привести лише до зобов'язання виконати відповідні розпорядження.

Іншим спірним питанням можна визначити правову кваліфікацію умов заповіту. Варто вказати на те, що закріплення в цивільному законодавстві України досліджуваного правочину було сприйняте юридичним співтовариством доволі обережно. Так, окремі цивілісти прямо висловлювались про недійсність заповіту, яким обмежується можливість фізичної особи здійснити право на вибір роду занять, місця проживання, право на свободу пересування тощо².

С. Я. Фурса та Є. І. Фурса проводять паралель між дійсними та недійсними умовами заповіту. Зокрема, автори вказують на те, що умова, згідно з якою спадкоємець має залишатись неодруженим, суперечить моральним принципам і є неправомірною, оскільки у нашому суспільстві прийнято, що сім'я є його основою. Водночас, якщо ж у заповіті буде зазначена умова набуття спадкоємцем статусу одруженої людини, це стимулюватиме спадкоємця до реалізації загальноновизнаних цінностей, і, відповідно, не суперечить ні закону, ні моральним засадам суспільства. Однак неправомірною буде умова

¹ Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України: в 4 т. Т. 3 / А. Г. Ярема, В. Я. Карабань, В. В. Кривенко, В. Г. Ротань. Київ; Севастополь, 2005. С. 810.

² Цивільне право України: академічний курс: підруч., у 2-х т. Т. 1. Загальна частина / за заг. ред. Я. М. Шевченко. Вид. 2-ге доп. і перероб. Київ: Ін Юре, 2006. С. 515.

щодо реєстрації шлюбу з конкретною особою, обраною заповідачем як майбутній чоловік або дружина спадкодавця. Аналогічно, на думку учених, складається ситуація й щодо питання освіти. Так, у заповіті можна закріпити умову про обов'язкове здобуття, наприклад, вищої освіти, але визначення навчального закладу, в якому особа повинна здобути таку освіту або визначення спеціальності є неправомірним через обмеження правоздатності спадкоємця¹.

У даному аспекті слід зауважити, що право на прийняття спадщини реалізується спадкоємцем як будь-яке суб'єктивне цивільне право, вільно і на свій розсуд. А відтак спадкоємець може відмовитися від прийняття спадщини, якщо вважає, що умова заповіту обмежує його право вибору або є неприйнятною із суб'єктивних міркувань (наприклад, не хоче отримувати освіту або не згоден із переїздом в іншу місцевість). Концепція заповіту з умовою, визначена в ЦК України, значно розширює свободу заповіту та є одним із проявів диспозитивності у спадковому праві².

Заповіт подружжя. За змістом ст. 1243 ЦК України подружжя має право скласти спільний заповіт щодо майна, яке належить йому на праві спільної сумісної власності. Конструкція цього правочину так визначена законом: у разі складення спільного заповіту частка у праві спільної сумісної власності після смерті одного з подружжя переходить до другого з подружжя, який його пережив. Після смерті останнього право на спадкування набувають особи, визначені подружжям у заповіті.

Одним із дискусійних у сучасній цивілістиці є питання щодо змісту заповіту подружжя. З цього приводу можна відзначити дві позиції, що протиставляються одна одній. Згідно з першою закон не обмежує подружжя в праві складення так званого «змішаного» заповіту, в якому подружжям, крім заповідальних розпоряджень щодо спільного майна, роблять розпорядження щодо речей, належних кожному з подружжя на праві особистої приватної власності. До прихильників такої концепції належать С. Я. Фурса³, Є. О. Харитонов⁴, О. В. Коротюк⁵.

Інші дослідники наполягають на тому, що заповіт подружжя може

¹ Спадкове право: Нотаріат. Адвокатура. Суд: наук.-практ посіб. / за заг. ред. С. Я. Фурси. Київ: Видавець Фурса С. Я. : КНТ, 2007. С. 49.

² Детальніше див.: Кухарев О. Є. Особливості спадкування за заповітом з умовою. *Право України*. 2012. № 7. С. 184–191.

³ Спадкування за законодавством України. Коментар. Судова практика: зб. нормат. актів. Київ: Юрінком Інтер, 2008. С. 80, 81.

⁴ Цивільний кодекс України: наук.-практ. комент. / за заг. ред. Є. О. Харитонова, О. І. Харитонової, Н. Ю. Голубевої. Київ: Правова єдність, 2008. С. 701.

⁵ Коротюк О. В. Заповіти: роз'яснення, зразки нотаріальних документів, судова практика: навч.-практ. посіб. Київ: Юрінком Інтер, 2010. С. 84.

містити розпорядження лише щодо їх спільного майна, тобто майна, набутого подружжям за час шлюбу, незалежно від того, що один із них не мав з поважної причини (навчання, ведення домашнього господарства, догляд за дітьми, хвороба тощо) самотійного заробітку (Ю. О. Заїка¹, І. В. Жилінкова², З. В. Ромовська³).

Заповіт подружжя може бути складений виключно щодо майна, належного дружині та чоловікові на праві спільної сумісної власності. Про це свідчить, передусім, імперативне положення ч. 1 ст. 1243 ЦК України стосовно змісту досліджуваного правочину, яке виключає можливість розпоряджатися особистою приватною власністю чоловіка та дружини. Водночас окремі автори апелюють в цьому питанні на відсутність прямої заборони в законі скласти «змішаний» заповіт⁴. Проте імперативний характер ч. 1 ст. 1243 ЦК України зумовлений не наявністю прямої заборони, а чітким визначенням меж заповідальних розпоряджень. І це зовсім не свідчить про обмеження принципу свободи заповіту, адже кожен з подружжя має право розпорядитися належним йому особистим майном шляхом складання окремого заповіту.

Згідно з п. 18 Постанови Пленуму ВС України «Про судову практику у справах про спадкування» від 30.05.2008 р. № 7 розірвання шлюбу чи визнання шлюбу недійсним після складення заповіту подружжя позбавляє цей заповіт юридичного значення без пред'явлення відповідного позову. У цьому разі спадкування відбувається на загальних підставах. Якщо припустити можливість вміщення в заповіт подружжя розпоряджень щодо особистої приватної власності чоловіка (дружини), то, напевно, у випадку розірвання шлюбу такі розпорядження не втрачали б юридичної сили.

За своєю правовою природою заповіт подружжя є одностороннім правочином, незважаючи на вчинення цього правочину спільно подружжям. Відповідно до ч. 3 ст. 202 ЦК України одностороннім правочином є дія однієї сторони, яка може бути представлена однією або кількома особами. З самого найменування § 1 глави 16 ЦК «Загальні положення про правочини», який охоплює й ст. 202 ЦК України, можна зробити висновок, що норма, яка міститься в ній, має бути загальною, тобто поширюватися на усі правочини, до

¹ Заїка Ю. О. Спадкове право в Україні: становлення і розвиток: монографія. 2-ге вид. Київ: КНТ, 2007. С. 126.

² Жилінкова І. В. Актуальні питання спадкового права України: матеріали до семінару. Харків: Ксилон, 2009. С. II–32.

³ Ромовська З. В. Українське цивільне право. Спадкове право: підручник. Київ: Алерта: КНТ: ЦУЛ, 2009. С. 141.

⁴ Див. напр.: Спадкування за законодавством України. Коментар. Судова практика: зб. нормат. актів. Київ: Юрінком Інтер, 2008. С. 80, 81; Цивільний кодекс України: наук.-практ. комент. / за заг. ред. Є. О. Харитонової, О. І. Харитонової, Н. Ю. Голубевої. Київ: Правова єдність, 2008. С. 701.

яких належить і заповіт. Спільний заповіт є різновидом односторонніх правочинів, де результат волевиявлення однієї сторони представлений двома особами – подружжям. Останні в даному випадку діють як одна сторона, оскільки їх воля спрямована на досягнення спільних наслідків – призначення спадкоємцем певної особи.

Слід підкреслити, що заповіт, складений подружжям, є спільним, а не є взаємним. Тому один із подружжя не може призначати іншого з подружжя своїм спадкоємцем, оскільки це означатиме «розщеплення» волі подружжя та фактично трансформацію одностороннього правочину у договір про призначення спадкоємця, чого цивільне законодавство України не допускає. З цих самих підстав на іншого з подружжя не може бути покладений заповідальний відказ, обов'язок вчинити певні дії немайнового характеру, зокрема щодо розпорядження особистими паперами, а також обов'язок щодо вчинення певних дій, спрямованих на досягнення суспільно корисної мети (заповідальне покладення). Ці заповідальні розпорядження можуть покладатися виключно на спадкоємця та набувають юридичної сили лише після відкриття спадщини, тобто після смерті іншого з подружжя.

Розуміння сутності заповіту подружжя пов'язане також із з'ясуванням правових наслідків смерті першого з подружжя. Перехід частки у праві спільної сумісної власності до другого з подружжя здійснюється не в порядку спадкування. В даному випадку смерть першого з подружжя є підставою для зміни правового режиму майна, стосовно якого складено спільний заповіт – спільна сумісна власність подружжя перетворюється на приватну власність другого з подружжя, хто пережив першого. Змінюючи свій правовий режим, таке майно не набуває статусу спадкового.

З цього випливає низка важливих положень: другий з подружжя, який пережив першого, для отримання частки у праві спільної сумісної власності, не повинен приймати спадщину в спосіб і строки, визначені законодавством: такий перехід відбувається «автоматично» в силу закону; смерть одного з подружжя має наслідком припинення режиму спільної сумісної власності подружжя; до відносин з переходу частки у спільній сумісній власності після смерті першого з подружжя не застосовується ст. 1241 ЦК України щодо права на обов'язкову частку у спадщині, а також ст. 1282 ЦК України стосовно обов'язку спадкоємців задовольнити вимоги кредитора.

Відтак важко погодитися з висловленою в юридичній літературі позицією, що перехід частки у праві спільної сумісної власності після смерті першого з подружжя обмежує майнові права інших осіб (дітей, батьків померлого подружжя) на таку спадщину¹. Спірність даної точки зору можна

¹ Мічурін Є. О. Обмеження майнових прав фізичних осіб (теоретико-правовий аспект): монографія. Харків: ЮрСвіт, 2008. С. 396.

пояснити кваліфікацією автором відносин, що виникають після смерті першого з подружжя, як спадкових, адже йдеться про майнові права саме на спадщину.

Секретний заповіт. З метою максимального захисту таємниці заповіту цивільним законодавством передбачено секретний заповіт. Секретним є заповіт, який посвідчується нотаріусом без ознайомлення з його змістом. Причому термін «секретність» застосовується в даному випадку до нотаріуса, оскільки інші суб'єкти, включаючи спадкоємців, відказоодержувачів, можуть бути ознайомлені зі змістом заповідальних розпоряджень.

Незважаючи на те, що ст. 1249 ЦК України має назву «Посвідчення нотаріусом секретних заповітів», фактично в ній йдеться не про посвідчення, оскільки нотаріус об'єктивно не має можливості ознайомитися з текстом заповіту, що подається йому в заклеєному конверті. В цьому аспекті заслуговує на увагу точка зору Ю. О. Заїки, який кваліфікує підпис нотаріуса на конверті із секретним заповітом як приймання на зберігання документів (п. 21 ст. 34 Закону України «Про нотаріат»), ставлячи під сумнів посвідчення заповіту в даному випадку¹. В інших юридичних джерелах зазначається, що нотаріус не посвідчує секретний заповіт, а засвідчує підпис заповідача на конверті із секретним заповітом і приймає його на зберігання².

Секретний заповіт окремі автори визначають як «окрему самостійну форму заповіту»³. Проте наведена позиція справедливо піддається критиці в правовій доктрині, оскільки «форма» і «вид» є різними за своєю природою категоріями. Форма заповіту визначається в законі імперативно і належить до обов'язкових умов дійсності заповіту як одностороннього правочину⁴. При цьому термін «форма заповіту» характеризує спосіб волевиявлення, а термін «вид заповіту» є автономною кваліфікаційною одиницею у системі форм заповітів, що визначає зміст досліджуваного правочину⁵. На думку Н. Б. Солтис, недоцільно виокремлювати секретний заповіт як окремий вид

¹ Заїка Ю. О. Спадкове право в Україні: становлення і розвиток: монографія. 2-ге вид. Київ: КНТ, 2007. С. 106.

² Цивільний кодекс України: наук.-практ. коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, М-ва юстиції, науковців, фахівців). Т. 12 : Спадкове право / за ред. І. В. Спасибо-Фатєєвої. Харків: ФО-П Колісник А. А., 2009. С. 255.

³ Корнеева И. Л. Наследственное право Российской Федерации: учеб. пособие. Москва: Юрист, 2004. С. 108.

⁴ Сучасні тенденції розвитку спадкового права (порівняльно-правове дослідження): монографія; відп. ред. В. В. Луць. Київ: НДІ приват. права і підпр-ва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2015. С. 96.

⁵ Орлов І. П., Кухарев О. Є. Правочини у спадковому праві: монографія. Київ: Алерта, 2013. С. 46.

заповіту, оскільки зміст такого заповіту не містить істотних особливостей, щоб виділити його в окремий вид. Його особливість полягає лише у нотаріальній процедурі посвідчення заповіту, що є особливістю нотаріально-процесуальних дій, яких слід дотримуватися нотаріусу при посвідченні заповіту¹.

При цьому основна проблема бачиться у дотриманні правила ч. 2 ст. 1234 ЦК України, за змістом якого право на заповіт здійснюється особисто, а вчинення заповіту через представника не допускається. Приймаючи в заклеєному конверті заповіт, нотаріус об'єктивно позбавлений можливості встановити факт вчинення цього правочину саме заповідачем. Крім того, нотаріус не може перевірити зміст заповідальних розпоряджень на предмет їх відповідності закону. Ці обставини, у свою чергу, можуть не лише значно ускладнити виконання останньої волі особи, а й взагалі стати підставою для визнання заповіту недійсним.

Спеціальний порядок посвідчення секретних заповітів обумовлює додаткові вимоги, що ставляться до заповідача, який повинен мати не лише повний обсяг цивільної дієздатності, а й бути грамотним та мати фізичну можливість підписати заповіт самостійно, без залучення у цей процес рукоприкладника².

О. Є. Кухарєв

§ 6. Право на обов'язкову частку у спадщині та його реалізація

Свобода заповідальних розпоряджень обмежена правилом про обов'язкову частку у спадщині. *Право на обов'язкову частку у спадщині* – це особисте майнове право непрацездатних спадкоємців першої черги отримати визначену законом частку у спадщині незалежно від змісту заповіту. С. А. Муромцев свого часу зазначав, що у праві на обов'язкову частку втілюються моральні засади спадкового права, відповідно до яких підлягають захисту такі родові і сімейні зв'язки між заповідачем та його близькими родичами, які він не вправі без достатніх причин ігнорувати³. Невипадково окремі автори кваліфікують обов'язкову частку у спадщині як вид соціального захисту людей, недостатньо матеріально забезпечених, які зі смертю спадкодавця значною мірою позбавляються засобів до існування⁴.

¹ Солтис Н. Б. Житлові права у спадкових правовідносинах: монографія. Київ: Ред. журн. «Право України», 2013. С. 70.

² Якщо фізична особа у зв'язку з хворобою або фізичною вадою не може підписатися власноручно, за її дорученням текст правочину у її присутності підписує інша особа (ч. 4 ст. 207 ЦК України). Остання отримала в теорії назву «рукоприкладник».

³ Муромцев С. А. Гражданское право Древнего Рима. Москва: Статут, 2003. С. 386–387.

⁴ Абраменков М. С., Чугунов П. В. Наследственное право: учебник для магистров / отв. ред. В. А. Белов. Москва: Юрайт, 2013. С. 188.

Згідно зі ст. 1241 ЦК України малолітні, неповнолітні, повнолітні непрацездатні діти спадкодавця, непрацездатна вдова (вдівець) та непрацездатні батьки спадкують незалежно від змісту заповіту половину частки, яка належала б кожному з них у разі спадкування за законом (обов'язкова частка). Право на обов'язкову частку у спадщині має особистий характер, що виключає можливість відмови від нього на користь конкретного спадкоємця. Крім того, зазначене право не може переходити в порядку спадкової трансмісії. Проблемними у ст. 1241 ЦК України, на думку С. Я. Фурси та Є. І. Фурси, є питання, пов'язані із визнанням статусу певної особи через застосування загальних термінів, які в реальному житті не завжди можуть зумовлювати необхідність допомоги, якою є обов'язкова частка у спадщині¹.

З цього приводу Конституційний Суд України роз'яснив, що право на обов'язкову частку у спадщині мають повнолітні діти спадкодавця, визнані інвалідами в установленому законом порядку, незалежно від групи інвалідності². Нотаріальна практика виходить з того, що непрацездатними вважаються жінки після досягнення 55 років та чоловіки після досягнення 60 років; інваліди I, II, III груп, незалежно від того, чи призначена їм пенсія. Якщо неповнолітня особа набуває повної цивільної дієздатності (у разі реєстрації шлюбу особи, яка не досягла повноліття, або у випадку, якщо особа, яка досягла 16 років, працює за трудовим договором, а також якщо неповнолітня особа записана матір'ю або батьком дитини) вона також зберігає за собою право на обов'язкову частку. У разі, якщо особа досягла пенсійного віку, але продовжує трудову діяльність, вона не позбавляється права на обов'язкову частку у спадщині. У осіб, які не досягли встановленого чинним законодавством пенсійного віку, але які мають право на отримання пенсії на пільгових підставах, право на обов'язкову частку у спадщині не виникає³.

Норма, що визначає право на отримання обов'язкової частки у спадщині, структурно розміщена у главі 85 ЦК України «Спадкування за заповітом». Це

¹ Спадкове право: Нотаріат. Адвокатура. Суд: наук.-практ посіб. / за заг. ред. С. Я. Фурси. Київ: Видавець Фурса С. Я.: КНТ, 2007. С. 231.

² Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням громадянина Запорожцева Олександра Семеновича щодо офіційного тлумачення положення частини першої статті 1241 Цивільного кодексу України (справа про право на обов'язкову частку у спадщині повнолітніх непрацездатних дітей спадкодавця) від 11.02.2014 р. у справі № 1-1/2014. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-14>

³ Пункт 4 розділу 1 частини II Методичних рекомендацій щодо вчинення нотаріальних дій, пов'язаних із вжиттям заходів щодо охорони спадкового майна, видачею свідоцтв про право на спадщину та свідоцтв про право власності на частку в спільному майні подружжя: схвалено рішенням Науково-експертної ради з питань нотаріату при Міністерстві юстиції України від 29.01.2009 р. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/p0001323-09>

дає підстави стверджувати, що отримання права на обов'язкову частку у спадщині здійснюється в межах правовідносин спадкування за заповітом. Додамо до цього, що зазначене право може бути реалізовано у разі позбавлення спадщини обов'язкових спадкоємців, тобто за наявності заповіту. Хоча окремі автори стверджують, що право на обов'язкову частку має визначатися як окремий вид¹; особливий різновид спадкування²; належить до спадкування за законом³.

В юридичній літературі наголошується, що обмеження свободи заповіту обов'язковою часткою є обмеження виконання заповіту, а не його змісту. Враховуючи, що дане обмеження застосовується на стадії виконання, а не складення заповіту, це є додатковим аргументом проти визнання недійсним заповіту, що порушує правило про обов'язкову частку у спадщині⁴. Воля заповідача, яка суперечить приписам ст. 1241 ЦК України, в цій частині виконанню не підлягає, що водночас не тягне за собою недійсність заповіту в цілому.

Одним із найскладніших питань застосування спадкового законодавства є зменшення судом розміру обов'язкової частки у спадщині з урахуванням відносин між спадкоємцями, які мають право на обов'язкову частку у спадщині та спадкодавцем, а також інших обставин, що мають істотне значення (п. 2 ч. 1 ст. 1241 ЦК України). На дуку Ю. О. Заїки, умови застосування п. 2 ч. 1 ст. 1241 ЦК України практично повністю залежать від суддівського бачення конкретної справи, а безмежність таких оціночних понять навряд чи сприятиме єдності судової практики і стане гарантією виключення зловживань з боку суддівського корпусу⁵. Верховний Суд України серед обставин, що слід визнавати підставою для зменшення розміру обов'язкової частки у спадщині, називає майновий стан спадкоємця (п. 19 Постанови Пленуму ВС України «Про судову практику у справах про спадкування» від 30.05.2008 р. № 7), а Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ – тривалу відсутність спілкування між спадкодавцем

¹ Спадкове право: Нотаріат. Адвокатура. Суд: наук.-практ посіб. / за заг. ред. С. Я. Фурси. Київ: Видавець Фурса С. Я.: КНТ, 2007. С. 200.

² Ковальчук Я. В. Юридична природа спадкування за правом на обов'язкову частку в спадщині. *Науковий вісник Національного університету ДПС України* (економіка, право). 2011. № 2. С. 291.

³ Цивільний кодекс України: науково-практичний коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, М-ва юстиції, науковців, фахівців). Т. 12: Спадкове право / за ред. І. В. Спасибо-Фатеевої. Серія «Коментарі та аналітика». Харків: ФО-П Колісник А. А., 2009. С. 201.

⁴ Харьковская цивилистическая школа: грани наследственного права: монографія / под ред. И. В. Спасибо-Фатеевой. Харьков: Право, 2016. С. 405.

⁵ Заїка Ю. О. Спадкове право в Україні: становлення і розвиток: монографія. 2-ге вид. Київ: КНТ, 2007. С. 202.

і спадкоємцем, неприязні стосунки, зумовлені аморальною поведінкою спадкоємця¹.

У правовій доктрині виділяють такі підстави для зменшення обов'язкової частки у спадщині: 1) не підтримання спадкоємцем зв'язків із спадкодавцем; 2) погане поводження з останнім; 3) нездійснення належного догляду²; 4) аморальна поведінка обов'язкового спадкоємця щодо спадкодавця та інших спадкоємців; 5) виокремлення спадкоємцю певної частки майна ще за життя спадкодавця³; 6) перешкоджання здійснення права на обов'язкову частку у спадщині можливості передати спадкоємцеві за заповітом майно, яким спадкоємець, що має право на обов'язкову частку у спадщині, за життя не користувався, а спадкоємець за заповітом використовував його для проживання⁴. Враховуючи, що зменшення розміру обов'язкової частки у спадщині може порушити права осіб, які за станом здоров'я або віком потребують матеріальної допомоги, підстави для зменшення такої частки мають бути об'єктивними та обґрунтовуватися належним чином у судовому рішенні. Також має бути визначено, яким чином зазначена обставина істотно впливає на характер спірних правовідносин.

З. В. Ромовська дійшла висновку про можливість збільшення розміру обов'язкової частки у спадщині. Незважаючи на відсутність відповідного застереження в законі, автор апелює до закріпленого у ч. 2 ст. 8 ЦК України механізму аналогії права⁵. Проте наведена позиція видається не лише спірною, а й небезпечною, оскільки фактично нівелює принцип свободи заповіту. Варто нагадати, що особа, яка має право на обов'язкову частку у спадщині, закликається до спадкування у зв'язку з позбавленням її такого права змістом заповіту. І збільшення гарантованого законом розміру обов'язкової частки суттєво обмежуватиме реалізацію останньої волі спадкодавця.

Спадкування обов'язкової частки є правом, а не обов'язком спадкоємця. У зв'язку з чим такі особи мають реалізувати своє право шляхом прийняття спадщини, та, відповідно, можуть відмовитися від нього. В цьому аспекті

¹ Про судову практику розгляду цивільних справ про спадкування: Лист Вишого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 16.05.2013 р. № 24-753/0/4-13. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v-753740-13>

² Цивільне право України: академічний курс: підруч.: У 2-х т. Т. 1. Загальна частина / за заг. ред. Я. М. Шевченко. Вид. 2-ге доп. і перероб. Київ: Видавничий Дім «Ін Юре», 2006. С. 383.

³ Печений О. П. Спадкове право. Харків: Фактор, 2012. С. 136–137.

⁴ Ковальчук А. М. Особливості визначення розміру обов'язкової частки майна у спадщині. *Університетські наукові записки*. 2009. № 4. С. 92.

⁵ Ромовська З. В. Українське цивільне право. Спадкове право: підручник. Київ: Алерта; КНТ; ЦУЛ, 2009. С. 116–117.

діють загальні правила щодо здійснення та оформлення права на спадкування, визначені у главах 87 та 89 ЦК України.

О. Є. Кухарев

§ 7. Здійснення права на спадкування

Для набуття права власності в порядку спадкового правонаступництва необхідним юридичним фактом є факт прийняття спадщини. Як вказував свого часу Г. Ф. Шершеневич, особа, яка має право на спадкування, з моменту відкриття спадщини не може ще вважатися суб'єктом тих відносин, в яких перебував спадкодавець. Вона ще не має ні права власності, ні права вимоги, ні заставного права, ні жодного іншого з тих, що належали спадкодавцю. Для того, щоб стати суб'єктом прав та обов'язків, спадкоємцю необхідно прийняти спадщину¹. Під прийняттям спадщини розуміється вчинення спадкоємцем дій, що виражають його волю на отримання спадщини.

Історично склалися дві системи прийняття спадщини: германська та римська. В основу германської системи покладено положення про набуття спадщини автоматично, в силу закону. Щодо римської системи превалює ідея добровільного прийняття спадщини шляхом вчинення юридично значущих дій. У римському приватному праві це пов'язувалось із необмеженим характером відповідальності спадкоємців за зобов'язаннями спадкодавця. У ЦК України відбулося поєднання двох вказаних систем із переважаючими елементами системи прийняття спадщини. Рецепцію римської системи прийняття спадщини в законодавствах, які не передбачають необмеженої відповідальності спадкоємця за зобов'язаннями спадкодавця, можна пояснити саме історичною традицією. Адже функціональна доцільність системи прийняття спадщини порівняно із системою відмови від спадщини значно нижча².

Згідно зі ст. 1268 ЦК України спадкоємець за заповітом чи за законом має право прийняти спадщину або не прийняти її. І тільки прийнявши спадщину, особа стає наступником прав та обов'язків померлого. Прийняти спадщину можуть лише такі спадкоємці, які є живими на час відкриття спадщини.

Прийняття спадщини є суб'єктивним правом особи, яке вона реалізує шляхом вчинення одностороннього правочину. Односторонній характер цього правочину зумовлюється тим, що настання правових наслідків (набуття права власності на спадкове майно) пов'язане з дією однієї особи – спадкоємця та не

¹ Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права. Т. 2. Москва: Статут, 2005. С. 405.

² Козловська Л. В. Прийняття спадщини та відмова від спадщини як здійснення суб'єктивного права спадкування. *Приватне право і підприємництво*. 2014. Вип. 13. С. 49.

залежить від згоди або зустрічних дій інших суб'єктів. За таких обставин до відносин, що виникають у зв'язку із прийняттям спадщини, можуть застосовуватися як загальні норми, структурно розміщені у главі 16 ЦК України в тому обсязі, в якому вони не суперечать сутності спадкових правовідносин.

Слід зазначити, що право на прийняття спадщини визначається окремими дослідниками як секундарне право¹. Це пояснюється тим, що вказаному праву не протистоїть який-небудь обов'язок. Причому такий обов'язок визначити неможливо, оскільки саме право спадкування підлягає здійсненню лише внаслідок відкриття спадщини і зв'язує всіх третіх осіб волею свого носія – спадкоємця².

Законом встановлено два способи прийняття спадщини:

1) шляхом подання заяви про прийняття спадщини нотаріусу або в сільських населених пунктах – уповноваженій на це посадовій особі відповідного органу місцевого самоврядування (ч. 1 ст. 1269 ЦК України);

2) шляхом встановлення презумпції прийняття спадщини окремими категоріями спадкоємців. Зокрема, за правилом ч. 3 ст. 1268 ЦК України спадкоємець, який постійно проживав разом із спадкодавцем на час відкриття спадщини, вважається таким, що прийняв спадщину, якщо не відмовився неї. Крім того, малолітня, неповнолітня, недієздатна особа, а також особа, цивільна дієздатність якої обмежена, вважаються такими, що прийняли спадщину, крім випадків відмови від неї (ч. 4 ст. 1268 ЦК України).

Таким чином, у ч. ч. 3, 4 ст. 1268 ЦК України міститься правова презумпція, зміст якої становить припущення про прийняття спадщини певними спадкоємцями без спеціального волевиявлення про це. Тобто закон моделює поведінку особи таким чином, нібито вона вчинила дії, спрямовані на прийняття спадщини, хоча фактично спадкоємець лише проживав разом із спадкодавцем, або є малолітнім, неповнолітнім, недієздатним, обмеженим у цивільній дієздатності. Причому презумпція прийняття спадщини встановлена не лише в інтересах спадкоємців, а й захищає права кредиторів спадкодавця. Це пояснюється тим, що спадкоємці з метою ухилення від виконання свого обов'язку в частині відповідальності за боргами спадкодавця часто не звертаються до нотаріуса з заявою про прийняття спадщини, що, у свою чергу, має наслідком незаведення спадкової справи³.

Відповідно до ст. 1270 ЦК України для прийняття спадщини встанов-

¹ Федорич І. Я. Концепція секундарних прав у здійсненні права на спадкування. *Актуальні проблеми вітчизняної цивілістики*. 2017. Ч. 1. С. 60.

² Киминчижи Е. Н. Право наследование как секундарное право. *Наследственное право*. 2010. № 4. С. 17–19.

³ Кухарев О. Є. Застосування правових презумпцій в механізмі правового регулювання спадкових відносин. *Вісник Національної академії правових наук України*. 2017. № 1. С. 143.

люється строк у шість місяців, який починається з часу відкриття спадщини. Якщо виникнення у особи права на спадкування залежить від неприйняття спадщини або відмови від її прийняття іншими спадкоємцями, строк для прийняття нею спадщини встановлюється у три місяці з моменту неприйняття іншими спадкоємцями спадщини або відмови від її прийняття.

У доктрині цивільного права немає єдності щодо визначення юридичної природи строку для прийняття спадщини. Зокрема, одні вчені відносять строк для прийняття спадщини до присічних (преклюдивних) строків (від лат. *praeccludere* – перепиняти, перешкоджати), тобто таких виключних строків, вплив яких припиняє існування суб'єктивного цивільного права (В. П. Грибанов¹, Е. Б. Ейдінова², В. А. Гаджиев³, О. Є. Казанцева⁴).

Інші науковці заперечують віднесення строку для прийняття спадщини до присічних, оскільки за наявності письмової згоди спадкоємців, які прийняли спадщину, або за рішенням суду поновлюється можливість подання заяви про прийняття спадщини спадкоємцями (В. В. Луць⁵, К. Б. Ярошенко⁶).

Дореволюційні цивілісти розглядали строк для прийняття спадщини як давнісний, сутність якого полягає в тому, що вплив строку позбавляє можливості примусового захисту права, проте цей строк може бути поновлений⁷.

Строк для прийняття спадщини важко віднести до присічних або до давнісних строків. Справді, спадкоємець, який пропустив строк прийняття спадщини, втрачає право спадкування. У цьому аспекті наведений строк наближений до присічного. Однак присічний строк не підлягає поновленню, в той час як після спливу строку для прийняття спадщини особі може бути визначений додатковий строк не тільки в судовому порядку, а й за згодою інших спадкоємців (у спрощеному порядку). Така властивість робить строк для прийняття спадщини схожим із давнісним строком. Але давнісний строк припиняє саме право, а не тільки можливість примусового його захисту.

¹ Грибанов В. П. Осуществление и защита гражданских прав. Изд. 2-е, стереотип. Москва: Статут, 2001. С. 258–259.

² Эйдина Э. Б. Осуществление наследственных прав и защита их судом и нотариатом: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Москва, 1972. С. 11.

³ Гаджиев В. А. Сроки в наследственном праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Рязань, 2006. С. 6.

⁴ Казанцева А. Е. Наследственное право: учеб. пособие. Москва: Норма, 2012. С. 235.

⁵ Луць В. В. Строки і терміни в цивільному праві: монографія. Київ: Юрінком Інтер, 2013. С. 257–258.

⁶ Ярошенко К. Новое законодательство о наследовании. *Хозяйство и право*. 2002. № 3. С. 37.

⁷ Див., напр.: Мейер Д. И. Русское гражданское право (в 2 ч.) По исправленному и дополненному 8-му изд., 1902. Изд. 2-е, испр. Москва: Статут, 2000. С. 819–821; Победоносцев К. П. Курс гражданского права. Ч. 2. Москва: Статут, 2003. С. 362.

А відтак найбільш прийнятною видається позиція К. Б. Ярошенко кваліфікувати строк для прийняття спадщини як спеціальний строк, що діє у сфері регулювання спадкових правовідносин¹.

З метою впорядкування спадкових відносин, а також забезпечення стабільності майнового обороту, закон вдається до фікції зворотної сили прийняття спадщини, за змістом якої незалежно від часу прийняття спадщини вона належить спадкоємцеві з часу відкриття спадщини (ч. 5 ст. 1268 ЦК України), тобто з моменту смерті спадкодавця. Правило про зворотну силу прийняття спадщини має фіктивний характер, адже встановлює завідомо неіснуюче положення про те, що спадкоємець прийняв спадщину в день смерті спадкодавця, хоча фактично особа звертається до нотаріусу або уповноваженої посадової особи органу місцевого самоврядування з заявою про прийняття спадщини в інший день протягом шести місяців з часу відкриття спадщини.

Значення зворотної сили прийняття спадщини полягає в тому, що саме на час відкриття спадщини визначається її склад, коло спадкоємців, обсяг відповідальності спадкоємців за боргами спадкодавця, інші обов'язки, що обтяжують спадщину. Застосування вказаної фікції має край важливе значення для охорони прав спадкоємців, адже вони набувають права не лише на майно, виявлене в момент прийняття спадщини, але й на майно, що було наявності в день смерті спадкодавця, але з тих чи інших причин виявилось у володінні третьої особи².

Відповідно до ч. 1 ст. 1272 ЦК України, якщо спадкоємець протягом строку, встановленого ст. 1270 ЦК України, не подав заяву про прийняття спадщини, він *вважається* таким, що не прийняв її. Наведена норма дозволяє виділити презумпцію відмови від спадщини. Виділена презумпція сконструйована за спрямованістю волі спадкоємця: якщо останній не вчинив дій, які б свідчили про намір прийняти спадщину, припускається, що спадкоємець не бажає отримувати спадкове майно, тобто фактично відмовляється від нього. У даному випадку відмова від спадщини – положення, умовно прийняте за істину. Таке припущення встановлене в законі з метою забезпечення стабільності майнових відносин в інтересах інших спадкоємців, які в установлений законом строк прийняли спадщину та отримали свідоцтва про право на спадщину. Презумпція відмови від спадщини може бути спростована за допомогою механізму надання спадкоємцеві додаткового строку, достатнього для подання ним заяви про прийняття спадщини:

¹ Наследственное право / Ин-т законодательства и сравн. правоведения при Правительстве Рос. Федерации; Булаевский Б. А. и др.; отв. ред. К. Б. Ярошенко. Москва: Волтерс Клувер, 2005. С. 172–173.

² Кухарев О. Є. Застосування юридичних фікцій у сфері спадкування. *Підприємництво, господарство і право*. 2015. № 1. С. 28–29.

1) за письмовою згодою спадкоємців, які прийняли спадщину, спадкоємець, який пропустив строк для прийняття спадщини, може подати заяву про прийняття спадщини нотаріусу за місцем відкриття спадщини (ч. 2 ст. 1272 ЦК України);

2) за позовом спадкоємця, який пропустив строк для прийняття спадщини з поважної причини, суд може визначити йому додатковий строк, достатній для подання ним заяви про прийняття спадщини (ч. 3 ст. 1272 ЦК України).

Важливо врахувати, що суд може визначити додатковий строк для прийняття спадщини лише за умови поважності причини його пропуску. Відповідно до п. 24 Постанови Пленуму ВС України «Про судову практику у справах про спадкування» від 30.05.2008 р. № 7, вирішуючи питання про визначення особі додаткового строку, суд досліджує поважність причини пропуску строку для прийняття спадщини. При цьому необхідно виходити з того, що поважними є причини, пов'язані з об'єктивними, непереборними, істотними труднощами для спадкоємця на вчинення цих дій. Водночас закон не містить вказівок, які саме причини визнаються поважними. Відтак, визнання поважною причини пропуску строку для прийняття спадщини цілком залежить від суб'єктивної позиції судді у кожному конкретному випадку, але має бути доведене відповідними доказами.

У правовій позиції ВС України у справі № 6-85цс12 зазначається, що правила про надання додаткового строку для подання заяви про прийняття спадщини можуть бути застосовані, якщо: 1) у спадкоємця були перешкоди для подання такої заяви; 2) ці обставини визнані судом поважними. Якщо ж у спадкоємця перешкод не було, а він не скористався правом на прийняття спадщини через відсутність інформації про спадкову масу, то положення ч. 3 ст. 1272 ЦК України не застосовуються¹.

Спадкоємець наділений правом не лише прийняти спадщину, а й відмовитися від неї. Зміст ст.ст. 1273, 1274 ЦК України дає змогу дійти висновку про встановлення двох видів відмови від прийняття спадщини:

1) загальна², за якою спадкоємець просто відмовляється від прийняття спадщини;

2) направлена³, що має місце при відмові від прийняття спадщини на користь конкретної особи.

¹ Постанова ВС України від 26.09.2012 р., судова справа 6-85цс12. URL: <http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/81b1cba59140111fc2256bf7004f9cd3/985b558d06b03a12c2257a910027bbe5?OpenDocument>

² В юридичній літературі таку відмову від прийняття спадщини ще називають абсолютною, безумовною.

³ Термін «направлена відмова» було введено до наукового обігу М. В. Гордоном.

Утім спадкоємець не завжди може відмовитися від прийняття спадщини на користь іншої особи. Так, у разі, коли заповідач підпризначив спадкоємця, основний спадкоємець не може зробити направлену відмову, оскільки таку ситуацію передбачив заповідач. Крім того, спадкоємець не може відмовитися від спадщини на користь особи, яка підлягає усуненню від права на спадкування за ст. 1224 ЦК України. Тобто у наведених випадках може виникати лише загальна відмова від прийняття спадщини.

У Постанові Пленуму ВС України «Про судову практику у справах про спадкування» від 30.05.2008 р. № 7 зазначається, що відмова від прийняття спадщини на користь інших спадкоємців допускається лише протягом строку для прийняття спадщини. Після закінчення цього строку частка у спадщині не може бути збільшена з тих підстав, що хто-небудь зі спадкоємців відмовляється від спадщини на користь інших спадкоємців. У таких випадках особа, яка прийняла спадщину, має право розпорядитись усім або частиною майна, отриманого в порядку спадкування, шляхом відчуження її іншому спадкодавцеві за договором купівлі-продажу, дарування, міни тощо (п. 25).

О. Є. Кухарєв

§ 8. Виконання заповіту. Повноваження виконавця заповіту. Здійснення повноважень виконавцем заповіту

Виконання заповіту – це здійснення волі спадкодавця, вираженої в заповіті. Призначення виконавця заповіту є одним із видів заповідальних розпоряджень, правова мета якого полягає у забезпеченні виконання останньої волі особи належним чином і в установленій заповітом строк.

ЦК України присвячує виконанню заповіту окрему главу, норми якої складають окремий інститут спадкового права. Одним із найважливіших питань, вирішених в главі 88 ЦК України, є питання щодо суб'єктів призначення виконавця заповіту. Зокрема, передбачено чотири способи призначення виконавця заповіту – безпосередньо заповідачем (ст. 1286), спадкоємцями (ч. 2 ст. 1287), судом за позовом одного із спадкоємців (ч. 3 ст. 1287) та нотаріусом (ст. 1288).

Причому найбільш складною в науці цивільного права залишається проблема з'ясування правової природи відносин, що виникають у зв'язку з призначенням виконавця заповіту.

У російській дореволюційній літературі перевагу надавали концепції представництва. Утім не було єдності щодо того, кого саме представляє виконавець заповіту. Зокрема А. Х. Гольмстен вважав виконавця заповіту

представником заповідача¹. Г. Ф. Шершеневич – спадкового майна як своєї рідної юридичної особи, що продовжує своє існування до здійснення виконавцем заповіту своїх повноважень², А. М. Гуляев – спадкоємців³. А. Г. Гусаков схилився до застосування для цього моделі законного представництва (опіки)⁴. Як добровільне представництво, близьке до представництва за довіреністю, кваліфікував відносини з виконання заповіту К. Анненков⁵.

За радянських часів учені заперечували представницькі засади у відносинах з виконання заповіту, однак серед них тривала дискусія, яка ж природа таких відносин. А. А. Бугаєвський першим висловився проти застосування ідеї представництва щодо виконавця заповіту, оскільки, на його думку, виконавець заповіту має власні права і на нього особисто покладені обов'язки. Крім того, виконавець заповіту діє від власного, а не від чужого імені, має свої інтереси, що базуються на заповіті⁶. На думку В. І. Серебровського, виконавець заповіту діє в суспільних інтересах, а тому абсолютно неприйнятно трактувати виконавця заповіту як представника спадкодавця, спадкоємця, або самої спадщини⁷.

П. С. Нікітюк відстоював позицію, що до відносин з виконання заповіту мають застосовуватися відповідні положення ЦК про представництво та договір доручення за аналогією, оскільки це не суперечить сутності діяльності з виконання заповіту⁸.

Сучасні дослідники теж дискутують щодо правової природи відносин з виконання заповіту. Так, З. В. Ромовська вважає, що виконавець заповіту є законним представником спадкоємців за заповітом, оскільки йому належить право ознайомитися зі справами померлого, щоб виявити його боржників та кредиторів⁹. На договірну природу відносин, що виникають при виконанні

¹ Гольмстен А. Х. О душеприказчиках. Сравнительное исследование. Санкт-Петербург: Тип. Ю. Штауфа (И. Фишона), 1874. С. 7–11.

² Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права. Т. 2. Москва: Статут, 2005. С. 444–445.

³ Гуляев А. М. Русское гражданское право. Обзор действующего законодательства и проекта гражданского уложения. Киев: Тип. Император. Ун-та Св. Владимира, 1907. С. 428.

⁴ Гусаков А. Г. Курс семейного и наследственного права. Санкт-Петербург: Касса взаимопомощи студентов С.-Пб. политехн. ин-та, 1911. С. 204–205.

⁵ Анненков К. Система русского гражданского права. Т. VI: Право наследования. 2-е изд., пересм. и доп. Санкт-Петербург: Тип. М. М. Стасюлевича, 1909. С. 217.

⁶ Бугаевский А. А. Советское наследственное право. Одесса, 1926. С. 98–99.

⁷ Серебровский В. И. Избранные труды по наследственному и страховому праву. Изд. 2-е, испр. Москва: Статут, 2003. С. 162.

⁸ Никитюк П. С. Наследственное право и наследственный процесс (проблемы теории и практики). Кишинев: Штиинца, 1973. С. 161.

⁹ Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України. Вид. 2-ге, змінене і допов. / за ред. В. М. Коссака. Київ: Істина, 2008. С. 971.

заповіту, вказує Т. О. Ариванюк. Причому йдеться лише про випадки, коли виконавця заповіту згідно зі ст. 1287 ЦК України призначають спадкоємці. Автор не визначає тип цього договору, підкреслюючи тільки те, що у цих випадках з виконавцем заповіту спадкоємці укладають цивільно-правову угоду про вчинення дій, спрямованих на забезпечення виконання волі заповідача¹.

На думку Ю. К. Толстого, за своїм статусом виконавець заповіту знаходиться ближче за все до піклувальника (помічника) повнолітнього дієздатного громадянина, над яким встановлено патронат².

Слід зауважити, що відносини, які виникають з виконання заповіту, мають неоднакову (неоднорідну) правову природу, що зумовлюється двома чинниками: суб'єктом призначення виконавця заповіту та формою вираження останнім згоди на таке призначення. Юридична природа цих відносин може бути як договірною, так і недоговірною, причому вони мають не протиставлятися, а доповнювати одна одну.

Договірний характер відносин з виконання заповіту існує насамперед у разі призначення заповідачем виконавця заповіту, який дає згоду на таке призначення в момент посвідчення заповіту. Не має значення те, в який спосіб зафіксована ця згода (на тексті самого заповіту чи в окремій заяві, що додається до нього). Про договірний характер цих відносин свідчить таке. Відповідно до ст. 626 ЦК України договором є домовленість двох або більше сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. Висловлене заповідачем бажання призначити певну особу виконавцем заповіту дає підстави розглядати як пропозицію укласти договір (оферту), згода ж другої сторони бути виконавцем заповіту свідчить про повне і безумовне прийняття (акцепт) зазначеної пропозиції. Отже, виявляється воля як заповідача, так і виконавця заповіту, а їх волевиявлення збігається і відповідає одне одному, що й свідчить про домовленість сторін. Спільна дія цих осіб спрямована на виконання заповідальних розпоряджень.

Розглядаючи договір, що укладається при виконанні заповіту, важко погодитися з тими, хто вважає, що мова має йти про договір доручення. Договір доручення є підставою виникнення договірного представництва, сутність якого полягає в тому, що одна сторона (повірений) зобов'язується вчинити від імені та за рахунок другої сторони (довірителя) певні юридичні дії, результати яких створюють, змінюють, припиняють цивільні права та обов'язки довірителя (ст. 1000 ЦК України). Водночас діяльність виконавця

¹ Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: у 2-х т. Т. II; за ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. 2-ге вид., перероб. і доп. Київ: Юрінком Інтер, 2006. С. 1062.

² Гражданское право: учебник: в 3 т. Т. 3. 4-е изд., перераб. и доп. / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. Москва: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2005. С. 697–698.

заповіту виходить далеко за межі надання юридичних послуг, вона охоплює і фактичні послуги, пов'язані зокрема з діями інформаційного характеру, охороною та управлінням спадщиною, а також здійсненням розпоряджень заповідача немайнового характеру. Виконавець заповіту діє не від імені заповідача, якого на цей момент вже немає серед живих, а від власного імені, хоча і в чужому інтересі, а саме в інтересі осіб, визначених волею заповідача. Особа ж, яка хоч і діє в чужому інтересі, але від власного імені, згідно з приписом, що міститься в ч. 2 ст. 237 ЦК України, не визнається представником.

З огляду на те, що такий договір укладається за життя заповідача, а зобов'язання, яке породжується ним, здійснюється виконавцем заповіту після відкриття спадщини, його слід віднести до договорів (двосторонніх правочинів), щодо яких правові наслідки пов'язуються з настанням певної обставини (ст. 212 ЦК України). Мова йде про так звані умовні правочини, де такою обставиною (умовою) виступає відкриття спадщини, яке пов'язується зі смертю спадкодавця або оголошенням його померлим (ст. 1220 ЦК України). Ця обставина (умова) носить відкладальний характер, а тому виникнення прав та обов'язків сторін за цим договором відкладається на майбутнє і залежить від її настання. Відкладальна обставина визначається як обставина, щодо якої невідомо, настане вона чи ні. І хоча відомим є факт смерті заповідача, оскільки це є неминучим явищем щодо кожної людини, невідомим є строк її настання, адже і спадкоємці, й особа, призначена виконавцем заповіту, можуть померти раніше за заповідача. Відтак, зважаючи на невизначеність часу смерті заповідача на момент складення заповіту, уявляється справедливим, що смерть заповідача (оголошення померлим) виступатиме відкладальною обставиною.

Договір, що досліджується, є договором, укладеним на користь третьої особи (третіх осіб). Такою особою (особами) є спадкоємці, визначені в заповіті.

В усіх інших випадках договірні засади при виконанні заповіту призначеною особою відсутні. Це може виникати, коли: пропозиція щодо можливого виконавця заповіту міститься в секретному заповіті; виконання заповіту здійснюється спадкоємцем, а також у випадках, коли призначення особи виконавцем здійснюється судом чи нотаріусом.

Хоча у разі складення секретного заповіту сам заповідач у заповіті висловив бажання про покладання функцій виконавця заповіту на конкретну особу, договірні засади є відсутніми через те, що за життя заповідача між ним та цією особою не існувало домовленості щодо вчинення останньою дій, спрямованих на виконання волі заповідача, висловленої у заповіті.

Відсутні договірні засади і в разі виконання заповіту спадкоємцем, оскільки може трапитися, що ні заповідач, ні жодна з осіб, які мають право на призначення виконавця заповіту, не вирішують цього питання. Тобто в цьому

разі відсутня домовленість, спрямована на встановлення, зміну чи припинення цивільних прав та обов'язків, що має бути притаманна будь-якому договору.

Немає місця для договірних засад і у разі, коли виконавець заповіту призначається судом. Адже саме відсутність згоди між декількома спадкоємцями, визначеними в заповіті, є підставою для призначення виконавця заповіту за вимогою одного з них. У свою чергу, наявність такої згоди між спадкоємцями свідчить про наявність договірних засад між ними та виконавцем заповіту.

Відсутні договірні засади і у випадках, коли виконавець заповіту призначається нотаріусом. Це стосується ситуації, коли існує лише один спадкоємець за заповітом, інтереси якого вимагають призначення виконавця заповіту, незважаючи на те, що він або не був призначений заповідачем, або призначений ним виконавець відмовився від здійснення своїх повноважень чи був усунений судом, а також ситуації, коли існує декілька спадкоємців за заповітом, інтереси яких вимагають призначення виконавця заповіту, але самі спадкоємці не скористалися наданою їм можливістю для вирішення питання щодо виконавця заповіту.

В усіх зазначених випадках відносини, що складаються при виконанні заповіту, носять зобов'язальний характер. Кредитором при цьому виступає спадкоємець (спадкоємці), призначений (призначені) заповідачем у заповіті, а боржником – виконавець заповіту. Таке зобов'язання, слід віднести до недоговірних зобов'язань, які виникають із односторонніх правочинів.

Новелою ЦК України є деталізація повноважень виконавця заповіту, які вміщені в спеціальній нормі. За змістом ст. 1290 ЦК України повноваження виконавця заповіту охоплюються наступними його обов'язками: 1) вжити заходів щодо охорони спадкового майна; 2) вжити заходів щодо повідомлення спадкоємців, відказоодержувачів, кредиторів про відкриття спадщини; 3) вимагати від боржників спадкодавця виконання ними своїх зобов'язань; 4) управляти спадщиною; 5) забезпечити одержання кожним із спадкоємців частки спадщини, яка визначена у заповіті; 6) забезпечити одержання частки у спадщині особами, які мають право на обов'язкову частку у спадщині.

Аналіз зазначеної норми з точки зору способу закріплення повноважень виконавця заповіту дає підстави визначити такі їх ознаки. По-перше, повноваження виконавця заповіту охоплюють сукупність його дій інформаційного, охоронного, забезпечувального характеру та управління спадщиною, які спрямовані на повне здійснення волі спадкодавця, вираженої у заповіті. По-друге, зазначений перелік стосується дій, що носять майновий характер. По-третє, перелік цих дій носить закритий (вичерпний) характер. По-четверте, законодавець лише в імперативній формі вказує на перелік дій, що складають повноваження виконавця заповіту, не розкриваючи порядку їх здійснення.

Водночас недоцільно обмежувати повноваження виконавця заповіту вчиненням дій лише майнового характеру, оскільки заповідач може встановити в заповіті й розпорядження немайнового характеру. Про це свідчить, наприклад, ст. 6 Закону України «Про поховання і похоронну справу», згідно з якою встановлюється право громадян на поховання їхнього тіла та волевиявлення щодо належного ставлення до тіла після смерті. Таке волевиявлення може бути виражене у згоді чи незгоді на проведення патолого-анатомічного розтину, вилучення органів та тканин тіла, побажання бути похованим у певному місці, за певними звичаями, поруч з певним раніше померлим чи бути підданим кремації.

Відтак у заповіті можуть бути встановлені заповідальні розпорядження як майнового, так і немайнового характеру. А тому здійснення повноважень виконавцем заповіту не може обмежуватися вчиненням останнім дій лише майнового характеру. Один із відомих дослідників спадкового права В. І. Серебровський висловив бажання, щоб на його пам'ятнику не було традиційного напису із вказівкою прізвища, імені та по батькові. Такий напис, як він вважав, доречний на дверях квартири, де живе людина. Він сам склав собі епітафію: «Тут покоїться прах професора-юриста Володимира Івановича Серебровського», яка і міститься на пам'ятнику¹.

Повноваження виконавця заповіту посвідчуються документом, який видається нотаріусом за місцем відкриття спадщини (ч. 3 ст. 1290 ЦК України). У главі 14 Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України такий документ визначається як свідоцтво виконавця заповіту, що має містити відомості про виконавця заповіту, підстави виникнення його повноважень з посиланням на заповіт та дату відкриття спадщини. Якщо повноваження, що містяться у заповіті, обмежені і не відповідають передбаченим ст. 1290 ЦК України, вони додатково вказуються у свідоцтві.

За загальним правилом, встановленим ч. 1 ст. 1294 ЦК України, повноваження виконавця заповіту тривають до повного здійснення волі спадкодавця, вираженої у заповіті. Водночас закон не містить застережень, а хто саме визначає, що воля заповідача виконана у повному обсязі. Причому строк дії повноважень виконавця заповіту може і не обмежуватися шестимісячним строком, встановленим для прийняття спадщини, а залежить від змісту заповідальних розпоряджень.

¹ Серебровський В. І. Избранные труды по наследственному и страховому праву. Изд. 2-е, испр. Москва: Статут, 2003. С. 9, 10.

О. Є. Кухарєв

§ 9. Проблемні питання укладення, розірвання спадкового договору

Відповідно до ст. 1302 ЦК України за спадковим договором одна сторона (набувач) зобов'язується виконувати розпорядження іншої сторони (відчужувача) і в разі його смерті набуває право власності на майно відчужувача.

Обґрунтовуючи необхідність цього договору, розробники проекту ЦК України зазначали, що сфера його застосування на практиці не буде широкою, вона стосуватиметься головним чином подружжя та інших осіб, які спільно проживають і не мають дітей. Але ця обставина не може стати перешкодою для запровадження такого виду договору¹.

Слід вказати на те, що спадковий договір має спільні риси з договором довічного утримання (догляду), оскільки обидва ці договори спрямовані на передачу однією стороною (набувачем) іншій стороні (відчужувачу) майна у власність. Утім між цими договорами існує суттєва різниця. Так, договір довічного утримання є реальним. Натомість спадковий договір є консенсуальним. Крім того, набувач стає власником майна, переданого йому за договором довічного утримання з моменту нотаріального посвідчення цього договору (а якщо за договором у власність передається нерухоме майно – то з моменту державної реєстрації). У спадковому договорі набувач отримує право власності на майно відчужувача з моменту смерті останнього.

Спадковий договір не є самостійним видом спадкування, оскільки відповідно до ст. 1217 ЦК України спадкування здійснюється за заповітом або за законом. У зв'язку з цим, ВС України роз'яснив, що перехід майна від відчужувача до набувача на підставі спадкового договору не є окремим видом спадкування, а тому на відносини сторін не поширюються відповідні правила про спадкування, в т. ч. право на обов'язкову частку². Отже, до спадкового договору не застосовуються норми спадкового права внаслідок відсутності юридичного складу спадкового правонаступництва. Для виникнення права на спадкування необхідним є настання інших, крім смерті власника майна, юридичних фактів (перебування у шлюбі, спорідненість, перебування на утриманні тощо), які не притаманні спадковому договору. Крім того, для набуття права власності на спадщину спадкоємець повинен її прийняти, в той час як право власності на майно, що є предметом спадкового договору, виникає у набувача автоматично з моменту смерті відчужувача. Додамо до

¹ Передмова до проекту Цивільного кодексу України. *Українське право*. № 2. 1996. С. 22.

² Пункт 28 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про спадкування» від 30.05.2008 р. № 7.

цього, що спадщину складають належні спадкодавцеві права та обов'язки, а предметом спадкового договору є саме майно.

Спадковий договір є відплатним та консенсуальним, що не ставиться під сумнів переважною більшістю учених. Водночас щодо віднесення спадкового договору до односторонніх чи двосторонніх договорів серед учених триває дискусія. З цього питання слід вказати на дві концепції, що протиставляються одна одній. Прихильники першої – З. В. Ромовська¹, О. С. Захарова², Р. А. Майданик³, І. В. Жилінкова⁴, О. П. Печений⁵, – стверджують, що спадковий договір є одностороннім, адже тягар договірних обов'язків покладено на одну сторону – набувача. У свою чергу відчужувач не зобов'язується передати майно у власність, оскільки у момент його смерті перехід права власності відбудеться вже без його волі.

Інші вчені наполягають на тому, що спадковий договір є двостороннім. Прихильниками такої концепції є В. В. Васильченко⁶, Ю. О. Заїка⁷, В. Ю. Чуйкова⁸, Н. М. Баранник та А. П. Синельник⁹. Двосторонній характер спадкового договору обґрунтовується ними тим, що права та обов'язки виникають у кожного з цих учасників, причому правам однієї сторони кореспондують обов'язки другої і навпаки. Так, на думку Є. О. Рябокони, аналіз правовідносин, що склалися між набувачем та відчужувачем, свідчить про те, що у відчужувача існують не тільки права, а в набувача – не тільки обов'язки. Оскільки набувач отримує право власності на майно відчужувача, останній зобов'язаний не відчужувати майно, що є предметом договору, та вживати заходів, спрямованих на недопущення втрати, загибелі або псування цього майна. У зв'язку з тим, що обов'язки однієї сторони за договором нерозривно пов'язані з правами іншого контрагента, зазначені обов'язки відчужувача

¹ Ромовська З. В. Українське цивільне право. Спадкове право: підручник. Київ: Алерта; КНТ; ЦУЛ, 2009. С. 244–245.

² Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: у 2-х т. Т. II / за ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. 2-ге вид., перероб. і доп. Київ: Юрінком Інтер, 2006. С. 1076.

³ Майданик Р. А. Спадковий договір у цивільному праві України. *Університетські наукові записки. Часопис Хмельницького університету управління та права*. 2007. № 2. С. 92.

⁴ Жилінкова І. В. Актуальні питання спадкового права України: матеріали до семінару. Харків: Ксилон, 2009. С. V-3.

⁵ Печений О. П. Спадкове право. Харків: Фактор, 2012. С. 331.

⁶ Васильченко В. В. Юридична сутність інституту спадкового договору та його місце в системі цивільного права. *Право України*. 2003. № 7. С. 137–138.

⁷ Заїка Ю. О. Спадкове право України: навч. посіб. Київ: Істина, 2006. С. 116.

⁸ Чуйкова В. Правова характеристика спадкового договору. *Підприємництво, господарство і право*. 2005. № 4. С. 5.

⁹ Баранник Н. М., Синельник А. П. Наследство. Наследники. Наследование: учеб.-практ. пособие. Изд. 2-е, перераб. и доп. Харьков: Эспада, 2005. С. 115.

відповідають правам набувача вимагати їх виконання. Законодавець у главі 90 ЦК України не встановлює вичерпного переліку прав та обов'язків сторін. З наведеного Є. О. Рябоконт доходить висновку про двосторонній характер спадкового договору¹.

Аналіз глави 90 ЦК України дає підстави стверджувати про закріплення моделі саме одностороннього спадкового договору, адже перехід права власності на майно, що є предметом такого договору, відбувається автоматично з моменту смерті відчужувача. Таким чином, від останнього не вимагається вчинення певних дій, спрямованих на передачу майна. Викладений вище аргумент стосовно обов'язку власника не відчужувати майно спростовується положенням ч. 1 ст. 1307 ЦК України, згідно з яким на майно, визначене у спадковому договорі, нотаріус, який посвідчив цей договір, накладає заборону відчуження. Отже, відчужувач об'єктивно позбавлений можливості розпоряджатися предметом спадкового договору після його укладення.

Спадковий договір належить до *алеаторних (ризикових) договорів*. Ризиковий характер договору обумовлений строком, оскільки набувач виконує обов'язки за спадковим договором до смерті відчужувача, утім невідомо, коли настане цей юридичний факт – смерть набувача може настати раніше за смерть відчужувача. Алеаторний ризик у спадковому договорі несе переважно набувач. Крім того, наперед невідомі загальні межі виконання обов'язків за договором, а втрата чи збагачення однією з сторін залежить від випадку (смерті сторони за договором).

З огляду на те, що набувач за спадковим договором може бути зобов'язаний до виконання розпоряджень відчужувача вже після смерті останнього, виникає проблема забезпечення виконання подібних розпоряджень. Певним чином це питання вирішується правилом ч. 3 ст. 1307 ЦК України про право відчужувача призначити особу, яка буде здійснювати контроль за виконанням спадкового договору після його смерті. У разі відсутності такої особи контроль за виконанням спадкового договору здійснює нотаріус за місцем відкриття спадщини.

Однак закон не визначає повноважень контролюючої особи, що свідчить про відсутність належного механізму забезпечення виконання посмертних розпоряджень відчужувача. Наведене набуває особливої актуальності у зв'язку з тим, що відчужувача в цей період вже немає серед живих, тож він об'єктивно позбавлений можливості змусити набувача виконати договір. Крім того, незрозумілим є і правовий статус особи, призначеної відчужувачем, адже вона не є стороною договору та третьою особою, на користь якої такий договір виконується. Тим не менш, зазначений суб'єкт є учасником договірних

¹ Заїка Ю. О., Рябоконт Є. О. Спадкове право: навч. посіб. Київ: Юрінком Інтер, 2009. С. 176–177.

відносин за умови, що зобов'язання, породжуване спадковим договором, не припиняється зі смертю відчужувача.

Жодним чином не вирішує проблему забезпечення виконання спадкового договору після смерті відчужувача імперативне положення ст. 1308 ЦК України, відповідно до якого звернутися до суду з позовом про розірвання спадкового договору можуть лише відчужувач та набувач. На неможливість розірвання спадкового договору на вимогу інших осіб, включаючи спадкоємців відчужувача, наголошується і в абз. 5 п. 28 Постанови Пленуму ВС України «Про судову практику у справах про спадкування» від 30.05.2008 р. № 7. Не викликає сумніву, що така позиція ВС України стосується й особи, яка має контролювати виконання спадкового договору після смерті відчужувача. У зв'язку з цим спосіб, в який така особа буде здійснювати свої повноваження, залишається *terra incognita*. Хоча в доктрині цивільного права неодноразово висловлювалася позиція про наділення особи, призначеної відчужувачем, правом звернутися до суду з вимогою про розірвання цього договору¹.

Ініціювати розірвання спадкового договору в суді можуть лише відчужувач або набувач. Інші особи, зокрема спадкоємці відчужувача, не можуть пред'являти вимоги про розірвання спадкового договору. Натомість, вимога про визнання спадкового договору недійсним може бути заявлена як відчужувачем та набувачем, так і іншою заінтересованою особою, яка не є стороною цього договору. Однак права та охоронювані інтереси особи, що заявляє вимогу про визнання спадкового договору недійсним, мають бути порушені укладенням цього договору.

У разі смерті набувача спадковий договір вважається припиненим. У цьому випадку спадкоємці набувача мають право вимагати від відчужувача відшкодування витрат, яких вони зазнали при виконанні спадкового договору в тій частині зобов'язань, які були виконані набувачем до його смерті. Якщо відповідно до спадкового договору набувач зобов'язаний був вчинити певні дії після смерті відчужувача, то у разі смерті набувача обов'язок вчинити ці дії переходить до його спадкоємців (п. 27 Постанови Пленуму ВС України «Про судову практику у справах про спадкування» від 30.05.2008 р. № 7).

Вказані у ст. 1308 ЦК України спеціальні підстави розірвання судом спадкового договору базуються на вимозі тільки однієї сторони, тобто в даному випадку йдеться про відсутність згоди між набувачем та відчужувачем щодо припинення договірних відносин. За наявності ж згоди обох сторін

¹ Див., напр.: Майданик Р. А. Спадковий договір у цивільному праві України. *Університетські наукові записки*. 2007. № 2. С. 104; Антошкіна В. К. Проблеми правового регулювання спадкового договору в цивільному праві. *Вісник Донецького національного університету*. Серія В: економіка і право. 2011. Вип. 2. С. 215.

спадковий договір може бути достроково розірваний на підставі загальних положень про зобов'язання (ст. 651 ЦК України). У цьому разі розірвання спадкового договору вчиняється у такій самій формі, що й укладення договору, тобто у письмовій формі з обов'язковим нотаріальним посвідченням.

Запитання та завдання для самоконтролю

1. Обґрунтуйте власну позицію щодо місця спадкового права в системі цивільного права.
2. Який вид правонаступництва має місце при спадкуванні?
3. У чому полягає сутність права на спадкування?
4. Як визначається коло спадкоємців за цивільним законодавством України?
5. Визначте підстави усунення спадкоємців від спадкування.
6. Які права та обов'язки входять до складу спадщини?
7. Які види заповітів передбачені ЦК України?
8. У чому полягає здійснення права на спадкування?
9. Які способи прийняття спадщини передбачені ЦК України?
10. Визначте правові наслідки спливу строку для прийняття спадщини.
11. Визначте правові наслідки відмови від прийняття спадщини.
12. Визначте особливості виконання заповіту.
13. Розкрийте повноваження виконавця заповіту.
14. Обґрунтуйте власну позицію щодо правової природи спадкового договору.
15. Розкрийте динаміку спадкового договору.

ТЕМА 11. ПРОБЛЕМИ СІМЕЙНОГО ПРАВА

Л. В. Красицька

§ 1. Проблема визначення місця сімейного права в системі права

Питання про *місце сімейного права в системі права України* належить до числа найбільш дискусійних у сучасній доктрині права. Особливої актуальності проблематика визначення місця сімейного права в системі права набрала в умовах проведеної в Україні кодифікації цивільного та сімейного законодавства. Загострення дискусії щодо співвідношення сімейного та цивільного права обумовлене тим, що до проекту ЦК України була включена книга шоста «Сімейне право», яка в подальшому за рішенням Тимчасової спеціальної комісії Верховної Ради України по доопрацюванню проекту ЦК до третього читання була з нього виключена. СК України як окремих кодифікований акт був прийнятий 10.01.2002 р.¹ і набрав чинності з 01.01.2004 р.

Радянська правова доктрина вважала, що сімейне право, створюючи єдину і цілку систему, входить в якості складової самостійної галузі в загальну систему права².

У сучасній доктрині приватного права склалося *два основних підходи щодо місця сімейного права в системі права* і відповідно щодо галузевої приналежності відносин, які виникають між членами сім'ї. Прихильники першого підходу (В. Ю. Євко, І. В. Жилінкова, Р. А. Майданик, М. М. Дякович та ін.) виходять з того, що *сімейне право є підгалуззю цивільного права*³. Прихильники другого підходу (Т. В. Боднар, З. В. Ромовська, В. І. Труба, Ю. С. Червоний та ін.) вважають, що *сімейне право є самостійною галуззю права*⁴.

¹ Сімейний кодекс України від 10.01.2002 р. № 2947-III. *Офіційний вісник України*. 2002. № 7. Ст. 273.

² Матвеев Г. К. *Советское семейное право: учебник*. Москва: Юрид. лит., 1985. С. 37; Рясенцев В. А. *Семейное право*. Москва: Юрид. лит., 1971. С. 8.

³ Дякович М. М. *Місце та роль сімейних правовідносин у правовій системі України. Актуальні проблеми цивільного, сімейного та міжнародного приватного права (Матвеевські цивілістичні читання): матеріали міжнар. наук.-практ. конф.* (Київ, 10 листопада 2011 р.). Київ: Алерта, 2012. С. 175; Майданик Р. А. *Розвиток приватного права України: монографія*. Київ: Алерта, 2016. С. 51; *Сімейне право: підручник / за заг. ред. В. А. Кройтора та В. Ю. Євко*; Харків. нац. ун-т внутр. справ. Харків, 2016. С. 19; *Сімейне право України: підручник / за заг. ред. В. І. Борисової та І. В. Жилінкової*. Київ: Юрінком Інтер, 2004. С. 15–16.

⁴ Боднар Т. В. *К вопросу о месте семейного права в системе права Украины. Актуальні*

Частина 1 ст. 2 СК України передбачає, що Сімейний кодекс України регулює сімейні особисті немайнові та майнові відносини між подружжям, між батьками та дітьми, усиновлювачами та усиновленими, між матір'ю та батьком дитини щодо її виховання, розвитку та утримання. Згідно з ч. 1 ст. 1 ЦК України цивільним законодавством регулюються особисті немайнові та майнові відносини (цивільні відносини), засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників. Отже, законодавець, визначаючи предмет правового регулювання в СК України і ЦК України майже ідентично, вказує, що його складають, перш за все, особисті немайнові відносини та майнові відносини. Саме тому прихильники першого погляду вважають, що предмет та метод сімейно-правового та цивільно-правового регулювання співпадають, відповідно, сімейне право становить підгалузь цивільного права.

Проте ще О. І. Загоровський наполягав на тому, що сімейні відносини, подібні до інших відносин цивільного права – майнових, унаслідок приватно-правового характеру тих та інших істотно відрізняються від останніх такими рисами: підставою майнових відносин є господарсько-економічні потреби, підстава правовідносин сімейних – потреби фізичної природи і морального почуття. Майнові відносини породжують майнові права, що служать джерелом панування над майном. Сімейні відносини породжують сімейні права, що ставлять у певну особисту залежність одного члена сімейного союзу від іншого і створюють певне юридичне становище (*status*) для цих членів. Відносини майнові та відповідні їм права майнові легко вимірюються. У відносинах сімейних міра та рахунок прав неможливі в силу особливих властивостей цих відносин, більше моральних, ніж юридичних. Звідси регулювання правом відносин сімейних є набагато сутужнішим, ніж відносин майнових¹. Я. М. Шевченко вказує на критерії розмежування цивільних та сімейних правовідносин, зазначаючи, що цивільно-правові відносини є близькими до сімейно-правових, проте відмінністю сімейно-правових відносин є відсутність у майнових сімейно-правових відносинах вартісної ознаки і значною мірою

проблеми цивільного, сімейного та міжнародного приватного права (Матвеевські цивілістичні читання): матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (Київ, 16 вересня 2010 року). Київ : КНТ, 2011. С. 35; Ромовська З. В. Українське сімейне право: підручник. Київ: Правова єдність, 2009. С. 22; Труба В. І. До питання про методи правового регулювання у сімейному праві. Актуальні проблеми цивільного права та процесу: матеріали щорічної міжнар. наук.-практ. конф. ім. Ю. С. Червоного. Одеса: Фенікс, 2012. С. 27; Червоний Ю. Поняття предмета і методу сімейного права України. Вісник Академії правових наук України. 2003. № 4. С. 157–170.

¹ Загоровський А. И. Курс семейного права. Одесса, 1909. URL : <http://civil.consultant.ru/reprint/books/133/>.

сімейно-правовий характер визначення їх учасників¹.

З огляду на те, що ст. 2 СК України визначає коло осіб – членів сім'ї, відносини між якими підпадають під сферу сімейно-правового регулювання, на відміну від того, що ЦК України регулює особисті немайнові та майнові відносини не тільки між усіма фізичними особами незалежно від їх сімейного стану тощо, а й між юридичними особами, державою Україною, АРК, територіальними громадами, іноземними державами та іншими суб'єктами публічного права, можна зробити висновок, що *предмет сімейного права і предмет цивільного права не збігаються*. Слушно зауважує В. І. Труба, що предмет сімейного права характеризує те, що відносини, які підпадають під його регулюючий вплив, між названими особами виступають як шлюбно-сімейні. Вони покликані обслуговувати інтереси сім'ї, інтереси її членів, які випливають із здійснення сім'єю її функцій, інтереси їхніх учасників як членів сім'ї².

Сімейні правовідносини мають й інші особливості, які дозволяють виокремити їх з кола цивільно-правових відносин, зокрема, особистий характер сімейних правовідносин, обумовлений індивідуалізацією їх учасників у конкретному правовідношенні, що не допускає їх заміни у правовідношенні і, за загальним правилом, правонаступництва; саме сімейні правовідносини є формою суспільних відносин, в яких відбувається відтворення людської особистості й продовження людського роду, а сімейне право в певних межах врегульовує відносини щодо визначення походження дитини, її виховання, розвитку та утримання; на відміну від цивільно-правового регулювання суспільних відносин, в основу сімейно-правового регулювання суспільних відносин покладено не майнові інтереси їх учасників, а особисті потреби, певні моральні настанови, публічні інтереси суспільства у вихованні майбутнього покоління.

О. М. Нечаєва наголошує, що можна наводити безліч паралелей і робити висновки про залежність сімейного права від цивільного. Проте при цьому все ж таки необхідно враховувати головне – призначення правових норм, їх мету, для досягнення якої держава регулює ті чи інші відносини. Норми цивільного права покликані забезпечувати інтереси як фізичних, так і юридичних осіб переважно у сфері цивільного обороту³. Продовжуючи думку О. М. Нечаєвої,

¹ Шевченко Я. Місце цивільного права в системі права України. Право України. 2012. № 1–2. С. 129.

² Труба В. І. Сімейне право в системі галузей приватного права. *Актуальні проблеми приватного права України*: Зб. ст. до ювілею д-ра юрид. наук, проф. Н. С. Кузнецової / Відп. ред. Р. А. Майданик та О. В. Кохановська. Київ: ПрАТ «Юридична практика», 2014. С. 452.

³ Нечаєва А. М. Семейное право: проблемы и перспективы развития. *Государство и право*. 1999. № 3. С. 73.

варто зазначити, що згідно з ч. 2 ст. 1 СК України регулювання сімейних відносин здійснюється СК України з метою: зміцнення сім'ї як соціального інституту і як союзу конкретних осіб; утвердження почуття обов'язку перед батьками, дітьми та іншими членами сім'ї; побудови сімейних відносин на паритетних засадах, на почуттях взаємної любові та поваги, взаємодопомоги і підтримки; забезпечення кожної дитини сімейним вихованням, можливістю духовного та фізичного розвитку.

Свою специфіку має й *метод сімейно-правового регулювання*. Особливості методу сімейного права обумовлюють наступні чинники: диспозитивні засади, що означає можливість учасників сімейних правовідносин у певних випадках обирати для себе модель поведінки іншу, ніж встановлену законом; специфіка юридичних фактів, які тягнуть за собою виникнення сімейних правовідносин (для сімейного права притаманні юридичні стани, тобто тривалі у часі юридичні факти, наприклад, споріднення, опіка, усиновлення, шлюб, піклування тощо); специфіка санкцій у сімейному праві (санкції мають в більшості своїй особистий характер, наприклад, позбавлення батьківських прав, визнання шлюбу недійсним тощо); специфіка вирішення сімейно-правових спорів (розгляд сімейних спорів здійснюється не тільки судами, а й органами опіки та піклування).

Отже, сімейне право як сфера приватного права є самостійною галуззю права, що має свій предмет та метод сімейно-правового регулювання.

Л. В. Красицька

§ 2. Сім'я як об'єкт правової охорони

Сім'я є тим природним середовищем, в якому гармонійно відчуває себе людина як людська істота і як особистість. Частина 1 ст. 3 СК України проголошує, що сім'я є первинним та основним осередком суспільства.

Сім'я як явище є предметом дослідження багатьох суспільних наук: психології, соціології, педагогіки, юриспруденції тощо. У соціологічному розумінні традиційно сім'ю розглядають як союз осіб, заснований на шлюбі, спорідненні (або тільки спорідненні), прийнятті дітей на виховання, що характеризується спільністю життя, інтересів, взаємним піклуванням¹.

Сім'я є й об'єктом правової охорони, причому положення про захист сімейних прав та інтересів передбачають як норми сімейного, цивільного права, так й норми адміністративного, кримінального права. Безперечно, найбільш ефективний механізм захисту сім'ї визначений сімейним законодавством України. Перш за все варто зазначити, що сім'я не є суб'єктом сімейних правовідносин. Стаття 2 СК України, визначаючи коло учасників сімейних

¹ Рясенцев В. А. Семейное право. Москва: Юрид. лит., 1971. С. 43.

відносин, не визнає сім'ю суб'єктом сімейних правовідносин, перераховуючи окремих членів сім'ї в якості учасників сімейних правовідносин. Сімейні правовідносини складаються між окремими членами сім'ї, зокрема між дружиною та чоловіком, між матір'ю, батьком і дитиною тощо. Саме між ними виникають сімейні права та обов'язки, саме щодо окремих членів сім'ї можуть бути застосовані певні сімейно-правові санкції. Сім'я як правове явище є об'єктом правового регулювання. Стаття 51 Конституції України проголошує, що сім'я, дитинство, материнство і батьківство охороняються державою. Згідно з ч. 1 ст. 5 СК України держава охороняє сім'ю, дитинство, материнство, батьківство, створює умови для зміцнення сім'ї.

Як слушно зауважує І. В. Жилінкова, каменем спотикання, через який виникають основні спори при визначенні сім'ї, є питання про суб'єктний склад сім'ї¹. Згідно з ч. 2 ст. 3 СК України *сім'ю складають особи, які спільно проживають, пов'язані спільним побутом, мають взаємні права та обов'язки*. Подружжя вважається сім'єю і тоді, коли дружина та чоловік у зв'язку з навчанням, роботою, лікуванням, необхідністю догляду за батьками, дітьми та з інших поважних причин не проживають спільно. Дитина належить до сім'ї своїх батьків і тоді, коли спільно з ними не проживає. Стаття 16 Загальної декларації прав людини² передбачає, що чоловіки і жінки, які досягли повноліття, мають право без будь-яких обмежень за ознакою раси, національності або релігії одружуватися і засновувати сім'ю. Відповідно до ст. 12 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод³ чоловіки та жінки, котрі досягли шлюбного віку, мають право вступати у шлюб і створювати сім'ю відповідно до національних законів, які регулюють здійснення цього права.

Варто зазначити, що предметом розгляду ЄСПЛ були справи щодо визначення поняття «сімейне життя». ЄСПЛ дійшов висновку, що у світлі Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод поняття «сімейне життя» охоплює ширше коло, ніж звичайні формальні, законно оформлені стосунки (рішення ЄСПЛ у справах «Джонстон проти Ірландії», «Маркс проти Бельгії»). При вирішенні справ ЄСПЛ бере до уваги суть відносин, не обмежуючись формальними зв'язками. ЄСПЛ включає у тлумачення сімейного життя зв'язки між близькими родичами безпосередньо в сім'ї, а також між дідом, бабою і внуками. ЄСПЛ у своїх рішеннях схильний віддавати

¹ Жилінкова І. В. Проблема визначення поняття «сім'я» за сімейним кодексом України. *Університетські наукові записки*. 2007. № 2. С. 119.

² Загальна декларація прав людини, прийнята Генеральною Асамблеєю ООН 10 грудня 1948 року // Дженіс М., Кей Р., Бредлі Е. Європейське право у галузі прав людини: джерела і практика застосування; пер. з англ. Київ: «АртЕк», 1997. С. 568–573.

³ Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. *Урядовий кур'єр*. 2010. № 215. 17 листоп.

перевагу вертикальним сімейним зв'язкам, наприклад, таким, як між неповнолітніми дітьми, батьками, дідом і бабою, а не горизонтальним зв'язкам, наприклад, між братами та сестрами, племінниками та племінницями¹.

З урахуванням основних ознак (сім'я – це невелике об'єднання осіб, не колектив; спільність проживання членів сім'ї; наявність спільного побуту; наявність взаємних прав та обов'язків), притаманних сім'ї, в юридичній літературі сім'ю визначають по-різному. Зокрема В. О. Рясенцев сім'єю визнав коло осіб, пов'язаних правами та обов'язками, що виникають із шлюбу, споріднення, усиновлення або іншої форми прийняття дітей на виховання, призначених сприяти зміцненню сімейних відносин на принципах моралі². На думку І. В. Жилінкової, сім'я – це об'єднання осіб, пов'язаних між собою спільністю життя та взаємними правами і обов'язками, що виникають за підстав, передбачених у законі³.

Відповідно до ч. 4 ст. 3 СК України *сім'я створюється на підставі шлюбу, кровного споріднення, усиновлення, а також на інших підставах, не заборонених законом і таких, що не суперечать моральним засадам суспільства*.

Щодо таких підстав створення сім'ї як шлюб, кровне споріднення, усиновлення дискусії не виникає. Як зазначає І. В. Жилінкова, зрозуміло, що основний інтерес зосереджений на вказівці закону відносно того, що сім'я може створюватися за інших підстав, які прямо законом не визначені⁴. Вочевидь, *проживання жінки та чоловіка, які не перебувають у шлюбі між собою або в будь-якому іншому шлюбі, є підставою створення сім'ї за чинним СК України*. Проте виникає питання щодо одностатевих зв'язків. СК України в ч. 1 ст. 21 визначає шлюб як сімейний союз жінки та чоловіка, зареєстрований в органах ДРАЦС. Отже, за сімейним законодавством України визнаються тільки шлюби, які укладаються між чоловіком та жінкою. Одностатеві зв'язки не визнаються в Україні ні шлюбом, ні сім'єю, враховуючи, що на сьогодні одностатеві зв'язки суперечать моральним засадам українського суспільства. ЄСПЛ у своєму рішенні у справі «Шапін і Шарпент'є проти Франції»⁵ зазначив, що заборона одностатевих шлюбів не є порушенням прав людини. Зокрема, ЄСПЛ відзначив, що держава не порушує жодних прав людини, якщо

¹ Давидчук О. В. Європейська Конвенція з прав людини та цивільне право. URL: <http://www.judges.org.ua/seminar21-7.htm>.

² Рясенцев В. А. Семейное право. Москва: Юрид. лит., 1971. С. 45.

³ Жилінкова І. В. Проблема визначення поняття «сім'я» за сімейним кодексом України. *Університетські наукові записки*. 2007. № 2. С. 126.

⁴ Там само. С. 124.

⁵ Заборона гомошлюбів не є порушенням прав людини – Європейський суд. URL: <https://www.ar25.org/article/zaborona-gomoshlyubiv-ne-ye-porushennyam-prav-lyudyny-evropeyskyy-sud.html>

не дозволяє своїм громадянам одностатеві «шлюби» чи «сім'ї». ЄСПЛ підтвердив рішення Верховного суду Франції, що не йдеться про жодну дискримінацію, якщо держава не надає своїм громадянам можливості одностатевих «шлюбів».

Стаття 291 ЦК України передбачає, що фізична особа незалежно від віку та стану здоров'я має *право на сім'ю*. Фізична особа не може бути проти її волі розлучена з сім'єю, крім випадків, встановлених законом. Фізична особа має право на підтримання зв'язків з членами своєї сім'ї та родичами незалежно від того, де вона перебуває. Ніхто не має права втручатися у сімейне життя фізичної особи, крім випадків, передбачених Конституцією України.

Стаття 4 СК України проголошує, що особа, яка досягла шлюбного віку, має *право на створення сім'ї*. У випадках, передбачених ч. 2 ст. 23 СК України, сім'ю може створити особа, яка не досягла шлюбного віку. Сім'ю може створити особа, яка народила дитину, незалежно від віку. Кожна особа має *право на проживання в сім'ї*. Особа може бути примусово ізольована від сім'ї лише у випадках і в порядку, встановлених законом. Кожна особа має *право на повагу до свого сімейного життя*. Отже, за сімейним законодавством України зміст права особи на сім'ю складають три правомочності: право на створення сім'ї; право на проживання в сім'ї; право на повагу до свого сімейного життя.

Варто зазначити, що чинне законодавство України достатньо часто використовує таке поняття як член сім'ї, причому універсального визначення поняття «член сім'ї» не існує, є тлумачення цього поняття щодо окремих нормативно-правових актів.

Стаття 63 Конституції України проголошує, що особа не несе відповідальності за відмову давати показання або пояснення щодо себе, *членів сім'ї чи близьких родичів*, коло яких визначається законом. Кримінальне процесуальне законодавство України такі поняття як члени сім'ї та близькі родичі об'єднує, зокрема, в п. 1 ч. 1 ст. 3 КПК України¹ передбачено таке визначення: близькі родичі та члени сім'ї – чоловік, дружина, батько, мати, вітчим, мачуха, син, дочка, пасинок, падчерка, рідний брат, рідна сестра, дід, баба, прадід, прабаба, внук, внучка, правнук, правнучка, усиновлювач чи усиновлений, опікун чи піклувальник, особа, яка перебуває під опікою або піклуванням, а також особи, які спільно проживають, пов'язані спільним побутом і мають взаємні права та обов'язки, у т. ч. особи, які спільно проживають, але не перебувають у шлюбі.

У Рішенні КС України у справі за конституційними поданнями Служби безпеки України, Державного комітету нафтової, газової та нафтопереробної

¹ Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 р. № 4651-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2013. № 9–10, № 11–12, № 13. Ст. 88.

