

МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ

Национальний університет  
«Одеська юридична академія»

# ЦИВІЛЬНЕ ЗАКОНОДАВСТВО УКРАЇНИ В УМОВАХ АДАПТАЦІЇ ДО ПРИВАТНОГО ПРАВА ЄС

Навчальний посібник

*За загальною редакцією*  
**Є. О. Харитонова, К. Г. Некіт**



Одеса  
«Юридична література»  
2017

УДК 347.1/7(477).001.8:341.174(4)(075.8)  
ББК 67.404.1/5(4Укр):67.412.1я73  
Ц58

Навчальний посібник призначений забезпечити поглиблене вивчення окремих питань курсу цивільного права, пов'язаних із реформуванням вітчизняного цивільного законодавства в умовах євроінтеграції, він сприяє з'ясуванню питань теоретичного та практичного характеру щодо вітчизняного та зарубіжного цивільного права та законодавства.

Посібник розрахований на використання в навчальному процесі студентами, аспірантами і викладачами юридичних вузів та факультетів. Може також стати у нагоді практичним працівникам.

Авторський колектив:

**Є. О. Харитонов** – передмова (у співавт. з К. Г. Некіт), п. 1.1, 1.3, 1.4 (у співавт. з О. І. Харитонovou), 1.5 (у співавт. з О. І. Харитонovou), 1.6, 1.7 (у співавт. з І. В. Давидovou), 1.9 (у співавт. з О. І. Харитонovou), 2.1, 2.2 (у співавт. з О. І. Харитонovou), 2.3 (у співавт. з О. І. Харитонovou), 2.4, 3.5, 5.7; **О. І. Харитонova** – п. 1.4 (у співавт. з Є. О. Харитоновим), 1.5 (у співавт. з Є. О. Харитоновим), 1.9 (у співавт. з Є. О. Харитоновим), 2.2 (у співавт. з Є. О. Харитоновим), 2.3 (у співавт. з Є. О. Харитоновим), 4.1, 4.2, 4.3; **Н. Ю. Голубєва** – п. 5.1, 5.2, 5.5; **С. Д. Гринько** – п. 5.9, 5.10; **Г. О. Ульянова** – п. 4.4, 4.7; **С. В. Резніченко** – п. 5.6; **Ю. Ю. Акіменко** – п. 1.2; **С. Б. Булеца** – п. 2.5; **І. В. Давидова** – п. 1.7 (у співавт. з Є. О. Харитоновим); **А. І. Дрішлюк** – п. 1.8; **К. Г. Некіт** – передмова (у співавт. з Є. О. Харитоновим), п. 3.1, 3.2, 5.8; **Ю. Г. Орзіх** – п. 3.7; **О. І. Сафончик** – п. 5.4; **Н. В. Фомічова** – п. 2.6; **О. А. Халабуденко** – п. 3.4; **Т. Є. Харитонova** – п. 3.3; **О. Ю. Цибульська** – п. 3.6; **Ю. С. Суха** – п. 4.5, 5.3; **Г. І. Григор'яниці** – п. 4.6; **Б. В. Фасій** – п. 1.10; **К. І. Спасова** – перелік нормативних актів, спеціальна література

Рецензенти:

**Р. А. Майданик**, доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України, заслужений діяч науки і техніки України, завідувач кафедри цивільного права юридичного факультету Київського національного університету імені Тараса Шевченка;

**Х. Н. Бехруз**, доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент Міжнародної академії порівняльного права, завідувач кафедри права Європейського Союзу та порівняльного правознавства Національного університету «Одеська юридична академія»

Рекомендовано до друку вченою радою Національного університету «Одеська юридична академія» (протокол № 5 від 8 квітня 2016 року)

# ЗМІСТ

Передмова .....	5
-----------------	---

## **Розділ 1. ОСНОВНІ КАТЕГОРІЇ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА У КОНТЕКСТІ АДАПТАЦІЇ ЦИВІЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ ДО ПРИВАТНОГО ПРАВА ЄС**

1.1. Приватне право як «європейський концепт».....	7
1.2. Виокремлення приватного права як тенденція еволюції правової системи Європейського Союзу .....	13
1.3. Цивільне право та цивільне законодавство України.....	26
1.4. Типологія цивільного права України у контексті категорій «європейське право» та європейські традиції приватного права ...	34
1.5. Правова адаптація як вид взаємодії правових систем.....	42
1.6. Система цивільного законодавства України у контексті адаптації до умов внутрішнього ринку ЄС .....	48
1.7. Договори та правочини у цивільному законодавстві України: адаптаційний потенціал.....	61
1.8. Судова практика. Судовий прецедент .....	70
1.9. Принципи DCFR: сутність та значення для гармонізації цивільного законодавства України з правом ЄС .....	74
1.10. Принцип справедливості, добросовісності, розумності субсидіарного застосування норм законодавства: розуміння у цивільному праві України та Модельних правилах .....	81

## **Розділ 2. ЛЮДИНА ЯК СУБ'ЄКТ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВ**

2.1. Людина і громадянське суспільство, фізична особа і приватне право: питання кореляції .....	85
2.2. Засади статусу людини (фізичної особи) у цивільному законодавстві України .....	94
2.3. Здійснення цивільних прав людини (приватної особи).....	101
2.4. Правове забезпечення приватних (цивільних) прав .....	108
2.5. Медична допомога у контексті забезпечення права людини на життя та здоров'я .....	117
2.6. Відновлення строків позовної давності при захисті прав фізичної особи .....	124

## **Розділ 3. ПРАВА НА РЕЧІ**

3.1. Засади регулювання відносин власності за цивільним законодавством України та деяких європейських країн .....	129
3.2. Поняття довірчої власності (трасту) у цивільному праві України та DCFR в контексті імплементації Угоди про асоціацію між Україною та ЄС .....	137

3.3.	Права на землю у контексті європейських правових традицій ....	141
3.4.	Володіння та право володіння чужим майном (речами).....	150
3.5.	Засади регулювання спадкування в Україні.....	158
3.6.	Проблеми гармонізації правового регулювання недоговірних зобов'язань у спадковому праві України за стандартами ЄС.....	166
3.7.	Здійснення права на спадкування та оформлення права на спадщину у контексті Угоди про асоціацію України з ЄС .....	170

#### **Розділ 4. ПРАВО ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ В УМОВАХ АДАПТАЦІЇ ДО ЗАКОНОДАВСТВА ЄС**

4.1.	Засади регулювання відносин інтелектуальної власності в Україні .....	174
4.2.	Правове регулювання відносин у сфері авторського права у різних правових системах .....	182
4.3.	Авторські права у контексті створення єдиного цифрового ринку .....	190
4.4.	Промислова власність.....	196
4.5.	Правовий режим інформації за законодавством України та ЄС.....	201
4.6.	Проблема боротьби з піратством .....	205
4.7.	Проблеми боротьби з плагіатом.....	212

#### **Розділ 5. ЗОБОВ'ЯЗАННЯ**

5.1.	Засади регулювання зобов'язальних відносин за законодавством України .....	220
5.2.	Порівняльно-правовий аналіз регулювання переддоговірних відносин.....	231
5.3.	Концепція істотних умов договору за законодавством України та ЄС (зокрема, згідно DCFR та PECL) .....	234
5.4.	Правове регулювання міжнародного договору купівлі-продажу.....	238
5.5.	Закон України «Про електронну комерцію» як крок до реалізації Угоди про асоціацію між Україною та ЄС.....	243
5.6.	Договір аутсорсингу.....	250
5.7.	Система недоговірних зобов'язань за цивільним законодавством України та у праві європейських країн .....	256
5.8.	Зобов'язання з безпідставного збагачення за цивільним законодавством України та DCFR.....	264
5.9.	Загальні засади деліктного права Франції, Німеччини та України .....	270
5.10.	Ноксальна відповідальність за законодавством Франції, Німеччини та України.....	280
	Додаток .....	287
	Авторський колектив .....	303

## Передмова

---

Підписанням Угоди про асоціацію з ЄС Україна задекларувала своє прагнення стати у майбутньому членом ЄС, ще раз підтвердивши цим відданість європейським цінностям. Після ратифікації цієї Угоди 16 вересня 2014 р. процес євроінтеграції України перейшов у практичну площину, котра у галузі юридичній ставить завдання правової адаптації до умов внутрішнього ринку ЄС.