промисловості України, Міністерства фінансів України щодо офіційного тлумачення положень пункту 6 статті 12 Закону України «Про соціальний і правовий захист військовослужбовців та членів їх сімей», частин четвертої і п'ятої статті 22 Закону України «Про міліцію» та частини шостої статті 22 Закону України «Про пожежну безпеку» (справа про офіційне тлумачення терміна «член сім'ї») від 03.06.1999 р. № 5-рп/99¹ зазначається, що у Конституції України терміни «сім'я», «члени сім'ї», «родичі», «сімейне життя», «утримання» тощо без визначення змісту вживаються неодноразово. *Під членом сім'ї* військовослужбовця, працівника міліції, особового складу державної пожежної охорони за змістом п. 6 ст. 12 Закону України «Про соціальний і правовий захист військовослужбовців та членів їх сімей», ч.ч. 4, 5 ст. 22 Закону України «Про міліцію» та ч. 6 ст. 22 Закону України «Про пожежну безпеку» *треба розуміти особу, що перебуває з суб'єктом права на пільги щодо оплати користування житлом і комунальними послугами у правовідносинах, природа яких визначається: кровними (родинними) зв'язками або шлюбними відносинами; постійним проживанням з військовослужбовцем, працівником міліції, особового складу державної пожежної охорони; веденням з ним спільного господарства.* Такі ознаки (вимоги) застосовуються диференційовано при конкретному визначенні членів сім'ї, які мають право на названі пільги. *До кола членів сім'ї* військовослужбовця, працівника міліції, особового складу державної пожежної охорони належать *його (її) дружина (чоловік), їх діти і батьки.* Щодо них ознака (вимога) ведення спільного господарства з суб'єктом права на пільги в оплаті користування житлом і комунальними послугами застосовується лише у передбачених законом випадках. *Діти є членами сім'ї незалежно від того, чи є це діти будь-кого з подружжя, спільні або усиновлені, народжені у шлюбі або позашлюбні.* *Членами сім'ї* військовослужбовця, працівника міліції, особового складу державної пожежної охорони *можуть бути визнані й інші особи за умов постійного проживання разом з суб'єктом права на пільги і ведення з ним спільного господарства,* тобто не лише його (її) близькі родичі (рідні брати, сестри, онуки, дід, баба), але й інші родичі або особи, які не перебувають з військовослужбовцем, працівником міліції, особового складу державної пожежної охорони у безпосередніх родинних зв'язках (неповнорідні брати,

¹ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційними поданнями Служби безпеки України, Державного комітету нафтової, газової та нафтопереробної промисловості України, Міністерства фінансів України щодо офіційного тлумачення положень пункту 6 статті 12 Закону України «Про соціальний і правовий захист військовослужбовців та членів їх сімей», частин четвертої і п'ятої статті 22 Закону України «Про міліцію» та частини шостої статті 22 Закону України «Про пожежну безпеку» (справа про офіційне тлумачення терміна «член сім'ї») від 03.06.1999 р. № 5-рп/99. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v005p710-99>.

сестри; зять, невістка; вітчим, мачуха; опікуни, піклувальники, пасинки, падчерки та інші).

Відповідно до ч. 3 ст. 3 СК України *права члена сім'ї має одинока особа.*

Частина 1 ст. 3 Закону України «Про приватизацію державного житлового фонду»¹ передбачає, що приватизація здійснюється шляхом безоплатної передачі громадянам квартир (будинків), житлових приміщень у гуртожитках з розрахунку санітарної норми 21 квадратний метр загальної площі на наймача і кожного члена його сім'ї та додатково 10 квадратних метрів на сім'ю. У цьому контексті поняття «на сім'ю» тлумачиться так, що на одну особу також виділяється додатково 10 квадратних метрів як і на сім'ю.

Л. В. Красицька

§ 3. Проживання жінки та чоловіка, які не перебувають у шлюбі між собою або в будь-якому іншому шлюбі, як підстава створення сім'ї (фактичні шлюбні відносини)

Згідно з ч. 4 ст. 3 СК України сім'я може створюватися на підставах, не заборонених законом, і таких, що не суперечать моральним засадам суспільства. Проживання однією сім'єю жінки та чоловіка без шлюбу не є підставою для виникнення у них прав та обов'язків подружжя (ч. 2 ст. 21 СК України).

З урахуванням того, що сім'ю може бути створено й за іншими підставами, ніж шлюб, кровне споріднення й усиновлення, можна зазначити, що *проживання жінки та чоловіка, які не перебувають у шлюбі між собою або в будь-якому іншому шлюбі, є підставою створення сім'ї.* Такі відносини в юридичній літературі йменуються ще як «фактичні шлюбні відносини».

Проблема фактичних шлюбних відносин сягає своїм корінням часів Стародавнього Риму, де широкого розповсюдження набув так званий конкубінат – фактичні шлюбні відносини між чоловіком та жінкою, які не мали у подальшому ніяких правових наслідків. В подальшому зміст поняття конкубінату трансформувався. У дореволюційній Росії так визначалося довге позашлюбне співжиття із незаміжньою жінкою, тобто незаконне співжиття. Досвід існування конкубінату припадає і на радянський період. Нарівні із зареєстрованим шлюбом він визнавався до 08.07.1944 р. як так званий фактичний шлюб, тобто не оформлений в органах запису актів громадянського стану. Пункт 19 Указу Президії Верховної Ради СРСР від 08.07.1944 р. «Про збільшення державної допомоги вагітним жінкам, багатодітним і одиноким матерям, посилення охорони материнства і дитинства, про встановлення почесного звання «Мати-героїня» і заснування ордена «Материнська слава» і

¹ Про приватизацію державного житлового фонду: Закон України від 19.06.1992 р. № 2482-ХІІ. *Відомості Верховної Ради України.* 1992. № 36. Ст. 524.

медалі «Медаль материнства»»¹ наголошував, що тільки зареєстрований шлюб породжує права та обов'язки подружжя, передбачені кодексами законів про шлюб, сім'ю і опіку союзних республік. Особи, які фактично перебувають у шлюбних відносинах до видання зазначеного Указу, можуть оформити свої відносини шляхом реєстрації шлюбу з вказівкою строку фактичного сумісного життя.

Отже, фактичні шлюбні відносини не вважалися сімейними у період з 8 липня 1944 р. і до 1 січня 2004 р. – часу набрання чинності СК України.

Якщо між жінкою та чоловіком, що перебували у таких відносинах, виникають спірні майнові питання, то вони вирішуються за нормами цивільного законодавства, що було чинним на момент виникнення спірних правовідносин. Так, у Постанові ВС України від 25.12.2013 р. зазначено, що відповідно до роз'яснень, що містяться в п. 12 Постанови Пленуму ВС України від 12.06.1998 р. № 16 «Про застосування судами деяких норм Кодексу про шлюб та сім'ю України» (у редакції, яка була чинною на момент спірних правовідносин), спори про поділ майна осіб, які живуть однією сім'єю, але не перебувають у зареєстрованому шлюбі, мають вирішуватися згідно з п. 1 ст. 17 Закону України «Про власність», відповідних норм ЦК УРСР та з урахуванням п. 5 Постанови Пленуму ВС України від 22.12.1995 р. № 20 «Про судову практику у справах за позовами про захист права приватної власності». Правила ст.ст. 22, 28, 29 КпШС України в цих випадках не застосовуються. Згідно з ч. 1 ст. 17 Закону України «Про власність», який був чинним на час виникнення спірних правовідносин, майно, придбане внаслідок спільної праці членів сім'ї, є їх спільною сумісною власністю, якщо інше не встановлено письмовою угодою між ними. Частиною 2 ст. 112 ЦК УРСР 1963 р. визначено, що сумісною власністю є спільна власність без визначення часток. За змістом п. 5 Постанови Пленуму ВС України від 22.12.1995 р. № 29 «Про судову практику у справах за позовами про захист права приватної власності» (у редакції, яка була чинною на час виникнення спірних правовідносин), розглядаючи позови, пов'язані з спільною власністю громадян, суди повинні виходити з того, що відповідно до чинного законодавства спільною сумісною власністю є не лише майно, нажите подружжям за час шлюбу (ст. 16 Закону України «Про власність», ст. 22 КпШС України), а й майно, придбане внаслідок спільної праці членів сім'ї, або майно, придбане внаслідок спільної праці громадян, що об'єдналися для спільної діяльності, коли укладеною між

¹ Об увеличении государственной помощи беременным женщинам, многодетным и одиноким матерям, усилении охраны материнства и детства, об установлении почетного звания «Мать-героиня» и учреждении ордена «Материнская слава» и медали «Медаль материнства»: Указ Президиума Верховного Совета СССР от 08.07.1944 г. URL: http://www.lawmix.ru/docs_cccp/3096/.

ними письмовою угодою визначено, що воно є спільною сумісною власністю (п. 1 ст. 17, ст. 18, п. 2 ст. 17 Закону України «Про власність»), тощо. У цій же постанові від 25.12.2013 р. у справі № 6-135цс13 ВС України зробив правовий висновок, що майно, набуте до 01.01.2004 р. під час спільного проживання особами, які не перебувають у зареєстрованому шлюбі між собою, є об'єктом їхньої спільної сумісної власності, якщо: 1) майно придбане внаслідок спільної праці таких осіб, як сім'ї (при цьому спільною працею осіб слід вважати їх спільні або індивідуальні трудові зусилля, унаслідок яких вони одержали спільні або особисті доходи, об'єднані в майбутньому для набуття спільного майна, ведення ними спільного господарства, побуту та бюджету); 2) інше не встановлено письмовою угодою між ними¹.

Сімейне законодавство України передбачає існування фактичних шлюбних відносин, котрі породжують правові наслідки майнового характеру. Це підтверджується ст.ст. 74 та 91 СК України. Відповідно до ст. 74 СК України, якщо жінка та чоловік проживають однією сім'єю, але не перебувають у шлюбі між собою або в будь-якому іншому шлюбі, майно, набуте ними за час спільного проживання, належить їм на праві спільної сумісної власності, якщо інше не встановлено письмовим договором між ними. На майно, що є об'єктом права спільної сумісної власності жінки та чоловіка, які не перебувають у шлюбі між собою або в будь-якому іншому шлюбі, поширюються положення глави 8 СК України.

Аналізуючи ч. 1 ст. 74 СК України щодо належності майна жінці та чоловікові, які проживають однією сім'єю, але не перебувають у шлюбі між собою або в будь-якому іншому шлюбі, на праві спільної сумісної власності, якщо інше не встановлено письмовим договором між ними, можна зазначити, що цей підхід законодавця тягне за собою виникнення певних складнощів при укладенні правочинів, зокрема кредитних договорів жінкою або чоловіком у період існування таких фактичних шлюбних відносин тощо.

У Висновках ВС України, викладених у рішеннях, прийнятих за результатами розгляду заяв про перегляд судового рішення з підстави, передбаченої п. 1 ч. 1 ст. 355 ЦПК України, за I півріччя 2012 р., зазначається, що при застосуванні ст. 74 СК слід виходити з того, що ця норма поширюється на випадки, коли чоловік і жінка не перебувають у будь-якому іншому шлюбі та між ними склалися усталені відносини, які притаманні подружжю. Для визначення осіб як таких, що перебувають у фактичних шлюбних відносинах, для вирішення майнового спору на підставі ст. 74 СК суд повинен встановити факт проживання однією сім'єю чоловіка та жінки без реєстрації шлюбу в

¹ Постанова ВС України від 25.12.2013 р., судова справа № 6-135цс13. URL: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/A8DDD5A9A3900340C2257C92003A6EE3](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/A8DDD5A9A3900340C2257C92003A6EE3).

період, упродовж якого було придбано спірне майно (Постанова ВС України від 20.02.2012 р. у справі № 6-97цс11)¹.

Відповідно до 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 СК України.

Отже, при застосуванні ст.ст. 74, 91 СК України виникає проблема оціночних понять, які Й. О. Покровський ще йменував «каучуковими параграфами»². Зокрема необхідно визначитися з «усталеними відносинами», «тривалим часом проживання». Автор проекту СК України З. В. Ромовська наголошує, що «тривалий час» – оцінювана правнича категорія³. Аналізуючи умови виникнення права на утримання жінки та чоловіка, які не перебувають у шлюбі між собою, Я. В. Новохатська слушно зауважує, що закон не визначає такого поняття, як тривалість проживання однією сім'єю жінки та чоловіка. На практиці нерідко тривалим вважається строк у 10 років, що встановлений у ч. 3 ст. 76 СК України. Проте таке посилення не можна визнати правильним⁴.

Виникає й питання щодо того, що право на утримання мають жінка та чоловік, які не перебувають у шлюбі між собою, тривалий час проживали однією сім'єю, і той із них, хто став непрацездатним під час спільного проживання, відповідно й матиме право на аліменти. Законодавець як би «забуває» про можливість існування «будь-якого іншого шлюбу», в якому може перебувати жінка або чоловік, що суперечить принципам сімейного права.

Л. В. Красицька

§ 4. Дія сімейного законодавства у часі. Застосування до регулювання сімейних відносин Цивільного кодексу України

Питання дії сімейного законодавства у часі мають важливе як теоретичне, так і практичне значення. Саме у процесі правозастосування необхідно обрати ту правову норму, яка підлягає застосуванню до відповідних правовідносин з урахуванням положень дії законодавства у часі. Деякі

¹ Висновки ВС України, викладені у рішеннях, прийнятих за результатами розгляду заяв про перегляд судового рішення з підстави, передбаченої п. 1 ч. 1 ст. 355 ЦПК України, за I півріччя 2012 р. URL: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/969423C295E58C1DC2257B7B004C9939](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/969423C295E58C1DC2257B7B004C9939).

² Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. 4-е изд., испр. Москва: Статут, 2003. С. 97.

³ Ромовська З. В. Сімейний кодекс України: науково-практ. коментар. 3-тє вид., перероб. і доп. Київ: Правова єдність, 2009. С. 150.

⁴ Сімейний кодекс України: науково-практ. коментар / за ред. І. В. Жилінкової. Харків: Ксилон, 2008. С. 306.

проблемні питання дії сімейного законодавства у часі було розглянуто І. В. Жилінковою¹, проте практика застосування сімейного законодавства засвідчує існування ще багатьох питань з цієї проблематики.

СК України набрав чинності з 01.01.2004 р. і, на відміну від ЦК України, не містить перехідних положень щодо регулювання окремих видів сімейних відносин. Якщо згадати радянський період, то введення в дію Кодексу про шлюб та сім'ю УРСР від 20.06.1969 р.² супроводжувалось Указом Президії Верховної Ради УРСР від 29.12.1969 р. «Про порядок введення в дію Кодексу про шлюб та сім'ю УРСР»³, яким й визначалось особливості дії окремих норм сімейного законодавства щодо спірних сімейних відносин. Отже, *положення СК України розповсюджуються на правовідносини, які виникли після набрання ним чинності, тобто не раніше 01.01.2004 р.* Пункт 1 Постанови Пленуму ВС України «Про застосування судами окремих норм Сімейного кодексу України при розгляді справ щодо батьківства, материнства та стягнення аліментів»⁴ передбачає, що за загальним правилом дії законів та інших нормативно-правових актів у часі (ч. 1 ст. 58 Конституції України) *норми СК України застосовуються до сімейних відносин, які виникли після набрання ним чинності, тобто не раніше 1 січня 2004 р. До сімейних відносин, які вже існували на зазначену дату, норми СК застосовуються в частині лише тих прав і обов'язків, що виникли після набрання ним чинності.* Ці права й обов'язки визначаються на підставах, передбачених СК України.

І. В. Жилінкова справедливо зазначає: якщо будь-який юридичний факт (реєстрація шлюбу, народження, усиновлення дитини тощо) відбувся після набрання чинності СК (тобто після 1 січня 2004 р.), то сімейні відносини, що виникли, підпадають під дію його норм⁵.

Розглянемо деякі проблемні питання дії сімейного законодавства у часі, які найчастіше виникають у правозастосовній діяльності.

З набранням чинності СК України істотно змінилося правове регулювання майнових відносин жінки та чоловіка, які проживають однією сім'єю, але

¹ Жилінкова І. Дія норм сімейного законодавства у часі. *Вісник Академії правових наук України*. 2006. № 4. С. 108-118.

² Кодекс про шлюб та сім'ю УРСР від 20.06.1969 р. № 2006-7. *Відомості Верховної Ради УРСР*. 1969. № 26. Ст. 204.

³ Про порядок введення в дію Кодексу про шлюб та сім'ю УРСР: Указ Президії Верховної Ради УРСР від 29.12.1969 р. № 2476-VII. *Відомості Верховної Ради УРСР*. 1970. № 2. Ст. 16.

⁴ Про застосування судами окремих норм Сімейного кодексу України при розгляді справ щодо батьківства, материнства та стягнення аліментів: Постанова Пленуму ВС України від 15.05.2006 р. № 3. *Вісник Верховного Суду України*. 2006. № 7. С. 16-20.

⁵ Жилінкова І. Дія норм сімейного законодавства у часі. *Вісник Академії правових наук України*. 2006. № 4. С. 110.

не перебувають у шлюбі між собою або в будь-якому іншому шлюбі, тому необхідно враховувати, що їх майнові права та обов'язки, які виникли до 01.01.2004 р., визначалися виключно нормами цивільного законодавства. Норми СК України застосовуються лише в частині тих прав і обов'язків, що виникли після набрання ним чинності. *Правила ст.ст. 22, 28, 29 КнШС України не застосовуються до спорів про поділ майна осіб, які живуть однією сім'єю, але не перебувають у зареєстрованому шлюбі.*

СК України істотно змінив підхід й щодо визначення моменту припинення шлюбу у разі розірвання його за рішенням суду. Згідно з ч. 2 ст. 114 СК України у разі розірвання шлюбу судом шлюб припиняється у день набрання чинності рішенням суду про розірвання шлюбу. Рішення суду про розірвання шлюбу після набрання ним законної сили надсилається судом до органів ДРАЦС за місцем ухвалення рішення для внесення відомостей до Державного реєстру актів цивільного стану громадян та проставлення відмітки в актовому записі про шлюб (ч. 2 ст. 115 СК України). Документом, що засвідчує факт розірвання шлюбу судом, є рішення суду про розірвання шлюбу, яке набрало законної сили (абз. 2 ч. 3 ст. 115 СК України). Пункт 15 Постанови Пленуму ВС України «Про практику застосування судами законодавства при розгляді справ про право на шлюб, розірвання шлюбу, визнання його недійсним та поділ спільного майна подружжя»¹ звертає увагу судів на те, що хоча розірвання шлюбу, здійснене на підставі рішення суду, потребує подальшої реєстрації в органах ДРАЦС, моментом припинення шлюбу є день набрання чинності рішенням суду про його розірвання (ч. 2 ст. 114 СК України). *Це правило не поширюється на випадки, коли шлюб було розірвано у судовому порядку до 1 січня 2004 р., тобто до дня набрання чинності СК України.*

Враховуючи положення щодо дії сімейного законодавства у часі, варто зазначити, що шлюб, який був розірваний за рішенням суду до 01.01.2004 р., тобто рішення суду про розірвання шлюбу набрало законної сили до 01.01.2004 р., вважається припиненим з моменту реєстрації розлучення в органах ДРАЦС, оскільки на той час діяла ст. 44 КпШС України, згідно якої шлюб вважався припиненим з моменту реєстрації розлучення в органах реєстрації актів громадянського стану.

У зв'язку з тим, що законодавець по-різному визначав правовий режим майна, набутого одним із подружжя під час шлюбу внаслідок приватизації державного житлового фонду, та земельних ділянок, набутих внаслідок безоплатної передачі їх одному з подружжя із земель державної або

¹ Про практику застосування судами законодавства при розгляді справ про право на шлюб, розірвання шлюбу, визнання його недійсним та поділ спільного майна подружжя: Постанова Пленуму ВС України від 21.12.2007 р. № 11. *Вісник Верховного Суду України*. 2008. № 1. С. 5–11.

комунальної власності, у т. ч. приватизації, варто враховувати, що *на праві особистої приватної власності кожному з подружжя належить житло, земельна ділянка, набуті ним у процесі приватизації, якщо право власності на приватизоване житло, земельну ділянку зареєстровано у період по 07.02.2011 р. включно (08.02.2011 р. набрав чинності Закон України від 11.01.2011 р. «Про внесення зміни до ст. 61 СК України щодо об'єктів права спільної сумісної власності подружжя»¹) та у період, починаючи з 13.06.2012 р. до сьогодні (13.06.2012 р. набрав чинності Закон України від 17.05.2012 р. «Про внесення змін до Сімейного кодексу України щодо майна, що є особистою приватною власністю дружини, чоловіка»²).*

У Висновках ВС України, викладених у рішеннях, прийнятих за результатами розгляду заяв про перегляд судового рішення з підстави, передбаченої п. 1 ч. 1 ст. 355 ЦПК України, за I півріччя 2012 р., зазначається, що норма ч. 5 ст. 61 СК України (чинна на час виникнення спірних правовідносин), якою передбачено, що об'єктом права спільної сумісної власності подружжя є житло, набуте одним із подружжя під час шлюбу внаслідок приватизації державного житлового фонду, та земельна ділянка, набута внаслідок безоплатної передачі її одному з подружжя із земель державної або комунальної власності, у т. ч. приватизації, до правовідносин, які виникли до набрання чинності цією нормою, не підлягає застосуванню. За змістом положень ст.ст. 81, 116 ЗК України земельна ділянка, одержана громадянином під час шлюбу в приватну власність шляхом приватизації, є його особистою приватною власністю, а не спільною сумісною власністю подружжя, оскільки така земельна ділянка не є майном, набутим подружжям під час шлюбу, а отримана громадянином у власність шляхом здійснення свого права на приватизацію (Постанова ВС України від 15.02.2012 р. у справі № 6-98цс11)³.

Питання дії сімейного законодавства у часі є важливими й при розгляді справ про визнання батьківства. Пункт 3 Постанови Пленуму ВС України «Про застосування судами окремих норм Сімейного кодексу України при розгляді справ щодо батьківства, материнства та стягнення аліментів» передбачає, що оскільки підстави для визнання батьківства за рішенням суду,

¹ Про внесення зміни до статті 61 Сімейного кодексу України щодо об'єктів права спільної сумісної власності подружжя: Закон України від 11.01.2011 р. № 2913-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2011. № 31. Ст. 298.

² Про внесення змін до Сімейного кодексу України щодо майна, що є особистою приватною власністю дружини, чоловіка: Закон України від 17.05.2012 р. № 4766-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2013. № 15. Ст. 100.

³ Висновки ВС України, викладені у рішеннях, прийнятих за результатами розгляду заяв про перегляд судового рішення з підстави, передбаченої п. 1 ч. 1 ст. 355 ЦПК України, за I півріччя 2012 р. URL: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/969423C295E58C1DC2257B7B004C9939](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/969423C295E58C1DC2257B7B004C9939).

зазначені у ст. 128 СК України, істотно відрізняються від підстав його встановлення, передбачених у ст. 53 КпШС України, суди, вирішуючи питання про те, якою нормою слід керуватися при розгляді справ цієї категорії, повинні виходити з дати народження дитини. Так, *при розгляді справ про встановлення батьківства щодо дитини, яка народилася до 1 січня 2004 р., необхідно застосовувати відповідні норми КпШС України*, беручи до уваги всі докази, що достовірно підтверджують визнання відповідачем батьківства, в їх сукупності, зокрема, спільне проживання й ведення спільного господарства відповідачем та матір'ю дитини до її народження, спільне виховання або утримання ними дитини. *Справи про визнання батьківства щодо дитини, яка народилася не раніше 1 січня 2004 р., суд має вирішувати відповідно до норм СК України, зокрема ч. 2 ст. 128, на підставі будь-яких доказів, що засвідчують походження дитини від певної особи й зібрані з дотриманням норм цивільного процесуального законодавства.*

Відповідно до ч. 6 ст. 136 СК України *до вимоги чоловіка про виключення запису про нього як батька з актового запису про народження дитини позовна давність не застосовується. За КпШС України щодо оспорювання батьківства була встановлена позовна давність тривалістю в один рік (ч. 1 ст. 56).* Отже, якщо оспорюється батьківство особою, записаною батьком дитини, яка народилася до 1 січня 2004 р., то слід керуватися положеннями ст. 56 КпШС України щодо застосування у цих випадках позовної давності в один рік, яка починається з того часу, коли особі стало або повинно було стати відомо про проведений запис.

Необхідно констатувати, що у вирішенні питання про застосування закону у часі щодо оспорювання батьківства, коли дитина народилась до набрання чинності СК України, немає одностайності навіть у рішеннях суддів вищих судових інстанцій. Так, в Ухвалі колегії суддів судової палати у цивільних справах Верховного Суду України від 12 червня 2008 р.¹ зазначається, що у липні 2004 р. ОСОБА_1 звернувся до суду з позовом до ОСОБА_2 про оспорювання батьківства та виключення запису його як батька з актового запису про народження дитини. Зазначав, що з 17 січня 1997 р. до 19 лютого 2004 р. він перебував з відповідачкою у зареєстрованому шлюбі, в якому була народжена дитина, в актовому записі про народження та в свідоцтві про народження якої він зазначений як батько. У 2004 р. від відповідачки йому стало відомо, що фактично батьком дитини є не він. У справі, що розглядається, усупереч наведеному застосуванню п. 1 Прикінцевих положень СК України, касаційна колегія суддів Судової палати у цивільних справах апеляційного суду Донецької області, скасовуючи рішення

¹ Ухвала колегії суддів судової палати у цивільних справах ВС України від 12 червня 2008 р., судова справа № 6-20250сво07. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/2731830>.

Печерського районного суду м. Києва від 25 жовтня 2004 р. та ухвалу апеляційного суду м. Києва від 20 грудня 2004 р. та відмовляючи в задоволенні позову ОСОБА_1, виходила з того, що спірні правовідносини регулюються Кодексом про шлюб та сім'ю України, а оскільки позивач пропустив річний строк, передбачений ст. 56 цього закону, для оспорювання свого батьківства, то немає правових підстав для задоволення його позову. При цьому суд касаційної інстанції не врахував, що обставини щодо відсутності кровного споріднення між ним та дитиною, якими позивач обґрунтовував свої позовні вимоги, стали йому відомі у 2004 р., тобто правовідносини щодо оспорювання батьківства, а тому і право на оспорювання батьківства у нього виникло у 2004 році під час дії СК України, нормами якого і регулюються правовідносини, що виникли між сторонами.

Не можна цілком погодитися із зазначеною вище позицією ВС України. У цьому випадку застосуванню підлягають саме норми ст. 56 КпШС України, оскільки дитина народилась до 1 січня 2004 р., тому застосовується положення про позовну давність в один рік для оспорювання батьківства, проте початок перебігу позовної давності починається з 2004 р., коли позивачеві стало відомо, що він не є батьком дитини, тому він не пропустив річний строк позовної давності для оспорювання батьківства.

Зовсім іншою є позиція ВС України, викладена в Ухвалі колегії суддів судової палати у цивільних справах ВС України від 9 грудня 2009 р.¹, в якій зазначається, що, ухвалюючи рішення про задоволення позову, суд першої інстанції виходив з того, що предметом доказування у цій справі, згідно із роз'ясненнями п. 12 Постанови Пленуму ВС України від 15 травня 2006 р. № 3 «Про застосування судами окремих норм Сімейного кодексу України при розгляді справ щодо батьківства, материнства та стягнення аліментів», є відсутність кровного споріднення між особою, записаною батьком, і дитиною, а тому суд правильно вважав, що при розгляді позову мають застосовуватись норми СК України. Скасовуючи рішення суду першої інстанції з ухваленням нового рішення про відмову у задоволенні позову, апеляційний суд виходив із того, що актовий запис про народження дитини був проведений з відома позивача у 2001 р., у зв'язку із чим суд дійшов висновку, що спірні правовідносини регулюються КпШС України, який був чинним на цей час, а оскільки позивач пропустив річний строк, передбачений ст. 56 КпШС України, для оспорювання свого батьківства, то відсутні й правові підстави для задоволення його позову. Зазначені висновки апеляційного суду відповідають обставинам справи і узгоджуються з нормами матеріального права. Так,

¹ Ухвала колегії суддів судової палати у цивільних справах Верховного Суду України від 9 грудня 2009 р., судова справа № 6-17498св09. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/8036315>.

апеляційним судом встановлено, що ОСОБА_3 у 2001 році особисто звертався у відповідні органи із заявою про реєстрацію народження дочки ОСОБА_5, тобто знав про проведення такого актового запису. Оскільки правовідносини виникли у 2001 р., то в силу п. 1 Прикінцевих положень СК України цей кодекс набирає чинності з 1 січня 2004 р. і за загальним правилом застосовується до сімейних відносин, які виникли після набрання ним чинності. Відповідно до ст. 56 КпШС України, чинної на час спірних сімейних відносин, особа, яка записана як батько, має право оспорити проведений запис протягом року з часу, коли їй стало відомо або повинно було стати відомо про проведений запис. У зв'язку з наведеним, висновок апеляційного суду про відсутність правових підстав для задоволення позову, з огляду на те, що положення СК України застосовуватись не можуть, є правильним. Безперечно, таку позицію ВС України необхідно підтримати.

Дискусія про місце сімейного права у системі права породжує й питання про можливість застосування до регулювання сімейних відносин положень ЦК України. У доктрині приватного права усталеним на сьогодні є погляд, що *цивільне законодавство застосовується до регулювання сімейних відносин у субсидіарному порядку*¹. Таке твердження засновується на положеннях ст. 8 СК України: якщо особисті немайнові та майнові відносини між подружжям, батьками та дітьми, іншими членами сім'ї та родичами не врегульовані СК України, вони регулюються відповідними нормами ЦК України, якщо це не суперечить суті сімейних відносин.

СК України містить багато бланкетних норм, які безпосередньо відсилають до врегулювання певних відносин ЦК України. Зокрема, ст. 12 СК України передбачає, що строки, встановлені у СК України, обчислюються відповідно до ЦК України. Отже, положення глави 18 ЦК України щодо визначення та обчислення строків будуть застосовуватися й при обчисленні строків у сімейному праві. Розпорядження майном, що є об'єктом права спільної сумісної власності, після розірвання шлюбу здійснюється співвласниками виключно за взаємною згодою, відповідно до ЦК України (ч. 2 ст. 68 СК України). Присудження одному з подружжя грошової компенсації замість його частки у праві спільної сумісної власності на майно, зокрема на житловий будинок, квартиру, земельну ділянку, допускається лише за його згодою, крім випадків, передбачених ЦК України (ч. 4 ст. 71 СК України). Згідно зі ст. 103 СК України шлюбний договір на вимогу одного з подружжя або іншої особи,

¹ Некрасова О. В. Застосування цивільного законодавства до сімейних відносин: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Київський нац. ун-т ім. Тараса Шевченка. Київ, 2008. С. 4; Фасій Б. В. Субсидіарне застосування положень цивільного законодавства до сімейних відносин при здійсненні подружжям права власності. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. 2016. Серія Право. Вип. 37. Том 2. С. 57–59.

права та інтереси якої цим договором порушені, може бути визнаний недійсним за рішенням суду з підстав, встановлених ЦК України. Неповнолітня дитина розпоряджається доходом від свого майна відповідно до ЦК України (ч. 2 ст. 178 СК України). Неповнолітня дитина має право на самостійне одержання аліментів та розпорядження ними відповідно до ЦК України (ч. 3 ст. 179 СК України). Згідно з ч. 3 ст. 243 СК України опіка, піклування над дитиною встановлюється органом опіки та піклування, а також судом у випадках, передбачених ЦК України. Перелік таких норм можна продовжити.

У зв'язку з наведеними вище положеннями в юридичній літературі обґрунтовано існування в сімейному праві двох форм субсидіарного застосування норм цивільного законодавства до сімейних відносин: а) умовне субсидіарне застосування, передбачене ст. 8 СК України, без визначення конкретних категорій сімейних відносин, на які можуть поширюватися норми ЦК України; б) пряме субсидіарне застосування, закріплене в СК України щодо регулювання нормами ЦК України конкретних видів сімейних відносин, наприклад, щодо обчислення строків, встановлених в СК України (ст. 12 СК України), застосування строків позовної давності (ст. 20, ст. 72 СК України), здійснення права спільної сумісної власності після розірвання шлюбу (ст. 68 СК України)¹.

Т. С. Кириченко

§ 5. Форми захисту сімейних прав та інтересів

У доктрині приватного права такі правові категорії як «правовий захист» та «правова охорона» є тісно пов'язаними між собою. З. В. Ромовська зазначає, що правовий захист нерозривно пов'язаний з правовою охороною. Проте ці категорії не ідентичні. Правова охорона повинна розглядатися на двох рівнях. На першому вона полягає в урегулюванні певних суспільних відносин, тобто у вкладанні їх у таку, що відповідає їхньому змісту, правову оболонку. Об'єктом правової охорони тут виступають саме суспільні відносини. У цьому сенсі правова охорона тотожна правовому урегулюванню, що здійснюється законом. На другому рівні об'єктом правової охорони виступають уже конкретні суб'єктивні права конкретних учасників правовідношення. Необхідність такої охорони виникає одночасно з виникненням самого права. Правова охорона суб'єктивного права включає в себе систему різних юридичних заходів з метою вберегти його від можливого порушення: це контрольна діяльність виконкомів рад народних депутатів

¹ Некрасова О. В. Застосування цивільного законодавства до сімейних відносин: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Київський нац. ун-т ім. Тараса Шевченка. Київ, 2008. С. 4.

(органів опіки і піклування), прокурорський нагляд, профілактична робота органів міліції, забезпечення можливості примусового виконання кореспондуючого праву обов'язку, застосування інших заходів державного примусу¹. Я. М. Шевченко наголошує, що слово «захист» має характер активної протидії сторонньому втручанню, а слово «охорона» має на увазі і захист, і збереження того, що охороняється. Захист є всього лише однією зі сторін юридичної охорони. Охорона цивільних прав, якщо порушення їх уже відбулось, може полягати і в їх відновленні або у відтворенні, яке також може бути головною метою захисту. Основна увага при здійсненні правового захисту зосереджена, таким чином, на самому суб'єктивному праві особи, а також на недоторканності правопорядку².

В юридичній літературі існує декілька підходів до визначення захисту прав та інтересів. В. І. Тертишников зміст захисту прав і охоронюваних законом інтересів визначає як: а) діяльність суду та інших юрисдикційних органів із запобігання порушенню права та з відновлення порушеного права; б) діяльність суду та інших державних органів із підтвердження обставин, від яких залежить виникнення, зміна або припинення безспірного права (наприклад, встановлення фактів, що мають юридичне значення); в) здійснення перетворюючої правомочності в суді за допомогою суду (так само, як і в інших юрисдикційних органах); г) здійснення перетворюючої правомочності за допомогою інших державних та громадських органів (наприклад, органів ЗАГСУ); д) захист свого права шляхом застосування у передбачених законом випадках і в передбачених законом межах заходів самозахисту та заходів оперативного впливу³.

На думку Г. В. Чурпіти, захист прав та інтересів є діяльністю уповноважених осіб, а також юрисдикційних органів, що спрямована на забезпечення здійснення та відновлення порушених, невизнаних чи оспорюваних прав, свобод та інтересів у спосіб, встановлений законом. Відповідно до ст.ст. 16–18 ЦК України, ст.ст. 18, 19 СК України захист сімейних прав та інтересів може здійснюватися судом, органом опіки та піклування, Президентом України, органами державної влади, органами влади АРК або органами місцевого самоврядування, нотаріусом⁴.

Форма захисту суб'єктивних прав – це комплекс внутрішньо узгоджених

¹ Ромовская З. В. Защита в советском семейном праве. Львов: Вища шк.; Изд-во при Львов. ун-те, 1985. С. 9–10.

² Шевченко Я. Н. Средства защиты в гражданском праве. *Сов. государство и право*. 1977. № 7. С. 56–57.

³ Тертышников В. И. Защита семейных правоотношений в гражданском судопроизводстве. Харьков: Вища школа, Изд-во при Харьк. ун-те, 1976. С. 11.

⁴ Чурпіта Г. В. Захист сімейних прав та інтересів у порядку непозовного цивільного судочинства: монографія. Київ: Алерта, 2016. С. 79.

організаційних заходів щодо захисту суб'єктивних прав і охоронюваних законом інтересів¹.

Розрізняють *дві основні форми захисту суб'єктивних прав та інтересів – юрисдикційну та неюрисдикційну*². Юрисдикційну форму захисту визначають як діяльність уповноважених державою органів щодо захисту сімейних прав та інтересів учасників сімейних відносин³. Неюрисдикційну форму захисту розглядають як дії громадян і організацій із захисту прав та охоронюваних законом інтересів, які вчиняються ними самостійно, без звернення за допомогою до компетентних органів⁴.

Основною юрисдикційною формою захисту сімейних прав та інтересів є судова форма. *Судовий захист як юрисдикційна форма захисту сімейних прав та інтересів* – це діяльність суду із розгляду і вирішення справ щодо захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав чи інтересів, що виникають із сімейних відносин, яка здійснюється у порядку цивільного судочинства і спрямована на відновлення (визнання) порушених, невизнаних або оспорюваних сімейних прав та інтересів учасників сімейних правовідносин, усунення реальної загрози порушення сімейних прав та інтересів і вплив на правопорушника. Відповідно до ч. 1 ст. 18 СК України кожен учасник сімейних відносин, який досяг чотирнадцяти років, має право на безпосереднє звернення до суду за захистом свого права або інтересу.

Розгляд справ, що виникають із сімейних відносин, відбувається у порядку цивільного судочинства у позовному, наказному або окремому провадженні. Сімейно-правові спори між учасниками сімейних правовідносин розглядаються у позовному провадженні, зокрема спори про розірвання шлюбу, поділ спільного майна подружжя, стягнення аліментів, позбавлення батьківських прав тощо. Відповідно до ч. 3 ст. 234 ЦПК України у порядку окремого провадження розглядаються також справи про надання права на шлюб, про розірвання шлюбу за заявою подружжя, яке має дітей, за заявою будь-кого з подружжя, якщо один з нього засуджений до позбавлення волі, про встановлення режиму окремого проживання за заявою подружжя та інші справи у випадках, встановлених законом. Згідно з ч. 5 ст. 183 СК України той із батьків або інших законних представників дитини, разом з яким проживає

¹ Бутнев В. В. Понятие механизма защиты субъективных гражданских прав. *Механизм защиты субъективных гражданских прав*: сб. науч. тр. Ярославль, 1990. С. 16.

² Цивільне право: підручник: у 2 т. Т. 1 / за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасиво-Фатеевої, В. Л. Яроцького. Харків: Право, 2011. С. 353.

³ Сімейне право України: підручник / за заг. ред. В. І. Борисової, І. В. Жилінкової. 2-ге вид., перероб. і допов. Київ: Юрінком Інтер, 2009. С. 70; Пчелинцева Л. М. Семейное право России: учебник. 6-е изд., перераб. Москва: Норма, 2009. С. 70.

⁴ Пчелинцева Л. М. Семейное право России: учебник. 6-е изд., перераб. Москва: Норма, 2009. С. 70.

дитина, має право звернутися до суду із заявою про видачу судового наказу про стягнення аліментів у розмірі на одну дитину – однієї чверті, на двох дітей – однієї третини, на трьох і більше дітей – половини заробітку (доходу) платника аліментів, але не більше десяти прожиткових мінімумів на дитину відповідного віку на кожну дитину.

Під *адміністративною формою захисту порушених сімейних прав та інтересів* слід розглядати діяльність усіх компетентних державних органів, крім суду, та органів місцевого самоврядування, спрямовану на відновлення порушених сімейних прав та інтересів, припинення правопорушення або усунення реальної загрози такого порушення та вплив на правопорушника. Аналіз чинного сімейного законодавства України свідчить, що до адміністративної форми захисту належить захист сімейних прав та інтересів органами опіки та піклування, прокурором, органами державної реєстрації актів цивільного стану, іншими органами, на яких державою покладено обов'язок захисту прав дітей¹.

Відповідно до ч.ч. 1, 2 ст. 19 СК України у випадках, передбачених СК України, особа має право на попереднє звернення за захистом своїх прав та інтересів до органів опіки та піклування. Рішення органу опіки та піклування є обов'язковим до виконання, якщо протягом десяти днів від часу його винесення заінтересована особа не звернулася за захистом своїх прав або інтересів до суду, крім випадку, передбаченого ч. 2 ст. 170 СК України. Органи опіки та піклування, зокрема, вирішують спори між батьками щодо прізвища дитини (ч. 3 ст. 145 СК України), щодо імені дитини (ч. 3 ст. 146 СК України), щодо зміни прізвища дитини (ч. 5 ст. 148 СК України), щодо участі у вихованні дитини того з батьків, хто проживає окремо від неї (ст. 158 СК України), щодо місця проживання малолітньої дитини (ст. 161 СК України) тощо. Частина 2 ст. 170 СК України передбачає, що у виняткових випадках, при безпосередній загрозі для життя або здоров'я дитини, *орган опіки та піклування або прокурор мають право постановити рішення про негайне відібрання дитини від батьків*.

Нотаріальний захист визначають як сукупність закріплених у законі нотаріальних дій, що вчиняються нотаріусами від імені держави з метою захисту прав і законних інтересів фізичних, юридичних осіб і держави в цілому². *Нотаріус здійснює захист сімейних прав шляхом вчинення виконавчого напису на борговому документі у випадках і в порядку, встановлених законом*. СК України передбачає наступні випадки захисту сімейних прав

¹ Красицька Л. В. Проблеми здійснення та захисту особистих та майнових прав батьків і дітей: монографія. Київ: Вид-во Ліра-К, 2014. С. 394–395.

² Головин Ю. И., Снежко О. А. Нотариальная защита прав и законных интересов граждан: теория и практика. *Известия вузов. Правоведение*. 2007. № 5. С. 43.

нотаріусом: 1) у разі невиконання одним із подружжя свого обов'язку за договором про надання утримання аліменти можуть стягуватися на підставі виконавчого напису нотаріуса (ч. 2 ст. 78 СК України); 2) якщо у шлюбному договорі визначені умови, розмір та строки виплати аліментів, то в разі невиконання одним із подружжя свого обов'язку за договором аліменти можуть стягуватися на підставі виконавчого напису нотаріуса (ч. 2 ст. 99 СК України); 3) у разі невиконання договору між подружжям про розмір аліментів на дитину аліменти можуть стягуватися на підставі виконавчого напису нотаріуса (ч. 2 ст. 109 СК України); 4) у разі невиконання одним із батьків свого обов'язку за договором між батьками про сплату аліментів на дитину аліменти з нього можуть стягуватися на підставі виконавчого напису нотаріуса (ч. 2 ст. 189 СК України).

Т. С. Кириченко

§ 6. Самозахист сімейних прав

Поняття «самозахист» має своє історичне коріння. Не завжди держава може захистити кожну людину і громадянина. Самозахист у різні часи розумівся по-різному: самозахистом вважалось самоправство і самооборона, коли людина не була суб'єктом права, потім самозахист розглядався як природна потреба людини.

Згідно зі ст. 19 ЦК України особа має право на самозахист свого цивільного права та права іншої особи від порушень і протиправних посягань. Самозахистом є застосування особою засобів протидії, які не заборонені законом та не суперечать моральним засадам суспільства. Способи самозахисту мають відповідати змісту права, що порушене, характеру дій, якими воно порушене, а також наслідкам, що спричинені цим порушенням. Способи самозахисту можуть обиратися самою особою чи встановлюватися договором або актами цивільного законодавства.

Відповідно до ч. 1 ст. 154 СК України батьки мають право на самозахист своєї дитини, повнолітніх дочки та сина. Баба і дід мають право на самозахист внуків (ч. 1 ст. 258 СК України). Сестра, брат, мачуха, вітчим мають право на самозахист своїх малолітніх, неповнолітніх, повнолітніх непрацездатних братів, сестер, пасинка, падчерки (ч. 1 ст. 262 СК України).

Частина 5 ст. 55 Конституції України проголошує, що кожен має право будь-якими не забороненими законом засобами захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань. Як слушно зазначає З. В. Ромовська, це право було названо правом на самозахист. Стаття 154 СК України переносить це конституційне право до сфери сімейних відносин, надаючи батькам можливість самим, без звернення до органу опіки та піклування, суду, органу державної влади, органу місцевого самоврядування, захищати права та

інтереси дитини, повнолітніх непрацездатних дочки та сина. Такий захист може полягати в усуненні перешкод у здійсненні ними особистих немайнових та майнових прав, вжитті заходів для відновлення прав, порушених іншими особами тощо. Надання батькам права на самозахист не лише дитини, а й повнолітніх дочки та сина – не є абсолютною новелою. Це правило є лише юридичним оформленням того, чим раніше фактично володіли мати, батько відповідно до природного права, зумовленого материнством та батьківством¹.

Аналіз ст. 154 СК України надає підстави для дискусії, зважаючи, що об'єктом самозахисту стає дитина, а не її права. Право батьків спрямоване на самозахист саме дитини, а не на захист її сімейних прав та інтересів, що суперечить загальним положенням про те, що дитина не може бути об'єктом правового регулювання.

Самозахист як форма захисту сімейних прав може застосовуватися за наявності відповідних умов, зокрема: відсутність законодавчої заборони застосовувати відповідні засоби протидії; відсутність суперечності засобів протидії моральним засадам суспільства; відповідність способу самозахисту змісту права, що порушено; відповідність способу самозахисту характеру дій, якими порушено право, та наслідкам, що спричинені цим порушенням.

В юридичній літературі зазначається, що способами захисту сімейних прав та інтересів можуть бути як фактичні, так і юридичні дії, що вчиняються учасниками сімейних правовідносин; при цьому всі ці дії мають бути правомірними, відповідати змісту порушеного права, характеру дій, якими воно порушене та наслідкам, що спричинені цим порушенням².

Відповідно до ч. 2 ст. 152 СК України дитина має право противитися неналежному виконанню батьками своїх обов'язків щодо неї. Отже, дитина може шляхом активних дій противитися неналежному виконанню батьками своїх обов'язків щодо неї. І. В. Жилінкова до способів самозахисту сімейних прав відносить фактичні дії, справедливо зауважуючи, що немає підстав відкидати можливість застосування в процесі самозахисту сімейних прав і деяких способів, які передбачені ЦК України, зокрема, необхідної оборони (ст. 1169), притримання речі (ст.ст. 594–597), односторонньої відмови від зобов'язання (ст. 615)³. На думку О. А. Негоди, способами самозахисту батьками дитини виступають необхідна оборона та крайня необхідність. Так, батьки мають право на необхідну оборону своїх дітей, наприклад, усуваючи

¹ Ромовська З. В. Сімейний кодекс України: наук.-практ. коментар. 3-тє вид., перероб. і доп. Київ: Правова єдність, 2009. С. 229.

² Красицька Л. В. Проблеми здійснення та захисту особистих та майнових прав батьків і дітей: монографія. Київ: Вид-во Ліра-К, 2014. С. 425.

³ Сімейне право України: підручник / за заг. ред. В. І. Борисової, І. В. Жилінкової. 2-ге вид., перероб. і допов. Київ: Юрінком Інтер, 2009. С. 73.

намагання інших сторонніх осіб заволодіти дитиною. Дитина також має право на самозахист своїх прав, зокрема щодо забезпечення прав на належне батьківське виховання¹.

Згідно з ч. 2 ст. 101 СК України подружжя має право відмовитися від шлюбного договору. У такому разі, за вибором подружжя, права та обов'язки, встановлені шлюбним договором, припиняються з моменту його укладення або в день подання нотаріусу заяви про відмову від нього. Такі дії також свідчать про самозахист сімейних прав та інтересів подружжям. До способів самозахисту сімейних прав можна віднести й відкликання батьками своєї згоди на усиновлення дитини до набрання чинності рішенням суду про усиновлення (ч. 6 ст. 217 СК України).

Таким чином, самозахистом сімейних прав є комплекс юридичних та фактичних дій учасників сімейних правовідносин без звернення за допомогою до компетентних державних органів у разі порушення сімейних прав чи існування реальної загрози порушення сімейних прав, які не заборонені законом і не суперечать моральним засадам суспільства та спрямовані на припинення порушення сімейних прав, прискання порушення сімейних прав, відновлення порушених сімейних прав.

Т. С. Кириченко

§ 7. Відшкодування моральної шкоди за сімейним законодавством України

Відшкодування моральної шкоди відповідно до п. 6 ч. 2 ст. 18 СК України є спеціальним способом захисту сімейних прав та інтересів, який *може застосовуватися судом тоді, коли це передбачено СК України або договором.*

СК України передбачає наступні випадки, коли можливе застосування такого способу захисту сімейних прав та інтересів як відшкодування моральної шкоди.

Частина 4 ст. 157 СК України передбачає, що батьки мають право укласти договір щодо здійснення батьківських прав та виконання батьківських обов'язків тим з них, хто проживає окремо від дитини. Договір укладається у письмовій формі та підлягає нотаріальному посвідченню. *Той з батьків, хто проживає з дитиною, у разі його ухилення від виконання договору зобов'язаний відшкодувати матеріальну та моральну шкоду, завдану другому з батьків.*

Відповідно до ст. 158 СК України за заявою матері, батька дитини орган опіки та піклування визначає способи участі у вихованні дитини та спілкування з нею того з батьків, хто проживає окремо від неї. Рішення про це

¹ Негода О. А. Самозахист прав та інтересів дитини за цивільним та сімейним правом. *Держава і право.* 2009. Вип. 46. С. 392.

орган опіки та піклування постановляє на підставі вивчення умов життя батьків, їхнього ставлення до дитини, інших обставин, що мають істотне значення. Рішення органу опіки та піклування є обов'язковим до виконання. *Особа, яка ухиляється від виконання рішення органу опіки та піклування, зобов'язана відшкодувати матеріальну та моральну шкоду, завдану тому з батьків, хто проживає окремо від дитини.*

Стаття 159 СК України в ч.ч. 1, 2, 5 передбачає: якщо той із батьків, з ким проживає дитина, чинить перешкоди тому з батьків, хто проживає окремо, у спілкуванні з дитиною та у її вихованні, зокрема якщо він ухиляється від виконання рішення органу опіки та піклування, другий із батьків має право звернутися до суду з позовом про усунення цих перешкод. Суд визначає способи участі одного з батьків у вихованні дитини (періодичні чи систематичні побачення, можливість спільного відпочинку, відвідування дитиною місця його проживання тощо), місце та час їхнього спілкування. В окремих випадках, якщо це викликано інтересами дитини, суд може обумовити побачення з дитиною присутністю іншої особи. *Особа, яка ухиляється від виконання рішення суду, зобов'язана відшкодувати матеріальну та моральну шкоду, завдану тому з батьків, хто проживає окремо від дитини.*

Отже, моральна шкода в усіх зазначених вище випадках завдається ухиленням того з батьків, хто проживає з дитиною, від виконання договору або рішення органу опіки та піклування, або рішення суду щодо участі у вихованні дитини того з батьків, хто проживає окремо від дитини.

Частина 2 ст. 162 СК України передбачає, що *особа, яка самостійно змінила місце проживання малолітньої дитини, зобов'язана відшкодувати матеріальну та моральну шкоду, завдану тому, з ким вона проживала.*

Поняття моральної шкоди СК України не містить. У сімейних відносинах моральна шкода може полягати у душевних стражданнях, яких фізична особа зазнала у зв'язку з протиправною поведінкою щодо неї самої, членів її сім'ї чи близьких родичів (п. 2 ч. 2 ст. 23 ЦК України).

На думку Ю. С. Червоного, і договір, і рішення органу опіки та піклування, і рішення суду можуть порушуватися не лише тим із батьків, хто проживає спільно з дитиною, але і другим із батьків (який проживає окремо). Тому правильніше було б встановити однакову відповідальність для обох батьків. Така відповідальність може виражатися у відшкодуванні матеріальної та моральної шкоди¹. У зв'язку з цим слушною є позиція С. Є. Сиротенка, що не викликає сумнівів, що в СК України необхідна найзагальніша норма, яка надавала б суду можливості компенсувати моральну шкоду потерпілим і в інших випадках, навіть за відсутності положень про це в договорі, якщо

¹ Науково-практичний коментар Сімейного кодексу України / за ред. Ю. С. Червоного. Київ; Одеса: Юрінком Інтер, 2008. С. 251.

порушений інтерес потерпілого суд знайде таким, що заслуговує на відповідний захист¹.

Правозастосовна діяльність ставить багато проблемних питань щодо відшкодування моральної шкоди у сімейних правовідносинах. Так, у випадку вчинення, наприклад, чоловіком фізичного насильства над дружиною чи дитиною, мова йтиме про цивільне правопорушення – делікт, й відшкодування моральної шкоди відбуватиметься не за нормами сімейного права, а за нормами цивільного права.

Стаття 31 СК України визначає зобов'язання наречених у разі відмови від вступу в шлюб. Зокрема, ч. 3 ст. 31 СК України передбачає, що особа, яка відмовилася від шлюбу, зобов'язана відшкодувати другій стороні затрати, що були нею понесені у зв'язку з приготуванням до реєстрації шлюбу та весілля. Такі затрати не підлягають відшкодуванню, якщо відмова від шлюбу була викликана протиправною, аморальною поведінкою нареченої, нареченого, прихованням нею, ним обставин, що мають для того, хто відмовився від шлюбу, істотне значення (тяжка хвороба, наявність дитини, судимість тощо). Проте СК України не містить зобов'язання з відшкодування моральної шкоди у разі відмови від вступу в шлюб, хоча відмова від шлюбу призводить до важких душевних переживань, які за своїми наслідками можуть бути для особи значно гіршими, ніж майнові затрати. Вимагати відшкодування завданої моральної шкоди можна з обґрунтуванням позовних вимог дією принципу верховенства права, який надає можливість застосовувати спосіб захисту порушених прав та інтересів не тільки той, що передбачений законом, а й інший, який відповідатиме змісту права, що порушене, наслідкам, що спричинені цим порушенням. Відсутність загальної норми про відшкодування моральної шкоди в сімейних правовідносинах ускладнює захист порушених сімейних прав та інтересів.

Розмір відшкодування моральної шкоди за порушення сімейних прав та інтересів визначається з урахуванням положень ч. 3 ст. 23 ЦК України: моральна шкода відшкодовується грошми, іншим майном або в інший спосіб. 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 справедливості.

¹ Сиротенко С. Є. Щодо компенсації моральної шкоди за Сімейним кодексом України. *Проблеми законності: респ. міжвідом. наук. зб. / відп. ред. В. Я. Тацій. Харків: Нац. юрид. акад. України, 2003. Вип. 63. С. 112.*

Отже, за чинним сімейним законодавством України відшкодування моральної шкоди як спосіб захисту порушених сімейних прав та інтересів передбачено лише у чотирьох випадках. Сімейно-правовим договором може бути передбачено застосування такого способу захисту як відшкодування моральної шкоди.

Л. В. Красицька

§ 8. Застосування позовної давності в сімейному праві

Згідно зі ст. 20 СК України до вимог, що впливають із сімейних відносин, позовна давність не застосовується, крім випадків, передбачених ч. 2 ст. 72, ч. 2 ст. 129, ч. 3 ст. 138, ч. 3 ст. 139 СК України. У цих випадках позовна давність застосовується судом відповідно до ЦК України, якщо інше не передбачено СК України.

Отже, за загальним правилом, до вимог, що впливають із сімейних відносин, позовна давність не застосовується. Це означає, наприклад, що позов про визнання батьківства може бути пред'явлений в будь-який час, зокрема, коли дитина, яка народжена поза шлюбом, досягне повноліття і звернеться з таким позовом до суду до особи, яку вона вважає своїм батьком.

За сімейним законодавством України позовна давність застосовується лише у чотирьох випадках:

1) до вимоги про поділ майна, заявленої після розірвання шлюбу, застосовується позовна давність у три роки. Позовна давність обчислюється від дня, коли один із співвласників дізнався або міг дізнатися про порушення свого права власності (ч. 2 ст. 72 СК України);

2) до вимоги про визнання батьківства за позовом особи, яка вважає себе батьком дитини, до чоловіка матері дитини застосовується позовна давність в один рік, яка починається від дня, коли особа дізналася або могла дізнатися про своє батьківство (ч. 2 ст. 129 СК України);

3) до вимоги матері дитини при оспорюванні батьківства свого чоловіка про внесення змін до актового запису про народження дитини встановлюється позовна давність в один рік, яка починається від дня реєстрації народження дитини (ч. 3 ст. 138 СК України);

4) до вимоги жінки, яка вважає себе матір'ю дитини, про визнання материнства встановлюється позовна давність в один рік, яка починається від дня, коли особа дізналася або могла дізнатися, що є матір'ю дитини (ч. 3 ст. 139 СК України).

Порядок обчислення позовної давності у сімейних правовідносинах визначається за правилами ст.ст. 253–255, 260 ЦК України. Так само при застосуванні позовної давності до вимог, що впливають із сімейних відносин, підлягають застосуванню й положення ЦК України щодо зупинення,

переривання перебігу позовної давності, наслідків спливу позовної давності. Відповідно до ч. 3 ст. 267 ЦК України *позовна давність застосовується судом лише за заявою сторони у спорі, зробленою до винесення ним рішення*.

У правозастосовній діяльності достатньо часто виникає питання: Чи застосовується позовна давність до вимог про стягнення неустойки (пені) за прострочення сплати аліментів? Як правильно зазначає З. В. Ромовська, до вимоги про стягнення неустойки позовна давність відповідно до ст. 20 СК України не застосовується¹. Таку ж позицію займає й ВС України².

Від позовної давності варто відмежовувати інші строки у сімейному праві. Так, згідно з ч. 3 ст. 136 СК України оспорювання батьківства можливе лише після народження дитини і до досягнення нею повноліття. Як зазначається фахівцями, тут слід говорити не про позовну давність, а про процесуальний строк, протягом якого заява може пред'являтися до суду³. О. В. Крилова справедливо зауважує, що до досягнення повноліття дитини має бути не лише заявлений позов, а й ухвалене судове рішення про його задоволення. В іншому випадку настання повноліття унеможлиблює ухвалення рішення про виключення відомостей про особу як батька з актового запису про її народження⁴. За КпШС України щодо оспорювання батьківства була встановлена позовна давність тривалістю в один рік (ч. 1 ст. 56 КпШС України). Як зазначає З. В. Ромовська, ця норма ст. 56 КпШС могла б бути взірцем правового абсурду, оскільки стимулює чоловіка до пошуку компромату на свою дружину, під загрозою пропуску позовної давності. Позовна давність – це своєрідний «батіг», який підганяє особу до суду. Чим більша позовна давність, тим меншим з плином часу стає інтерес особи у зверненні до суду, поступово вона вимушена змиритися із таким станом речей. Недарма кажуть, «біжить, як дурний до суду». Коротка позовна давність стимулює особу до такої якості. Дехто вважає, що невизначеність у відносинах між дитиною і тим, хто записаний її батьком, слід усунути. Однак це нікому не шкодить. Насамперед дитині, у житті якої у правовому аспекті, нічого не змінюється. Із цих міркувань, за проектом, позовна давність до вимог про

¹ Ромовська З. В. Сімейний кодекс України: наук.-практ. коментар. 3-тє вид., перероб. і доп. Київ: Правова єдність, 2009. С. 299.

² Ухвала Колегії суддів Судової палати у цивільних справах ВС України від 27 травня 2009 р., судова справа № 6-29442св07. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/3836210>.

³ Ганкевич-Журавльова О. М. Передумови звернення до суду у справах про оспорювання батьківства. *Актуальні проблеми цивільного, сімейного та міжнародного приватного права* (Матвеевські цивілістичні читання): матеріали міжнар. наук.-практ. конф. (Київ, 10 листоп. 2011 р.). Київ: Алерта, 2012. С. 146.

⁴ Науково-практичний коментар до Сімейного кодексу України / за ред. Є. О. Харитонова. Харків: ТОВ «Одісей», 2006. С. 236.

внесення змін до актового запису про народження дитини не застосовується¹. Ця позиція відображена у СК України. *До вимоги чоловіка про виключення запису про нього як батька з актового запису про народження дитини позовна давність не застосовується* (ч. 6 ст. 136 СК України).

Л. В. Красицька

§ 9. Відповідальність у сімейному праві. Санкції у сімейному праві

Питання щодо існування сімейно-правової відповідальності як самостійного виду юридичної відповідальності є достатньо спірним у доктрині права. Проте безспірним є положення, що притягнення до відповідальності за порушення сімейних прав та інтересів і звільнення від такої відповідальності має свою специфіку.

Г. К. Матвеев визнавав, що сімейно-правова відповідальність не співпадає з іншими видами юридичної відповідальності, зокрема, з цивільною (наприклад, за завдання шкоди дітьми), з адміністративною (наприклад, за порушення закону про загальну обов'язкову освіту дітей або за доведення їх до стану сп'яніння), з кримінальною (наприклад, за залучення неповнолітніх дітей у пияцтво), а також з моральною відповідальністю членів сім'ї один перед іншим. Специфічною рисою сімейно-правової відповідальності (такою, що зокрема, відрізняє її від цивільно-правової) є те, що в якості санкції за вчинення сімейно-правових деліктів виступають на перший план різні немайнові позбавлення, які, проте, за своєю тяжкістю для правопорушника нітрохи не легше, ніж цивільно-правові майнові санкції у вигляді штрафів або компенсації збитків².

В юридичній літературі слушно визначають такі особливості сімейно-правової відповідальності. По-перше, сімейно-правова відповідальність застосовується тільки до учасників сімейних правовідносин (членів сім'ї). Суб'єкти сімейно-правової відповідальності завжди пов'язані сімейними правовідносинами, що вже виникли. По-друге, у ряді випадків застосування заходів сімейно-правової відповідальності залежить від вольового акту заінтересованої особи. По-третє, видів сімейно-правової відповідальності у сімейному праві менше, ніж у цивільному... По-четверте, члени сім'ї можуть самі встановлювати заходи своєї відповідальності у випадку невиконання чи неналежного виконання своїх обов'язків за укладеними ними договорами (шлюбним договором та договором про сплату аліментів)³.

¹ Ромовська З. В. Сімейний кодекс України: погляд в майбутнє. *Право України*. 2001. № 2. С. 67.

² Матвеев Г. К. Советское семейное право: учебник. Москва: Юрид. лит., 1985. С. 155.

³ Кошцев А. Н., Кошцева Л. А. К вопросу об ответственности в семейном праве. *Семейное и*

З поняттям відповідальності у сімейному праві тісно пов'язане правове поняття «санкція». СК України закріплює санкції – заходи відповідальності, які передбачають як немайнові позбавлення (наприклад, позбавлення батьківських прав, відібрання дитини від батьків без позбавлення їх батьківських прав, позбавлення усиновлювача батьківських прав), так й додаткові майнові обтяження для правопорушника (відшкодування матеріальної шкоди, відшкодування моральної шкоди, стягнення неустойки (пені) тощо). Щодо визначення поняття та сутності правової категорії «санкція» точиться тривала наукова дискусія¹. О. Е. Лейст, розглядаючи співвідношення санкції та обов'язку, зазначав, що санкція безпосередньо пов'язана з вимогою певної поведінки, яка міститься у правовій нормі. В юридичному обов'язку виражено вимогу необхідної поведінки, в санкції – спосіб державного примусу до виконання (дотримання) цієї вимоги, загроза примусу у випадку її порушення². З. В. Ромовська, визначаючи наявність особливостей санкцій в сімейному праві, на відміну їх від цивільно-правових, також вказує, що протиправна поведінка особи може стати підставою для одночасного застосування декількох самостійних санкцій. Так, ухилення батьків від обов'язку по вихованню дітей може потягти позбавлення батьківських прав і одночасне примусове стягнення аліментів, якщо до цього часу таке стягнення не проводилося³.

Санкції у сімейному праві мають за мету, перш за все, захист сімейних прав. Більшість санкцій є способами захисту сімейних прав. Отже, *будь-який спосіб захисту сімейних прав є різновидом санкції у сімейному праві*, є мірою державного примусу, що може бути застосована до правопорушника з метою відновлення (визнання) порушеного (оспорюваного) сімейного права та (або) покладення на нього обов'язку зазнавати певних позбавлень майнового чи особистого характеру.

У контексті класифікації способів захисту сімейних прав залежно від правових наслідків та функціональної спрямованості особливе значення має виділення *заходів захисту та заходів сімейно-правової відповідальності як*

жилищное право. 2010. № 1. С. 10.

¹ Красавчиков О. А. Ответственность, меры защиты и санкции в советском гражданском праве. *Проблемы гражданско-правовой ответственности и защиты гражданских прав*: сб. ученых тр. Свердловск: Типография Управления издательств, полиграфии и книжного дела, 1973. Вып. 27. С. 5–16; Лейст О. Э. Санкции и ответственность по советскому праву (теоретические проблемы). Москва: Изд-во МГУ, 1981. 240 с.; Мягких А. И. Санкция как структурный элемент правовой нормы. *Известия вузов*. Правоведение. 2008. № 5. С. 107–112.

² Лейст О. Э. Санкции и ответственность по советскому праву (теоретические проблемы). Москва: Изд-во МГУ, 1981. С. 23.

³ Ромовская З. В. Защита в советском семейном праве. Львов: Вища школа, 1985. С. 41.

виду сімейно-правових санкцій. Основною відмінністю заходів відповідальності від заходів захисту є те, що за своєю правовою природою заходи відповідальності передбачають не лише захист порушеного чи оспорюваного права або усунення реальної загрози порушення права, а й «покарання» правопорушника, тобто покладення на особу додаткових обтяжень майнового чи особистого характеру. Заходи сімейно-правової відповідальності за порушення сімейних прав можуть бути застосовані за наявності двох елементів складу сімейного правопорушення: протиправності поведінки особи та її вини. До заходів сімейно-правової відповідальності за порушення сімейних прав належать позбавлення батьківських прав (ст. 164 СК України), відібрання дитини від батьків без позбавлення їх батьківських прав за наявності винної поведінки батьків (ст. 170 СК України), стягнення неустойки (пені) за прострочення сплати аліментів (ст. 196 СК України) тощо. Сімейно-правовим договором можна передбачити й інші заходи відповідальності за порушення сімейних прав та інтересів, зокрема, стягнення збитків.

СК України, на відміну від ЦК України, не містить окремої норми про *підстави звільнення від відповідальності за порушення сімейних прав та інтересів.* Натомість, окремі положення СК України визначають випадки, коли особа до відповідальності не притягується. Так, ч. 2 ст. 164 СК України передбачає, що мати, батько можуть бути позбавлені батьківських прав з підстав, встановлених пунктами 2, 4 і 5 ч. 1 цієї статті (мати, батько ухиляються від виконання своїх обов'язків по вихованню дитини; є хронічними алкоголіками або наркоманами; вдаються до будь-яких видів експлуатації дитини, примушують її до жебракування та бродяжництва), лише у разі досягнення ними повноліття. Згідно з ч. 3 ст. 196 СК України неустойка не сплачується, якщо платник аліментів є неповнолітнім. Отже, у цих випадках сімейне законодавство передбачає вік, з якого особу можна притягнути до відповідальності – повноліття.

Значне розширення сфери договірної регулювання сімейних відносин призводить до того, що підстави звільнення від відповідальності за порушення сімейних прав та інтересів можуть бути передбачені договором між сторонами, зокрема, аліментним договором між подружжям, аліментним договором між матір'ю та батьком дитини, шлюбним договором.

Що ж стосується звільнення від відповідальності за порушення сімейних прав та інтересів за сімейним законодавством України, то необхідно враховувати, що відповідно до ч. 1 ст. 8 СК України, якщо особисті немайнові та майнові відносини між подружжям, батьками та дітьми, іншими членами сім'ї та родичами не врегульовані СК України, вони регулюються відповідними нормами ЦК України, якщо це не суперечить суті сімейних відносин. Враховуючи зазначене, *положення ст. 617 ЦК України щодо підстав звільнення від відповідальності за порушення зобов'язання можна застосовувати й до*

сімейних відносин, зокрема, щодо стягнення неустойки (пені) за прострочення сплати аліментів. Згідно зі ст. 617 ЦК України 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 рику товарів, потрібних для виконання зобов'язання, відсутність у боржника необхідних коштів.

Питання звільнення від стягнення неустойки (пені) за прострочення сплати аліментів на сьогодні в умовах проведення антитерористичної операції стає доволі актуальним для багатьох платників аліментів. Проте, Закон України «Про тимчасові заходи на період проведення антитерористичної операції»¹ не передбачає мораторію на нарахування пені саме за прострочення сплати аліментів. Крім того, ст. 10 вказаного Закону передбачає, що протягом терміну дії цього Закону єдиним належним та достатнім документом, що підтверджує настання обставин непереборної сили (форс-мажору), що мали місце на території проведення антитерористичної операції, як підстави для звільнення від відповідальності за невиконання (неналежного виконання) зобов'язань, є сертифікат Торгово-промислової палати України. Закон України «Про торгово-промислові палати в Україні»² у ч. 1 ст. 14-1 передбачає, що торгово-промислова палата України та уповноважені нею регіональні торгово-промислові палати засвідчують форс-мажорні обставини (обставини непереборної сили) та видають сертифікат про такі обставини протягом семи днів з дня звернення суб'єкта господарської діяльності за собівартістю. Сертифікат про форс-мажорні обставини (обставини непереборної сили) для суб'єктів малого підприємництва видається безкоштовно. Отже, для платника аліментів одержання сертифікату Торгово-промислової палати України про обставини непереборної сили є ускладненим, зважаючи, що він не є ні суб'єктом господарської діяльності, ні суб'єктом малого підприємництва.

Н. А. Д'ячкова

§ 10. Проблемні питання визначення походження дитини від батьків

Правовою підставою виникнення батьківських правовідносин між дитиною та її батьками є юридичний склад, який складається з двох юридичних фактів: 1) народження дитини – події, яка не пов'язана з вольовими діями матері дитини; 2) державної реєстрації народження дитини в органах

¹ Про тимчасові заходи на період проведення антитерористичної операції: Закон України від 02.09.2014 р. № 1669-VII. *Відомості Верховної Ради України*. 2014. № 44. Ст. 2040.

² Про торгово-промислові палати в Україні: Закон України від 02.12.1997 р. № 671/97-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1998. № 13. Ст. 52.

ДРАЦС – дії. Отже, для виникнення відносин між батьками і дитиною необхідне народження дитини, а для виникнення батьківських правовідносин необхідна дія – засвідчення походження дитини від конкретних батьків у встановленому законом порядку.

Частина 1 ст. 122 СК України закріплює *презумпцію шлюбного походження дитини, яка складається з презумпції материнства дружини та презумпції батьківства чоловіка*¹. Згідно з презумпцією шлюбного материнства матір'ю вважається жінка-дружина, і саме матір'ю тієї дитини, яку вона забрала з пологового будинку або іншого закладу охорони здоров'я. Відповідно до презумпції батьківства, сформульованої ще римськими юристами, – *pater is est quem nuptiae demonstrant* – *батьком дитини вважається той, хто перебуває у шлюбі з матір'ю*. Відповідно до неї: а) жінка, яка народила, перебуваючи у шлюбі, не повинна доводити, хто є батьком її дитини; б) згода її чоловіка на запис його батьком дитини не потрібна; в) одностороння заява про батьківство іншої особи не має достатнього правового значення, якщо чоловік наполягає на реєстрації себе батьком дитини; г) заява дружини до органів ДРАЦС про невизнання чоловіка батьком її дитини не є перешкодою для запису.

Дія цієї презумпції поширюється на весь період існування відносин між дитиною та батьком і не припиняється з моменту внесення запису про батька дитини до актового запису про народження дитини в органах ДРАЦС. На етапі внесення запису презумпція батьківства лише заповнює прогалину достовірного знання, без якого неможливо внести необхідну інформацію до запису про батька дитини. Але й далі норми, основані на презумпції, не перестають регулювати відповідні відносини. Модель юридичного факту, сприйнята при побудові презумпції батьківства, продовжує брати участь у регулюванні відповідних відносин, що ґрунтується саме на дії презумпції батьківства (не факту), і припиняє свою дію лише тоді, коли у суді буде спростоване припущення, що лежить в її основі.

Важливою *новелою сімейного законодавства України є можливість подання до суду матір'ю дитини позову про виключення запису щодо батьківства свого чоловіка з актового запису про народження дитини* (ст. 138 СК України). Умовами подання такого позову є факт перебування матері у шлюбі з батьком дитини або народження дитини протягом 10 місяців після припинення шлюбу чи визнання його недійсним та подання іншою особою заяви про своє батьківство. Варто зауважити, що така позиція законодавця викликає певні сумніви, оскільки у випадку надання матір'ю дитини беззаперечних доказів батьківства іншого чоловіка пріоритет повинен отримати факт

¹ Ромовська З. В. Сімейний кодекс України: наук.-практ. коментар. Київ: Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. С. 251.

біологічного батьківства хоча б тому, що запис чоловіка матері батьком дитини зроблений на підставі юридичної презумпції, яка за своєю сутністю є лише припущенням і, відповідно, має меншу силу ніж факт¹.

Згідно зі ст. 47 СК України недійсність шлюбу не впливає на обсяг взаємних прав та обов'язків батьків і дитини, яка народилася у цьому шлюбі (ч. 2 ст. 122 СК України). Як відзначається в юридичній літературі, у таких випадках виникає певний «квазішлюб», який породжує права та обов'язки батьків та дітей за межами законного подружнього життя²: законного шлюбу немає, але правовий зв'язок, заснований на недійсному шлюбі, зберігає правовий режим щодо народжених у той період часу дітей.

Окрім генетичного (біологічного) батьківства, на сьогодні існують об'єктивні передумови для визнання в якості підстави виникнення батьківського правовідношення так званого «соціального батьківства», заснованого на застосуванні сучасних медичних технологій.

Соціальне батьківство ґрунтується на принципі визнання, згідно з яким правового значення набуває не біологічний момент народження дитини, а соціальний – намір особи визнати дитину своєю (у момент надання згоди на застосування тієї чи іншої допоміжної репродуктивної технології). Особа, яка завідомо знає, що народжена дитина не буде мати з нею генетичного зв'язку, проте висловлює бажання встановити батьківські правовідносини з цією дитиною. Донори, навпаки, не зважаючи на наявність генетичного зв'язку з дитиною, не мають права вимагати встановлення правового зв'язку з ними, і генетична спорідненість не визнається законом достатньою підставою для цього.

Частина 2 ст. 123 СК України регулює так зване *сурогатне материнство*, яке є винятком із загального здавна відомого правила «*mater est gestation demonstrat*» (матір'ю є та, яка народила дитину на світ). Конститутивною ознакою сурогатного материнства є укладення до моменту зачаття дитини договору про виношування дитини сурогатною матір'ю з метою подальшого встановлення батьківських правовідносин між цією дитиною та особами, які уклали даний договір з сурогатною матір'ю³. При цьому істотне значення має те, що такий договір повинен укладатися саме до моменту зачаття дитини, оскільки, безумовно, договір про відступлення вже зачатої або народженої

¹ Семейное право Украины: учебник / под ред. Ю. С. Червоного. Харьков: ООО «Одиссей», 2004. С. 297.

² Комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации / под общ. ред. П. В. Крашенинникова и П. И. Седугина. Москва: ИНФРА*М-НОРМА, 1997. С. 104.

³ Антокольская М. В. Семейное право: учебник. Изд. 2-е, перераб. и доп. Москва: Юристъ, 2000. С. 181–182.

дитини повинен визнаватися нікчемним як такий, що суперечить моральним засадам суспільства.

При народженні дитини у батьків, які не перебувають у шлюбі, встановлення походження дитини можливе у двох порядках: 1) *ресстраційному (добровільному)*, при якому походження дитини визначається за спільною заявою матері та батька дитини та 2) *судовому* – коли дитина народилася від осіб, які не перебувають у шлюбі, і батько (мати) дитини відмовляються визнати батьківство у добровільному порядку.

Добровільним встановленням батьківства визнається юридичний акт батька дитини, який не перебуває у шлюбі з її матір'ю, спрямований на виникнення правовідносин між батьком та дитиною. Щодо правової природи цього акту в юридичній науці існують різні точки зору. Так, М. В. Антокольська вважає його одностороннім правочином, і відповідно, як і будь-який правочин, цей акт може бути визнаний недійсним з усіх підстав, встановлених для визнання правочинів недійсними¹. Інші правники виключають можливість застосування категорії правочину в сімейному праві, і вважають добровільне визнання батьківства специфічним сімейно-правовим актом². При цьому, оскільки добровільне встановлення батьківства є юридичним актом батька дитини, який не перебуває у шлюбі з її матір'ю, цей акт, як і будь-яка інша юридична дія, передбачає наявність у суб'єкта, що його вчиняє, відповідного рівня свідомості та волі. Виходячи з цього, особа, визнана судом недієздатною, не може визнати своє батьківство. Не допускається встановлення батьківства й за заявою опікуна недієздатного, оскільки визнання батьківства є волевиявленням особистого характеру³.

Право неповнолітніх осіб визнавати своє батьківство ґрунтується на тому, що визнання батьківства засноване на факті зачаття дитини даною особою, і чоловік має право визнавати своє батьківство з того ж віку, коли біологічно він може стати батьком. Відповідно у таких випадках закон передбачає обов'язковість повідомлення про такий акт батьків, піклувальника неповнолітнього про запис його батьком дитини, а при неможливості цього – повідомлення органу опіки та піклування. У зв'язку з цим у літературі висловлювалася пропозиція, що у випадку визнання батьківства неповнолітньою особою недостатньо простого повідомлення про це батьків чи піклувальника неповнолітнього, а необхідно отримати їх згоду, оскільки неповнолітня

¹ Антокольская М. В. Семейное право: учебник. Изд. 2-е, перераб. и доп. Москва: Юристъ, 2000. С. 173.

² Семейное право Украины: учебник / под ред. Ю. С. Червоного. Харьков: ООО «Одиссей», 2004. С. 286.

³ Подібне правило не поширюється на інших осіб, які не мають дієздатності у повному обсязі – осіб, визнаних обмежено дієздатними у судовому порядку, та неповнолітніх.

особа може не повністю усвідомлювати усі наслідки добровільного визнання батьківства¹. Така пропозиція викликає певні сумніви. Як бути у тому випадку, коли, наприклад, мати дитини та неповнолітній чоловік подаватимуть спільну заяву про визнання батьківства, а батьки чоловіка не дадуть такої згоди? Адже досить часто на практиці саме батьки неповнолітнього, навіть якщо він сам визнає своє батьківство, вважають, що дитина не його, остерігаючись зобов'язування до сплати аліментів, людського осуду тощо. Очевидно, що повідомлення батьків, піклувальника неповнолітнього саме по собі й має на меті надати їм можливість прийняти міри у випадку їх незгоди для більш детального з'ясування ситуації. Тому більш доцільним видається надання батькам неповнолітнього батька дитини права на звернення до суду з позовом про оспорювання батьківства за правилами ст. 136 СК України.

Крім реєстраційного (добровільного) порядку встановлення батьківства, можливе *визнання батьківства (материнства) у судовому порядку*. Воно здійснюється за наявності наступних умов: 1) батьки дитини не перебувають у шлюбі між собою; 2) ймовірний батько дитини або її мати відмовляються від подання спільної заяви про добровільне визнання батьківства.

Оскільки на момент подачі позову про визнання батьківства між дитиною та особою, яка вважається її батьком, ніяких правовідносин ще не існує, відповідно, підставою для заявлення позову у цьому випадку є не суб'єктивне право, а охоронюваний законом інтерес дитини. Цей інтерес полягає у тому, щоб знати свого батька і мати та мати з ним правовий зв'язок². Відповідно звернутися до суду з позовом про визнання батьківства можуть: мати, «ймовірний батько» (особа, яка вважає себе батьком дитини), опікун, піклувальник дитини, особа, яка утримує та виховує дитину, а також сама дитина, яка досягла повноліття (ч. 3 ст. 128 СК України)³. У разі пред'явлення такого позову іншими (крім вищеперерахованих) особами, як сказано у п. 4 Постанови Пленуму ВС України «Про застосування судами окремих норм Сімейного кодексу України при розгляді справ щодо батьківства, материнства та стягнення аліментів», суддя повинен відмовити у відкритті провадження у справі, оскільки в таких випадках позивач не має права представляти інтереси дитини. Однак така позиція Пленуму ВС України очевидно потребує уточнення. У випадках, коли, наприклад, мати дитини залякана негативними

¹ Семейное право Украины: учебник / под ред. Ю. С. Червоного. Харьков: ООО «Одиссей», 2004. С. 285.

² Советское семейное право / под ред. В. А. Рясенцева. Москва: Юрид. лит., 1982. С. 141.

³ У цьому випадку, як слушно відзначається в юридичній літературі, подібне правило повинно надаватися й «емансипованим» неповнолітнім особам, які набули повної дієздатності до повноліття за правилами ст. 35 ЦК України (Див.: Сімейне право України: підручник / за заг. ред. В. І. Борисової та І. В. Жилінкової. Київ: Юрінком Інтер, 2004. С. 149.)

наслідками і сама боїться звернутися з таким позовом до суду, заявити позов про визнання батьківства може й прокурор¹.

На відміну від КпШС України, який при розгляді подібних справ орієнтував суди на визнання чітких груп доказів, які повинні були свідчити про визнання відповідачем батьківства (спільне проживання та ведення спільного господарства матір'ю дитини і відповідачем до народження дитини, або спільне виховання чи утримання ними дитини, чи інші докази, що з достовірністю підтверджували б визнання відповідачем батьківства), чинний СК України усунув суперечності, які існували у КпШС України, і переніс центр ваги з проблеми отримання доказів визнання відповідачем батьківства у сферу походження дитини від даних батьків. Згідно з ч. 2 ст. 128 СК України *підставою для визнання батьківства є будь-які відомості, що засвідчують походження дитини від певної особи, зібрані відповідно до ЦПК України*. Проте на практиці обставини, передбачені ст. 53 КпШС України, і зараз можуть служити підставами для визнання батьківства. У зв'язку з цим заслугове підтримки пропозиція щодо поширення на фактичні шлюбні відносини правил про презумпцію батьківства фактичного чоловіка, аналогічних тим, які застосовуються щодо осіб, які перебувають у зареєстрованому шлюбі².

Н. А. Д'ячкова

§ 11. Вирішення спорів, пов'язаних з вихованням та місцем проживання дітей

При здійсненні батьками батьківських прав та обов'язків між ними можуть виникнути суперечки різного характеру з приводу дітей, більшість з яких вирішується, як правило, за взаємною згодою. Безумовно, далеко не всі спори між батьками щодо дітей мають серйозне значення і можуть бути вирішені без винесення їх на розгляд суду або залучення органу опіки та піклування та компетентних державних органів. Тому до об'єктів сімейно-правового регулювання відносяться не всі спори між батьками щодо дітей, а лише ті, які представляють найбільшу значимість як для батьків, так і для дітей, які не можуть бути вирішені без застосування передбаченої СК України судової або іншої процедури. При цьому важливо відзначити, що вирішення подібних спорів не залежить від наявності шлюбних відносин між батьками дитини, вони можуть вирішуватися як між батьками, які не перебувають у

¹ Ромовська З. В. Сімейний кодекс України: наук.-практ. коментар. Київ: Видавничий Дім «Ін Юре», 2003. С. 264.

² Антокольская М. В. Семейное право: учебник. Изд. 2-е, перераб. и доп. Москва: Юристъ, 2000. С. 178.

шлюбі між собою, так і між подружжям під час шлюбу, при його розірванні та після нього.

У тих випадках, коли батьки дитини проживають роздільно, досить часто поряд із спорами про участь у вихованні дитини того з батьків, хто проживає окремо від неї, виникають і спори щодо того, з ким із батьків буде проживати дитина, про визначення її місця проживання.

Подібні спори про дитину є сімейно-правовими спорами про те, хто буде жити з дитиною, хто і як буде безпосередньо здійснювати її виховання. При цьому слід мати на увазі, що вирішення подібного роду спору в жодному разі не означає втрати одним з батьків своїх прав та обов'язків у вихованні. Просто змінюється ступінь участі одного з них у вихованні дитини. Як зазначається в юридичній літературі, у цьому разі один з батьків стає безпосереднім вихователем дитини, а інший отримує тільки право на спілкування з нею¹. Дійсно, при роздільному проживанні батьків практично неможливо забезпечити рівність їх прав щодо дитини, а іноді в інтересах самої дитини слід відступити від цього принципу. Хоча окреме проживання не зменшує прав жодного з батьків, але очевидно, що фактично найбільше повно зможе здійснювати свої права з виховання дитини саме той із них, з ким буде проживати дитина. У зв'язку з цим вирішення питання, з ким проживатиме дитина, хто її буде виховувати, має велике значення і для неї. При вирішенні зазначених спорів предметом розгляду є два права: 1) право дитини жити і виховуватися в сім'ї обома батьками; 2) право і обов'язок батьків виховувати свою дитину, що неможливо повною мірою без спільного проживання з нею. Рішення органу опіки та піклування або суду у таких справах, не скасовуючи право одного з батьків, визнає «пріоритетним» право другого з батьків на спільне проживання з дитиною.

Основними особливостями спорів про дітей є те, що вони ґрунтуються на двох основних принципах: а) відповідності найкращим інтересам дитини; б) рівності батьківських прав і обов'язків батька і матері.

Обставинами, які зазвичай беруться до уваги при вирішенні даного спору, є ставлення батьків до виконання своїх батьківських обов'язків, особиста прихильність дитини до кожного з них, вік дитини та стан її здоров'я. Суд також може врахувати й інші обставини, наприклад, якщо мати проживає з новим чоловіком, суд має з'ясувати, чи погоджується останній на проживання дитини, як він ставиться до неї, чи не має хвороб, небезпечних для дитини тощо. Крім того, у таких ситуаціях рекомендується виявляти психологічну перевагу одного з батьків для дитини з урахуванням подібності

¹ Нечаева А. М. Проблемы охраны прав несовершеннолетних в Российской Федерации: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03 / Ин-т государства и права РАН. Москва, 1995. С. 24.

(або відмінності) їх темпераменту тощо. У необхідних випадках до участі в розгляді справи судом може бути притягнутий експерт-психолог.

Для виявлення думки (бажання) дитини проживати з батьком або матір'ю вона може бути опитана судом з урахуванням її віку і розвитку. Але, безумовно, думка дитини, хоча й відіграє істотну роль при прийнятті рішення, не є імперативом¹. Суди та органи опіки та піклування враховують психологічну незрілість дитини, тому судова практика виходить з того, що суд має право постановити рішення про місце проживання дитини всупереч її думці, якщо цього вимагають інтереси дитини.

Досить часто суди, вирішуючи питання про те, з ким буде проживати дитина, фактично ігнорують думку дитини, формально використовуючи надану законом можливість послатися на невідповідність думки дитини її інтересам, але не наводячи в мотивувальній частині судового рішення переконливих доказів того, що це саме так. У результаті, не зважаючи на декларовану в СК України рівність прав та обов'язків батьків щодо дитини, у т. ч. при вирішенні питання про місце проживання дитини при роздільному проживанні батьків, судова практика залишається незмінною: *як правило, дитина залишається жити з матір'ю. Така практика ґрунтується на принципі 6 Декларації прав дитини від 20.11.1959 р.*², яким проголошено, що дитина для повного і гармонійного розвитку її особистості потребує любові та розуміння, *малолітня дитина не повинна, крім тих випадків, коли на не є виняткові обставини, бути розлучена зі своєю матір'ю.* Саме на цей принцип у своїх рішеннях посилаються українські суди, визначаючи місце проживання малолітньої дитини разом із матір'ю. *Однак така позиція видається невірною.* По-перше, з огляду на те, що ця Декларація не є міжнародним договором, а вважається міжнародним політичним документом, і, відповідно, питання її ратифікації навіть не видається можливим, застосування національними судами принципу 6 Декларації є безпідставним, необґрунтованим та таким, що прямо суперечить ст. 9 Конституції України. По-друге, всі міжнародно-правові акти щодо прав дитини будуються за принципом першочергового врахування

¹ Законодавство США також виходить з того, що бажання дитини жити з тим чи іншим батьком враховується, якщо суд визначив, що дитина досить доросла, щоб висловити свою думку. Разом з тим у більшості штатів суди повинні взяти до уваги бажання дитини, яка досягла 12 років, якщо воно відповідає її інтересам. А законодавство штатів Джорджія і Західна Вірджинія встановили, що дитина з 14 років, має «абсолютне право» обрати того з батьків, з ким вона буде жити, якщо цей батько (матір) здатні здійснювати батьківські права належним чином (Див.: Худякова О. Ю. Осуществление родительских прав после развода родителей по законодательству США. *Семейное и жилищное право.* 2008. № 6. С. 5).

² Декларація прав дитини, затв. резолюцією 1386 (XIV) Генеральної Асамблеї ООН від 20.11.1959 р. URL: http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995_384.

інтересів дитини. Тому при визначенні місця проживання дитини з одним із батьків суд має виходити з принципу рівності прав батьків щодо їх дітей, передбаченого національним законодавством України. По-третє, обмеження батька у можливості проживати разом з дитиною при окремому проживанні з її матір'ю є обґрунтовано виправданою необхідністю виключно щодо дитини раннього віку (малолітньої), яка не досягла одного року. На жаль, сімейне законодавство України не враховує висновків сучасної дитячої психології, що призводить до відсутності у сімейному законодавстві, як у спеціальному законодавстві, такого терміну як «дитина раннього віку», натомість просто дублюються норми ЦК України, в яких закріплено вимоги до дієздатності та правоздатності особи як учасника цивільних правовідносин, а не сімейних, що в корені не вірно, оскільки не враховуються особливості сімейних відносин. Саме через намагання уніфікувати норми цивільного та сімейного права, прагнення зберегти уніфіковану термінологію, через ігнорування висновків сучасної дитячої психології, збереження традиційного «старого» радянського підходу до регулювання сімейних відносин та традиційне вирішення спорів у цивільному судочинстві й зберігається дискримінаційне ставлення до чоловіка-батька у спорах щодо виховання дитини та визначенні її місця проживання¹.

При прийнятті рішення у спорі про участь у вихованні та визначенні місця проживання дитини суд та орган опіки та піклування повинен ретельно перевірити, з якою метою позивач домагається передачі йому дитини на виховання, чи не пов'язано це з меркантильними питаннями: бажання одержувати аліменти, державну допомогу, пільги, одержання житлової площі тощо. У тому випадку, якщо виявиться, що жодному з батьків не може бути передана дитина, суд за заявою органу опіки та піклування передає дитину їм на опікування, відібравши дитину в того з батьків, з ким вона проживає. При цьому батьки не позбавляються батьківських прав.

Важливо відзначити, що, на відміну від спорів про виховання дитини, які можуть вирішуватися щодо дитини будь-якого віку, *спір про визначення місця проживання може вирішуватися лише щодо малолітньої дитини, тобто дитини віком до 14 років* (ст. 161 СК України)². *Дитина, якій виповнилося 14 років, сама визначає своє місце проживання* (ч. 2 ст. 29 ЦК України, ст. 160 СК України), і якщо між батьками виникає спір про місце проживання такої

¹ Левківський Б. К. Забезпечення гендерної рівності у спорах про визначення місця проживання дитини. *Приватне право і підприємництво*. 2016. Вип. 16. С. 90–91.

² Окремої уваги заслуговує також питання правильного формулювання позовної вимоги у даній категорії справ. Так, згідно з ч. 1 ст. 29 ЦК України місцем проживання фізичної особи є житло, в якому вона проживає постійно або тимчасово. Але при вирішенні питання про визначення місця проживання малолітньої дитини поняття місця проживання має інший зміст. У цьому разі місцем проживання є не конкретне приміщення, а саме особа, з якою має проживати дитина.

дитини, то такий спір визнається безпредметним і суд таку заяву повертає позивачеві без розгляду.

При вирішенні спорів про визначення місця проживання малолітніх дітей виникає певна колізія норм. Так, згідно з ч. 3 ст. 29 ЦК України, місцем проживання фізичної особи у віці від 10 до 14 років є місце проживання її батьків (усиновлювачів) або одного з них, з ким вона проживає, опікуна або місцезнаходження навчального закладу чи закладу охорони здоров'я тощо, в якому вона проживає, якщо інше місце проживання не встановлено за згодою між дитиною та батьками (усиновлювачами, опікуном) або організацією, яка виконує щодо неї функції опікуна. При цьому виникає питання, яким чином дитина віком від 10 до 14 років може захистити своє право на вибір місця проживання та яким чином має враховуватися її думка щодо свого місця проживання? Адже, відповідно до ст. 18 СК України право на звернення до суду виникає у особи з досягненням 14 років, а норми, які б встановлювали право малолітньої особи звертатися до органів опіки та піклування за вирішенням спору між нею та батьками стосовно її місця проживання, відсутні. Таким чином, право дитини на вибір місця проживання у віці від 10 до 14 років залишається незахищеним, а зазначена проблема вимагає законодавчого врегулювання¹.

Ще однією особливістю даної категорії спорів є те, що вони можуть розглядатися неодноразово, оскільки умови виховання дитини можуть змінюватися, відповідно змінюються й підстави позову. Тому, хоча у ст. 161 СК України не міститься вказівки на можливість повторного розгляду судом спору між батьками про визначення місця проживання дитини, суд не може відмовити у прийнятті позовної заяви з тієї причини, що свого часу такий спір вже був предметом судового розгляду. Необхідність повторного розгляду судом цього питання сумніву не викликає. До числа обставин, які виникають після вирішення цього питання судом і здатні істотно впливати на інтереси як дітей, так і батьків, можуть бути віднесені, зокрема, стан здоров'я батьків і дітей, ставлення батьків до виконання своїх батьківських обов'язків, особиста прихильність дитини до кожного з них, істотні зміни у сімейному стані батьків та у місці їх проживання тощо.

¹ Негода О. А. Проблемні питання визначення місця проживання дитини та право дитини на вибір місця проживання за законодавством України. *Права людини в умовах сучасного державотворення: теоретичні і практичні аспекти*: зб. тез доп. I Міжнародної наук.-практ. конф. студентів і молодих вчених (8–9 грудня 2006 р.). Державний вищий навчальний заклад «Українська академія банківської справи Національного банку України». Суми, 2006. С. 66.

Л. В. Красицька

§ 12. Проблемні питання особистих немайнових відносин членів сім'ї

Сімейні правовідносини поділяються на особисті немайнові та майнові. Оскільки відносини між подружжям, батьками та дітьми, іншими членами сім'ї та родичами мають, насамперед, глибоко особистий характер, то й правовому регулюванню особистих немайнових відносин у сімейному праві надається велике значення. Варто зазначити, що істотних змін у правовому регулюванні у зв'язку з прийняттям СК України зазнали саме особисті немайнові відносини між подружжям. В юридичній літературі зазначається, що специфіка сімейних відносин тим і характерна, що вона передбачає добру злагоду між подружжям, їх взаємну довіру¹. Тому велика кількість особистих відносин між подружжям знаходиться поза сферою правового регулювання. В силу своєї делікатності та інтимності вони не піддаються зовнішньому впливу, що вказує на їх особливий характер. Зазначається, що *особисті немайнові правовідносини подружжя* – це врегульовані нормами сімейного права відносини стосовно особистих немайнових благ та інтересів осіб, які перебувають у шлюбі².

Загальними засадами регулювання особистих немайнових відносин між подружжям згідно зі ст. 7 СК України є те, що правове регулювання здійснюється з урахуванням права на таємницю особистого життя подружжя, права кожного з них на особисту свободу та недопустимість свавільного втручання будь-кого у їх сімейне життя, відсутності привілеїв чи обмежень кожного із подружжя за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, етнічного та соціального походження, місця проживання, за мовними та іншими ознаками.

СК України дещо розширив коло особистих немайнових правовідносин подружжя, порівняно з діючим до 01.01.2004 р. КпШС України, і до особистих немайнових прав та обов'язків подружжя відносить: право на материнство; право на батьківство; право на повагу до своєї індивідуальності; право на фізичний та духовний розвиток; право на зміну прізвища; право на розподіл обов'язків та спільне вирішення питань життя сім'ї; право на свободу та особисту недоторканність; обов'язок турбуватися про сім'ю.

Варто зазначити, що закріплення в СК України права на материнство та права на батьківство викликало критику з боку правників. Так, І. В. Жилінкова зазначає, що викликають подив положення нового СК, які закріплюють право

¹ Шевченко Я. Н. Основи сімейного законодавства. Київ: Вища школа, 1982. С. 29.

² Сімейне право України: підручник / за заг. ред. В. І. Борисової та І. В. Жилінкової. Київ: Юрінком Інтер, 2004. С. 93.

осіб на материнство та батьківство (ст.ст. 49, 50 СК України). Читаючи положення СК України, де сказано, що «дружина має право на материнство», а «чоловік має право на батьківство», так і хочеться відповісти: «Дякую Кодексу за турботу, за те, що дозволив бути батьком та матір'ю, без нього не змогли б продовжити рід людський». Далі вчена зазначає, «як трактувати такі законодавчі пассажи: «небажання чоловіка мати дитину чи нездатність до зачаття дитини можуть бути причиною розірвання шлюбу» або «відмова дружини від народження дитини або нездатність її до народження дитини може бути причиною розірвання шлюбу»? Законодавець тут явно перестарався. Яке ж сутнісне навантаження несуть ці статті? Вказати суду, що причиною розлучення є та обставина, що другий з подружжя не бажає або не може мати дітей? Чи повинен суд витребувати докази, медичні довідки, з'ясувати, чому не бажає? Виявляється, ні... При розлученні суд встановлює не причини, а підстави розірвання шлюбу...»¹.

До особистих немайнових прав можуть бути віднесені також інші права подружжя, передбачені сімейним законодавством, а саме: права, пов'язані з визначенням походження дитини (ст.ст. 123, 124 СК України), усиновленням (ст. 207 СК України) тощо. Особисті немайнові права подружжя можна класифікувати на особисті немайнові права, які виникають у людини з моменту народження і належать кожній фізичній особі незалежно від сімейного стану, але які в зв'язку з укладенням шлюбу набувають особливого сімейно-правового наповнення (право на вільний вибір місця проживання, право на особисте життя та його таємницю та інші права), та особисті немайнові права, які виникають у чоловіка та жінки на підставі укладення шлюбу (право подружжя на зміну прізвища, право спільно, на засадах рівності вирішувати питання життя сім'ї тощо).

Санкцій за невиконання подружжям особистих немайнових обов'язків СК України прямо не передбачено. Однак зловживання одним із подружжя особистими правами чи обов'язками, очевидне нехтування інтересами сім'ї, а також ігнорування чи перешкоджання здійсненню іншим з подружжя його особистих немайнових прав може бути підставою для розірвання шлюбу, а в ряді випадків тягне для одного з подружжя – правопорушника негативні наслідки в майновій сфері, наприклад, зменшення його частки у спільному майні при його поділі (ч. 2 ст. 70 СК України).

Значну роль у батьківських правовідносинах відіграють особисті немайнові права та обов'язки матері, батька і дитини. Я. М. Шевченко справедливо наголошує, що особисті права й обов'язки батьків і дітей – це

¹ Жилинкова И. Личные неимущественные права и обязанности супругов: парадоксы нового СК. *Юридическая практика.* 2004. № 24.

важлива складова їхніх взаємних прав і обов'язків¹. Варто зазначити, що в доктрині сімейного права значна увага була приділена класифікації саме особистих немайнових прав батьків. Так, Г. К. Матвеев визначив таку *систему особистих (немайнових) прав і обов'язків батьків*: 1) право і обов'язок батьків визначати особисто-правовий статус дітей – ім'я, прізвище й по батькові, а в певних випадках – громадянство та національність; 2) право і обов'язок батьків представляти своїх дітей; 3) право і обов'язок батьків визначати місце проживання й зажадати своїх дітей від усіх осіб, що їх незаконно утримують; 4) право і обов'язок батьків виховувати своїх дітей². Крім того, Л. А. Савченко виділяє додатково ще й такий вид особистого немайнового права батьків, як право давати згоду на усиновлення своєї дитини іншою особою³. *Цілком логічним є відносити до особистих прав батьків право давати згоду на усиновлення своєї дитини іншою особою*, механізм реалізації якого визначений ст. 217 СК України. Відповідно до ч.ч. 1, 2 ст. 217 СК України усиновлення дитини здійснюється за вільною згодою її батьків. Згода батьків на усиновлення дитини має бути безумовною. Згідно з ч. 6 ст. 217 СК України мати, батько мають право відкликати свою згоду на усиновлення до набрання чинності рішенням суду про усиновлення. Отже, зазначені нормативні положення свідчать, що можливість батьків давати згоду на усиновлення закріплена законодавцем саме як суб'єктивне право, тобто визначена законом міра можливої (дозволеної) поведінки уповноваженої особи.

В юридичній літературі дискусійним є питання про існування такого особистого права батьків, як право на поновлення батьківських прав⁴. Є підстави наполягати на тому, що все ж таки *поновлення батьківських прав не є суб'єктивним правом батьків, а лише способом захисту порушеного (оспоруваного) права*, є тією мірою державного примусу, передбаченою законом, за допомогою якої для особи, право якої порушено, настає бажаний правовий результат. У цьому випадку через поновлення батьківських прав знову виникають суб'єктивні батьківські права у повному обсязі, і в першу чергу – особисті немайнові батьківські права.

Стаття 4 Конвенції про контакт з дітьми (ETS №192)⁵ передбачає, що

¹ Шевченко Я. Н. Основы семейного законодательства. Київ: Вища школа, 1982. С. 51.

² Матвеев Г. К. Советское семейное право: учебник. Москва: Юрид. лит., 1985. С. 147.

³ Савченко Л. А. Особисті права та обов'язки батьків і дітей за сімейним законодавством України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Київський ун-т ім. Т. Г. Шевченка. Київ, 1997. С. 10.

⁴ Богданова Г. В. Проблемы правового регулирования личных и имущественных отношений между родителями и детьми: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Саратов. гос. акад. Саратов, 1999. С. 117.

⁵ Конвенція про контакт з дітьми від 15 травня 2003 р. (ETS N 192). *Офіційний вісник України*. 2007. № 91. Ст. 3356.

дитина та її батьки мають право встановлювати і підтримувати регулярний контакт один з одним. Такий контакт може бути обмежений або заборонений лише тоді, коли це необхідно в найвищих інтересах дитини. Якщо підтримання неконтрольованого контакту з одним із батьків не відповідає найвищим інтересам дитини, то розглядається можливість контрольованого особистого контакту чи іншої форми контакту з одним з таких батьків. Отже, *право на контакт є взаємним правом батьків і дитини.*

Відповідно до ч. 1 ст. 172 СК України дитина, повнолітні дочка, син зобов'язані піклуватися про батьків, проявляти про них турботу та надавати їм допомогу. Обов'язок піклуватися та турбуватися про батьків не лише передбачає надання з боку дітей матеріальної допомоги батькам, а й включає в себе моральну підтримку батьків, тому можна виділити й особисте немайнове право батьків на піклування та турботу про себе з боку дітей.

Серед особистих немайнових прав батьків можна виділити *звичайні та переважні права батьків*. Звичайні права батьків – це такі суб'єктивні права батьків, які здійснюються в загальному порядку без пріоритету перед іншими особами, наприклад, право батьків на представництво і захист прав та інтересів дитини. В. І. Крат виділяє переважні права, що супроводжують сімейні правовідносини¹. На думку В. В. Боднара, переважне право – це встановлене законом або договором суб'єктивне право учасника цивільних відносин на переважне перед іншими особами вчинення дій (правочинів), спрямованих на виникнення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків². Саме в пріоритетності набуття або в пріоритетності здійснення суб'єктивного права перед іншими учасниками правовідносин і полягає відмінність переважного права перед іншими суб'єктивними правами. Так, відповідно до ч. 1 ст. 151 СК України батьки мають переважне право перед іншими особами на особисте виховання дитини. Згідно з ч. 1 ст. 163 СК України батьки мають переважне право перед іншими особами на те, щоб малолітня дитина проживала з ними. Переважні права мають й інші учасники сімейних відносин, крім батьків. Так, якщо дитина, батьки якої позбавлені батьківських прав, не може бути передана другому з батьків, переважне право перед іншими особами на передання їм дитини мають, за їхньою заявою, баба та дід, повнолітні брати та сестри, інші родичі дитини, мачуха, вітчим (ч. 4 ст. 167 СК України).

Особисті немайнові права дитини – це суб'єктивні права, що належать дитині з моменту народження або в силу закону до досягнення нею

¹ Крат В. І. Переважні права: цивільно-правовий аспект: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого. Харків, 2008. С. 9.

² Боднар В. В. Переважні права в цивільному праві України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Київ. нац. ун-т ім. Тараса Шевченка. Київ, 2013. С. 6.

повноліття, об'єктом яких є особисті блага і які спрямовані на забезпечення її сімейним вихованням, можливістю духовного та фізичного розвитку. Можна виділити такі сімейні особисті немайнові права дитини: 1) право на визначення прізвища, імені, по батькові; 2) право на таємницю свого походження; 3) право знати своїх батьків, наскільки це можливо; 4) право на зміну прізвища, імені та по батькові; 5) право на проживання в сім'ї; 6) право на належне батьківське виховання; 7) право на захист і представництво своїх прав та інтересів; 8) право на спілкування та контакт з батьками; 9) право на визначення місця проживання; 10) право висловити свою думку і бути вислуханою з питань, що стосуються її особисто, та з питань сім'ї.

Особистим немайновим правам та обов'язкам інших членів сім'ї та родичів присвячено главу 21 СК України, яка передбачає права баби та діда, прабаби та прадіда на виховання внуків, правнуків; права баби і діда щодо захисту внуків; права братів та сестер на спілкування; право мачухи, вітчима брати участь у вихованні пасинка, падчерки; права та обов'язки особи, яка взяла у свою сім'ю дитину, щодо її виховання; права сестри, брата, мачухи, вітчима та інших членів сім'ї на захист дітей; обов'язки особи піклуватися про бабу, діда, прабабу, прадіда, а також про того, з ким вона проживала однією сім'єю. Варто зазначити, що СК України не покладає на бабу та діда, прабабу та прадіда обов'язку щодо виховання внуків, правнуків, а встановлює лише їх права на спілкування та виховання.

Л. В. Красицька

§ 13. Проблемні питання виникнення права спільної сумісної власності подружжя на майно, що належало дружині, чоловікові, та укладення одним із подружжя договору в інтересах сім'ї

СК України містить значну кількість оціночних понять, що йменуються в юридичній літературі «каучуковими параграфами»¹. Одним із «каучукових параграфів» СК України є положення ч. 1 ст. 62 СК України: *якщо майно дружини, чоловіка за час шлюбу істотно збільшилося у своїй вартості внаслідок спільних трудових чи грошових затрат або затрат другого з подружжя, воно у разі спору може бути визнане за рішенням суду об'єктом права спільної сумісної власності подружжя*. Варто зазначити, що у судовій практиці існує кілька підходів щодо визначення правової долі майна одного з подружжя, що істотно збільшилося у своїй вартості за час шлюбу за рахунок трудових чи грошових затрат або затрат другого з подружжя. Так, абз. 3 п. 23 Постанови Пленуму ВС України «Про практику застосування судами законо-

¹ Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. 4-е изд., испр. Москва: Статут, 2003. С. 97.

давства при розгляді справ про право на шлюб, розірвання шлюбу, визнання його недійсним та поділ спільного майна подружжя» передбачає, що майно, яке належало одному з подружжя, може бути віднесено до спільної сумісної власності укладеною при реєстрації шлюбу угодою (шлюбним договором) або визнано такою власністю судом з тих підстав, що за час шлюбу його цінність істотно збільшилася внаслідок трудових або грошових затрат другого з подружжя чи їх обох. У той же час згідно з п. 5 Постанови Пленуму ВС України «Про практику застосування судами законодавства, що регулює право приватної власності громадян на жилий будинок»¹ будинок, який належав одному з подружжя, може бути визнаний згідно зі ст. 25 КпШС спільним майном подружжя, якщо в період шлюбу істотно збільшилась його цінність внаслідок трудових або грошових затрат другого з подружжя або їх обох. *При цьому на суму вартості будинку до його поліпшення збільшується частка подружжя, якому він належав, у тому числі і у випадках, коли суд відступає від начала рівності часток подружжя в спільній сумісній власності з урахуванням інтересів неповнолітніх дітей або інтересів одного з подружжя, що заслуговують на увагу.* Отже, постає питання: яке ж майно визнається об'єктом права спільної сумісної власності подружжя, оскільки право спільної сумісної власності передбачає рівність часток кожного із співвласників, а судова практика акцентує увагу й на такому понятті, як «сума вартості будинку до його поліпшення», захищаючи в першу чергу право приватної власності на житловий будинок. Зазначений підхід не знаходить свого широкого застосування у судовій практиці, хоча відповідає вимогам справедливості, розумності.

Достатньо часто виникають спори між подружжям *щодо правового режиму об'єкту незавершеного будівництва, коли будівництво здійснювалось на земельній ділянці, що належала на праві власності або користування одному з подружжя.* Варто зазначити, що в судовій практиці склався усталений підхід, що індивідуальне житлове будівництво здійснюється з метою забезпечення житловою площею тих громадян і членів їх сімей, яким у встановленому порядку надано право на земельну ділянку для будівництва будинку. *У зв'язку з цим сама по собі участь інших осіб у спорудженні будинку не може слугувати підставою для визнання за такими особами права власності на частку у спорудженому будинку. Такі особи можуть лише вимагати відшкодування власником будинку понесених ними затрат.* Лише у виняткових випадках, якщо з урахуванням всіх обставин справи та в результаті з'ясування істинних правовідносин сторін буде встановлено, що сторонні особи брали

¹ Про практику застосування судами законодавства, що регулює право приватної власності громадян на жилий будинок: постанова Пленуму ВС України від 04.10.1991 р. № 7. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v0007700-91>.

участь у спорудженні будинку на підставі укладеної із забудовником та членами його сім'ї угоди про створення спільної власності на будинок з метою забезпечення зазначених осіб жилими приміщеннями, за особами, які, не будучи членами сім'ї забудовника, брали участь у спорудженні будинку, може визнаватися право на частку в будинку. Відповідно до ч. 2 ст. 331 ЦК України право власності на новостворене нерухоме майно (житлові будинки, будівлі, споруди тощо) виникає з моменту завершення будівництва (створення майна). Якщо законом передбачено прийняття нерухомого майна до експлуатації, право власності виникає з моменту його прийняття до експлуатації. Якщо право власності відповідно до закону підлягає державній реєстрації, право власності виникає з моменту державної реєстрації. Отже, новостворене нерухоме майно набуває юридичного статусу житлового будинку після прийняття його до експлуатації і з моменту державної реєстрації права власності на нього. Однак до цього, *не будучи житловим будинку з юридичної точки зору, об'єкт незавершеного будівництва є сукупністю будівельних матеріалів, тобто речей як предметів матеріального світу, щодо яких можуть виникати цивільні права та обов'язки, відтак є майном, яке за умов, передбачених законом, може належати на праві спільної сумісної власності подружжю і з дотриманням будівельних норм і правил підлягати поділу між ними*¹.

Неодноразово зустрічається в СК України й таке поняття як «договір в інтересах сім'ї». Зокрема, ч. 3 ст. 61 СК України передбачає: *якщо одним із подружжя укладено договір в інтересах сім'ї, то гроші, інше майно, в тому числі гонорар, виграш, які були одержані за цим договором, є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя*. Згідно з ч. 4 ст. 65 СК України *договір, укладений одним із подружжя в інтересах сім'ї, створює обов'язки для другого з подружжя, якщо майно, одержане за договором, використане в інтересах сім'ї*. Безумовно, виникає питання тлумачення поняття «в інтересах сім'ї». ВС України зробив правовий висновок², відповідно до якого договір, укладений одним із подружжя, створює обов'язки для другого з подружжя в разі, якщо його укладено в інтересах сім'ї, а одержане за цим договором майно фактично використано на задоволення потреб сім'ї. *Договір, укладений одним із подружжя, за яким майно використане не на задоволення потреб сім'ї, а на інші потреби, не створює обов'язків для іншого з подружжя*.

¹ Постанова ВС України від 16.12.2015 р., судова справа № 6-2710цс15. URL: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/B98EBA3143EA5DBBC2257F230035102A](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/B98EBA3143EA5DBBC2257F230035102A).

² Постанова ВС України від 19.06.2013 р., судова справа № 6-55цс13. URL: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/F3CA5A6C69775D45C2257C92003A6B52](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/F3CA5A6C69775D45C2257C92003A6B52).

В. Ю. Євко

§ 14. Правовий режим земельних ділянок та житла, набутих чоловіком, дружиною внаслідок приватизації

До об'єктів права спільної сумісної власності подружжя належить нерухоме майно, зокрема житло та земельні ділянки, які набуті внаслідок приватизації. Правовий режим зазначених речей набув свого закріплення у СК України не так давно. Проте на сьогоднішній день ще не є вирішеними остаточно всі проблеми правового режиму такого майна. До 2011 р. ні КпШС України, ні СК України не містили згадки, до якої власності – спільної сумісної або особистої приватної – відноситься житло та земельні ділянки, набуті внаслідок їх приватизації. Законом України від 11.01.2011 р.¹, який набрав чинності 08.02.2011 р., стаття 61 СК України була доповнена ч. 5, згідно з якою об'єктом права спільної сумісної власності подружжя є житло, набуте одним із подружжя під час шлюбу внаслідок приватизації державного житлового фонду, а також земельна ділянка, набута внаслідок безоплатної передачі її одному з подружжя із земель державної або комунальної власності, у тому числі і приватизації. Назване положення суперечило змісту Конституції України та ЗК України, відповідно до яких приватизація земель державної та комунальної власності є правом тільки громадян України. А зазначений вище Закон не враховував того, що у шлюбі громадянин України міг знаходитися і з іноземцем або з особою без громадянства. Крім того, відповідно до ч. 5 ст. 5 Закону України «Про приватизацію державного житлового фонду»², кожен громадянин України має право приватизувати займане ним житло безоплатно один раз. І, з огляду на це, залишалася не зрозумілою норма зазначеної статті. Наприклад, чоловік та дружина на момент приватизації проживали в різних квартирах, та кожен з них подав заяву про приватизацію своєї квартири до відповідного органу. Таким чином, виникала подвійна приватизація. Тобто кожен із подружжя набував право власності на майно другого з подружжя, перший раз – як громадянин України та другий раз – як подружжя.

Слід відзначити, що ч. 5 ст. 61 СК України принципово суперечила і ст. 116 ЗК України. Суперечливість виникала щодо приватизації земельних ділянок, які перебували у користуванні громадян. Якщо другий з подружжя не мав ніякого відношення до земельної ділянки і, перебуваючи в шлюбі, взагалі

¹ Про внесення зміни до статті 61 Сімейного кодексу України щодо об'єктів права спільної сумісної власності подружжя: Закон України від 11.01.2011 р. № 2913-V. *Відомості Верховної Ради України*. 2011. № 31. Ст. 298.

² Про приватизацію державного житлового фонду: Закон України від 19.06.1992 р. № 2482-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 36. Ст. 524.

не мав бажання користуватися такою земельною ділянкою, проживав в іншому місці тощо, то як дружина (чоловік) він набував право спільної сумісної власності на земельну ділянку при приватизації її чоловіком (дружиною), у користуванні яких ця ділянка перебувала. Отже, право власності на земельну ділянку міг отримати чоловік (дружина), які взагалі не мали ніякого відношення до земельної ділянки, що суперечило п. а) ч. 3 ст. 116 ЗК України.

Для виходу з ситуації, що склалася, був розроблений законопроект чергових змін до ст. 61 СК України щодо деяких питань регулювання об'єктів права спільної сумісної власності подружжя, який був зареєстрований 22.02.2012 р. Зазначеним законопроектом передбачалося, що приватизована земельна ділянка не може бути спільним майном подружжя, якщо один з подружжя – іноземець або особа без громадянства. Обґрунтування необхідності прийняття відповідного законопроекту супроводжувалось пояснювальною запискою, у якій зазначалося, що при підготовці та прийнятті закону не враховано те, що один з подружжя може бути іноземцем чи особою без громадянства. Таким чином, зазначеним категоріям осіб надали можливість безоплатно набувати право власності на земельні ділянки, в тому числі, і сільськогосподарського призначення, а також житло, отримане внаслідок приватизації державного житлового фонду. Хоча Конституція України, Закон України «Про приватизацію державного житлового фонду» та ЗК України передбачають, що приватизація цих об'єктів державної та комунальної власності є правом виключно громадян України. Однак Президент України ветоував прийнятий закон зі своїми пропозиціями. Пропозиції його змінили не лише назву закону, а й саму його суть. Глава держави виходив з того, що «приватизацію житла та земельної ділянки слід розглядати як персоніфіковані правові відносини між державою і громадянином України, що виникають з приводу безоплатної передачі державного майна чітко визначеному власникові». Таким чином, майно, набуте громадянином України під час приватизації, має ознаки особистої власності кожного з подружжя. І не тільки в тому випадку, якщо другий з подружжя – іноземець.

Законом України від 17.05.2012 р.¹, який набрав чинності 13.06.2012 р., ч. 5 ст. 61 СК України була виключена, а ч. 1 ст. 57 СК України доповнена пунктом 5, згідно з яким земельна ділянка, набута дружиною, чоловіком за час шлюбу внаслідок приватизації земельної ділянки, що перебуває в її, його користуванні, або отримана в результаті приватизації земельних ділянок державних і комунальних сільськогосподарських підприємств, установ, організацій, або отримана із земель державної та комунальної власності в межах

¹ Про внесення змін до Сімейного кодексу України щодо майна, що є особистою приватною власністю дружини, чоловіка: Закон України від 17.05.2012 р. № 4766-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2013. № 15. Ст. 100.

норм безоплатної приватизації, визначених ЗК України, визнається особистою приватною власністю кожного з них.

Отже, приватизоване нерухоме майно офіційно набуло статусу особистої приватної власності дружини або чоловіка відповідно до ст. 57 СК України тільки з 13 червня 2012 р. У зв'язку із цим виникає проблема темпорального значення. *Якщо зазначене майно було приватизоване у період з 08.02.2011 р. по 12.06.2012 р. включно, то квартира та земельна ділянка буде вважатися спільною сумісною власністю подружжя, тому, що в цей період діяла ч. 5 ст. 61 СК України, яка передбачала віднесення цього майна до об'єктів права спільної сумісної власності подружжя. Якщо квартира та земельна ділянка були приватизовані після 13.06.2012 р. вони будуть вважатися особистою приватною власністю жінки або чоловіка, оскільки на них поширюється дія пунктів 4, 5 ч. 1 ст. 57 СК України.*

Проте слід мати на увазі, що приватизація квартир та земельних ділянок більшістю громадян здійснювалася ще до 08.02.2011 р., коли такі відносини взагалі не були врегульовані чітко СК України. Ця проблема особливо гостро постає при поділі майна подружжя під час розірвання шлюбу.

Свого часу у юридичній літературі з сімейного права склалися дві протилежні думки. Одна група вчених вважала житло, набуте одним із подружжя за час шлюбу внаслідок його приватизації, та земельні ділянки, набуті одним із подружжя за час шлюбу внаслідок приватизації земельних ділянок, що перебували у його користуванні, або одержані внаслідок приватизації земельних ділянок державних і комунальних сільськогосподарських підприємств, установ та організацій, або одержані із земель державної і комунальної власності, об'єктами права спільної сумісної власності подружжя¹, а інша група – об'єктами права особистої приватної власності дружини, чоловіка².

Судова практика склалася однозначно. У Постанові Пленуму ВС України «Про практику застосування судами земельного законодавства при розгляді цивільних справ»³ зазначено, що відповідно до положень ст.ст. 81, 116 ЗК України окрема земельна ділянка, одержана громадянином у період шлюбу в

¹ Исрафаилов И. Возникновение права общей собственности при приватизации квартиры. *Российская юстиция*. 1996. № 8. С. 14; Сімейне право: Нотаріат. Адвокатура. Суд: наук.-практ. посібник з інформ. додатком на лазерному носії: у 2 кн. Кн. 1 / за заг. ред. С. Я. Фурси. Київ: Видавець Фурса С. Я., 2005. С. 196.

² Жилінкова І. Безоплатна передача земельних ділянок як підстава виникнення спільної сумісної власності подружжя. *Мала енциклопедія нотаріуса*. 2011. № 3. С. 50; Сімейне право України: підручн. / за ред. Гопанчука В. С. Київ: Істина, 2002. С. 117.

³ Про практику застосування судами земельного законодавства при розгляді цивільних справ: постанова Пленуму ВС України від 16.04.2004 р. № 7. *Вісник Верховного Суду України*. 2004. № 6. С. 22.

приватну власність шляхом приватизації, є його особистою приватною власністю, а не спільною сумісною власністю подружжя, оскільки йдеться не про майно, нажите подружжям у шлюбі, а про одержану громадянином частку із земельного фонду.

Проте ця обставина має значення лише при поділі «незабудованої» приватизованої земельної ділянки як окремої речі. Якщо на такій земельній ділянці знаходиться будинок, будівля, споруда, що є спільною сумісною власністю подружжя, то у разі поділу будинку, будівлі, споруди між подружжям та виділу конкретної частини будинку, будівлі, споруди до особи, яка не мала права власності чи користування земельною ділянкою переходить це право у розмірі частки права власності у спільному майні будинку, будівлі, споруди у відповідності до статей 120 ЗК України, 377 ЦК України.

Аналогічною є і правова позиція ВС України, викладена у справі № 6-2710цс15 від 16.12.2015 р.¹, який у своєму рішенні зазначив, що відповідно до положень ст.ст. 6, 17 ЗК України 1992 р., Декрету КМ України «Про приватизацію земельних ділянок»², Порядку передачі земельних ділянок у приватну власність громадян, затвердженого наказом Державного комітету України по земельних ресурсах від 15.02.1993 р. № 10³, і ст. 22 КпШС України, які були чинними на час приватизації спірної земельної ділянки, земельна ділянка, одержана громадянином у період шлюбу в приватну власність для будівництва та обслуговування жилого будинку й господарських будівель, ведення особистого підсобного господарства, садівництва, дачного і гаражного будівництва, є його власністю, а не спільною сумісною власністю подружжя, оскільки йдеться не про майно, нажите подружжям у шлюбі, а про одержану громадянином частку у земельному фонді.

Разом з тим, виходячи зі ст. 30 ЗК України 1992 р., згідно з якою при переході права власності на будівлю і споруди разом з цими об'єктами переходить і право власності на земельну ділянку без зміни її цільового призначення, у разі будівництва подружжям на земельній ділянці будівель і споруд право власності на земельну ділянку відповідно виникає й в учасників спільної власності на ці будівлі та споруди. Аналогічне право в учасників спільної власності на будівлі і споруди виникає при приватизації земельних ділянок, на яких останні знаходяться.

¹ Постанова ВС України від 16.12.2015 р., судова справа № 6-2710цс15. URL: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/B98EBA3143EA5DBBC2257F230035102A](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/B98EBA3143EA5DBBC2257F230035102A)

² Про приватизацію земельних ділянок: Декрет КМ України від 26.12.1992 р. № 15-92. *Відомості Верховної Ради України*. 1993. № 10. Ст. 79.

³ Порядок передачі земельних ділянок у приватну власність громадянам України: затв. наказом Державного комітету України по земельних ресурсах від 15.02.1993 р. № 10. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0007-93>

Проте така судова практика не зовсім узгоджується з положеннями Конституції України, які гарантують непорушність права власності. Згідно зі ст. 41 Конституції України кожен має право володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю. Право приватної власності є непорушним. Примусове відчуження об'єктів права приватної власності може бути застосоване лише як виняток з мотивів суспільної необхідності, на підставі і в порядку, встановленому законом, та за умови попереднього і повного відшкодування їх вартості. Примусове відчуження таких об'єктів з наступним повним відшкодуванням їх вартості допускається лише в умовах воєнного чи надзвичайного стану. Зазначена стаття Конституції України повністю відповідає ч. 1 ст. 1 Протоколу № 1 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод¹, згідно з якою кожна фізична або юридична особа має право мирно володіти своїм майном. Ніхто не може бути позбавлений своєї власності інакше як в інтересах суспільства і на умовах, передбачених законом і загальними принципами міжнародного права. У цій же статті зазначено, що попередні положення жодним чином не обмежують право держави вводити в дію такі закони, які вона вважає за необхідне, щоб здійснювати контроль за користуванням майном відповідно до загальних інтересів або для забезпечення сплати податків чи інших зборів або штрафів. Крім того, ст. 153 ЗК України гарантує права власника земельної ділянки, а ст. 143 ЗК України встановлює виключний перелік підстав примусового припинення прав на земельну ділянку.

Стаття 120 ЗК України, ст. 377 ЦК України регулюють перехід права власності на земельну ділянку у разі набуття права власності на житловий будинок. По-перше, як відомо, майно, набуте за час шлюбу, належить подружжю на праві спільної сумісної власності незалежно від того, на чие ім'я видано і оформлено документи, тобто подружжя не набуває права власності в момент вирішення спору про поділ майна, так як відбувається поділ вже набутого й належного подружжю майна. По-друге, у вищезазначених ст.ст. 120 ЗК України і 377 ЦК України встановлено, що розмір та кадастровий номер земельної ділянки, право на яку переходить у зв'язку з переходом права власності на житловий будинок, будівлю або споруду, є істотними умовами договору, який передбачає набуття права власності на ці об'єкти.

Отже, зазначена вище позиція судів загострює цю проблематику. Фактично відбувається примусове відчуження власності без відшкодування її вартості. Звичайно, необхідно розглядати ситуацію і з боку другого з подружжя, який є власником і права якого потрібно захищати. Зрозуміло, що

¹ Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, Першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції: Закон України від 17 липня 1997 року № 475/97-ВР. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/475/97-%D0%B2%D1%80>

будівництво на земельній ділянці сталося за згодою подружжя та будинок є об'єктом права спільної сумісної власності, але безоплатне отримання у власність земельної ділянки при набутті права власності на будинок не ґрунтується на положеннях законодавства.

У юридичній періодиці як вихід з даної ситуації у межах українського законодавства пропонується встановлення земельного сервітуту, як найменш обтяжливого для власника землі, у розмірі, необхідному для обслуговування частини будинку, яка виділяється, або, за згодою, викуп частини будинку¹.

Неоднозначною є ситуація і з правовим режимом житла, яке було приватизоване одним з подружжя під час шлюбу до 08.02.2011 р. Судова практика розглядає таке житло в якості об'єктів особистої приватної власності кожного з подружжя. Проте аналіз чинного законодавства дає підстави вважати, що приватизоване майно може належати як до роздільного, так і до спільного майна подружжя залежно від того, як воно було приватизоване подружжям. Виходячи зі ст.ст. 1, 5, 8 Закону України «Про приватизацію державного житлового фонду», право на приватизацію житлового приміщення мають громадяни України, які постійно проживали на час приватизації в певному приміщенні (наймач та інші особи, які постійно проживали разом з наймачем або за якими зберігається право на житло) та висловили свою згоду на приватизацію житла. Приватизація – це процес зміни власника шляхом передачі об'єктів державної власності в приватну власність. Такий процес може бути здійснений подружжям за наявності певних умов. Такими умовами є: 1) чоловік та дружина є громадянами України; 2) вони проживали разом в квартирі або мали право на це житло; 3) вони разом висловили свою волю на приватизацію житла. В разі дотримання всіх зазначених умов приватизована квартира переходить в їх спільну власність. Невідповідність хоча б одній з вказаних умов не призводить до виникнення права спільної власності подружжя на приватизовану квартиру.

Це свідчить про те, що при приватизації виникають відносини «громадянин – держава Україна», а не «чоловік – дружина». Дружина та чоловік можуть не проживати в одному житловому приміщенні. Якщо, наприклад, один з подружжя постійно проживає в одній квартирі, а другий – в іншій квартирі, то кожен з них як громадянин України має право на приватизацію відповідного житла.

Приватизація житла – це право, а не обов'язок громадян України. Закон не виключає можливості, що особа, яка мешкає у певному приміщенні, не

¹ Крат В. При розподілі майна подружжя визнання права власності на частину будинку гарантує і право власності на земельну ділянку, де він розташований. URL: <http://lawyers.zin.ua/ukr/blog/art-121-pri-razdele-imushchestva-suprugov-priznanie-prava-sobstvennosti-na-chast-doma-garantiruet-i-pravo-sobstvennosti-na-zemelniy-uchastok,-gde-on-raspolozhen/>

висловить свого бажання на приватизацію житла. Згідно із Законом України «Про приватизацію державного житлового фонду» за громадянами, які не виявили бажання приватизувати займане ними житло, зберігається чинний порядок одержання і користування житлом на умовах найму. У Законі України «Про приватизацію державного житлового фонду», зокрема вказано, що до об'єктів приватизації належать не тільки квартири багатоквартирних будинків, а й окремі кімнати в квартирах, де мешкають два і більше наймачів. Тому, теоретично можна припустити, що один з подружжя приватизує окрему кімнату в комунальній квартирі, а інший буде проживати в іншій кімнаті на умовах договору найму. Таким чином, можна зробити висновок, що *квартира, яка була приватизована одним з подружжя до 08.02.2011 р., а другий з подружжя не мав права на приватизацію або не захотів його реалізувати, належить до роздільного майна подружжя і є об'єктом права особистої приватної власності лише того з подружжя, хто здійснив своє право на приватизацію державного житлового фонду.*

Виникають також проблеми і у нотаріальній практиці у зв'язку з неоднозначними законодавчими змінами, які вносилися до ст.ст. 57 та 61 СК України. У зв'язку з цим Українська нотаріальна палата у березні 2011 р. звернулася з листом до Міністерства юстиції України щодо отримання роз'яснень з приводу змін, які були внесені до СК України відповідно до Закону України від 11.01.2011 р., який набув чинності 08.02.2011 р. Міністерство юстиції України у листі № 4208-0-33-11-31 від 19.06.1992 р. «Щодо реалізації положень Закону України «Про внесення зміни до статті 61 Кодексу щодо об'єктів права спільної сумісної власності подружжя»¹ було надане роз'яснення, що нотаріус при посвідченні договорів відчуження майна, набутого одним із подружжя шляхом приватизації, обов'язково має залучати до справи згоду другого з подружжя на таке відчуження, незалежно від дати набрання чинності Законом України «Про внесення змін до статті 61 Кодексу щодо об'єктів права спільної сумісної власності подружжя». Аналогічне слід враховувати при видачі свідоцтва про право на спадщину на таке майно. Таким чином, нотаріальна практика йшла шляхом сприйняття майна, яке набуто одним з подружжя під час приватизації житла чи земельної ділянки як спільної сумісної власності, навіть, якщо приватизація була здійснена до 08.02.2011 р. Безумовно, внесені зміни до ст. 57 СК України змінили й підходи нотаріальної практики.

¹ Щодо реалізації положень Закону України «Про внесення зміни до статті 61 Кодексу щодо об'єктів права спільної сумісної власності подружжя»: лист Міністерства юстиції України від 13.05.2011 р. № 4208-0-33-11-31. URL: <http://document.ua/shodo-realizaciyi-polozhen-zakonu-ukrayini-pro-vnesennja-zmi-doc57928.html>

В. Ю. Євко

§ 15. Корпоративні права подружжя

Законодавство України неоднозначно і недостатньо чітко регулює окремі питання корпоративного права, що на практиці призводить до неоднакового тлумачення норм матеріального права при застосуванні судами корпоративного законодавства. До питання про правовий режим внесків до статутного капіталу юридичної особи, здійснених за рахунок спільної сумісної власності подружжя, а також корпоративних прав, які виникають у зв'язку з цим, була завжди прикута увага юридичної спільноти.

СК України регулює особисті немайнові та майнові права і обов'язки подружжя, підстави виникнення, зміст особистих немайнових і майнових прав. Відповідно зі ст. 60 СК України майно, набуте за час шлюбу, належить дружині та чоловікові на праві спільної сумісної власності. Вважається, що кожна річ, набута за час шлюбу, крім речей індивідуального користування, є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя. Під майном закон розуміє окрему річ, сукупність речей, а також майнові права та обов'язки (ч. 1 ст. 190 ЦК України).

Згідно зі ст. 167 ГК України *корпоративні права* – це права особи, частка якої визначається у статутному фонді (майні) господарської організації, що включають правомочності на участь цієї особи в управлінні господарською організацією, отримання певної частки прибутку (дивідендів) даної організації та активів у разі ліквідації останньої відповідно до закону, а також інші правомочності, передбачені законом та статутними документами.

Разом із тим ст. 12 Закону України «Про господарські товариства встановлює, що *власником майна, переданого товариству учасниками, є саме товариство*. Тож майно, внесене до статутного капіталу господарського товариства, переходить у його власність і не є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя. Водночас у учасників господарського товариства, які передали товариству майно як внесок до статутного капіталу, виникають корпоративні права пропорційно з номіналом таких внесків.

Державний Комітет України з питань регуляторної політики та підприємництва у листі № 1918/0/2-07 від 18.03.2007 р. «Про корпоративні права засновника, структурні підрозділи та відокремлені підрозділи юридичної особи»¹ визначає корпоративні права як різновид майнових прав. Проте, згідно

¹ Про корпоративні права засновника, структурні підрозділи та відокремлені підрозділи юридичної особи: Лист Державного Комітету України з питань регуляторної політики та підприємництва від 18.03.2007 р. № 1918/0/2-07. URL: http://uazakon.com/documents/date_65/pg_gegusv.htm

зі ст. 2 Закону України «Про акціонерні товариства» *корпоративні права* – це сукупність майнових і немайнових прав акціонера-власника акцій товариства, які випливають з права власності на акції, що включають право на участь в управлінні акціонерним товариством, отримання дивідендів та активів акціонерного товариства у разі його ліквідації відповідно до закону, а також інші права та правомочності, передбачені законом чи статутними документами.

Отже, корпоративні права мають як майнову, так і немайнову складову. Немайнова складова полягає у праві особи брати участь в управлінні господарським товариством. Таке право відповідно до ст. 100 ЦК України є особистим і не може окремо передаватися іншій особі.

Таким чином, дружині, чоловікові можуть належати корпоративні права. Однак українське законодавство в питанні визначення правового режиму корпоративних прав подружжя є вкрай заплутаним. Зокрема, що активи компанії, які знаходяться на її балансі, не можуть бути об'єктом права спільної сумісної власності подружжя, оскільки вони належать не подружжю, а компанії як юридичній особі. Навіть той факт, що один з подружжя вносив до статутного капіталу спільно нажите майно, не дозволяє поділити корпоративні активи, оскільки при внесенні вкладу до статутного капіталу фактично відбувається відчуження права власності. Проте такі активи можуть бути поділені після того, як один з подружжя вийде зі складу товариства та одержить вартість майна, пропорційну його частці у статутному капіталі товариства або майно в натурі. Крім того, учасник ТОВ має право продати чи іншим чином відступити свою частку (її частину) у статутному капіталі одному або кільком учасникам цього товариства або третім особам, якщо інше не встановлено статутом товариства. Такою особою може бути і другий з подружжя. Разом з тим механізм відступлення (відчуження) частки у статутному капіталі товариства законодавчо не закріплений.

У разі поділу майна, яке є спільною сумісною власністю подружжя, у правозастосовній практиці виникають значні труднощі, якщо у період шлюбу дружина, чоловік набули корпоративних прав. Однозначної судової практики ще не напрацьовано. Наприклад, у спорах про поділ майна, коли один із подружжя є учасником ТОВ зустрічається кілька варіантів судових рішень: 1) про невключення частки в статутному капіталі ТОВ до майна, яке підлягає поділу між подружжям; 2) про розділ частки на частини між подружжям; 3) про компенсацію частини вартості частки; 4) про виділ частки в натурі зі статутного капіталу ТОВ з наступним її поділом. Позиції вищих судових інстанцій з цього приводу теж є суперечливими. Так, відповідно до п. 28 постанови Пленуму ВС України «Про практику застосування судами законодавства при розгляді справ про право на шлюб, розірвання шлюбу,

визнання його недійсним та поділ спільного майна подружжя»¹, вклад до статутного фонду господарського товариства не є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя. Виходячи зі змісту ч.ч. 2, 3 ст. 61 СК України, якщо вклад до статутного фонду господарського товариства зроблено за рахунок спільного майна подружжя, в інтересах сім'ї, той із подружжя, хто не є учасником товариства, має право на поділ одержаних доходів.

Конституційний Суд України дотримується наступної позиції. У резолютивній частині Рішення КС України у справі за конституційним зверненням приватного підприємства «ІКІО» щодо офіційного тлумачення положення ч. 1 ст. 61 СК України², йдеться, що в аспекті конституційного звернення положення ч. 1 ст. 61 СК України слід розуміти так, що *статутний капітал і майно приватного підприємства є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя*. Проте звертає на себе увагу той факт, що у рішенні КС України йдеться про приватне підприємство, а у Постанові Пленуму ВС України – про господарське товариство. Зазначені організаційно-правові форми юридичних осіб, як відомо, є різними за способами їх створення, формування статутного капіталу та структурою їх управління.

Система юридичних осіб, яка існує в Україні, відповідно до чинного законодавства є не досить чіткою. ЦК України встановлює, що юридичні особи можуть створюватися у формі товариств, установ та в інших формах, встановлених законом. Товариством є організація, створена шляхом об'єднання осіб (учасників), які мають право участі у цьому товаристві. Товариство може бути створено однією особою, якщо інше не встановлено законом. Товариства поділяються на підприємницькі та непідприємницькі. Підприємницькі товариства – це товариства, які здійснюють підприємницьку діяльність з метою одержання прибутку та наступного його розподілу між учасниками. Непідприємницькими товариствами є товариства, які не мають на меті одержання прибутку для його наступного розподілу між учасниками.

ГК України встановлена інша система юридичних осіб. У ньому міститься таке поняття як суб'єкти господарювання. Відповідно до ст. 55 ГК України ними визнаються учасники господарських відносин, які здійснюють господарську діяльність, реалізуючи господарську компетенцію (сукупність господарських прав та обов'язків), мають відокремлене майно і несуть

¹ Про практику застосування судами законодавства при розгляді справ про право на шлюб, розірвання шлюбу, визнання його недійсним та поділ спільного майна подружжя: Постанова Пленуму ВС України від 21.12.2007 р. № 11. *Вісник Верховного суду України*. 2008. № 1. С. 5.

² Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням приватного підприємства «ІКІО» щодо офіційного тлумачення положення частини першої статті 61 Сімейного кодексу України від 19 вересня 2012 року № 17-рп/2012, судова справа № 1-8/2012. *Офіційний вісник України*. 2012. № 75. Ст. 3038.

відповідальність за своїми зобов'язаннями в межах цього майна, крім випадків, передбачених законодавством. До суб'єктів господарювання належать господарські організації. Господарські організації – це юридичні особи, створені відповідно до ЦК України, державні, комунальні та інші підприємства, створені відповідно до ГК України, а також інші юридичні особи, які здійснюють господарську діяльність та зареєстровані в установленому законом порядку. Самостійним суб'єктом господарювання є підприємство, яке створюється компетентним органом державної влади або органом місцевого самоврядування, або іншими суб'єктами для задоволення суспільних та особистих потреб шляхом систематичного здійснення виробничої, науково-дослідної, торговельної, іншої господарської діяльності в порядку, передбаченому ГК України та іншими законами. Підприємства можуть створюватись як для здійснення підприємництва, так і для некомерційної господарської діяльності.

Разом з тим відповідно до ст. 191 ЦК України підприємство як єдиний майновим комплекс є об'єктом цивільних правовідносин. Протягом історії української та зарубіжної цивілістичної думки поняттю «підприємство» надавалися різні значення. У дореволюційній російській літературі підприємство беззастережно визнавалося об'єктом, а не суб'єктом «торгової» (підприємницької) діяльності. Справа в тому, що підприємство в економічному сенсі завжди розглядалося як «торговий промисел», «бізнес» того, хто веде цю справу, тобто певний вид діяльності, який економічно відокремлений від власного майна особи, яка займається підприємницькою діяльністю. Після Жовтневої революції, ставши єдиним власником величезного майна, держава, будучи не в змозі безпосередньо, самостійно ефективно використовувати його, змушена була умовно розподілити його більшу частину між своїми «підприємствами», розглядаючи їх як самостійних суб'єктів господарської діяльності, за боргами яких вона не несла відповідальності, залишаючись при цьому власником усього їх майна. Проте в дійсності ці підприємства, не будучи власниками свого майна, не стали і справжніми товаровиробниками, об'єктивно потребували участі у майновому обороті і тим самим – самостійної правосуб'єктності, а залишалися суто виробничо-технічними утвореннями, що мали на меті лише виробництво будь-якої продукції безвідносно до реальних потреб в ній, оскільки її заздалегідь запланований збут становив вже не їх завдання. Таким чином, вітчизняні державні підприємства понад 30 років (з кінця 20-х до середини 60-х років минулого століття) працювали, взагалі не маючи формально визнаних прав юридичної особи і будь-яких прав на закріплене за ними майно держави, оскільки у цьому не було необхідності, виходячи з тогочасних умов господарювання. Це дало змогу тогочасним вченим розглядати підприємство в якості суб'єкта права державної власності. На початку 1990-х років було дозволено функціонування індивідуальних

приватних (або сімейних) підприємств, створених за моделлю державних підприємств. Вони також повністю контролювалися своїми власниками-засновниками, які не несли практично ніякої відповідальності за боргами створених ними юридичних осіб, що мало неминучим наслідком різноманітні зловживання.

У сучасному цивільному праві України термін «підприємство» використовується стосовно як суб'єктів, так і об'єктів права. В значенні об'єкта термін «підприємство як єдиний майновий комплекс» застосовується у ст. 191 ЦК України. У ст. 62 ГК України міститься визначення підприємства як самостійного суб'єкту господарювання.

Таким чином, *підприємство як єдиний майновий комплекс і як об'єкт цивільних прав може виступати в якості об'єкта права власності та інших речових прав*. Воно може знаходитись у приватній власності комерційних та некомерційних організацій, у власності фізичної особи-підприємця або члена фермерського господарства. У одного суб'єкта у власності можуть знаходитися декілька підприємств як єдиних майнових комплексів. Власником підприємства як майнового комплексу може бути і фізична особа, яка не є підприємцем. Отже, підприємство як єдиний майновий комплекс і об'єкт цивільних правовідносин може знаходитися у власності фізичних осіб, і, як наслідок, виступати об'єктом права спільної сумісної власності подружжя. Проте це положення може бути застосоване тільки до приватного унітарного підприємства. *У корпоративному підприємстві особа є власником частки у статутному капіталі цього підприємства*.

Як вже зазначалося, найбільша кількість проблем виникає при поділі майна подружжя, яке є спільною сумісною власністю. У зв'язку з цим Пленум ВС України у своїй Постанові «Про практику застосування судами законодавства при розгляді справ про право на шлюб, розірвання шлюбу, визнання його недійсним та поділ спільного майна подружжя» зазначив, що *при вирішенні питання про поділ майна у вигляді акції, частки (паю, долі) у фондах корпоративних господарських організацій судам слід виходити з того, що питання їх поділу вирішується залежно від виду юридичної особи, організаційно-правової форми її діяльності, характеру правовідносин подружжя з цим суб'єктом*.

Відповідно до ст. 3 Закону України «Про акціонерні товариства» акціонерне товариство – господарське товариство, статутний капітал якого поділено на визначену кількість часток однакової номінальної вартості, корпоративні права за якими посвідчуються акціями. Відповідно до ст. 6 Закону України «Про цінні папери і фондовий ринок»¹ *акція – іменний цінний папір, який*

¹ Про цінні папери і фондовий ринок: Закон України від 23.02.2006 р. № 3480-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2006. № 31. Ст. 268.

посвідчує майнові права його власника (акціонера), що стосуються акціонерного товариства, включаючи право на отримання частини прибутку акціонерного товариства у вигляді дивідендів та право на отримання частини майна акціонерного товариства у разі його ліквідації, право на управління акціонерним товариством, а також немайнові права, передбачені ЦК України та законом, що регулює питання створення, діяльності та припинення акціонерних товариств. *Акції можуть бути об'єктом права спільної власності і предметом поділу між подружжям, якщо вони були придбані у шлюбі за спільні кошти подружжя.* Проте, зважаючи на те, що акція є іменним цінним папером, виникають складнощі, пов'язані із здійсненням корпоративних прав акціонера.

ТОВ визнається товариство, що має статутний капітал, розділений на частки, розмір яких визначається установчими документами (ст. 50 Закону України «Про господарські товариства»). На відміну від АТ, корпоративні права учасника ТОВ не посвідчуються акціями або іншими цінними паперами. Тож і виникають складнощі, пов'язані з можливістю розподілу корпоративних прав учасників ТОВ. ЦК України передбачає можливість відчуження частки у статутному капіталі ТОВ або її частини, як іншим учасникам, так і третім особам, якщо це не заборонене статутними документами товариства (ст. 147 ЦК України). Проте суд не може своїм рішенням зобов'язати інших учасників ТОВ прийняти нового члена товариства, тож можливість виконання такого судового рішення дуже сумнівна. Те саме можна сказати про виплату тому з подружжя, хто не є учасником ТОВ, частини майна, переданого другим із подружжя у власність як вклад до статутного капіталу ТОВ, пропорційно до половини частки одного з подружжя. Така виплата може бути здійснена тільки після виходу учасника із ТОВ.

Водночас ВС України у своїй Постанові Пленуму «Про практику застосування судами законодавства при розгляді справ про право на шлюб, розірвання шлюбу, визнання його недійсним і розподіл спільного майна подружжя» роз'яснив судам, що, зважаючи на ч.ч. 2, 3 ст. 61 СК України, якщо внесок до статутного фонду господарського товариства зроблено за рахунок спільного майна подружжя, в інтересах сім'ї, той із подружжя, хто не є учасником товариства, має право на розподіл отриманих доходів. Крім того, при використанні одним із подружжя спільних коштів всупереч ст. 65 СК України інший має право на компенсацію вартості його частки.

Щодо такої організаційно-правової форми як приватне підприємство, то донедавна практика у справах про його «розподіл» була однозначною і формувалася на підставі того самого положення Постанови Пленуму ВС України «Про практику застосування судами законодавства при розгляді справ про право на шлюб, розірвання шлюбу, визнання його недійсним та поділ спільного майна подружжя». Проте КС України у своєму рішенні у справі за

конституційним зверненням приватного підприємства «ІКЮ» щодо офіційного тлумачення положення ч. 1 ст. 61 СК України дійшов висновку, що статутний капітал і майно приватного підприємства є об'єктом права спільної власності подружжя. Конституційний Суд України зважав на те, що відповідно до ст. 191 ЦК України підприємство є єдиним майновим комплексом, який використовують для здійснення підприємницької діяльності; до складу підприємства як єдиного майнового комплексу входять всі види майна, призначені для його діяльності, разом із земельними ділянками, будівлями, спорудами, устаткуванням, інвентарем, сировиною, продукцією, правами вимоги, боргами, а також правом на торговельну марку або інше позначення та іншими правами, якщо інше не встановлено договором або законом, підприємство як єдиний майновий комплекс є нерухомістю, підприємство або його частину можуть бути об'єктом купівлі-продажу, застави, оренди та інших угод. Тобто щодо підприємства як єдиного майнового комплексу або його частини можуть виникати цивільні права та обов'язки. Тому, на думку Конституційного Суду України, *приватне підприємство (або його частина), засноване одним із подружжя, – це окремий об'єкт права спільної власності подружжя, до складу якого входять всі види майна, в тому числі внесок у статутний капітал і майно, виділене з їхньої сумісної власності.*

Таким чином, слід зазначити, що поки єдиний підхід до вирішення подібних суперечок остаточно судами не визначений і у кожному окремому провадженні судам необхідно встановлювати факт набуття корпоративних прав за рахунок спільних коштів подружжя, вартість частки у статутному капіталі, вартість відповідних активів підприємства, правовий режим майна господарського товариства і порядок управління відповідно до установчих документів тощо, досліджуючи широке коло доказових матеріалів. Конституційний Суд України, визначивши статутний капітал та майно приватного підприємства об'єктом права спільної сумісної власності подружжя, безумовно, зробив істотний вплив на судову практику і одночасно ускладнив практику правозастосування та процес встановлення загального обсягу майна подружжя та його вартості з метою подальшого поділу.

В. Ю. Євко

§ 16. Правовий режим кредитних коштів, одержаних одним із подружжя в шлюбі

Протягом шлюбу подружжя може набувати різне майно. Воно може належати їм відповідно до ст.ст. 57 та 60 СК України як на праві особистої приватної, так і спільної сумісної власності. Досить довгий час серед фахівців у галузі сімейного права точилися дискусії з приводу того, який зміст включає в себе поняття «майно подружжя». Одна група вчених наполягала на тому, що

майно подружжя складають тільки речі та майнові права. Інша група вважала, що до складу майна подружжя необхідно включати також і їх майнові обов'язки. На сьогоднішній день з прийняттям ЦК України все більша кількість вчених схиляється до думки, що, оскільки майнові відносини регулюються головним чином цивільним правом, то його поняття мають застосовуватись і у майнових відносинах, які регулюються іншими галузями права, якщо ними не встановлено інше. Оскільки сімейне право не містить поняття майна іншого ніж у цивільному праві, то до майна подружжя можна застосовувати поняття майна, яке міститься у ЦК України. Так, відповідно до ст. 190 ЦК майном вважаються окрема річ, сукупність речей, а також майнові права та обов'язки.

Така позиція науковців на сьогодні робить практично безспірним і віднесення боргових зобов'язань подружжя до їх спільної сумісної власності. Таку позицію займає і ВС України. Так, у правовому висновку ВС України від 14.09.2016 р.¹ зазначено, що ст. 60 СК України визначено, що майно, набуте подружжям за час шлюбу, належить дружині та чоловікові на праві спільної сумісної власності незалежно від того, що один з них не мав з поважної причини (навчання, ведення домашнього господарства, догляд за дітьми, хвороба тощо) самостійного заробітку (доходу). Вважається, що кожна річ, набута за час шлюбу, крім речей індивідуального користування, є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя. Відповідно до ч. 3 ст. 61 СК України, якщо одним із подружжя укладено договір в інтересах сім'ї, то гроші, інше майно, в тому числі гонорар, виграш, які були одержані за цим договором, є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя. Частина 4 ст. 65 СК України встановлює, що *договір, укладений одним із подружжя в інтересах сім'ї, створює обов'язки для другого з подружжя, якщо майно, одержане за договором, використане в інтересах сім'ї*. Таким чином, у подружжя, крім права спільної сумісної власності на придбане за рахунок позичених грошових коштів речі, *внаслідок укладення договорів позики виникає також і зобов'язання в інтересах сім'ї у вигляді обов'язку з повернення позиченої грошової суми*.

Разом з тим слід мати на увазі, що правовий режим боргових зобов'язань подружжя, які виникли з кредитного договору може залежати також від цільового використання та виду отриманого кредиту. Аналіз публікацій в галузі економіки дає підстави для виокремлення таких видів кредиту, які найчастіше використовуються фізичними особами та суб'єктами підприємницької діяльності: 1) комерційний кредит; 2) банківський кредит; 3) споживчий кредит; 4) іпотечний кредит; 5) лізинговий кредит.

¹ Постанова ВС України від 14.09.2016 р., судова справа № 6-539цс16. URL: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/AE8A6BCA46FF3177C225804400471C99](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/AE8A6BCA46FF3177C225804400471C99).

Комерційний кредит – це відносини між продавцями (постачальниками) і покупцями, коли останні одержують товари чи послуги з відстрочкою платежу. Такі відносини перерозподілу матеріальних ресурсів між двома суб'єктами господарської діяльності можуть оформлюватись борговим зобов'язанням-векселем. З метою прискорення реалізації товарів, які є у достатній кількості в торговельній мережі, відбувається продаж товарів тривалого користування в кредит (з розстрочкою платежу). Такий кредит називається споживчим. Об'єктом комерційного кредиту можуть бути реалізовані товари, послуги, виконанні роботи, щодо яких постачальник (кредитор) надає відстрочку платежу. З комерційним кредитом пов'язані специфічні відносини, які можуть виникати (згідно з законодавством) між податковими організаціями і підприємствами-платниками податків. Такий кредит називається податковим кредитом. Він розглядається як одна із податкових пільг (термінова відстрочка сплати податку) і дає можливість суб'єктам господарювання спрямувати тимчасово вільні кошти на розвиток виробництва.

Банківський кредит – це кредит, коли однією із сторін кредитної угоди є банк. Кредити, які банк надає своїм клієнтам можуть бути декількох видів. Кредит в основний капітал – позика на технічне переозброєння, реконструкцію і розширення діючих підприємств, будівництво нових підприємств, у тому числі шляхом проведення самим банком лізингових операцій. Кредит в оборотний капітал – позика на придбання предметів праці – сировини, матеріалів, палива, тари тощо, на покриття витрат виробництва та обігу, на покриття дефіциту коштів для розрахунків. Кредит на споживчі потреби – позика на індивідуальне і кооперативне житлове будівництво, на придбання житла, будівництво житлових будинків, гаражів для легкових автомобілів, на невідкладні потреби населення тощо.

Споживчий кредит – грошові кошти, що надаються споживачу (позичальникові) на придбання товарів (робіт, послуг) для задоволення потреб, не пов'язаних з підприємницькою діяльністю або виконанням обов'язків найманого працівника.

Іпотечний кредит – довгострокова позика під заставу нерухомого майна. Об'єктом іпотечного кредитування можуть бути: земельні ділянки, житлові будинки, квартири, споруди, магазини, виробничі будинки.

Лізинговий кредит – це інвестування власних чи залучених фінансових коштів, яке полягає в наданні за договором лізингу однією стороною (лізингодавцем) у виключне користування другій стороні (лізингоодержувачу) на визначений строк майна, що належить лізингодавцю або набувається ним у власність (господарське відання) за дорученням чи погодженням лізингоодержувача у відповідного постачальника (продавця) майна, за умови сплати лізингоодержувачем періодичних лізингових платежів. Об'єктом (предметом)

лізингу може бути нерухоме і рухоме майно, яке належить до основних фондів: будинки, споруди, машини, устаткування, транспортні засоби, обчислювальна та інша техніка.

Крім того, можуть мати місце і специфічні кредитні відносини. Цільові позики окремим соціальним групам населення видаються в рамках загальнодержавних програм соціального захисту найуразливіших верств населення (молодим сім'ям, студентам). *Ломбардні кредити* – це кредит у твердо фіксованій сумі, що надається кредитором (банком) позичальнику на визначений строк під заставу майна або майнових прав (включаючи товари, товаророзпорядчі документи, дорогоцінні метали, цінні папери тощо). *Чековий кредит* – позика надається у випадку відкриття окремого чекового рахунка. *Кредитна картка* – іменний грошовий оплатно-розрахунковий банківський документ, який використовується для надання споживчого кредиту.

Банківська кредитна картка вважається новим видом грошових банківських споживчих позик в Україні. З точки зору економічних відносин використання кредитних карток виражає відносини споживчого кредитування між трьома суб'єктами: банком, власником картки, торговельною організацією.

З цього можна зробити висновок, що *кредитні кошти, які отримує один з подружжя, в залежності від виду кредиту за його цільовим призначенням можуть використовуватися ним як для потреб сім'ї, так і на інші потреби, пов'язані з його професійною або підприємницькою діяльністю*. І якщо такі кошти були використані одним з подружжя для заняття підприємницькою діяльністю і не надійшли до сімейного бюджету, вони не стають об'єктами права спільної сумісної власності подружжя.

Таким чином, *той з подружжя, хто не брав безпосередньо участі в укладенні кредитного договору, стає зобов'язаною стороною (боржником), якщо: 1) договір було укладено другим з подружжя в інтересах сім'ї; 2) майно, одержане за договором, використане в інтересах сім'ї*. Поєднання вказаних підстав надає можливість розглядати другого з подружжя як зобов'язану особу, не зважаючи на те, що така особа не брала особисто участі в укладенні договору. З цього випливає, що закон при вирішенні цього питання закріплює не суб'єктивний, а об'єктивний підхід, оскільки не пов'язує виникнення обов'язку другого з подружжя з фактом надання ним згоди на укладення правочину. Навіть якщо другий з подружжя не знав про укладення договору, він вважається зобов'язаною особою, якщо об'єктивно цей договір було укладено в інтересах сім'ї та одержане майно було використане в інтересах сім'ї. Крім того, згідно із ч. 2 ст. 73 СК України на одержане за таким договором майно може бути накладене стягнення.

Саме тому ВС України дотримується позиції, що такі договори не можуть бути оспорені другим із подружжя з мотивів відсутності його згоди на укладення такого договору. Це пояснюється тим, що при оспорюванні

кредитних договорів другим із подружжя, слід враховувати, що положення ст. 65 СК України щодо порядку розпорядження майном, що є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя, регулюють відносини, які стосуються саме розпорядження майном, що є у спільній сумісній власності подружжя, і не стосуються права одного з подружжя на отримання кредиту, оскільки кредитний договір є правочином щодо отримання у власність грошових коштів і не створює обов'язків для другого із подружжя, а лише для позичальника як сторони договору. Така позиція, щодо непоширення дії ст. 65 СК України на укладення одним з подружжя кредитного договору деяким вченим видається спірною, зважаючи на те, що такий підхід не враховує сутності зустрічного представлення у кредитній домовленості, адже позичальник не лише отримує грошові кошти у власність, але й зобов'язується зі спливом певного строку повернути таку ж суму грошей та сплатити відсотки. Як правило, такі виплати здійснюються за рахунок поточних сімейних доходів – заробітної плати, пенсії, стипендії (і позичальника, і другого з подружжя), які відповідно до ч. 2 ст. 61 СК України є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя. Отже, один з подружжя, укладаючи кредитний договір, вчиняє акт розпорядження майбутніми спільними доходами, які стають спільною сумісною власністю подружжя з моменту їх одержання одним із них. Саме тому згода одного з подружжя на укладення кредитного договору другим з подружжя вважається необхідною.

Практичний інтерес також представляє собою і порядок виконання подружжям зобов'язання повернути кредит та сплатити проценти. ВС України висловив свою позицію з цього приводу у рішенні по справі № 6-486цс16 про поділ майна подружжя¹, у якому зазначив, що у подружжя, окрім права спільної сумісної власності на отримані грошові кошти та одержаний за рахунок останніх автомобіль, *внаслідок укладення кредитного договору, також виникає зобов'язання в інтересах сім'ї у вигляді повернення кредитних коштів, виконання якого подружжя здійснює як солідарні боржники*. Отже, на думку ВС України подружжя має виконувати свій обов'язок, який виникає зі спільного кредитного зобов'язання, солідарно. Проте така позиція викликає дискусію. Так, відповідно до ст. 540 ЦК України, якщо у зобов'язанні беруть участь кілька боржників, кожний з боржників повинен виконати обов'язок у рівній частці, якщо інше не встановлено договором або актом цивільного законодавства. Солідарний обов'язок виникає у випадках, встановлених договором або законом, зокрема в разі неподільності предмета зобов'язання (ст. 541 ЦК України). Отже, загальним правилом виконання зобов'язань, у

¹ Постанова ВС України від 27 квітня 2016 року, судова справа № 6-486цс16. URL: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/5DC4EF005A7E7A11C2257FA4003078E6](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/5DC4EF005A7E7A11C2257FA4003078E6)

яких беруть участь два боржники, є виконання його у рівних частках. Норми ЦК України, які регулюють зобов'язання, що виникають з кредитного договору, не містять якихось особливих правил з приводу розподілу обов'язків з повернення кредиту між кількома боржниками.

Ще одним істотним моментом визначення правового режиму кредитних коштів подружжя є питання поділу боргового зобов'язання між ними. Відповідно до ч. 1 ст. 70 СК України у разі поділу майна, що є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя, частки майна дружини та чоловіка є рівними, якщо інше не визначено домовленістю між ними або шлюбним договором. Є підстави вважати, що зазначена норма стосується також і поділу спільних боргових зобов'язань подружжя. Проте ні ЦК України, ні СК України не містять правил щодо поділу зазначеного об'єкта.

За загальними положеннями зобов'язального права відповідальність з договірною зобов'язання може нести тільки особа, яка була стороною у зобов'язанні, лише до неї можуть бути звернені вимоги кредитора. Саме в цьому полягає відносний характер суб'єктивних прав, які випливають із зобов'язальних правовідносин. При поділі обов'язку подружжя повернути кредит та сплатити проценти за кредитним договором має місце переведення частини боргу, оскільки частина боргу за даним зобов'язанням переходить до іншої особи, яка раніше не була стороною кредитного договору. Отже, відповідно до ст. 520 ЦК України *боржник у зобов'язанні може бути замінений іншою особою лише за згодою кредитора*. Крім того, слід взяти до уваги порядок надання кредиторами кредитів фізичним особам, визначений Законом України «Про споживче кредитування»¹, відповідно до ст. 14 якого визначення кредитором можливості укладення договору про споживчий кредит здійснюється на підставі оцінки кредитоспроможності споживача. Кредитоспроможність споживача оцінюється кредитором з урахуванням строку на який надається кредит, суми кредиту, а за потреби – доходів споживача та мети отримання кредиту. Оцінка кредитоспроможності споживача оцінюється на підставі інформації, отриманої від споживача, та, за необхідності, на основі інформації законно отриманої з інших джерел (ст. 10 вказаного вище Закону). При цьому кредитору надається право відмовитися від укладення договору про споживчий кредит на підставі інформації, отриманої з бюро кредитних історій (ч. 3 ст. 14 вказаного вище Закону). Таким чином, є підстави вважати, що *переведення частини боргу з одного з подружжя на іншого не може відбуватися автоматично і без згоди кредитора – банку або іншої фінансової установи, на підставі тільки рішення суду про поділ майна подружжя*.

¹ Про споживче кредитування: Закон України від 15.11.2016 р. № 1734-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2017. № 1. Ст. 2.

Л. В. Красицька

§ 17. Укладення батьками правочинів щодо майнових прав дитини

У сучасному суспільстві існує значний соціальний попит на укладення правочинів як на користь дітей, так й правочинів щодо відчуження майнових прав дітей. Правова категорія «майнові права дитини» є досить складною і неоднозначною. СК України термін «майнові права» використовує, визначаючи права батьків малолітньої дитини в управлінні її майном (ч. 2 ст. 177 СК України), правові наслідки усиновлення (ч. 1 ст. 232 СК України) тощо. Термін «майнові права дітей» вживається законодавцем, зокрема, в назві «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення захисту майнових прав дітей»¹, проте законодавець не надає майновим правам дітей легального визначення, а за змістом закону можна зробити висновок, що під майновими правами дітей законодавець розуміє як право власності дитини на майно, у т. ч. на нерухоме майно, так і право користування житловим приміщенням. Статті 17, 18 Закону України «Про охорону дитинства» також використовують термін «майнові права дітей», розуміючи під ними як право власності дитини на майно, так й її житлові права, спадкові права, зобов'язальні права. У той же час діти стають і власниками цінних паперів, успадковують частки в статутних капіталах господарських товариств, тому вони стають ще й учасниками корпоративних правовідносин, а отже, їм належать і корпоративні права, серед яких існують і майнові права, зокрема, право брати участь у розподілі прибутку товариства й одержувати його частину (дивіденди) тощо.

Отже, можна виділити такі *майнові права дитини, закріплені сімейним законодавством України, як право власності дитини на майно, право дитини на користування майном батьків для забезпечення виховання та розвитку, право дитини на утримання від батьків.*

І. В. Спасибо-Фатеева справедливо наголошує, що майнові права широко представлені в юридичній сфері. Між тим майнові права, незважаючи на свою вагомість для юриспруденції, не мають визначення в ЦК України, хоча в спеціальному законодавстві міститься маса їх визначень².

Згідно з ч. 1 ст. 177 ЦК України до об'єктів цивільних прав належать

¹ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення захисту майнових прав дітей: Закон України від 12.01.2012 р. № 4314-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2012. № 40. Ст. 475.

² Спасибо-Фатеева И. В. Понятие имущества и имущественных прав и их места среди объектов гражданских прав. *Страницы Харьковской цивилистики*: в 3 ч. Ч. 3: Доктора Харьковской цивилистической школы / под общ. ред. И. В. Венедиктовой и С. Н. Бервено. Харьков: ХНУ имени В. Н. Каразина, 2010. С. 292.

майнові права, а ч. 2 ст. 190 ЦК України визначає майнові права як неспоживну річ і визнає їх речовими правами. Натомість, відповідно до ч. 2 ст. 3 Закону України «Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні»¹ майновими правами, які можуть оцінюватися, визнаються будь-які права, пов'язані з майном, відмінні від права власності, у т. ч. права, які є складовими права власності (права володіння, розпорядження, користування), а також інші специфічні права (права на провадження діяльності, використання природних ресурсів тощо) та права вимоги.

Отже, *майнові права дитини можна розглядати в широкому значенні*, в якому до них належать право дитини на утримання, право власності дитини на майно, право дитини на користування майном батьків, житлові права дитини, спадкові права дитини, корпоративні права дитини, інші майнові права, пов'язані з майном, відмінні від права власності, у т. ч. права, які є складовою частиною права власності (права володіння, розпорядження, користування), а також інші специфічні права та право вимоги².

Відповідно до ч.ч. 2, 3 ст. 177 СК України *батьки малолітньої дитини не мають права без дозволу органу опіки та піклування вчиняти такі правочини щодо її майнових прав*: укладати договори, які підлягають нотаріальному посвідченню та (або) державній реєстрації, в тому числі договори щодо поділу або обміну житлового будинку, квартири; видавати письмові зобов'язання від імені дитини; відмовлятися від майнових прав дитини. *Батьки мають право дати згоду на вчинення неповнолітньою дитиною правочинів, зазначених вище й передбачених ч. 2 ст. 177 СК України, лише з дозволу органу опіки та піклування*. Частина 6 ст. 203 ЦК України передбачає, що правочин, що вчиняється батьками (усиновлювачами), не може суперечити правам та інтересам їхніх малолітніх, неповнолітніх чи непрацездатних дітей.

Згідно з ч. 3 ст. 18 Закону України «Про охорону дитинства» *органи опіки та піклування зобов'язані здійснювати контроль за дотриманням батьками або особами, які їх замінюють, майнових та житлових прав дітей при відчуженні жилих приміщень та купівлі нового житла*.

Стаття 12 Закону України «Про основи соціального захисту бездомних осіб і безпритульних дітей»³ держава охороняє і захищає права та інтереси

¹ Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні: Закон України від 12.07.2001 р. № 2658-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 47. Ст. 251.

² Красицька Л. В. Науково-правовий висновок щодо дозволу органу опіки та піклування на вчинення батьками малолітньої дитини правочинів щодо її майнових прав та надання згоди батьками на вчинення неповнолітньою дитиною правочинів щодо її майнових прав (частини 2, 3 ст. 177 СК України). *Мала енциклопедія нотаріуса*. 2016. № 4. С. 86.

³ Про основи соціального захисту бездомних осіб і безпритульних дітей: Закон України від 02.06.2005 р. № 2623-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2005. № 26. Ст. 354.

дітей під час вчинення правочинів щодо нерухомого майна. Неприпустиме зменшення або обмеження прав та інтересів дітей під час вчинення будь-яких правочинів щодо жилих приміщень. *Органи опіки та піклування здійснюють контроль за дотриманням батьками та особами, які їх замінюють, житлових прав і охоронюваних законом інтересів дітей відповідно до закону.* Для вчинення будь-яких правочинів щодо нерухомого майна, право власності на яке або право користування яким мають діти, необхідний попередній дозвіл органів опіки та піклування, що надається відповідно до закону. Посадові особи органів опіки та піклування несуть персональну відповідальність за захист прав та інтересів дітей при наданні дозволу на вчинення правочинів щодо нерухомого майна, яке належить дітям.

Відповідно до ч. 2 ст. 11 Закону України «Про забезпечення організаційно-правових умов соціального захисту дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування»¹ передбачає, зокрема, що *органи опіки та піклування забезпечують вирішення питань щодо: соціального захисту і захисту особистих, майнових, житлових прав та інтересів дітей; надання письмової згоди або заперечення на відчуження нерухомого майна (у т. ч. житла) та іншого майна, власником якого є дитина.*

Застосовуючи граматичний спосіб тлумачення щодо мовного виразу «її майнових прав», можна дійти висновку, що законодавець зобов'язує батьків малолітньої дитини одержувати дозвіл органу опіки та піклування на вчинення правочинів, які укладаються щодо таких майнових прав дитини, які вже їй (дитині) належать, ці майнові права дитини вже повинні існувати, є реально існуючими майновими правами, й мова зовсім не йде про ті майнові права, які виникатимуть або виникнуть у майбутньому².

Згідно з підпунктом 3.1 п. 3 глави 1 розділу II Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України, затв. наказом Міністерства юстиції України від 22.02.2012 р. № 296/5³ (далі – *Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України*), *у разі укладення правочинів, які підлягають нотаріальному посвідченню та (або) права, за якими підлягають державній реєстрації, у т. ч. договорів щодо поділу, обміну житлового будинку, квартири за*

¹ Про забезпечення організаційно-правових умов соціального захисту дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування: Закон України від 13.01.2005 р. № 2342-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2005. № 6. Ст. 147.

² Варто зазначити, що в нотаріальній практиці та в діяльності органів опіки та піклування пануючим є підхід про необхідність одержання дозволу органу опіки та піклування на вчинення правочинів, визначених ч. 2 ст. 177 СК України, які укладаються як щодо відчуження майнових прав дитини, так й щодо їх набуття.

³ Про затвердження Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України: наказ Міністерства юстиції України від 22.02.2012 р. № 296/5. *Офіційний вісник України*. 2012. № 17. Ст. 632.

участю малолітніх осіб, а також осіб, над якими встановлено опіку або піклування, нотаріус перевіряє наявність дозволу органу опіки та піклування на укладення таких правочинів. Підпункт 3.5 п. 3 глави 1 розділу II Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України передбачає, що правочини від імені неповнолітніх, а також від імені осіб, цивільна дієздатність яких обмежена, можуть бути посвідчені лише за умови, якщо вони вчинені за згодою батьків (усиновлювачів) або піклувальника та з дозволу органу опіки та піклування.