Євроінтеграційні процеси обумовлюють необхідність істотного реформування цивільного законодавства України, що потребує як проведення досліджень, спрямованих на оновлення законодавчої бази, так і забезпечення високої якості підготовки юридичних кадрів, приведення змісту юридичної освіти у відповідність до європейських вимог. Тому підготовка підручників та посібників нового покоління, зі змістом, адаптованим до потреб сьогодення, стає нагальною потребою.

Навчальний посібник, що пропонується увазі читача, підготовлений колективом авторів в рамках процесу оновлення засад і змісту юридичної освіти в Україні. У ньому вперше серед видань такого типу під кутом зору завдань, пов'язаних із правовою адаптацією нашої країни до приватного права ЄС, проведено порівняння низки положень вітчизняного цивільного законодавства із законодавством європейських країн і ЄС, та обґрунтовані висновки щодо відповідних змін у національному законодавстві. При цьому розуміння приватного права, як концепту, тобто як сукупності уявлень про позначений певним терміном соціальний феномен, стало підґрунтям висновку, що правова адаптація не може зводитися лише до узгодження «законодавства України із законодавством ЄС», а є більш складним процесом, а відтак має йтися про адаптацію вітчизняної концепції права до концепту права європейського взагалі і приватного права, зокрема, що знайшло своє відображення у назві посібника.

У навчальному посібнику висвітлюються актуальні питання реформування українського цивільного законодавства, досліджені ключові проблеми функціонування окремих інститутів цивільного права України, проведено порівняння правового регулювання від-

повідних відносин з підходами європейських законодавців до вирішення аналогічних питань, визначені основні тенденції розвитку цивільного законодавства України відповідно до європейських вимог.

Посібник призначений доповнити підручники з цивільного права при опрацюванні навчального матеріалу з вказаної дисципліни та сприяти поглибленому вивченню низки проблем, що існують у цій галузі. Розрахований на використання в навчальному процесі студентами, аспірантами, викладачами юридичних ВНЗ. Може бути корисним при засвоєнні суміжних навчальних програм.

## ОСНОВНІ КАТЕГОРІЇ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА У КОНТЕКСТІ АДАПТАЦІЇ ЦИВІЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ ДО ПРИВАТНОГО ПРАВА ЄС

### 1.1. Приватне право як «європейський концепт»

Доцільність розгляду приватного права як європейського концепту зумовлена тим, що ця категорія своїм походженням і характеристикою завдячує Європейській цивілізації, а відтак містить аксіологічні орієнтири для бажаючих долучитися до ЄС.

Але спочатку маємо встановити сутність терміно-поняття «європейське право», котре вживається у юриспруденції і як загальний концепт (*conceptus*. лат. — думка, уявлення, поняття — розуміється як сформоване вербально уявлення, раціональне та емоційне сприйняття людиною права як частини світу, в якому існує ця людина, відчуваючи себе частиною цього світу), і стосовно окремих галузей права європейських правових систем.

При цьому виправданим є розрізнення загальний концепт «європейське право», що є елементом Європейської цивілізації у цілому, і концепт «європейське право» у спеціальному значенні, котрий стосується регулювання відносин, що виникають у зв'язку зі створенням та діяльністю європейських міжнародних організацій.

Враховуючи, що перше з них має загальне цивілізаційне, «культурологічне» значення, виходимо далі з того, що воно, за визначенням, є ширшим, ніж «європейське право у спеціальному значенні», сферою якого є лише діяльність і політика Європейського Союзу. При цьому право ЄС може бути охарактеризоване як феномен *sui generis*, оскільки воно, хоча й тісно пов'язане як з міжнародним правом, так і з правом різних країн-членів, але є таким, що становить особливу, третю систему права, яка діє поряд з міжнародним та внутрішнім правом<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> *Право Європейського Союзу: підручник / за ред. В. І. Муравйова. — Київ: Юрінком Інтер, 2011. — С. 55.*

Поширеним є визначення Європейського права як системи юридичних норм, що сформувалися у зв'язку з утворенням і функціонуванням Європейських Співтовариств і Європейського Союзу (при цьому, зазвичай, виходять з того, що терміни «право Європейського Союзу» і «право Співтовариств» є взаємозамінними<sup>2</sup>), застосовуваних у межах їхньої юрисдикції на основі й у відповідності з установчими договорами і загальними принципами права<sup>3</sup>.

Найбільший інтерес у такому визначенні являє його завершальна частина, де йдеться про загальні принципи права, відповідно до яких поряд з установчими договорами діють і застосовуються норми Європейського права. Стаття F (н. н. ст. 6) Договору 1992 р. передбачає, що «Союз поважає основні права особистості, як вони гарантовані Європейською конвенцією захисту прав людини й основних свобод і як вони впливають із загальних конституційних традицій держав-членів, у якості загальних принципів права Співтовариства». Таким чином, в основу загальних принципів права ЄС покладений пріоритет прав особистості, що закріплений у Європейській конвенції, і до того ж впливає з конституційних традицій європейських держав. Ці ж традиції визначають подальший розвиток національного права держав — членів Європейських Співтовариств.

Отже терміном «європейське право» можемо позначати виражене вербально уявлення, раціональне та емоційне сприйняття людиною права як частини «європейського світу» (європейської цивілізації), у якому існує ця людина, відчуваючи себе його часткою, тоді як, позначенням «право ЄС» характеризується сукупність правових норм, правил та інших юридичних засобів (дискусії в Європейському Парламенті щодо законодавства Співтовариства тощо), за допомогою яких регулюються процеси європейської інтеграції та діяльності Євросоюзу.

Зазначене стосується «європейського права» та «права Європейського Союзу» в цілому, але не дозволяє повністю враховувати особливості «приватної сфери» буття права. Тому виникає необхідність з'ясування сутності та характеристики концепту «приватного права», котре може розглядатися у об'єктивному (як суспільний феномен, що забезпечує визначення правового становища приватної особи у суспільстві) та суб'єктивному (як правоможності, що належать приватній особі) сенсі.

---

<sup>2</sup> Кернз В. Вступ до права Європейського Союзу: навч. посіб. : пер. з англ. / В. Кернз. — Київ: Знання, 2002. — С. 30.

<sup>3</sup> *Європейское право: учеб. для вузов* / Л. М. Энтин, А. А. Наку, С. В. Водолагин [и др.]; Моск. гос. ин-т МО (ун-т) МИД РФ, Ин-т европейского права. — Москва: НОРМА-ИНФРА, 2001. — С. 43.



Почнемо з констатації тієї обставини, що сучасний концепт приватного права у об'єктивному сенсі в основних рисах був сформований наприкінці XIX — на початку XX ст. Наступні метаморфози концепту, потужним каталізатором яких стали такі Виклики історії як I та II Світові війни, котрі зумовили перегляд системи традиційних людських цінностей, пов'язані з конституюванням «суверенітету приватної особи», зростанням ваги забезпечення прав людини. На такому підґрунті була прийнята Загальна декларація прав людини ООН 1948 р., а незабаром і європейська Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р., яка враховувала конституційні традиції європейських держав. Власне, остання відобразила головні положення Західного європейського концепту приватного права, які стали також методологічною основою створення приватного права ЄС.

Принагідно, варто звернути увагу на те, що, хоча іноді під «європейським правом» розуміється система юридичних норм, однак визначення такого типу придатні лише для характеристики способу регулювання цивільних та інших відносин у ЄС. Разом із тим, такий підхід не може бути використаний при формулюванні концепту приватного права. Більш вдалим тут є аксіологічний підхід, коли враховуються визначальні гуманітарні цінності сучасної Європи.