Натомість, п. 66 Постанови КМ України від 24.09.2008 р. № 866 «Про затвердження Порядку провадження органами опіки та піклування діяльності, пов'язаної із захистом прав дитини»¹ передбачає, що *служба у справах дітей за місцем знаходження майна надає консультації громадянам з питань підготовки необхідних документів щодо відчуження майна дитини.*

Відповідно до п. 67 Порядку провадження органами опіки та піклування діяльності, пов'язаної із захистом прав дитини, дозвіл на вчинення правочинів щодо нерухомого майна, право власності на яке або право користування яким має дитина надається районною, районною у м. Києві та м. Севастополі держадміністрацією, виконавчим органом міської, районної в місті ради за поданням служби у справах дітей після проведення зазначеною службою перевірки документів за місцем знаходження майна протягом одного місяця з дня надходження заяви на вчинення правочинів щодо нерухомого майна дитини лише у разі гарантування збереження її права на житло і оформляється рішенням, витяг з якого видається заявникам службою у справах дітей.

Аналіз чинного законодавства свідчить, що *дозвіл органу опіки та піклування на вчинення правочинів щодо нерухомого майна дитини надається в разі відчуження нерухомого майна, право власності на яке або право користування яким мала дитина, та у разі гарантування збереження її права на житло.*

У цьому аспекті викликає науковий та практичний інтерес й позиція судових органів. ВС України зробив правовий висновок, в якому зазначив, що *правочин, що вчинений батьками (усиновлювачами) стосовно нерухомого майна, право власності на яке чи право користування яким мають діти, за відсутності обов'язкового попереднього дозволу органу опіки та піклування може бути визнаний судом недійсним (ч. 6 ст. 203, ч. 1 ст. 215 ЦК України) за умови, якщо буде встановлено, що оспорюваний правочин суперечить правам та інтересам дитини, – звужує обсяг існуючих майнових прав дитини та/або порушує охоронювані законом інтереси дитини, зменшує або обмежує права*

¹ Про затвердження Порядку провадження органами опіки та піклування діяльності, пов'язаної із захистом прав дитини: Постанова КМ України від 24.09.2008 р. № 866. Офіційний вісник України. 2008. № 76. Ст. 2561.

та інтереси дитини щодо жилого приміщення, порушує гарантії збереження права дитини на житло. *Сам по собі факт відсутності обов'язкового попереднього дозволу органу опіки та піклування на укладення оспорюваного правочину не є безумовною підставою для визнання його недійсним*¹.

Отже, якщо укладається правочин батьками малолітньої дитини чи батьки дають згоду на вчинення правочину неповнолітньою дитиною, за яким дитина набуває право власності на майно, у тому числі й на нерухоме майно, або набуває інше майнове право, при цьому дитина не зобов'язується вчиняти ніяких дій майнового характеру з передання грошей, майна, виконання робіт, надання послуг на користь другої сторони, то одержання дозволу органу опіки та піклування на вчинення таких правочинів законодавцем не вимагається, оскільки при цьому не звужується обсяг існуючих майнових прав дитини, не порушуються охоронювані законом інтереси дитини, не зменшуються та не обмежуються права та інтереси дитини щодо жилого приміщення, не порушуються гарантії збереження права дитини на житло.

Виникає й питання щодо можливості видачі батьками малолітньої дитини довіреності на вчинення правочину від імені малолітньої дитини. Так, п. 3.4. глави 1 розділу II Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України передбачає, що *нотаріус не приймає для посвідчення правочин, що укладається від імені малолітньої дитини представником батьків (усиновлювачів) або одного з них*. Проте ЦК України, СК України не передбачає прямої заборони батькам на видачу ними довіреності від імені малолітньої особи. У доктрині цивільного права небезпідставно відстоюється позиція про можливість для законних представників видавати довіреність від імені малолітньої особи².

Л. В. Красицька

§ 18. Проблемні питання утримання (аліментування) учасників сімейних правовідносин

Аліментні правовідносини «пронизують» СК України, який визначає досить широке коло аліментнозобов'язаних осіб. Так, дружина та чоловік повинні матеріально підтримувати один одного (ч. 1 ст. 75 СК України). СК України встановлює загальні правила щодо взаємного утримання подружжя. Згідно з ч. 2 ст. 75 СК України *право на утримання (аліменти) один із подружжя набуває за наявності таких підстав у сукупності: а) непрацездат-*

¹ Постанова ВС України від 20.01.2016 р., судова справа 6-2940цс15. URL: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/2698391BDE1C8620C2257B1E00498230](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/2698391BDE1C8620C2257B1E00498230).

² Спасибо-Фатеева І. В. Науково-практичний висновок щодо можливості посвідчення довіреності від імені малолітньої особи. *Мала енциклопедія нотаріуса*. 2010. № 3. С. 75.

ність одного з подружжя; б) потреба у матеріальній допомозі (нужденність); в) здатність другого з подружжя надати матеріальну допомогу. Непрацездатним вважається той із подружжя, який досяг пенсійного віку, встановленого законом, або є інвалідом I, II чи III групи (ч. 3 ст. 75 СК України). Один із подружжя є таким, що потребує матеріальної допомоги, якщо заробітна платня, пенсія, доходи від використання його майна, інші доходи не забезпечують йому прожиткового мінімуму, встановленого законом (ч. 4 ст. 75 СК України). Останньою умовою надання одному з подружжя утримання є здатність другого з подружжя надати таке утримання.

Право на утримання після розірвання шлюбу врегульовано ст. 76 СК України. Багато питань виникає щодо положення ч. 4 ст. 76 СК України: якщо у зв'язку з вихованням дитини, веденням домашнього господарства, піклуванням про членів сім'ї, хворобою або іншими обставинами, що мають істотне значення, один із подружжя не мав можливості одержати освіту, працювати, зайняти відповідну посаду, він має право на утримання у зв'язку з розірванням шлюбу і тоді, якщо є працездатним, за умови, що потребує матеріальної допомоги і що колишній чоловік (дружина) може надавати матеріальну допомогу. Як доказати при розгляді судом спору, що один із подружжя не мав можливості зайняти відповідну посаду, одержати освіту тощо саме через виховання дитини, ведення домашнього господарства або інші обставини, що мають істотне значення, а не через відсутність знань, досвіду, професійних навичок, недостатньої кваліфікації? Наявність таких правових норм призводить до неоднакового застосування судами норм матеріального права.

Стаття 51 Конституції України проголошує, що *батьки зобов'язані утримувати дітей до їх повноліття. Повнолітні діти зобов'язані піклуватися про своїх непрацездатних батьків*. Варто зазначити, що обов'язок батьків утримувати дитину до повноліття не припиняється й у випадку, коли дитині, яка досягла шістнадцяти років, надається право на шлюб у порядку ст. 23 СК України, й вона укладає шлюб. Так, п. 15 Постанови Пленуму ВС України «Про застосування судами окремих норм Сімейного кодексу України при розгляді справ щодо батьківства, материнства та стягнення аліментів» передбачає, що вирішуючи спір про стягнення аліментів на неповнолітню дитину, суди повинні враховувати, що *укладення нею шлюбу не припиняє передбаченого законом обов'язку утримувати її до досягнення повноліття*.

У разі неналежного виконання батьками обов'язку з утримання дитини до досягнення нею повноліття право дитини на утримання захищається судом шляхом стягнення аліментів. Згідно з ч. 3 ст. 181 СК України *за рішенням суду кошти на утримання дитини (аліменти) присуджуються у частці від доходу її матері, батька або у твердій грошовій сумі за вибором того з батьків або інших законних представників дитини, разом з яким проживає дитина*. Спосіб

стягнення аліментів, визначений рішенням суду, змінюється за рішенням суду за позовом одержувача аліментів.

При визначенні розміру аліментів суд враховує: стан здоров'я та матеріальне становище дитини; стан здоров'я та матеріальне становище платника аліментів; наявність у платника аліментів інших дітей, непрацездатних чоловіка, дружини, батьків, дочки, сина; наявність рухомого та нерухомого майна, грошових коштів; доведені стягувачем аліментів витрати платника аліментів, у тому числі на придбання нерухомого або рухомого майна, сума яких перевищує десятикратний розмір прожиткового мінімуму для працездатної особи, якщо платником аліментів не доведено джерело походження коштів; інші обставини, що мають істотне значення.

Розмір аліментів має бути необхідним та достатнім для забезпечення гармонійного розвитку дитини. *Мінімальний розмір аліментів на одну дитину не може бути меншим, ніж 50 відсотків прожиткового мінімуму для дитини відповідного віку* (ч. 2 ст. 182 СК України). Згідно з ч.ч. 1–3 ст. 183 СК України *частка заробітку (доходу) матері, батька, яка буде стягуватися як аліменти на дитину, визначається судом. Якщо стягуються аліменти на двох і більше дітей, суд визначає єдину частку від заробітку (доходу) матері, батька на їх утримання, яка буде стягуватися до досягнення найстаршою дитиною повноліття. Якщо після досягнення повноліття найстаршою дитиною ніхто з батьків не звернувся до суду з позовом про визначення розміру аліментів на інших дітей, аліменти стягуються за вирахуванням тієї рівної частки, що припадала на дитину, яка досягла повноліття.*

Максимальний розмір аліментів на одну дитину, який стягується за рішенням суду у позовному провадженні, не може бути більшим, ніж 50 відсотків заробітної плати платника аліментів. Такий висновок може бути зроблено з аналізу ч. 3 ст. 70 Закону України «Про виконавче провадження»¹, яка передбачає, що загальний розмір усіх відрахувань під час кожної виплати заробітної плати та інших доходів боржника не може перевищувати 50 відсотків заробітної плати, що має бути виплачена працівнику, у тому числі у разі відрахування за кількома виконавчими документами. Це обмеження не поширюється на відрахування із заробітної плати у разі відбування боржником покарання у виді виправних робіт і стягнення аліментів на неповнолітніх дітей. У таких випадках розмір відрахувань із заробітної плати не може перевищувати 70 відсотків.

З 8 липня 2017 р. набрав чинності Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення захисту права дитини на

¹ Про виконавче провадження: Закон України від 02.06.2016 р. № 1404-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 30. Ст. 542.

належне утримання шляхом вдосконалення порядку стягнення аліментів»¹, який передбачив можливість стягнення аліментів на утримання дитини до досягнення нею повноліття у чітко визначених частках від заробітку (доходу) платника аліментів у наказному провадженні. Так, згідно з ч. 5 ст. 183 СК України *той із батьків або інших законних представників дитини, разом з яким проживає дитина, має право звернутися до суду із заявою про видачу судового наказу про стягнення аліментів у розмірі на одну дитину – однієї чверті, на двох дітей – однієї третини, на трьох і більше дітей – половини заробітку (доходу) платника аліментів, але не більше десяти прожиткових мінімумів на дитину відповідного віку на кожну дитину.*

Стаття 184 СК України передбачає, що суд за заявою одержувача визначає розмір аліментів у твердій грошовій сумі. Розмір аліментів, визначений судом або за домовленістю між батьками у твердій грошовій сумі, підлягає індексації відповідно до закону. Той із батьків або інших законних представників дитини, разом з яким проживає дитина, має право звернутися до суду із заявою про видачу судового наказу про стягнення аліментів у розмірі 50 відсотків прожиткового мінімуму для дитини відповідного віку.

В юридичній літературі викликає справедливу критику підхід судових органів, коли суди визначають розмір аліментів у частці від заробітку, відмовляючи у встановленні аліментів на двох і більше дітей у твердій грошовій сумі, посилаючись на норму, закріплену у ч. 2 ст. 183 СК, що зобов'язує їх визначити єдину частку від заробітку (доходу) матері, батька на утримання двох і більше дітей². У цій ситуації доцільно було б визначити аліменти у твердій грошовій сумі щодо кожної дитини окремо.

Відповідно до абз. 7 ч. 1 ст. 2 Закону України «Про індексацію грошових доходів населення»³ *індексації підлягають грошові доходи громадян, одержані ними в гривнях на території України і які не мають разового характеру, зокрема розмір аліментів, визначений судом у твердій грошовій сумі.*

Згідно з ч.ч. 1, 2 ст. 181 СК України способи виконання батьками обов'язку утримувати дитину визначаються за домовленістю між ними. За

¹ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення захисту права дитини на належне утримання шляхом вдосконалення порядку стягнення аліментів: Закон України від 17.05.2017 р. № 2037-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2017. № 25. Ст. 291.

² Левківський Б. К. Проблеми нормативного регулювання та особливості судового захисту аліментних прав членів сім'ї в Україні. *Актуальні проблеми цивільного, сімейного та міжнародного приватного права (Матвєєвські цивілістичні читання): матеріали міжнародної науково-практичної конференції* (Київ, 10 листопада 2011 р.). Київ: Алерта, 2012. С. 276.

³ Про індексацію грошових доходів населення: Закон України від 03.07.1991 р. № 1282-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1991. № 42. Ст. 551.

домовленістю між батьками дитини той із них, хто проживає окремо від дитини, може брати участь у її утриманні в грошовій і (або) натуральній формі. Така домовленість між батьками може мати форму договору про сплату аліментів на дитину, укладення якого передбачено ст. 189 СК України. Умови договору про сплату аліментів на дитину не можуть порушувати права дитини, встановлені СК України (ч. 1 ст. 189 СК України).

В юридичній літературі висловлюється думка, що аліментні зобов'язання, що виникають на підставі договору про сплату аліментів, підлягають новації. Законодавча заборона на новацію зобов'язань зі сплати аліментів стосується лише аліментних зобов'язань, оснований на рішенні суду¹. Відповідно до ч.ч. 2, 3 ст. 604 ЦК України зобов'язання припиняється за домовленістю сторін про заміну первісного зобов'язання новим зобов'язанням між тими ж сторонами (новація). Новація не допускається щодо зобов'язань про відшкодування шкоди, завданої каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю, про сплату аліментів та в інших випадках, встановлених законом. Без сумніву, специфіка аліментних зобов'язань у тому і полягає, що аліменти мають використовуватися за цільовим призначенням згідно з ч. 1 ст. 179 СК України, тому заміна аліментного зобов'язання, що виникає на підставі договору, на нове зобов'язання призведе до зміни і предмета договору, відповідно, й до неможливості цільового використання аліментів. Крім того, граматичне тлумачення ч. 3 ст. 604 ЦК України дає підстави для висновку, що новація щодо аліментних зобов'язань незалежно від підстави їх виникнення не допускається.

Варто зазначити, що зростає кількість дітей, батьки яких проживають у різних державах, тому Україна приєдналася до Конвенції про стягнення аліментів за кордоном², до Конвенції про визнання і виконання рішень стосовно зобов'язань про утримання³, ратифікувала Конвенцію про міжнародне стягнення аліментів на дітей та інших видів сімейного утримання⁴.

Відповідно до ч.ч. 3, 4 ст. 194 СК України заборгованість за аліментами, які стягуються відповідно до ст. 187 СК України, погашається за заявою платника шляхом відрахувань з його заробітної плати, пенсії, стипендії за

¹ Аминов Е. Р. Новація алиментных обязательств. *Семейное и жилищное право*. 2010. № 2. С. 6.

² Про приєднання до Конвенції про стягнення аліментів за кордоном: Закон України від 20.07.2006 р. № 15-V. *Офіційний вісник України*. 2006. № 31. Ст. 2199.

³ Про приєднання України до Конвенції про визнання і виконання рішень стосовно зобов'язань про утримання: Закон України від 14.09.2006 р. № 135-V. *Відомості Верховної Ради України*. 2006. № 43. Ст. 416.

⁴ Про ратифікацію Конвенції про міжнародне стягнення аліментів на дітей та інших видів сімейного утримання: Закон України від 11.01.2013 р. № 26-VII. *Офіційний вісник України*. 2013. № 12. Ст. 453.

місцем їх одержання або стягується за рішенням суду. Заборгованість за аліментами стягується незалежно від досягнення дитиною повноліття, а у випадку, передбаченому ст. 199 СК України, – до досягнення нею двадцяти трьох років. У судовій практиці існує такий підхід, коли суди відмовляють у задоволенні позовів про стягнення заборгованості за аліментами, обґрунтовуючи своє рішення посиланням на ч. 3 ст. 194 СК України і зазначаючи, що заборгованість може бути стягнута лише за аліментами, які стягуються відповідно до ст. 187 СК України (тобто на підставі заяви одного з батьків, поданої ним за місцем роботи, місцем виплати пенсії, стипендії про відрахування аліментів на дитину з його заробітної плати, пенсії, стипендії). Тому вони вважають, що чинним законодавством такий спосіб захисту прав стягувача не передбачений¹. Не зовсім зрозуміло, чому суд у таких випадках не застосовує («забуває») ч. 5 ст. 194 СК України, відповідно до якого положення частин першої-третьої ст. 194, а також ст.ст. 195–197 СК України застосовуються і до стягнення аліментів іншим особам, які визначені СК України. Натомість заслуговує підтримки підхід, що склався в судовій практиці, коли позови про стягнення заборгованості за аліментами задовольняються судами, якщо позивачем надається постановою про закінчення виконавчого провадження і довідка про розмір заборгованості за аліментами на час закінчення виконавчого провадження. Згідно з п. 5 ч. 4 ст. 71 Закону України «Про виконавче провадження» виконавець зобов'язаний обчислювати розмір заборгованості із сплати аліментів щомісяця. Виконавець зобов'язаний повідомити про розрахунок заборгованості стягувачу і боржнику у разі закінчення виконавчого провадження.

Щодо аліментних зобов'язань батьків утримувати повнолітніх дітей, то варто звернути увагу на те, що, *положення ст. 185 СК України щодо участі батьків у додаткових витратах на дитину* що обумовлені особливими обставинами (розвитком здібностей дитини, її хворобою, каліцтвом тощо) не розповсюджуються на відносини між батьками та повнолітніми дітьми згідно зі ст. 201 СК України.

Широке коле аліментнозобов'язаних осіб визначено главою 22 СК України «Обов'язок по утриманню інших членів сім'ї та родичів». Зокрема, аліментнозобов'язаними особами є баба, дід щодо внуків; внуки, правнуки щодо баби, діда, прабаби, прадіда; повнолітні брати та сестри щодо малолітніх, неповнолітніх, непрацездатних повнолітніх братів та сестер; мачуха, вітчим щодо падчерки, пасинка; фактичні вихователі щодо дитини, яка виховувалася у їх сім'ї; падчерка, пасинок щодо мачухи, вітчима; повнолітній вихованець щодо фактичних вихователів.

¹ Рішення Апеляційного суду Дніпропетровської області від 26.04.2012 р., судова справа № 0435/2-225/12. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/23866663>.

Л. В. Красицька

**§ 19. Відповідальність за прострочення сплати аліментів,
оплати додаткових витрат на дитину**

Відповідальність за прострочення сплати аліментів, оплати додаткових витрат на дитину встановлена ст. 196 СК України. *До заходів сімейно-правової відповідальності належать стягнення неустойки (пені) за прострочення сплати аліментів; сплата додаткових витрат на дитину з урахуванням встановленого індексу інфляції за весь час прострочення; стягнення трьох процентів річних із простроченої суми заборгованості за додатковими витратами на дитину. У разі виникнення заборгованості з вини особи, яка зобов'язана сплачувати аліменти за рішенням суду або за домовленістю між батьками, одержувач аліментів має право на стягнення неустойки (пені) у розмірі одного відсотка суми несплачених аліментів за кожен день прострочення від дня прострочення сплати аліментів до дня їх повного погашення або до дня ухвалення судом рішення про стягнення пені, але не більше 100 відсотків заборгованості. Розмір неустойки може бути зменшений судом з урахуванням матеріального та сімейного стану платника аліментів. Неустойка не сплачується, якщо платник аліментів є неповнолітнім (ч.ч. 1–3 ст. 196 СК України).*

СК України розглядає неустойку тільки у формі пені, тобто неустойки, що обчислюється у відсотках від суми несвоєчасно виконаного грошового зобов'язання за кожен день прострочення виконання. Причому сімейне законодавство розглядає неустойку і пеню як синонімічні терміни. У разі застосування такого способу захисту сімейних прав, як стягнення неустойки (пені) за прострочення сплати аліментів, виникають питання, які неоднозначно вирішуються судами. Так, ВС України зробив правовий висновок¹, що оскільки зобов'язання зі сплати аліментів має періодичний характер і повинно виконуватися щомісяця, то розглядаючи спори про стягнення на підставі ч. 1 ст. 196 СК України пені від суми несплачених аліментів, суд повинен з'ясувати розмір несплачених аліментів за кожним із цих періодичних платежів, встановити строк, до якого кожне із цих зобов'язань мало бути виконано, та з урахуванням встановленого обчислити розмір пені, виходячи із суми несплачених аліментів за кожен місяць окремо від дня порушення платником аліментів свого обов'язку щодо їх сплати до дня ухвалення судом рішення про стягнення пені, підсумувавши розміри нарахованої пені за кожен із прострочених платежів та визначивши її загальну суму. Проте позиція ВС

¹ Постанова ВС України від 11.09.2013 р., судова справа № 6-81цс13. URL: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/1F0EDF2AAC9EEA78C2257C92003A6C18](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/1F0EDF2AAC9EEA78C2257C92003A6C18).

України щодо визначення строку заборгованості за аліментами з часом змінилась.

Натомість, розглядаючи цивільну справу № 6-1477цс15 ВС України зробив правовий висновок¹, що згідно із ч. 1 ст. 196 СК України при виникненні заборгованості з вини особи, яка зобов'язана сплачувати аліменти за рішенням суду, одержувач аліментів має право на стягнення неустойки (пені) у розмірі одного відсотка від суми несплачених аліментів за кожен день прострочення. *З урахуванням правової природи пені як дієвого стимулу належного виконання обов'язку та виходячи з того, що аліменти призначаються та виплачуються (стягуються) щомісячно, за змістом ст. 196 СК України пеня нараховується на суму заборгованості за той місяць, за який не сплачено аліменти. При цьому сума заборгованості зі сплати аліментів за попередні місяці не додається до заборгованості за наступні місяці, а кількість днів прострочення обчислюється, виходячи з того місяця, в якому аліменти не сплачувались.* Тобто неустойка (пеня) за один місяць обчислюється так: заборгованість зі сплати аліментів за місяць помножена на 1% пені і помножена на кількість днів місяця, в якому виникла заборгованість. Загальна сума неустойки (пені) визначається шляхом додавання нарахованої пені за кожен з прострочених платежів (за кожен місяць). Отже, на сьогодні ВС України висловлено дві абсолютно різні правові позиції щодо обчислення неустойки (пені) за прострочення сплати аліментів. Вочевидь, до питання порядку обчислення розміру неустойки (пені) за прострочення сплати аліментів слід підходити з урахуванням визначення пені у ч. 3 ст. 549 ЦК України: пенєю є неустойка, що обчислюється у відсотках від суми несвоєчасно виконаного грошового зобов'язання за кожен день прострочення виконання. Отже, сума несвоєчасно виконаного аліментного зобов'язання визначається відповідно на перше число місяця, який слідує за місяцем, коли необхідно було сплатити аліменти. Відповідно така сума заборгованості помножується на один відсоток (розмір пені) та на кількість днів, які пройшли до погашення заборгованості платником аліментів або до дня ухвалення судом рішення про стягнення пені. Вбачається, що правова позиція ВС України, висловлена у постанові від 03.02.2016 р. у цивільній справі № 6-1477цс15, суперечить вимогам чинного цивільного та сімейного законодавства України та не відповідає правовій природі та сутності неустойки (пені) як заходу відповідальності за прострочення сплати аліментів.

У разі прострочення оплати додаткових витрат на дитину з вини платника такий платник зобов'язаний на вимогу одержувача додаткових витрат сплатити *суму заборгованості за додатковими витратами з урахуванням встановленого індексу інфляції за весь час прострочення, а також три*

¹ Постанова ВС України від 03.02.2016 р., судова справа № 6-1477цс15. URL: [http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/\(documents\)/0DFC1C59595BF744C2257F640031C95E](http://www.scourt.gov.ua/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/0DFC1C59595BF744C2257F640031C95E).

проценти річних із простроченої суми. Платник додаткових витрат вважається таким, що прострочив оплату, якщо він не виконав свій обов'язок щодо оплати додаткових витрат у строк, встановлений рішенням суду або за домовленістю між батьками, а в разі їх відсутності або у разі невстановлення такого строку – після спливу семи днів після пред'явлення відповідної вимоги одержувачем додаткових витрат, який фактично їх оплатив (ч. 4 ст. 196 СК України). Ці санкції можуть застосовуватися, якщо прострочення оплати додаткових витрат на дитину з вини платника мало місце не раніше 08.07.2017 р., коли набрав чинності Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення захисту права дитини на належне утримання шляхом вдосконалення порядку стягнення аліментів»¹.

Положення ст. 196 СК України необхідно застосовувати й щодо відповідальності усиновлювачів за прострочення сплати аліментів, оплати додаткових витрат на дитину, оскільки усиновлення накладає на усиновлювача обов'язки щодо усиновленої дитини у такому ж обсязі, який мають батьки щодо дитини.

Н. А. Д'ячкова

§ 20. Проблемні питання влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування

На сьогодні в Україні існує дві основні форми влаштування дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування²: індивідуальна та суспільна (інтернатна).

¹ Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення захисту права дитини на належне утримання шляхом вдосконалення порядку стягнення аліментів: Закон України від 17.05.2017 р. № 2037-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2017. № 25. Ст. 291.

² Поняття дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, закріплено Законом України «Про забезпечення організаційно-правових умов соціального захисту дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування». Так, у ст. 1 цього Закону встановлюється, що дитиною-сиротою вважається дитина, в якій померли чи загинули батьки, а дитиною, позбавленою батьківського піклування, дитина, яка залишилася без піклування батьків у зв'язку з позбавленням їх батьківських прав, відібранням у батьків без позбавлення батьківських прав, визнанням батьків безвісно відсутніми або недієздатними, оголошенням їх померлими, відбуванням покарання в місцях позбавлення волі та перебуванням їх під вартою на час слідства, розшуком їх органами Національної поліції, пов'язаним з відсутністю відомостей про їх місцезнаходження, тривалою хворобою батьків, яка перешкоджає їм виконувати свої батьківські обов'язки, а також діти, розлучені із сім'єю, підкинуті діти, батьки яких невідомі, діти, від яких відмовилися батьки, діти, батьки яких не виконують своїх батьківських обов'язків з причин, які неможливо з'ясувати у зв'язку з перебуванням батьків на тимчасово окупованій території України або в зоні проведення антитерористичної операції, та безпритульні діти.

При індивідуальному влаштуванні дитина передається на виховання у сім'ю конкретної фізичної особи, при виборі якої враховуються встановлені законом критерії (ставлення до дитини, вік, матеріальний стан тощо). У разі передачі дитини на суспільне виховання нагляд за нею здійснює юридична особа (будинок дитини, дитячий будинок, спеціалізована школа-інтернат тощо). Звичайно, конкретні дії по вихованню здійснюють фізичні особи (працівники організації), однак їх особисті якості для влаштування дитини юридичного значення не мають.

При цьому важливо відзначити, що, виходячи з принципу пріоритету сімейного виховання дітей, суспільна (інтернатна) форма влаштування дітей, які залишилися без батьківського піклування, застосовується тільки у тих випадках, коли немає можливості створити дитині умови сімейного виховання, тобто використати один із видів влаштування дитини в сім'ю.

Індивідуальна (сімейна) форма є пріоритетною, оскільки саме вона дозволяє надати дитині сімейне виховання, зберегти можливість її проживання у сім'ї родичів чи інших осіб, які б виховували дитину та здійснювали за нею догляд, і тільки у випадках, коли це неможливо, може йтися про забезпечення прав та інтересів дитини в інші способи. *Суб'єктами цих правовідносин, як відзначалося, є виключно фізичні особи, пов'язані спільністю проживання та побуту, веденням спільного господарства.* Але важливо відзначити, що відносини, які виникають при влаштуванні дитини-сироти у сім'ю, істотно відрізняються від батьківських. Так, на відміну від батьківських, правовідносини по вихованню дитини у сім'ї вихователя ґрунтуються не на материнстві чи батьківстві, засвідченому у встановленому законом порядку, а на адміністративному акті (рішенні органу опіки та піклування), рішенні суду або договорі. Кривної спорідненості між дитиною та її вихователем зазвичай немає, і навіть у випадках влаштування дитини у сім'ю її родичів наявність кривного походження не входить до складу юридичних фактів, що впливають на зміст правового зв'язку між ними. Правовий зв'язок між дитиною та її вихователем виникає не з моменту народження дитини, а пізніше: з моменту укладення договору, прийняття адміністративного акту або набрання чинності судовим рішенням. Крім цього, влаштування дитини у сім'ю можливе лише за наявності чітко визначених умов (волевиявлення вихователя, рішення суду тощо), а для виникнення батьківських правовідносин подібної волі батьків не потрібно. Більше того, у деяких випадках, такі відносини можуть виникнути і всупереч волі батька (матері) дитини (наприклад, при визнанні батьківства у судовому порядку). Відповідно, говорити про виникнення батьківських правовідносин виключно в інтересах дитини безглуздо – іноді діти народжуються у батьків, які мало усвідомлюють своє батьківське призначення, але такі батьки стають носіями всіх батьківських прав, якщо тільки не виявляться підстави для

позбавлення таких батьків батьківських прав. А влаштування дитини-сироти в сім'ю сторонньої особи здійснюється виключно в інтересах дитини.

У правознавстві індивідуальну форму влаштування дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування, класифікують за різними підставами. За підставами виникнення розрізняють форми влаштування дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування, на такі, що ґрунтуються на адміністративному акті (опіка, піклування), та форми влаштування, засновані на договорі¹ (патронат, прийомна сім'я, дитячий будинок сімейного типу).

За професійною ознакою розрізняють професійні та непрофесійні сім'ї. Першу групу складають сім'ї, в яких виховання дітей є професійною діяльністю батьків-вихователів, вони отримують заробітну плату за виховання та нагляд за дітьми (дитячий будинок сімейного типу). Непрофесійними сім'ями визнаються сім'ї опікунів (піклувальників) та усиновлювачів.

За граничною кількістю дітей у сім'ї можна виділити правові форми, при яких на виховання може бути передана необмежене коло дітей (опіка (піклування), усиновлення, патронат) та форми, для яких законом встановлена максимальна кількість рідних та прийомних дітей у сім'ї: до 5 дітей для прийомної сім'ї та до 10 дітей у дитячому будинку сімейного типу.

Також можна виділити безстрокову (усиновлення) та строкові форми влаштування у сім'ю дітей, позбавлених батьківського піклування (опіка та піклування, патронат, прийомна сім'я, дитячий будинок сімейного типу). У свою чергу серед строкових форм слід виділити патронат над дитиною, яка перебуває у складних життєвих обставинах, запроваджений Постановою КМ України «Деякі питання здійснення патронату над дитиною»². Така форма влаштування є тимчасовою, перехідною до передачі дитини на постійне виховання у сім'ю усиновлювача, опікуна (піклувальника) або батьків-вихователів тощо.

Крім вищезазначених сімейних форм влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, в Україні широкого застосування набувають такі форми влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, як передача дітей наставникам та передання дитини на проживання, утримання та виховання до СОС-містечок (селищ).

Наставництво, як добровільна безоплатна діяльність наставника з надання дитині, яка проживає у закладі для дітей-сиріт і дітей, позбавлених

¹ Подібні договори називають «квазісімейними» договорами, оскільки, на відміну від сімейних договорів, учасниками яких є виключно фізичні особи, пов'язані родинними відносинами, однією із сторін є орган державної влади (Див. Розгон О. В. Динаміка договору про наставництво. *Eurasian Academic Research Journal*. 2017. № 1. С. 96).

² Деякі питання здійснення патронату над дитиною: Постанова КМ України від 16 березня 2017 року № 148. *Офіційний вісник України*. 2017. № 26. Ст. 739.

батьківського піклування, іншому закладі для дітей, індивідуальної підтримки та допомоги, насамперед у підготовці до самостійного життя, передбачає засноване на договорі між центром соціальних служб для сім'ї, дітей та молоді та адміністрацією закладу, в якому проживає дитина, в інтересах якої укладається такий договір, та фізичною особою-наставником, право останнього відвідувати дитину за місцем її проживання, навчання, лікування, оздоровлення, а також за згодою дитини та батьків, інших законних представників дитини, адміністрації закладу для дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування, іншого закладу для дітей спілкуватися з дитиною поза місцем її проживання, навчання, лікування, оздоровлення, у т. ч. запрошувати дитину у свою сім'ю у святкові і неробочі дні, дні канікул, надавати дитині допомогу в отриманні додаткових освітніх, соціальних, реабілітаційних, оздоровчих послуг, брати участь у забезпеченні її одягом, взуттям, приладами для навчання та розвитку тощо (ст. 17-1 Закону України «Про забезпечення організаційно-правових умов соціального захисту дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування»¹).

Ідею СОС-містечок задумав, а потім і реалізував австрійський педагог Герман Гмайнер у 1949 р. в Австрії, і нині така форма існує в 132 країнах світу. Основи запровадження в Україні такої форми влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, як СОС-дитячі містечка, були закладені Постановою КМ України «Про затвердження Типового положення про СОС-дитяче містечко»². Однак широкого поширення така форма влаштування дітей в Україні ще не набула. На сьогодні таке містечко частково розпочало своє існування у м. Бровари Київської області. Слід зазначити, що згадана Постанова КМ України чітко не узгоджена з чинним законодавством України, зокрема її прийняття відбувалося не на виконання закону, а відповідно до угоди з недержавною організацією іноземного походження, що не може забезпечити її належну реалізацію, оскільки вступає в суперечність із законодавчо визначеною процедурою та порушує конституційний принцип щодо зобов'язання держави з утримання та виховання дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування. Крім цього, слід зауважити, що, відповідно до вищезгаданої Постанови КМ України, діти-сироти та діти, позбавлені батьківського піклування, приймаються до цього спеціалізованого закладу для проживання, утримання та виховання до досягнення ними 10 років (крім випадків влаштування братів і сестер старшого віку), що є не досить

¹ Про забезпечення організаційно-правових умов соціального захисту дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування: Закон України від 13 січня 2005 року № 2342-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2005. № 6. Ст. 147.

² Про затвердження Типового положення про СОС-дитяче містечко: Постанова КМ України від 15 березня 2006 р. № 310. *Офіційний вісник України*. 2006. № 11. Ст. 736.

виваженим, адже діти старше 10 років мають набагато менше шансів на усиновлення.

Як бачимо, на сьогодні в Україні існує багато різноманітних форм влаштування дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування, кожна з яких має свої особливості, свої позитивні та негативні риси.

Запитання та завдання для самоконтролю

1. Обґрунтуйте власну позицію щодо місця сімейного права у системі права України.
2. Що розуміють під сім'єю в юридичному та соціологічному аспектах?
3. Розкрийте особливості дії сімейного законодавства у часі.
4. Чи можна застосувати ЦК України до регулювання сімейних відносин?
5. Охарактеризуйте форми захисту сімейних прав та інтересів.
6. Поняття та способи самозахисту сімейних прав.
7. У яких випадках допускається відшкодування моральної шкоди у сімейному праві?
8. Чи застосовується позовна давність щодо вимог, що впливають із сімейних відносин?
9. У чому полягають особливості відповідальності у сімейному праві?
10. Проаналізуйте основні проблеми визначення походження дитини від батьків.
11. Проаналізуйте основні види спорів між батьками щодо дітей.
12. Розкрийте деякі проблемні питання особистих немайнових відносин членів сім'ї.
13. Розкрийте деякі проблемні питання майнових відносин подружжя.
14. Визначте правовий режим земельних ділянок та житла, набутих чоловіком, дружиною внаслідок приватизації.
15. Проаналізуйте корпоративні права подружжя.
16. Визначте правовий режим кредитних коштів, одержаних одним із подружжя у шлюбі.
17. Розкрийте особливості укладення батьками правочинів щодо майнових прав дитини.
18. Охарактеризуйте деякі проблемні питання утримання (аліментування) учасників сімейних правовідносин.
19. Розкрийте особливості відповідальності за прострочення сплати аліментів, оплати додаткових витрат на дитину.
20. Охарактеризуйте деякі проблемні питання влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування.

ТЕМА 12. СУДОВА ВЛАДА ТА ПРАВОСУДДЯ В ЦИВІЛЬНИХ СПРАВАХ. ВЧЕННЯ ПРО ЦИВІЛЬНІ ПРОЦЕСУАЛЬНІ ВІДНОСИНИ

В. В. Городовенко

§ 1. Проблеми розвитку форм захисту прав та законних інтересів осіб

У разі порушення прав та законних інтересів осіб особливої актуальності набуває питання визначення форми захисту порушених прав та оспорюваних законних інтересів. Як зазначає В. В. Комаров, питання про форми захисту цивільних прав дійсно має принципове значення, а його вирішення можливо, якщо воно буде інтерпретовано в контексті концепції правової держави¹.

Стаття 6 Конституції України проголошує, що державна влада в Україні здійснюється на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову. Органи законодавчої, виконавчої та судової влади здійснюють свої повноваження у встановлених цією Конституцією межах і відповідно до законів України.

Згідно зі ст. 55 Конституції України права і свободи людини і громадянина захищаються судом. Кожному гарантується право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб. Кожен має право звертатися за захистом своїх прав до Уповноваженого ВР України з прав людини. Кожному гарантується право звернутись із конституційною скаргою до Конституційного Суду України з підстав, установлених Конституцією України, та у порядку, визначеному законом. Кожен має право після використання всіх національних засобів юридичного захисту звертатися за захистом своїх прав і свобод до відповідних міжнародних судових установ чи до відповідних органів міжнародних організацій, членом або учасником яких є Україна. Кожен має право будь-якими не забороненими законом засобами захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань.

Форма захисту суб'єктивних прав розглядається процесуалістами як діяльність компетентних органів щодо захисту прав, тобто із встановлення фактичних обставин, застосування до них норм права, ухвалення рішення і здійснення контролю за його виконанням².

¹ Цивільне процесуальне право України: підруч. для юрид. вузів і фак. / за ред. В. В. Комарова. Харків: Право, 1999. С. 6.

² Захарова О. С. Форми захисту цивільних прав. *Розвиток цивільного законодавства: посткодифікаційний період*: матеріали Міжнар. наук.-практ. конф., присвяч. 175-річчю Київ. нац. ун-ту ім. Тараса Шевченка. Київ: Освіта, 2010. С. 113.

Судова форма, безумовно, є основною формою захисту порушених цивільних прав та інтересів. Конституційний Суд України у своєму рішенні від 25.12.1997 р. № 9-зп¹ зазначив, що ч. 1 ст. 55 Конституції України треба розуміти так, що кожному гарантується захист прав і свобод у судовому порядку. Суд не може відмовити у правосудді, якщо громадянин України, іноземець, особа без громадянства вважають, що їх права і свободи порушені або порушуються, створено або створюються перешкоди для їх реалізації або мають місце інші ущемлення прав та свобод.

Відповідно до ч. 1 ст. 16 ЦК України кожна особа має право звернутися до суду за захистом свого особистого немайнового або майнового права та інтересу. Згідно зі ст. 3 ЦПК України кожна особа має право в порядку, встановленому ЦПК України, звернутися до суду за захистом своїх порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів. У випадках, встановлених законом, до суду можуть звертатися органи та особи, яким надано право захищати права, свободи та інтереси інших осіб, або державні чи суспільні інтереси. Відмова від права на звернення до суду за захистом є недійсною. Відповідно до ст. 1 ЦПК України завданнями цивільного судочинства є справедливий, неупереджений та своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ з метою захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави.

Право на захист цивільних прав та інтересів судом взаємопов'язане з *правом на справедливий судовий розгляд*. Пункт 1 ст. 6 Конвенції про захист прав та основоположних свобод людини 1950 р. встановлює, що кожна людина при визначенні її громадянських прав та обов'язків або при висуненні проти неї будь-якого кримінального обвинувачення має право на справедливий і відкритий розгляд упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, створеним згідно із законом. *Європейський суд з прав людини виділяє чотири групи критеріїв, згідно з якими він оцінює справедливість конкретного судового розгляду*: органічні, інституціональні, процесуальні та спеціальні. До першої належать критерії, що забезпечують ефективне користування цим правом і його реалізацію (доступ до правосуддя й виконання судових рішень). Друга включає критерії, яким повинна відповідати як судова система держави в цілому, так і кожен національний судовий орган окремо (незалежний, неупереджений, створений на підставі закону). Процесуальні

¹ Рішення Конституційного Суду України від 25.12.1997 р. № 9-зп у справі за конституційним зверненням громадян Проценко Раїси Миколаївни, Ярошенко Поліни Петрівни та інших громадян щодо офіційного тлумачення статей 55, 64, 124 Конституції України (справа за зверненнями жителів міста Жовті Води). URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v009p710-97/paran54#n54>.

складники права на справедливий судовий розгляд забезпечують реальну участь особи або її представника в розгляді справи, змагальність процесу, рівність сторін на всіх стадіях судового розгляду й розумні його строки. До спеціальних ЄСПЛ відносить додаткові гарантії, передбачені п.п. 2 і 3 ст. 6 Конвенції про захист прав та основоположних свобод людини, що забезпечують дотримання універсальних вимог справедливого правосуддя з урахуванням особливостей кримінального процесу¹.

Спір, що виникає з цивільних правовідносин, у певних випадках може бути розглянуто й *третейським судом*. Згідно зі ст. 1 Закону України «Про третейські суди»² до третейського суду за угодою сторін може бути переданий будь-який спір, що виникає з цивільних та господарських правовідносин, крім випадків, передбачених законом. Стаття 5 Закону України «Про третейські суди» встановлює, що юридичні та/або фізичні особи мають право передати на розгляд третейського суду будь-який спір, який виникає з цивільних чи господарських правовідносин, крім випадків, передбачених законом. Спір може бути переданий на розгляд третейського суду за наявності між сторонами третейської угоди, яка відповідає вимогам Закону України «Про третейські суди». Спір може бути переданий на вирішення третейського суду до прийняття компетентним судом рішення у спорі між тими ж сторонами, з того ж предмета і з тих самих підстав. Перелік категорій справ, які не можуть бути розглянуті третейськими судами, визначений ст. 6 Закону України «Про третейські суди», зокрема, не підлягають розгляду третейськими судами справи у спорах, що виникають із сімейних правовідносин, крім справ у спорах, що виникають з шлюбних контрактів (договорів); справи у спорах щодо нерухомого майна, включаючи земельні ділянки; справи про встановлення фактів, що мають юридичне значення та інші справи.

Захист порушених цивільних прав та інтересів здійснює й *нотаріус*. Відповідно до ст. 18 ЦК України нотаріус здійснює захист цивільних прав шляхом вчинення виконавчого напису на борговому документі у випадках і в порядку, встановлених законом. Згідно з ч. 1 ст. 88 Закону України «Про нотаріат»³ нотаріус вчиняє виконавчі написи, якщо подані документи підтверджують безспірність заборгованості або іншої відповідальності боржника перед стягувачем та за умови, що з дня виникнення права вимоги

¹ Энтин М. Справедливое судебное разбирательство по праву Совета Европы и Европейского Союза. *Конституционное право: Восточноевроп. обозрение*. 2003. № 3. С. 85–97.

² Про третейські суди: Закон України від 11.05.2004 р. № 1701-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 35. Ст. 412.

³ Про нотаріат: Закон України від 02.09.1993 р. № 3425-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1993. № 39. Ст. 383.

минуло не більше трьох років, а у відносинах між підприємствами, установами та організаціями – не більше одного року.

Захист порушених прав здійснюють й *органи опіки та піклування*. Так, відповідно до ч. 1 ст. 19 СК України у випадках, передбачених СК України, особа має право на попереднє звернення за захистом своїх сімейних прав та інтересів до органу опіки та піклування. Зокрема, органи опіки та піклування розглядають спори між батьками щодо імені дитини (ч. 3 ст. 146 СК України), щодо участі у вихованні дитини того з батьків, хто проживає окремо від неї (ст. 158 СК України); щодо місця проживання малолітньої дитини (ст. 161 СК України) тощо. Звернення за захистом до органу опіки та піклування не позбавляє особу права на звернення до суду. У разі звернення з позовом до суду орган опіки та піклування припиняє розгляд поданої йому заяви (ч. 3 ст. 19 СК України).

У межах компетенції, визначеної ч. 1 ст. 6 Закону України «Про державну реєстрацію актів цивільного стану»¹, *органи державної реєстрації актів цивільного стану* анулюють актовий запис про шлюб за заявою заінтересованої особи, якщо шлюб був зареєстрований: 1) з особою, яка одночасно перебуває в іншому зареєстрованому шлюбі; 2) між особами, які є родичами прямої лінії споріднення, а також між рідним братом і сестрою; 3) з особою, яка визнана недієздатною (ч. 4 ст. 39 СК України); складають актовий запис про розірвання шлюбу за заявою подружжя, яке не має дітей, та реєструють розірвання шлюбу (ст. 106, ч. 1 ст. 115 СК України); складають актовий запис про розірвання шлюбу за заявою одного з подружжя, якщо другий із подружжя: 1) визнаний безвісно відсутнім; 2) визнаний недієздатним, та реєструють розірвання шлюбу (ст. 107, ч. 1 ст. 115 СК України).

Варто зазначити, що згідно зі ст. 19 ЦК України особа має право на самозахист свого цивільного права та права іншої особи від порушень і протиправних посягань. *Самозахистом* є застосування особою засобів протидії, які не заборонені законом та не суперечать моральним засадам суспільства. Способи самозахисту мають відповідати змісту права, що порушене, характеру дій, якими воно порушене, а також наслідкам, що спричинені цим порушенням. Способи самозахисту можуть обиратися самою особою чи встановлюватися договором або актами цивільного законодавства.

З метою запровадження в Україні ефективних позасудових способів урегулювання спорів постановою ВР України від 03.11.2016 р. прийнято за основу проект Закону України про медіацію², в якому зазначається, що

¹ Про державну реєстрацію актів цивільного стану: Закон України від 01.07.2010 р. № 2398-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2010. № 38. Ст. 509.

² Про прийняття за основу проекту Закону України про медіацію: Постанова Верховної Ради України від 03.11.2016 р. № 1725-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 48. Ст. 828.

медіація – альтернативний (позасудовий) метод вирішення спорів, за допомогою якого дві або більше сторони спору намагаються в рамках структурованого процесу за участі медіатора досягти згоди для вирішення їх спору. Медіація може застосовуватися у будь-яких конфліктах (спорах), у тому числі цивільних, сімейних, трудових, господарських, адміністративних, а також у кримінальних провадженнях та справах щодо адміністративних правопорушень. Медіація може бути проведена у разі виникнення конфлікту (спору) як до звернення до суду (третейського суду), так і під час або після судового чи третейського провадження, у т. ч. під час виконавчого провадження. Директива № 2008/52/ЄС Європейського парламенту і Ради про деякі аспекти посередництва (медіації) в цивільних і комерційних справах у п. 4 встановлює, що терміном «медіація» (лат. *mediare* – бути посередником) називаються переговори між сторонами, що сперечаються, за участі та під керівництвом нейтральної третьої особи – медіатора (посередника), що не має права виносити обов'язкове для сторін рішення. Цьому терміну тотожні поняття «посередництво», «примирливі процедури», «узгоджувальні процедури». Пункт а) ст. 3 Директиви №2008/52/ЄС Європейського парламенту і Ради про деякі аспекти посередництва (медіації) в цивільних і комерційних справах встановлює, що «посередництво» – це організований процес, як би він не називався, у якому дві або більше сторони намагаються добровільно досягти вирішення своєї суперечки за допомогою посередника. Цей процес може бути розпочатий сторонами, запропонований або призначений судом або передбачений правом держави-члена. Зазначене поняття охоплює посередництво, яке здійснюється суддею, що не відповідальний ні за який судовий розгляд стосовно обговорюваної суперечки. Проте це поняття не включає дії, зроблені судом або суддею для вирішення суперечки протягом судового розгляду, що належить до суперечки.

В. В. Городовенко

§ 2. Вплив реформування приватного права на розвиток цивільної юрисдикції

З римського права всім відома сентенція Ульпіана: «Публічним правом є те, що стосується становища римської держави, приватне – стосується користі окремих осіб». Безумовно, за кілька тисячоліть приватне право пройшло тривалий шлях свого розвитку, проте сутнісна характеристика приватних відносин залишається незмінною. Реформування приватного права в незалежній Україні істотно впливає й на розвиток цивільної юрисдикції. Слушно зауважує Р. А. Майданик, що концепція приватного права в Україні знайшла нормативне закріплення у змісті норм ЦК України, покликаною забезпечити нормальне функціонування і розвиток саме громадянського

суспільства, тобто самостійної, незалежної від держави системи відносин між юридично вільними і рівноправними партнерами в усіх сферах життя людини, включаючи, звичайно, і підприємництво¹.

Прийняття в Україні двох кодифікованих актів – ЦК України та ГК України й одночасне набрання ними чинності вплинуло в подальшому на формування юрисдикції судів. Прийнятий 18.03.2004 р. ЦПК України, який набрав чинності з 01.01.2005 р., містить главу 2 «Цивільна юрисдикція», на відміну від ЦПК УРСР від 18.07.1963 р.², який застосовував термін «підвідомчість цивільних справ судам» (глава 3 ЦПК УРСР).

Стаття 124 Конституції України проголошує, що правосуддя в Україні здійснюють виключно суди. Делегування функцій судів, а також привласнення цих функцій іншими органами чи посадовими особами не допускається. *Юрисдикція судів поширюється на будь-який юридичний спір та будь-яке кримінальне обвинувачення. У передбачених законом випадках суди розглядають також інші справи.*

ЦПК України не містить легального визначення поняття «цивільна юрисдикція», ст. 15 визначає компетенцію судів щодо розгляду цивільних справ. Поняття цивільної юрисдикції надано у Постанові Пленуму ВССУ «Про деякі питання юрисдикції загальних судів та визначення підсудності цивільних справ»: *цивільна юрисдикція – це визначена законом сукупність повноважень судів щодо розгляду цивільних справ, віднесених до їх компетенції (ст. 15 ЦПК України). Підсудність визначає коло цивільних справ у спорах, вирішення яких належить до повноважень конкретного суду першої інстанції (ст.ст. 108–114 ЦПК України).*

Відповідно до ч. 1 ст. 15 ЦПК України суди розглядають у порядку цивільного судочинства справи щодо захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів, що виникають із цивільних, житлових, земельних, сімейних, трудових відносин, а також з інших правовідносин, крім випадків, коли розгляд таких справ проводиться за правилами іншого судочинства.

Пункт 3 Постанови Пленуму ВССУ «Про деякі питання юрисдикції загальних судів та визначення підсудності цивільних справ» звертає увагу на те, *критеріями відмежування справ цивільної юрисдикції від інших є, по-перше, наявність у них спору про право цивільне (справи за позовами, що виникають із будь-яких правовідносин, крім випадків, коли розгляд таких справ проводиться за правилами іншого судочинства), по-друге, суб'єктний*

¹ Правова доктрина України: у 5 т. Т. 3: Доктрина приватного права України / за заг. ред. Н. С. Кузнецової. Харків: Право, 2013. С. 169.

² Цивільний процесуальний кодекс УРСР від 18.07.1963 р. *Відомості Верховної Ради УРСР*. 1963. № 30. Ст. 464.

склад такого спору (однією зі сторін у спорі є, як правило, фізична особа). Оскільки згідно зі ст. 16 ЦПК України не допускається об'єднання в одне провадження вимог, які підлягають розгляду за правилами різних видів судочинства, якщо інше не встановлено законом, суд відкриває провадження у справі в частині вимог, які належать до цивільної юрисдикції, і відмовляє у відкритті провадження у справі щодо вимог, коли їх розгляд проводиться за правилами іншого виду судочинства. Разом із тим суд також має врахувати, що в порядку цивільного судочинства підлягають розгляду справи у разі, якщо однією зі сторін є фізична особа, а вимоги взаємопов'язані між собою й окремий їх розгляд неможливий¹.

Одним із складних питань у правозастосовній діяльності є питання *розмежування справ, які підлягають розгляду у порядку цивільного судочинства, та справ, які підлягають розгляду у порядку господарського судочинства*. Стаття 1 ГПК України² встановлює, що підприємства, установи, організації, інші юридичні особи (у т. ч. іноземні), громадяни, які здійснюють підприємницьку діяльність без створення юридичної особи і в установленому порядку набули статусу суб'єкта підприємницької діяльності, мають право звертатися до господарського суду згідно зі встановленою *повідомчістю господарських справ* за захистом своїх порушених або оспорюваних прав і охоронюваних законом інтересів, а також для вжиття передбачених ГПК України заходів, спрямованих на запобігання правопорушенням. У випадках, передбачених законодавчими актами України, до господарського суду мають право також звертатися державні та інші органи, фізичні особи, що не є суб'єктами підприємницької діяльності. Угода про відмову від права на звернення до господарського суду є недійсною.

Зокрема, у *порядку цивільного судочинства* підлягають розгляду справи, пов'язані зі створенням, діяльністю, управлінням інших суб'єктів господарювання, які не є господарськими товариствами (кооперативи, приватні, колективні підприємства тощо), якщо стороною у спорі є фізична особа; спір між спадкоємцем учасника господарського товариства та товариством щодо розміру належної йому до передачі у грошовій формі частки у майні товариства, яка належала спадкодавцю; спір між сторонами з приводу виконання цивільно-правового договору (зокрема, виконання договору купівлі-продажу частки статутного фонду господарського товариства), оскільки він виник не з

¹ Про деякі питання юрисдикції загальних судів та визначення підсудності цивільних справ: Постанова Пленуму ВССУ з розгляду цивільних і кримінальних справ від 01.03.2013 р. № 3. URL:<http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0003740-13/print1507373371552208>.

² Господарський процесуальний кодекс України від 06.11.1991 р. № 1798-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 6. Ст. 56.

корпоративних відносин. Спори між господарським товариством і його учасником (акціонером, засновником), які є трудовими, підлягають розгляду в порядку цивільного судочинства (п. 13 Постанови Пленуму ВССУ «Про деякі питання юрисдикції загальних судів та визначення підсудності цивільних справ»).

Спір фізичної особи, яка має статус суб'єкта підприємницької діяльності, у цивільно-правових, житлових чи інших правовідносинах, що не має ознак господарського та не пов'язаний з господарською діяльністю, підлягає розгляду в *порядку цивільного судочинства*. Наприклад, вирішуючи належність спору про визнання договору купівлі-продажу нерухомого майна недійсним до цивільної чи господарської юрисдикції, у разі виникнення такого спору між господарським товариством і фізичною особою, яка є приватним підприємцем, суду належить з урахуванням змісту договору та інших правостановлюючих документів з'ясувати, з використанням якого правового статусу при укладенні такого договору діяла фізична особа: як фізична особа чи як фізична особа-підприємець, а також врахувати, які саме правовідносини між сторонами виникли (п. 14 Постанови Пленуму ВССУ «Про деякі питання юрисдикції загальних судів та визначення підсудності цивільних справ»).

З метою реалізації конституційних прав кожного на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб, захисту виборчих прав, права на доступ до публічної служби тощо в Україні в системі судів загальної юрисдикції утворено адміністративні суди. Частина 1 ст. 17 КАС України¹ передбачає, що *юрисдикція адміністративних судів* поширюється на правовідносини, що виникають у зв'язку зі здійсненням суб'єктом владних повноважень владних управлінських функцій, а також у зв'язку з публічним формуванням суб'єкта владних повноважень шляхом виборів або референдуму.

Законодавство не містить визначення терміна «публічно-правовий спір». Для розгляду спору адміністративним судом необхідно встановити його публічно-правовий зміст (характер). Для з'ясування характеру спору суди мають враховувати, що протилежним за змістом є приватноправовий спір. Це означає, що в основі розмежування спорів лежить поділ права на публічне та приватне. Вирішуючи питання про віднесення норми до публічного права, а спору до публічно-правового, суди повинні враховувати загальнотеоретичні та законодавчі критерії. Зокрема, за змістом п. 1 ч. 1 ст. 3 КАС України у публічно-правовому спорі, як правило, хоча б однією стороною є орган виконавчої влади, орган місцевого самоврядування, їх посадова чи службова особа або інший суб'єкт, який здійснює владні управлінські функції на основі

¹ Кодекс адміністративного судочинства України від 06.07.2005 р. № 2747-IV. Відомості Верховної Ради України. 2005. № 35–36. № 37. Ст. 446.

законодавства, у тому числі на виконання делегованих повноважень (п.п. 2, 3 Постанови Пленуму ВАСУ «Про окремі питання юрисдикції адміністративних судів»)¹.

В. В. Городовенко

§ 3. Судова система України: стан та перспективи розвитку

Проголошення незалежності України поставило перед державою низку завдань щодо оновлення багатьох сфер суспільного життя, побудови правової держави. Одним із завдань було становлення самостійної та незалежної судової влади. Конкретним кроком на цьому шляху стало затвердження 28.04.1992 р. ВР України Концепції судово-правової реформи в Україні², в якій, окрім інших, розділ III – формування судової влади. При цьому під судовою владою розумілася система незалежних судів, які в порядку, визначеному законом, здійснюють правосуддя³. Саме цим документом було започатковане реформування судової системи незалежної України.

У Концепції вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів, яка була схвалена Указом Президента України від 10.05.2006 р. № 361/2006⁴, зазначається, що її метою є забезпечення становлення в Україні *судівництва як єдиної системи судового устрою та судочинства*, що функціонує на засадах верховенства права відповідно до європейських стандартів і гарантує право особи на справедливий суд. *Система судів загальної юрисдикції* повинна будуватися на принципах: *спеціалізації* – суди мають бути організовані з урахуванням особливостей предмета судових справ за відповідною юрисдикцією та зумовленого цими особливостями виду судочинства; *територіальності* – суди мають бути утворені так, щоб їх юрисдикція охоплювала певну територію держави, виходячи з потреби наближення судочинства до людини; *інстанційності* – суди мають бути організовані так, щоб забезпечити право на перегляд судового рішення у суді вищого рівня.

Важливим кроком на шляху становлення судової влади та здійснення

¹ Про окремі питання юрисдикції адміністративних судів: Постанова Пленуму Вищого адміністративного суду України від 20.05.2013 р. № 8. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0008760-13>.

² Про Концепцію судово-правової реформи в Україні: Постанова Верховної Ради України від 28.04.1992 р. № 2296-ХІІ. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 30. Ст. 426.

³ Городовенко В. В. Проблеми становлення незалежної судової влади в Україні: монографія. Київ: Фенікс, 2007. С. 34–35.

⁴ Про Концепцію вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів: Указ Президента України від 10.05.2006 р. № 361/2006. *Офіційний вісник України*. 2006. № 19. С. 1376.

правосуддя в Україні, що функціонує на засадах верховенства права відповідно до європейських стандартів і забезпечує право кожного на справедливий суд, стало прийняття Закону України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)»¹.

Стаття 125 Конституції України проголошує, що судоустрій в Україні будується за принципами територіальності та спеціалізації і визначається законом. Суд утворюється, реорганізовується і ліквідується законом, проект якого вносить до ВР України Президент України після консультацій з Вищою радою правосуддя. *Верховний Суд є найвищим судом у системі судоустрою України*. Відповідно до закону можуть діяти вищі спеціалізовані суди. З метою захисту прав, свобод та інтересів особи у сфері публічно-правових відносин діють адміністративні суди. Створення надзвичайних та особливих судів не допускається.

Відповідно до ч. 1 ст. 3 Закону України «Про судоустрій і статус суддів»² суди України утворюють єдину систему. Стаття 17 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» встановлює, що судоустрій будується за принципами територіальності, спеціалізації та інстанційності. Найвищим судом у системі судоустрою є Верховний Суд. *Систему судоустрою складають: 1) місцеві суди; 2) апеляційні суди; 3) Верховний Суд*. Для розгляду окремих категорій справ відповідно до цього Закону в системі судоустрою діють вищі спеціалізовані суди. Єдність системи судоустрою забезпечується: 1) єдиними засадами організації та діяльності судів; 2) єдиним статусом суддів; 3) обов'язковістю для всіх судів правил судочинства, визначених законом; 4) єдністю судової практики; 5) обов'язковістю виконання на території України судових рішень; 6) єдиним порядком організаційного забезпечення діяльності судів; 7) фінансуванням судів виключно з Державного бюджету України; 8) вирішенням питань внутрішньої діяльності судів органами суддівського самоврядування.

Верховний Суд є найвищим судом у системі судоустрою України, який забезпечує сталість та єдність судової практики у порядку та спосіб, визначені процесуальним законом.

Верховний Суд: 1) здійснює правосуддя як суд касаційної інстанції, а у випадках, визначених процесуальним законом, – як суд першої або апеляційної інстанції, в порядку, встановленому процесуальним законом; 2) здійснює аналіз судової статистики, узагальнення судової практики; 3) надає висновки щодо проектів законодавчих актів, які стосуються судоустрою, судочинства, статусу суддів, виконання судових рішень та інших питань, пов'язаних із функціонуванням системи судоустрою; 4) надає

¹ Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя): Закон України від 02.06.2016 р. № 1401-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 28. Ст. 532.

² Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 02.06.2016 р. № 1402-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 31. Ст. 545.

висновок про наявність чи відсутність у діяннях, у яких звинувачується Президент України, ознак державної зради або іншого злочину; вносить за зверненням ВР України письмове подання про неспроможність виконання Президентом України своїх повноважень за станом здоров'я; 5) звертається до Конституційного Суду України щодо конституційності законів, інших правових актів, а також щодо офіційного тлумачення Конституції України; 6) забезпечує однакове застосування норм права судами різних спеціалізацій у порядку та спосіб, визначені процесуальним законом; 7) здійснює інші повноваження, визначені законом (ст. 36 Закону України «Про судоустрій і статус суддів»).

До складу Верховного Суду входять судді у кількості не більше двохсот. У складі Верховного Суду діють: 1) Велика Палата Верховного Суду; 2) Касаційний адміністративний суд; 3) Касаційний господарський суд; 4) Касаційний кримінальний суд; 5) Касаційний цивільний суд (ч.ч. 1–2 ст. 37 Закону України «Про судоустрій і статус суддів»).

Пункт 7 Прикінцевих та перехідних положень Закону України «Про судоустрій і статус суддів» встановлює, що з дня початку роботи Верховного Суду у складі, визначеному Законом України «Про судоустрій і статус суддів», ВС України, Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ, ВГСУ, ВАСУ припиняють свою діяльність та ліквіднуються у встановленому законом порядку.

Згідно зі ст. 31 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» у системі судоустрою діють вищі спеціалізовані суди як суди першої інстанції з розгляду окремих категорій справ. Вищими спеціалізованими судами є: 1) Вищий суд з питань інтелектуальної власності; 2) Вищий антикорупційний суд.

Вищий спеціалізований суд: 1) здійснює правосуддя як суд першої інстанції у справах, визначених процесуальним законом; 2) аналізує судову статистику, вивчає та узагальнює судову практику, інформує про результати узагальнення судової практики Верховний Суд; 3) здійснює інші повноваження, визначені законом (ст. 32 Закону України «Про судоустрій і статус суддів»).

Вищий суд з питань інтелектуальної власності утворюється та проведення конкурсу на посади суддів у цьому суді має бути оголошено протягом дванадцяти місяців з дня набрання чинності Законом України «Про судоустрій і статус суддів» (п. 15 Прикінцевих та перехідних положень Закону України «Про судоустрій і статус суддів»).

Вищий антикорупційний суд утворюється та проведення конкурсу на посади суддів у цьому суді має бути оголошено протягом дванадцяти місяців з дня набрання чинності законом, який визначає спеціальні вимоги до суддів цього суду (п. 16 Прикінцевих та перехідних положень Закону України «Про судоустрій і статус суддів»).

В. В. Городовенко

§ 4. Поняття правосуддя в цивільних справах

Визначаючи поняття правосуддя в цивільних справах, варто зауважити, що поняття «судова влада», «правосуддя», «судочинство» дуже близькі, але не тотожні. У доктрині права немає єдності поглядів щодо змісту поняття правосуддя. Правосуддя, на думку Ю. М. Грошевого та І. Є. Марочкіна, є функцією судової влади, під якою розуміють діяльність органів судової влади по розгляду правових конфліктів¹. Як зазначають В. Я. Тацій та Ю. М. Грошевий, правосуддя є правовим поняттям, що характеризується певними ознаками. Це вид державної діяльності, в якій реалізується судова влада; це особливий процесуальний порядок, чітко регламентований законом, що встановлює процедуру діяльності суду щодо розгляду та вирішення конкретних справ; рішення, які має приймати тільки суд². В. Є. Скомороха, аналізуючи співвідношення правосуддя і судової влади, зазначає, що термін «правосуддя» означає більш вузьке, порівняно з «судовою владою» поняття. Це – діяльність судів шляхом розгляду і вирішення судових справ у судових засіданнях за участю сторін у відповідній процесуальній формі³.

На думку В. В. Комарова, поняття правосуддя має інтерпретуватися в єдності з судовою владою. Формула «правосуддя здійснюється тільки судом» є точною, проте сама по собі вона не розкриває змісту і сфери правосуддя взагалі та щодо цивільних справ зокрема... Якщо винятковість судової влади – це, так би мовити, генетична ознака правосуддя і стверджує відокремлення судової влади від законодавчої і виконавчої, то повнота судової влади є функціональною ознакою правосуддя, визначає сферу правосуддя, тобто сферу реалізації судової влади. Характеристика правосуддя як форми реалізації судової влади з її винятковістю і повнотою потребує визначення не тільки генетичної, функціональної, але й предметної ознаки судової влади, тобто змісту судової влади і правосуддя як діяльності, спрямованої на певний соціальний об'єкт. Зміст судової влади, на відміну від законодавчої і виконавчої, полягає у визначенні виду і обсягу суб'єктивних прав і юридичних обов'язків суб'єктів права. Ці права і обов'язки встановлюються на основі застосування судом норм права і з урахуванням відповідних фактичних

¹ Грошевий Ю. М., Марочкін І. Є. Органи судової влади в Україні. Київ: Ін Юре, 1997. С. 12

² Конституційне право України / за ред. В. Я. Тація, В. Ф. Погорілка, Ю. М. Тодики. Київ: Укр. центр правн. студій, 1999. С. 288–289.

³ Скомороха В. Окремі питання поділу влади, визначення державної та судової влади, незалежності судової влади. *Вісник Конституційного Суду України*. 2000. № 1. С. 64.

обставин. Реалізація судової влади завжди пов'язана з розглядом конкретної юридичної справи, із забезпеченням прав людини¹.

О. С. Ткачук зазначає, що вся діяльність суду (судді), пов'язана з вирішенням спору про цивільні права та обов'язки, яка вчинюється при розгляді справи в суді першої, апеляційної та касаційної інстанції, має визначатися правосуддям².

В юридичній літературі виокремлюють такі основні ознаки правосуддя:

1) здійснення його тільки спеціально створеним органом – судом; 2) здійснення його шляхом розгляду і вирішення в судових засіданнях цивільних і кримінальних справ; 3) здійснення його тільки у передбаченому законом порядку (процесуальна форма); 4) можливість застосування заходів державного примусу; 5) наявність спеціальних цілей³.

Правосуддя є змістом, а судочинство – формою вираження цього змісту. Судочинство – це передбачений законодавством порядок розгляду справ, це форма вираження правосуддя, в той самий час правосуддя – це діяльність суду по вирішенню конкретної справи з метою забезпечення реалізації заінтересованою особою права на судовий захист⁴. В. Є. Скомороха під судочинством розуміє діяльність судів щодо розгляду справ, віднесених до їх компетенції, а також дії інших суб'єктів, які реалізують свої права та обов'язки, вступаючи в процесуальні відносини з судом. Отже, судочинство є поняттям більш широким, ніж правосуддя, яке уповноважений здійснювати лише суд⁵.

Поняття судової влади потрібно визначати у двох аспектах: по-перше, воно засвідчує наявність структури органів, котрі здійснюють цю владу; по-друге, відображає природу їх компетенції і функцій⁶.

Окрім етимологічної відмінності, «правосуддя» і «судочинство»⁷ можна розмежовувати за суттю, а саме: правосуддя є змістом судочинства,

¹ Цивільне процесуальне право України: підручник для юрид. вузів і фак. / за ред. В. В. Комарова. Харків: Право, 1999. С. 9–12.

² Ткачук О. С. Проблеми реалізації судової влади у цивільному судочинстві: монографія. Харків: Право, 2016. С. 37.

³ Ткачук О. С. Проблеми реалізації судової влади у цивільному судочинстві: монографія. Харків: Право, 2016. С. 18; Цивільне процесуальне право України: підручник для юрид. вузів і фак. / за ред. В. В. Комарова. Харків: Право, 1999. С. 9.

⁴ Городовенко В. В. Проблеми становлення незалежної судової влади в Україні: монографія. Київ: Фенікс, 2007. С. 39

⁵ Скомороха В. Є. Окремі питання діяльності конституційної юрисдикції в Україні. *Право України*. 1999. № 12. С. 6.

⁶ Городовенко В. В. Проблеми становлення незалежної судової влади в Україні: монографія. Київ: Фенікс, 2007. С. 40.

⁷ Як зазначає з цього приводу Б. В. Малишев, правосуддя – «судити про право», а «судочинство» – чинити суд (див.: Малишев Б. В. Правосуддя і судова правотворчість. *Правосуддя: філософське та теоретичне осмислення*. Київ, 2009. С. 240).

а судочинство – формою реалізації судової процедури. Отже, сучасне законодавство виокремлює декілька форм судової процедури (вони визначені процесуальним законодавством: адміністративна, кримінальна, цивільна, господарська), але змістом кожної з них є правосуддя – надання судом оцінки фактам правової дійсності¹. Таким чином, правосуддя в цивільних справах є змістом цивільного судочинства.

В. В. Городовенко

§ 5. Проблеми доступності правосуддя та правової допомоги

Стаття 59 Конституції України проголошує, що *кожен має право на професійну правничу допомогу*. У випадках, передбачених законом, ця допомога надається безоплатно. Кожен є вільним у виборі захисника своїх прав.

Отже, у чинній редакції Конституції України наголошується на *праві кожного на «професійну правничу допомогу»*, у той час як до внесення змін до Конституції України Законом України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя) у ст. 59 Конституції України було закріплене *право кожного на «правову допомогу»*.

З цього приводу у п. 1 рішення Конституційного Суду України від 30.09.2009 р. № 23-рп/2009 зазначалось, що положення ч. 1 ст. 59 Конституції України «кожен має право на правову допомогу» треба розуміти як гарантовану державою можливість будь-якій особі незалежно від характеру її правовідносин з державними органами, органами місцевого самоврядування, об'єднаннями громадян, юридичними та фізичними особами вільно, без неправомірних обмежень отримувати допомогу з юридичних питань в обсязі і формах, як вона того потребує².

Згідно зі ст. 12 ЦПК України особа, яка бере участь у справі, має *право на правову допомогу*, яка надається адвокатами або іншими фахівцями у галузі права в порядку, встановленому законом. *Безоплатна правова допомога* надається в порядку, встановленому законом, що регулює надання безоплатної правової допомоги. Відповідно до ч. 1 ст. 2 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»³ *адвокатура України* – недержавний самоврядний інститут, що забезпечує здійснення захисту, представництва та надання інших

¹ Городовенко В. В. Принципи судової влади: монографія. Харків: Право, 2012. С. 10.

² Рішення Конституційного Суду України від 30.09.2009 р. № 23-рп/2009 у справі за конституційним зверненням громадянина Голованя Ігоря Володимировича щодо офіційного тлумачення положень статті 59 Конституції України (справа про право на правову допомогу). URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v023p710-09/paran54#n54>.

³ Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закон України від 05.07.2012 р. № 5076-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2013. № 27. Ст. 282.

видів правової допомоги на професійній основі, а також самостійно вирішує питання організації і діяльності адвокатури в порядку, встановленому Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність».

Закон України «Про безоплатну правову допомогу»¹ містить легальне визначення правової допомоги, безоплатної правової допомоги, правових послуг:

– *правова допомога* – надання правових послуг, спрямованих на забезпечення реалізації прав і свобод людини і громадянина, захисту цих прав і свобод, їх відновлення у разі порушення (п. 3 ст. 1 Закону України «Про безоплатну правову допомогу»);

– *безоплатна правова допомога* – правова допомога, що гарантується державою та повністю або частково надається за рахунок коштів Державного бюджету України, місцевих бюджетів та інших джерел (п. 1 ст. 1 Закону України «Про безоплатну правову допомогу»);

– *правові послуги* – надання правової інформації, консультацій і роз'яснень з правових питань; складення заяв, скарг, процесуальних та інших документів правового характеру; здійснення представництва інтересів особи в судах, інших державних органах, органах місцевого самоврядування, перед іншими особами; забезпечення захисту особи від обвинувачення; надання особі допомоги в забезпеченні доступу особи до вторинної правової допомоги та медіації (п. 4 ст. 1 Закону України «Про безоплатну правову допомогу»).

Право на безоплатну правову допомогу – гарантована Конституцією України можливість громадянина України, іноземця, особи без громадянства, у тому числі біженця чи особи, яка потребує додаткового захисту, отримати в повному обсязі безоплатну первинну правову допомогу, а також можливість певної категорії осіб отримати безоплатну вторинну правову допомогу у випадках, передбачених Законом України «Про безоплатну правову допомогу» (ч. 1 ст. 3 Закону України «Про безоплатну правову допомогу»).

Безоплатна первинна правова допомога – вид державної гарантії, що полягає в інформуванні особи про її права і свободи, порядок їх реалізації, відновлення у випадку їх порушення та порядок оскарження рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, посадових і службових осіб (ч. 1 ст. 7 Закону України «Про безоплатну правову допомогу»).

Безоплатна вторинна правова допомога – вид державної гарантії, що полягає у створенні рівних можливостей для доступу осіб до правосуддя. Безоплатна вторинна правова допомога включає такі види правових послуг:

1) захист; 2) здійснення представництва інтересів осіб, що мають право на

¹ Про безоплатну правову допомогу: Закон України від 02.06.2011 р. № 3460-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2011. № 51. Ст. 577.

безоплатну вторинну правову допомогу, в судах, інших державних органах, органах місцевого самоврядування, перед іншими особами; 3) складення документів процесуального характеру (ст. 13 Закону України «Про безоплатну правову допомогу»).

Частина 3 ст. 7 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» встановлює, що *доступність правосуддя* для кожної особи забезпечується відповідно до Конституції України та в порядку, встановленому законами України. Принцип доступності суду має свої концептуальні витoki з концепції основних прав і свобод людини, походить з права на справедливий судовий розгляд і генетично пов'язаний із моделлю судочинства.

Уперше поняття «*право на доступ до суду*» пролунало в рішенні ЄСПЛ у справі «Голдер проти Сполученого Королівства». У своєму рішенні ЄСПЛ указав: якби п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав та основоположних свобод людини 1950 р. розумівся як такий, що стосується виключно провадження у справі, що вже розпочата в суді, Договірна держава могла б, не порушуючи цього припису, позбутися судової системи чи обмежити судову юрисдикцію щодо певних видів провадження й доручити цю справу іншим органам, які залежать від уряду. Характеристики справедливості, публічності й оперативності судового провадження були б марними за його відсутності (тобто доступу до суду. – авт.)¹. У рішенні у справі «Добертен проти Франції» ЄСПЛ зазначив, що держави мають організовувати свою судову систему в такий спосіб, щоб їхні суди були спроможні задовольнити кожну вимогу ст. 6 Конвенції про захист прав та основоположних свобод людини 1950 р.²

Досить ґрунтовно принцип доступності правосуддя у вітчизняній науці було досліджено в роботах науковців харківської школи права О. М. Овчаренко «Доступність правосуддя та гарантії його реалізації»³ та Н. Ю. Сакари «Проблема доступності правосуддя у цивільних справах»⁴. Зокрема, О. М. Овчаренко доступність правосуддя трактує як стан організації судової системи та юрисдикційної діяльності суду в демократичному суспільстві, який задоволь-

¹ Рішення Європейського суду з прав людини від 21.02.1975 р. у справі «Голдер проти Сполученого Королівства». *Європейский суд по правам человека*: Избр. решения: в 2 т. Т. 1 / под ред. В. А. Туманова. Москва: НОРМА, 2000. С. 39–80.

² Рішення Європейського суду з прав людини від 25.02.1993 р. у справі «Добертен проти Франції». *Вибрані рішення Європейського суду з прав людини (1993–2002 рр.)*: Праці Львів. лаборат. прав людини і громадянина НДІ держ. буд-ва та місцевого самоврядування АПрН України: Серія II: Коментарі прав і зак-ва. Вип. 3. Харків: Консум, 2003. С. 154–156.

³ Овчаренко О. М. Доступність правосуддя та гарантії його реалізації: монографія. Харків: Право, 2008. 304 с.

⁴ Сакара Н. Ю. Проблема доступності правосуддя у цивільних справах: монографія. Харків: Право, 2010. 256 с.

няє потребу суспільства у вирішенні юридично значущих справ і відповідає вимогам, закріпленим у міжнародно-правових актах¹.

Хоча принцип доступності суду й виокремлено як організаційну засаду судової влади, він не повинен втрачати ознак саме принципу, тобто бути досить абстрактною ідеєю і створювати передумови для розвитку специфічних інститутів, у даному випадку організації судової влади. Вважаємо, що цим умовам відповідатимуть дві основні засади: а) відповідна організаційна структура органів судової влади; б) відсутність формальних перешкод для звернення за захистом прав до суду². У вітчизняній процесуальній літературі доступність правосуддя традиційно пов'язується із територіальною близькістю суду для сторін. З цією тезою важко не погодитися, беручи до уваги, що є дві сторони процесу, і що суд є рівновіддаленим для обох сторін. Однак відповідно до чинного законодавства України рівновіддаленість суду для сторін має місце лише в тому випадку, якщо обидві сторони знаходяться на території, яка охоплюється юрисдикцією одного суду. В інших випадках, за загальним правилом територіальної підсудності, суд є наближеним до місця знаходження відповідача, тобто тієї сторони у спорі, яка презюмується неправою (ст. 109 ЦПК України)³.

Останні соціологічні дослідження свідчать, що для громадян основним елементом доступності правосуддя є фінансовий. На вирішення проблеми фінансової доступності судової влади значною мірою спрямований Закон України «Про судовий збір»⁴.

Частина 2 ст. 3 Закону України «Про судовий збір» встановлює випадки, коли судовий збір не справляється, зокрема, за подання заяви про перегляд ВС України судового рішення у разі встановлення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, порушення Україною міжнародних зобов'язань при вирішенні справи судом; заяви про скасування судового наказу; заяви про зміну чи встановлення способу, порядку і строку виконання судового рішення; заяви про поворот виконання судового рішення; заяви про винесення додаткового судового рішення; заяви про розірвання шлюбу з особою, визнаною в установленому законом порядку безвісно відсутньою; заяви про встановлення факту каліцтва, якщо це необхідно для призначення пенсії або одержання допомоги за загальнообов'язковим державним соціальним страхуванням тощо.

¹ Овчаренко О. М. Доступність правосуддя та гарантії його реалізації: монографія. Харків: Право, 2008. С. 9–10.

² Городовенко В. В. Принципи судової влади: монографія. Харків: Право, 2012. С. 207.

³ Там само. С. 208–209.

⁴ Про судовий збір: Закон України від 08.07.2011 р. № 3674-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2012. № 14. Ст. 87.

Отже, доступність правосуддя (передусім через засаду її територіальної доступності) є однією з основних організаційних засад оформлення судової влади.

Т. В. Степаненко

§ 6. Поняття цивільних процесуальних правовідносин та передумови їх виникнення

Дослідження проблематики процесуальних правовідносин завжди є актуальним, оскільки є базою для практично всіх теоретичних розробок процесуальної науки. Велика увага до цивільних процесуальних правовідносин обумовлена тим, що вони є засобом застосування норм цивільного процесуального права, відображають динаміку процесу. Доктрина процесуального права багата на різноманітні уявлення про природу, сутність цивільних процесуальних правовідносин; з цих питань склалася низка наукових напрямків та шкіл.

До наукового обігу категорія цивільних процесуальних відносин була введена німецьким вченим-процесуалістом О. Бюловим у другій половині XIX ст. У своїй роботі «Вчення про процесуальні заперечення і процесуальні припущення» проф. Бюлов звернув увагу, що в основу вирішення багатьох процесуальних питань має бути покладено уявлення про процес не як про сукупність процесуальних дій, а як про цілісне явище, і, відповідно таким явищем він вважав юридичне правовідношення. Обґрунтовані ідеї Бюлова про процес як єдине юридичне відношення були сприйняті в процесуальній теорії, переосмислені й стали підґрунтям нових теоретичних концепцій. У російській юриспруденції кінця XIX – початку XX століть теорія процесуальних відносин отримала розвиток у працях Є. В. Васьковського, А. Х. Гольмстена, В. М. Гордона, Є. О. Нефедьєва. У радянській юридичній доктрині – у роботах Л. А. Ванєєвої, М. А. Гурвича, П. Ф. Єлісейкіна, М. Б. Зейдера, Н. О. Чечіної, В. Н. Щеглова та ін¹. Проте, незважаючи на значну кількість робіт юристів XX ст., питання про поняття, структуру цивільних процесуальних правовідносин продовжують викликати дискусії та неоднозначне тлумачення багатьох важливих питань понятійного характеру.

Доктрина цивільного процесуального права виробила два основних підходи до питання про те, скільки правовідносин виникає по конкретній цивільній справі: 1) в цивільному процесі по справі виникає одне складне комплексне багатосуб'єктне правовідношення (М. А. Гурвич, В. Н. Щеглов);

¹ Більш детально про розвиток теорії цивільних процесуальних відносин. Див.: Проблемы науки гражданского процессуального права / под ред. В. В. Комарова. Харьков: Право, 2002. С. 32–38, 73.

2) у цивільному процесі по справі виникає система численних процесуальних правовідносин між його суб'єктами за схемою «суд – позивач», «суд – відповідач», «суд – свідок» тощо, правовідносин у справі стільки, скільки є учасників процесу (Н. О. Чечіна)¹. Саме цю позицію підтримують більшість представників вітчизняної цивільної процесуальної науки².

У процесуальній доктрині також має місце концепція про те, що «єдине цивільне процесуальне правовідношення», «комплексне цивільне процесуальне правовідношення» та «система цивільних процесуальних правовідносин» є окремими послідовними і взаємодоповнюючими напрямками характеристики єдності системи цивільних процесуальних правовідносин, які у сукупності визначають *загальні етапи процесу виникнення, становлення та розвитку теорії цивільних процесуальних правовідносин* в науці цивільного процесуального права³.

Щодо розуміння *сутності цивільних процесуальних правовідносин* більшість процесуалістів вважають, що цивільні процесуальні правовідносини – це суспільні відносини, врегульовані нормами цивільного процесуального права. Ця позиція впливає з того, що саме суспільні відносини є предметом регулювання норм цивільного процесуального права, і є пануючою в сучасній процесуальній доктрині⁴. У той самий час була висловлена думка, що цивільні процесуальні відносини виникають із метою врегулювання інших, фактичних суспільних відносин (В. П. Мозолін, Д. Р. Джалилов)^{5,6}.

В юридичній літературі виокремлюються *специфічні ознаки цивільних процесуальних правовідносин*. При цьому кількісний склад ознак, що виокремлюють сьогодні, різниться, проте в більшості принципових положень судження співпадають⁷. Так, цивільні процесуальні відносини відрізняють такі

¹ Сахнова Т. В. Курс гражданского процесса: теоретические начала и основные институты. Москва: Волтерс Клувер, 2008. С. 151.

² Курс цивільного процесу: підручник / за ред. В. В. Комарова. Харків: Право, 2011. С. 397; Цивільне процесуальне право України: підручник / за заг. ред. С. С. Бичкової. Київ: Атіка, 2009. С. 60; Штефан М. Й. Цивільний процес: підручник. Вид. 2-ге, перероб. та доп. Київ: Вид. Дім «Ін Юре», 2001. С. 67.

³ Паскар А. Л. Цивільні процесуальні правовідносини: структурно-функціональний аналіз: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03/ Київ. нац. ун-т імені Т. Шевченка; Київ, 2009. С. 6.

⁴ Цивільне процесуальне право України: підручник / за заг. ред. С. С. Бичкової. Київ: Атіка, 2009. С. 60–61.

⁵ Мозолін В. П. О гражданско-процессуальном правоотношении. *Сов. государство и право*. 1955. № 6. С. 52; Джалилов Д. Р. Гражданско-процессуальное правоотношение и его субъекты. Душанбе, 1962. С. 16.

⁶ Критичний аналіз даної концепції наводився не раз (Див.: Проблемы науки гражданского процессуального права / под ред. В.В. Комарова. Харьков: Право, 2002. С. 95–97).

⁷ Штефан М. Й. Цивільний процес: підручник для студ. юрид. спец. вищих закладів освіти.

основні особливості: обов'язковим їх суб'єктом є суд як орган державної влади, що здійснює правосуддя; виявляються у спеціальній, встановленій законом цивільній процесуальній формі; мають лише правовий характер; виникають на підставі норм цивільного процесуального права в результаті їх реалізації; мають відносний, а не абсолютний характер; процесуальні правовідносини взаємопов'язані і взаємообумовлені; система цивільних процесуальних правовідносин характеризує рух цивільного процесу.

Варто звернути увагу, що досить часто в юридичній літературі, особливо радянського періоду, цивільні процесуальні правовідносини характеризуються як такі, що мають владний характер, як «владовідносини». Це пояснювалося тим, що суд, посідаючи головне становище, є провідним, основним суб'єктом правовідносин, усі інші мають становище підлегле суду (М. Б. Зейдер, В. В. Ярков)¹. Проте в процесуальній літературі останнього часу обґрунтовується сумнівність такого твердження, з огляду на сучасні погляди щодо права особи на справедливий судовий розгляд, і, відповідно, обов'язок суду чинити правосуддя². Як доводить А. Л. Паскар, така ознака, як владний характер цивільних процесуальних правовідносин, яка домінувала протягом тривалого часу, втратила своє значення і не відповідає цивільному процесуальному законодавству. Виходячи з аналізу норм ЦПК України, змісту принципів цивільного процесу, методу правового регулювання цивільного процесуального права, зроблено висновок, що сучасному стану розвитку науки цивільного процесуального права і положенням цивільного процесуального законодавства України більш адекватно відповідає така ознака цивільних процесуальних правовідносин, як диспозитивно-імперативний характер³.

З огляду на вищевикладене, *цивільні процесуальні правовідносини* можна стисло визначити як суспільні відносини, врегульовані нормами цивільного процесуального права, що складаються між судом та учасниками процесуальної діяльності в процесі здійснення правосуддя у цивільних справах.

Виникнення цивільних процесуальних правовідносин залежить від певних умов, які в юридичній науці називають *передумовами виникнення правовідносин*. Традиційно в літературі передумовами виникнення цивільних

вид. 2-ге, перероб. та доп. Київ: Вид. Дім «Ін Юре», 2001. С. 68–69; Цивільне процесуальне право України: підручник / за заг. ред. С. С. Бичкової. Київ: Атіка, 2009. С. 60–61.

¹ Гражданский процесс: учебник / отв. ред. В. В. Ярков. 5-е изд., перераб. и доп. Москва: Волтерс Клувер, 2004. С. 53; Зейдер Н. Б. Гражданские процессуальные правоотношения. Саратов: Изд-во Саратов. ун-та, 1965. С. 28.

² Комаров В. В., Сакара Н. Ю. Право на справедливий судовий розгляд у цивільному судочинстві: навч. посіб. Харків: Нац. юрид. акад. України, 2007. С. 16.

³ Паскар А. Л. Цивільні процесуальні правовідносини: структурно-функціональний аналіз: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Київ. нац. ун-т імені Т. Шевченка; Київ, 2009. С.9.

процесуальних правовідносин, як і будь-яких інших, називають норму цивільного процесуального права, правоздатність суб'єктів правовідносин та юридичні факти¹.

Норми цивільного процесуального права – це загальні правила поведінки, встановлені для суду та учасників цивільного процесу. Для виникнення будь-яких цивільних процесуальних правовідносин необхідною є наявність процесуальної норми права, яка передбачає ці правовідносини.

Юридичні факти – передбачені в гіпотезах процесуальних норм певні життєві обставини, з якими пов'язуються виникнення, зміна чи припинення правовідносин. Процесуальними юридичними фактами є дії суду та учасників процесу. В окремих випадках до процесуальних юридичних фактів відносять бездіяльність учасників цивільного процесу. Іноді до виникнення, зміни чи припинення цивільних процесуальних правовідносин призводять і події. Їх настання не спричинює процесуальних наслідків, однак є приводом для вчинення процесуальних дій учасниками цивільного процесу². Втім, щодо віднесення подій до юридичних фактів, що спричиняє виникнення процесуальних правовідносин, є і критична позиція³.

Процесуальна правоздатність суб'єктів цивільних процесуальних правовідносин традиційно розглядається як передумова виникнення цивільних процесуальних правовідносин. Проте варто зазначити, що досить значне коло представників сучасної юридичної доктрини до передумов виникнення цивільних процесуальних правовідносин, крім норм права та юридичних фактів, відносить процесуальну правосуб'єктність, а не процесуальну правоздатність (Р. О. Халфіна, В. В. Комаров, В. В. Ярков)⁴. Як доводить В. В. Комаров, трактування процесуальної дієздатності як здатності володіти правами та обов'язками, допустимими цивільним процесуальним правом, не відповідає законодавству, має цивілістичний характер та не враховує особливостей цивільно-процесуального регулювання. Зміст норм ЦПК України дозволяє зробити висновок, що правоздатності, єдиної за змістом для всіх суб'єктів цивільного процесуального права, немає. Нею володіють тільки сторони, треті особи, заявник та заінтересовані особи. Передумовою виникнення цивільних

¹ Проблеми теорії та практики цивільного судочинства: монографія / за заг. ред. В. В. Комарова. Харків: Харків юридичний, 2008. С. 44–50.

² Цивільне процесуальне право України: підручник / за заг. ред. С. С. Бичкової. Київ: Атіка, 2009. С. 64.

³ Сахнова Т. В. Курс гражданского процесса: теоретические начала и основные институты. Москва: Волтерс Клувер, 2008. С. 166–167.

⁴ Гражданский процесс: учебник / отв. ред. В. В. Ярков. 5-е изд., перераб. и доп. Москва: Волтерс Клувер, 2004. С. 55; Курс гражданского процесса: підручник / за ред. В. В. Комарова. Харків: Право, 2011. С. 400; Халфіна Р. О. Общее учение о правоотношении. Москва: Юрид. лит., 1974. С. 117.

процесуальних правовідносин виступає процесуальна правосуб'єктність – специфічна властивість суб'єктів цивільного процесуального права, яка дозволяє їм бути носієм прав та обов'язків, вступати в цивільні процесуальні правовідносини¹.

У деяких випадках у юридичній літературі визнають існування як передумов, так і підстав виникнення цивільних процесуальних правовідносин. При цьому до передумов виникнення процесуальних відносин відносять норми права та процесуальну правоздатність чи правосуб'єктність або ж процесуальні правоздатність та процесуальну дієздатність, а до підстав – юридичні факти².

Цивільні процесуальні правовідносини, як і будь-які правовідносини, мають свою внутрішню *структуру* та складаються з трьох елементів: суб'єктів³, об'єкта та змісту.

Питання *об'єкта і змісту цивільних процесуальних правовідносин* не отримали однакового вирішення в процесуальній доктрині.

Щодо *об'єкта цивільних правовідносин* в юридичній літературі існують такі наукові погляди: об'єктом цивільних процесуальних правовідносин є дії суб'єктів правовідносин або лише процесуальна діяльність суду; об'єкт – матеріально-правові відносини, які захищаються судом; необхідно розрізняти загальний та спеціальний об'єкти цивільних процесуальних правовідносин⁴.

Найбільш сприйнятливою видається позиція щодо необхідності виділення загального об'єкта для всіх цивільних процесуальних правовідносин (захист матеріальних прав і законних інтересів сторін і третіх осіб) і спеціальних об'єктів для окремих конкретних цивільних процесуальних правовідносин (передбачені законом наслідки процесуальних дій)⁵.

Третім елементом цивільних процесуальних правовідносин є їх *зміст*, який у процесуальній доктрині розуміли як суб'єктивні процесуальні права та

¹ Курс цивільного процесу: підручник / за ред. В. В. Комарова. Харків: Право, 2011. С. 399–401.

² Сахнова Т. В. Курс гражданского процесса: теоретические начала и основные институты. Москва: Волтерс Клувер, 2008. С. 159–167; Цивільне процесуальне право України: підручник / за заг. ред. С. С. Бичкової. Київ: Атіка, 2009. С. 62.

³ Основні положення вчення про суб'єктів цивільних процесуальних правовідносин будуть нами розглянуті в наступному параграфі.

⁴ Проблемы науки гражданского процессуального права / под ред. В. В. Комарова. Харьков: Право, 2002. С. 110–111.

⁵ Зейдер Н. Б. Гражданские процессуальные правоотношения. Саратов: Изд-во Саратов. ун-та, 1965. С. 53; Проблемы науки гражданского процессуального права / под ред. В. В. Комарова. Харьков: Право, 2002. С. 112–113; Сахнова Т. В. Курс гражданского процесса: теоретические начала и основные институты. Москва: Волтерс Клувер, 2008. С. 171–172.

обов'язки суб'єктів цих правовідносин; процесуальні дії суду та інших учасників процесу; сукупність як процесуальних прав та обов'язків, так і процесуальних дій суб'єктів процесу¹.

Варто погодитися з В. В. Комаровим, що остання точка зору є найбільш обґрунтованою. У правовідносинах треба виділяти юридичний (суб'єктивні права та обов'язки) та матеріальний зміст (реальна поведінка, яку правомочний може, а правозобов'язаний має здійснити)².

Т. В. Степаненко

§ 7. Суб'єкти цивільних процесуальних правовідносин

Учасники судового провадження по справі є суб'єктами цивільних процесуальних відносин, що виникають у зв'язку з її розглядом.

У процесуальній науці дискусійним є питання розмежування понять «суб'єкт цивільного процесуального права», «суб'єкт (учасник) цивільних процесуальних правовідносин» та «учасник процесу». Сформувалися такі основні точки зору щодо даного питання:

1) поняття суб'єктів цивільного процесуального права розглядається як широке, що поглинає два інших поняття (П. Ф. Єлісейкін, В. Н. Щеглов). Суб'єкти цивільного процесуального права – це особи, які можуть виступати як носії цивільних процесуальних прав і обов'язків. За наявності передбачених законодавством передумов вони стають суб'єктами цивільних процесуальних правовідносин по конкретній справі³;

2) суб'єктом цивільного процесуального права в будь-якому випадку буде як суб'єкт цивільного процесу, так і суб'єкт цивільних процесуальних правовідносин (Л. А. Ванєєва). При цьому не будь-який суб'єкт цивільного процесуального права, що є потенційним учасником цивільного процесу (і цивільних процесуальних правовідносин), в дійсності стане учасником провадження у цивільній справі, суб'єктом цивільних процесуальних правовідносин⁴;

3) поняття суб'єктів процесуальних правовідносин і учасників процесу часто визнаються тотожними: стати суб'єктом цивільного процесуального

¹ Паскар А. Л. Цивільні процесуальні правовідносини: структурно-функціональний аналіз: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Київ. нац. ун-т імені Т. Шевченка; Київ, 2009. С. 12.

² Курс цивільного процесу: підручник / за ред. В. В. Комарова. Харків: Право, 2011. С. 404.

³ Єлісейкін П. Ф. Гражданские процессуальные правоотношения. Ярославль, 1975. С. 45; Паскар А. Л. Цивільні процесуальні правовідносини: структурно-функціональний аналіз: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Київ. нац. ун-т імені Т. Шевченка; Київ, 2009. С. 5; Щеглов В. Н. Гражданское процессуальное правоотношение. Москва: Юрид. лит., 1966. С. 128–130.

⁴ Ванєєва Л. А. Гражданские процессуальные правоотношения. Владивосток, 1974. С. 26.

права, тобто мати суб'єктивні цивільні процесуальні права і обов'язки, можна тільки будучи учасником процесу по конкретній цивільній справі¹. Цивільні процесуальні права і обов'язки суб'єктів цивільного процесу можуть бути реалізовані тільки шляхом набуття учасника процесу в процесуальні правовідносини з судом.

В науці процесуального права проведено класифікацію суб'єктів цивільних процесуальних правовідносин за різними критеріями. Так, за критерієм наявності або відсутності у них владних повноважень суб'єктів цивільних процесуальних правовідносин поділяють на юрисдикційні органи (суди) та їх посадові особи, які володіють владними правомочностями; всі інші учасники цивільного процесу (процесуального правовідносини), які владними правомочностями не володіють. У свою чергу, друга група суб'єктів неоднорідна, вона поділяється на осіб, які беруть участь у справі, та осіб, які сприяють правосуддю, залежно від наявності або відсутності юридичної заінтересованості в результаті справи².

Традиційною в доктрині процесуального права є класифікація суб'єктів процесуальних правовідносин за їх процесуальною роллю, заінтересованістю і можливостями впливу на рух процесу на три групи: 1) суд; 2) особи, які беруть участь у справі; 3) особи, що сприяють здійсненню правосуддя (інші учасники цивільного процесу)³. Деякі дослідники виділяють також четверту групу учасників цивільних процесуальних правовідносин. У термінології більшості авторів вони іменуються «іншими особами». До зазначених осіб належать особи, які зобов'язані надати витребувані судом докази; особи, присутні в судовому засіданні; особи, яким направлена окрема ухвала для вжиття заходів щодо усунення причин та умов порушення закону, виявлених під час розгляду справи; особи, у яких знаходиться майно чи грошові кошти відповідача, якщо на них накладено арешт, особи, яким заборонено здійснювати платежі або передавати майно відповідачеві чи виконувати щодо нього інші зобов'язання⁴.

Крім того, має місце поділ суб'єктів цивільних процесуальних правовідносин і на більшу кількість груп. Так, А. Л. Паскар пропонує класифікацію суб'єктів цивільних процесуальних правовідносин на такі групи: 1) суб'єкти,

¹ Цивільний процес України: акад. курс: підручник для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл. / за ред. С. Я. Фурси. Київ: Видавець Фурса С. Я.: КНТ, 2009. С. 155.

² Щеглов В. Н. Субъекты судебного гражданского процесса. Томск: Изд-во Томского ун-та, 1979. С. 42.

³ Курс цивільного процесу: підручник / за ред. В. В. Комарова. Харків: Право, 2011. С. 404–405; Цивільне процесуальне право України: підручник / за заг. ред. С. С. Бичкової. Київ: Атіка, 2009. С. 64–65; Цивільний процес: навч. посібник / за заг. ред. Кройтора В. А. Харків: Вид-во Харк. нац. ун-ту внутр. справ, 2009. С. 63–64.

⁴ Гражданский процесс: учебник / отв. ред. В. В. Ярков. 5-е изд., перераб. и доп. Москва: Волтерс Клувер, 2004. С. 65–66.

які здійснюють правосуддя в цивільних справах; 2) суб'єкти, які беруть участь у справі; 3) суб'єкти, які сприяють здійсненню правосуддя; 4) суб'єкти, які не брали участь у справі, але суд вирішив питання про їх права і обов'язки; 5) суб'єкти, які утримують докази і отримали ухвалу суду про витребування цих доказів; 6) особи, присутні в залі судового засідання, які у визначених законодавством випадках притягуються судом до юридичної відповідальності¹.

Т. В. Степаненко

§ 8. Суд як суб'єкт цивільних процесуальних правовідносин.

Особи, які беруть участь у справі. Правове положення сторін у цивільному судочинстві. Правове положення третіх осіб у цивільному судочинстві. Проблеми участі прокурора в цивільному судочинстві.

Представництво у цивільному судочинстві

Першу групу суб'єктів цивільних процесуальних правовідносин в усіх класифікаціях утворюють суди всіх ланок судової системи України. Суд є обов'язковим суб'єктом процесуальних правовідносин. Правове становище суду визначається його правосуб'єктністю. Зміст правосуб'єктності суду складається з юрисдикції та комплексу повноважень, чим відрізняється від змісту правосуб'єктності всіх інших суб'єктів цивільних процесуальних правовідносин. У цьому полягає особливість прояву правосуб'єктності судових органів. А. К. Сергун зазначає, що категорії право- та дієздатності до органів судової влади не застосовуються, оскільки правоздатність і дієздатність – це тільки здатність (можливість) мати права та обов'язки і здійснювати їх, тоді як судові органи наділені не можливістю їх мати, а самими правами й обов'язками і щодо них правильніше говорити про компетенцію як про комплекс повноважень, наданих законом².

Як вказує К. В. Гусаров, *юрисдикція* – це право (і обов'язок) органу судової влади щодо здійснення правосуддя у певній сфері суспільних відносин, оскільки судова юрисдикція пов'язана з реалізацією судової влади. Повноваження суду являють собою нерозривну єдність визначених прав і обов'язків. По своїй суті повноваження можуть бути предметними (юрисдикція та підсудність) та функціональними (різного роду дії зазначеного судового

¹ Паскар А. Л. Цивільні процесуальні правовідносини: структурно-функціональний аналіз: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03/ Київ. нац. ун-т імені Т. Шевченка; Київ, 2009. С. 5.

² Сергун А. К. Процессуальная правоспособность и правосубъектность (в литературе и в ГПК). *Вопросы науки советского процессуального гражданского права*: Труды ВЮЗИ. Т. 38. 1975. С. 72–75.

органу в процесі відправлення правосуддя, пов'язані з вирішальними діями суду щодо керівництва процесом)¹.

Склад осіб, які беруть участь у справі, визначено ст. 26 ЦПК України.

До характерних ознак осіб, які беруть участь у справі, в доктрині цивільного процесуального права відносять наявність юридичної заінтересованості у результатах вирішення судом справи і в реалізації постановленого по ній рішення, наділення процесуальними правами та обов'язками, які дають змогу впливати на хід та розвиток процесу і захищати в суді власні суб'єктивні права чи охоронювані законом інтереси, права та інтереси інших осіб, державні або суспільні інтереси².

Проблемам осіб, які беруть участь у справі, вченими-процесуалістами присвячено немало теоретичних досліджень процесуалістів середини ХХ ст. (М. А. Вікут, О. О. Мельников, В. М. Щеглов, Д. Р. Шакарян, М. Й. Штефан та ін.)³. Проте, незважаючи на достатню розробленість теорії суб'єктів процесу, проблеми «позиціонування» особи в цивільному процесі, визначення належного процесуального положення осіб, які беруть участь у справі, їх процесуального статусу залишається актуальною як для теорії, так і практики⁴. Сторони – головні та необхідні учасники справ позовного провадження, без яких неможливий сам процес. Статтею 30 ЦПК України визначено, що сторонами в цивільному процесі є позивач та відповідач, якими можуть бути фізичні та юридичні особи, а також держава. Між тим законодавцем не розкривається сутність цих понять.

¹ Гусаров К. В. Гражданская процессуальная правосубъектность суда апелляционной инстанции и его предметные полномочия. *Право і безпека*. 2004. № 3. С. 81–82.

² Курс цивільного процесу: підручник / за ред. В. В. Комарова. Харків: Право, 2011. С. 405; Цивільний процес: навч. посібник / за заг. ред. Кройтора В. А. Харків: Вид-во Харк. нац. ун-ту внутр. справ, 2009. С. 73–75.

³ Вікут М. А. Стороны – основные лица искового производства. Саратов: Изд-во Саратовского ун-та, 1968. 76 с.; Мельников А. А. Правовое положение личности в советском гражданском процессе / отв. ред. В. С. Тадевосян. Москва: Наука, 1969. 247 с.; Шакарян М. С. Субъекты советского гражданского процессуального права. Москва: ВЮЗИ, 1970. 212 с.; Штефан М. Й., Заворотько П. П. Особи, які беруть участь у справі. Київ, 1967. 75 с.; Щеглов В. Н. Субъекты судебного гражданского процесса. Томск: Изд-во Томского ун-та, 1979. 128 с.

⁴ Див.: Бичкова С. С. Цивільний процесуальний правовий статус осіб, які беруть участь у справах позовного провадження: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03 / НАН України, Інститут держави і права ім. В. М. Корецького. Київ, 2011. 36 с.; Гетманцев О. В. Громадяни як сторони у цивільному процесі України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: / Київський ун-т ім. Тараса Шевченка. Київ, 1997. 23 с.; Комаров В. В., Радченко П. І. Цивільні процесуальні правовідносини та їх суб'єкти: навч. посібник. Київ: УМКВО, 1991. 104 с.

Доктриною цивільного процесуального права вироблені критерії або ознаки, що дозволяють усвідомити та сформулювати поняття сторін цивільного процесу. Так, *сторонами* є учасники правового спору, що переданий на розгляд суду; вони мають у справі особистий юридичний інтерес (матеріально-правовий та процесуальний); ведуть процес у справі від свого імені і на захист суб'єктивних прав чи законних інтересів; з приводу їх справи постановляється судом рішення; на них поширюються всі правові наслідки законної сили судового рішення; вони несуть судові витрати; їх правосуб'єктність допускає процесуальне правонаступництво¹.

До осіб, які беруть участь у справі, процесуальний закон та доктрина процесуального права відносить третіх осіб. Є. В. Васьковський відносив участь третіх осіб до «ускладнень процесу»².

Залежно від характеру юридичної заінтересованості розрізняють *два види третіх осіб*: треті особи, які заявляють самостійні вимоги щодо предмета спору; треті особи, які не заявляють самостійних вимог щодо предмета спору.

У теорії цивільного процесуального права виокремлюють *характерні ознаки третіх осіб, які заявляють самостійні вимоги щодо предмета спору*:³

– підставою вступу в процес є наявність самостійної вимоги щодо предмета спору;

– вступають до справи за власною ініціативою шляхом пред'явлення позову. В процесуальній доктрині дискусійним є питання щодо того, кому має бути «адресований» такий позов: обом сторонам одночасно або ж до позивача (М. А. Вікут, Д. М. Чечот), відповідачеві (І. М. Ільїнська), або ж проти обох сторін (Т. Є. Абова, О. П. Клейнман)⁴;

– можуть вступити у процес до моменту ухвалення судом рішення у справі;

– можуть претендувати на весь предмет спору або на його частину;

– інтереси третьої особи, яка заявляє самостійні вимоги щодо предмета спору, суперечать інтересам обох сторін, але можуть суперечити інтересам однієї зі сторін, не співпадаючи при цьому з інтересами протилежної сторони.

Відповідно до ч. 1 ст. 35 ЦПК України треті особи, які не заявляють самостійних вимог щодо предмета спору, можуть вступити у справу на стороні

¹ Штефан М. Й. Цивільний процес: підруч. для студ. юрид. спец. вищ. закл. освіти. вид. 2-ге, перероб. та доп. Київ: Ін Юре, 2001. С. 84–85.

² Сахнова Т. В. Курс гражданского процесса: теоретические начала и основные институты. Москва: Волтерс Клувер, 2008. С. 213.

³ Гражданский процесс: учебник / отв. ред. В. В. Ярков. 5-е изд., перераб. и доп. Москва: Волтерс Клувер, 2004. С. 81–82.

⁴ Сахнова Т. В. Курс гражданского процесса: теоретические начала и основные институты. Москва: Волтерс Клувер, 2008. С. 216.

позивача або відповідача до ухвалення судом рішення, якщо рішення в справі може вплинути на їх права або обов'язки щодо однієї зі сторін.

В юридичній літературі кінця XIX – початку XX століть третіх осіб, які не заявляють самостійних вимог щодо предмета спору, називали «*пособниками сторони – рос.*», що досить вдало й чітко визначає характер їх участі у справі.

До характерних ознак третіх осіб, які не заявляють самостійних вимог щодо предмета спору, в доктрині цивільного процесу відносять такі:¹

- не є суб'єктами спірних матеріальних правовідносин;
- між третьою особою, яка не заявляє самостійних вимог щодо предмета спору, й протилежною стороною (тобто іншою стороною, не на боці якої бере участь у процесі третя особа) відсутні матеріально-правові відносини;
- підставою участі у справі третіх осіб, які не заявляють самостійних вимог щодо предмета спору, – юридична заінтересованість у результатах розгляду справи;
- треті особи, які не заявляють самостійних вимог щодо предмета спору, виступають у процесі не самостійно, а на стороні позивача чи відповідача;
- треті особи, які не заявляють самостійних вимог щодо предмета спору, вступають у процес шляхом подання заяви або залучаються до справи за клопотанням сторін, інших осіб, які беруть участь у справі, або з ініціативи суду.

Слід зазначити, що закріплення в нормах ЦПК України (ч.ч. 1, 2 ст. 35) можливості прояву ініціативи судом щодо залучення до справи третіх осіб, які не заявляють самостійних вимог щодо предмету спору викликає певні справедливі зауваження. Так, на думку Є. І. Фурси, ініціативи суду у цьому питанні не має бути, оскільки порушуватиметься принцип змагальності цивільного процесу. Про необхідність притягнення третьої особи повинні заявляти самі сторони, на чиему боці мають виступати треті особи, оскільки на момент розгляду справи їх інтереси збігаються². С. С. Бичкова зауважує, що у разі, якщо особа не бажає вступити в процес як третя особа, яка не заявляє самостійних вимог щодо предмета позову, то справа повинна розглядатися без неї, а це означає, що така особа не стає учасником цивільного процесу і не набуває ніяких процесуальних прав та обов'язків. Примусово третю особу залучати не можна, адже це суперечить принципу диспозитивності³.

¹ Цивільне процесуальне право України: підручник / за заг. ред. С. С. Бичкової. Київ: Атіка, 2009. С. 96.

² Цивільний процес України: акад. курс / за ред. С. Я. Фурси. Київ: Видавець Фурса С. Я.: КНТ, 2009. С. 491.

³ Цивільний процесуальний кодекс України: наук.-практ. коментар / за заг. ред. С. С. Бичкової. Київ: Атіка, 2008. С. 82–83.

Стаття 26 ЦПК України до осіб, які беруть участь у справі, включає *представників*. Необхідно зазначити, що питання віднесення представників до складу осіб, не однозначно вирішувалося в процесуальній літературі. Проте в сучасній доктрині усталеною є позиція включення представників до складу осіб, які беруть участь у справі¹.

Дискусійними в процесуальній доктрині є питання про правову природу представництва в цивільному процесі. Переважає думка, що представництво в цивільному процесі – це самостійний інститут цивільного процесуального права, хоча деякі автори розглядають його як окремих вид цивільного представництва².

В юридичній літературі *класифікація судового представництва* здійснюється за різними критеріями. Так, залежно від підстав його виникнення представництво поділяється на договірне і законне. За ознаками осіб, інтереси яких представляють, виділяють представництво: сторін; третіх осіб; заявників; заінтересованих осіб; органів та осіб, яким законом надано право захищати права, свободи та інтереси інших осіб. За ознаками осіб, які здійснюють процесуальне представництво, є представництво, що здійснюється адвокатами; батьками, усиновлювачами, опікунами, піклувальниками; співучасниками; іншими фізичними особами³.

Згідно зі ст. 45 ЦПК України у випадках, установлених законом, Уповноважений ВР України з прав людини, прокурор, органи державної влади, органи місцевого самоврядування, фізичні та юридичні особи можуть звертатися до суду із заявами про захист прав, свобод та інтересів інших осіб або державних чи суспільних інтересів та брати участь у цих справах.

Участь у справі суб'єктів захисту прав та інтересів інших осіб відповідно до ст. 45 ЦПК України різниться за формами, процесуальними функціями, а також складом, проте їх спільною рисою є мета участі захист «чужого» інтересу від свого імені.

У доктрині цивільного процесу розрізняють такі *процесуальні форми участі органів та осіб, які захищають права та інтереси інших осіб*:

1) звернення до суду із заявами про захист прав та інтересів інших осіб,

¹ Бичкова С. С. Цивільний процесуальний правовий статус осіб, які беруть участь у справах позовного провадження: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03 / НАН України, Інститут держави і права ім. В. М. Корецького. Київ, 2011. С. 7–8; Гражданский процесс: учебник / отв. ред. В. В. Ярков. 5-е изд., перераб. и доп. Москва: Волтерс Клувер, 2004. С. 110; Штефан М. Й. Цивільний процес: підручник для студ. юрид. спец. вищих закладів освіти. вид. 2-ге, перероб. та доп. Київ: Вид. Дім «Ін Юре», 2001. С. 148.

² Штефан М. Й. Цивільний процес: підручник для студ. юрид. спец. вищих закладів освіти. вид. 2-ге, перероб. та доп. Київ: Вид. Дім «Ін Юре», 2001. С. 146.

³ Цивільне процесуальне право України: підручник / за заг. ред. С. С. Бичкової. Київ: Атіка, 2009. С. 114–115.

суспільних чи державних інтересів і участь у цивільних справах; 2) участь у справі з метою захист інтересів громадянина або держави на будь-якій стадії цивільного процесу; 3) участь у справі для подання висновків на виконання своїх повноважень¹.

У науці цивільного процесуального права питання визначення процесуального положення суб'єктів захисту «чужих» інтересів, їх термінологічного визначення є одним з дискусійних. Цьому питанню було присвячено немало досліджень і висловлено досить багато думок. Так, Д. М. Чечот, М. С. Шакарян, М. А. Вікут залишають для прокурора його власне найменування та зазначають, що прокурор є окремою процесуальною фігурою, представником держави і займає в процесі окреме процесуальне положення². У той самий час усіх інших суб'єктів захисту «чужих» прав та інтересів М. С. Шакарян пропонує називати процесуальними позивачами³. Подібної точки зору дотримуються В. М. Щеглов, М. І. Еріашвілі, А. О. Добровольський, Г. Л. Осокіна⁴. Н. М. Кострова зазначає, що таких суб'єктів можна іменувати позивачами із зазначенням в дужках правової підстави їх участі у справі⁵. Також у літературі пропонується називати таких осіб «заявниками позовів», «держорганами-заявниками», «організаціями-заявниками»⁶, «функціонерами»⁷.

М. П. Руденко стверджує, що *представництво прокуратурою* інтересів громадянина або держави в суді є одним із видів представництва в суді,

¹ Бичкова С. С. Цивільний процесуальний правовий статус осіб, які беруть участь у справах позовного провадження: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03 / НАН України, Інститут держави і права ім. В. М. Корецького. Київ, 2011. С. 7.

² Вікут М. А. Стороны – основные лица искового производства. Саратов: Изд-во Саратовского ун-та, 1968. С. 46; Чечот Д. М. Участники гражданского процесса. Москва: Госюриздат, 1960. С. 178; Шакарян М. С. Субъекты советского гражданского процессуального права. Москва: ВЮЗИ, 1970. С. 175.

³ Шакарян М. С. Субъекты советского гражданского процессуального права. Москва: ВЮЗИ, 1970. С. 198–200.

⁴ Щеглов В. Н. Субъекты судебного гражданского процесса. Томск: Изд-во Томского ун-та, 1979. С. 103–104, 121; Эриашвили М. И. Участие прокурора в гражданском процессе / под ред. Н. М. Коршунова. Москва: ЮНИТИ–ДАНА, Закон и право, 2002. С. 9; Добровольский А. А. Участие органов государственного управления в советском гражданском процессе. *Сов. государство и право*. 1957. № 4. С. 68; Осокина Г. Л. Курс гражданского судопроизводства России. Общая часть: учеб. пособие. Томск: Изд-во Том. ун-та, 2002. С. 217–219.

⁵ Кострова Н. М. Проблемы гражданского судопроизводства: учеб. пособие. Махачкала: ИПЦ ДГУ, 2002. С. 46–47.

⁶ Вікут М. А. Стороны – основные лица искового производства. Саратов: Изд-во Саратовского ун-та, 1968. С. 46.

⁷ Штефан М. Й. Цивільний процес: підручник для студ. юрид. спец. вищих закладів освіти. вид. 2-ге, перероб. та доп. Київ: Вид. Дім «Ін Юре», 2001. С. 142–143.

представництвом особливого роду, що було запроваджене законодавцем з метою посилення процесуальних гарантій судової форми захисту прав, свобод, охоронюваних законом інтересів громадян і державних інтересів¹. В іншій своїй роботі автор вказує, що прокурор, пред'являючи позов до суду на захист чужих інтересів, виступає позивачем в процесуальному значенні². С. С. Бичкова переконує, що участь прокурора у цивільному процесі не є виконанням функцій представництва³.

На сьогодні питання щодо процесуального положення суб'єктів захисту прав та інтересів інших осіб залишається дискусійним. Проте, на нашу думку, цей спір є скоріше термінологічним. Так, у доктрині цивільного процесуального права практично не оспорується, що особи, які звертаються до суду із заявами про захист прав та інтересів інших осіб, не підміняють у справі позивача, вони беруть участь паралельно з ним та незалежно від нього⁴. Разом із тим права прокурора, органів державної влади та місцевого самоврядування, інших осіб у цивільному процесі не можна розглядати як необмежені або такі, що підміняють розпорядчі права позивача чи відповідача. Зазначені суб'єкти захисту «чужих» інтересів не можуть взяти на себе роль позивача чи третьої особи з самостійними позовними вимогами, оскільки в процесі вони захищають «чужі» права та інтереси. Також їх не можна вважати процесуальними представниками, оскільки вони діють у справі від свого імені. Їх процесуальний статус, на нашу думку, чітко визначений цивільним процесуальним законодавством (ст. 45 ЦПК України): вони є особами, які звертаються до суду від свого імені на захист прав та інтересів інших осіб, державних чи суспільних інтересів, і це не потребує ніяких додаткових термінів.

Запитання та завдання для самоконтролю

1. Визначте форми захисту прав та законних інтересів осіб.
2. Розкрийте проблемні питання визначення цивільної юрисдикції.
3. Охарактеризуйте судову систему України.
4. У чому полягає сутність правосуддя в цивільних справах?

¹ Руденко Н. В. Представительство интересов гражданина или государства в суде как функция органов прокуратуры в Украине. *Государство и право*. 2002. № 1. С. 71.

² Руденко М. Прокурор у цивільному процесі України. *Юридичний журнал*. 2005. № 10. URL: <http://www.justinian.com.ua/article.php?id=1970>.

³ Бичкова С. С. Цивільний процесуальний правовий статус осіб, які беруть участь у справах позовного провадження: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03 / НАН України, Інститут держави і права ім. В. М. Корецького. Київ, 2011. С. 8.

⁴ Луспенік Д. Роль суду в цивільному диспозитивному процесі. *Юридичний журнал*. 2004. № 6. URL: <http://www.justinian.com.ua/article.php?id=1253>; Шакарян М. С. Субъекты советского гражданского процессуального права. Москва: ВЮЗИ, 1970. С. 199–201.

5. Розкрийте поняття «правова допомога», «безоплатна правова допомога».
6. Охарактеризуйте доступність правосуддя як організаційну засаду судової влади.
7. Дайте характеристику цивільних процесуальних правовідносин як правової форми цивільного судочинства.
8. Чи можлива у цивільному судочинстві «фактична процесуальна діяльність», яка не передбачена процесуальним законом?
9. Назвіть передумови виникнення цивільних процесуальних правовідносин, охарактеризуйте їх.
10. Назвіть відомі вам класифікації суб'єктів цивільних процесуальних правовідносин.
11. Як співвідносяться поняття «суб'єкт цивільних процесуальних правовідносин» і «суб'єкт цивільного процесуального права»?
12. Розкрийте правосуб'єктність суду.
13. Охарактеризуйте осіб, які беруть участь у справі.
14. У чому особливість участі прокурора у цивільному судочинстві?

ТЕМА 13. ПРОБЛЕМА ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ, СИСТЕМИ ТА ЗМІСТУ ОКРЕМИХ ПРИНЦИПІВ ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ПРАВА. ПОНЯТТЯ ТА ЗНАЧЕННЯ ЦИВІЛЬНОЇ ПРОЦЕСУАЛЬНОЇ ФОРМИ

В. А. Кройтор

§ 1. Проблема визначення поняття принципів цивільного процесуального права

Принципи є найбільш узагальненою категорією науки цивільного процесуального права поряд з такими, як предмет і метод цивільного процесуального права, цивільні процесуальні правовідносини тощо. І тому принципи цивільного процесуального права відображають суттєві характеристики цивільного процесуального права як самостійної галузі права та цивільного судочинства як певної сфери правового регулювання¹.

Складно дати яке-небудь однозначне і вичерпне визначення поняття принципів цивільного процесуального права, оскільки в юридичній літературі дотепер не досягнуто єдності думок з таких питань, як визначення поняття принципів права взагалі, так і принципів цивільного процесуального права. У визначення поняття принципу цивільного процесуального права повинні включатися лише такі ознаки сутнісного змісту, що притаманні їм і відрізняють їх від норм права і права як єдиного цілого, щоб визначення не страждало від зайвої деталізації і, відповідно, невизначеності.

Аналіз висловлених в науці цивільного процесуального прав положень щодо визначення поняття принципів дозволяє також зробити висновок про наявність різного тлумачення поняття *принципів цивільного процесуального права*. Вони досить часто кваліфікувалися як ідейно-політичні засади цивільного процесуального права. В. М. Семенов зазначав, що принципи радянського процесуального права є втіленими в нормах ідейно-керівними началами, які становлять якісні особливості даної галузі права, виражають соціалістичний характер та специфічні властивості цивільного процесуального права і цивільного судочинства, визначають перспективи розвитку галузі та забезпечують виконання завдань цивільного судочинства у період побудови комунізму².

¹ Демичев А. А. К вопросу о принципах гражданского процессуального права. *Вестн. Саратов. гос. акад. права*. 2005. № 1. С. 93.

² Гражданское судопроизводство: учеб. пособие / под ред. В. М. Семенова. Свердловск, 1974. С. 26–27.

Під принципами цивільного процесуального права розуміють ідеї, уявлення про суд і правосуддя, закріплені у процесуальному законодавстві, у результаті чого стали його основними положеннями, якісними особливостями, котрі визначають характер цивільного процесуального права, порядок його застосування і напрями подальшого розвитку¹. Схоже поняття принципів цивільного процесуального права наведено й іншими авторами. Висловлена думка, що принципи цивільного процесуального права (цивільного процесу) називають фундаментальні його положення, основоположні ідеї, закріплені у нормах більш загального характеру. Вони пронизують усі цивільні-процесуальні інститути і визначають таку побудову цивільного процесу, який забезпечує ухвалення законних і обґрунтованих рішень та їх виконання. Принципи є основами системи норм цивільного процесуального права, центральними поняттями, стрижневими засадами всієї системи процесуальних законів². На такий самий аспект при визначенні поняття принципів акцентувала увагу Н. О. Чечина³. Одним із недоліків вищевказаних визначень поняття принципу є те, що в них не знайшла відображення така його важлива ознака, як нормативне закріплення. Принципи як основні нормативні положення визначають собою структуру та істотні риси цивільного процесуального права, в цілому охоплюють усі правові інститути, вказують на методи досягнення мети правового регулювання суспільних відносин, характер і зміст діяльності суб'єктів цивільних процесуальних правовідносин. Жоден із принципів не може бути виражений поза нормою права – інакше вони будуть ідеями, точками зору, але не принципами галузі права.

Принципи є об'єктивним за своїм змістом правовим явищем і відображають закономірності державного і суспільного життя. Слід зазначити, що загальновідомим є те, що система права має об'єктивний характер, у зв'язку з чим її розвиток пов'язаний із відповідною трансформацією системи законодавства, створюваної законодавцем. Зокрема, на думку В. В. Касянова й В. М. Нечипуренка, «спостереження переконливо свідчать, що право зазнає безперервних змін ... немає такого правового принципу, який був би універсальним і вічним. Принципи, що лежать в основі природного права, не можуть слугувати доказом протилежного»⁴.

Законодавець формулює і закріплює їх в законодавстві, виходячи з

¹ Цивільне процесуальне право / за ред. В. В. Комарова. Харків: Право, 1999. С. 31; Тертишніков В. І. Цивільний процес (лекції): навч.-практ. посіб. Харків: Вид. СПД ФО Вапнярчук Н.М., 2011. С. 15–16.

² Гражданский процесс / под ред. М. К. Треушников. Москва: Городец, 2010. С. 59.

³ Актуальные проблемы теории и практики гражданского процесса. Ленинград: Изд-во ЛГУ, 1979. С. 52.

⁴ Касянов В. В., Нечипуренко В. Н. Социология права: учебник. Ростов-на-Дону: Феникс, 2002. С. 174–175.

існуючих реалій. Але діяльність законодавця щодо формування принципів носить суб'єктивний характер. Л. С. Явіч зазначав, що було б неправильним робити висновок, згідно з яким у соціальному житті вони існують незалежно від людей та їх діяльності. Суть в тому, що їх зміст визначений матеріальними обставинами, а люди наділені свідомістю і волею суб'єкти формують керівні ідеї і втілюють їх у життя. Характеризуючи правові принципи, вчені справедливо стверджують, що вони існують в праві об'єктивно, реально закладені в праві незалежно від того, чи сформульовані вони в науковому понятті, чи ні. Саме такої думки дотримувався В. М. Ведяхін¹.

Таким чином, *принципи цивільного процесуального права*, як і правові принципи взагалі, є об'єктивними за змістом, проте суб'єктивними за формою вираження, правового закріплення в законодавстві і реалізації в судовій практиці.

Поширений у юридичній літературі погляд на принципи, як основні ідеї, «керівні начала», положення, призводить до визнання їх суб'єктивної природи. Такий підхід до проблеми принципів є спірним. У самих термінах «ідея», «начала» відсутній їх юридичний сенс як об'єктивних правових явищ. Тим часом, якщо принципи об'єктивно властиві праву, то ідея є категорією суспільної свідомості. У змісті ідеї переважне значення мають елементи суб'єктивного характеру. Принцип у його співвідношенні з ідеєю в гносеологічному плані виступає поняттям, що характеризує ідею. Принципи і ідеї не можна ототожнювати, тому що ідея, знаходячи своє відображення в правових нормах, виступає як правова вимога. Принципи об'єктивні, знаходять своє нормативне закріплення в законі і є правовими вимогами, а не ідеями. Для принципів, на відміну від норм права, характерні більш загальний характер вимог, що пред'являються до суспільних відносин; вища стабільність; можливість визначати загальну лінію поведінки людей як безпосередньо, так і через правові норми тощо.

Принципи цивільного процесуального права здобувають обов'язкову силу тільки після закріплення в цивільному процесуальному законодавстві й у результаті правозастосовної практики, тому що ідеї, що не одержали закріплення в законі, як уже зазначалося, залишаються усього лише засадами правосвідомості, науковими висновками, елементами правової ідеології.

Варто зазначити, що принципи права характеризують не лише сутність, але і зміст права, відображають не лише його внутрішню будову, статику, але і весь процес його застосування та динаміку.

Таким чином, *принципами цивільного процесуального права* є правові вимоги, що відображають закономірності правового регулювання здійснення правосуддя в цивільних справах й відображають особливості цієї галузі права.

¹ Ведяхин В. М. Принципы правового регулирования рыночных отношений. *Правоведение*. 1995. № 6. С. 27.

В. А. Кройтор

§ 2. Проблема системи принципів цивільного процесуального права

Однією з найбільш недосліджених і суперечливих у науці цивільного процесуального права є *проблема системи принципів цивільного процесуального права*¹. Система (від грец. *systema* – складене з частин, з'єднане) розглядається як ціле, складене з частин, сукупність взаємозв'язаних елементів, цілісність². Систему розуміють також у вигляді множинності елементів, що знаходяться у взаємовідносинах та взаємозв'язках, формуючи певну цілісність та єдність³. Філософське поняття системи використовують вчені-процесуалісти, даючи визначення системі принципів цивільного процесуального права. Так, А. В. Андрушко систему принципів цивільного процесуального права визначає як цілісність та єдність її взаємопов'язаних елементів-принципів, які, розвиваючись, взаємодіють із правовим середовищем⁴. Сукупність принципів цивільного процесуального права у їх тісному взаємозв'язку і взаємозалежності утворює систему принципів цивільного процесуального права, вважає А. О. Власов⁵.

Науковцями, які досліджують проблеми цивільного процесуального права, запропоновано різні критерії класифікації принципів цивільного процесуального права. Деякі вчені класифікують принципи за джерелами закріплення, відповідно виділяють конституційні принципи цивільного процесуального права і принципи, закріплені галузевим законодавством⁶. Проте практичне значення такої класифікації уявляється досить сумнівним, оскільки роль принципів не залежить від джерела їх закріплення: закріплені як Конституцією, так і галузевим законодавством принципи мають однаково важливе

¹ Кройтор В. А. Использование метода системного анализа при исследовании проблем классификации принципов гражданского процессуального права. *Методология исследования проблем цивилистики*: сб. ст., посвящ. памяти проф. А. А. Пушкина / под ред. Ю. М. Жорнокуя и С. А. Слипченко. Харьков: Право, 2017. С. 333–349.

² Філософія права: навч. посіб. / за заг. ред. М. В. Костицького, Б. Ф. Чміля. Київ: Юрінком Інтер, 2000. С. 68.

³ Советский энциклопедический словарь / отв. ред. А. И. Комаров. Москва: Знание, 1984. С. 1209.

⁴ Андрушко А. В. Принцип диспозитивності цивільного процесуального права України: монографія. Харків: Консул, 2006. С. 21.

⁵ Власов А. А. Гражданское процессуальное право: учебник. Москва: ТК Велби, 2003. С. 22.

⁶ Гражданское процессуальное право: учебник / под ред. М. С. Шакарян. Москва: ТК Велби, Проспект, 2004. С. 37.

значення в нормотворчій діяльності, правозастосуванні і формуванні уявлення про галузь права в цілому.

Значно важливішим в практичному плані уявляється поділ принципів за сферою поширення. Цей класифікаційний критерій викликає чи не найбільші суперечки серед науковців. Система принципів права поділяється на групи залежно від того, на яку сферу суспільних відносин вони поширюються: загальноправові принципи, що поширюють свою дію на право в цілому та характеризують особливості його змісту; міжгалузеві, що виражають зміст певних груп галузей; галузеві принципи, які характеризують зміст певних галузей; принципи правових інститутів¹. Дана класифікація підтримується окремими науковцями². Проте існує протилежна точка зору, відповідно до якої групи принципів окремих правових інститутів або стадій процесу існувати не може, оскільки нівелюється єдність системи принципів цивільного процесуального права. Цю систему принципів, на думку прихильників даної точки зору, складають основоположні керівні засади, що характеризуються однаковим ступенем загальності та взаємозв'язку. Принципи цивільного процесуального права поширюють свою дію на всю галузь права, складовою якої саме і є процесуальні інститути та норми³. Більш обґрунтованою видається остання точка зору, оскільки, дійсно, інститут є частиною галузі права, і виділяти для нього окремі принципи немає підстав.

Класифікацію принципів цивільного процесу здійснюють й за об'єктом регулювання. Відповідно до цього принципи цивільного процесуального права розбиваються на дві великі групи: організаційно-функціональні принципи, які є одночасно принципами організації правосуддя (судоустрою) і функціональними, а також принципи, що визначають процесуальну діяльність суду і учасників процесу (функціональні)⁴. До організаційно-функціональних принципів належать здійснення правосуддя лише судами, незалежність суддів і підкорення їх лише законові, рівність громадян перед законом і судом, гласність судового розгляду тощо. До функціональних принципів належать

¹ Алексеев С. С. Проблемы теории права: Основные вопросы общей теории социалистического права: курс лекций: в 2 т. Т. 1. Свердловск: Изд-во Свердл. юрид. ин-та, 1972. С. 105–106.

² Шутенко О. В. Проблеми диспозитивності в цивільному судочинстві: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого. Харків, 2003. С. 9; Семенов В. М. Понятие и система принципов советского гражданского процессуального права: сб. уч. тр. Вып. 2 / редкол.: Коробицина М. А. и др. Свердловск, 1964. С. 221.

³ Андрушко А. В. Принцип диспозитивності цивільного процесуального права України: монографія. Харків: Консум, 2006. С. 25.

⁴ Ференс-Сороцкий А. А. Аксиомы и принципы гражданско-процессуального права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Ленингр. гос. ун-т им. А. А. Жданова. Ленинград, 1989. С. 11.

законність, диспозитивність, змагальність, процесуальна рівність сторін, усність, безпосередність тощо¹.

Перспективною з точки зору як науки цивільного процесуального права, так і практичної точки зору є класифікація принципів цивільного процесуального права, запропонована В. Ю. Мамницьким. Учений пропонує поділяти принципи на ті, які випливають із природи судової влади, та ті, які походять із форми здійснення судової влади, тобто функціональні. До складу перших належать принцип незалежності суддів і підкорення їх тільки закону, здійснення правосуддя лише судом, рівності громадян перед законом і судом, доступність судового захисту, законність та змагальність. До складу функціональних належать диспозитивність і процесуальна рівноправність².

В юридичній літературі зазначається, що національні процесуальні законодавства різних держав є досить різними, але все-таки можна визначити незмінні компоненти судового процесу, котрі разом із предметом захисту характеризують правосудні засади судової діяльності і судової форми захисту³. При цьому ця недостатньо досліджена проблема справедливо пов'язується з існуючим у законодавстві деяких держав терміном «належна правова процедура»⁴. Вважаю, що перспективним для подальших наукових досліджень є поділ принципів на основоположні (фундаментальні) принципи цивільного судочинства та «інші» принципи цивільного судочинства. Основоположні (фундаментальні) принципи цивільного судочинства слід розглядати як певні міжнародно-правові стандарти, що випливають із самої природи судової влади (незалежності суддів і підкорення їх тільки законам, гласності тощо). Якщо порушуються основоположні (фундаментальні) принципи цивільного судочинства, то неможна говорити взагалі про справедливе правосуддя. «Інші» принципи цивільного судочинства (поєднання колегіальності та одноособовості при розгляді цивільних справ, національної мови судочинства та ін.) не є фундаментальними, а їх закріплення досить часто залежить від національних традицій, фінансових можливостей держави тощо. Якщо вони ігноруються, справедливість судового розгляду порушується, але не такою мірою, як при порушенні фундаментальних принципів⁵.

¹ Гражданское процессуальное право: учебник / под ред. М. С. Шакарян. Москва: ТК Велби, Проспект, 2004. С. 37.

² Мамницький В. Ю. Принцип змагальності у цивільному судочинстві: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Нац. юрид. акад. України. Харків, 1995. С. 8.

³ Решетников Ф. М. Правовые системы стран мира: справочник. Москва: Юрид. лит., 1993. С. 97.

⁴ Удальцова И. В. Проблема судебного признания гражданина ограниченно дееспособным или недееспособным: учеб. пособие. Харьков: Нац. юрид. акад. Украины им. Ярослава Мудрого, 1999. С. 12.

⁵ С. Н. van Rhee, R. Verkerk, 'Civil Procedure', in: J.M. Smits (ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Cheltenham etc., 2006. P. 120–134.

Таким чином, *систему принципів цивільного процесуального права* можна визначити як єдину, нерозривну, впорядковану за певними критеріями сукупність взаємопов'язаних принципів, закріплену нормами законодавства.

В. А. Кройтор

§ 3. Поєднання диспозитивності та процесуальної активності суду як принцип цивільного судочинства

Відповідно до ст. 11 ЦПК України суд розглядає цивільні справи не інакше як за зверненням фізичних чи юридичних осіб, поданим відповідно до ЦПК України, в межах заявлених ними вимог і на підставі доказів сторін та інших осіб, які беруть участь у справі. *Диспозитивність* виявляється як єдність волі та волевиявлення матеріально заінтересованої особи, здійсненої безпосередньо чи опосередковано через представника, вільно обирати варіанти поведінки, засоби судового захисту в силу юридичної природи цивільних процесуальних правовідносин. Здійснення заінтересованою особою відповідними засобами судового захисту має як наслідок рух справи. Втім, така свобода заінтересованих осіб має певні межі, обумовлені метою цивільного судочинства. Тому дотримання цивільної процесуальної форми суб'єктами цивільного процесу та необхідність виконання його завдань визначають наявність публічно-правового інтересу в цивільному процесі: процесуальної активності суду, яка також є невід'ємною умовою розвитку процесу.

Процесуальна активність суду в сучасній науці визначається не однозначно. Як зазначає А. В. Андрушко, для розкриття значення принципу диспозитивності заслуговує на окремий розгляд питання ініціативи та активності суду¹. О. П. Чистякова розглядає активні повноваження суду як винятки з принципу диспозитивності². З таким положенням важко погодитись, оскільки наявність публічно-правового інтересу є не винятком із диспозитивних засад, а умовою їх реалізації.

В. М. Семенов вважав, що активність суду створює самостійний принцип цивільного процесуального права, основне призначення якого – допомога з боку суду особам, що беруть участь у справі, у здійсненні ними своїх прав, а також контроль за їхніми розпорядчими діями³.

¹ Андрушко А. В. Принцип диспозитивності цивільного процесуального права України: монографія. Харків: Консум, 2006. С. 35.

² Чистякова О. П. Проблема активности суда в гражданском процессе Российской Федерации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Моск. гос. юрид. акад. Москва, 1997. С. 8–9.

³ Семенов В. М. Конституционные принципы гражданского судопроизводства. Москва: Юрид. лит., 1982. С. 125–141.

Утім дослідження проблеми активності суду в рамках самостійного принципу цивільного судочинства не тільки не відповідає вимогам часу, а й уявляється теоретично неможливим, оскільки поза зв'язком із процесуальними правами зацікавлених осіб не дозволяє правильно визначити й обґрунтувати ступінь активності суду в процесі та конструювання нових принципів, подібних принципу процесуальної активності суду, зокрема й судового керівництва, збіднює зміст інших принципів цивільного процесуального права¹. Не можна погодитись, що активні повноваження суду є винятком з принципу диспозитивності, але є справедливим положення, що вони мають публічно-правову природу і покликані вирішити можливі колізії приватного і публічного інтересу. Такий підхід обґрунтовується необхідністю побудови цивільного судочинства на основі поєднання змагальних і слідчих засад із переважанням першого і збереженням другого у вигляді окремих активних повноважень суду².

Особі, якій належить суб'єктивне цивільне право, належить і автономія в розпорядженні своїм правом до процесу, але якщо особа звернулася до суду, то повинна зважати на організацію процесу, створеного державою не тільки в її особистих інтересах, а перш за все в інтересах цілого, в інтересах всієї держави. А інтереси цілого вимагають, щоб процес слугував охороні правопорядку, цілям розкриття матеріальної істини. Таким чином, від розсуду суб'єкта права залежить, звернутися чи ні до суду, далі вже справа держави – організувати процес найбільш доцільно для охорони правопорядку. Тому приватна автономія сторін у процесі не може мати широкого застосування³.

Окремі автори процесуальну активність суду вважають складовою частиною інших принципів цивільного судочинства. Зокрема, М. Й. Штефан вважає, що активне становище суду характеризує зміст принципу публічності⁴. Активні процесуальні повноваження суду не можна розглядати як винятки з принципу диспозитивності чи визнавати їх змістом принципу публічності⁵, оскільки суд сприяє сторонам і при здійсненні такого процесу, як доказування, і рівноправності сторін, створюючи необхідні умови для досягнення мети судочинства. Тому з урахуванням балансу публічно-правових і приватноправових інтересів у судочинстві необхідно розглядати процесуальну активність суду у взаємозв'язку з диспозитивністю.

¹ Чистякова О. П. Проблема активності суда в гражданском процессе Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Моск. гос. юрид. акад. Москва, 1997. С. 39–40.

² Там само. С. 8.

³ Рязановский В. А. Единство процесса: учеб. пособие. Москва: Городец, 2005. С. 59.

⁴ Штефан М. Й. Цивільний процес: підруч. для студ. юрид. спец. вищ. закл. освіти. Вид. 2-ге, перероб. та доп. Київ: Ін Юре, 2001. С. 51.

⁵ Андрушко А. В. Принцип диспозитивності цивільного процесуального права України: монографія. Харків: Консум, 2006. С. 135.

Вчені-процесуалісти справедливо зазначають, що саме активна позиція суду з точки зору організації процесу є гарантією досягнення завдань цивільного судочинства, а тому має велике значення для його оптимізації¹. Функціями суду в цивільному судочинстві, крім судового керівництва, є дотримання публічного порядку, нагляд за виконанням завдань судочинства, тому диспозитивність як вільну можливість здійснення права та вплив на рух справи взагалі не можна розглядати окремо, без урахування засад процесуальної активності суду з наступних причин. Так, диспозитивність, вочевидь, має свої межі, пов'язані з публічно-правовою природою судочинства, тому як абсолютну процесуально-правову засаду її розглядати неправильно.

Зокрема це підтверджується тим, що механізм цивільних процесуальних правовідносин побудований таким чином, що окремі процесуальні дії як юридичні факти не можуть бути підставами для виникнення, зміни чи припинення таких правовідносин. Жодна процесуальна дія сторін чи інших осіб, які беруть участь у справі, не може вплинути на рух справи без вчинення відповідної владної процесуальної дії суду. А отже, для розвитку процесу є необхідним юридичний склад, до якого слід віднести процесуальну дію чи у випадках, передбачених законом, – бездіяльність осіб, які беруть участь у справі, та процесуальну дію суду, вчинену в межах визначених законом повноважень.

Входячи до змісту принципу диспозитивності, викладені межі процесуальної активності суду створюють загальне правило, що характеризує процесуальне становище суду в галузі управління рухом процесу як залежне від ініціативи осіб. У свою чергу сторони, таким чином виявляючи свою ініціативу, не досягнуть мети розвитку процесу без прояву процесуальної активності та реалізації відповідних повноважень суду.

З урахуванням балансу публічно-правових і приватноправових інтересів у судочинстві необхідно виокремлювати *самостійний принцип поєднання диспозитивності з процесуальною активністю суду*, який можливо визначити як нормативно закріплену правову вимогу, відповідно до якої від вчинення особами, які беруть участь у справі, процесуальних дій та кореспондуючих дискреційних повноважень суду залежить виникнення, зміна та припинення цивільних процесуальних правовідносин, рух справи.

¹ Короед С. А. Пределы процессуальной активности суда в гражданском процессе и ее влияние на эффективность судебной защиты. *Евраз. юрид. журн.* 2013. № 11. С. 101–104.

В. А. Кройтор

**§ 4. Поєднання змагальності та процесуальної активності суду
як принцип цивільного судочинства**

Наближення цивільного процесу до моделі «чистої» змагальності та зменшення процесуальної активності суду в процесі доказування у будь-якому разі не виключає необхідності дотримання суб'єктами цивільного процесу цивільної процесуальної форми та виконання завдань, обумовлених наявністю у суду дискреційних повноважень як органу публічної влади щодо забезпечення змагального процесу¹.

У науці цивільного процесуального права досить поширена думка про існування *принципу змагальності* в цивільному судочинстві. В. Ю. Мамницький обґрунтовано зазначив, що принцип змагальності є історично обумовленим правовим явищем, оскільки на тому чи іншому етапі розвитку суспільства залежно від рівня його розвитку, соціально-економічних та політичних умов, національних особливостей та правових традицій, принцип змагальності еволюціонував, його зміст змінювався, змінюючи при цьому моделі цивільного судочинства. Крім того, принцип змагальності являє собою правову вимогу, яка ставиться до процесуальної діяльності певних суб'єктів процесу та органу судової влади в доказовій діяльності незалежно від інстанції, в якій розглядається справа².

У той період переважна більшість цивілістів-процесуалістів визначали змагальність у поєднанні з активним процесуальним становищем суду в процесі доказування. За визначенням В. І. Тертишнікова, принцип змагальності – це виявлення в змагальній формі ініціативи та активності осіб, які беруть участь у справі, і суду при здійсненні прав та виконанні обов'язків з визначення кола обставин, які мають значення для вирішення справи, та зі збирання, дослідження й оцінки доказів, які підтверджують або спростовують ці обставини³.

В. Ю. Мамницький, вважаючи надмірною на той час активність суду у доказовій діяльності, дає досить своєрідне формулювання принципу змагальності: правова вимога, що впливає з природи судової влади і функціонує в сфері здійснення правосуддя з цивільних справ. На його думку, згідно з

¹ Кройтор В. А. Сочетание состязательности и процессуальной активности суда как принцип гражданского судопроизводства. *Sciences of the Europe*. 2016. № 8/2. С. 120.

² Мамницький В. Ю. Поняття та зміст принципу змагальності у цивільному судочинстві. *Форум права*. 2014. № 3. С. 201. URL: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP_index.htm_2014_3_34.pdf.

³ Тертишніков В. І. Принципи цивільно-процесуального права: текст лекції. Харків: Юрид. ін-т, 1991. С. 15.

принципом змагальності сторони й інші особи, що беруть участь у справі, можуть брати участь у цивільному процесі, подавати докази на обґрунтування своїх вимог і заперечень, заявляти клопотання, користуватися допомогою суду, який має у доказовій діяльності вказівні, інструктивні й забезпечувальні повноваження¹. Зміст принципу змагальності не вичерпувався винятково активністю та ініціативністю сторін та інших осіб, що брали участь у справі, а й доповнювався ініціативністю суду в процесі збирання, дослідження та оцінки доказів.

Науковий підхід до змісту принципу змагальності поступово почав змінюватися разом із законодавчими перетвореннями. За чинним раніше законодавством принцип змагальності ніби нейтралізувався принципом об'єктивної істини, і суд зобов'язаний був збирати докази за своєю ініціативою. Нині в цивільному процесуальному законі такої норми немає. Проте вчені відзначають, що активність суду не втрачена повністю: суд надає сприяння у збиранні доказів, суд може запропонувати особам, які беруть участь у справі, подати додаткові докази, суд перевіряє належність поданих доказів, може призначити експертизу тощо².

Змінений характер змагальності знову порушує дискусію, чи відповідає інтересам сторін та інших осіб, які беруть участь у справі, реалізація принципу на практиці у такому вигляді. Змагальне судочинство має бути оптимальним, таким, що дійсно забезпечує ефективний захист порушених чи оспорюваних прав та інтересів і відображати демократичну спрямованість цивільного процесу. На жаль, сучасний стан судової системи, недосконалість системи законодавства, зростання судових витрат, а також низький рівень юридичної освіченості населення фактично унеможливує доступність до правосуддя, дійсну реалізацію фізичними особами свого права на судовий захист.

Таким чином, активні процесуальні повноваження суду не можна розглядати як винятки з принципу змагальності. Поєднання змагальних і слідчих засад з перевагою перших і збереженням других у вигляді окремих активних повноважень суду³ забезпечить баланс публічно-правових та приватноправових інтересів у процесі, дійсну реалізацію права осіб на судовий захист, більш ефективно сприятиме досягненню основних завдань та мети судочинства.

¹ Мамницький В. Ю. Принцип змагальності у цивільному судочинстві: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого. Харків, 1995. С. 6, 8–9.

² Учебник гражданского процесса: для студ. юрид. вузов и факульт. / под ред. М. К. Треушникова. Москва: Спарк, 1996. С. 47.

³ Чистякова О. П. Проблема активности суда в гражданском процессе Российской Федерации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Моск. гос. юрид. акад. Москва, 1997. С. 8.

Питання *процесуальної активності суду* у співвідношенні з основними принципами цивільного судочинства, у тому числі й з принципом змагальності, у юридичній літературі висвітлюється неоднозначно. Одні науковці вважають активні повноваження суду винятками із принципу диспозитивності¹, другі – розглядають його як самостійний принцип², треті – вважають, що активне становище суду характеризує зміст принципу публічності³.

Вочевидь, активні процесуальні повноваження суду не можна розглядати як винятки з якогось іншого принципу або визнавати їх змістом принципу публічності, чи виділяти як самостійний принцип, оскільки суд має сприяти сторонам у процесі формування предмета доказування, під час самого доказування, оцінки доказів, має забезпечувати дійсну рівноправність сторін і створювати необхідні умови для досягнення основної мети судочинства. Тому з урахуванням балансу публічно-правових і приватноправових інтересів у судочинстві необхідно виокремлювати самостійного принципу поєднання змагальності сторін з процесуальною активністю суду.

Принцип поєднання змагальності та процесуальної активності суду можна визначити як нормативно-правові вимоги, що забезпечують процесуальну рівність осіб, які беруть участь у справі, щодо порядку подання, дослідження доказів та доведення перед судом їх переконливості в обґрунтування заявлених вимог або заперечень, а також процесуальну активність суду щодо створення належних умов для всебічного, повного дослідження й з'ясування фактичних обставин справи, у забезпеченні реалізації особами їхніх прав та виконанні обов'язків.

В. А. Кройтор

§ 5. Принцип поєднання засад рівноправності сторін та забезпечення балансу їх рівних правових можливостей

Процесуальна рівноправність як одна з основних засад цивільного судочинства розглядалась у наукових працях багатьох вчених-процесуалістів⁴. Ця проблема досліджується також і сучасними вченими-процесуалістами

¹ Чистякова О. П. Проблема активности суда в гражданском процессе Российской Федерации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Моск. гос. юрид. акад. Москва, 1997. С. 8. С. 8–9.

² Семенов В. М. Конституционные принципы гражданского судопроизводства. Москва: Юрид. лит., 1982. С. 125–141.

³ Штефан М. Й. Цивільний процес: підруч. для студ. юрид. спец. вищ. закл. освіти. 2-ге вид., перероб. та допов. Київ: Ін Юре, 2001. С. 51.

⁴ Курс советского гражданского процессуального права. Москва: Наука, 1981. С. 163; Советский гражданский процесс: учебник. 2-е изд., перераб. и доп. / под ред. К. И. Комиссарова, В. М. Семенова. Москва: Юрид. лит., 1988. С. 56–57.

М. Й. Штефаном¹, В. В. Комаровим, В. І. Тертишниковим². Дослідження такої засади цивільного судочинства, як процесуальна рівноправність сторін слід розглядати в аспекті тісного поєднання та безпосереднього взаємозв'язку з необхідністю забезпечення балансу рівних правових можливостей сторін³.

Сутність процесуальної рівноправності полягає в тому, що сторони у цивільному процесі наділяються рівними (але не однаковими) процесуальними правами та обов'язками. Як зазначається в юридичній літературі, до змісту принципу процесуальної рівноправності сторін входить закріплена в законодавстві рівність процесуальних прав та обов'язків сторін; наявність процесуальних гарантій, які забезпечують однакові можливості для здійснення прав та виконання обов'язків у процесі; рівна процесуальна допомога суду⁴.

Позивач та відповідач можуть ознайомлюватися з матеріалами справи, робити з них витяги, одержувати копії рішень, ухвал, постанов та інших документів, що є у справі, брати участь у судових засіданнях, подавати докази, брати участь в їх дослідженні, заявляти клопотання та відводи, давати усні й письмові пояснення судові, подавати свої доводи, міркування та заперечення, оскаржувати рішення і ухвали суду (ст. 29 ЦПК України).

Відповідно до ст. 31 ЦПК України передбачено процесуальні права, якими наділені тільки сторони: позивач має право протягом усього часу розгляду справи збільшити або зменшити розмір позовних вимог, відмовитися від позову, а відповідач має право визнати позов повністю або частково. До початку розгляду судом справи по суті позивач має право шляхом подання письмової заяви змінити предмет або підставу позову, а відповідач – пред'явити зустрічний позов. Сторони можуть укласти мирову угоду на будь-якій стадії цивільного процесу. Кожна зі сторін має право вимагати виконання судового рішення в частині, що стосується цієї сторони.

Принцип процесуальної рівноправності сторін належить до специфічних (функціональних) принципів цивільного процесу, що характеризують діяльність судів з розгляду та вирішення цивільних справ⁵ і базується на більш

¹ Штефан М. Й. Цивільний процес: підруч. для студ. юрид. спеціальн. вищих закладів освіти. вид. 2-ге, перероб. та доп. Київ: Ін Юре, 2001. С. 54–55.

² Цивільне процесуальне право України: підруч. для юрид. вузів і фак. / за ред. В. В. Комарова. Харків: Право, 1999. С. 45.

³ Кройтор В. А. Принцип поєднання начал рівноправності сторін та забезпечення балансу їх рівних правових можливостей. *Wschodnioeuropejskie Czasopismo Naukowe (East European Scientific Journal)*. 2017. № 17. С. 78–84.

⁴ Основные принципы гражданского процесса / под ред. М. К. Треушникова, З. Чешки. Москва: Изд-во Московск. ун-та, 1991. С. 125.

⁵ Гражданский процесс в социалистических странах – членах СЭВ. Т. 1 / под ред. А. А. Добровольского, Л. Неваи. Москва: Юрид. лит., 1977. С. 16.

загальному організаційно-функціональному (конституційному) принципі рівності громадян перед законом та судом¹.

Деякі дослідники процесуальну рівність більше не виділяють як окремий принцип цивільного процесуального права і розкривають сутність рівності винятково у контексті змагальності². Втім, більшість сучасних процесуалістів досить аргументовано наполягають на тому, що принцип процесуальної рівності сторін має самостійне значення, як і принципи диспозитивності, змагальності³. Вважаємо, що засада процесуальної рівноправності сторін має цілком самостійне значення, тому її можна віднести до найбільш характерних, специфічних засад цивільного судочинства.

Перспективним для наукових досліджень є розгляд співвідношення процесуальної рівноправності сторін зі змагальністю, оскільки, на нашу думку, тільки в певному їх поєднанні може бути досягнута дійсна рівність сторін у цивільному судочинстві та відображена сутність рівноправності з урахуванням процесуальних функцій сторін. Принцип змагальності не може бути відокремлений від процесуальної рівноправності сторін, яка є його основою, оскільки саме наділення їх рівними правами і обов'язками дає їм можливість змагатися перед судом. В. М. Семенов, підкреслюючи зв'язок такої засади цивільного судочинства з принципом змагальності, називає його «принципом процесуальної рівноправності сторін в умовах змагальної форми судочинства»⁴. Слід зауважити, що нині, в умовах впровадження в цивільний процес дійсної змагальності, істотне значення має забезпечення не тільки юридичної, а й фактичної рівноправності сторін⁵.

Практичне втілення принципу рівноправності сторін передбачає рівні можливості доведення ними підстав своїх вимог і заперечень, виходячи зі своїх позицій на спірні правовідносини. Механізм реалізації як принципу рівноправності сторін, так і принципу змагальності передбачає коло процесуальних дій учасників, при рівності їх можливостей, спрямоване на

¹ Гражданский процесс в социалистических странах – членах СЭВ. Т. 1 / под ред. А. А. Добровольского, Л. Неваи. Москва: Юрид. лит., 1977. С. 20.

² Цивільний процес України: підруч. / за ред. Є. О. Харитонова, О. І. Харитонової, Н. Ю. Голубевої. Київ: Істина, 2011. С. 35–36.

³ Курс цивільного процесу: підруч. / за ред. В. В. Комарова. Харків: Право, 2011. С. 202; Сахнова Т. В. Курс гражданского процесса: теоретические начала и основные институты. Москва: Волтерс Клувер, 2008. С. 107.

⁴ Советский гражданский процесс: учебник. 2-е изд., перераб. и доп. / под ред. К. И. Комиссарова, В. М. Семенова. Москва: Юрид. лит., 1988. С. 56.

⁵ Кройтор В. А. Гражданский процесс: учеб. пособие для подготовки к зачету и экзамену. Харьков: Эспада, 2003. С. 46; Його ж. Проблеми доступності цивільного судочинства в Україні у зв'язку з реальним закріпленням принципу змагальності. *Право і Безпека*. 2004. Т. 3. № 1. С. 99.

досягнення цілей правосуддя. Отже, рівноправність сторін у цивільному процесі є необхідною умовою забезпечення змагального типу судочинства та водночас змагальність виступає формою реалізації рівних можливостей сторін для захисту своїх прав, що характеризує судочинство як справедливе.

Згідно з принципом рівності сторін (рівності вихідних умов) кожна сторона під час розгляду справи мусить мати рівні можливості для представлення своєї справи в суді; суд має дослідити аргументи кожної зі сторін, і жодна сторона не повинна мати певних вагомих переваг над протилежною стороною.

Слід підтримати висновок про те, що найкращого процесуального ефекту принцип рівності досягає саме в межах змагальної моделі цивільного судочинства, збалансовуючи правові можливості сторін у доведенні перед судом своєї правоти і тим самим створюючи засади справедливого розгляду цивільної справи¹.

Аналіз сутності та правової природи рівноправності сторін свідчить, що рівність прав сторін є умовною, оскільки йдеться про процесуальну діяльність суб'єктів із протилежними юридичними інтересами. Це положення визначає те, що права сторін не є однаковими, отже, слід говорити про забезпечення збалансованих процесуальних можливостей суб'єктів спірного матеріального правовідношення відстоювати протилежні юридичні інтереси, що обумовлює їх різні процесуальні функції, та нормативне закріплення в цивільному процесуальному законодавстві саме *принципу поєднання начал рівноправності сторін та забезпечення балансу їх рівних правових можливостей*.

Т. В. Степаненко

§ 6. Поняття та значення цивільного процесу (цивільного судочинства). Стадії цивільного судочинства

Згідно зі ст. 6 Конституції України державна влада здійснюється на засадах поділу на законодавчу, виконавчу та судову. Свої повноваження судова влада реалізує через правосуддя – діяльність судів із розгляду і вирішенню кримінальних, цивільних, адміністративних та господарських справ. Така діяльність відбувається у відповідній формі судочинства – встановленому законом порядку здійснення правосуддя.

У юридичній літературі терміни «цивільний процес» і «цивільне судочинство» вживаються як рівнозначні. Проте слід зауважити, що в процесуальній доктрині поняття цивільного процесу не має єдиного

¹ Ратушна Б. П. Принцип рівності сторін у цивільному процесі України. *Митна справа*. 2015. № 4. С. 100.

загальновизнаного розуміння. Можна знайти різні визначення *поняття цивільного процесу*, як то:

- цивільний процес – це діяльність суду та інших суб'єктів, а також органів виконавчого провадження;
- цивільний процес – це порядок здійснення правосуддя в цивільних справах, чим, власне, ототожнюють його з судочинством;
- цивільний процес – це одне складне правовідношення або сукупність правовідносин, які виникають при розгляді і вирішенні цивільних справ;
- цивільний процес – це діяльність і пов'язані з нею правові відносини відповідних суб'єктів;
- цивільний процес становить єдність трьох складових: процесуальної діяльності, процесуальних відносин і процесуальної форми¹.

Розглядадася й точка зору щодо відсутності необхідності взагалі визначення сутності даної категорії в процесуальній теорії². Крім того, нерідко поняття правосуддя практично ототожнюється з поняттям цивільного процесу³.

Як справедливо вказує В. В. Комаров, поняття цивільного процесу тісно пов'язане з поняттям правосуддя, однак не повинно зводитися до нього. Зміст правосуддя полягає у визначенні виду й обсягу суб'єктивних прав і юридичних обов'язків осіб, у вирішенні цивільної справи судом шляхом ухвалення рішення, що має законну силу. Правосуддя має ґрунтуватися на засадах, які забезпечують можливість реалізації заінтересованою особою права на судовий захист, можливість особисто бути захисником своїх прав у суді, брати участь у вирішенні своєї справи. Ця обставина визначає необхідність встановлення специфічної форми здійснення правосуддя, яка передбачає суворо встановлений порядок розгляду і вирішення цивільної справи. Саме такий порядок розгляду і вирішення цивільних справ є формою здійснення правосуддя в цивільних справах, і становить *цивільний процес (судочинство)*. Правосуддя – це судова діяльність по реалізації судової влади, а цивільний процес – це форма реалізації правосуддя, яка забезпечує і гарантії здійснення правосуддя, і гарантії права громадян на судовий захист⁴.

У науці цивільного процесуального права мала місце дискусія щодо концепції широкого і вузького розуміння цивільного процесу. Прибічники вузького тлумачення відносять до цивільного процесу тільки діяльність суду щодо здійснення правосуддя у цивільних справах. Широке розуміння поняття цивільного процесу було запропоновано М. Б. Зейдером, яке знайшло під-

¹ Гражданский процесс: учебник / отв. ред. проф. В. В. Ярков. 5-е изд., перераб. и доп. Москва: Волтерс Клувер, 2004. С. 5–6.

² Щеглов В. Н. Гражданские процессуальные отношения. Москва: Юрид. лит., 1966. С. 51–52.

³ Курс цивільного процесу: підручник / за ред. В. В. Комарова. Харків: Право, 2011. С. 32–33.

⁴ Там само. С. 33.

тримку серед багатьох вчених. Прибічники широкого тлумачення, виходячи з єдності мети і предмету діяльності, спільності принципів, схожості окремих інститутів і процесуальної форми, включають до цивільного процесу діяльність як суду, так й інших органів (третейського суду, адміністративних органів тощо)¹.

Цивільний процес – це завжди певна сукупність послідовно вчинюваних дій, у зв'язку з чим доцільним є його поділ на певні етапи, які називають *стадіями*. Стадія цивільного процесу – це відносно самостійна частина єдиного цивільного судочинства, що характеризується наявністю в ній найближчої процесуальної мети та підсумкового процесуального акта.

У теорії цивільного процесу наводяться різні класифікації щодо складу стадій цивільного судочинства, які суттєво різняться між собою. Наприклад, виділяють такі стадії: 1) відкриття провадження у справі; 2) провадження у справі до судового розгляду; 3) судовий розгляд; 4) апеляційне провадження; 5) касаційне провадження; 6) провадження у зв'язку з винятковими обставинами; 7) провадження у зв'язку з нововиявленими обставинами; 8) виконавче провадження².

В іншому випадку виокремлюють такі стадії: 1) подання заяви до суду; 2) відкриття провадження у справі; 3) провадження у справі до судового розгляду; 4) судовий розгляд; 5) звернення судового рішення до виконання³.

Крім традиційного поділу цивільного процесу на стадії, в процесуальній літературі також проводиться поділ цивільного процесу не на стадії, а на правозастосовчі цикли, або *провадження*. Як переконує М. Й. Штефан, традиційний поділ цивільного судочинства на стадії є не зовсім вдалим, оскільки перші три з них охоплюють провадження у справі в суді першої інстанції, а всі інші є провадженнями у вищестоящому суді або пов'язані із зверненням до виконання⁴.

З урахуванням вищевказаних аргументів виділяють такі *цикли (провадження, стадії) цивільного судочинства* провадження по справі у суді першої інстанції; апеляційне провадження; касаційне провадження; провадження справ у Верховному Суді (у зв'язку з винятковими обставинами); провадження у зв'язку з нововиявленими обставинами; виконавче провад-

¹ Гражданский процесс: учебник / отв. ред. проф. В. В. Ярков. 5-е изд., перераб. и доп. Москва: Волтерс Клувер, 2004. С. 6–7.

² Гражданский процесс: учебник / отв. ред. проф. В. В. Ярков. 5-е изд., перераб. и доп. Москва: Волтерс Клувер, 2004. С. 10; Цивільне процесуальне право України: підручник / за заг. ред. С. С. Бичкової. Київ: Атіка, 2009. С. 57–58; Цивільний процес: навч. посібник / за заг. ред. Кройтора В. А. Харків: Вид-во Харк. нац. ун-ту внутр. справ, 2009. С. 38.

³ Цивільний процес України: академ. курс: підруч. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл. / за ред. С. Я. Фурси. Київ: Вид. Фурса С. Я.; КНТ, 2009. С. 58.

⁴ Штефан М. Й. Цивільне процесуальне право: підручник. Київ: Ін Юре, 2005. С. 31.

ження; провадження у справах про скасування рішень третейських судів та про видачу виконавчих листів на примусове виконання рішень третейських судів; відновлення втраченого судового провадження; провадження у справах за участю іноземних осіб.

Кожен із перелічених циклів (проваджень) цивільного судочинства, у свою чергу, складається з трьох стадій: порушення провадження; підготовка справи (провадження у справі до її розгляду, перегляду чи виконання); розгляд справи по суті або виконання рішення суду¹.

Слід зазначити, що в науці цивільного процесуального права ще в 60-х роках ХХ століття була висловлена думка щодо необґрунтованості включення виконавчого провадження в структуру цивільного судочинства, оскільки воно є самостійною комплексною галуззю права². Аргументами прибічників такої позиції є те, що предметом виконавчого права є правові відносини, що виникають між окремою ланкою органів виконавчої влади – Державною виконавчою службою, в особі державних виконавців – та іншими учасниками виконавчого провадження, з приводу виконання рішень досить широкого кола юрисдикційних органів, а не лише виконавчих документів за рішеннями у цивільних справах. Правове регулювання відносин у виконавчому провадженні здійснюється окремим нормативним актом – Законом України «Про виконавче провадження»³.

Більш обґрунтованою є позиція, згідно з якою виконавче провадження є структурним компонентом цивільного судочинства⁴. Адже правосуддя здійснюється не лише в результаті розгляду і вирішення цивільної справи, а за умов реального захисту прав, свобод та інтересів учасників цивільного судочинства, що можливо при реалізації судових рішень і перш за все в порядку їх примусового виконання у процедурах виконавчого провадження. Європейський суд з прав людини неодноразово наголошував у своїх рішеннях, що виконання судових рішень є невід’ємною частиною цивільного процесу, а несвоєчасне виконання судових рішень є таким, що суперечить п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

¹ Курс цивільного процесу: підручник / за ред. В. В. Комарова. Харків: Право, 2011. С. 36–37; Штефан М. Й. Цивільне процесуальне право: підручник. Київ: Ін Юре, 2005. С. 31; Цивільне процесуальне право України: підручник / за заг. ред. С. С. Бичкової. Київ: Атіка, 2009. С. 58–59.

² Юков М. К. Самостоятельность норм, регулирующих исполнительное производство. *Проблемы совершенствования Гражданского процессуального кодекса РСФСР*. Свердловск, 1965. С. 91–97.

³ Цивільний процес України: інтерактив. курс. Острог: Вид-во Нац. ун-ту «Острозька академія», 2007. С. 13.

⁴ Курс цивільного процесу: підручник / за ред. В. В. Комарова. Харків: Право, 2011. С. 37.

Цивільне процесуальне законодавство (ч. 3 ст. 15 ЦПК України) закріплює *три види цивільного судочинства: позовне, наказне та окреме провадження* (їх характеристика буде розглянута в наступних параграфах цього посібника). У процесуальній доктрині існують позиції щодо розширення переліку видів цивільного судочинства. Як зазначає С. С. Бичкова, потрібно виділити і четвертий вид цивільного судочинства – провадження з визнання та виконання рішень іноземних судів в Україні, оскільки цивільним процесуальним законодавством (розділ VIII ЦПК України) встановлено порядок визнання та надання дозволу на примусове виконання рішень іноземних судів в Україні, і цей порядок має свої особливості, що відокремлюють його від інших видів цивільного судочинства, а перелічені у ч. 3 ст. 15 ЦПК України види цивільного судочинства не враховують специфіки усіх справ, що можуть розглядатися у порядку цивільного судочинства¹.

Т. В. Степаненко

§ 7. Поняття цивільної процесуальної форми (суть, основні риси та значення)

Цивільний процес є однією з форм відправлення правосуддя і відрізняється від діяльності інших органів, що розглядають цивільні справи, наявністю специфічної *цивільної процесуальної форми*.

Цивільне судочинство має свій, властивий йому зміст і процесуальну форму. Змістом є діяльність суду і учасників процесу, а цивільною процесуальною формою – об'єктивне (зовнішнє) вираження вчинення, закріплення і оформлення відповідної діяльності. Така діяльність здійснюється у точно визначеному процесуальному порядку, за встановленими правилами, у встановленій процесуальній формі судового засідання, безпосередньо, усно, і фіксується у відповідних процесуальних документах. *Цивільна процесуальна форма* – встановлений цивільним процесуальним правом зовнішній засіб вчинення процесуальних дій, виконуваних за визначеними правилами, в певному порядку судом і всіма учасниками процесу при розгляді й вирішенні справи, перевірці законності й обґрунтованості постановленого у ній рішення, а також у закріпленні процесуальних дій у передбачених процесуальних документах².

У науці цивільного процесуального права є різні погляди щодо визначення поняття цивільної процесуальної форми. Так, вона ототожнюється

¹ Цивільне процесуальне право України: підручник / за заг. ред. С. С. Бичкової. Київ: Атіка, 2009. С. 57.

² Штефан М. Й. Цивільний процес: підручник для студ. юрид. спеціальностей вищих закладів освіти. Вид. 2-ге, перероб. та доп. Київ: Вид. Дім «Ін Юре», 2001. С. 10.

з основними принципами цивільного процесуального права, з цивільним процесом, з порядком діяльності суду і учасників процесу, розкривається через форму процесуальних документів тощо¹.

У процесуальній літературі виокремлюються різні риси цивільної процесуальної форми. Так, К. І. Комісаров до властивостей цивільної процесуальної форми відносить нормативність, незаперечність, системність та універсальність². Т. В. Сахнова основними ознаками цивільної процесуальної форми називає нормативність, системність, формальну визначеність, динамізм та стабільність³. Також виокремлюють такі характерні для цивільної процесуальної форми ознаки:

- законодавча урегульованість;
- детальність розроблення всієї процедури розгляду справи в суді;
- універсальність процесуальної форми вирішення спорів у суді;
- імперативність процесуальної форми⁴.

Цивільна процесуальна форма і цивілістичний процес взаємообумовлені. Процесуальна форма побудована на началах, що відображають сутність правосуддя як такого. У зв'язку з цим у сучасній доктрині обговорюється питання звернення до ідеї судового права, яке розуміють як супергалузь (або комплексна галузь), до складу якої входять усі процесуальні галузі права⁵.

Значення цивільної процесуальної форми полягає в тому, що вона забезпечує заінтересованим у результатах розгляду справи сторонам та іншим особам правові гарантії правильності вирішення спору, рівність процесуальних прав і процесуальних обов'язків, а також зобов'язує суд розглядати і вирішувати справи, дотримуватися норм матеріального і процесуального права і ухвалювати законні та обґрунтовані рішення із дотриманням процесуальних гарантій для осіб, які беруть участь у справі.

¹ Штефан М. Й. Цивільний процес: підручник для студ. юрид. спеціальностей вищих закладів освіти. Вид. 2-ге, перероб. та доп. Київ: Вид. Дім «Ін Юре», 2001. С. 9.

² Комиссаров К. И. Последовательно прогрессивное развитие советского гражданского процессуального права. *Проблемы действия и совершенствования советского гражданского процессуального законодательства*. Свердловск, 1982. С. 50.

³ Сахнова Т. В. Курс гражданского процесса: теоретические начала и основные институты. Москва: Волтерс Клувер, 2008. С. 47–53.