При розгляді його під таким кутом зору, право може бути визначене як цивілізаційна категорія, котра одночасно виступає як елемент соціально-політичного устрою та елемент суспільної свідомості, є складовою духовного світу людини та її світогляду, відображаючи уявлення окремих індивідів та суспільства в цілому про справедливість, добро, гуманізм тощо. Це дає підстави розглядати право взагалі, і приватне право, зокрема, як концепт, що розуміється тут як сукупність виражених вербально уявлень про позначений певним терміном соціальний феномен. Характерним є те, що визначення концепту спирається на аналіз самого концепту, тоді як визначення категорії відштовхується від іншої категорії. Відтак визначення концепту полягає в тому, щоб передати сенс слова, яким цей концепт позначається у відповідності з елементами, які цей концепт утворюють<sup>4</sup>. Саме такий підхід має стати основою сучасного розуміння приватного права, котре є концептом європейської цивілізації, маючи своїм методологічним підґрунтям, передусім, лібералізм.

Тут може виникнути питання, чому приватне право, пропонується вважати саме європейським (а не, скажімо, східним, південним, азійським, євразійським, африканським тощо) концептом?

<sup>4</sup> Бержель Ж.-Л. Общая теория права : пер. с фр. / Ж.-Л. Бержель. — Москва, 2000. — С. 342.

На користь такої позиції можна навести чимало аргументів, але обмежимося лише згадкою про принципово важливий вибір визначальних цінностей. Якщо для європейської (і похідних від неї) ментальності, а відтак — правосвідомості — визначальною цінністю є права людини, то для решти типів правових систем в центрі уваги знаходяться обов'язки особи. Але вести мову про визначальну роль обов'язків у правовому регулюванні можливо лише щодо правової системи з публічно-правовою домінантою, оскільки саме наявність ефективних засобів публічного примусу забезпечує виконання обов'язків учасниками правовідносин. Що стосується Європейського приватного права (приватного права ЄС), то в основу його загальних принципів покладений пріоритет прав особистості, закріплений у Європейській конвенції. Ті самі традиції визначають вектор розвитку національного права держав — членів ЄС на тлі зростання питомої ваги морально-аксіологічної складової концепту приватного права, безумовною цінністю якого визнаються права та свободи людини.

Варто зазначити, що концепт приватного права, зокрема, відображених у ньому цивілізаційних цінностей, а також пов'язаних з ним концептів у галузі забезпечення прав людини, піддаються критиці за «надмірну» демократію, невизначеність меж свобод та прав людини у приватній сфері, зловживання правами тощо. Найбільше критикують лібералізм, котрий є методологічним підґрунтям концепту приватного права. Часом взагалі ставиться під сумнів доцільність використання «аксіологічного» підходу, і зокрема, визнання у якості провідного критерію, ідеї примату прав людини. При цьому висловлюються побоювання, що пропозиції пов'язувати правову традицію з певними цінностями, інтерпретуючи право виключно як міру свободи особи (особистості), емоційно привабливі та етично універсальні для сучасної епохи, з позицій порівняльного дослідження правових культур світу виглядають обмеженими, оскільки ... у глобальній перспективі виявляється, що єдина цивілізація, яка ґрунтується на правах особи (особистості) як домінуючому принципі, — це цивілізація західна. Звідси робиться висновок, що в такому разі доведеться визнати відсутність інших, крім європейської, правових традицій, а відтак пропонується спробувати вийти з європоцентричної моделі, за межі однозначних понять, створених у межах однієї правової культури. Обстоюється позиція, що для створення адекватної типології правових традицій потрібен не ціннісний, а саме формальний підхід, що й дозволяє виокремлювати мусульманську, індуїстську, китайську правові традиції, хоча там жодних прав особи (особистості) немає<sup>5</sup>.

<sup>5</sup> *Медушевский А. Н.* Российская правовая традиция — опора или преграда? : доклад и обсуждение / А. Медушевский. — Москва, 2014. — С. 122.