⁴ Гражданский процесс: учебник / отв. ред. проф. В. В. Ярков. 5-е изд., перераб. и доп. Москва: Волтерс Клувер, 2004. С. 4–5.

⁵ Сахнова Т. В. Курс гражданского процесса: теоретические начала и основные институты. Москва: Волтерс Клувер, 2008. С. 53.

Т. В. Степаненко

§ 8. Позовна форма захисту цивільних прав та інтересів громадян та організацій

Позов та позовне провадження – центральні категорії всього цивілістичного процесу. *Позовне провадження* є універсальним за своєю юридичною природою. Процесуальний регламент розгляду справ позовного провадження може бути застосовано не лише до справ, що належать до даного виду провадження, а й до справ окремого провадження (за деякими винятками, встановленими розділом IV ЦПК України), і певною мірою – до інших справ, передбачених ЦПК України. Саме тому дослідження та вивчення позовного провадження та позову дозволяє одночасно отримати інформацію і зрозуміти основні правила розгляду практично всіх справ, що підпадають під розгляд судів загальної юрисдикції.

Проблематика позову є однією з ключових у теорії цивільного процесуального права і одночасно однією з найбільш дискусійних. Питання про сутність, поняття, елементи позову завжди, зауважимо, були предметом прискіпливої уваги науковців. Сформувалися певні теоретичні школи розуміння сутності категорії «позов», і, незважаючи на цілу низку фундаментальних досліджень, тема позову продовжує залишатися дискусійною.

В юридичній літературі висвітлено різні точки зору щодо сутності *позову*.

Позиція представників першого наукового напрямку (К. С. Юдельсон, М. А. Вікут) полягає в розумінні позову як суто процесуальної категорії, самостійного процесуального інституту, що являє собою вимогу особи про розгляд цивільно-правового спору і захист цивільних прав¹.

М. А. Гурвич та П. Ф. Єлісейкін розглядають позов як юридичну категорію, що властива самостійно матеріальному та процесуальному праву. Під позовом в матеріально-правовому значенні вони розуміють вимогу позивача до відповідача, і в цьому аспекті позов виступає як інститут матеріального права. Позов у процесуальному значенні характеризується як звернення до суду за захистом суб'єктивного права чи охоронюваного законом інтересу, і в даному випадку позов виступає як інститут процесуального права².

Досить часто в юридичній літературі підкреслюється, що позов слід

¹ Гражданский процесс России: учебник / под ред. М. А. Викут. Москва: Юристь, 2004. С. 222–223; Советское гражданское процессуальное право: учебник / под общ. ред. К. С. Юдельсона. Москва: Юрид. лит., 1965. С. 188–189.

² Гурвич М. А. Право на иск / отв. ред. А. Ф. Клейнман. Москва: Изд-во АН СССР, 1949. С. 45; Елисейкин П. Ф. Предмет судебной деятельности в советском гражданском процессе (его понятие, место и значение): автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03 / Ленинград, 1974. С. 9.

розглядати як єдине поняття, що має дві сторони: матеріально-правову та процесуальну. Зокрема така позиція висловлена в роботах А. О. Добровольського та С. О. Іванової, які переконують, що позов поєднує в собі дві вимоги: одна – матеріально-правова вимога до відповідача, що одночасно є предметом позову; друга – процесуально-правова вимога до суду про захист права¹. Такий погляд на позов як єдине процесуально-правове та матеріально-правове поняття у сучасній вітчизняній доктрині цивільного процесуального права є переважаючим².

Предметом позовного провадження традиційно виступає спір про суб'єктивне цивільне право, з'ясування сутності якого, його галузевої приналежності, суб'єктного складу, динаміки та змісту привертало і зараз привертає пильну увагу вчених-процесуалістів.

Аналіз існуючих у юридичній літературі точок зору дозволяє зазначити насамперед відсутність у авторів єдиної вихідної позиції у визначенні самого поняття спору про право. У науковій літературі можна зустріти декілька концепцій його визначення як: 1) стан правовідносин, за якого не виконується зобов'язання одним із їх суб'єктів та відсутня можливість здійснення прав іншим суб'єктом (Л. А. Ванеева, П. Ф. Єлісейкін)³; 2) перешкода у здійсненні права (М. А. Гурвич)⁴; 3) суперечність, невідповідність думок сторін, які сперечаються (Д. М. Чечот, І. Г. Побірченко)⁵; 4) як юридичний конфлікт суб'єктів права, що може бути розглянутий та розв'язаний в юрисдикційному порядку (В. М. Гордон)⁶.

¹ Добровольский А. А., Иванова С. А. Основные проблемы исковой формы защиты права. Москва: Моск. ун-т, 1979. С. 7–19.

² Кройтор В. А. Гражданский процесс: учеб. пособие. Изд. 3-е, перераб. и доп. Харьков: Эспада, 2006. С. 114; Цивільне процесуальне право України: підручник для юрид. вузів і фак. / за ред. В. В. Комарова. Харків: Право, 1999. С. 215–216; Цивільний процес: навч. посіб. / за ред. Ю. В. Білоусова. Київ: Прецедент, 2005. С. 132; Штефан М. Й. Цивільний процес: підручник для студ. юрид. спец. вищ. закл. освіти. Вид. 2-ге, перероб. та доп. Київ: Ін Юре, 2001. С. 323–324.

³ Ванеева Л. А. Судебное познание в советском гражданском процессе: учеб. пособ. / под ред. Н. А. Чечиной. Владивосток: Изд-во Дальневост. ун-та, 1972. С. 11; Єлісейкін П. Ф. Защита субъективных прав и интересов и компетенция суда в советском гражданском процессе. *Учен. зап. ДВГУ*. 1969. Т. 31. С. 17–21.

⁴ Гурвич М. А. Решение советского суда как средство защиты субъективных гражданских прав. *Сов. государство и право*. 1955. № 4. С. 21.

⁵ Чечот Д. М. Судебная защита субъективных прав и интересов. *Сов. государство и право*. 1967. № 8. С. 48; Побирченко И. Г. Хозяйственные споры и формы их разрешения: дис. ... д-ра юрид. наук: 1.2.719 / Киев. гос. ун-т им. Т. Г. Шевченко. Киев, 1971. С. 36.

⁶ Вінник О. М. Теоретичні аспекти правового забезпечення реалізації публічних і приватних інтересів в господарських товариствах: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук:

Концепція щодо визначення спору через конфлікт представляється переконливою, оскільки найбільш повно відповідає сутності взаємостосунків сторін, що сперечаються. Відповідно позов є засобом передачі спору про право до юрисдикційного органу з метою врегулювання юридичного конфлікту між позивачем та відповідачем¹.

Аналіз юридичної літератури дає підстави для висновку, що питання про *елементи позову* в науці цивільного процесуального права також є досить дискусійним. Серед вчених відсутня єдність поглядів у вирішенні питання як про кількісний склад, так і про якісну визначеність елементів позову. Безспірним у теорії цивільного процесуального права визнається наявність двох елементів позову – предмета й підстави, але до цього часу ведуться дискусії з приводу того, що розуміти під кожним з цих елементів. Так, А. О. Добровольський, С. О. Іванова, М. Й. Штефан переконують, що предметом позову є матеріально-правова вимога позивача до відповідача². В. М. Щеглов зазначає, що предметом позову є захист порушеного або оспорюваного права чи охоронюваного законом інтересу, дії суду по захисту шляхом визнання права, поновлення становища, яке існувало до порушення права тощо³. М. А. Гурвич як предмет позову розглядає спірне суб'єктивне право і обов'язок, правовідносини⁴. Стосовно підстави позову в літературі була висловлена і підтримана думка, зокрема в роботах А. О. Добровольського та В. М. Щеглова, що позов має не тільки фактичну, а й правову підставу⁵.

Стосовно кількісного складу елементів позову деякі автори є прибічниками точки зору щодо існування двохелементної структури позову. Так, А. О. Добровольський та С. О. Іванова вважають, що всі елементи позову

/ Київ. нац. ун-т ім. Тараса Шевченка. Київ: 2004. С. 16–17, 25; Гордон В. М. Иски о признании. Ярославль: Тип. Губ. правления, 1906. С. 209.

¹ Степаненко Т. В. Судочинство у справах за позовами про захист прав та інтересів невизначеного кола осіб: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Харків. нац. ун-т внутр. справ. Харків, 2008. С. 64–66.

² Добровольський А. А., Іванова С. А. Основные проблемы исковой формы защиты права. Москва: Моск. ун-т, 1979. С. 36; Штефан М. Й. Цивільний процес: підручник для студ. юрид. спец. вищ. закл. освіти. Вид. 2-ге, перероб. та доп. Київ: Ін Юре, 2001. С. 324.

³ Щеглов В. Н. Иск о судебной защите гражданского права: лекции для студентов / под ред. Г. Л. Осокиной. Томск: Изд-во Том. ун-та, 1987. С. 20.

⁴ Гурвич М. А. Учение об иске (состав, виды): учеб. пособие / отв. ред. М. С. Шакарян. Москва: ВЮЗИ, 1981. С. 6.

⁵ Добровольський А. А., Іванова С. А. Основные проблемы исковой формы защиты права. Москва: Моск. ун-т, 1979. С. 40–41; Щеглов В. Н. Иск о судебной защите гражданского права: лекции для студентов / под ред. Г. Л. Осокиной. Томск: Изд-во Том. ун-та, 1987. С. 19.

виконують лише службову роль, а тому їх виокремлення може мати суто практичне значення¹.

Інші ж вчені-процесуалісти додають до предмета та підстави додаткові елементи, як зміст (М. А. Гурвич, Є. Г. Пушкар, М. Й. Штефан, В. В. Комаров, В. І. Тертишніков)², сторони (Г. Л. Осокіна)³; спосіб (вид) судового захисту (В. К. Пучинський)⁴ тощо. О. В. Ісаєнкова пропонує замість поняття «елементи позову» застосовувати інший мовний оборот – «риси й ознаки, що характеризують позов»⁵.

Варто зауважити, що, незважаючи на достатню спірність, зміст як елемент позову, при цьому перший та найголовніший, виокремлювали ще в дореволюційній процесуальній літературі. Ним позначали мету позову, тобто певні дії суду, яких вимагав позивач («що зробити?») на відміну від предмета, що відповідав на питання «відносно чого зробити?»⁶.

Стосовно підстави позову в літературі була висловлена і підтримана думка, що позов має не тільки фактичну, а й правову підставу, зокрема про це вказував А. О. Добровольський, підкреслюючи, що правильне визначення не лише фактичної, але й правової підстави позову під час пред'явлення позову і при підготовці справи до судового розгляду є необхідною передумовою для правильного вирішення справи, для встановлення дійсних правовідносин сторін⁷. Щоправда, з такою позицією погоджуються не всі науковці. Як переконує М. Й. Штефан, у позові необхідно виокремлювати тільки фактичну підставу, оскільки цивільне процесуальне право не зобов'язує позивача підтверджувати наявність суб'єктивного цивільного права вказівкою на закон⁸.

У доктрині цивільного процесуального права мають місце класифікації, що дозволяють визначити особливості окремих видів позовів. Найбільш поширеною є *класифікація позовів* за процесуальною ознакою на позови про

¹ Добровольський А. А., Иванова С. А. Основные проблемы исковой формы защиты права. Москва: Моск. ун-т, 1979. С. 32–51.

² Цивільне процесуальне право України: підручник для юрид. вузів і фак. / за ред. В. В. Комарова. Харків: Право, 1999. С. 218; Штефан М. Й. Цивільний процес: підручник для студ. юрид. спец. вищ. закл. освіти. Вид. 2-ге, перероб. та доп. Київ: Ін Юре, 2001. С. 325.

³ Осокіна Г. Л. Иск (теория и практика). Москва: Городец, 2000. С. 192.

⁴ Пучинский В. К. Элементы иска в советском гражданском процессе. *Сов. государство и право*. 1979. № 3. С. 51–52.

⁵ Исаенкова О. В. Иск в гражданском судопроизводстве: учеб. пособие / под ред. М. А. Вкут. Саратов: СГАП, 1997. С. 70.

⁶ Там само. С. 68.

⁷ Добровольський А. А., Иванова С. А. Основные проблемы исковой формы защиты права. Москва: Моск. ун-т, 1979. С. 40–41.

⁸ Штефан М. Й. Цивільний процес: підручник для студ. юрид. спец. вищ. закл. освіти. Вид. 2-ге, перероб. та доп. Київ: Ін Юре, 2001. С. 326–327.

присудження, позови про визнання та перетворювальні позови. Разом з тим слід зазначити, що питання щодо критеріїв побудови даної класифікації є доволі дискусійним в науці цивільного процесуального права. Так, як процесуальну ознаку, за якою відбувається класифікація позовів, одні вчені приймають процесуальну мету¹ або предмет позову, характер спірної правової вимоги позивача до відповідача², інші – спосіб судового захисту³. Крім того, сама класифікація позовів здійснюється згідно з ученнями двох наукових шкіл, перша з яких передбачає можливість поділу позовів за процесуально-правовою ознакою на позови про визнання та позови про присудження⁴, а інша – окрім цього, виокремлює перетворювальні (конститутивні) позови⁵.

Не менш традиційною в теорії цивільного процесуального права є матеріально-правова класифікація позовів. За матеріально-правовою ознакою, тобто за характером спірних правовідносин, з яких виникла вимога про захист прав та інтересів, розрізняють позови, що виникають з цивільних, сімейних, трудових і тому подібних горизонтальних (приватноправових) відносин⁶.

Класифікація позовів можлива і за іншими критеріями. Так, Г. Л. Осокіна і Н. К. Мяснікова проводять класифікацію позовів за характером правової вимоги залежно від того, чи підлягає благо, яке є об'єктом права або інтересу, що захищається даним позовом, грошовій оцінці, та виокремлюють майнові та немайнові позови⁷.

Дискусійним є питання щодо можливості виокремлення позовів про попередження (превентивного позову)⁸. Вперше з пропозицією про введення

¹ Гражданский процесс России: учебник / под ред. М. А. Вукот. Москва: Юристь, 2004. С. 228.

² Советский гражданский процесс: учебник / под ред. М. К. Треушникова. Москва: МГУ, 1989. С. 196–197.

³ Штефан М. Й. Цивільний процес: підручник для студ. юрид. спец. вищ. закл. освіти. Вид. 2-ге, перероб. та доп. Київ: Ін Юре, 2001. С. 328.

⁴ Добровольский А. А., Иванова С. А. Основные проблемы исковой формы защиты права. Москва: Моск. ун-т, 1979. С. 55–86; Клейнман А. Ф. Новейшие течения в советской науке гражданского процессуального права. Очерки по истории. Москва: Моск. гос. ун-т, 1967. С. 33–34; Советское гражданское процессуальное право: учебник / под общ. ред. К. С. Юдельсона. Москва: Юрид. лит., 1965. С. 246–247.

⁵ Проблемы науки гражданского процессуального права / под ред. В. В. Комарова. Харків: Право, 2002. С. 65–66; Штефан М. Й. Цивільний процес: підручник для студ. юрид. спец. вищ. закл. освіти. Вид. 2-ге, перероб. та доп. Київ: Ін Юре, 2001. С. 328.

⁶ Гражданский процесс: учебник / отв. ред. В. В. Ярков. 5-е изд., перераб. и доп. Москва: Волтерс Клувер, 2004. С. 256.

⁷ Мясникова Н. К. Виды исков в гражданском судопроизводстве: учеб. пособие. Саратов: Саратов. гос. акад. права, 2002. С. 17; Осокина Г. Л. Иск (теория и практика). Москва: Городец, 2000. С. 85–86.

⁸ Колесов П. П. К развитию учения о процессуальных средствах защиты права и об иске.

до правової дійсності превентивних позовів виступила Е. М. Мурадьян. На її думку, метою превентивного позову є організація обґрунтованого впливу на ситуацію, яка в протилежному випадку, продовжуючи самовільний розвиток, призводить до шкідливих проявів та наслідків, втрати чи зменшення блага, що охороняється законом. Сутність такого позову полягає в тому, щоб своєчасно відвести загрозу порушення прав та інтересів, не очікуючи, коли настануть більш шкідливі наслідки, у своєчасному захисті шляхом винесення рішення про попередження¹.

Останніми роками в доктрині процесуального права активно обговорюється концепція групових (масових, класових, колективних) позовів².

Т. В. Степаненко

§ 9. Наказне провадження

Наказне провадження є автономним провадженням цивільного судочинства і характеризується специфічним предметом судової діяльності, яким є не спір про право (позовна справа), а вимога про захист суб'єктивних прав у безспірній формі наказного провадження (справа наказного

Заметки о современном гражданском и арбитражном процессуальном праве / под ред. М. К. Треушникова. Москва: Городец, 2004. С. 140–141; Мясникова Н. К. Виды исков в гражданском судопроизводстве: учеб. пособие. Саратов: Сарат. гос. акад. права, 2002. С. 20; Осокина Г. Л. Иск (теория и практика). Москва: Городец, 2000. С. 88–89.

¹ Мурадьян Э. М. Социальное действие и резонанс судебного решения. *Сов. государство и право*. 1983. № 3. С. 51–52; Мурадьян Э. М., Тихиня В. Г. Предупредительный иск в гражданском процессе. *Правоведение*. 1987. № 4. С. 75–79.

² Аболонин Г. О. Групповые иски. Москва: Норма, 2001. С. 24–25; Білоусов Ю. В. Груповий позов: зарубіжний досвід та перспективи його використання в Україні. *Університетські наукові записки: часопис Хмельницьк. ун-ту управління та права*. 2012. № 1. С. 295–309; Бичкова С. С. Особливості судового захисту прав, свобод та інтересів невизначеного кола осіб. *Судова апеляція*. 2013. № 2. URL: <http://kia.court.gov.ua/sud2690/1j/4q/48705/>; Гадомський Д. Інститут групових (класових) позовів як інструмент захисту порушених або оспорюваних прав. *Юрид. журн.* 2006. № 12. URL: <http://www.justinian.com.ua/article.php?id=2506/>; Кройтор В. А., Степаненко Т. В. Судове провадження за масовими позовами: пропозиції з удосконалення українського законодавства в світлі досвіду країн Європейського Союзу. *Право України*. 2015. № 9. С. 71–78; Миколаєць В. А. Груповий позов у цивільному процесі України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Нац. акад. внутр. справ. Київ, 2014. 20 с.; Романюк Я. М., Майстренко Л. О. Масовий позов: загальна характеристика, зарубіжний досвід і перспективи впровадження в Україні. *Вісн. Верховного Суду України*. 2015. № 3. С. 35–47; Степаненко Т. В. Судочинство у справах за позовами про захист прав та інтересі невизначеного кола осіб: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Харк. нац. ун-т внутр. справ. Харків, 2008. 20 с.

провадження), хоча об'єкт судового захисту у цих провадженнях є єдиним – права, свободи чи інтереси фізичних осіб, права та інтереси юридичних осіб¹.

Інститут наказного провадження закріплювався у ЦПК УСРР 1924, 1929 рр., проте у 1939 р. постановою РНК СРСР видача судових наказів була скасована. У ЦПК УРСР 1963 р. наказне провадження також не передбачалося. Наказне провадження було відроджено в Україні з прийняттям ЦПК України 2004 р. та зазнало суттєвих змін із прийняттям 07.07.2010 р. Закону України «Про судоустрій і статус суддів»².

У юридичній літературі наказне провадження не завжди розглядається як окремих вид цивільного судочинства. Можна виокремити такі наукові позиції з цього приводу: наказне провадження є видом цивільного судочинства, в наказному провадженні реалізується основна функція судової влади – здійснення правосуддя; наказне провадження – це вид допроцесуальної, альтернативної процедури, яка здійснюється суддею з метою прискореного захисту права кредитора і встановлення спірності або безспірності вимоги; наказне провадження – це особлива судова процедура із забезпечення безспірних матеріально-правових інтересів суб'єкта матеріального правовідношення³.

На думку І. В. Удальцової, процедура провадження з видачі судового наказу є спрощеною процедурою судочинства, на відміну від позовного провадження, і певною мірою обумовлена правовою природою матеріально-правових вимог, які потребують судового захисту⁴. За твердженням авторки, в наказному провадженні правосуддя не здійснюється, оскільки процедура наказного провадження виявляється в тому, що вирішення цивільної справи відбувається без розгляду в судовому засіданні та виклику заявника і боржника⁵.

Варто погодитись, що з теоретичної точки зору наказне провадження реалізується поза межами цивільної процесуальної форми, проте з дотриманням встановленої процедури⁶. Як переконує Д. Д. Луспеник, у наказному

¹ Проблеми теорії та практики цивільного судочинства: монографія / за заг. ред. проф. В. В. Комарова. Харків: Харків юридичний, 2008. С. 283.

² Про судоустрій і статус суддів: Закон України від 07.07.2010 р. № 2453-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2010. № 41–42, № 43, № 44–45. Ст. 529 (Втрата чинності, крім окремих положень від 30.09.2016 р.).

³ Курс цивільного процесу: підручник / за ред. В. В. Комарова. Харків: Право, 2011. С. 658–659; Фурса С. Я., Щербак С. В., Євтушенко О. І. Цивільний процес України: Проблеми і перспективи: науково-практ. посібник. Київ: Видавець Фурса С. Я., КНТ, 2006. С. 69–71.

⁴ Проблеми теорії та практики цивільного судочинства: монографія / за заг. ред. проф. В. В. Комарова. Харків: Харків юридичний, 2008. С. 282.

⁵ Курс цивільного процесу: підручник / за ред. В. В. Комарова. Харків: Право, 2011. С. 660.

⁶ Фурса С. Я., Щербак С. В., Євтушенко О. І. Цивільний процес України: Проблеми і

провадженні дотриманню підлягають усі елементи правозастосовної процедури: і прийняття відповідного правозастосовного документу, і доведення його до відома заінтересованих осіб¹.

Частиною першою ст. 95 ЦПК України закріплено, що *судовий наказ* є особливою формою судового рішення, що видається судом за результатами розгляду вимог у порядку наказного провадження.

Утім серед науковців немає єдиного погляду на кваліфікацію судового наказу як особливої форми судового рішення і щодо статусу судового наказу як акта правосуддя. Зокрема, С. В. Щербак зазначає, що не можна погодитись із законодавчим визначенням судового наказу як форми судового рішення, адже поняття «судовий наказ» і «судове рішення» не збігаються, мають різний зміст і різне значення; судовий наказ є судовою постановою, що видається суддею одноособово². За твердженням Н. О. Громошиної, прирівнювати і ототожнювати судовий наказ та рішення означає не помічати очевидних і принципових відмінностей між цими судовими актами³. На переконання Н. І. Масленнікової, судовий наказ виноситься судом поза межами тих процесуальних проваджень, які передбачають дотримання загального регламенту судового захисту, і є лише швидким засобом приведення в дію державного примусу і в точному розумінні не є правозастосовним актом⁴. Г. А. Жилин зазначає, що, навпаки, за своєю цільовою спрямованістю та основними властивостями судовий наказ по суті не відрізняється від рішення. Автор підкреслює, що хоча судовий наказ виноситься у спрощеному порядку без проведення судового розгляду, але це не означає, що при цьому взагалі відсутнє встановлення та дослідження фактичних обставин, наявність яких необхідна для застосування відповідних процесуальних та матеріальних норм⁵. І. В. Удальцова у роботі «Проблеми теорії та практики цивільного судочинства» підкреслює, що судовий наказ за своєю сутністю є актом реалізації судової влади, яким вирішується цивільна справа по суті заявлених вимог. Хоча наказне провадження і є спрощеною процедурою розгляду цивільних справ, у ньому також реалізуються завдання цивільного процесу і

перспективи: науково-практ. посібник. Київ: Видавець Фурса С. Я., КНТ, 2006. С. 71–72.

¹ Луспенник Д. Д. Наказне провадження: його цілі, процедура, проблеми та шляхи вирішення. *Право України*. 2004. № 7. С. 93.

² Фурса С. Я., Щербак С. В., Євтушенко О. І. Цивільний процес України: Проблеми і перспективи: науково-практ. посібник. Київ: Видавець Фурса С. Я., КНТ, 2006. С. 94–95.

³ Громошина Н. А. Является ли предпосылкой права на предъявление иска отсутствие судебного приказа по тождественному спору? *Иск в гражданском и арбитражном процессах*. Труды Ин-та гос. и права РАН, 2006. № 1. С. 30–38.

⁴ Гражданский процесс / под ред. В. В. Яркова. Москва: БЕК, 1999. С. 131.

⁵ Жилин Г. А. Суд первой инстанции в гражданском процессе: учеб.-практ. пособие. Москва: Юрайт-М., 2001. С. 138–139, 144.

тому можна стверджувати, що в наказному провадженні здійснюється правосуддя, яке втілюється у певному судовому акті. Відповідно є всі підстави вважати судовий наказ самостійним видом судового рішення¹. В іншій роботі І. В. Удальцова зауважує, що судовий наказ не можна змішувати ні з рішенням, ні з ухвалою суду, оскільки він є самостійним актом суду. На підставі аналізу окремих статей ЦПК авторка робить висновок, що за своєю сутністю судовий наказ не є актом правосуддя².

Варто погодитися з думкою В. І. Тертишнікова, що судовий наказ є правозастосовним актом державного органу, який пропонує суб'єктам визначену правовою нормою поведінку. Він є особливим правозастосовним актом суду, яким визначені взаємні права та обов'язки суб'єктів цивільного правовідношення³.

О. С. Погребняк

§ 10. Окреме провадження

У цивільному процесуальному законодавстві закладена конструкція декількох форм цивільного судочинства – спірного (позовного) та особливого порядку цивільного процесу, викликаного необхідністю формулювання спеціальних норм процесуального права⁴. Поділ цивільного процесу на позовне, окреме та наказне провадження має важливе значення і сприяє виконанню завдань цивільного судочинства.

Справи *окремого провадження* мають різну сутність та специфічну матеріально-правову природу, яка визначається певними особливостями об'єктів та способів судового захисту.

Для визначення виду провадження у конкретній справі необхідно визначити наявність чи відсутність спору про право в цих справах. М. А. Гурвич зазначає, що спір про право – це протиріччя між його сторонами з приводу наявності чи змісту правовідношення, а також здійснення суб'єктивних прав і виконання покладених обов'язків. Спір про право – це спір про суб'єктивне право, тобто право, що витікає з конкретних правовідносин. Тому для виникнення спору про право необхідно, щоб сторони, що спорять, знаходилися в матеріально-правовому відношенні, хоча б імовірно⁵. Таким

¹ Проблеми теорії та практики цивільного судочинства: монографія / за заг. ред. проф. В. В. Комарова. Харків: Харків юридичний, 2008. С. 286–287.

² Курс цивільного процесу: підручник / за ред. В. В. Комарова. Харків: Право, 2011. С. 661.

³ Тертишніков В. І. Цивільний процесуальний кодекс України: науково-практ. коментар. Харків: Видавець СПД ФО Вапнярчук Н. М., 2007. С. 118–119, 155.

⁴ Штефан М. Й. Цивільний процес. Київ: Ін Юре, 1997. С. 5–6.

⁵ Гурвич М. А. Лекції по советському гражданському процессу: учеб. пособие. Москва: ВЮЗИ, 1950. С. 160.

чином, відсутність конкретних правовідносин до звернення до суду свідчить про відсутність спору про право, а отже, є критерієм віднесення справи до окремого провадження.

Для визначення виду провадження досліджуваних справ необхідно також встановити об'єкт судового захисту. В юридичній літературі відзначається, що, як правило, засобом реалізації юридичних інтересів виступають суб'єктивні права. Об'єктом судового захисту можуть бути і законні інтереси. Однак необхідно розрізняти характер законних інтересів як об'єктів судового захисту в позовному та окремому провадженні цивільного судочинства. Різниця полягає у тому, що в позовному провадженні захист законних інтересів здійснюється в межах правовідносин, з яких виник правовий спір, і тому їх захист проводиться до розгляду та вирішення правового спору. Що стосується законних інтересів, які захищаються у порядку окремого провадження, то вони існують поза межами цивільних та інших правовідносин, віднесених до юрисдикції суду. Їх специфіка полягає в тому, що такі інтереси є юридичними та з їх задоволенням (захистом) у їх носія виникає можливість реалізувати у майбутньому ті чи інші суб'єктивні права¹. Так, у справах про надання медичної допомоги у примусовому порядку заявники звертаються до суду за захистом власного або суспільного законного інтересу для запобігання його можливого порушення зі сторони хворої особи, що свідчить про наявність законного інтересу поза правовідносинами, тобто такого, що не є порушеним².

Оскільки в справах окремого провадження відсутній спір про право суб'єктивне (ч. 6 ст. 235 ЦПК України), у цих справах немає сторін з протилежними юридичними інтересами як суб'єктів матеріально-правових відносин – позивача та відповідача³. Згідно з ч. 4 ст. 235 ЦПК України *справи окремого провадження суд розглядає за участю заявника і заінтересованих осіб*.

Суб'єкти окремого провадження мають той чи інший інтерес у справі. В юридичній літературі виділяють такі види юридичного інтересу: безпосередній (особи, які виступають на захисті охоронюваних законом інтересів), опосередкований (захист не своїх охоронюваних законом інтересів). Право заявника на звернення до суду проявляється за наявності в нього юридичного інтересу. Мета, яка зазначена у заяві, дає можливість судді визначити наявність у заявника юридичного інтересу⁴. Юридичний інтерес складається з

¹ Окреме провадження: монографія / за ред. В. В. Комарова. Харків: Право, 2011. С. 31.

² Погребняк О. С. Судовий захист законних інтересів при примусовому наданні медичної допомоги: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Харк. нац. ун-т внутр. справ. Харків, 2011. С. 24.

³ Цивільний процес України: акад. курс / за ред. С. Я. Фурси. Київ: КНТ, 2009. С. 516.

⁴ Кайгородов В. Д. Процессуальные особенности судебного рассмотрения дел об установлении фактов, имеющих юридическое значение: учебное пособие. Свердловск:

матеріально-правової і процесуальної зацікавленості. Юридичний інтерес «проявляється як в розповсюдженні на заявника всіх правових наслідків вступу рішення суду в законну силу, так і в обов'язковому правовому зв'язку встановленого судом факту з правами або охоронюваними законом інтересами заявника». Матеріально-правовий інтерес полягає в отриманні того блага, яке отримає заявник за рішенням суду у випадку задоволення заяви, тобто рішення суду по справі має відобразитися на матеріальних інтересах заявника. Процесуальний інтерес включає не тільки винесення потрібного заявнику рішення, але й «його право на участь в якості сторони»¹.

Для більшості справ окремого провадження матеріальний правовий інтерес заявника полягає в тому, що із встановленням судом певного юридичного факту в заявника виникає певне суб'єктивне право, яке він може реалізувати².

Предмет доказування в справах окремого провадження визначається метою звернення заявника до суду за захистом.

Коло необхідних доказів формується на підставі предмета доказування. Окреме провадження характеризується наявністю відособлено-персоніфікованих доказів, що не є характерним для позовного провадження. Законодавець у справах окремого провадження наперед визначає ті конкретні докази, що є обов'язковими для доведення в суді обставин, що входять до предмета доказування (наприклад, судово-психіатрична експертиза у справах про визнання особи недієздатною). Такий підхід опосередковано визначає ту систему доказів, яку необхідно надати заявникові, щоб отримати позитивний результат³.

Обов'язки доказування розподіляються між сторонами на підставі загального правила, встановленого в процесуальному законі, і окремих правил, які містяться в нормах матеріального права.

Для позовного провадження обов'язковим є положення ч. 1 ст. 60 ЦПК України, згідно з яким кожна сторона зобов'язана довести ті обставини, на які вона посилається як на підставу своїх вимог і заперечень, крім випадків, встановлених статтею 61 ЦПК України. Таким чином, суд не є суб'єктом доведення⁴. Однак положення даного принципу не застосовуються в окремому

Изд-во Свердл. юрид. ин-та, 1987. С. 16.

¹ Правовое положение личности в советском гражданском процессе / под ред. А. А. Мельникова. Москва: Наука, 1969. С. 207.

² Курс советского гражданского процессуального права. Т. 1 / отв. ред. А. А. Мельников. Москва: Наука, 1981. С. 218.

³ Ясинок М. М. Засоби доказування та їх особливості в окремому провадженні. *Проблеми процесуальної науки: історія та сучасність*: матеріали II міжнар. наук-практ. конф. Київ: КНУ. 2010. С. 252.

⁴ Цивільний процес України: академічний курс / за ред. С. Я. Фурси. Київ: КНТ, 2009. С. 367.

провадженні. В окремому провадженні на суд покладається обов'язок сприяти особам, які беруть участь у справі, у здійсненні ними своїх прав, свобод та інтересів, та вживати заходів щодо всебічного, повного й об'єктивного з'ясування обставин справи. Таким чином, це свідчить про активність суду у формуванні доказового матеріалу¹.

Відповідно до ч. 2 ст. 235 ЦПК України з метою з'ясування обставин справи суд може за власною ініціативою витребувати необхідні докази. Це нормативне положення є підставою активності суду у збиранні доказів і тим самим підсилює роль суду при розгляді справ окремого провадження. Фактично це свідчить про збереження у повноваженнях суду функцій «слідчого», що було характерним для ЦПК УРСР 1963 р. Однак слід погодитися з П. І. Шевчуком, який вважає, що зважаючи на особливий характер справ, що підлягають розгляду в порядку окремого провадження, в основі яких лежить захист суб'єктивних прав та інтересів за відсутності матеріально-правових вимог однієї особи до іншої, роль суду не може зводитись до функцій стороннього спостерігача, а вимагає вчинення ним дій, спрямованих на захист інтересів осіб, у тому числі тих, які пов'язані з витребуванням необхідних доказів².

Як зазначає І. В. Удальцова, виходячи із законодавчо закріпленої можливості суду збирати докази у справі, тим самим пом'якшується обов'язок заінтересованих осіб надавати докази для підтвердження своїх вимог щодо встановлення певних фактів, що є предметом розгляду³. Однак сторони не звільняються від обов'язку доказування повністю. Невиконання сторонами обов'язків доказування може призвести до негативних наслідків у вигляді відмови в задоволенні заяви.

У справах окремого провадження, на відміну від справ позовного провадження, попереднє судове засідання не проводиться. Слід зазначити, що попереднє судове засідання є процесуальною формою підготовки справи до розгляду. Однак відсутність у законодавстві вимоги щодо проведення попереднього судового засідання призводить до затягування судового процесу.

Отже, *характерними рисами окремого провадження* можна назвати безспірність судових справ, об'єктом захисту яких є законні інтереси, що не опосередковані суб'єктивним правом; предметом судової діяльності є встановлення відповідного юридичного факту з метою подальшого здійснення захисту суб'єктивного права.

¹ Окреме провадження: монографія / за ред. В. В. Комарова. Харків: Право, 2011. С. 45.

² Шевчук П. І. Проведення судової реформи – важлива передумова створення нового Цивільного процесуального кодексу України. *Вісник Верховного Суду України*. 2001. № 2. С. 33.

³ Окреме провадження: монографія / за ред. В. В. Комарова. Харків: Право, 2011. С. 45.

Запитання та завдання для самоконтролю

1. Дайте визначення поняття принципів цивільного процесуального права.
2. Наведіть критерії систематизації принципів цивільного процесуального права.
3. Визначте зміст принципу поєднання диспозитивності та процесуальної активності суду в цивільному судочинстві.
4. Охарактеризуйте зміст принципу поєднання змагальності та процесуальної активності суду в цивільному судочинстві.
5. Визначте зміст принципу поєднання начал рівноправності сторін та забезпечення балансу їх рівних правових можливостей в цивільному судочинстві.
6. Як співвідносяться поняття «цивільний процес (цивільне судочинство)» і «правосуддя» у цивільних справах?
7. Дайте характеристику цивільного процесу як системи проваджень і стадій.
8. Охарактеризуйте основні риси цивільної процесуальної форми.
9. Назвіть теорії юридичної природи позову, поясніть їх зміст.
10. Охарактеризуйте елементи позову.
11. Назвіть відомі вам класифікації позовів. Поясніть їх значення.
12. Чи здійснюється у наказному провадженні правосуддя?
13. Обґрунтуйте власну позицію щодо співвідношення судового рішення і судового наказу.
14. Визначте основні риси окремого провадження.

ТЕМА 14. ПРОБЛЕМИ ПРОЦЕСУАЛЬНИХ СТРОКІВ

О. І. Антонюк

§ 1. Поняття, види процесуальних строків

Процесуальні дії суб'єктів цивільних процесуальних правовідносин, як правило, обмежуються певними строками для їх здійснення.

Гарантування судового захисту прав, свобод та інтересів у розумні строки є складовою забезпечення конвенційного права на справедливий суд (ч. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод, ч. 1 ст. 7 Закону України «Про судоустрій і статус суддів»), а своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ є завданнями цивільного судочинства (ст. 1 ЦПК України).

Недотримання строків розгляду цивільних справ порушує конституційне право на судовий захист, гарантоване ст. 55 Конституції України, і негативно впливає на ефективність правосуддя та на авторитет судової влади¹.

У проєкті ЦПК України (п. 11 ч. 3 ст. 2)² розумність строків розгляду справи судом визначена як один із основних принципів цивільного судочинства.

Процесуальні строки, передбачені ЦПК, по-перше, забезпечують оперативність цивільного судочинства, виступають процесуальним засобом регламентації процесуальних дій сторін та інших осіб, які беруть участь у справі; по-друге, виконують функцію юридичного факту, тобто спричиняють виникнення, зміну та припинення цивільних процесуальних прав та обов'язків; по-третє, поряд зі стадійністю та послідовністю є часовою, темпоральною формою здійснення процесуальних прав та обов'язків відповідних суб'єктів процесуальної діяльності³.

У сучасному цивільному процесуальному праві відсутні фундаментальні дослідження законодавчих основ інституту процесуальних строків. Найбільш детально інститут строків розглянутий у науці цивільного права. Тому деякі

¹ Про деякі питання дотримання розумних строків розгляду судами цивільних, кримінальних справ та справ про адміністративні правопорушення: постанова Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 17.10.2014 р. № 11. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0011740-14>.

² Проєкт ЦПК України № 6232 від 23.03.2017 р. URL: http://zib.com.ua/files/Proekt_CPK_100317.pdf.

³ Курс цивільного процесу: підручник / за ред. В. В. Комарова. Харків: Право, 2011. С. 424.

висновки про значення та сутність строків у цивільному праві можна використати і для характеристики строків у цивільному процесуальному праві¹.

Під *процесуальним строком* розуміють період часу, встановлений законом або судом для вчинення певної процесуальної дії.

Відповідно до ст. 67 ЦПК можна виділити два види процесуальних строків: строки, встановлені законом, та строки, встановлені судом.

До *строків, встановлених законом*, належать процесуальні строки, які визначені цивільним процесуальним законодавством (зокрема, ч. 2 ст. 31, ч. 1 ст. 105, ч. 1 ст. 123, ч. 1 ст. 131, ст. 294 ЦПК України).

Строки, встановлені законом, залежно від суб'єктів, яким вони адресовані, поділяються на строки, встановлені: 1) для осіб, які беруть участь у справі; 2) інших учасників процесу; 3) осіб, які не є учасниками процесу.

Щодо *строків, встановлених законом для суду* (службових строків), у науковій літературі існує два підходи: 1) вони є різновидом процесуальних строків, встановлених законом; 2) вони є відокремленими від процесуальних строків і складають самостійну групу строків.

Другий підхід мотивується тим, що службові строки відрізняються від строків, встановлених для осіб, які беруть участь у справі, за наслідками їх пропуску. Пропуск службового строку без поважних причин не знімає з суду обов'язку вчинити певні процесуальні дії (призначити і провести попереднє судове засідання, розглянути справу по суті і прийняти рішення). За своєю природою вони належать до сфери суддівського управління і не є преклюзивними, вони не входять до змісту цивільних процесуальних правовідносин між судом та особами, які беруть участь у справі. Вони є строками судової діяльності та мають самостійне значення у механізмі забезпечення строковості процесуальної форми цивільного судочинства².

Серед особливостей *строків, встановлених законом для осіб, які беруть участь у справі*, можна зазначити такі: 1) не можуть бути продовжені, проте можуть бути поновлені; 2) пропуск такого строку без поважних причин позбавляє особу можливості вчинити процесуальну дію.

Як приклади строків, встановлених для *інших учасників процесу*, можна навести такі: у разі неможливості прибуття за викликом суду свідок зобов'язаний *завчасно* повідомити про це суд; експерт *невідкладно* повинен повідомити суд про неможливість проведення ним експертизи через відсутність у нього необхідних знань або без залучення інших експертів.

Передбачені й деякі строки для *осіб, які не є учасниками процесу*. Наприклад, особа чи орган, що отримали окрему ухвалу суду, зобов'язані повідомити суд про вжиті заходи протягом місяця з дня її надходження.

¹ Васильєв С. В. Цивільний процес: навч. посіб. Харків: ТОВ «Одіссей», 2008. С. 108.

² Курс цивільного процесу: підручник / за ред. В. В. Комарова. Харків: Право, 2011. С. 432.

Визначені цивільним процесуальним законом процесуальні строки залежно від *чіткості визначення* поділяються на: 1) *абсолютно визначені*, коли у законі визначений конкретний часовий проміжок (ч. 1 ст. 332 ЦПК України); 2) *відносно визначені*, якщо вони у конкретно у законі не встановлюються, а прив'язуються до певного діяння чи події (ч. 5 ст. 122 ЦПК України)¹.

За способом обчислення строки поділяються на: 1) ті, що обчислюються роками, місяцями і днями; 2) ті, що визначаються вказівкою на подію, яка повинна неминуче настати (наприклад, зупинення провадження на час проведення експертизи).

До *строків, встановлених судом*, належать ті строки, тривалість яких визначається судом чи суддею з урахуванням конкретних обставин справи і особливостей кожної процесуальної дії (наприклад, строк, протягом якого має бути усунутий недолік позовної заяви, що не може перевищувати 5 днів).

Встановлюючи процесуальний строк, суд бере до уваги обставини конкретної справи та особливості процесуальної дії. Всі процесуальні строки, які призначаються судом, мають бути у межах передбачених законом строків для підготовки справи до судового розгляду та розгляду цивільних справ.

Наприклад, у ч. 2 ст. 122 проекту ЦПК України передбачено, що суд має встановлювати розумні строки для вчинення процесуальних дій. Строк є розумним, якщо він передбачає час, достатній з урахуванням обставин справи для вчинення процесуальної дії, і відповідає завданню цивільного судочинства.

Термін «розумний строк» використаний у ч. 1 ст. 157, ч. 2 ст. 302 ЦПК України, проте його поняття не розкривається. Воно є достатньо розробленим у прецедентній практиці ЄСПЛ, який зауважує, що має братися строк провадження, починаючи з моменту подання позову до суду (або з більш раннього моменту, коли, наприклад, попередня судова процедура врегулювання спору обов'язково має передувати зверненню до суду) і до завершення процедури виконання рішення².

Розумним є строк, об'єктивно необхідний для виконання процесуальних дій, прийняття процесуальних рішень, розгляду і вирішення справи з метою забезпечення своєчасного судового захисту без невиправданих зволікань.

У практиці ЄСПЛ вироблені такі критерії оцінки розумності тривалості провадження: 1) складність справи; 2) поведінка заявника; 3) поведінка

¹ Цивільний процесуальний кодекс України: науково-практ. коментар / за заг. ред. С. С. Бичкової. Київ: Атіка, 2008. С. 172–713.

² Курс цивільного процесу: підручник / за ред. В. В. Комарова. Харків: Право, 2011. С. 76; Проблеми теорії та практики цивільного судочинства: монографія / за заг. ред. В. В. Комарова. Харків: Харків юридичний, 2008. С. 169–170.

відповідних органів влади; 4) важливість предмета спору для заявника (п. 77 рішення у справі «Світлана Науменко проти України»¹, п. 61 рішення у справі «Білуха проти України»², п. 78 рішення у справі «Федіна проти України»³, п. 66 рішення у справі «Смирнова проти України»⁴).

На державу може бути покладена відповідальність лише за ті затримки, які сталися з її вини. Сторона у цивільному процесі не може бути звинувачена у використанні засобів, доступних їй відповідно до національного законодавства для захисту своїх інтересів, але вона має погодитися з тим, що такі дії об'єктивно подовжують відповідне провадження⁵. ЄСПЛ у п. 64 рішення у справі «Білуха проти України» зауважив, що заявниця певною мірою відповідальна за загальну тривалість провадження, подаючи нові вимоги, які стосувалися нових фактів, і оскаржуючи рішення у справі.

У п.п. 95–97 рішення у справі «Теліга та інші проти України»⁶ ЄСПЛ зазначив, що судові органи мають вчинити відповідні дії для забезпечення присутності відповідача в суді або продовжити розгляд справи за відсутності відповідача. Також вони є винними у затримці, спричиненій багаторазовими направленнями справи на новий розгляд з апеляційного суду до судів першої інстанції та переданням справи з одного суду до іншого, з огляду на що тривалість судового розгляду протягом 4 років та 11 місяців була визнана безпідставною затримкою та порушенням п. 1 ст. 6 Конвенції. Хоча, наприклад, у п.п. 65–66 рішення у справі «Білуха проти України» ЄСПЛ щодо провадження протягом 4 років і 5 місяців визнав затримку незначною, оскільки справа неодноразово розглядалася судами трьох інстанцій протягом відносно нетривалих періодів, зокрема, суд першої інстанції переглядав справу 5 разів, період кожного розгляду складав 8 місяців, а провадження в судах вищих інстанцій закінчувалося у період від 1 до 7 місяців.

Недостатня кількість персоналу та загальні адміністративні проблеми не є достатнім виправданням порушення критерію «розумного строку». За

¹ Рішення ЄСПЛ у справі «Світлана Науменко проти України» від 09.11.2004 р. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/980_353/print1485855830866562.

² Рішення ЄСПЛ у справі «Білуха проти України» від 09.10.2006 р. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/974_272.

³ Рішення ЄСПЛ у справі «Федіна проти України» від 02.09.2010 р. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/974_802.

⁴ Рішення ЄСПЛ у справі «Смирнова проти України» від 08.11.2005 р. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/980_440.

⁵ Рішення ЄСПЛ у справі «Павловська проти України» від 03.07.2008 р. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/974_406.

⁶ Рішення ЄСПЛ у справі «Теліга та інші проти України» від 21.12.2006 р. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/974_165.

тимчасові труднощі із забезпечення цієї вимоги держава не відповідає, якщо вона оперативно вживає заходи для подолання такої надзвичайної ситуації.

Напрямки щодо удосконалення цивільного процесуального законодавства з метою забезпечення розгляду справи у розумні строки були визначені у Рекомендаціях Комітету міністрів Ради Європи № R(81)7 від 14.05.1981 р.¹ Щодо шляхів спрощення доступу до правосуддя запропоновано скасовувати застарілі та ті, що не мають практичного значення, процедури, надати судам достатній персонал, забезпечити їх ефективну роботу і розробити механізми контролю ходу розгляду; розробити заходи щодо швидкого, без непотрібних формальностей вирішення безспірних позовних вимог.

Затягування процесу може обумовлюватися й порушенням цивільного процесуального законодавства судом. Невиправдані дії судів (відмова у прийнятті позовних заяв, необ'єктивний розгляд справ, невинновдане об'єднання справ, зміна суддів, зупинення розгляду тощо) свідчать про порушення принципу розумності строку розгляду². Порушенням розумних строків розгляду є постановлення необґрунтованих ухвал про залишення заяв без руху для усунення надуманих недоліків (для вказівки третіх осіб, надання доказів тощо), ухвал про повернення позовної заяви для подання до суду за загальною підсудністю у разі альтернативної підсудності.

Як зазначалося у листі ВС України «Щодо перевищення розумних строків розгляду справ»³, відповідальність держави за затягування провадження у справі настає у разі нерегулярного призначення чи призначення з великими інтервалами судових засідань, затягування при переданні або пересиланні справи, невжиття судом заходів для дисциплінування сторін у справі, свідків, експертів, повторного направлення справи на новий судовий розгляд.

О. І. Антонюк

§ 2. Початок перебігу процесуальних строків

Перебіг процесуального строку *починається з наступного дня після відповідної календарної дати або настання події, з якою пов'язано його початок* (ст. 69 ЦПК України).

¹ Рекомендації Комітету міністрів Ради Європи № R(81)7 від 14.05.1981 р. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_133.

² Методичні рекомендації для центральних органів виконавчої влади щодо застосування в законотворчій діяльності Конвенції про захист прав і основних свобод людини, схвалені постановою колегії Мініюсту від 21.11.2000 р. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0040323-00/colleg1485855830866562>.

³ Щодо перевищення розумних строків розгляду справ: Лист ВС України від 25.01.2006 р. № 1-5/45. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v5_45700-06.

Наприклад, відповідно до ч. 1 ст. 294 ЦПК України апеляційна скарга на рішення суду подається протягом десяти днів з дня його проголошення. Особи, які брали участь у справі, але не були присутні у судовому засіданні під час проголошення судового рішення, можуть подати апеляційну скаргу протягом десяти днів з дня отримання копії цього рішення. Проте, незважаючи на такі формулювання, у п. 5 постанови Пленуму ВС України «Про судову практику розгляду цивільних справ в апеляційному порядку»¹ роз'яснюється, що передбачені ст. 294 ЦПК строки на апеляційне оскарження рішення чи ухвали суду першої інстанції необхідно обчислювати з урахуванням визначеного ст. 69 ЦПК правила про початок перебігу процесуальних строків – з наступного дня після відповідної календарної дати та з дотриманням вимог ч.ч. 3, 6 ст. 70 ЦПК України.

Для визначення першого дня строку не має значення на який день він припадає – робочий, вихідний, святковий чи інший неробочий день. Наприклад, якщо суд проголосив рішення у п'яницю, то для особи, яка була присутня у судовому засіданні при проголошенні рішення, строк починає обраховуватися у суботу.

О. І. Антонюк

§ 3. Закінчення процесуальних строків

Питання закінчення процесуальних строків врегульоване у ст. 70 ЦПК України, згідно з якою строк, що обчислюється роками, закінчується у відповідні місяць і число останнього року строку; строк, обчислюваний місяцями, закінчується у відповідне число останнього місяця строку. Якщо закінчення строку, що обчислюється місяцями, припадає на такий місяць, що не має відповідної дати (наприклад, строк почався 31 числа, а у останньому місяці 29 днів), строк закінчується в останній день цього місяця.

При обрахуванні строку враховуються всі дні, а не лише робочі.

Під час вчинення процесуальних дій слід враховувати, що якщо закінчення строку припадає на вихідний, святковий або інший неробочий день, то останнім днем строку вважається перший після нього робочий день. Останній день строку триває до 24 години, але якщо в цей строк належало вчинити процесуальну дію в суді, де робочий час закінчується раніше, строк закінчується в момент закінчення цього часу.

Слід зазначити, що строк не вважається пропущеним, якщо до його закінчення заява, скарга, інші документи чи матеріали або грошові кошти

¹ Про судову практику розгляду цивільних справ в апеляційному порядку: Постанова Пленуму ВС України від 24.10.2008 р. № 12. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0012700-08>.

здано на пошту чи передані іншими відповідними засобами зв'язку. Подання заяви, документа або грошових сум на пошту прирівнюється до здійснення процесуальної дії у суді. У цьому випадку доказом здійснення дії у встановлений термін є поштовий штамп на конверті, поштова або телеграфна квитанція, які долучаються до справи.

Відповідно до ч. 4 ст. 70 ЦПК України строк, закінчення якого пов'язане з подією, яка повинна неминуче настати, закінчується наступного дня після настання події. Однак норми, що безпосередньо пов'язують момент закінчення певного строку з певною подією, можуть встановлювати й інше правило. Наприклад, відповідно до ч. 123 ЦПК України відповідач має право пред'явити зустрічний позов до початку розгляду справи по суті. Отже, у момент початку розгляду справи по суті строк реалізації зазначеного права відповідача є закінченим.

При цьому слід враховувати, що особливістю події як юридичного процесуального факту є те, що події самі по собі не викликають процесуальних наслідків, вони можуть бути лише приводом для звернення дії учасниками процесу¹. У зв'язку з цим О. В. Рожнов робить висновок, що строк, який визначається вказівкою на подію, яка неминуче настане, за своєю природою та суттю не є процесуальним, а відображає вимогу щодо порядку, послідовності вчинення процесуальних дій, а не час, протягом якого їх можна вчинити².

О. І. Антонюк

§ 4. Зупинення процесуальних строків

Сутність зупинення процесуального строку полягає у припиненні їх перебігу на строк, який не зараховується у рахунок тривалості процесуального строку³.

Згідно зі ст. 71 ЦПК України зупинення провадження у справі зупиняє перебіг процесуальних строків. Зупинення цих строків починається з *моменту настання події, внаслідок якої суд зупинив провадження*. Внаслідок зупинення провадження у справі зупиняються всі поточні строки, які ще не закінчилися (це, зокрема, стосується строків апеляційного та касаційного оскарження ухвали суду, що може бути оскаржена окремо від рішення, наприклад, ухвали про відкриття провадження з порушенням правил підсудності).

У ч. 1 ст. 126 проекту ЦПК України передбачено, що зупинення провадження у справі зупиняє перебіг процесуальних строків. Тобто не

¹ Цивільне процесуальне право України / за ред. В. В. Комарова. Харків: Право, 1999. С. 60.

² Курс цивільного процесу: підручник / за ред. В. В. Комарова. Харків: Право, 2011. С. 428.

³ Там само. С. 430.

зазначається, що строк зупиняється в момент настання підстави для зупинення провадження.

У справі № 643/1155/16-ц¹ ВС України одним із критеріїв правомірності зупинення провадження у справі визначив дотримання розумного строку судового розгляду, зауваживши, що межі зупинення провадження у справі не повинні призводити до зменшення розумного строку розгляду справи. У справі, яка переглядалася, предметом спору було стягнення 3% річних від суми боргу за договором позики, заборгованість за яким стягнуто на підставі судового рішення, та індексу інфляції за час прострочення виконання грошового зобов'язання. Підставою для зупинення провадження у справі став факт розгляду судом цивільної справи про визнання недійсним вказаного договору позики. ВС України зауважив, що, зупинивши провадження у справі, суд, крім іншого, порушив право позивача на розумні строки розгляду справи. Тобто до обчислення розумного строку розгляду справи ВС України не застосував норму щодо зупинення перебігу процесуального строку у разі зупинення провадження.

Провадження у справі поновлюється після усунення обставин, які викликали його зупинення. *З дня поновлення провадження у справі перебіг процесуальних строків продовжується* (ст. 204 ЦПК України). Тобто у питанні поновлення обрахування строку законодавець обрав інший підхід, ніж у питанні визначення моменту зупинення строку, пов'язавши поновлення строку не з моментом усунення обставин, які викликали його зупинення, а з моментом постановлення ухвали про поновлення провадження.

У п. 34 Постанови Пленуму ВС України «Про застосування норм цивільного процесуального законодавства при розгляді справ у суді першої інстанції»² роз'яснено, що, враховуючи, що ст. 203 ЦПК пов'язує строки зупинення провадження у справі з обставинами, після усунення яких суд зобов'язаний відновити провадження у справі, суддя повинен періодично перевіряти, чи не усунені ці обставини, що викликали його зупинення. Суду також слід роз'яснити особам, які беруть участь у справі, їх процесуальний обов'язок інформувати суд про усунення обставин, що викликали його зупинення. Час, який минув з моменту зупинення провадження у справі і до його відновлення, не включається до строку розгляду справи.

Після поновлення процесуального строку при обрахуванні строку береться до уваги лише та його частина, що минула до зупинення строку.

¹ Постанова ВС України від 01.02.2017 р. № 643/1155/16-ц. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/64712104>.

² Про застосування норм цивільного процесуального законодавства при розгляді справ у суді першої інстанції: постанова Пленуму ВС України від 12.06.2009 р. № 2. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v0002700-09/print1485804649358336>.

О. І. Антонюк

§ 5. Наслідки пропущення процесуальних строків

Внаслідок пропущення процесуальних строків:

1) втрачається право на вчинення процесуальної дії. Це означає, що особи, які не скористалися наданим їм правом і не вчинили певну процесуальну дію, більше не мають право її вчинити. Хоча у них залишається право клопотати перед судом про поновлення або продовження процесуального строку¹;

2) документи залишаються без розгляду, якщо суд за клопотанням особи, що їх подала, не знайде підстав для поновлення або продовження строку.

Наприклад, відповідно до ч. 2 ст. 131 ЦПК України докази, подані з порушенням встановленого строку, не приймаються, якщо сторона не доведе, що докази подано несвоєчасно з поважних причин. Згідно з ч. 3 ст. 297 ЦПК України апеляційна скарга залишається без руху у випадку, якщо вона подана після закінчення встановлених строків, і особа, яка її подала, не порушує питання про поновлення цього строку, або якщо підстави, вказані нею у заяві, визнані неповажними. При цьому протягом тридцяти днів з моменту отримання ухвали особа має право звернутися до апеляційного суду з заявою про поновлення строків або вказати інші підстави для поновлення строку. Якщо заяву не буде подано особою у зазначений строк або вказані нею підстави для поновлення строку апеляційного оскарження будуть визнані неповажними, суддя-доповідач відмовляє у відкритті апеляційного провадження.

Можуть бути встановлені й інші правові наслідки закінчення процесуального строку. Наприклад, відповідно до ч. 5 ст. 151 ЦПК України у разі подання заяви про забезпечення позову до подання позовної заяви заявник повинен подати відповідну позовну заяву протягом трьох днів з дня постановлення ухвали про забезпечення позову. У разі неподання позовної заяви у цей строк суд скасовує вжиті заходи забезпечення позову на підставі п. 1 ч. 7 ст. 154 ЦПК України. У ч. 4 ст. 133 ЦПК України передбачено, що у разі подання заяви про забезпечення доказів до подання позовної заяви заявник повинен подати позовну заяву протягом трьох днів з дня постановлення ухвали про забезпечення доказів. У разі неподання позовної заяви у зазначений строк особа, яка подала заяву про забезпечення доказів, зобов'язана відшкодувати судові витрати, а також збитки, заподіяні у зв'язку із забезпеченням доказів.

¹ Цивільний процесуальний кодекс України: наук.-практ. коментар / за заг. ред. С. С. Бичкової. Київ: Атіка, 2008. С. 180.

Проте закінчення процесуального строку не припиняє обов'язку особи щодо виконання конкретних процесуальних дій. Наприклад, фізичні або юридичні особи, які не мають можливості надати докази, які вимагає суд, повинні повідомити про це суд, вказавши причину.

Закінчення службового строку не позбавляє суд відповідних повноважень, зокрема щодо подальшого розгляду справи та ухвалення рішення, якщо строк, зазначений у ст. 157 ЦПК України, у тому числі й той, на який розгляд справи було продовжено, закінчився.

О. І. Антонюк

§ 6. Поновлення та продовження процесуальних строків

Згідно зі ст. 73 ЦПК України суд поновлює або продовжує строк, встановлений відповідно законом або судом, за клопотанням сторони або іншої особи у разі його пропуску з поважних причин.

Продовження процесуального строку є встановленням судом або суддею нового строку для вчинення тієї процесуальної дії, яку не було виконано в призначений термін через поважні обставини, що перешкоджають її реалізації. Продовження процесуального строку можливо у тому випадку, коли в призначений судом строк виконати певну процесуальну дію неможливо з поважних причин.

При цьому, окрім наведення поважної причини пропуску строку, необхідно підтвердити її доказами, зокрема, письмовими доказами перебування на стаціонарному лікуванні, у відрядженні тощо.

Строки для оскарження судових рішень доволі часто поновлюються з огляду на несвоєчасну видачу судами копії судового рішення. Наприклад, у постанові ВС України від 01.03.2017 р. у справі № 6-245цс17¹ зроблено висновок, що якщо недотримання строків касаційного оскарження було зумовлене діями (бездіяльністю) суду апеляційної інстанції, зокрема повний текст судового рішення особі надіслано з значним запізненням, що істотно звужує передбачений ст. 326 ЦПК України 20-денний строк на складання та подання касаційної скарги, то ця обставина може бути підставою для поновлення строку на касаційне оскарження за заявою особи, яка оскаржує судові рішення. Постановляючи ухвалу про відмову у відкритті касаційного провадження, суд не звернув уваги на те, що з вини суду апеляційної інстанції заявник отримав копію повного тексту оскаржуваного судового рішення за вісім днів до закінчення строку на касаційне оскарження, що значно звужило його права на подання касаційної скарги та її мотивування відповідно до вимог

¹ Постанова ВС України від 01.03.2017 р. у справі № 6-245цс17. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/65111186>.

ст. 326 ЦПК України, а тому касаційний суд дійшов передчасного висновку щодо відмови у відкритті касаційного провадження.

Поважною є причина, яка об'єктивно унеможлиблювала або ускладнювала вчинення певної процесуальної дії у визначений строк¹.

Законодавство не містить переліку причин, що є поважними, суд у кожному конкретному випадку самостійно вирішує питання поважності причини. Тобто мова йде про дискреційні повноваження².

У п. 1.6. Методології проведення антикорупційної експертизи, затвердженої наказом Мініюсту від 23.06.2010 р. № 1380/5, дискреційні повноваження визначаються як сукупність прав та обов'язків органів державної влади та місцевого самоврядування, осіб, уповноважених на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, що надають можливість на власний розсуд визначити повністю або частково вид і зміст управлінського рішення, яке приймається, або можливість вибору на власний розсуд одного з декількох варіантів управлінських рішень, передбачених нормативно-правовим актом, проектом нормативно-правового акта.

Згідно з Рекомендаціями Комітету Міністрів Ради Європи № R(80)2 щодо здійснення адміністративними органами влади дискреційних повноважень, прийнятої Комітетом Міністрів 11.03.1980 р. на 316-й нараді, під дискреційними повноваженнями слід розуміти повноваження, що адміністративний орган, приймаючи рішення, може здійснювати з певною свободою розсуду, тобто, коли такий орган може обирати з декількох юридично допустимих рішень те, яке він вважає кращим за даних обставин. Це надає можливість представникові влади здійснювати вибір варіанта рішення відповідно до власних міркувань, не обмежуючись чітко визначеним варіантом вирішення для конкретної ситуації. Обмежуючим фактором для рішень представників влади згідно з визначенням дискреційних повноважень є закон і справедливість.

З цього приводу доречно навести позицію, викладену у рішенні Конституційного Суду України від 02.11.2004 р. № 15-рп/2004³, в якому зазначається, що *справедливість* – одна з основних засад права – є *вирішальною у визначенні його як регулятора суспільних відносин, одним із загальнолюдських вимірів*

¹ Цивільний процесуальний кодекс України: науково-практ. коментар / за заг. ред. С. С. Бичкової. Київ: Атіка, 2008. С. 181.

² Методологія проведення антикорупційної експертизи: затв. наказом Міністерства юстиції України від 23.06.2010 р. № 1380/5. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v1380323-10/print1485804649358336#n15>.

³ Рішення Конституційного Суду України від 02.11.2004 р. № 15-рп/2004 у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення судом більш м'якого покарання). URL: <http://www.ccu.gov.ua/docs/504>.

права. У сфері реалізації права справедливості проявляється зокрема у рівності всіх перед законом, цілях законодавця і засобах, що обираються для їх досягнення.

Процесуальний строк, встановлений суддею одноособово, продовжується ним самим. Якщо строк призначено судом в колегіальному складі, то він може бути продовжений лише ухвалою колегії суддів.

Продовжуються лише строки, встановлені судом або суддею.

У ч. 2 ст. 157 ЦПК України передбачене продовження службового строку як строк розгляду справи. Зокрема, у виняткових випадках за клопотанням сторони, з урахуванням особливостей розгляду справи, суд ухвалою може подовжити розгляд справи, але не більш ніж на 15 днів (ч. 2 ст. 157 ЦПК України).

Суд може продовжити строк розгляду справи за наявності таких умов: а) у виняткових випадках, що визначаються обставинами, які ускладнюють або роблять неможливим розгляд справи у встановлений термін (наприклад, хвороба сторони або судді; велика кількість доказів, які слід дослідити, необхідність призначення експертиз та їх складність; велика кількість осіб, які беруть участь у справі, тощо); б) за клопотанням сторони, а не інших осіб, які беруть участь у справі, однак це не означає, що суд, виконуючи вимоги ч. 4 ст. 10 ЦПК України, не вправі поставити таке питання на обговорення; в) з урахуванням особливостей розгляду справи, які в кожному конкретному випадку визначаються правовою та фактичною складністю справи, обсягом і специфікою процесуальних дій, необхідних для всебічного і повного дослідження обставин справи, необхідністю отримання міжнародної допомоги тощо. *Повторне продовження строку розгляду справи законом не передбачено* (п. 5 постанови Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ «Про деякі питання дотримання розумних строків розгляду судами цивільних, кримінальних справ та справ про адміністративні правопорушення» від 17.10.2014 р № 11).

У ч. 2 ст. 128 проекту ЦПК України передбачена норма, відповідно до якої встановлений судом процесуальний строк може бути продовжений за заявою учасника справи, поданою до закінчення цього строку, чи з ініціативи суду.

Поновлення процесуального строку означає дозвіл суду за наявності поважних причин вчинити певну процесуальну дію після закінчення пропущеного строку на її вчинення.

Суд на підставі ст. 73 ЦПК України поновлює строк, встановлений законом, за клопотанням сторони або іншої особи, яка бере участь у справі, у разі його пропуску з поважних причин.

Переважно закон не обмежує будь-яким періодом час подання клопотання про поновлення пропущеного строку.

Винятком з цього правила, наприклад, є норма абз. 3 ч. 3 ст. 297 ЦПК України відповідно до якої незалежно від поважності причини пропуску строку апеляційного оскарження апеляційний суд відмовляє у відкритті апеляційного провадження у разі, якщо апеляційна скарга прокурора, органу державної влади або органу місцевого самоврядування подана після закінчення одного року з моменту оголошення судового рішення, що оскаржується. Аналогічна норма передбачена і щодо неприпустимості поновлення строку на касаційне оскарження (абз. 3 ч. 3 ст. 328 ЦПК України).

У ч. 2 ст. 359 проекту ЦПК передбачається розширити коло випадків, для яких встановлений зазначений преклюзивний строк. Так, передбачається, що незалежно від поважності причин пропуску строку на апеляційне оскарження суд апеляційної інстанції відмовляє у відкритті апеляційного провадження у разі, якщо апеляційна скарга подана після спливу одного року з дня складення повного тексту судового рішення, крім випадків: 1) подання апеляційної скарги особою, не повідомленою про розгляд справи або не залученою до участі в ній, якщо суд ухвалив рішення про її права та (або) обов'язки; 2) пропуску строку на апеляційне оскарження внаслідок обставин непереборної сили. Аналогічні обмеження передбачається запровадити і щодо поновлення строку на касаційне оскарження (ч. 2 ст. 395).

Питання про поновлення пропущеного строку вирішує суд, в якому слід було вчинити процесуальну дію.

Цивільним процесуальним законодавством встановлено, що одночасно з клопотанням про поновлення або продовження строку слід здійснити ту дію, представити той документ чи доказ, щодо якого заявлено клопотання (ч. 3 ст. 73 ЦПК України). Тобто фактично суд не надає при поновленні чи продовженні додатковий строк для вчинення певної процесуальної дії, а приймає ту процесуальну дію, яка вчиняється з пропуском процесуального строку, якщо його поновлено чи продовжено. Винятком є випадок, передбачений у ч. 2 ст. 157 ЦПК України, у якій продовження розгляду справи обумовлює додатковий строк її розгляду.

Разом з тим, як зазначає О. В. Рожнов, наведене у ч. 3 ст. 73 ЦПК України правило не відповідає суті продовження процесуального строку, що обумовлює надання додаткового строку, а не визнання простроченої процесуальної дії дійсною, як при поновленні¹.

З питань про поновлення або продовження строку суд постановляє ухвалу. На ухвалу суду *про відмову* поновити пропущений процесуальний строк може бути подана скарга до суду апеляційної інстанції (ч. 7 ст. 293 ЦПК України).

Відмова у поновленні строку, пропущеного з поважних причин, розгля-

¹ Курс цивільного процесу: підручник / за ред. В. В. Комарова. Харків: Право, 2011. С. 431.

дається ЄСПЛ як порушення п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод. Так, у п. 47 рішення у справі «Мушта проти України»¹ ЄСПЛ дійшов висновку про те, що заявниця та її представник діяли у цій справі з належною сумлінністю та що не було вини заявниці в тому, що вона не подала касаційну скаргу в межах строку, встановленого законодавством. Суд зазначає, що за обставин цієї справи застосування процесуальних обмежень національним судом не було очевидним та передбачуваним для заявниці і тому не відповідало принципу юридичної визначеності. Відповідно мало місце порушення п. 1 ст. 6 вказаної Конвенції.

У п. 41 рішення у справі «Пономарьов проти України» ЄСПЛ наголосив на тому, що поновлення строку на апеляційне оскарження зі впливом значного періоду часу та за підстав, які не видаються переконливими, зокрема з мотивів, що нібито складне економічне становище перешкоджало відповідачу сплатити державне мито, може порушити принцип юридичної визначеності, як і перегляд в порядку нагляду. Суд визнає, що вирішення питання щодо поновлення строку на оскарження перебуває в межах дискреційних повноважень національних судів, однак такі повноваження не є необмеженими. Від судів вимагається вказувати підстави. Однією із таких підстав може бути, наприклад, неповідомлення сторін про прийняті рішення у їхній справі. Проте навіть тоді можливість поновлення не буде необмеженою, оскільки сторони в розумні інтервали часу мають вживати заходів, щоб дізнатись про стан відомого їм судового провадження. У кожній справі національні суди мають перевіряти, чи підстави для поновлення строків для оскарження виправдовують втручання у принцип *res judicata*, особливо як у цій справі, коли національне законодавство не обмежує дискреційні повноваження судів ні у часі, ні у підставах для поновлення строків.

Запитання та завдання для самоконтролю

1. Обґрунтуйте власну позицію щодо співвідношення понять «час» і «строк».
2. Обґрунтуйте власну позицію щодо місця службових строків у системі строків, передбачених для вчинення процесуальних дій.
3. Розкрийте класифікацію цивільних процесуальних строків.
4. Назвіть правові наслідки порушення розумного строку розгляду справи.
5. Охарактеризуйте критерії оцінки розумності тривалості розгляду справи.

¹ Рішення ЄСПЛ у справі «Мушта проти України» від 18.11.2010 р. URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/974_660.

6. Визначте відмінності закінчення процесуальних строків, встановлених для суду, та осіб, які беруть участь у справі.
7. Назвіть відмінності поновлення та продовження процесуального строку.
8. На підставі аналізу норм ЦПК УРСР 1963 р., ЦПК України 2004 р. та проекту ЦПК України 2017 р. визначте основні тенденції щодо тривалості процесуальних строків.

ТЕМА 15. ПРОБЛЕМИ ДОКАЗУВАННЯ ТА ДОКАЗІВ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ. ПРОБЛЕМИ ПЕРЕГЛЯДУ СУДОВИХ РІШЕНЬ

О. Є. Аврамова

§ 1. Поняття доказів та доказування у цивільному процесі

Докази використовуються в суді для встановлення фактичних обставин справи. Згідно з ч. 1 ст. 11 ЦПК України суд розглядає цивільні справи не інакше як за зверненням фізичних чи юридичних осіб, поданим відповідно до ЦПК України, в межах заявлених ними вимог і на підставі доказів сторін та інших осіб, які беруть участь у справі. Докази та процедура доказування у широкому розумінні є елементом обґрунтованого та справедливого судового рішення. Обґрунтованим визнається рішення, ухвалене на основі повно і всебічно з'ясованих обставин, на які сторони посилаються як на підставу своїх вимог і заперечень, підтверджених доказами, які були досліджені в судовому засіданні та відповідають вимогам закону про їх належність та допустимість, або обставин, що не підлягають доказуванню, а також якщо рішення містить вичерпні висновки суду, що відповідають встановленим на підставі достовірних доказів обставинам, які мають значення для вирішення справи (ч. 4 п. 2 Постанови Пленуму ВС України «Про судові рішення у цивільній справі» від 18.12.2009 р. № 14)¹.

Доказами є будь-які фактичні дані, на підставі яких суд встановлює наявність або відсутність обставин, що обґрунтовують вимоги і заперечення сторін, та інших обставин, які мають значення для вирішення справи (ст. 59 ЦПК України). Сутність судових доказів пояснює теорія відображення, на підставі якої у доктрині цивільного процесу була розроблена інформаційна концепція, згідно з якою судові докази – це діалектичне поєднання інформації (змісту) та джерела інформації (процесуальної форми)². Інформація, що відображена у доказах, є предметною, оскільки вона стосується обставин цивільної справи. Але пізнати дану інформацію можна тільки через її носія³.

¹ Про судові рішення у цивільній справі: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 18.12.2009 р. № 14. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v0014700-09>.

² Зеленьак А. С. Використання речових доказів під час розгляду та вирішення цивільних справ: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Нац. акад. прокуратури України. Київ, 2015. С. 9.

³ Андрийцьо В. Д. Докази як об'єкт на етапі збирання доказів у цивільному процесі. *Право і суспільство*. 2013. № 4. С. 34.

Отже, доказами є інформація (дані/відомості) про факти; інформація про факти, що стосуються предмету спору; інформація, що міститься у процесуальній формі (*probatio*) та одержана у законному процесуальному порядку.

Суд розглядає докази, що є *належними* (ст. 58 ЦПК України) та *допустимими* (ст. 59 ЦПК України). Допустимість, належність доказів безпосередньо мають відношення до законності розгляду справи. При ухваленні рішення суд відповідно до ст. 212 ЦПК України оцінює докази з урахуванням вимог ст.ст. 58 та 59 ЦПК України про їх належність і допустимість (ч. 2 п. 6 Постанови Пленуму ВС України «Про судові рішення у цивільній справі» від 18.12.2009 р. № 14). Питання належності та допустимості доказів судом розглядається як на стадії підготовки справи до судового розгляду, так і на стадії ухвалення рішення. На стадії підготовки справи до судового розгляду суд може вилучати із процесу доказування докази, що не стосуються справи.

Належними є докази, які містять інформацію щодо предмета доказування (ч. 1 ст. 58 ЦПК України). *Належність доказів* визначається чотирма групами обставин, що мають значення для справи: 1) фактами предмета доказування; 2) доказовими фактами; 3) процесуальними фактами, наприклад, що впливають на виникнення права на пред'явлення позову, зупинення провадження у справі тощо; 4) фактами, що дають підстави для прийняття окремої ухвали по справі¹. Тобто належною інформацією про факти буде інформація, що має значення для встановлення обставин, які безпосередньо мають відношення до спірного правовідношення. Наприклад, наявність/відсутність підпису на наказі про звільнення працівника у справі про поновлення на роботі може бути встановлена лише при огляді відповідного наказу, що буде виступати письмовим доказом та буде належним доказом, який безпосередньо має відношення до справи.

Суд не бере до уваги докази, одержані з порушенням порядку, встановленого законом (ч. 1 ст. 59 ЦПК України). Це і є правило допустимості доказів. *Допустимість доказу* – це придатність доказу з точки зору законності джерел, методів та прийомів отримання відповідної інформації. Вирішуючи питання про те, які докази допускати, а які не допускати в процес, суд керується такими критеріями: по-перше, використання тільки передбачених законом доказів (пояснення сторін і третіх осіб, показання свідків, письмові та речові докази, висновки експертів тощо); по-друге, підтвердження конкретних обставин тільки певними засобами доказування; по-третє, отримання доказів з дотриманням цивільної процесуальної форми. Система допустимості доказів складається з внутрішньої і зовнішньої їх оцінки при розгляді цивільної справи судом. При цьому тільки суд робить самостійні висновки про допустимість доказів.

¹ Васильєв С. В. Гражданский процесс: курс лекций. Харьков: Эспада, 2010. С. 413.

Докази є предметом доказування. Процес доказування є невід’ємною складовою цивільного судочинства, адже жодна справа не може бути вирішена без доказування¹, оскільки метою доказування є встановлення обставин цивільної справи. В юридичній літературі існує декілька різних підходів до визначення поняття доказування у цивільному судочинстві: 1) як процесуальної діяльності суду та осіб, які беруть участь у справі; 2) як процесуальної діяльності осіб, які беруть участь у справі; 3) як різновиду судового пізнання, що включає як опосередковане, так і безпосереднє отримання знань про факти дійсності². Незважаючи на складність розуміння доказування, найбільш поширеним є підхід що судове доказування – це розумово-процесуальна діяльність суду та осіб, які беруть участь у справі, що спрямована на визнання, збір, дослідження та оцінку доказів, з метою справедливого вирішення справи по суті та прийняття обґрунтованого рішення³.

Суб’єктами доказування виступають особи, які беруть участь у справі (ст. 27, 60 ЦПК України) та суд. Щодо правової природи доказування у науці виникла певна дискусія: одні науковці вказують, що це право на доказування (С. С. Бичкова⁴, К. В. Гусаров⁵); інші, – що це цивільно-процесуальний обов’язок (В. Д. Андрійцьо⁶); треті, – що це є одночасно і право, і обов’язок осіб (Т. В. Руда⁷).

У процесі доказування виокремлюють такі *стадії*: 1) формування предмета доказування; 2) збирання доказів; 3) подання доказів; 4) дослідження доказів; 5) оцінка доказів.

Формування предмета доказування здійснюється сторонами процесу для обґрунтування власної позиції за справою. У процесі формування доказів відбувається їх дослідження. Сторони задовго до суду, а позивач – навіть до

¹ Руда Т. В. Докази і доказування в цивільному процесі України і США: порівняльно-правовий аналіз: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. Київ, 2012. С. 11.

² Штефан А. С. Поняття судового доказування у цивільному процесі. *Часопис Академії адвокатури України*. 2015. Т. 8. № 1. С. 65.

³ Васильєв С. В. Порівняльний цивільний процес: підручник. Київ: Алерта, 2015. С. 106.

⁴ Бичкова С. С. Цивільний процесуальний статус осіб, які беруть участь у справах позовного провадження: моногр. Київ: Атіка, 2011. С. 4.

⁵ Гусаров К. В. Проблемы гражданской процессуальной правосубъектности: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Нац. юрид. акад. Украины им. Ярослава Мудрого. Харьков, 2000. С. 9.

⁶ Андрійцьо В. Д. Доказування обставин справи: право чи обов’язок? *Теорія і практика правознавства*: електрон. наук. фах. вид. Нац. юрид. ун-ту ім. Ярослава Мудрого. 2013. № 2. С. 1–7. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/tipp_2013_2_14.

⁷ Руда Т. В. Докази і доказування в цивільному процесі України і США: порівняльно-правовий аналіз: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Київськ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. Київ, 2012. С. 6.

початку цивільної справи здійснюють фактичне дослідження доказів, оскільки вони ознайомлюються з тими джерелами доказування, що у них уже є. Сам суд, як суб'єкт доказування, ознайомлюється з доказовим матеріалом у міру його надходження до цивільної справи з дотриманням не тільки ним, але й усіма іншими суб'єктами доказування встановленої процедури вилучення доказової інформації¹.

Збирання доказів – це процес отримання доказів. Він здійснюється особами, які їх подають, а також судом. Згідно з ч. 1 ст. 132 ЦПК України суд, який розглядає справу, в разі необхідності збирання доказів за межами його територіальної підсудності доручає відповідному суду провести певні процесуальні дії.

Подання доказів здійснюється за правилами, встановленими ст. 131 ЦПК України, зокрема сторони зобов'язані подати свої докази суду до або під час попереднього судового засідання у справі, а якщо попереднє судове засідання у справі не проводиться, – до початку розгляду справи по суті. Якщо докази подаються після цих процесуальних стадій, то докази не приймаються, якщо сторона не доведе, що докази подані несвоєчасно з поважних причин. При неможливості самостійно подати докази особи, які беруть участь у справі, мають право заявити клопотання про забезпечення цих доказів. До клопотання про забезпечення доказів додається документ про сплату судового збору (ч. 1 ст. 133 ЦПК України). У заяві про забезпечення доказів мають бути зазначені: докази, які необхідно забезпечити; обставини, що можуть бути підтверджені цими доказами; обставини, які свідчать про те, що подання потрібних доказів може стати неможливим або ускладненим, а також справа, для якої потрібні ці докази або з якою метою потрібно їх забезпечити (ст. 134 ЦПК України).

Дослідження доказів – це вивчення судом інформації про фактичні обставини справи. Воно здійснюється за формальною ознакою (перевірка відповідності доказів (перевірка доказів на предмет їхньої допустимості та належності доказу по конкретній справі) та змістовою ознакою (достатності доказів у сукупності для доказування певної обставини, значущості доказів по конкретній справі). Лише у сукупності формальних та змістових ознак необхідно здійснювати дослідження. Дослідження доказів у суді першої інстанції за правилами цивільної процесуальної форми може бути двояке: попереднє та остаточне. Попереднє дослідження судових доказів проводиться з метою здійснення попередньої оцінки доказів на предмет їх належності та допустимості до цивільної справи². Дослідження доказів, як правило,

¹ Адрійцьо В. Д. Дослідження доказів як етап процесу доказування в цивільному судочинстві. *Вісник Вищої Ради юстиції*. 2013. № 3. С. 9.

² Баулин О. В., Фильченко Д. Г. Доказательства и доказывание в гражданском судопроизводстве / под общ. ред. О. В. Баулина. Воронеж: Изд-во Воронеж. гос. ун-та, 2006. С. 26.

здійснюється у залі судового засідання. Це правило передбачене для того, щоб велася чітка технічна фіксація процесу дослідження судових доказів і суб'єкти доказування мали можливість отримати точну інформацію за результатами проведеного дослідження.

Виділяють такі способи дослідження доказів: а) пояснення осіб, які беруть участь у розгляді справи (ст. 176 ЦПК України); б) допит свідків (ст. 180 ЦПК України) та експертів (ч. 3 ст. 189 ЦПК України); в) оголошення показань свідків (ст. 183 ЦПК України), оголошення письмових доказів (ст. ст. 185, 186 ЦПК України), оголошення протоколу огляду речових доказів (ч. 2 ст. 187 ЦПК України), оголошення висновку експерта (ч. 1 ст. 189 ЦПК України); г) огляд речових доказів (ст. 187 ЦПК України); д) відтворення аудіозапису та демонстрація відеозапису (ст. 188 ЦПК України)¹.

Оцінка доказів здійснюється самостійно судом за своїм внутрішнім переконанням, що ґрунтується на всебічному, повному, об'єктивному та безпосередньому дослідженні наявних у справі доказів (ст. 212 ЦПК України). Внутрішнє переконання суду при оцінці доказів базується на правосвідомості, правовій культурі, світогляду судді, свободі в оціночній діяльності, відсутності заінтересованості у розгляді справи, що надає можливість отримати неупереджену та справедливу оцінку доказів. У зв'язку з цим оцінка доказів є складною розумовою діяльністю суду. Остаточна оцінка доказів здійснюється у нарадчій кімнаті. При оцінці доказів суд розглядає кожен доказ окремо, встановлює його значення для справи, перевагу над іншими доказами. Після цього суд оцінює докази у їх сукупності. У мотивувальній частині рішення суд наводить дані про юридичну оцінку доказів, а також оцінку всіх доказів, з яких суд виходив при задоволенні позовних вимог.

О. Є. Аврамова

§ 2. Доказові факти

Доказові факти – це доведені факти у справі, які дозволяють логічним шляхом вивести юридичний факт. Вони використовуються судом як докази. Доказові факти служать засобом встановлення юридичних фактів матеріально-правового характеру, оскільки встановлення саме цих обставин визначає результат розгляду спору по суті². Вони входять до предмета доказування.

Доказові факти характеризуються такими чинниками: вказують (прямо чи опосередковано) на виникнення, зміну, припинення конкретних правовід-

¹ Адрійцьо В. Д. Дослідження доказів як етап процесу доказування в цивільному судочинстві. *Вісник Вищої Ради юстиції*. 2013. № 3. С. 11.

² Баулин О. В. Бремя доказывания при разбирательстве гражданских дел: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.15 / Моск. гос. ун-т им. М. В. Ломоносова. Москва, 2005. С. 101.

носин; вони потребують підтвердження доказами; стосуються предмета позову; відповідають вимогам достовірності та належності; виконують роль сполучної ланки між засобами доказування та юридичними фактами, які є предметом доказування. Для доведення певних обставин справи (юридичного факту) можуть застосовуватися декілька послідовно пов'язаних між собою доказових фактів. Таким чином, фактичні дані, що є доказами, виступають у судовому процесі або у вигляді відомостей про факти, що цікавлять суд, або у вигляді доказових фактів.

У процесі доказування доказові факти мають важливе значення, проте вони є лише одним з елементів предмету доказування. Вони можуть прямо або непрямо обґрунтовувати наявність або відсутність якої-небудь з обставин, що входять до предмета доказування. За їх допомогою суд може прийти до висновку про існування чи відсутність фактичних обставин. Наприклад, проведення судово-біологічної (судово-генетичної) експертизи у справах про встановлення факту батьківства/материнства може вказувати на конкретну особу, яка може бути батьком/матір'ю дитини; висновок експерта буде оцінюватися судом разом з іншими доказами у такій справі. При цьому фактичні дані, викладені у висновку експерта, будуть виступати доказовим фактом, який надає можливість встановити конкретні матеріально-правові обставини, що існували та можуть бути встановлені у ретроспективі.

Для встановлення кінцевих фактів, що мають юридичне значення, доказові факти мають проміжний характер, оскільки самостійно вони не мають правового значення для вирішення конкретної справи. Їх природа має додатковий характер, що формує повний предмет доказування. Ухвалення справедливого судового рішення на підставі лише доказових фактів не є можливим. Проміжний характер доказових фактів пов'язаний з тим, що предмет доказування може бути встановлено і без доказових фактів. Такий стан пов'язано з тим, що вони слугують для формування напряму подальшого доказування за справою. Вони формуються на початковій стадії доказування, оскільки оцінці вже підлягають кінцеві докази, а доказові факти є проміжним підсумком процесу доказування.

Доказові факти можуть використовуватися для підтвердження власної позиції як відповідачем, так і позивачем за справою. При цьому доказові факти можуть формуватися як обов'язкові (передбачені законом), так і додаткові (додаються сторонами за власною ініціативою). Якщо не будуть встановлені обов'язкові доказові факти, то це може вказувати на неповноту і однобічність дослідження. Незважаючи на закріплення певних доказових фактів у законі, чіткого переліку доказових фактів за будь-якою справою не існує. Взагалі їх неможливо змоделювати для кожної справи, оскільки вони мають певну індивідуальність, що залежить від характеру правовідносин між сторонами.

На доказові факти поширюються вимоги належності та допустимості

доказів. Тому при формуванні, поданні, дослідженні доказових фактів на них поширюються усі вимоги, що висуваються до доказів за конкретною справою.

Доказові факти характеризуються наступним: 1) вказують (прямо, опосередковано) на конкретні матеріальні обставини справи; 2) за їх допомогою встановлюються юридичні факти; 3) належать до предмета позову; 4) допомагають встановити істину за справою; 5) мають проміжний характер; 6) встановлюються різними законними засобами доказування.

О. Є. Аврамова

§ 3. Предмет доказування

Предмет доказування є однією з найбільш дискусійних категорій в юридичній науці. Незважаючи на те, що науковці віддають велике значення її змісту, єдиної позиції щодо розуміння предмета доказування не сформовано. Одні науковці розглядають предмет доказування у широкому розумінні, як сукупність обставин матеріально-правового та процесуального характеру, які встановлюються для правильного вирішення цивільної справи (С. С. Бичкова¹, І. В. Решетникова²). Інші трактують предмет доказування у вузькому розумінні, як юридичні факти підстави позову і заперечень проти нього, тобто факти, що мають виключно матеріальний характер (О. П. Клейнман³, С. В. Курильов⁴).

Виокремлюють загальний, видовий, безпосередній предмет доказування. *Загальний предмет доказування* становить основу теоретичних досліджень доказової діяльності. *Видовий предмет доказування* дозволяє встановити специфіку окремих категорій цивільних справ і служить меті практичної орієнтації суду та осіб, які беруть участь у справі. *Безпосередній предмет доказування* встановлюється в кожній окремо взятій справі і є підставою для вирішення спору судом⁵. Окремо у науці сформовано поняття локального предмета доказування. *Локальний предмет доказування* має місце при

¹ Цивільне процесуальне право України: підручник / за заг. ред. С. С. Бичкової. Київ: Атіка, 2006. С. 223.

² Решетникова І. В. Курс доказательственного права в российском гражданском судопроизводстве. Москва: Норма-ИНФРА-М, 2000. С. 133.

³ Клейнман А. Ф. Основные вопросы теории доказательств в советском гражданском процессе. Москва: Изд-во АН СССР, 1950. С. 33.

⁴ Курылев С. В. Основы теории доказывания в советском правосудии. Минск: Изд-во БГУ, 1969. С. 39.

⁵ Фартушок Н. Б. Тягар доказування в цивільному судочинстві: порівняльно-правове дослідження: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького. Київ, 2016. С. 70.

вчиненні окремих процесуальних дій, які мають факультативний характер¹. Локальний предмет доказування має місце при вчиненні конкретних процесуальних дій, зокрема при розгляді клопотань про витребування доказів, коли необхідно встановити, що у сторін та інших осіб, які беруть участь у справі, є складнощі щодо отримання доказів. Він є системою процесуальних дій для прийняття певної ухвали.

Проблематика визначення предмета доказування пов'язана з тим, що у ЦПК України він чітко не визначається, а лише за непрямими нормами можна встановити його характеристику та зміст. Так, у ч. 3 ст. 10 ЦПК України встановлено, що кожна сторона повинна довести ті обставини, на які вона посилається як на підставу своїх вимог або заперечень; в абз. 1 ч. 1 ст. 60 ЦПК України закріплено, що кожна сторона зобов'язана довести ті обставини, на які вона посилається як на підставу своїх вимог і заперечень; у ч. 3 ст. 60 ЦПК України визначено: доказуванню підлягають обставини, які мають значення для ухвалення рішення у справі і щодо яких у сторін та інших осіб, які беруть участь у справі, виникає спір; ч. 1 ст. 179 ЦПК України врегульовано, що предметом доказування під час судового розгляду є факти, які обґрунтовують заявлені вимоги чи заперечення або мають інше значення для вирішення справи (причини пропуску строку позовної давності тощо) і підлягають встановленню при ухваленні судового рішення. Наведені норми підкреслюють, що предмет доказування є категорією, яка формується самостійно сторонами з метою доведення та обґрунтування власної позиції за справою. Отже, предмет доказування – це обставини, які підлягають доказуванню.

У доктрині права сформовані такі погляди на предмет доказування. М. К. Треушников включає в предмет доказування наступні складові: юридичні факти матеріально-правового характеру; доказові факти; факти, які мають виключно процесуальне значення; факти, встановлення яких судом необхідне для виконання виховних та попереджувальних цілей правосуддя². М. Й. Штефан вказує, що предметом доказування виступають: а) обставини, на яких позивач обґрунтовує свої вимоги (підстава позову); б) обставини, на яких відповідач обґрунтовує свої заперечення (підстави заперечення); в) інші обставини, які мають значення для правильного вирішення справи³. На думку В. В. Комарова, предметом доказування є коло фактів матеріально-правового значення, необхідних для вирішення справи по суті, які належать до предмета доказування, їх необхідно відрізнити від інших фактів, які встановлюються

¹ Звягинцева Л. М., Плюхина М. А., Решетникова И. В. Справочник по доказыванию в гражданском судопроизводстве. Москва: Норма, 2005. С. 16.

² Треушников М. К. Судебные доказательства. Москва: Городец, 2004. С. 114.

³ Штефан М. Й. Цивільне процесуальне право України: Академічний курс; підруч. для студ. юрид. спец. вищ. навч. закл. Київ: Концерн «Видавничий Дім «Ін Юре», 2005. С. 96.

при розгляді справи, однак не пов'язані з правильним вирішенням питання про права і обов'язки сторін¹.

З наведеного випливає, що *предмет доказування* складається з обставин, на які посилаються відповідач та позивач та які формуються з фактів матеріально-правового характеру, доказових та процесуальних фактів.

Для кожної конкретної справи предмет доказування буде різним, оскільки розрізняється правова регламентація правовідносин, зміст правовідносин та процесуальні форми захисту законних прав та інтересів. Предмет доказування визначається судом залежно від заявлених вимог та заперечень, заявлених у суді. При розгляді справи предмет доказування може змінюватися залежно від виявлених обставин справи, зокрема одні докази можуть бути виключені, інші включені у предмет, зокрема певні обставини можуть бути спростовані у процесі розгляду справи.

Формування предмета доказування починається з відкриття провадження у справі та триває під час провадження у справі до судового розгляду. З'ясування обставин справи, що входять до предмета доказування, має важливе практичне значення, оскільки залежно від поданих доказів щодо обставин справи судом робиться висновок щодо фактичних обставин справи, що впливає на ухвалення рішення.

О. Є. Аврамова

§ 4. Правові презумпції (поняття, значення)

Правові презумпції є одним із відомих правових понять. Саме слово презумпція походить з латинського *«praesumptio»* – припущення. Певні припущення вперше встановлювали ще у період дії звичаїв, вони застосовувались й давньоримськими юристами. Рецепція римського права привнесла у європейське законодавство і поняття презумпції, що стали застосовуватися як засіб розподілу тягаря доказування. У сучасному праві вони розглядаються і як підстава звільнення від доказування.

У юридичній науці до поняття правової презумпції розроблено два підходи: процесуальний та матеріальний. Процесуальний підхід базується на тому, що вона пов'язується з юридичним обов'язком уповноважених органів визнавати факт презумпції встановленим, зокрема відповідним державним органам і посадовим особам. За цим підходом встановлення презумпції пов'язується з істинністю факту, що впливає з іншого вагомому факту. Матеріальний підхід розглядає презумпцію з точки зору закріплення її у матеріальній правовій нормі, яка вказує на певний порядок речей в

¹ Комаров В. В. Доказування та докази в цивільному судочинстві: курс лекцій. Харків: Укр. юрид. акад., 1991. С. 9.

правовідносинах, що визнається звичайним, нормальним, таким, що не потребує доведення, наприклад, презумпція правомірності правочину (ст. 204 ЦК України) та презумпція авторства (ч. 1 ст. 435 ЦК України).

Правові презумпції пов'язані та входять до предмета доказування та розподілу обов'язків по доказуванню.

Презумпція в цивільному процесі – це припущення про наявність (відсутність) факту, що має юридичне значення, закріплене в процесуальному законі з метою оптимізації процедури судового розгляду¹. Презумпція розуміється у двох аспектах – як правило (нетиповий нормативний припис), за яким на підставі встановлення певного факту чи фактичного складу не потребує доказування та вважається таким, що існує, інший, а в контексті судового правозастосування презумпція становить юридичний факт². Для презумпції властиво: 1) закріплення у законі; 2) спрямування на перерозподіл доказування; 3) припущення наявності чи відсутності юридичного факту, що належить до предмету спору; 4) входить до категорій юридичної техніки як засіб врегулювання відносин, що не має нормативного регулювання; 5) застосовується на розсуд суду.

У доктрині права запропоновано й класифікацію презумпцій. Д. В. Черемнов зазначає, що найбільш загальна класифікація передбачає поділ презумпцій на правові та фактичні, який здійснюється за критерієм закріпленості презумпції у нормах закону. Правові (юридичні) презумпції – це презумпції, закріплені в нормах права, в силу чого вони набувають загальнообов'язкового характеру. Під фактичними презумпціями розуміють припущення, які не закріплені в законі, однак сприймаються без доказів як даність, оскільки підтверджуються життєвим досвідом, відображають звичайний стан речей. Залежно від сфери дії виділяють загальноправові, міжгалузеві та галузеві презумпції. За критерієм обов'язковості для суду юридичні презумпції можна поділяти на імперативні (обов'язкові) і диспозитивні (умовно-обов'язкові)³.

В. В. Масюк проводить класифікацію презумпцій за механізмом спростування та за фактом правового закріплення. За механізмом спростування слід розрізняти презумпції, що спростовуються через заперечення факту-основи і характеризуються тим, що за наявності передбаченого законом факту-основи

¹ Черемнов Д. В. Юридичні презумпції та фікції в цивільному процесі України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Нац. ун.-т «Одеська юридична академія». Одеса, 2015. С. 7.

² Масюк В. В. Презумпції і преюдиції в цивільному судочинстві: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого. Харків, 2010. С. 8.

³ Черемнов Д. В. Юридичні презумпції та фікції в цивільному процесі України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Нац. ун.-т «Одеська юридична академія». Одеса, 2015. С. 9.

презумпції правильним може бути лише один висновок, та презумпції, які спростовуються через заперечення правильності висновків з факту-основи та характеризуються тим, що за наявності передбаченого законом факту-основи презумпції правильним може бути не лише один певний висновок. Останні можуть також спростовуватись і через заперечення наявності самого факту-основи¹.

У листі Міністерства юстиції України № 3192-0-4-11-19 від 06.04.2011 р. «Відносно терміна «презумпція правомірності»» встановлено, що розрізняють спростовані та неспростовні презумпції у праві. *Спростовані презумпції у праві* – це припущення про існування факту до тих пір, поки не буде встановлено (доведено) інше. *Неспростовані презумпції у праві* – це припущення про існування факту, навіть якщо можливо встановити (довести) інше (наприклад, презумпція недієздатності особи до досягнення нею певного віку, встановленого в законодавстві)².

Презумпції мають важливе теоретичне і практичне значення у теорії доказування. Значення правових презумпцій полягає у наступному: впливають на предмет доказування; надають економію процесуального часу; сприяють справедливості при ухваленні судового рішення; реалізують принцип законності; встановлюють юридично значимі факти для розгляду справи.

О. Є. Аврамова

§ 5. Класифікація доказів

Докази існують у чітко визначеній процесуальній формі, що встановлено виключно законом, зокрема ч. 2 ст. 57 ЦПК України: пояснення сторін, третіх осіб, їхніх представників, допитаних як свідків; показання свідків; письмові докази; речові докази, зокрема звуко- і відеозаписи; висновки експертів. Незважаючи на таку імперативну конкретику, розрізняють різну класифікацію доказів у цивільному процесі.

Класифікація доказів у цивільному процесі – це логічна операція з систематизації доказів на певні види. Поділ доказів здійснюється за конкретною істотною ознакою, притаманною для видів доказів, яка виступає підставою класифікації³. Класифікація доказів може здійснюватися за такими ознаками: 1) джерелами отримання (особисті, письмові, речові та змішані);

¹ Масюк В. В. Презумпції і преюдиції в цивільному судочинстві: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого. Харків, 2010. С. 8.

² Стосовно терміна «презумпція правомірності»: лист М-ва юстиції України від 06.04.2011 р. № 3192-0-4-11-19. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v3192323-11>.

³ Зеленьяк А. С. Монопроцесуальні та поліпроцесуальні речові докази у цивільному процесі. *Судова апеляція*. 2014. № 2. С. 67.

2) способом формування доказів (первинні та похідні); 3) характером зв'язків між доказом і фактом, що підлягає встановленню (прямі та непрямі); 4) метою доказування (основні (підтверджують наявність чи відсутність певної обставини) та протилежні (контрдокази, які спростовують основні докази). Докази за механізмом утворення, у свою чергу, мають власну класифікацію.

Особисті докази – це особисте надання інформації від сторін, третіх осіб та їх представників, свідків про обставини справи (ст. ст. 62, 63 ЦПК України). Ці суб'єкти є носіями доказової інформації про факти, оскільки праводносини породжуються, змінюються, припиняються у зв'язку з їх діями або бездіяльністю, а також у зв'язку з фактами, що сприймаються безпосередньо цими особами і є відомими виключно їм. Особисті докази залежно від суб'єкта варто поділяти на пояснення сторін, третіх осіб, їх представників, допитаних як свідків; показання свідків.

Письмовими доказами є будь-які документи, акти, довідки, листування службового або особистого характеру або витяги з них, що містять відомості про обставини, які мають значення для справи (ч. 1 ст. 64 ЦПК України). Це спеціальні засоби доказування, що характеризуються специфічними способами відтворення за допомогою знаків на матеріальному або іншому носії, дані, що мають істотне значення для правильного вирішення справи. До письмових доказів належать акти, договори, довідки, особиста та офіційна кореспонденція, виконані на матеріальному носії, судові документи, що закріплюють вчинені судом процесуальні дії та постанови суду (вироки, рішення, ухвали)¹. Письмові докази можуть поділятися залежно від засобу фіксації на паперові та електронні; від джерел інформації – на офіційні та неофіційні.

При сучасному науково-технологічному розвитку у цивільному процесі все більше виникає саме електронних доказів. Електронні докази – це докази, які мають цифрову об'єктивну форму, отримані в передбаченому законом порядку і містять відомості про факти, на основі яких суд встановлює наявність або відсутність обставин справи. До них можна віднести електронний документ, електронні бази даних, документ, що містить електронний цифровий підпис.

Згідно зі ст. 65 ЦПК України *речовими доказами* є предмети матеріального світу, що містять інформацію про обставини, які мають значення для справи. Речовими доказами є також магнітні, електронні та інші носії інформації, що містять аудіовізуальну інформацію про обставини, що мають значення для справи. У ст. 140 ЦПК України зазначаються речові докази, які не можна доставити в суд. Речові докази можна класифікувати на речові докази зі статичною доказовою інформацією та речові докази з динамічною

¹ Амерханова А. Р. Письменные доказательства в гражданском судопроизводстве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.15 / Саратов. гос. акад. права. Саратов, 2006. С. 9.

доказовою інформацією. Речові докази зі статичною доказовою інформацією – це такі речові докази, де доказова інформація, яка представлена у матеріальних властивостях предмета, має застиглу форму (наприклад, подряпаний корпус автомобіля). Речові докази з динамічною доказовою інформацією – це такі речові докази, де доказова інформація, яка представлена у матеріальних властивостях предмета зовнішнього світу, має здатність видозмінюватися аж до її повного зникнення, залежно від специфіки проведення оцінки речових доказів.

У цивільному процесі пропонується виділяти умовні та безумовні речові докази. Умовні речові докази зобов'язують суб'єкта оцінки речового доказу спочатку здійснити дослідження та оцінку іншого судового доказу, а вже потім речового. Безумовні речові докази надають суб'єкту оцінки можливість здійснити самостійну безпосередню оцінку речового доказу, не звертаючись попередньо до оцінки інших судових доказів¹. Крім того, речові докази можуть бути монопроцесуальні та поліпроцесуальні. Монопроцесуальні речові докази у цивільному процесі використовуються виключно як засіб доказування для встановлення наявності чи відсутності обставини цивільної справи. Поліпроцесуальні речові докази як процесуальний засіб доказування виконують інші процесуальні функції в цивільній справі, можуть мати процесуальний статус об'єкта позову або об'єкта судової експертизи². Речові докази, які містять аудіовізуальну інформацію про обставини, що мають значення для справи, можуть поділятися на звукозапис та відеозапис. Звукозапис – зафіксована на матеріально-технічному носії інформація у вигляді сполучення звуків (динамічної звукової інформації) щодо обставин, що мають значення для справи, та яка може бути відтворена за допомогою технічних засобів. Відеозапис – це зафіксована на матеріально-технічному носії наглядно-образна (візуальна) інформація, а також зазвичай звукова інформація щодо обставин, котрі мають значення для справи, та яка може бути відтворена за допомогою технічних засобів³.

Змішані докази – це докази, які містять елементи інших доказів. Вони містять фактичні дані, джерелом отримання яких одночасно є людина і матеріальний об'єкт. До них варто віднести висновок експерта. *Висновок експерта* – докладний опис проведених експертом досліджень, зроблені

¹ Зеленьяк А. С. Використання речових доказів під час розгляду та вирішення цивільних справ: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Нац. акад. прокуратури України. Київ, 2015. С. 11.

² Зеленьяк А. С. Монопроцесуальні та поліпроцесуальні речові докази у цивільному процесі. *Судова апеляція*. 2014. № 2. С. 68.

³ Каламайко А. Ю. Електронні засоби доказування у цивільному процесі: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого. Харків, 2016, С. 10, 11.

у результаті них висновки та обґрунтовані відповіді на питання, задані судом (ст. 66 ЦПК України).

Проведення експертизи врегульовано Інструкцією про призначення та проведення судових експертиз та експертних досліджень та Науково-методичними рекомендаціями з питань підготовки та призначення судових експертиз та експертних досліджень, затвердженою наказом Міністерства юстиції України від 08.10.1998 р. № 53/5¹. Основними видами (підвидами) експертизи є: 1) криміналістична (зокрема почеркознавча; лінгвістична експертиза мовлення; технічна експертиза документів; експертиза голограм; відео-, звукозапису; вибухотехнічна тощо); 2) інженерно-технічна (інженерно-транспортна (автотехнічна, транспортно-трасологічна, залізнично-транспортна); дорожньо-технічна; будівельно-технічна; оціночно-будівельна; земельно-технічна; оціночно-земельна; експертиза з питань землеустрою; пожежно-технічна; безпеки життєдіяльності; гірничотехнічна; інженерно-екологічна; електротехнічна; комп'ютерно-технічна; телекомунікаційна); 3) економічна: бухгалтерського та податкового обліку; фінансово-господарської діяльності; фінансово-кредитних операцій; 4) товарознавча; 5) експертиза у сфері інтелектуальної власності; 6) психологічна; 7) мистецтвознавча; 8) екологічна; 9) військова.

Результати відповідної експертизи містяться у висновку експерта. Висновок експерта складається з обов'язковим зазначенням його реквізитів (найменування документа, дати та номера складання висновку, категорії експертизи (додаткова, повторна, комісійна, комплексна), виду експертизи (за галузю знань) та трьох частин: вступної (Вступ), дослідницької (Дослідження) та заключної (Висновки). Він оформлюється на бланку відповідної експертної установи. Залежно від порядку проведення експертизи висновок експерта може поділятися на висновок особистої, комісійної або комплексної експертизи.

О. Є. Аврамова

§ 6. Забезпечення доказів

У забезпеченні доказів реалізуються завдання цивільного процесу, встановлені у ст. 1 ЦПК України, зокрема щодо своєчасно розгляду і вирішення цивільних справ з метою захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів, оскільки механізм забезпечення доказів спрямовано

¹ Про затвердження Інструкції про призначення та проведення судових експертиз та експертних досліджень та Науково-методичних рекомендацій з питань підготовки та призначення судових експертиз та експертних досліджень: наказ Міністерства юстиції України від 08.10.1998 р. № 53/5. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0705-98>.

на своєчасну фіксацію доказів та надає можливість отримати усі докази за справою, що і сприяє захисту прав та інтересів.

Забезпечення доказів може розглядатися у широкому та вузькому розумінні. У широкому розумінні, як міжгалузевий інститут, під яким слід розуміти процес завчасної фіксації уповноваженими особами, у передбачений законом спосіб та у відповідній формі, відомостей про факти, необхідні заінтересованим особам для вирішення правових питань (зокрема, й на майбутнє) як судовими, так й іншими юрисдикційними органами, коли їх подання є (буде) ускладненим або неможливим. Це визначення дозволяє сприймати забезпечення доказів у широкому розумінні з урахуванням норм матеріального та процесуального права¹. У вузькому розумінні забезпечення доказів – це процесуальний спосіб отримання та фіксації доказів судом, якщо їх збирання та подання неможливе або викликає складнощі у суб'єкта подання доказів.

Функції забезпечення доказів у цивільному процесі такі: забезпечення всебічного та повного розгляду справи; захист прав, інтересів осіб, які беруть участь у справі; отримання усіх можливих доказів, що мають відношення до предмета спірних правовідносин; фіксація доказів, що можуть бути втрачені; отримання доказів, які не можуть бути самостійно подані особами, які беруть участь у справі.

У юридичній науці сформовані різні підходи щодо розуміння забезпечення доказів, які можна поділити на такі: 1) розуміння забезпечення доказів як термінової дії суду щодо закріплення у визначеному процесуальному порядку фактичних даних з метою використання їх як доказів при розгляді цивільних справ (М. Й. Штефан²); 2) тлумачення забезпечення доказів як заходу, спрямованого на зберігання відомостей про обставини справи, у випадках, коли використання джерел цих відомостей може у майбутньому виявитися неможливим або ускладненим (С. Я. Фурса³); 3) розгляд забезпечення доказів як прояв владно-розпорядчих дій суду через сприяння зобов'язаним щодо доведення обставин по справі та іншим заінтересованим особам в отриманні доказів, у разі виникнення у них ускладнень при цьому, для представлення їх перед судом (О. Л. Лисенко⁴). Незважаючи на певну різницю у поглядах щодо поняття забезпечення доказів, спільним для всіх є

¹ Бурмак О. О. Забезпечення доказів у цивільному та нотаріальному процесі: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Київ. нац. ун-т ім. Тараса Шевченка. Київ, 2015. С. 11.

² Штефан М. Й. Цивільний процес: підруч. для юрид. спец. вищ. закл. освіти. Київ: Ін Юре. 2005. С. 292.

³ Цивільний процес України: академ. курс: підруч. / за ред. С. Я. Фурси. Київ: Видавець Фурса С. Я.: КНТ, 2009. С. 381.

⁴ Лисенко Л. Процесуальна форма вирішення питання щодо забезпечення доказів. *Вісник Київ. нац. ун-ту ім. Тараса Шевченка. Юридичні науки*. 2011. Вип. 88. С. 74.

розгляд забезпечення доказів як процедури, спрямованої на отримання та фіксацію доказів. Особливість такої діяльності пов'язана з тим, що до процесу збирання та подання доказів долучається суд, тобто відбувається втручання суду у процедуру з формування та фіксації доказів. Тому дії суду у цій сфері повинні бути обґрунтовані вагомими обставинами, що не дають можливості особам самостійно здійснити таку діяльність.

Детальна правова регламентація забезпечення доказів встановлена у ст. 133 ЦПК України. Особи, які беруть участь у справі і вважають, що подання потрібних доказів є неможливим або у них є складнощі в поданні цих доказів, мають право заявити клопотання про забезпечення цих доказів (ч. 1 ст. 133 ЦПК України). При цьому суд враховує належність до справи відповідного доказу; його значення для розгляду справи та ухвалення повного та обґрунтованого рішення за справою; вид та характер доказів (споживні чи неспоживні якості, що впливає на процес псування доказу тощо); причини, за яких докази не можуть бути подані до суду; доцільність втручання суду у процес отримання, подання та фіксації доказів.

Процедура забезпечення доказів – це система засобів, за допомогою яких відбувається фіксація доказів. Вона складається з таких елементів: 1) фактичні обставини, що унеможливають або ускладнюють подання доказів; 2) суб'єкти, що ініціюють вжиття заходів щодо забезпечення доказів; 3) звернення до суду із заявою про забезпечення доказів; 4) розгляд судом заяви про забезпечення доказів; 5) постановлення ухвали щодо забезпечення доказів.

Суб'єктів, які беруть участь у забезпеченні доказів у цивільному процесі, слід поділити на дві групи: особи, які ініціюють вжиття заходів щодо забезпечення доказів; особи, які приймають рішення про забезпечення доказів чи відмову в їх забезпеченні¹. Перша група суб'єктів – це особи, які беруть участь у справі. Присутність цих осіб не є обов'язковою при розгляді заяви про забезпечення доказів (ч. 2 ст. 135 ЦПК України). До другої групи відносять суд, нотаріуса, консульські установи.

О. Є. Аврамова

§ 7. Підстави, способи і порядок забезпечення доказів

Підстави забезпечення доказів поділяються на матеріальні та процесуальні. Матеріальні підстави забезпечення доказів – це фактичні обставини, що унеможливають чи ускладнюють подання доказів. Матеріальна вимога про забезпечення доказів формується виключно у разі неможливості самостійного подання доказів. Неможливість подання (одержання) доказу

¹ Бадила О. О. Суб'єкти, які беруть участь у забезпеченні доказів: нотаріальна та судова практика. *Бюлетень Міністерства юстиції України*. 2014. № 7. С. 86.

може бути пов'язана з майбутнім знищенням, зіпсуванням доказу, очікуваною смертю свідка тощо, а ускладнення в наданні доказу може бути зумовлене обставинами, які вимагатимуть додаткових зусиль, витрати часу та коштів (наприклад, особа, яка може бути свідком, виїжджає за кордон)¹.

Процесуальною підставою забезпечення позову є клопотання у формі заяви про забезпечення позову. До клопотання про забезпечення доказів додається документ про сплату судового збору. За заявою заінтересованої особи суд може забезпечити докази до пред'явлення нею позову. У разі подання заяви про забезпечення доказів до подання позовної заяви, заявник повинен подати позовну заяву протягом трьох днів з дня постановлення ухвали про забезпечення доказів. У разі неподання позовної заяви у зазначений строк, особа, яка подала заяву про забезпечення доказів, зобов'язана відшкодувати судові витрати, а також збитки, заподіяні у зв'язку із забезпеченням доказів (ч. 3, 4 ст. 133 ЦПК України).

У разі подання позовної заяви після подання заяви про забезпечення доказів або позову, розмір судового збору зменшується на розмір судового збору, сплаченого за відповідну заяву про забезпечення доказів або позову (ч. 4 ст. 83 ЦПК України).

У заяві про забезпечення доказів мають бути зазначені: докази, які необхідно забезпечити; обставини, що можуть бути підтверджені цими доказами; обставини, які свідчать про те, що подання потрібних доказів може стати неможливим або ускладненим, а також справа, для якої потрібні ці докази або з якою метою потрібно їх забезпечити (ч. 1 ст. 134 ЦПК України).

Отже, заява про забезпечення доказів має містити такі елементи:

1) організаційні реквізити (назва відповідного суду, номер справи та/або предмет позову та сторони; 2) опис конкретного доказу, що необхідно забезпечити (ідентифікаційні ознаки доказу: вид доказу, його джерело формування, характеристики, місцезнаходження); 3) фактичні дані, що можуть бути підтверджені цими доказами; 4) обставини, які свідчать про те, що подання потрібних доказів може стати неможливим або ускладненим.

Заява про забезпечення доказів розглядається судом, який розглядає справу, а якщо позов ще не пред'явлено, – місцевим загальним судом, у межах територіальної підсудності якого можуть бути вчинені процесуальні дії щодо забезпечення доказів (ч. 1 ст. 135 ЦПК України). Ця заява розглядається судом протягом п'яти днів з дня її надходження з повідомленням сторін та інших осіб, які беруть участь у справі. При задоволенні судом клопотання про забезпечення доказів судом постановляється відповідна ухвала. Оскарження

¹ Нечитайло О. М. Забезпечення доказів в адміністративному судочинстві України. *Право і безпека*. 2010. № 3. С. 127, 128.

ухвали про забезпечення доказів не зупиняє її виконання, а також не перешкоджає розгляду справи.

В ухвалі про забезпечення доказів визначаються порядок і спосіб її виконання. *Способами забезпечення судом доказів* є допит свідків, призначення експертизи, витребування та (або) огляд доказів, у т. ч. за їх місцезнаходженням (ч. 2 ст. 133 ЦПК України). У необхідних випадках судом можуть бути застосовані інші способи забезпечення доказів, зокрема витребування судом доказів у тих осіб, які не надали відповідних документів особам, що беруть участь у справі (сторони, заявник, треті особи та ін.); призначення експертизи по справі; судове доручення суду, в провадженні якого знаходиться справа, іншому суду по збиранню речових і письмових доказів, допиту свідків, дії іншого суду також мають вважатись способом забезпечення доказів¹. Поряд із визначенням способу суд встановлює порядок забезпечення відповідного доказу, що залежить від виду доказів.

Порядок забезпечення доказів – це система процесуальних дій суду з метою отримання та фіксації доказу. Порядок забезпечення допиту свідка передбачає визначення дати, часу та місця допиту. Про це суд повідомляє осіб, які беруть участь у справі. Фіксація допиту свідка здійснюється за допомогою протоколу допиту. Порядок призначення експертизи полягає у визначенні підстав, виду експертизи, визначенні експертної установи, постановки питань перед експертом. Підставою призначення судової експертизи є необхідність застосування спеціальних знань, а виділяти ще спеціальну підставу – фактичні дані, обставини, які потребують з'ясування, – недоцільно, оскільки це вже буде питанням визначення предмета експертизи². Призначення експертизи оформлюється відповідною ухвалою суду (ст. 144 ЦПК України).

Порядок огляду речових доказів може поділятися на такі групи: негайний огляд речових доказів; огляд речових доказів за їх місцем знаходження; огляд речових доказів за процедурою справи. Негайний огляд речових доказів проводиться щодо продуктів та інших речових доказів, що швидко псуються (ст. 141 ЦПК України). Огляд доказів за їх місцезнаходженням відбувається, коли неможливо їх доставити до суду (ст. 140 ЦПК України).

Частина 2 ст. 133 ЦПК України способом забезпечення доказів визначає також й витребування доказів. У випадках, коли щодо отримання доказів у сторін та інших осіб, які беруть участь у справі, є складнощі, суд за їх клопотанням зобов'язаний витребувати такі докази. Клопотання про витребування доказів має бути подано до або під час попереднього судового

¹Цюра Т. В. Суб'єкти доказування та оцінка доказів у цивільному процесі: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького. Київ, 2005. С. 7.

²Бичкова С. С. Експертиза в цивільному процесі України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького. Київ, 2003. С. 8.

засідання, а якщо попереднє судове засідання у справі не проводиться, – до початку розгляду справи по суті із долученням відомостей про неможливість отримання таких доказів особисто стороною або іншою особою, яка бере участь у справі (ст. 137 ЦПК України). Витребування письмового або речового доказу може бути поєднане з його негайним подальшим оглядом, у т. ч. за місцем його знаходження, якщо є небезпека того, що у майбутньому цей доказ може змінити свої доказові властивості, бути зіпсованим або знищеним.

О. І. Антонюк

§ 8. Право апеляційного та касаційного оскарження

Європейський суд з прав людини у п. 22 рішення у справі «Сокурєнко і Стригун проти України»¹ зауважив, що ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод не зобов'язує державу створювати апеляційні чи касаційні суди. Однак там, де вони існують, слід дотримуватися гарантій ст 6.

Однією з основних засад національного судочинства є забезпечення права на апеляційний перегляд справи та у визначених законом випадках – на касаційне оскарження судового рішення (п. 8 ч. 3 ст. 129 Конституції України). Законодавство про судоустрій України закріплює апеляційну форму перегляду судових рішень як основну (включаючи перевірку як законності, так і обґрунтованості рішення суду першої інстанції) та таку, що визначає, по суті, набрання рішенням місцевого суду законної сили².

Право на апеляційне оскарження судових рішень є складовою права кожного на судовий захист, оскільки перегляд таких рішень в апеляційному порядку гарантує відновлення порушених прав і охоронюваних законом інтересів людини і громадянина (п. 2.1. мотивувальної частини рішення Конституційного Суду України від 28.04.2010 р. № 12-рп/2010³).

Касаційне провадження є додатковою процесуальною гарантією забезпечення законності судових рішень, захисту прав, свобод та інтересів осіб, які беруть участь у справі, а також осіб, які не брали участі у справі, якщо суд вирішив питання про їх права та обов'язки. Водночас касаційне провадження є формою забезпечення однакового правозастосування законів при вирішенні цивільних справ, адже суд касаційної інстанції має можливість

¹ Рішення Європейського суду з прав людини від 20.07.2006 р. у справі «Сокурєнко і Стригун проти України» URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/974_115.

² Курс цивільного процесу: підручник / за ред. В. В. Комарова. Харків: Право, 2011. С. 856.

³ Рішення Конституційного Суду України від 28.04.2010 р. № 12-рп/2010. *Офіційний вісник України*. 2010. № 34. Ст. 1199.

виправити помилки судів першої та апеляційної інстанції щодо застосування норм матеріального і процесуального права¹.

ЄСПЛ у своїх рішеннях щодо касаційного перегляду неодноразово зауважував, що принцип *res judicata* (*неспростовність рішення*) передбачає, що жодна зі сторін не може вимагати перегляду остаточного рішення, яке набуло законної сили з метою проведення повторного слухання і отримання нового рішення. Дія *принципу правової визначеності* передбачає стабільність судового акту, що набув законної сили, перенесення тягаря перегляду рішення суді на ординарну судову інстанцію – апеляційну. Перегляд судових рішень, які набули законної сили у касаційному порядку за своїм змістом і призначенням, є додатковим способом забезпечення правосудності рішення, має резервне значення – використовується, коли вичерпані всі звичайні засоби процесуального захисту. Оскільки рішення суду набрало законної сили, спірні правовідносини встановлені остаточо, то таке рішення може бути скасоване у касаційному порядку лише у виключних випадках, а саме у разі фундаментальної помилки (рішення у справах «Рябих проти РФ», «Нікітін проти РФ», «Брумареску проти Румунії», «Науменко проти України»)².

З приводу концепції касаційного перегляду існують діаметральні підходи: 1) він, як і апеляційне провадження, має передбачати перегляд справи у повному обсязі; 2) він має виконувати функцію підтримання єдиного застосування норм матеріального та процесуального права. На обґрунтування першого підходу зазначається, що, з огляду на встановлені межі перегляду касаційною інстанцією рішень судів, касаційний суд не є більше «повноцінною» касаційною інстанцією, а здійснює вузько наглядові функції, яких недостатньо для захисту прав та інтересів громадян. Скаржники мають реальну можливість на розгляд скарг «по суті» касаційним судом у обмеженій кількості випадків. Разом із відсутністю у суду касаційної інстанції обов'язку вислухати сторони це призводить до того, що українські громадяни позбавлені права на ефективний розгляд³.

С. Я. Фурса вважає, що ст. 332 ЦПК України суперечить ст. 129 Конституції України, яка гарантує змагальність сторін і свободу у наданні ними суду своїх доказів і в доведенні перед судом їхньої переконливості. Право на звернення до суду не має обмежуватися поданням лише письмових скарг, скаржник повинен бути наділений правом на безпосереднє висловлення

¹ Цивільний процесуальний кодекс України: наук.-практ. коментар / за заг. ред. С. С. Бичкової. Київ: Атіка, 2008. С. 639.

² Луспенік Д. Процедура кассации нуждается в упрощении, а не в расширении. Только тогда она будет соответствовать европейским стандартам. *Юридическая практика*. 2007. № 38. 18 сентября.

³ Ткаченко Е. ВСУ или европейская кассация... *Юридическая практика*. 2007. № 29 (499), 17 июля.

своїєї позиції, а також на її уточнення і підсилення своєї позиції до ухвалення рішення, що зумовлене і принципом змагальності¹.

На обґрунтування другого підходу наводяться міжнародні правові стандарти щодо умов ефективності касаційного провадження: 1) можливість перегляду лише у виняткових випадках, передбачених законом; 2) під час перегляду не повинен відбуватися розгляд справи по суті; 3) прийнятні строки перегляду; 4) оскарження юридично заінтересованими особами; 5) наявність лише однієї інстанції, що переглядає судові рішення, які набули законної сили².

Ефективність перегляду судових рішень пов'язана перш за все з інстанційною побудовою судової системи, оптимальною моделлю якої є трьохланкова система, суть якої викладена у Рекомендації № R (95) 5 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам від 07.02.1995 р.³: питання судового спору мають визначатися на рівні суду першої інстанції, де подаються всі претензії, факти і докази (ст. 2). Має існувати можливість контролю за будь-яким рішенням суду першої інстанції з боку суду другої інстанції (п. «а» ст. 1). Суд третьої інстанції сприяє єдиному тлумаченню закону (п. «с» ст. 7), і звернення до нього розглядається як виняток, допустимий лише у справах, «що заслуговують третього судового розгляду» (п. «с» ст. 7), якщо вони вже пройшли слухання у судах двох інстанцій (п. «в» ст. 7).

Д. Д. Луспенник вважає, що норми ЦПК України не відповідають цим стандартам, оскільки касаційний суд вимушений вирішувати будь-яку справу. Суть перегляду судового рішення, яке набуло законної сили, полягає у здоланні його законної сили, впливі на остаточно вирішену справу, тому такий перегляд повинен мати винятковий характер. З огляду на це, вітчизняна касація має переглядати цивільні справи у частині додержання нижчими судами норм матеріального і процесуального права (питання права, законності), і не займатися перевіркою обґрунтованості рішень (питаннями факту)⁴.

¹ Цивільний процес України: акад. курс / за ред. С. Я. Фурси. Київ: Видавець Фурса С. Я.: КНТ, 2009. С. 758–759.

² Луспенник Д. Процедура кассации нуждается в упрощении, а не в расширении. Только тогда она будет соответствовать европейским стандартам. *Юридическая практика*. 2007. № 38 (508), 18 сентября.

³ Рекомендація № R (95) 5 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам щодо запровадження та покращення функціонування систем і процедур оскарження по цивільних і господарських справах від 07.02.1995 р. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_153.

⁴ Луспенник Д. Процедура кассации нуждается в упрощении, а не в расширении. Только тогда она будет соответствовать европейским стандартам. *Юридическая практика*. 2007. № 38 (508), 18 сентября.

На думку Д. Д. Луспеника та Н. Ю. Сакари, касаційна скарга на рішення та ухвали повинна допускатися до розгляду лише за умови, що прийняте рішення суду касаційної інстанції необхідне для забезпечення єдності судової практики¹.

Істотні порушення норм матеріального і процесуального права, наголошує В. В. Комаров, можуть бути підставою для скасування або зміни судових рішень лише в контексті порушення єдності судової практики, що є основою касаційного перегляду як самостійної процедури цивільного судочинства. При цьому єдність судової практики як системоутворююча ознака якості та ефективності судової діяльності означає й синхронність у тлумаченні і застосуванні права судами всіх інстанцій. Узагальнюючою ознакою допуску цивільних справ до касації є принципове значення справи для забезпечення єдності судової практики, тобто для розвитку самого права в розумінні того, що певне питання судового правозастосування потребує тлумачення, зокрема у разі колізії правових норм, що призводить до різного їх застосування та впливає на єдність судової практики, або з проблем, що мають характер загальних умов забезпечення єдності судової практики, справ особливої соціальної або економічної ваги (порушення прав вкладників, споживачів тощо), питання захисту національних інтересів, авторитету судової влади, подолання прогалин у правовому регулюванні. У цьому полягає публічний інтерес правосуддя².

ЄСПЛ, розглядаючи справу «Пономарьов проти України», зазначив у п. 40 рішення від 03.04.2008 р.³, що повноваження вищих судових органів стосовно перегляду мають реалізовуватися для виправлення судових помилок і недоліків судочинства, а не для здійснення нового судового розгляду. Винятки з цього принципу можуть мати місце лише за наявності підстав, обумовлених обставинами важливого та вимушеного характеру.

О. С. Ткачук і С. В. Глущенко зауважують, що питання обмеження касаційного оскарження і встановлення процесуальних «фільтрів» має розглядатися виключно з метою недопущення ускладнення судового процесу і погіршення прав, свобод та інтересів його учасників і унеможливлення зловживання правом на касацію. З цією метою можуть бути передбачені судові рішення, що не мають переглядатися у порядку касаційного провадження (які мають незначну суспільну цінність і є непринциповими для судової

¹ Луспеник Д., Сакара Н. Українська модель касаційного оскарження судових рішень у цивільних справах: проблеми та перспективи удосконалення (спрощення). *Право України*. 2008. № 7. С. 105.

² Проблеми теорії та практики цивільного судочинства: монографія / за заг. ред. В. В. Комарова. Харків: Харків юридичний, 2008. С. 604–606.

³ Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Пономарьов проти України» від 03.04.2008 р. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/974_434.

практики; які ухвалюються у порядку наказного й окремого проваджень тощо)¹.

Право на апеляційне та касаційне оскарження рішень суду мають особи, які беруть участь у справі; та особи, які не брали участі у справі, якщо суд вирішив питання про їхні права та обов'язки, і правонаступники таких осіб.

Органи та особи, які за законом мають право захищати права, свободи та інтереси інших осіб або державні чи суспільні інтереси (ч. 2 ст. 3, ст.ст. 45, 46 ЦПК України), але не брали участі у справі, мають право на апеляційне та касаційне оскарження судових рішень, *якщо таке право передбачено законом* (наприклад, ч. 3 ст. 24 Закону України «Про прокуратуру»).

Як витікає з ч. 3 ст. 14 ЦПК України особи, які не брали участі у справі, можуть звернутися до суду, якщо ухваленим судовим рішенням порушуються їхні права, свободи чи інтереси. У цій нормі мова йде про судові рішення, до яких належать як рішення, так і ухвали (ч. 1 ст. 208 ЦПК України). Проте у ч. 3 ст. 14 ЦПК України не визначається порядок такого звернення щодо ухвал. У ст. 353 проекту ЦПК² «Право апеляційного оскарження» це також не врегульовано. У ч. 1 ст. 18 проекту ЦПК передбачене право таких осіб на апеляційний перегляд справи та у визначених законом випадках – на касаційне оскарження судового рішення.

З огляду на неврегульованість права особи, яка не брала участь у справі, оскаржити ухвалу суду, Пленум ВССУ у Постанові № 5 «Про судову практику в справах про зняття арешту з майна»³ роз'яснив, що інша особа, яка вважає, що майно, на яке було накладено арешт у порядку забезпечення позову, належить їй, а не відповідачу, може звернутися до суду з позовом про визнання права власності на це майно і про зняття з нього арешту. У рішенні суду про визнання права власності на майно і про зняття з нього арешту суд зазначає про скасування заходів забезпечення позову, які оскаржуються (п. 8 ч. 1 ст. 214 ЦПК України). Тобто пропонується іншому суду у межах позовного провадження знімати арешт, накладений на забезпечення іншого позову. При цьому це роз'яснення ґрунтується на нормі, що визначає порядок

¹ Ткачук О. С., Глушенко С. В. Сучасне реформування судової системи України в контексті єдності суду касаційної інстанції. *Часопис цивільного і кримінального судочинства*. 2012. № 1. С. 102–103.

² Проект Закону про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів № 6232 від 23.03.2017 р. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=61415.

³ Про судову практику в справах про зняття арешту з майна: Постанова Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 03.06.2016 р. № 5. URL: http://sc.gov.ua/ua/postanovi_za_2016_rik.html.

зняття арешту, накладеного у виконавчому провадженні, а не у порядку забезпечення позову.

О. І. Антонюк

§ 9. Строки апеляційного та касаційного оскарження

Апеляційна скарга на рішення суду подається протягом 10 днів з дня його проголошення, а особами, які не були присутні у судовому засіданні під час проголошення судового рішення, – з дня отримання копії цього рішення. П'ятиденний строк передбачений для апеляційного оскарження рішення про розкриття банком інформації (ч. 3 ст. 290 ЦПК України).

Апеляційна скарга на ухвалу суду першої інстанції подається протягом 5 днів з дня її проголошення, а якщо ухвалу постановлено без участі особи, яка її оскаржує, зазначений строк обчислюється з дня отримання копії ухвали.

У ст. 355 проекту ЦПК України пропонується збільшення строку до 30 днів для апеляційного оскарження рішення та 15 днів – ухвали.

Касаційна скарга може бути подана протягом 20 днів з дня набрання законної сили рішенням (ухвалою) апеляційного суду.

ЦПК України встановив однаковий строк для касаційного оскарження ухвал і рішень, а момент початку обрахування цього строку не залежить від присутності особи при проголошенні судового рішення.

Такі строки були встановлені Законом України «Про судоустрій і статус суддів» від 07.07.2010 р. Скорочення строків на оскарження судових рішень було визнано Конституційним Судом України конституційним і таким, що не призводить до звуження змісту та обсягу конституційного права на судовий захист і доступ до правосуддя (рішення № 17-рп/2011 від 13.12.2011 р.¹).

У ст. 391 проекту ЦПК України строк на подачу касаційної скарги на судові рішення збільшено до 30 днів з дня його проголошення.

Обчислення строку оскарження не залежить від того, проголошений повний текст рішення чи лише вступна і резолютивна частини.

Проте, якщо недотримання строків оскарження було зумовлене діями (бездіяльністю) суду (особу не було належно повідомлено про судові засідання або їй не надіслано копії повного тексту судового рішення), то це може бути підставою для поновлення строку на оскарження за заявою особи.

¹ Рішення Конституційного Суду України від 13.12.2011 р. № 17-рп/2011 у справі за конституційним поданням 54 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень Закону України «Про судоустрій і статус суддів», Кримінально-процесуального кодексу України, Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v017p710-11/print1485804649358336>.

У ст.ст. 355, 391 проекту ЦПК України обчислення строку на оскарження пов'язується з моментом складення повного тексту судового рішення, якщо у судовому засіданні було проголошено лише його вступну та резолютивну частини. Проте не має значення для обчислення строку присутність особи при проголошенні судового рішення. У ст. 391 проекту ЦПК України також передбачено, що у разі розгляду справи (питання) без повідомлення (виклику) учасників справи, строк касаційного оскарження обчислюється з дня складення повного судового рішення.

Строки оскарження обчислюються з урахуванням визначеного ст. 69 ЦПК України правила про початок перебігу процесуальних строків – з наступного дня після відповідної календарної дати, і з дотриманням вимог ч.ч. 3, 6 ст. 70 ЦПК України.

ЦПК України не містить приписів щодо обчислення строку на апеляційне оскарження судового наказу. Строк на апеляційне оскарження заочного рішення відповідно до ч. 4 ст. 231 ЦПК України починає обраховуватися з дати постановлення ухвали про залишення заяви про перегляд заочного рішення без задоволення незалежно від присутності відповідача під час проголошення ухвали про залишення заяви про перегляд заочного рішення без задоволення.

Якщо особа пропустила строк на апеляційне оскарження, вона має подати заяву про поновлення цього строку, в якій зазначити поважну причину пропуску строку (ч. 1 ст. 73 ЦПК України). Така заява може бути оформлена як окремий документ або викладена у апеляційній скарзі.

Якщо апеляційна скарга подана після закінчення строку на апеляційне оскарження і особа, яка її подала, не порушує питання про поновлення цього строку, або якщо підстави, вказані нею у заяві, визнані неповажними, вона залишається без руху ухвалою судді-доповідача. При цьому протягом 30 днів з моменту отримання ухвали особа має право звернутися до апеляційного суду з заявою про поновлення строків або вказати інші підстави для поновлення строку. У ст. 358 проекту ЦПК України цей строк запропоновано скоротити до 10 днів.

Якщо заяву не буде подано у зазначений строк або вказані підстави для поновлення строку апеляційного оскарження будуть визнані неповажними, суддя-доповідач ухвалою відмовляє у відкритті апеляційного провадження.

Отже, суддя-доповідач, визнавши причину пропуску строку на апеляційне оскарження неповажною, має постановити ухвалу про залишення апеляційної скарги без руху та надати строк для подання заяви з зазначенням поважної причини пропуску цього строку, і не має права одразу відмовляти у відкритті провадження, адже це позбавляє права на оскарження судового

рішення й є порушенням ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод щодо доступу до правосуддя¹.

ЦПК України не містить переліку причин, що є поважними, з огляду на що це питання вирішується у кожному випадку суддею-доповідачем відповідно до викладених у заяві доводів і доказів, що їх підтверджує.

ЦПК України не передбачає загального преклюзивного строку, у разі закінчення якого поновлення строку на апеляційне оскарження не допускається. Проте, незалежно від поважності причини пропуску строку апеляційного оскарження, апеляційний суд *відмовляє у відкритті апеляційного провадження* у разі, якщо апеляційна скарга *прокурора, органу державної влади чи органу місцевого самоврядування* подана після спливу одного року з моменту оголошення оскаржуваного судового рішення. Закінчення цього строку припиняє право на апеляційне оскарження. Ця норма була запроваджена Законом України «Про внесення змін до деяких законів України щодо вдосконалення порядку здійснення судочинства»².

Аналогічні правила передбачені щодо поновлення строку на касаційне оскарження. Разом із тим, нерідко підстави, на які посилається заявник в обґрунтування поважності пропуску строку для оскарження, можна перевірити лише витребувавши справу (наприклад, несвоєчасне повернення справи до суду першої інстанції, внаслідок чого особа не могла ознайомитися з нею, або розгляд справи за її відсутності, тоді як з судового рішення вбачається, що вона була присутня). Проте витребувати справу суд касаційної інстанції може лише після відкриття провадження, що, в свою чергу, можливо після поновлення строку. Тому судді-доповідачу доцільно надати право витребувати справу для вирішення питання про поновлення строку на касаційне оскарження³.

Якщо касаційну скаргу на судові рішення було подано в установлені ЦПК строки, але вона надійшла до суду касаційної інстанції після закінчення касаційного розгляду справи або коли строки на подання касаційної скарги у зв'язку з пропуском їх з поважних причин було поновлено або продовжено і особа, яка подала касаційну скаргу, не була присутня під час розгляду справи, суд касаційної інстанції має розглянути таку скаргу. При цьому за наявності підстав може бути скасовано ухвалу або рішення суду касаційної

¹ Ухвала ВССУ від 11.09.2013 р., судова справа № 6-16347св13. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/33502399>.

² Про внесення змін до деяких законів України щодо вдосконалення порядку здійснення судочинства: Закон України від 20.12.2011 р. № 4176-VI *Відомості Верховної Ради України*. 2012. № 29. Ст. 340.

³ Балюк М. І., Луспенник Д. Д. Практика застосування цивільного процесуального кодексу України (цивільний процес у питаннях і відповідях). Харків: Харків юридичний, 2008. С. 532.

інстанції, що були постановлені за раніше розглянутими касаційними скаргами.

Поновлення строку апеляційного оскарження у разі подання повторної апеляційної скарги з заявою про поновлення строку, навіть у разі наведення інших підстав для поновлення строку, законом не передбачено. У ч. 4 ст. 297 ЦПК України імперативно визначено, що суддя-доповідач відмовляє у відкритті апеляційного провадження у випадку, якщо є ухвала про відмову у відкритті апеляційного провадження за апеляційною скаргою цієї особи (п. 4 інформаційного листа ВССУ № 6-47/0/9-12 від 10.07.2012 р.¹).

Як зауважується ВССУ в ухвалі від 30.03.2016 р. у справі № 6-36232ск15² згідно зі ст. 129 Конституції України однією з основних засад судочинства є забезпечення апеляційного оскарження рішення суду, а відповідно до ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод таке конституційне право має бути забезпечене судовими процедурами, які повинні бути справедливими. Апеляційне провадження є важливою процесуальною гарантією захисту прав і охоронюваних законом інтересів осіб, які брали участь у розгляді справи, у випадках та порядку, встановлених ЦПК України. Проте апеляційний суд у порушення зазначених вимог закону питання про поновлення пропущеного процесуального строку не вирішив та ухилився від забезпечення апеляційного оскарження судового рішення.

Разом з тим апеляційний суд не може довільно поновлювати строки на апеляційне оскарження. Зокрема, як зазначив ЄСПЛ у п.п. 41–42 рішення у справі «Пономарьов проти України»³, якщо строк на апеляційне оскарження поновлений зі спливом значного періоду часу та за підстав, які не видаються переконливими, як у цій справі, де нібито складне економічне становище перешкоджало відповідачу сплатити державне мито, таке рішення може порушити принцип юридичної визначеності, як і перегляд в порядку нагляду. Від судів вимагається вказувати підстави, наприклад, неповідомлення сторін органами влади про прийняті рішення у їхній справі. Проте навіть тоді можливість поновлення не буде необмеженою, оскільки сторони в розумні інтервали часу мають вживати заходів, щоб дізнатись про стан відомого їм судового провадження. Суди мають перевіряти, чи підстави для поновлення строків для оскарження виправдовують втручання у принцип *res judicata*,

¹ Щодо деяких спірних питань застосування норм цивільного процесуального права: інформ. лист ВССУ від 10.07.2012 р. № 6-47/0/9-12. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v6-47740-12>.

² Ухвала ВССУ від 30.03.2016 р., судова справа № 6-36232ск15. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/56940490>.

³ Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Пономарьов проти України» від 03.04.2008 р. URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/974_434.

особливо коли національне законодавство не обмежує дискреційні повноваження судів ні у часі, ні в підставах для поновлення строків.

У ст. 359 проекту ЦПК України запропоновано передбачити, що незалежно від поважності причин пропуску строку на апеляційне оскарження суд апеляційної інстанції відмовляє у відкритті апеляційного провадження у разі, якщо апеляційна скарга подана *після спливу одного року з дня складення повного тексту судового рішення, крім випадків*: 1) подання апеляційної скарги особою, не повідомленою про розгляд справи або не залученою до участі в ній, якщо суд ухвалив рішення про її права та (або) обов'язки; 2) пропуску строку на апеляційне оскарження внаслідок обставин непереборної сили.

Новелами поновлення строку на касаційне оскарження є норма, за якою учасник справи, якому повне судове рішення не було вручено у день його проголошення або складення, має право на поновлення пропущеного строку на касаційне оскарження, якщо касаційна скарга подана протягом 30 днів з дня вручення йому такого судового рішення. Також поновлення строку можливе у разі пропуску його з інших поважних причин. Врегульовані випадки, коли строк не поновлюється незалежно від поважності причин пропуску строку на касаційне оскарження, а саме, якщо касаційна скарга подана після спливу одного року з дня складення повного тексту судового рішення, крім випадків: 1) подання касаційної скарги особою, не повідомленою про розгляд справи або не залученою до участі в ній, якщо суд ухвалив рішення про її права та (або) обов'язки; 2) пропуску строку на касаційне оскарження внаслідок обставин непереборної сили (ч. 3 ст. 395 проекту ЦПК України). Також скорочено строк, протягом якого має бути подане клопотання про поновлення строку на касаційне оскарження особою, яка пропустила цей строк і не подала клопотання про його поновлення або навела причину пропуску, визнану неповажною – до 10 днів з дня вручення ухвали про залишення касаційної скарги без руху особа (ч. 3 ст. 394 проекту ЦПК України).

О. І. Антонюк

§ 10. Форма і зміст апеляційної та касаційної скарги

За формою та змістом апеляційна скарга має відповідати вимогам ст. 295 ЦПК України. У ст. 357 проекту ЦПК України такі вимоги доповнені обов'язковим зазначенням дати отримання копії оскарженого судового рішення суду першої інстанції.

До апеляційної скарги додаються копії скарги та доданих письмових матеріалів відповідно до кількості осіб, які беруть участь у справі. Це стосується і тих випадків, в яких особа відповідно до ч. 2 ст. 120 ЦПК України була звільнена від долучення до позовної заяви копій доданих документів для

відповідачів та третіх осіб, оскільки така норма стосується лише позовних заяв.

Суд першої інстанції, через який подається апеляційна скарга, не наділений повноваженнями щодо оцінки належного оформлення чи вчасного подання апеляційної скарги. У ст. 356 проекту ЦПК запропоновано змінити порядок подання апеляційної скарги, встановивши, що вона подається безпосередньо до суду апеляційної інстанції.

Якщо апеляційна скарга за формою та змістом не відповідає вимогам, встановленим ст. 295 ЦПК України, перелік яких є вичерпним (зокрема, якщо в ній не зазначено, у чому саме полягає незаконність і (або) необґрунтованість рішення або ухвали суду), суддя-доповідач відповідно до ч. 2 ст. 297 ЦПК України застосовує положення ст. 121 ЦПК України і ухвалою залишає апеляційну скаргу без руху. В ухвалі має бути вказано підстави для залишення апеляційної скарги без руху та визначено строк для усунення недоліків з урахуванням реальної можливості виправлення вказаних недоліків (зокрема, підписання скарги, подання довіреності, оригіналів документів про сплату судового збору тощо). Якщо зазначені недоліки не будуть усунуті у визначений в ухвалі строк, *суддя-доповідач постановляє ухвалу про повернення апеляційної скарги*. Після постановлення цієї ухвали *суддя ніяких процесуальних дій вчиняти не може, крім усунення описок тощо*. У разі надходження заяви про продовження строку для усунення недоліків апеляційної скарги після закінчення встановленого суддею строку та постановлення ухвали про повернення скарги вона *повертається заявникові листом керівника апарату чи завідуючого секретаріату суду*. У такому листі заявнику роз'яснюється ч. 5 ст. 121 ЦПК України про те, що повернення апеляційної скарги не перешкоджає повторному зверненню до апеляційного суду з апеляційною скаргою (п. 3 інформаційного листа ВССУ № 6-47/0/9-12 від 10.07.2012 р.¹).

У разі виявлення під час судового розгляду справи неповної сплати судового збору стягнення недоплачених сум проводиться при ухваленні судового рішення. Це правило діє у судах апеляційної і касаційної інстанції (п. 7 Постанови Пленуму ВС України «Про судову практику розгляду цивільних справ в апеляційному порядку»², п. 10 Постанови Пленуму ВССУ «Про судову практику розгляду цивільних справ у касаційному порядку»³).

¹ Щодо деяких спірних питань застосування норм цивільного процесуального права: інформ. лист ВССУ від 10.07.2012 р. № 6-47/0/9-12. URL: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/v6-47740-12>.

² Про судову практику розгляду цивільних справ в апеляційному порядку: Постанова Пленуму ВС України від 24.10.2008 р. № 12. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0012700-08>.

³ Про судову практику розгляду цивільних справ у касаційному порядку: Постанова Пленуму ВССУ від 14.06.2012 р. № 10. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0010740-12>.

Згідно з п. 5 ч. 2 ст. 295 ЦПК України у апеляційній скарзі має бути зазначено, у чому полягає *незаконність і (або) необґрунтованість рішення або ухвали* (неповнота встановлення обставин, які мають значення для справи, та (або) неправильність встановлення обставин, які мають значення для справи, внаслідок необґрунтованої відмови у прийнятті доказів, неправильного їх дослідження чи оцінки, неподання доказів з поважних причин та (або) неправильне визначення відповідно до встановлених судом обставин правовідносин). У касаційній скарзі обов'язково має бути зазначено, в чому полягає *неправильне застосування судом норм матеріального права чи порушення норм процесуального права* (п. 5 ч. 2 ст. 326 ЦПК України), що відображає *підстави касаційного оскарження* (ч. 2 ст. 324 ЦПК України).

З урахуванням системного аналізу п. 5 ч. 4 ст. 328, ч. 2 ст. 324 ЦПК України *касаційна скарга є необґрунтованою*, якщо викладені в ній доводи не містять посилань на неправильне застосування судом норм матеріального права чи порушення норм процесуального права або такі посилання є безпідставними.

На думку Д. Д. Луспеника і Н. Ю. Сакари, підставами касації доцільно передбачити «*суттєві порушення закону*», які свідчать про особливі обставини порушення або неправильного застосування норм матеріального чи процесуального права. Використання такої оціночної характеристики обумовлено розмаїттю обставин, що підтверджують наявність відповідної підстави для перегляду судових рішень. Надання суду касаційної інстанції певної свободи розсуду при вирішенні питання про наявність (відсутність) підстав для скасування чи зміни рішень в касаційному порядку – за умови однакового тлумачення цього поняття в процесі правозастосування – не суперечить принципу доступності правосуддя і відповідає ролі, місцю і повноваженням суду як незалежного органу правосуддя. Суттєвість порушення норм процесуального права суд встановлює відповідно до ст. 338 ЦПК України, а норм матеріального права – за ст. 341 ЦПК України¹.

Неправильне застосування судом норм матеріального права чи порушення норм процесуального права є підставою для відкриття касаційного провадження незалежно від обґрунтованості скарги (ч. 4 ст. 328 ЦПК України).

Касаційна скарга подається безпосередньо до суду касаційної інстанції (ч. 1 ст. 327 ЦПК України). Касаційні скарги, які надійшли до суду першої чи апеляційної інстанцій, негайно (не пізніше наступного робочого дня) надсилаються до суду касаційної інстанції. Подання скарги у визначені законом строки, але не у встановленому порядку (ст. 327 ЦПК України) може бути підставою для поновлення пропущеного строку на касаційне оскарження

¹ Проблеми теорії та практики цивільного судочинства: монографія / за заг. ред. В. В. Коварова. Харків: Харків юридичний, 2008. С. 602–603.

за клопотанням особи, яка подала скаргу (п. 3 Постанови Пленуму ВССУ «Про судову практику розгляду цивільних справ у касаційному порядку»).

У п. 10 Постанови Пленуму ВССУ «Про судову практику розгляду цивільних справ у касаційному порядку» роз'яснено, що копії оскаржуваних судових рішень, які слід додавати до касаційної скарги, мають бути завірені.

Наприклад, в ухвалі від 31.05.2016 р. у справі № 331/5096/15-ц¹ ВССУ зазначає, що для прийняття до розгляду касаційним судом скарги заявнику необхідно надіслати належним чином завірену копію повного тексту рішення суду першої інстанції. Копія рішення повинна бути належним чином оформлена та засвідчена відбитком гербової печатки суду, як це передбачено п. 13.7. Інструкції з діловодства у місцевих загальних судах, апеляційних судах областей, апеляційних судах міст Києва та Севастополя, Апеляційному суді АРК та ВССУ.

Якщо у касаційній скарзі заявляється клопотання про скасування судового рішення апеляційного суду та залишення в силі судового рішення суду першої інстанції, до скарги мають бути додані відповідні судові рішення обох інстанцій, оскільки для залишення рішення суду у силі необхідно перевірити його на предмет законності.

Якщо касаційна скарга за формою і змістом не відповідає вимогам, встановленим ст. 326 ЦПК України, перелік яких є вичерпним (зокрема, якщо у скарзі не зазначено у чому саме полягає неправильне застосування судом норм матеріального права чи порушення норм процесуального права), суддя-доповідач відповідно до ч. 2 ст. 328 ЦПК України застосовує положення ст. 121 ЦПК України та ухвалою залишає касаційну скаргу без руху. В ухвалі суду мають бути наведені підстави залишення касаційної скарги без руху та строк для усунення недоліків з урахуванням реальної можливості отримання заявником копії ухвали та виправлення недоліків (зокрема, підписання скарги, подання довіреності, оригіналів документів про сплату судового збору, завірених копій судових рішень), який не може перевищувати 5 днів із дня отримання ухвали особою, яка подала касаційну скаргу. В ухвалі має бути зазначено про наслідки невиконання вимог щодо усунення недоліків (ч. 2 ст. 121 ЦПК України) (п. 11 Постанови Пленуму ВССУ «Про судову практику розгляду цивільних справ у касаційному порядку»).

У разі невиконання вимог закону, наведених в ухвалі про залишення скарги без руху, суддя-доповідач постановляє *ухвалу про визнання касаційної скарги неподаною та її повернення*.

Суд касаційної інстанції не має права вживати заходів забезпечення позову (п. 7 Постанови Пленуму ВС України «Про практику застосування

¹ Ухвала ВССУ від 31.05.2016 р., судова справа № 331/5096/15-ц. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/58044729>.

судами цивільного процесуального законодавства при розгляді заяв про забезпечення позову»¹), проте при відкритті касаційного провадження суддя-доповідач у разі необхідності вирішує питання про зупинення виконання судового рішення, яке оскаржується, до закінчення касаційного провадження, у разі наявності відповідного клопотання особи, яка подала касаційну скаргу (ч. 1 ст. 328 ЦПК України). Норми ЦПК України не забороняють вирішити питання про зупинення виконання оскаржуваного судового рішення й на подальших етапах касаційного провадження. Клопотання про зупинення виконання судового рішення може бути викладено як у самій скарзі, так і окремим документом. Таке клопотання має бути мотивованим, містити підстави для зупинення виконання судового рішення, підтверджені доказами (наприклад, у разі відкриття виконавчого провадження має бути додано завірену копію відповідної постанови). Мотивом такого клопотання може бути, зокрема, ймовірність утруднення повороту виконання рішення внаслідок можливого скасування судового рішення.

В юридичній літературі піддається критиці право суду касаційної інстанції відхилити скаргу на стадії попереднього розгляду справи без виклику сторін². Виступаючи на підтримку такого права, Д. Д. Луспенник зауважує, що така процесуальна діяльність суду касаційної інстанції (етап відкриття касаційного провадження та етап попереднього розгляду справи) є своєрідним фільтром для справ, які вимагають проведення судового розгляду, враховуючи при цьому і їх значимість для розвитку права та однорідності судової практики, що існує у більшості провідних держав. Більшість касаційних скарг за своїм змістом не відповідають вимогам закону, наприклад, у них наводяться, по суті, доводи фактичного боку справи – невиклик свідків, непризначення експертизи, неналежне дослідження доказів тощо, – перевірка чого не належить до компетенції суду касаційної інстанції³.

У ч. 4 ст. 395 проекту ЦПК України підстави застосування такого повноваження на стадії відкриття провадження були зведені до певних випадків, наприклад, щодо розгляду скарг на дії (бездіяльність) органів державної виконавчої служби, приватного виконавця, якщо рішення касаційного суду за наслідками розгляду такої скарги не має значення для формування єдиної правозастосовної практики.

¹ Про практику застосування судами цивільного процесуального законодавства при розгляді заяв про забезпечення позову: Постанова Пленуму ВС України від 22.12.2006 р. № 9. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/va009700-06>.

² Ткаченко Е. ВСУ или европейская кассация... *Юридическая практика*. 2007. № 29 (499), 17 июля.

³ Луспенник Д. Процедура кассации нуждается в упрощении, а не в расширении. Только тогда она будет соответствовать европейским стандартам. *Юридическая практика*. 2007. № 38 (508), 18 сентября.

О. І. Антонюк

§ 11. Порядок розгляду справи апеляційним та касаційним судами

Апеляційна скарга на рішення суду першої інстанції має бути розглянута протягом двох місяців з дня постановлення ухвали про відкриття провадження, а на ухвалу суду першої інстанції – протягом 15 днів. У виняткових випадках за клопотанням сторони з урахуванням особливостей розгляду справи апеляційний суд може подовжити строк розгляду справи, але не більш як на 15 днів, про що постановляє відповідну ухвалу.

Термінологія ч. 1 ст. 303-1 ЦПК України потребує приведення у відповідність до ст. 297 ЦПК України, що передбачає постановлення ухвали не про прийняття апеляційної скарги до розгляду, а про відкриття провадження у справі.

Відповідно до ст. 304 ЦПК України суд апеляційної інстанції при розгляді справи *керується правилами розгляду справи судом першої інстанції, з винятками й доповненнями*, встановленими главою 1 «Апеляційне провадження» розділу V ЦПК України. Зокрема, в апеляційній інстанції не застосовуються правила про пред'явлення зустрічного позову (ст. 123 ЦПК України); прийняття позову третьої особи з самостійними вимогами (ст. 125 ЦПК України); об'єднання і роз'єднання позовів (ст. 126 ЦПК України); недопустимість розгляду справи за відсутності позивача, від якого не надійшла заява про розгляд справи за його відсутності (оскільки згідно з ч. 2 ст. 305 ЦПК України неявка осіб, які беруть участь у справі, належним чином повідомлених про час і місце розгляду справи, не перешкоджає розгляду справи); розгляд окремих справ за участю присяжних. Зупинення провадження судом апеляційної інстанції здійснюється згідно зі ст.ст. 201, 202 ЦПК України.

На початку судового засідання суд апеляційної інстанції, на відміну від суду першої інстанції, може оголосити про час, який відводиться для судових дебатів. Кожній особі, яка бере участь у розгляді справи в суді апеляційної інстанції, надається однаковий проміжок часу для виступу.

Як зазначено у п. 17 Постанови Пленуму ВС України «Про судову практику розгляду цивільних справ в апеляційному порядку», перевіряючи законність і обґрунтованість оскаржуваного судового рішення суд апеляційної інстанції повинен з'ясувати: 1) чи враховані при ухваленні рішення всі факти, що входять до предмету доказування; 2) чи підтверджені обставини (факти), якими мотивовано рішення, належними й допустимими доказами та чи доведені вони; 3) чи відповідають висновки суду встановленим фактам; 4) чи дотримано та чи правильно застосовані норми матеріального й процесуального права.

У разі потреби під час розгляду справи може бути оголошено перерву

або розгляд її відкладено. Наприклад, у разі подання апеляційних скарг на судові рішення кількома особами постановляється одна ухвала про відкриття апеляційного провадження, а за результатами їх розгляду ухвалюється одне рішення чи постановляється одна ухвала. Якщо під час розгляду справи за апеляційною скаргою однієї з осіб, яка бере участь у справі, іншою особою, яка має право на апеляційне оскарження, заявлено клопотання про поновлення строку на апеляційне оскарження разом з апеляційною скаргою, апеляційний суд *відкладає розгляд справи для вирішення питання про поновлення пропущеного строку та розгляд усіх апеляційних скарг в одному провадженні*.

У ст. 370 проекту ЦПК України передбачені особливості розгляду в апеляційному порядку окремих категорій справ. Так, апеляційні скарги на рішення суду у справах з ціною позову менше 100 розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб, крім тих, які не підлягають розгляду в порядку спрощеного позовного провадження, а також на певні ухвали, розглядаються судом апеляційної інстанції без повідомлення учасників справи. Проте, з урахуванням конкретних обставин справи суд може розглянути апеляційні скарги у таких справах у судовому засіданні з повідомленням (викликом) учасників справи.

Законом України «Про судоустрій і статус суддів» ЦПК України було доповнено ст. 330-1, що встановила строки розгляду касаційних скарг: на рішення – 1 місяць, а на ухвалу – 15 днів з дня постановлення ухвали про відкриття касаційного провадження.

У ст. 408 проекту ЦПК України запропоновано змінити строки розгляду касаційної скарги, встановивши залежно від об'єкта оскарження 60 і 30 днів з дня постановлення ухвали про відкриття касаційного провадження у справі.

У судовому розгляді касаційної скарги виділяються попередній розгляд справи та розгляд справи.

Попередній розгляд справи є окремою процедурою касаційного провадження, метою якого є з'ясування всіх необхідних обставин для правильного висновку про законність оскаржуваного судового рішення, що проводиться у формі попереднього судового засідання без повідомлення осіб, які беруть участь у справі, у складі трьох суддів у нарадчій кімнаті.

На цій стадії суд касаційної інстанції може:

1) *відхилити касаційну скаргу і залишити рішення без змін, якщо відсутні підстави для скасування судового рішення* (ч. 3 ст. 332 ЦПК України), що можливо лише у випадку, якщо відсутні підстави для скасування судового рішення (ст.ст. 338-341 ЦПК України). За наявності таких підстав касаційну скаргу при проведенні попереднього розгляду справи не може бути відхилено;

2) *скасувати судові рішення за наявності підстав, які тягнуть за собою обов'язкове скасування судового рішення*. Оскільки норми ЦПК України не містять підстав, які тягнуть за собою обов'язкове скасування судового

рішення, застосування ч. 4 ст. 332 ЦПК України судом касаційної інстанції при попередньому розгляді справи є неможливим;

3) *призначити справу до судового розгляду*, якщо хоч один суддя із складу суду дійшов такого висновку. Про призначення справи до судового розгляду постановляється ухвала, яка підписується всім складом суду.

Аналогічні приписи містяться у ст. 402 проекту ЦПК.

Суд касаційної інстанції повинен розглядати справу за правилами, встановленими для розгляду справи судом першої інстанції, з винятками і доповненнями, зазначеними у главі про касаційне провадження (відсутні судові дебати, не може заявлятися зустрічний позов, позов третьої особи з самостійними вимогами, не можуть вступати у справу треті особи, які не заявляють самостійних вимог на предмет позову, не допускається об'єднання та роз'єднання позовів, витребування доказів, участь присяжних)¹.

У разі необхідності особи, які брали участь у справі, можуть бути викликані для надання пояснень у справі.

Перевіряючи законність оскаржуваного судового рішення, суд касаційної інстанції повинен з'ясувати: чи враховано судами всі факти, що є предметом доказування (ст. 179 ЦПК України); чи підтверджено обставини (факти), якими мотивовано рішення, належними й допустимими доказами (ст.ст. 58 і 59 ЦПК України); чи правильно застосовано норми матеріального права та чи дотримано норми процесуального права.

У проекті ЦПК України (ст. 397) передбачені підстави закриття касаційного провадження (наприклад, якщо після відкриття касаційного провадження за касаційною скаргою, поданою особою, яка не брала участі у справі, встановлено, що судовим рішенням питання про права та (або) обов'язки такої особи не вирішувалось).

У ст. 404 проекту ЦПК України передбачені правила, за якими суд, що розглядає справу в касаційному порядку у складі колегії суддів, палати або об'єднаної палати, має передати справу на розгляд палати, об'єднаної палати або Великої Палати ВС України, що пов'язано з необхідністю відступити від висновку про застосування норми права у подібних правовідносинах, або якщо справа містить виключну правову проблему і така передача необхідна для забезпечення розвитку права та формування єдиної правозастосовної практики. Справа підлягає передачі на розгляд Великої Палати ВС України в усіх випадках, коли учасник справи оскаржує судові рішення з підстав порушення правил предметної чи суб'єктної юрисдикції.

¹ Балюк М. І., Луспенік Д. Д. Практика застосування цивільного процесуального кодексу України (цивільний процес у питаннях і відповідях). Харків: Харків юридичний, 2008. С. 545, 547, 548.

О. І. Антонюк

§ 12. Межі розгляду справи апеляційним та касаційним судами

Відповідно до п. 6 ч. 3 ст. 295, ч. 2 ст. 303 та п. 1 ч. 1 ст. 309 ЦПК України *апеляційний суд може встановлювати нові обставини, якщо їх наявність підтверджується новими доказами*, що мають значення для справи, які: 1) особа не мала можливості подати до суду першої інстанції з поважних причин, доведених нею, або 2) неправомірно не були цим судом прийняті та досліджені, або 3) досліджувалися судом з порушенням встановленого порядку.

Особи, які не брали участі у справі, якщо суд вирішив питання про їхні права та обов'язки, мають право подати до суду апеляційної інстанції всі наявні у них докази на підтвердження порушення їхніх прав.

У літературі визнається можливим прийняття апеляційним судом відмови сторони від визнаної раніше обставини у порядку, передбаченому ст. 178 ЦПК України, якщо сторона доведе поважність причин неподання таких доводів суду першої інстанції (докази обману, насилля, внаслідок яких вона визнала обставину тощо). Якщо така відмова буде прийнята апеляційним судом з постановленням відповідної ухвали, то апеляційний суд може зазначене врахувати і ухвалити судові рішення відповідно до встановленого¹.

Згідно зі ст. 303 ЦПК України апеляційний суд при перевірці законності й обґрунтованості рішення суду першої інстанції *не має права виходити за межі доводів апеляційної скарги та вимог, заявлених у суді першої інстанції*, крім двох випадків: 1) неправильне застосування норм матеріального права або порушення норм процесуального права, які є обов'язковою підставою для скасування рішення; 2) поза увагою доводів апеляційної скарги залишилась очевидна незаконність або необґрунтованість рішення суду першої інстанції у справах окремого провадження.

Не є виходом за межі доводів апеляційної скарги, якщо особа, яка подала скаргу, заявляє вимогу про скасування судового рішення, а суд апеляційної інстанції змінює рішення чи навпаки, оскільки в цьому разі суд використовує надані йому законом повноваження (ст. 307 ЦПК України).

У разі якщо апеляційна скарга подана на рішення щодо частини вирішених вимог, суд апеляційної інстанції відповідно до принципу диспозитивності *не має права робити висновки щодо неоскарженої частини ні у мотивувальній, ні у резолютивній частині судового рішення*, а в описовій

¹ Балюк М. І., Луспенник Д. Д. Практика застосування цивільного процесуального кодексу України (цивільний процес у питаннях і відповідях). Харків: Харків юридичний, 2008. С. 491.

частині повинен зазначити, в якій частині вимог судового рішення не оскаржується (п. 15 Постанови Пленуму ВС України «Про судову практику розгляду цивільних справ в апеляційному порядку»). У проекті ЦПК України аналогічні норми пропонується передбачити у ст. 368.

Згідно зі ст. 335 ЦПК України під час розгляду справи в касаційному порядку суд перевіряє правильність застосування судом першої або апеляційної інстанції норм матеріального чи процесуального права у межах касаційної скарги та у межах позовних вимог, заявлених у суді першої інстанції, і не може встановлювати або (та) вважати доведеними обставини, що не були встановлені в рішенні чи відкинуті ним, вирішувати питання про достовірність або недостовірність того чи іншого доказу, про перевагу одних доказів над іншими. Касаційний суд перевіряє лише законність судових рішень.

Виділяють матеріально-правові та процесуальні межі розгляду справи у касаційному порядку: 1) матеріально-правові – обмежені змістом позовних вимог, заявлених у суді першої інстанції; 2) процесуальні межі – це обсяг перевірки законності судового рішення суду першої або апеляційної інстанції, обмежені доводами касаційної скарги. Останні можуть бути перевищені відповідно до ч. 3 ст. 335 ЦПК України¹.

Суд касаційної інстанції не перевіряє додаткові матеріали, додані до касаційної скарги, якщо вони стосуються обґрунтованості судового рішення².

Разом з тим у межах п. 7 ч. 2, 5 ст. 326 ЦПК України до касаційної скарги можуть бути долучені письмові матеріали на підтвердження (спростовання) законності (а не обґрунтованості) судового рішення (щодо наявності у сторони пільг зі сплати судового збору, порушення судом установлених законом правил про належне повідомлення сторін про дату судового засідання, правил належності та допустимості доказів, правил виключної підсудності тощо). Ці документи не повинні стосуватися вирішення матеріально-правового спору по суті (п. 18 Постанови Пленуму ВССУ «Про судову практику розгляду цивільних справ у касаційному порядку»).

Якщо особа, яка подала скаргу, заявляє вимогу про скасування судового рішення з направленням справи на новий розгляд, а суд касаційної інстанції ухвалює нове рішення або змінює рішення чи навпаки – це не є виходом за межі доводів касаційної скарги, оскільки суд діє у межах наданих йому повноважень (ст. 336 ЦПК України).

¹ Цивільний процесуальний кодекс України: наук.-практ. коментар / за заг. ред. С. С. Бичкової. Київ: Атіка, 2008. С. 658.

² Балюк М. І., Луспенік Д. Д. Практика застосування цивільного процесуального кодексу України (цивільний процес у питаннях і відповідях). Харків: Харків юридичний, 2008. С. 541.

Суд не обмежений доводами касаційної скарги, якщо під час розгляду справи буде виявлено неправильне застосування норм матеріального права або порушення норм процесуального права, які є обов'язковою підставою для скасування рішення (ч. 3 ст. 335 ЦПК України).

Як зазначає ВССУ у п. 19 Постанови Пленуму «Про судову практику розгляду цивільних справ у касаційному порядку», за таких умов суд касаційної інстанції перевіряє справу в повному обсязі й зобов'язаний мотивувати у судовому рішенні вихід за межі доводів касаційної скарги. Однак, оскільки норми ЦПК України не містять підстав для обов'язкового скасування судового рішення, то за змістом ч. 3 ст. 335 ЦПК України для висновку про неправильне застосування норм матеріального права або порушення норм процесуального права слід застосовувати положення ст.ст. 338, 340, 341 ЦПК України.

Суд касаційної інстанції не має права перевіряти законність судового рішення щодо осіб, які не подавали касаційну скаргу на таке судове рішення, за винятком випадків, коли це стосується осіб, які не були залучені до участі у справі, якщо суд вирішив питання про їхні права, свободи чи обов'язки.

Відсутність у касаційній скарзі прохання про скасування рішення суду апеляційної інстанції, яким залишено без змін рішення суду першої інстанції, а апеляційну скаргу без задоволення, не є перешкодою для розгляду судом касаційної скарги по суті. Однак, якщо апеляційний суд ухвалив нове рішення або закриття провадження чи залишив заяву без розгляду, касаційна скарга на рішення суду першої інстанції, яка містить прохання про скасування цього рішення і не містить прохання про скасування рішення суду апеляційної інстанції, не може бути розглянута та підлягає залишенню без руху¹.

Аналогічні приписи щодо меж касаційного перегляду передбачені у ст. 401 проекту ЦПК України.

О. І. Антонюк

§ 13. Повноваження судів апеляційної та касаційної інстанції

За наслідками розгляду апеляційної скарги на рішення суду апеляційний суд має право: 1) постановити ухвалу про відхилення апеляційної скарги і залишення рішення без змін; 2) скасувати рішення суду першої інстанції і ухвалити нове рішення по суті позовних вимог; 3) змінити рішення; 4) постановити ухвалу про скасування рішення суду першої інстанції і закриття провадження у справі або залишення заяви без розгляду.

¹ Балюк М. І., Луспенік Д. Д. Практика застосування цивільного процесуального кодексу України (цивільний процес у питаннях і відповідях). Харків: Харків юридичний, 2008. С. 535.

За наслідками розгляду скарги на *судовий наказ* апеляційний суд має право: 1) постановити ухвалу про відхилення апеляційної скарги і залишення судового наказу без змін; 2) постановити ухвалу про скасування судового наказу та роз'яснити, що заявлені стягувачем вимоги можуть бути розглянуті в позовному провадженні з додержанням загальних правил щодо пред'явлення позову; 3) змінити судовий наказ. Підставою для скасування судового наказу у ст. 309-1 ЦПК України зазначена відсутність між сторонами спірних матеріальних правовідносин, хоча їх відсутність позбавляє сенсу норму про обов'язок суду роз'яснити стягувачу право на звернення з позовом. Підставою для скасування судового наказу має бути наявність спору про право.

Питання про визначення порядку виконання рішення, розстрочку чи відстрочку виконання, вжиття заходів для забезпечення його виконання (ст. 217 ЦПК України) розглядаються апеляційним судом, *якщо вони вирішуються одночасно з ухваленням нового рішення чи зміною рішення*. В інших випадках ці питання вирішуються судом першої інстанції. Аналогічне правило діє і у касації.

Якщо судом першої інстанції ухвалено законне і обґрунтоване рішення, *смерть фізичної особи чи припинення юридичної особи – сторони у спірних правовідносинах після ухвалення рішення*, що не допускає правонаступництва, не може бути підставою для застосування вимог ч. 1 ст. 310 ЦПК України.