Проте тут відбувається підміна відправних послань. Адже, якщо виходимо з того, що права особи (особистості) є ознакою європейської (західної) традиції права, то наявність цієї ознаки в певній правовій системі означає ідентифікацію її як європейської (похідної від європейської), тобто, такої, що ґрунтується на європейських цінностях. І тоді відсутні підстави боятися «європоцентризму». Просто певне суспільство (державна, правова система) або приймає, або не приймає європейські індивідуалістські (ліберальні) цінності (а відтак і приватноправове мислення, правосвідомість тощо). Так само як інше суспільство (державна, правова система) приймає або не приймає цінності традиційні, колективістські, тоталітаристські та ін., обираючи свій шлях правового розвитку.

При погляді під таким кутком зору, право може бути визначене як цивілізаційна категорія, котра одночасно виступає як елемент соціально-політичного устрою та елемент суспільної свідомості, є складовою духовного світу людини та її світогляду, відображаючи уявлення окремих індивідів та суспільства в цілому про справедливість, добро, гуманізм тощо.

Характеризуючи на такому підґрунті приватне право, можна виокремити у якості визначальних рис те, що воно: 1) ґрунтується на визнанні людини (особи) самостійною цінністю: людина визнається не засобом, а метою права; 2) покликане регулювати відносини між приватними особами (тобто, такими, що не перебувають у відносинах влади-підпорядкування одна щодо одної і не є фігурантами держави) забезпечуючи «суверенітет» кожної; 3) ставить на чільне місце приватний інтерес: акцентує увагу на економічній свободі, вільному самовираженні та рівності товаровиробників, захисті прав власників (у томі числі, від сваволі держави); 4) виходить з можливості вільного волевиявлення приватних суб'єктів при реалізації їхніх прав; 5) ґрунтуючись на засадах юридичної рівності учасників цивільних відносин, забезпечує ініціативність сторін при встановленні цивільних відносин та вільне волевиявлення суб'єктів при реалізації їхніх прав; 6) припускає широке використання договірної форми регулювання цивільних відносин; 7) містить норми, які «звернені» до суб'єктивного права і забезпечують його захист; 8) характеризується переважанням диспозитивних норм, які спрямовані на максимальне врахування вільного розсуду сторін; 9) визначає судовий позов як основний порядок захисту прав та інтересів суб'єктів відносин.

Із урахуванням характерних рис приватного права та його філософії воно може бути визначене як сукупності ідей та засад, юридичної доктрини, правил і норм, що стосуються встановлення статусу і захисту інтересів приватних осіб, які не є фігурантами дер-

жави, не знаходяться у відносинах влади — підпорядкування стосовно одне одного, рівноправно і вільно встановлюють собі права і обов'язки у відносинах, що виникають з їх ініціативи. Взявши до уваги перелічені ознаки, можна стисло визначити приватне право, як концепт, що являє собою сукупність уявлень, правил і норм, що визначають статус людини (приватної особи) і забезпечують захист її суб'єктивних прав та інтересів.

Джерелами приватного права, котрі визначають його сутність та зміст, є: 1) природне право — як основа визначення статусу приватної особи; 2) національні правові системи, що визначають юридичний статус приватної особи, а також засади захисту прав та інтересів останньої; 3) колізійні норми, що передбачають компроміси при визначенні статусу приватної особи у різних національних правових традиціях тощо; 4) міжнародно-правові угоди, що стосуються зазначених питань.

Своєрідним еталоном європейських систем приватного права у галузі визначення статусу приватної особи є римське приватне право. Звісно, норми цієї системи права не застосовуються безпосередньо в сучасному цивільному (торговому) обігу. Однак применшувати його вплив не можна, оскільки він не тільки не зменшується, але й зростає. Завдяки такому феномену як рецепція права, саме римському приватному праву, як правовій системі, що втілила в собі вищі досягнення філософської, гуманітарної та юридичної думки античності, судилося стати підґрунтям (одним з наріжних каменів) сучасного приватного права Європи.