Рішення суду підлягає скасуванню в апеляційному порядку з закриттям провадження у справі або залишенням заяви без розгляду з підстав, вказаних у ст.ст. 205, 207 ЦПК України.

Якщо суд першої інстанції ухвалив рішення, незважаючи на повторну неявку в судові засідання позивача, повідомленого належним чином, без поважної причини або неповідомлення ним про причину повторної неявки, якщо від нього не надійшла заява про розгляд справи за його відсутності, апеляційний суд незалежно від того, хто звернувся з апеляційною скаргою, на підставі ч. 1 ст. 310, ч. 3 ст. 169, п. 3 ч. 1 ст. 207 ЦПК України зобов'язаний скасувати рішення із залишенням позовної заяви без розгляду¹.

Підставами для скасування рішення суду першої інстанції і ухвалення нового рішення або зміни рішення є:

1) неповне з'ясування судом обставин, що мають значення для справи (неправильне визначення предмета доказування чи нез'ясування обставин, якими обґрунтовувалися вимоги та заперечення, або інших фактичних даних (пропущення строку позовної давності тощо), неправильна кваліфікація правовідносин сторін, які впливають зі встановлених обставин тощо);

¹ Балюк М. І., Луспенік Д. Д. Практика застосування цивільного процесуального кодексу України (цивільний процес у питаннях і відповідях). Харків: Харків юридичний, 2008. С. 512.

2) недоведеність обставин, що мають значення для справи, які суд вважав встановленими (зазначення у судовому рішенні обставин (фактів), що не підтверджені доказами, чи за їх недостатності, недостовірності, суперечливості, відсутність мотивів прийняття чи неприйняття доказів тощо);

3) невідповідність висновків суду обставинам справи (обставини справи встановлені судом правильно, проте висновки з них зроблено неправильно);

4) порушення або неправильне застосування норм матеріального (застосовано закон, що не поширюється на ці правовідносини, або не застосовано закон, який підлягав застосуванню, внаслідок неправильної юридичної кваліфікації правовідносин або неправильного витлумаченого закону, що підлягав застосуванню) або процесуального права (розгляд і вирішення справи неповноважним судом; участь в ухваленні рішення судді, якому було заявлено відвід на підставі обставин, що викликали сумнів у неупередженості судді, і заяву про його відвід визнано судом апеляційної інстанції обґрунтованою; ухвалення чи підписання судового рішення¹ суддею, який не розглядав справу).

Порушення або неправильне застосування норм процесуального права можуть бути підставою для скасування чи зміни рішення, якщо таке порушення призвело до неправильного вирішення справи. Правильне по суті й справедливе рішення суду не може бути скасоване з одних лише формальних міркувань. Це правило діє і щодо касаційного провадження.

У п. 18 Постанови Пленуму ВС України «Про судову практику розгляду цивільних справ в апеляційному порядку» визначені такі *недоліки*, які *не впливають на суть ухваленого рішення*: сплата судового збору після відкриття провадження у справі; відсутність підпису у позовній заяві, якщо позивач підтримав позовні вимоги у судовому засіданні; відсутність підпису секретаря судового засідання в журналі судового засідання; відсутність технічного запису при безспірності доказів, якими обґрунтовано рішення.

Якщо судом ухвалено рішення з питань, щодо яких вимоги не заявлялися, суд апеляційної інстанції скасовує рішення у цій частині². Відповідно до ст. 19 Конституції України, ст. 1, ч. 4 ст. 10 ЦПК України *вийти за межі заявлених вимог* (вирішити незаявлені вимоги, задовольнити вимоги позивача у більшому розмірі, ніж було заявлено) *суд має право лише у випадках, прямо передбачених у законі* (наприклад, у ст. 216 ЦК України).

¹ У п. 4 ч. 1 ст. 309 ЦПК України використаний термін «постанова», що не відповідає ЦПК України, адже суд першої інстанції не уповноважений приймати постанови.

² Балюк М. І., Луспенік Д. Д. Практика застосування цивільного процесуального кодексу України (цивільний процес у питаннях і відповідях). Харків: Харків юридичний, 2008. С. 503.

В інших випадках вихід за межі позовних вимог є підставою для скасування рішення у такій частині.

Окремі порушення процесуального права, що тягнуть скасування рішення, були передбачені у п. 4 ст. 309 ЦПК України. Ця норма була доповнена Законом України «Про судоустрій і статус суддів» з урахуванням випадків, які раніше були підставою для скасування рішення та направлення справи на новий розгляд. Зазначені порушення належать до порушень норм процесуального права, тому є невдалим поєднання їх з першою частиною п. 4 ст. 309 ЦПК України зв'язкою «а також».

У межах конвенційного права на справедливий суд ніхто не може бути позбавлений права на розгляд його справи у суді, до підсудності якого вона віднесена процесуальним законом. Суддя має розглядати справи, одержані згідно з порядком розподілу судових справ, визначеним у законі. Неповноважність складу суду може бути пов'язана і з одноособовим розглядом справи в окремому провадженні, для якої передбачена участь двох присяжних, розглядом справи суддею, строк повноважень якого закінчився, порушенням неприпустимості повторної участі судді у розгляді справи (ст. 21 ЦПК України).

Наприклад, у п.п. 21-25 рішення ЄСПЛ у справі «Романова проти України»¹ зазначається, що заявниця стверджувала, що всупереч ст. 21 ЦПК України суддя двічі брав участь у розгляді її цивільної справи у суді першої інстанції. Ця стаття демонструє мету національного законодавства усунути всі розумні сумніви щодо безсторонності такого суду, тому недотримання цієї норми означає, що позовна заява заявниці розглядалася судом, чію безсторонність навіть з позиції національного законодавства можна піддати сумніву, тому мало місце порушення п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

У ч. 3 ст. 377 проекту ЦПК передбачено перелік порушень норм процесуального права, що є обов'язковою підставою для скасування судового рішення суду першої інстанції та ухвалення нового судового рішення, зокрема, це розгляд справи за відсутності будь-якого учасника справи, не повідомленого належним чином про засідання суду (якщо таке повідомлення є обов'язковим), якщо такий учасник справи обґрунтовує апеляційну скаргу цією підставою.

Порушення правил про таємницю нарадчої кімнати може бути підставою для скасування рішення суду, якщо воно призвело до неправильного вирішення справи, зокрема у разі доведення факту спілкування судді поза межами нарадчої кімнати з учасником процесу чи іншими особами з приводу

¹ Рішення Європейського суду з прав людини від 13.12.2007 р. у справі «Романова проти України». URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/974_327.

справи (п. 16 Постанови Пленуму ВС України «Про судові рішення у цивільній справі»)¹.

Підставою для скасування рішення є невідповідність резолютивної частини проголошеного рішення резолютивній частині його повного тексту, оскільки після проголошення рішення суд, який його ухвалив, не може сам скасовувати або змінювати його, за винятками, передбаченими у законі.

У проекті ЦПК України суду апеляційної інстанції надається повноваження щодо скасування судового рішення і направлення справи для розгляду до іншого суду першої інстанції за встановленою підсудністю (ст. 379). Проте справа не підлягає направленню на новий розгляд у зв'язку з порушеннями правил територіальної юрисдикції (підсудності), якщо учасник справи, який подав апеляційну скаргу, при розгляді справи судом першої інстанції без поважних причин не заявив про непідсудність справи. Також пропонується передбачити у ст. 375 проекту ЦПК України повноваження суду апеляційної інстанції визнавати нечинним судового рішення суду першої інстанції і закрити провадження у справі у разі прийняття відмови позивача від позову або затвердження мирової угоди сторін.

Апеляційний суд ухвалює рішення про зміну рішення суду першої інстанції у випадку, якщо помилки у неправильно прийнятому рішенні можна усунути без його скасування, не змінюючи суть рішення, і вони стосуються окремих його частин, зокрема помилок щодо розміру суми, що підлягає стягненню, розподілу судових витрат тощо. Помилки у рішенні щодо фактичної сторони справи чи правового обґрунтування рішення усуваються зміною рішення (п. 19 Постанови Пленуму ВС України «Про судову практику розгляду цивільних справ в апеляційному порядку» від 24.10.2008 р. № 12).

Судові рішення апеляційної інстанції мають бути мотивовані. Наприклад, в ухвалі від 20.01.2016 р. у справі № 6-30828ск15² ВССУ зазначив, що у судовому рішенні апеляційний суд зобов'язаний дати відповіді на всі доводи апеляційної скарги, інакше буде порушено ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод щодо справедливого судового розгляду у такому його елементі, як мотивування судового рішення. Апеляційний суд не перевіряв як доводи апеляційної скарги, так і законність та обґрунтованість рішення суду першої інстанції; не навів мотивів ухваленого ним судового рішення та обставини, які б спростовували доводи скарги.

За наслідками розгляду касаційної скарги на рішення суд касаційної інстанції має право: 1) постановити ухвалу про відхилення касаційної скарги і

¹ Про судові рішення у цивільній справі: Постанова Пленуму ВС України від 18.12.2009 р. № 14. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v0014700-09>.

² Ухвала ВССУ від 20.01.2016 р., судова справа № 6-30828ск15. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/55161095>.

залишення рішення без змін; 2) постановити ухвалу про повне або часткове скасування рішення і передання справи на новий розгляд до суду першої або апеляційної інстанції; 3) постановити ухвалу про скасування рішення апеляційного суду і залишити в силі судове рішення суду першої інстанції, що було помилково скасоване апеляційним судом; 4) постановити ухвалу про скасування судових рішень і закрити провадження у справі або залишити заяву без розгляду; 5) скасувати судові рішення і ухвалити нове рішення або змінити рішення, не передаючи справи на новий розгляд.

Частина 2 ст. 338 ЦПК України передбачає, що підставою для скасування судових рішень судів першої та (або) апеляційної інстанцій і направлення справи на новий судовий розгляд є порушення норм процесуального права, що унеможливили встановлення фактичних обставин, що мають значення для правильного вирішення справи. Суд касаційної інстанції може направити справу на новий розгляд, лише якщо в результаті перегляду рішення було встановлено порушення норм процесуального.

Судом касаційної інстанції має бути наведено, які саме порушення норм процесуального права призвели до необхідності скасування судових рішень. До таких порушень належать ті, що впливають на результат розгляду справи і без їх усунення неможливе поновлення та захист порушених прав та інтересів особи, яка подала касаційну скаргу. Так, недотримання ст.ст. 10, 179, 212, 214 ЦПК України є підставою для скасування судових рішень із направленням справи на новий розгляд, оскільки суд касаційної інстанції не може встановлювати або (та) вважати доведеними обставини, що не були встановлені в рішенні суду чи відкинуті ним, вирішувати питання про достовірність або недостовірність того чи іншого доказу, про перевагу одних доказів над іншими (ч. 1 ст. 335 ЦПК України).

Наприклад, в ухвалі ВССУ від 18.05.2016 р. у справі № 344/7854/14-ц¹ зазначається, що суд зобов'язаний вирішити питання про уточнення позовних вимог. Проте суди попередніх інстанцій не з'ясували, банком пред'явлено вимогу про стягнення заборгованості шляхом звернення стягнення на предмет застави, чи ним одночасно заявлено дві окремі вимоги. Оскільки фактичні обставини для правильного вирішення справи не встановлені, судові рішення в частині позовних вимог банку не можуть вважатися законними і обґрунтованими та підлягають скасуванню з передачею справи в цій частині на новий розгляд до суду першої інстанції.

Якщо були порушені чи неправильно застосовані норми матеріального права (застосовано закон, який не поширюється на ці правовідносини, чи не застосовано закон, який підлягав застосуванню), то суд касаційної інстанції

¹ Ухвала ВССУ від 18.05.2016 р., судова справа № 344/7854/14-ц. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/57818019>.

має право скасувати судові рішення і ухвалити нове рішення або змінити рішення.

Касаційний суд перевіряє лише законність, і не перевіряє обґрунтованість судового рішення. Суд касаційної інстанції має приділяти увагу фактичній стороні справи лише крізь призму критеріїв законності ухваленого рішення. Провадження в суді касаційної інстанції є екстраординарною (виключною) стадією процесу, в якому вирішуються лише питання права¹.

У ст. 412 проекту ЦПК України був розширений перелік підстав обов'язкового скасування рішення суду судом касаційної інстанції (зокрема, порушенням правил інстанційної або територіальної юрисдикції; розгляд у порядку спрощеного позовного провадження справи, яка підлягала розгляду за правилами загального позовного провадження, прийняття рішення про права та (або) обов'язки осіб, які не були залучені до участі у справі).

Висловлюються погляди, що за аналогією до ч.ч. 2, 5 ст. 300 ЦПК України цивільне процесуальне законодавство України допускає процесуальну можливість визнання касаційної скарги повністю або частково обґрунтованою другою стороною касаційного провадження. Втім, це має враховуватися судом касаційної інстанції лише у частині наявності або відсутності фактів, які мають значення для вирішення справи, і не звільняє його від необхідності перевіряти законність судового рішення². Більш обґрунтовано вбачається точка зору, за якою прийняття визнання учасником процесу певної обставини, внаслідок чого вона більше не підлягає доказуванню, може лише суд першої та апеляційної інстанції, яким надано право встановлювати фактичні обставини справи³.

Відповідно до ч. 4 ст. 338 ЦПК України висновки і мотиви суду касаційної інстанції, з яких скасовані рішення, є обов'язковими для суду першої чи апеляційної інстанції при повторному розгляді справи (зокрема, конкретні вказівки щодо процесуальних дій, які слід виконати відповідному суду: зібрати додаткові докази, залучити співвідповідачів, третіх осіб тощо)⁴.

Проте у разі направлення справи на новий судовий розгляд суд касаційної інстанції не має права викладати в ухвалі доводи, які б указували або прогнозували певні результати нового вирішення справи чи свідчили б про

¹ Ткачук О. С. Перевірка судових рішень судом касаційної інстанції: дискусійні питання. *Часопис цивільного і кримінального судочинства*. 2011. № 2. С. 108, 109.

² Цивільний процесуальний кодекс України: науково-практ. коментар / за заг. ред. С. С. Бичкової. Київ: Атіка, 2008. С. 652.

³ Балюк М. І., Луспеник Д. Д. Практика застосування цивільного процесуального кодексу України (цивільний процес у питаннях і відповідях). Харків: Харків юридичний, 2008. С. 536.

⁴ Цивільний процесуальний кодекс України: наук.-практ. коментар / за заг. ред. С. С. Бичкової. Київ: Атіка, 2008. С. 664.

перевагу одних доказів над іншими, оскільки вирішення питання про прийняття відповідного рішення й оцінка доказів належать до повноважень суду, який розглядатиме справу (п. 22 Постанови Пленуму ВССУ № 10 від 14.06.2012 р. «Про судову практику розгляду цивільних справ у касаційному порядку»). Ці положення були відображені у ст. 418 проекту ЦПК України.

При неврахуванні судом при новому розгляді справи обов'язкових висновків суду касаційної інстанції рішення суду підлягає скасуванню, проте не з підстав недодержання цих вказівок, а з огляду на наявність у справі помилок, які залишилися не усунутими внаслідок невиконання таких вказівок¹.

Суд касаційної інстанції ухвалює рішення про зміну судового рішення з тих самих підстав, що і суд апеляційної інстанції. У ст. 413 проекту ЦПК України зазначено, що зміна судового рішення може полягати в доповненні, виключенні або зміні його мотивувальної та (або) резолютивної частини.

Суд касаційної інстанції має право ухвалити додаткове рішення, виправити допущені у своєму рішенні описки чи арифметичні помилки, не змінюючи змісту рішення, та роз'яснити своє рішення.

Відповідно до ч. 2 ст. 409 проекту ЦПК України у разі відмови позивача від позову або укладення сторонами мирової угоди, суд касаційної інстанції не скасовує, а визнає нечинними судові рішення судів першої та апеляційної інстанцій та постановляє ухвалу про прийняття відмови позивача від позову або про затвердження мирової угоди сторін, якою закриває провадження у справі.

Скасовуючи рішення суду, на виконання якого було вжито захід забезпечення, суд касаційної інстанції не може скасовувати такий захід.

О. І. Антонюк

§ 14. Апеляційне та касаційне оскарження ухвал суду першої інстанції

Частина перша ст. 293 ЦПК України містить перелік ухвал, які можуть бути оскаржені у апеляційному порядку окремо від рішення суду. Згідно з ч. 2 ст. 293 ЦПК України заперечення на ухвали, що не підлягають оскарженню окремо від рішень суду, включаються до апеляційної скарги на рішення суду. У ст. 354 проекту ЦПК збережений такий підхід.

Системний аналіз положень ЦПК України свідчить про можливість оскарження й деяких інших ухвал, що не передбачені у ч. 1 ст. 293 ЦПК України. Зокрема, можуть бути оскаржені ухвали, зазначені у ч. 4 ст. 135,

¹ Балюк М. І., Луспенік Д. Д. Практика застосування цивільного процесуального кодексу України (цивільний процес у питаннях і відповідях). Харків: Харків юридичний, 2008. С. 552.

ст. ст. 211 та 397 ЦПК України, ухвали про визнання заяви про перегляд заочного рішення неподаною та повернення її заявникові.

Під час застосування норм, викладених у ч. 1 ст. 293 ЦПК України, слід враховувати роз'яснення, надані Конституційним Судом України. Зокрема, у п. 3.2 мотивувальної частини рішення від 27.01.2010 р. № 3-рп/2010¹ КС України зауважив, що наведений у ст. 293 ЦПК перелік ухвал суду першої інстанції, що можуть бути оскаржені в апеляційному порядку окремо від рішення суду, *не є вичерпним*. Аналізуючи ст. 293 ЦПК у взаємозв'язку з п. 8 ч. 3 ст. 129 Конституції України, КС України дійшов висновку про *можливість апеляційного оскарження судового рішення у випадках, коли закон не містить прямої заборони на таке оскарження*.

Так, не можуть бути оскаржені окремо від рішення суду ухвали про повернення апеляційної скарги, поданої на ухвалу, що не підлягає оскарженню окремо від рішення суду, про участь особи у судовому засіданні в режимі відеоконференції.

КС України у рішенні від 28.04.2010 р. № 12-рп/2010² зробив висновок про те, що окремо від рішення суду в апеляційному порядку можуть бути оскаржені *ухвали про забезпечення позову, скасування забезпечення позову, ухвали, якими відмовлено в забезпеченні позову чи скасуванні забезпечення позову*. Це узгоджується з п. 2 ч. 3 ст. 129 Конституції України, яким гарантується рівність усіх учасників судового процесу перед законом і судом.

Стосовно можливості оскарження *ухвали суду про відмову у видачі дубліката виконавчого листа* КС України зауважив, що видача дубліката виконавчого листа включає в себе як видачу, так і відмову у його видачі. З огляду на це, КС України вирішив, що положення п. 18 ч. 1 ст. 293 ЦПК України необхідно розуміти як таке, що передбачає право оскаржувати окремо від рішення суду в апеляційному порядку ухвалу суду першої інстанції як про видачу, *так і про відмову у видачі дубліката виконавчого листа* (рішення від 27.01.2010 р. № 3-рп/2010³).

¹ Рішення Конституційного Суду України від 27.01.2010 р. № 3-рп/2010 у справі за конституційним зверненням громадянина Заїченка Володимира Георгійовича щодо офіційного тлумачення положення п. 18 ч. 1 ст. 293 ЦПК України у взаємозв'язку зі ст. 129 Конституції України (про апеляційне оскарження ухвал суду). *Офіційний вісник України*. 2010. № 9. Ст. 466.

² Рішення Конституційного Суду України від 28.04.2010 р. № 12-рп/2010 у справі за конституційним зверненням громадянина Суботи Артема Анатолійовича щодо офіційного тлумачення положень п. 2 ч. 1 ст. 293 ЦПК України (справа про забезпечення апеляційного оскарження ухвал суду). *Офіційний вісник України*. 2010. № 34. Ст. 1199.

³ Рішення Конституційного Суду України від 27.01.2010 р. № 3-рп/2010 у справі за конституційним зверненням громадянина Заїченка Володимира Георгійовича щодо офіційного тлумачення положення п. 18 ч. 1 ст. 293 ЦПК України у взаємозв'язку зі

У рішенні від 08.07.2010 р. № 18-рп/2010¹ КС України роз'яснив, що апеляційному оскарженню *підлягають як ухвали про роз'яснення рішення суду, так і ухвали про відмову в його роз'ясненні*, оскільки суд може постановити їх в будь-який час до настання обмежень, визначених у ч. 2 ст. 221 ЦПК України, зокрема після набуття ним законної сили. Це виключає можливість оскарження такої ухвали разом із рішенням, тому вона може бути оскаржена самостійно.

У рішенні КС України від 02.11.2011 р. № 13-рп/2011² зазначено, що положення п. 28 ч. 1 ст. 293 ЦПК України у взаємозв'язку з положеннями п.п. 2, 8 ч. 3 ст. 129 Конституції України слід розуміти так, що апеляційному оскарженню окремо від рішення суду підлягають *ухвали суду першої інстанції як щодо повороту виконання судового рішення, так і про відмову в задоволенні заяви щодо повороту виконання судового рішення*. Відсутність можливості апеляційного оскарження таких ухвал суперечить принципу справедливості та основним засадам судочинства (п.п. 2, 8 ч. 3 ст. 129 Конституції України).

В інформаційному листі ВССУ від 27.09.2012 р. № 10-1385/0/4-12 «Про апеляційне оскарження ухвал суду про видачу/відмову у видачі виконавчого листа на примусове виконання рішення третейського суду та їх розгляд»³ роз'яснено, що системний аналіз ч.ч. 4-6 ст. 389-11 ЦПК України свідчить про те, що апеляційному оскарженню підлягає лише ухвала суду про відмову у видачі виконавчого листа на примусове виконання рішення третейського суду. Особа, щодо якої постановлено ухвалу про примусове виконання рішення третейського суду (яка не оскаржується), не позбавлена права звернутися до суду з позовом про скасування рішення третейського суду. Задоволення такого позову буде підставою для подання заяви про визнання виконавчого листа таким, що не підлягає виконанню (п. 28-1 ч. 1 ст. 293 ЦПК України).

ст. 129 Конституції України (про апеляційне оскарження ухвал суду). *Офіційний вісник України*. 2010. № 9. Ст. 466.

¹ Рішення Конституційного Суду України від 08.07.2010 р. № 18-рп/2010 у справі за конституційним зверненням громадянина Слободянюка Івана Івановича щодо офіційного тлумачення положення п. 12 ч. 1 ст. 293 ЦПК України у взаємозв'язку з положеннями п. 2, 8 ч. 3 ст. 129 Конституції України. *Офіційний вісник України*. 2010. № 54. Ст. 1819.

² Рішення Конституційного Суду України від 02.11.2011 р. № 13-рп/2011 у справі за конституційним зверненням військової частини А 1080 щодо офіційного тлумачення положення п. 28 ч. 1 ст. 293 ЦПК України у взаємозв'язку з положеннями п. 2, 8 ч. 3 ст. 129 Конституції України. *Офіційний вісник України*. 2011. № 88. Ст. 3209.

³ Про апеляційне оскарження ухвал суду про видачу/відмову у видачі виконавчого листа на примусове виконання рішення третейського суду та їх розгляд: інформ. лист Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 27.09.2012 р. № 10-1385/0/4-12. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v1385740-12>.

В апеляційному порядку може бути оскаржена ухвала суду першої інстанції, якою вирішено питання, що не підлягало розгляду в порядку цивільного судочинства (перегляд за нововиявленими обставинами судових рішень, що підлягав проведенню в порядку господарського чи адміністративного судочинства) (п. 4 Постанови Пленуму ВС України «Про судову практику розгляду цивільних справ в апеляційному порядку»).

С. Я. Фурса зазначає, що оскільки в результаті роз'єднання позовних вимог може мати місце порушення прав осіб, то такою ухвалою має бути доповнений перелік ухвал, що підлягають апеляційному оскарженню окремо від рішень суду (ст. 293 ЦПК України)¹.

ВССУ у листі від 12.07.2011 р.², враховуючи логіку тлумачення КС України п.п. 2, 12, 18 ч. 1 ст. 293 ЦПК України, наголосив на необхідності застосування аналогічного підходу при вирішенні питання про прийняття до розгляду апеляційних скарг і щодо інших пунктів ч. 1 ст. 293 ЦПК України.

Роз'яснення щодо апеляційного оскарження ухвали суду надані також в інформаційному листі ВССУ від 13.02.2012 р. № 4-183/0/4-12 «Щодо деяких спірних питань застосування процесуальних норм у зв'язку зі змінами до Цивільного процесуального кодексу України»³.

Суд першої інстанції відповідно до ч. 2 ст. 293 ЦПК України має повернути апеляційну скаргу на ухвал, що не підлягає окремому оскарженню від рішення суду. У проекті ЦПК пропонується передати такі повноваження суду апеляційної інстанції (п. 4 ч. 5 ст. 358).

На перешкоджання зловживанню правом на апеляційне оскарження ухвали суду з метою затягування судового розгляду спрямовані норми про те, що у разі подання апеляційної скарги на ухвали суду першої інстанції, передбачені у п.п. 2, 7, 9, 18–30 ч. 1 ст. 293 ЦПК України, до апеляційного суду передаються лише копії матеріалів, необхідних для розгляду скарги; подання апеляційної скарги на ухвалу суду першої інстанції не перешкоджає продовженню розгляду справи цим судом.

За наслідками розгляду скарги на ухвалу суду апеляційний суд має право: 1) постановити ухвалу про відхилення апеляційної скарги і залишення ухвали без змін; 2) скасувати ухвалу і постановити нову ухвалу; 3) змінити

¹ Фурса С. Проблемні питання об'єднання та роз'єднання позовних вимог: теорія і практика. *Право України*. 2011. № 10. С. 93.

² Про можливість оскарження окремо від рішення суду ухвал, перелічених у статті 293 Цивільного процесуального кодексу України: лист ВССУ від 12.07.2011 р. URL: http://sc.gov.ua/ua/informacijni_listi.html.

³ Щодо деяких спірних питань застосування процесуальних норм у зв'язку зі змінами до ЦПК України: лист ВССУ від 13.02.2012 р. № 4-183/0/4-12. URL: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/v0183740-12>.

ухвалу; 4) скасувати ухвалу, що перешкоджає подальшому провадженню у справі, і направити справу для продовження розгляду до суду першої інстанції. У проекті ЦПК конкретизовані повноваження апеляційного суду у разі оскарження ухвали про відкриття провадження з порушенням правил підсудності. Відповідно до ст. 381 проекту ЦПК України суд апеляційної інстанції, скасовуючи ухвалу про відкриття провадження у справі, постановлену з порушенням правил підсудності, приймає постанову про направлення справи на розгляд до суду першої інстанції за встановленою підсудністю.

ЦПК України визначає також перелік ухвал, що підлягають касаційному оскарженню, до якого належать: ухвали суду першої інстанції, вказані у п.п. 1, 3, 4, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 20, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 31-33 ч. 1 ст. 293 ЦПК України, після їх перегляду в апеляційному порядку і ухвали апеляційного суду, якщо вони перешкоджають подальшому провадженню у справі.

Ухвалами, які перешкоджають подальшому провадженню у справі, зокрема, є ухвали про відмову у прийнятті заяви про видачу судового наказу чи відмову у скасуванні судового наказу, відмову у відкритті провадження у справі, повернення заяви, закриття провадження у справі, зупинення провадження у справі, залишення заяви без розгляду, ухвали про залишення апеляційної скарги без руху у зв'язку з несплатою суми судового збору, зупинення апеляційного провадження у зв'язку з призначенням експертизи.

Наприклад, ухвалою від 31.05.2016 р. у справі № 565/1247/15-ц¹ ВССУ відмовив у прийнятті касаційної скарги на ухвалу апеляційного суду про скасування ухвали першої інстанції про повернення позовної заяви і передання питання про відкриття провадження на новий розгляд до суду першої інстанції.

Як зауважується у п. 5 Постанови Пленуму ВССУ № 10 від 14.06.2012 р. «Про судову практику розгляду цивільних справ у касаційному порядку» суди повинні враховувати висновки, викладені у рішеннях КС України від 27.01.2010 р. № 3-рп/2010 та від 02.11.2011 р. № 13-рп/2011.

Слід погодитися з тим, що базис ухвал, що підлягають касаційному оскарженню, мають складати ухвали, які завдають шкоди суб'єктам спірних відносин або потенційно здатні вплинути на об'єктивність судового розгляду². У ч. 1 ст. 390 проекту ЦПК України розширений перелік ухвал першої інстанції, які можуть бути переглянуті у касаційному порядку (зокрема, про відмову у відкритті або закритті апеляційного провадження, про повернення апеляційної скарги, про зупинення провадження, щодо забезпечення позову,

¹ Ухвала ВССУ від 31.05.2016 р., судова справа № 565/1247/15-ц. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/57818019>.

² Цивільний процес України: академ. курс / за ред. С. Я. Фурси. Київ: Видавець Фурса С. Я.: КНТ, 2009. С. 746.

зміни заходу забезпечення позову, про відмову ухвалити додаткове рішення, про роз'яснення рішення чи відмову у роз'ясненні рішення, про внесення або відмову у внесенні виправлень у рішення, про повернення заяви про перегляд судового рішення за нововиявленими або виключними обставинами, про відмову у відкритті провадження за нововиявленими або виключними обставинами, про заміну сторони у справі, окремі ухвали).

М. І. Балюк та Д. Д. Луспеник вважають, що обмеження щодо оскарження ухвал у касаційному провадженні не є порушенням конституційного права на касаційне оскарження, оскільки у п. 8 ст. 129 Конституції України гарантовано касаційне оскарження, крім випадків, встановлених законом¹.

Касаційні скарги на ухвали судів першої чи апеляційної інстанцій розглядаються у порядку, передбаченому для розгляду касаційних скарг на рішення суду, за наслідками якого суд касаційної інстанції має право:

1) постановити ухвалу про відхилення касаційної скарги і залишення ухвали без змін; 2) скасувати ухвалу, що перешкоджає подальшому провадженню у справі, і направити справу для продовження розгляду до суду першої або апеляційної інстанції; 3) змінити або скасувати ухвалу і вирішити питання по суті; 4) скасувати ухвалу і залишити в силі ухвалу, що була помилково скасована апеляційним судом.

О. І. Антонюк

§ 15. Особливості перегляду судових рішень Верховним Судом України

Заява про перегляд судових рішень у цивільних справах може бути подана виключно з підстав, викладених у ч. 1 ст. 355 ЦПК України. Такий перелік є вичерпним і розширеному тлумаченню не підлягає.

У ч. 3 ст. 424 проекту ЦПК передбачені такі підстави для перегляду судових рішень у зв'язку з виключними обставинами: 1) встановлена Конституційним Судом України неконституційність закону, іншого правового акта чи їх окремого положення, застосованого судом при вирішенні справи, якщо рішення суду ще не виконане; 2) встановлення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, порушення Україною міжнародних зобов'язань при вирішенні даної справи судом; 3) встановлення вироком суду, що набрав законної сили, вини судді у вчиненні злочину, внаслідок якого було ухвалено судове рішення. За ЦПК України 2004 р. перша і третя підстави віднесені до нововиявлених обставин (п.п. 2¹, 4 ч. 2 ст. 361). При цьому заява про перегляд судового рішення суду першої інстанції з

¹ Балюк М. І., Луспеник Д. Д. Практика застосування цивільного процесуального кодексу України (цивільний процес у питаннях і відповідях). Харків: Харків юридичний, 2008. С. 528.

підстав, визначених у п.п. 1, 3 мають подаватися до суду, який ухвалив судові рішення, а з визначеної у п. 2 підстави – до ВС України і розглядається у складі Великої Палати (ст. 426 проекту ЦПК України).

Крім того, відповідно до п. 7 ст. 430 проекту ЦПК України судові рішення, ухвалені за результатами перегляду судового рішення за виключними обставинами, може бути переглянута на загальних підставах.

Заява про перегляд судових рішень у цивільних справах з підстав неоднакового застосування судом (судами) касаційної інстанції одних і тих самих норм права, що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень у подібних правовідносинах, подається до ВС України після їх перегляду в касаційному порядку, тобто після ухвалення: 1) ВССУ судового рішення за наслідками розгляду касаційної скарги; 2) ВС України як судом касаційної інстанції судового рішення за наслідками розгляду касаційної скарги, яка подана до 15.10.2010 р.

Заява про перегляд судових рішень у цивільних справах з підстави, передбаченої п. 1 ч. 1 ст. 355 ЦПК України, може бути подана за сукупності таких умов: 1) судом (судами) касаційної інстанції при розгляді двох або більше справ неоднаково застосовано одні й ті самі норми права; 2) справи стосуються спорів, які виникли з подібних правовідносин; 3) має місце ухвалення різних за змістом судових рішень судом (судами) касаційної інстанції.

Неоднакове застосування одних і тих самих норм матеріального права полягає, зокрема: 1) у різному тлумаченні судами змісту і сутності правових норм, що призвело до різних висновків про наявність чи відсутність суб'єктивних прав та обов'язків учасників правовідносин; 2) у різному застосуванні правил конкуренції правових норм при вирішенні колізій між ними з урахуванням юридичної сили цих правових норм і їх дії у часі, просторі та за колом осіб, тобто різне незастосування закону, що підлягав застосуванню; 3) у різному визначенні предмета регулювання правових норм, зокрема застосуванні різних правових норм для регулювання одних і тих самих правовідносин або поширенні дії норми на певні правовідносини в одних випадках і незастосуванні цієї самої норми до аналогічних відносин в інших випадках, тобто різне застосування закону, що не підлягав застосуванню; 4) у різному застосуванні аналогії права чи закону у подібних правовідносинах.

Під судовими рішеннями у подібних правовідносинах слід розуміти такі, де тотожними є предмет спору, підстави позову, зміст позовних вимог та встановлені судом фактичні обставини, а також має місце однакове матеріально-правове регулювання спірних правовідносин.

Судовими рішеннями, на які заявник посилається на підтвердження підстави, передбаченої п. 1 ч. 1 ст. 355 ЦПК України, можуть бути рішення: 1) ВССУ; 2) Вищого адміністративного суду України; 3) ВГСУ; 4) судової

палати у цивільних справах ВС України, ухвалені як судом касаційної інстанції; 5) апеляційних судів загальної юрисдикції, як судів касаційної інстанції у цивільних справах у межах повноважень, наданих Законом України «Про внесення змін до Закону України «Про судоустрій України» щодо забезпечення касаційного розгляду цивільних справ»¹.

Ухвалення різних за змістом судових рішень означає, що суд (суди) касаційної інстанції при розгляді двох або більше справ за подібних правовідносин при однаковому їх матеріально-правовому регулюванні дійшов (дійшли) неоднакових правових висновків.

Постановлення касаційною інстанцією ухвали про скасування рішення судів нижчих інстанцій із передачею справи на новий розгляд не означає остаточного вирішення спору у справі й застосування норм матеріального права для вирішення спору по суті, тому відповідні ухвали не можуть бути предметом перегляду і на них не може здійснюватися посилання на підтвердження підстави, встановленої п. 1 ч. 1 ст. 355 ЦПК України.

Заяву про перегляд ухвал ВССУ, постановлених із процесуальних питань, із підстави неоднакового застосування судом (судами) касаційної інстанції одних і тих самих норм матеріального права, що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень у подібних правовідносинах, може бути подана, якщо ухвала перешкоджає провадженню у справі (зокрема, залишення касаційної скарги без розгляду, закриття касаційного провадження). До таких ухвал не належать ухвали, постановлені згідно з ч. 3 ст. 354 та ст.ст. 359, 360 ЦПК України.

Зазначений перелік таких судових рішень є вичерпним. Вони мають відповідати таким умовам: 1) ними вирішено спір по суті; 2) вони містять неоднакове застосування одних і тих самих норм матеріального права.

Строки для подання заяви про перегляд судових рішень, встановлені ч.ч. 1, 2 ст. 356 ЦПК України, є процесуальними і можуть бути поновлені з причин, визнаних судом поважними, за клопотанням особи, яка подала відповідну заяву (ч. 3 ст. 356 ЦПК). Поновлення цих строків з ініціативи суду законом не передбачено. При цьому суд *може поновити цей строк у межах одного року з дня ухвалення судового рішення*, про перегляд якого подається заява.

Право на звернення про перегляд ВС України судових рішень у цивільних справах *із підстав неоднакового застосування судом (судами) касаційної інстанції одних і тих самих норм матеріального права*, що потягло ухвалення різних за змістом судових рішень у подібних правовідносинах,

¹ Про внесення змін до Закону України «Про судоустрій України» щодо забезпечення касаційного розгляду цивільних справ: Закон України від 22.02.2007 р. № 697-V. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/697-16>.

мають: 1) сторони та інші особи, які брали участь у справі; 2) у випадках, встановлених законом, органи та особи, яким надано право захищати права, свободи та інтереси інших осіб або державні та суспільні інтереси і брати участь у цих справах (ст.ст. 3, 45 ЦПК України, Закони України «Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини»¹, «Про прокуратуру»², «Про охорону навколишнього природного середовища»³, «Про захист прав споживачів»⁴, «Про рекламу»⁵).

Оскільки перелік осіб, яким надано право на подання заяви про перегляд судових рішень ВС України, визначається законом, то *не мають права на подання заяви про такий перегляд особи, які не брали участі у справі, але вважають, що суд вирішив питання про їх права та обов'язки*, хоча їм надане право на апеляційне та касаційне оскарження судових рішень.

Відповідно до вимог ст. 37 ЦПК України процесуальне правонаступництво може мати місце і на стадії перегляду судових рішень ВС України.

Заяву про перегляд судового рішення у цивільних справах з підстави встановлення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, порушення Україною міжнародних зобов'язань при вирішенні справи судом може бути подано особою, на користь якої ухвалено рішення такою міжнародною судовою установою. У цьому разі не вимагається, щоб оскаржуване рішення суду було переглянute у касаційному порядку.

Законом України «Про забезпечення права на справедливий суд»⁶ ВССУ був позбавлений права допуску заяви до розгляду ВС України, хоча у рішенні № 17-рп/2011 від 13.12.2011 р.⁷ КС України визнав таке повноваження конституційним.

¹ Про Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини: Закон України від 23.12.1997 р. № 776/97-ВР *Відомості Верховної Ради України*. 1998. № 20. Ст. 99.

² Про прокуратуру: Закон України від 14.10.2014 р. № 1697-VII. *Відомості Верховної Ради України*. 2015. № 2–3. Ст. 12

³ Про охорону навколишнього природного середовища: Закон України від 25.06.1991 р. № 1264-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1991. № 41. Ст. 546.

⁴ Про захист прав споживачів: Закон України від 12.05.1991 р. № 1023-XII. *Відомості Верховної Ради УРСР*. 1991. № 30. Ст. 379.

⁵ Про рекламу: Закон України від 03.07.1996 р. № 270/96-ВР *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 39. Ст. 181.

⁶ Про забезпечення права на справедливий суд: Закон України від 12.02.2015 р. № 192-VIII URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/192-19/print1485804649358336>.

⁷ Рішення Конституційного Суду України від 13.12.2011 р. № 17-рп/2011 у справі за конституційним поданням 54 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень Закону України «Про судоустрій і статус суддів», Кримінально-процесуального кодексу України, Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України. *Офіційний вісник України*. 2011. № 100. Ст. 3665.

За подання заяви до ВС України про перегляд судового рішення з підстав неоднакового застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм процесуального права та у разі встановлення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, порушення Україною міжнародних зобов'язань при вирішенні справи судом, судовий збір не сплачується (п. 1 ч. 2 ст. 3 Закону України «Про судовий збір», ст. 376 ЦПК України). В інших випадках він складає 130% ставки, що підлягає сплаті при поданні позовної заяви.

ВС України має право:

1) у разі порушення судом (судами) норми процесуального права, що були підставою для оскарження, скасувати судові рішення повністю або частково і: а) передати справу на розгляд до відповідного суду першої, апеляційної чи касаційної інстанції; б) закрити провадження у справі повністю або в частині;

2) у разі неправильного застосування судом (судами) норми матеріального права, що призвело до неправильного вирішення спору, скасувати судові рішення (судові рішення) та: а) ухвалити нове судові рішення чи змінити судові рішення; б) залишити в силі судові рішення (судові рішення), що було помилково скасоване судом апеляційної та (або) касаційної інстанції.

У разі встановлення міжнародною судовою установою, юрисдикція якої визнана Україною, порушення Україною міжнародних зобов'язань при вирішенні даної справи судом, суд має право скасувати судові рішення (судові рішення) повністю або частково і: 1) прийняти нове судові рішення чи змінити судові рішення; 2) передати справу на новий розгляд до суду, який ухвалив оскаржуване судові рішення; 3) закрити провадження у справі або залишити позов без розгляду.

У постанові Верховного Суду України, прийнятій за результатами розгляду заяви про перегляд судового рішення з огляду на неоднакове застосування судом касаційної інстанції одних і тих самих норм матеріального або процесуального права, має міститися висновок про те, як саме повинна застосовуватися норма права, що була неоднаково застосована.

Висновок щодо застосування норм права, викладений у постанові ВС України, має враховуватися іншими судами загальної юрисдикції при застосуванні таких норм права. Суд має право відступити від правової позиції, викладеної у висновках ВС України, з одночасним наведенням відповідних мотивів.

ВС України у справі № 21-1530а16 від 07.03.2017 р.¹ визначив мотиви, з яких суд може відступити від правової позиції ВС України: 1) наслідки

¹ Підстави для відступлення від правової позиції Верховного Суду України. URL: <http://legalans.com/articles/blogs/7714-pdstavi-dlya-vidstupleniya-vid-pravovoi-pozicii-verhovnogo-sudu-ukraini.html>

зіставлення характеру (змісту) спірних правовідносин та казусів (правових ситуацій), на підставі яких була сформульована правова позиція ВС України;

2) час виникнення зазначених правовідносин, умови їх дії та існування;

3) відсутність (наявність) між ними істотного часового розриву; 4) стабільність (змінність) нормативного регулювання відносин, щодо яких виник спір, і тих, що були підставами для формування правового висновку; 5) відсутність (настання) ґрунтовних змін в суспільному, економічному житті країни, за буття яких сформульована правова позиція ВС України почала обмежувати та (чи) дезорієнтувати в питаннях забезпечення однакового застосування норм матеріального права; 6) або ж у межах конкретних фактичних обставин справи виявлені обставини, які існували на час формулювання правового висновку, але містять у собі ознаки, які не охоплюються трактуванням ВС України, та є необхідними і достатніми для прийняття іншого, зокрема, й такого, як оспорене, судового рішення.

О. І. Антонюк

§ 16. Правовий статус Верховного Суду України

Згідно з ч. 2 ст. 125 Конституції України та ч. 2 ст. 17 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» Верховний Суд є найвищим судом у системі судоустрою України. У його складі будуть діяти: 1) Велика Палата Верховного Суду; 2) Касаційні суди (Касаційний адміністративний суд, Касаційний господарський суд, Касаційний кримінальний суд, Касаційний цивільний суд) (ст. 37 Закону України «Про судоустрій і статус суддів»).

До початку дії Верховного Суду продовжує діяти ВС України, який здійснює перегляд судових рішень з підстав, передбачених у ст. 355 ЦПК України. Саме на нього на сьогодні покладається функція забезпечення однакового застосування норм матеріального права (п. 1 ч. 1 ст. 355, 360-7 ЦПК України), а також норм процесуального права при постановленні судового рішення, що перешкоджає подальшому провадженню у справі, або щодо правил підсудності або компетенції судів щодо розгляду цивільних справ (п. 2 ч. 1 ст. 355 ЦПК України).

Тривалий час ВС України суміщав функції суду касаційної інстанції та розглядав справи з виняткових обставин.

Законом України «Про судоустрій і статус суддів» від 07.07.2010 р. (ст. 19, ст. 31, п. 1 розд. XIII «Перехідні положення») було передбачено утворення нового вищого спеціалізованого суду – Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ. Цей суд був створений з 01.10.2010 р. Указом Президента України.¹

¹ Про ВССУ: Указ Президента України від 12.08.2010 р. № 810/2010. URL:

Як зазначено в рішенні КС України від 12.07.2011 р. № 9-рп/2011¹ у справі щодо принципу інстанційності в системі судів загальної юрисдикції, Конституція України закріплює не лише принципи територіальності і спеціалізації, але й принцип інстанційності щодо побудови системи судів загальної юрисдикції (абз. 8 підп. 3.2 п. 3 мотивувальної частини). Побудова системи судів загальної юрисдикції узгоджується зі стадіями судочинства, відповідними формами провадження (зокрема, в апеляційній і касаційній інстанціях) (абз. 4 підп. 4.2 п. 4 мотивувальної частини рішення від 11.12.2003 р. № 20-рп/2003² у справі про Касаційний суд України).

Конституційний Суд України дійшов висновку, що згідно з ч. 1 ст. 125 Конституції України вищі суди повноважні забезпечувати за законом касаційне оскарження та перегляд рішень судів відповідних юрисдикцій, і у рішенні від 11.03.2010 р. № 8-рп/2010³ зауважив, що конституційний статус ВС України як найвищого судового органу в системі судів загальної юрисдикції не передбачає наділення його законодавцем повноваженнями касаційної інстанції щодо рішень вищих спеціалізованих судів, які реалізують повноваження касаційної інстанції (абз. 4 підп. 3.4 п. 3 мотивувальної частини).

На сьогодні ВС України здійснює перегляд судових рішень з підстав, передбачених у ст. 355 ЦПК України. Саме на нього покладається функція забезпечення однакового застосування норм матеріального права (п. 1 ч. 1 ст. 355, 360-7 ЦПК України України).

Внаслідок правової реформи в Україні повертається трьохланкова система. Так, відповідно до п.п. 5-7 Перехідних та прикінцевих положень Закону України «Про судоустрій і статус суддів» від 02.06.2016 р. № 1402-VIII

<http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/810/2010>.

¹ Рішення Конституційного Суду України від 12.07.2011 р. № 9-рп/2011 у справі за конституційними поданнями 54 народних депутатів України та Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень Закону України «Про судоустрій і статус суддів», Кримінально-процесуального кодексу України, Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України (щодо принципу інстанційності в системі судів загальної юрисдикції). *Офіційний вісник України*. 2011. № 60. Ст. 2418.

² Рішення Конституційного Суду України від 11.12.2003 р. № 20-рп/2003 у справі за конституційним поданням 62 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) п. 3 ч. 2 ст. 18, ст.ст. 32, 33, 34, 35, 36, 37, п.п. 5 п. 3 розділу VII «Прикінцеві та перехідні положення» Закону України «Про судоустрій України» (справа про Касаційний суд України). *Офіційний вісник України*. 2003. № 51. Т. 1. Ст. 2705.

³ Рішення Конституційного Суду України від 11.03.2010 р. № 8-рп/2010 у справі за конституційним поданням 46 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення термінів «найвищий судовий орган», «вищий судовий орган», «касаційне оскарження», які містяться у ст.ст. 125, 129 Конституції України. *Офіційний вісник України*. 2010. № 21. Ст. 882.

Верховний Суд створюється на матеріально-технічній базі Верховного Суду України, Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ, Вищого господарського суду України, Вищого адміністративного суду України. Верховний Суд України, Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ, Вищий господарський суд України, Вищий адміністративний суд України діють у межах їх повноважень, визначених процесуальним законом, до початку роботи Верховного Суду та до набрання чинності відповідним процесуальним законодавством, що регулює порядок розгляду справ Верховним Судом. З дня початку роботи Верховного Суду Верховний Суд України, Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ, Вищий господарський суд України, Вищий адміністративний суд України припиняють свою діяльність та ліквідуються у встановленому законом порядку.

Відповідно до ч. 2 ст. 36 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» Верховний Суд має такі повноваження: 1) здійснює правосуддя як суд касаційної інстанції, а у випадках, визначених процесуальним законом, – як суд першої або апеляційної інстанції, в порядку, встановленому процесуальним законом; 2) здійснює узагальнення судової практики; 3) надає висновки щодо проектів законодавчих актів, які стосуються судоустрою, судочинства, статусу суддів, виконання судових рішень та інших питань, пов'язаних із функціонуванням системи судоустрою; 4) надає висновок про наявність чи відсутність у діяннях, в яких звинувачується Президент України, ознак державної зради або іншого злочину; вносить за зверненням Верховної Ради України письмове подання про неспроможність виконання Президентом України своїх повноважень за станом здоров'я; 5) звертається до Конституційного Суду України щодо конституційності законів, інших правових актів, а також щодо офіційного тлумачення Конституції України; 6) забезпечує однакове застосування норм права судами різних спеціалізацій у порядку та спосіб, визначені процесуальним законом.

Відповідно до ч. 2 ст. 417 проекту ЦПК України у постанові Великої Палати має міститися висновок про те, як саме повинна застосовуватися норма права, із застосуванням якої не погодилася колегія суддів або палата, що передала справу на розгляд Великої Палати. У ст. 404 ЦПК передбачені такі підстави для розгляду справу у касаційному порядку Великою Палатою Верховного суду: 1) якщо колегія (палата, об'єднана палата), що розглядає справу в касаційному порядку, вважає необхідним відступити від висновку щодо застосування норми права у подібних правовідносинах, викладеного в раніше ухваленому рішенні Верховного Суду у складі колегії суддів (палати, об'єднаної палати) іншого касаційного суду; 2) якщо колегія (палата), що розглядає справу в касаційному порядку, дійде до висновку, що справа містить виключну правову проблему і така передача необхідна для забезпечення

розвитку права та формування єдиної правозастосовної практики; 3) у всіх випадках, коли учасник справи оскаржує судові рішення з підстав порушення правил предметної чи суб'єктної юрисдикції.

Зазначене відповідає ст. 45 Закону України «Про судоустрій і статус суддів», згідно з якою Велика Палата Верховного Суду, зокрема, у визначених законом випадках діє як суд касаційної інстанції з метою забезпечення однакового застосування норм права касаційними судами. Крім того, на Велику Палату Верховного Суду покладений обов'язок здійснення узагальнення судової практики.

Запитання та завдання для самоконтролю

1. Як співвідносяться докази та засоби доказування у цивільному процесі?
2. У чому полягає сутність доказових фактів?
3. Як визначається предмет доказування у доктрині права та у цивільному процесуальному законодавстві?
4. Розкрийте сутність правових презумпцій у цивільному процесуальному праві.
5. Наведіть критерії класифікації доказів у цивільному процесі.
6. Визначте підстави, способи і порядок забезпечення доказів.
7. Визначте відмінності у повноваженнях суду апеляційної і касаційної інстанції.
8. Визначте співвідношення права на апеляційне та касаційне оскарження і права на приєднання до апеляційної і касаційної скарги.
9. Обґрунтуйте власну позицію щодо відповідності обмеження кола ухвал, що можуть бути оскаржені у апеляційному та касаційному порядку окремо від рішення суду, права на справедливий суд.
10. Обґрунтуйте власну позицію щодо призначення касаційного перегляду судових рішень.
11. Охарактеризуйте межі розгляду справи судами апеляційної і касаційної інстанції.
12. Охарактеризуйте місце ВС у судовій системі України.
13. На підставі аналізу судової практики визначте, які причини визнаються судами апеляційної і касаційної інстанції поважними при вирішенні питання щодо поновлення строку на оскарження судового рішення.

СПИСОК ЛІТЕРАТУРИ

1. Актуальні питання прикладної цивілістики: сімейне, трудове, земельне та житлове право : наук.-практ. посіб. / О. В. Гетьманцев, О. В. Кіріяк, М. Б. Мельник та ін. – Київ : Правова єдність, 2015. – 448 с.
2. Аномалії в цивільному праві України : навч.-практ посібник / відп. ред. Р. А. Майданик. – Київ : Юстініан, 2010. – 1008 с.
3. Боднар Т. В. Виконання договірних зобов'язань у цивільному праві : монографія / Т. В. Боднар. – Київ : Юрінком Інтер, 2005. – 272 с.
4. Бородін М. М. Встановлення та оспорування батьківства: практикум з розгляду цивільних справ у суді / М. М. Бородін, В. А. Кройтор. – Харків, 1998. – 82 с.
5. Бровченко Т. І. Установчі документи юридичних осіб за законодавством України : монографія / Т. І. Бровченко. – Харків : Право, 2016. – 216 с.
6. Буркацький Л. К. Спадкове право України: теорія, коментарі, практика, зразки заяв : навч. посіб. для студ. вищ. навч. закл. / Л. К. Буркацький. – Київ : Вид. дім «Ін Юре», 2008. – 384 с.
7. Венедиктова І. В. Охраняемый законом интерес в гражданском праве : монографія / І. В. Венедиктова. – Харьков : Точка, 2012. – 508 с.
8. Городовенко В. В. Принципи судової влади : монографія / В. В. Городовенко. – Харків : Право, 2012. – 448 с.
9. Гражданское право Украины : учебник для вузов системы МВД Украины : в 2 ч. Ч. 1 / под ред. А. А. Пушкина, В. М. Самойленко ; Ун-т внутр. дел. – Харьков : Основа, 1996. – 440 с.
10. Гринько С. Д. Деліктні зобов'язання римського приватного права: поняття, система, рецепція : монографія / С. Д. Гринько ; за наук. ред. Є. О. Харитоновна. – Хмельницький : Хмельницький університет управління та права, 2012. – 724 с.
11. Гриняк А. Б. Теоретичні засади правового регулювання підрядних зобов'язань у цивільному праві України : монографія / А. Б. Гриняк. – Київ : НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2013. – 374 с.
12. Гусаров К. В. Перегляд судових рішень в апеляційному та касаційному порядках : монографія / К. В. Гусаров. – Харків : Право, 2010. – 352 с.
13. Давидова Н. О. Особисті немайнові права : навч. посіб. для студ. вищ. навч. закл. / Н. О. Давидова. – Київ : Видавничий Дім «Ін Юре», 2008. – 160 с.
14. Дзера О. В. Розвиток права власності громадян в Україні : монографія / О. В. Дзера. – Київ : Вентурі, 1996. – 271 с.

15. Договір як універсальна форма правового регулювання : монографія / за заг. ред. В. А. Васильєвої. – Івано-Франківськ, 2016. – 399 с.
16. Дякович М. М. Охорона і захист сімейних прав та інтересів нотаріусом : монографія. – Київ : Істина, 2014. – 520 с.
17. Євко В. Ю. Дитячий будинок сімейного типу в системі форм улаштування дітей, позбавлених батьківського піклування : монографія / В. Ю. Євко. – Харків : Ксилон, 2010. – 156 с.
18. Енциклопедія цивільного права України / редкол.: Я. М. Шевченко (відп. ред.) та ін. ; Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. – Київ : Ін Юре, 2009. – 948 с.
19. Жилинкова И. В. Правовой режим имущества членов семьи / И. В. Жилинкова. – Харьков : Ксилон, 2000. – 398 с.
20. Жорнокуй Ю. М. Корпоративні конфлікти в акціонерних товариствах: цивільно-правовий аспект : монографія / Ю. М. Жорнокуй. – Харків : Право, 2015. – 532 с.
21. Заїка Ю. О. Спадкове право в Україні: Становлення і розвиток : монографія / Ю. О. Заїка. – 2-ге вид. – Київ : КНТ, 2007. – 288 с.
22. Заїка Ю. О. Спадкове право : навч. посіб. / Ю. О. Заїка, Є. О. Рябокони. – Київ: Юрінком Інтер, 2009. – 352 с.
23. Зеліско А. В. Підприємницькі юридичні особи приватного права як суб'єкти цивільних правовідносин : монографія / А. В. Зеліско. – Івано-Франківськ : Прикарпат. нац. ун-т ім. Василя Стефаника, 2016. – 445 с.
24. Зозуляк О. І. Непідприємницькі юридичні особи як суб'єкти цивільного права: теоретичний та практичний аспекти : монографія / О. І. Зозуляк. – Тернопіль : Підручники і посібники, 2017. – 432 с.
25. Калаур І. Р. Договірні зобов'язання з передання майна в користування: проблеми теорії та практики : монографія / І. Р. Калаур. – 2-ге вид., доп. Тернопіль : Підручники і посібники, 2015. – 480 с.
26. Канзафарова І. С. Теорія цивільно-правової відповідальності / І. С. Канзафарова ; Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. – Одеса : Астропрінт, 2006. – 261 с.
27. Кодифікація цивільного законодавства на українських землях. Т. 1 / за наук. ред.: Р. О. Стефанчук, М. О. Стефанчук. – Київ : Правова єдність, 2009. – 1160 с.
28. Кодифікація цивільного законодавства на українських землях. Т. 2 / за наук. ред.: Р. О. Стефанчук, М. О. Стефанчук. – Київ : Правова єдність, 2009. – 1160 с.
29. Комаров В. В. Цивільне процесуальне законодавство у динаміці розвитку та практиці Верховного Суду України / В. В. Комаров. – Харків : Право, 2012. – 624 с.

30. Коструба А. В. Юридичні факти в механізмі правоприпинення цивільних відносин : монографія / А. В. Коструба. – Київ : Ін Юре, 2014. – 376 с.
31. Кот О. О. Здійснення та захист суб'єктивних цивільних прав: проблеми теорії та судової практики : монографія / О. О. Кот. – Київ : Алерта, 2017. – 494 с.
32. Кохановська О. В. Теоретичні проблеми інформаційних відносин у цивільному праві : монографія / О. В. Кохановська. – Київ : Видавничо-поліграфічний центр "Київський університет", 2006. – 463 с.
33. Красицька Л. В. Проблеми здійснення та захисту особистих та майнових прав батьків і дітей : монографія / Л. В. Красицька. – Київ : Видавництво Ліра-К, 2014. – 628 с.
34. Красицька Л. В. Цивільно-правове регулювання особистих немайнових прав громадян : монографія / Л. В. Красицька. – Донецьк : ДІВС МВС України, 2002. – 164 с.
35. Кройтор В. А. Гражданский процесс : учебное пособие / В. А. Кройтор. – Изд. 4-е, перераб. и доп. – Харьков : Эспада, 2007. – 264 с.
36. Кузнецова Н. С. Подрядные договоры в инвестиционной деятельности в строительстве / Н. С. Кузнецова. – Киев : Наукова думка, 1993. – 158 с.
37. Кухарев О. Є. Виконання заповіту: проблеми теорії та практики : монографія / О. Є. Кухарев. – Харків : ТОВ «Східно-регіональний центр гуманітарно-освітніх ініціатив», 2009. – 263 с.
38. Кухарев О. Є. Спадкове право України : навч. посібник / О. Є. Кухарев. – Київ : Алерта, 2013. – 328 с.
39. Кучеренко І. М. Організаційно-правові форми юридичних осіб приватного права : монографія / І. М. Кучеренко. – Київ : Інститут держави і права ім. В. М. Корецького НАН України, 2004. – 328 с.
40. Майданик Р. А. Розвиток приватного права України : монографія / Р. А. Майданик. – Київ : Алерта, 2016. – 226 с.
41. Методология исследования проблем цивилистики: сб. ст., посвящ. памяти проф. А. А. Пушкина / под ред. Ю. М. Жорнокуя и С. А. Слипченко. – Харьков : Право, 2017. – 432 с.
42. Мічурін Є. О. Спадкове право: практика застосування / Є. О. Мічурін, С. О. Слипченко, О. Є. Кухарев. – Харків : Юрсвіт, 2009. – 464 с.
43. Мічурін Є. О. Обмеження майнових прав фізичних осіб (теоретико-правовий аспект) : монографія / Є. О. Мічурін. – Харків : Юрсвіт, 2008. – 482 с.
44. Отраднава О. О. Проблеми вдосконалення механізму цивільно-правового регулювання деліктних зобов'язань : монографія / О. О. Отраднава. – Київ : Юрінком Інтер, 2014. – 328 с.
45. Пленюк М. Д. Підстави виникнення зобов'язальних правовідносин в механізмі правового регулювання : монографія / М. Д. Пленюк. – Київ : НДІ

приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2016. – 356 с.

46. Погрібний С. О. Механізм та принципи регулювання договірних відносин у цивільному праві України : монографія / С. О. Погрібний. – Київ : Правова єдність, 2009. – 304 с.

47. Посикалюк О. О. Особисті немайнові права фізичних осіб в романській, германській, англо-американській системах приватного права : монографія / О. О. Посикалюк. – Київ : Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва НАПрН України, 2011. – 205 с.

48. Правова доктрина України : у 5 т. Т. 3 / Нац. акад. прав. наук України. Доктрина приватного права України. – 2013. – 760 с.

49. Правова система України: історія, стан та перспективи : у 5 т. Т. 3 / редкол.: В. Я. Тацій (голова), О. В. Петришин, Ю. В. Баулін та ін. Цивільно-правові науки. Приватне право. – 2008. – 640 с.

50. Право власності в Україні: навч. посіб. / за заг. ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. – Київ : Юрінком Інтер, 2000. – 816 с.

51. Право інтелектуальної власності : підручник / О. І. Харитонов, Є. О. Харитонов, Т. С. Ківалова та ін. – Київ : Юрінком Інтер, 2016. – 539 с.

52. Право інтелектуальної власності : навч. посіб. для студ. вищ. навч. закл. спец. «Правознавство» / Р. Є. Еннан, О. О. Кулініч, С. В. Мазуренко та ін. – Київ : Правова єдність ; Алерта, 2016. – 490 с.

53. Примак В. Д. Вина і добросовісність у цивільному праві (теорія, законодавство, судова практика) / В. Д. Примак. – Київ : Юрінком Інтер, 2008. – 432 с.

54. Примак В. Д. Відшкодування моральної шкоди на засадах справедливості, розумності й добросовісності : монографія / В. Д. Примак. – Київ : Юрінком Інтер, 2014. – 432 с.

55. Примак В. Д. Цивільно-правова відповідальність юридичних осіб : монографія / В. Д. Примак. – Київ : Юрінком Інтер, 2007. – 432 с.

56. Проблеми теорії та практики цивільного судочинства : монографія / В. В. Комаров, В. І. Тertiшніков, В. В. Баранкова та ін. ; за заг. ред. проф. В. В. Комарова. – Харків : Харків юридичний, 2008. – 928 с.

57. Проблемы науки гражданского процессуального права / В. В. Комаров, В. А. Бигун, В. В. Баранкова ; под ред. проф. В. В. Комарова. – Харьков : Право, 2002. – 440 с.

58. Пучковська І. Й. Теоретичні проблеми забезпечення зобов'язань : монографія. – Харків : Право, 2017. – 472 с.

59. Романюк Я. М. Застосування цивільно-процесуальних норм у цивільному судочинстві України (питання теорії і практики) : монографія / Я. М. Романюк. – Київ : Ін Юре, 2016. – 536 с.

60. Ромовська З. В. Українське сімейне право: академічний курс : підручник / З. В. Ромовська. – Київ : Правова єдність, 2009. – 500 с.
61. Ромовська З. В. Українське цивільне право. Спадкове право : підручник. – Київ : Алерта; КНТ; ЦУЛ, 2009. – 264 с.
62. Рябоконь Є. О. Спадкове правовідношення в цивільному праві : монографія / Є. О. Рябоконь. – Київ : Віпол, 2002. – 266 с.
63. Савченко А. С. Незавершене та самочинне будівництво як об'єкти цивільних правовідносин : монографія / А. С. Савченко. – Харків : Право, 2014. – 192 с.
64. Сапейко Л. В. Аліменти дітям та батькам : монографія / Л. В. Сапейко, В. А. Кройтор. – Харків : Еспада, 2008. – 160 с.
65. Сивий Р. Б. Приватне (цивільне) право в системі права України : монографія / Р. Б. Сивий. – Київ : КВІЦ, 2006. – 214 с.
66. Синегубов О. В. Здійснення особистих немайнових прав малолітніх та неповнолітніх осіб : монографія / О. В. Синегубов. – Харків : Золота миля, 2015. – 528 с.
67. Сімейне право : підручник / Л. М. Баранова, В. І. Борисова, І. В. Жилінкова та ін. – Харків : Право, 2012. – 320 с.
68. Сімейне право України : підручник / Т. В. Боднар, В. С. Гопанчук, О. В. Дзера та ін. – Київ : Юрінком Інтер, 2016. – 519 с.
69. Сімейне право : підручник / за ред. В. А. Кройтора та В. Ю. Євко. – Харків : Харків. нац. ун-т внутр. справ, 2016. – 512 с.
70. Слипченко С. А. Оборотоспособность объектов личных неимущественных прав, обеспечивающих социальное бытие физического лица : монографія / С. А. Слипченко. – Харьков : ФОП Мичурина Н.А., 2011. – 336 с.
71. Слипченко С. О. Особисті немайнові правовідносини щодо оборотоздатних об'єктів : монографія / С. А. Слипченко. – Харків : Діса плюс, 2013. – 550 с.
72. Современное состояние исследования неимущественных правоотношений в науке гражданского права : сб. тезисов научных докладов и сообщений круглого стола / под науч. ред. В. А. Кройтора и С. А. Слипченко. – Харьков : ХНУВД, 2012. – 240 с.
73. Спадкове право: Нотаріат. Адвокатура. Суд : наук.-практ. посіб. / за заг. ред. С. Я. Фурси. – Київ : Видавець Фурса С. Я. : КНТ, 2007. – 1216 с.
74. Спасибо-Фатеева И. В. Акционерные общества: корпоративные правоотношения : монографія / И. В. Спасибо-Фатеева. – Харьков : Право, 1998. – 256 с.
75. Стефанчук Р. О. Особисті немайнові права фізичних осіб у цивільному праві (поняття, зміст, система, особливості здійснення та захисту) : монографія / Р. О. Стефанчук ; Інститут держави і права ім. В. М. Корецького. –

Хмельницький : Вид-во Хмельницького ун-ту управління та права, 2007. – 626 с.

76. Теоретичні проблеми цивільного процесуального права : підручник / за заг. ред. М. М. Ясинка. – Київ : Алерта, 2016. – 734 с.

77. Ткачук О. С. Проблеми реалізації судової влади у цивільному судочинстві : монографія / О. С. Ткачук. – Харків : Право, 2016. – 600 с.

78. Харченко Г. Г. Речові права : монографія / Г. Г. Харченко. – Київ : Юрінком Інтер, 2015. – 432 с.

79. Харьковская цивилистическая школа: антология семейного права : монографія / В. К. Антошкина, В. И. Борисова, И. В. Жилинкова и др. ; под общ. ред. д-ра юрид. наук, проф. И. В. Спасибо-Фатеевой. – Харьков : Право, 2013. – 240 с.

80. Харьковская цивилистическая школа: грани наследственного права : монографія / под ред. И. В. Спасибо-Фатеевой. – Харьков : Право, 2016. – 608 с.

81. Харьковская цивилистическая школа: объекты гражданских прав : монографія / под общ. ред. И. В. Спасибо-Фатеевой. – Харьков : Право, 2015. – 720 с.

82. Харьковская цивилистическая школа: о договоре : монографія / И. В. Спасибо-Фатеева, О. П. Печеный, В. И. Крат и др. ; под общ. ред. И. В. Спасибо-Фатеевой. – Харьков : Право, 2017. – 576 с.

83. Харьковская цивилистическая школа: защита субъективных гражданских прав и интересов : монографія / И. В. Спасибо-Фатеева, М. Н. Сибилев, В. Л. Яроцкий и др. ; под общ. ред. И. В. Спасибо-Фатеевой. – Харьков : Право, 2014. – 672 с.

84. Харьковская цивилистическая школа: право собственности : монографія / под ред. И. В. Спасибо-Фатеевой. – Харьков : Право, 2012. – 424 с.

85. Цивільне право: підручник : в 2 т. Т. 1 / за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатеевої, В. Л. Яроцького. – Харків : Право, 2011. – 656 с.

86. Цивільне право: підручник : в 2 т. Т. 2 / за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатеевої, В. Л. Яроцького. – Харків : Право, 2011. – 816 с.

87. Цивільне право України. Особлива частина : підручник / О. Є. Аврамова, О. І. Антонюк, О. В. Батожська та ін. – Київ : Ліра-К, 2016. – 1022 с.

88. Цивільне право України України : підручник : у 2 ч. Ч. I / за заг. ред. Шишки Р. Б. та Кройтора В. А. – Харків : Вид-во Харківського нац. ун-ту внутр. справ, 2008. – 516 с.

89. Цивільне право України: підручник : у 2 кн. Кн. 1 / О. В. Дзера (керівник авт. кол.), Д. В. Боброва, А. С. Довгерт та ін. ; за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. – Київ : Юрінком Інтер, 2002. – 720 с.

90. Цивільне право України: підручник : у 2 кн. Кн. 2 / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. – Київ : Юрінком Інтер, 2002. – 640 с.

91. Цивільне процесуальне право України : навч. посіб. / авт. кол.: І. О. Безлюдько, С. С. Бичкова, В. І. Бобрик та ін. – Київ : Атіка, 2006. – 384 с.
92. Цивільний процес : навч. посіб. / авт. кол.: М. М. Бородін, О. Г. Бортнік, О. В. Колісник та ін. – Харків : Вид-во Харк. нац. ун-ту внутр. справ, 2009. – 280 с.
93. Цюра В. В. Теоретичні питання інституту представництва в цивільному праві України : монографія / В. В. Цюра. – Київ : ФОП Мельник А. А., 2016. – 492 с.
94. Шимон С. І. Теорія майнових прав як об'єктів цивільних правовідносин : монографія / С. І. Шимон. – Київ : Юрінком Інтер, 2014. – 664 с.
95. Шишка Р. Б. Охорона права інтелектуальної власності у цивільному праві України : монографія / Р. Б. Шишка. – Харків : Вид-во Нац. ун-ту внутр. справ, 2002. – 424 с.
96. Юркевич Ю. М. Договірні форми об'єднань фізичних та юридичних осіб у цивільному праві України : монографія / Ю. М. Юркевич. – Львів : ЛНУ імені Івана Франка, 2017. – 410 с.
97. Яроцький В. Л. Цінні папери в механізмі правового регулювання майнових відносин (основи інструментальної концепції) : монографія / В. Л. Яроцький. – Харків : Право, 2006. – 544 с.
98. Ясинок М. М. Принципи усності, безпосередності та безперервності в цивільному судочинстві : монографія / М. М. Ясинок, В. А. Кройтор. – Харків : Еспада, 2007. – 152 с.

ТЕРМІНОЛОГІЧНИЙ ПОКАЖЧИК

А

Аванс, 475, 476
Авторське право, 88, 240, 383
Аналогія
– закону, 60, 505
– права, 60
Апеляційне оскарження, 725, 732, 753,
760, 768, 781

В

Валютні цінності, 178
Відносини, 16
Відповідальність, 45, 49, 64, 81, 101, 115,
128, 135, 150, 161, 179, 202, 294, 472,
481, 488, 502, 595, 599
Відшкодування шкоди, 17, 58, 62, 105,
127, 262, 265, 270, 286, 334, 342, 444,
508, 517, 524, 594, 597
Власність, 28, 59, 250, 280, 292, 293, 299,
312, 321, 363, 579

Г

Гідність, 18, 78, 124, 263, 264
Господарське товариство, 628, 630

Д

Деліктні зобов'язання, 49, 270
Держава Україна, 23, 100, 130, 156, 298,
534
Джерела цивільного права, 26, 38, 51, 54
Дитина-сирота, 651, 652
Ділова репутація, 78, 252, 254, 255, 263,
266, 272
Договір, 304, 305, 326, 353, 494, 499, 504
Доказові факти, 739, 741, 742
Доступність правосуддя, 670

Дуалізм приватного права, 20

Е

Емфітевзис, 282, 263, 368, 373

Ж

Житло, 312, 314

З

Забезпечення доказів, 728, 738, 749, 750
Завдаток, 467, 472
Заповіт, 530, 535, 543
Захист цивільних прав, 257, 308, 483,
656, 707
Збитки, 60, 143, 219, 337, 457, 473, 482,
484
Звичай, 53, 71
Здійснення цивільних прав, 41, 43, 66,
101, 228
Земельна ділянка, 280, 284, 287, 312, 316,
321
Зобов'язальні правовідносини, 479
Зобов'язання, 464, 466, 467, 469, 474,
477, 490, 494
– грошове, 478
– деліктні, 507

І

Індивідуалізація фізичної особи, 126
Інтелектуальна власність, 388, 393, 402,
408, 424, 447
Іпотека, 211, 279, 283, 469, 471

К

Касаційне оскарження, 729, 762
Класифікація правочинів, 187

Конвалідація правочину, 214
Корпоративні права, 626, 639
Кредитні кошти, 635, 636
Криптовалюта, 177, 178

М

Метод цивільного права, 36
Методологія приватного права, 81
Мирне володіння майном, 285
Місце проживання дитини, 609, 610
Моральна шкода, 261, 270, 595

Н

Набувальна давність, 308, 312
Наука цивільного права, 31, 78, 86
Недійсні правочини, 199
Недійсність правочину, 91, 192, 194, 200, 216
Неустойка, 60, 95, 194, 467, 482, 487, 649
Нікчемний правочин, 214
Новостворене майно, 300, 303, 618

О

Об'єкт
– незавершеного будівництва, 304, 618
– патентного права, 388
– авторського права, 388
Об'єкти цивільного права, 167, 169, 173, 177, 289, 516
Обов'язкова частка у спадщині, 550, 551
Оборотоздатність об'єктів цивільного права, 169, 171
Оспорюваний правочин, 200, 207, 218, 642
Охоронюваний законом інтерес, 46, 50, 606

П

Позовна давність, 232, 468, 585, 597
Походження дитини, 572, 585, 603, 605, 613
Право

– авторське, 402, 412, 440, 447
– власності, 19, 81, 114, 194, 214, 584, 622
– власності дитини, 638
– корпоративне, 144, 243
– позитивне, 21, 57
– приватне, 15, 179
– природне, 56, 57
– речове, 275, 340, 352, 370
– сімейне, 20, 570
– спадкове, 283

Правовідносини, 472, 574, 604, 612, 700
– з відшкодування шкоди, 525
– із заподіяння шкоди, 511
– по вихованню дитини, 651
– сімейні, 572
– спадкові, 529
– цивільні, 19
– цивільні процесуальні, 14
Правосуб'єктність, 17, 101, 107, 138, 160, 514, 675
Предмет цивільного права, 22, 24, 28, 31, 82
Представництво, 156, 212, 237, 239, 240, 241, 244, 245, 560, 683
Принципи права, 687, 691
Провадження
– наказне, 705, 712
– окреме, 705, 715
Проценти, 480

Р

Реституція, 204, 218, 219, 221, 336
Речове право, 279
Речово-правові способи захисту права власності, 176, 335
Рішення Європейського суду, 74

С

Самозахист, 46, 50, 261, 334, 491, 592
Самочинна забудова, 327
Самочинне будівництво, 316, 317, 320
Санкції, 56, 71, 410, 478, 574, 599
Сервітут, 282, 284, 321, 350, 351, 354, 355, 359, 375

Сім'я, 545, 573, 575, 652
 Сімейне право, 572, 633
 Спадкове право, 528
 Спадковий договір, 565, 566
 Спільна сумісна власність подружжя, 548
 Стадії цивільного судочинства, 703
 Строк, 225, 720, 722, 724, 725, 726, 728, 729, 731, 758
 Суб'єкт
 – цивільних процесуальних правовідносин, 677, 679
 – цивільного права, 36, 138, 163
 Судова
 – практика, 74, 230, 502, 609, 621
 – система, 656, 663
 Суперфіцій, 282, 366, 368, 541

Т

Територіальна громада, 147, 161, 314
 Тлумачення норм, 63, 626
 Торгова марка, 392, 435

У

Уніфікація зобов'язального права, 464
 Установчі документи юридичної особи, 148, 150, 154
 Учасники цивільних
 – відносин, 164, 314

– правовідносин, 177, 254

Ф

Фактичні шлюбні відносини, 578, 607
 Фізична особа, 103, 126, 131, 263, 425
 Форма захисту прав, 590, 655, 707
 Форми правочину, 191, 193, 196
 Функції цивільного права, 37, 70

Ц

Цивільна
 – дієздатність, 103, 115, 122, 201, 555, 641
 – процесуальна форма, 705
 Цивільний процес, 700, 705
 Цивільні процесуальні правовідносини, 673, 674, 687
 Цінні папери, 172, 175, 311, 635

Ч

Честь, 251, 252, 263

Ю

Юридична особа, 131, 135, 142, 148, 156, 241, 513, 651
 Юрисдикція, 659, 679

ВІДОМОСТІ ПРО АВТОРІВ

О. Є. Аврамова, канд. юрид. наук, доц., доцент кафедри цивільного права та процесу Харківського національного університету внутрішніх справ;

О. І. Антонюк, канд. юрид. наук, доц., доцент кафедри цивільного права і процесу Донецького національного університету імені Василя Стуса;

М. П. Апанасюк, канд. юрид. наук, доц., доцент кафедри цивільного права та процесу Харківського національного університету внутрішніх справ;

В. І. Борисова, канд. юрид. наук, проф., член-кореспондент НАПрН України, завідувач кафедри цивільного права № 1 Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, Заслужений працівник освіти України;

Е. В. Вакулович, канд. юрид. наук, доцент кафедри цивільного права та процесу Харківського національного університету внутрішніх справ;

І. В. Венедіктова, д-р юрид. наук, проф., завідувач кафедри цивільно-правових дисциплін Харківського національного університету імені В. Н. Каразіна;

Н. О. Горобець, канд. юрид. наук, доц., професор кафедри юридичних дисциплін Сумської філії Харківського національного університету внутрішніх справ;

В. В. Городовенко, д-р юрид. наук, доц., суддя Конституційного Суду України, Заслужений юрист України;

Н. А. Д'ячкова, канд. юрид. наук, доц., доцент кафедри цивільно-правових дисциплін Харківського національного університету внутрішніх справ;

В. Ю. Євко, канд. юрид. наук, доц., доцент кафедри цивільно-правових дисциплін Харківського національного університету внутрішніх справ;

Ю. М. Жорнокуй, д-р юрид. наук, доц., завідувач кафедри цивільного права та процесу Харківського національного університету внутрішніх справ;

В. Г. Жорнокуй, канд. юрид. наук, доцент кафедри правового забезпечення господарської діяльності Харківського національного університету внутрішніх справ;

С. А. Загородній, канд. юрид. наук, доц., заступник декана факультету № 6 Харківського національного університету внутрішніх справ;

О. Л. Зайцев, канд. юрид. наук, доц., завідувач кафедри цивільно-правових дисциплін Харківського національного університету внутрішніх справ;

Т. С. Кириченко, канд. юрид. наук, доц., доцент кафедри цивільного права та процесу Харківського національного університету внутрішніх справ;

Л. В. Красицька, д-р юрид. наук, доц., професор кафедри цивільного права та процесу Харківського національного університету внутрішніх справ;

В. А. Кройтор, канд. юрид. наук, проф., професор кафедри цивільного права та процесу Харківського національного університету внутрішніх справ;

О. Є. Кухарев, канд. юрид. наук, доц., доцент кафедри цивільного права та процесу Харківського національного університету внутрішніх справ;

О. В. Мороз, канд. юрид. наук, доц., доцент кафедри цивільного права та процесу Харківського національного університету внутрішніх справ;

О. В. Піхурець, канд. юрид. наук, доц., доцент кафедри цивільно-правових дисциплін Харківського національного університету внутрішніх справ;

О. С. Погребняк, канд. юрид. наук, доцент кафедри цивільно-правових дисциплін Харківського національного університету внутрішніх справ;

А. С. Савченко, канд. юрид. наук, доц., доцент кафедри цивільного права та процесу Харківського національного університету внутрішніх справ;

Я. М. Садикова, канд. юрид. наук, доц., доцент кафедри юридичних дисциплін Сумської філії Харківського національного університету внутрішніх справ;

О. В. Сингубов, д-р юрид. наук, доц., декан факультету № 6 Харківського національного університету внутрішніх справ;

С. О. Сліпченко, д-р юрид. наук, проф., професор кафедри цивільно-правових дисциплін Харківського національного університету внутрішніх справ;

О. В. Соколов, канд. юрид. наук, доцент кафедри цивільного права та процесу Харківського національного університету внутрішніх справ;

І. В. Спасибо-Фатєєва, д-р юрид. наук, проф., член-кореспондент НАПрН України, професор кафедри цивільного права № 1 Національного

юридичного університету імені Ярослава Мудрого, Заслужений діяч науки і техніки України;

Т. В. Степаненко, канд. юрид. наук, доц., доцент кафедри цивільно-правових дисциплін Харківського національного університету внутрішніх справ;

І. І. Сядриста, канд. юрид. наук, доцент кафедри правового забезпечення господарської діяльності Харківського національного університету внутрішніх справ;

М. А. Тіхонова, канд. юрид. наук, доц., доцент кафедри цивільно-правових дисциплін Харківського національного університету внутрішніх справ;

Ю. І. Чалий, канд. юрид. наук, доц., доцент кафедри цивільного права та процесу Харківського національного університету внутрішніх справ;

Н. В. Шишка, канд. юрид. наук, доцент кафедри цивільного права та процесу Харківського національного університету внутрішніх справ;

О. Р. Шишка, канд. юрид. наук, доц., доцент кафедри цивільно-правових дисциплін Харківського національного університету внутрішніх справ;

Р. Б. Шишка, д-р юрид. наук, проф., професор кафедри інтелектуальної власності і права Київського інституту інтелектуальної власності та права Національного університету «Одеська юридична академія», академік Академії наук вищої школи України;

О. М. Шуміло, канд. юрид. наук, доц., доцент кафедри правового забезпечення господарської діяльності Харківського національного університету внутрішніх справ;

В. Л. Яроцький, д-р юрид. наук, проф., член-кореспондент НАПрН України, завідувач кафедри цивільного права № 2 Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого, Заслужений діяч науки і техніки України;

С. В. Ясечко, канд. юрид. наук, доц., доцент кафедри цивільно-правових дисциплін Харківського національного університету внутрішніх справ.

The manual is the result of long-term scientific research and the search of authors in the area of determining the problems of civil law. The authors of the article have studied the characteristics of general provisions of civil law and civil procedure, their parties, objects, the doctrine of personal non-property rights, material law, relations related to intellectual, creative activity, problems of obligatory, family and succession relations, the doctrine of civil procedural relations, the problems of determining the concept, system and content of certain principles of civil procedural law, procedural terms, proving and evidence in the civil procedure, as well as features of reviewing court judgments. An analysis of theoretical views on this topic, court practice, legislation of other countries has been provided.

The manual is for students of law educational institutions and MA students, scholars and practitioners, postgraduate students, as well as all those interested in civil law and civil procedure.

C89 **Сучасні** проблеми цивільного права та процесу : навч. посіб. / С. О. Сліпченко, О. В. Синегубов, В. А. Кройтор та ін. ; за ред. Ю. М. Жорнокуя та Л. В. Красицької. – Харків : Право, 2017. – 808 с.

ISBN 978-966-937-320-5

У навчальному посібнику розглянуто проблемні питання цивільного права та процесу, зокрема, загальні положення цивільного права та цивільного процесу, суб'єктний склад цивільних та цивільних процесуальних відносин; розкрито основні положення вчення про особисті немайнові права, речове право; проаналізовано особливості правового регулювання відносин, пов'язаних з інтелектуальною, творчою діяльністю; висвітлено проблеми зобов'язального, сімейного та спадкового права; розкрито основні аспекти вчення про цивільні процесуальні відносини, принципи цивільного процесуального права; висвітлено проблемні питання процесуальних строків, перегляду судових рішень та інші актуальні питання сучасної цивілістики. Наведено аналіз теоретичних поглядів з обраної тематики, судової практики, законодавства України та інших країн.

Для здобувачів вищої освіти ступенів магістра та доктора філософії, науковців, практикуючих правників, а також усіх, хто цікавиться проблемами цивільного права та процесу.

УДК 347+347.9](477)(075.8)
ББК 67.9(4.УКР)304я73+67.9(4УКР)310я73

Навчальне видання

СЛІПЧЕНКО Святослав Олександрович
СИНЕГУБОВ Олег Васильович
КРОЙТОР Володимир Андрійович
та ін.

СУЧАСНІ ПРОБЛЕМИ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА ТА ПРОЦЕСУ

Навчальний посібник

За редакцією *Ю. М. Жорнокуя* та *Л. В. Красицької*

Відповідальний за випуск О. Є. Кухарєв
Технічне редагування Л. А. Пустовойтова
Комп'ютерне верстання І. С. Кордюк
Обкладинка А. Т. Гринченка

Підписано до друку з оригінал-макета 26.12.2017 р.
Формат 70×100^{1/16}. Папір офсетний. Гарнітура Times.
Ум. друк. арк. 46,96. Обл.-вид. арк. 44,54. Вид. № 1793.
Тираж 300 прим.

Видавництво «Право» Національної академії правових наук України
та Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого
Україна, 61002, Харків, вул. Чернишевська, 80а
Тел./факс (057) 716-45-53
Сайт: www.pravo-izdat.com.ua
E-mail для авторів: verstka@pravo-izdat.com.ua
E-mail для замовлень: sales@pravo-izdat.com.ua

Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи
до Державного реєстру видавців, виготівників і розповсюджувачів
видавничої продукції — серія ДК № 4219 від 01.12.2011 р.

Виготовлено у друкарні ФОП Почернін В. В.
Тел. (057) 717-25-44