Слід зауважити, що поділ права на приватне і публічне є науковою абстракцією, яка дозволяє у найбільш загальних рисах характеризувати два головних напрями правового буття суспільних відносин. Саме тому аналіз категорії приватного права, зазвичай, супроводжується характеристикою і права публічного, котре визначають як сукупність правових інституцій, правил та норм, що є основою функціонування, певним чином, структурованої владно-організаційної системи, за допомогою якої шляхом використання імперативного методу досягається мета забезпечення публічного правопорядку і в кінцевому підсумку — реалізації та захисту прав людини<sup>6</sup>.

З перших стадій розвитку цивілізації право розвивається у складі двох відносно самостійних сфер — публічного і приватного права. При цьому якість права в цілому визначається розвитком кожної з них. Недооцінка суспільством якоїсь із цих сфер призводить до деформації правової системи, її однобічності.

<sup>6</sup> Харитонова О. І. Адміністративно-правові відносини (проблеми теорії): монографія / О. І. Харитонова. — Одеса: Юрид. літ., 2004. — С. 119–122.

На основі такого розуміння суті приватного і публічного права можна встановити їхнє значення для регулювання суспільних відносин, характер співвідношення публічних або приватних елементів у їхньому регулюванні. Візьмемо як приклад відносини, що складаються у галузі підприємницької діяльності, галузева приналежність яких на сьогоднішній день викликає гострі дискусії. Скажімо, при визначенні характеру взаємовідносин підприємців з державою, встановленні державних гарантій здійснення такої діяльності, оподаткуванні підприємців, визначенні наслідків несумлінної конкуренції тощо застосовуються публічно-правові засади. Тут враховується, передусім, сукупний колективний інтерес, застосовується імперативний метод правового регулювання, діють принципи публічного права. З іншого боку, для регулювання відносин, що виникають з договорів між приватними особами, у процесі здійснення ними господарської, підприємницької діяльності, повною мірою придатні засади приватного права.

Отже, що стосується реальних відносин, то вони підлягають регулюванню на засадах приватного або публічного права в залежності від їх конкретного змісту. На рівні національного права це знаходить відображення у розрізненні галузей національного права, котрі виступають як прояв засад приватного або публічного права при регулюванні відповідних груп відносин. Проте хибним було б ототожнювати приватне право з цивільним, а публічне — з адміністративним. Натомість йдеться про те, що у цивільному праві, головним чином (але не тільки), проявляються ідея та засади приватного права, а у праві адміністративному — засади та норми публічного права.

## **1.2. Виокремлення приватного права як тенденція еволюції правової системи Європейського Союзу**

Сучасний стан економіки характеризується надзвичайно бурхливим і стрімким розвитком міжнародних господарських зв'язків, інтернаціоналізацією світового виробництва і споживання. Даний процес набув всеосяжний характер: він вже не обмежується виключно торговими відносинами, а залучає до себе промислове виробництво, сферу послуг і використання результатів інтелектуальної діяльності. З неминучістю посилюється взаємодія між господарюючими суб'єктами, що знаходяться під юрисдикцією різних національних правопорядків, а діяльність таких суб'єктів все більше і інтенсивніше переростає державні кордони. Розвиток світово-

го правопорядку вказує на зміну форм і методів правового регулювання системи майнових відносин як на рівні суб'єктів права, так і на національному та наднаціональному рівні.

Одночасно в світлі того, що в останні роки відбувається зближення національних правових систем, гармонізації основних підходів, які застосовуються для регулювання відносин майнового обороту, що виражаються в укладанні дво- і багатосторонніх міжнародних договорів, заснуванні міжнародних організацій і т. ін., стала усвідомлюватися тенденція до виокремлення приватного права Європейського Союзу.

Право ЄС розвивалося під впливом міжнародного права, але не зводиться повністю до нього. Норми права Європейського Союзу мають іншу міжнародно-правову природу, відмінну від міжнародного права і внутрішньодержавного права, що підтверджується й науковою доктриною<sup>7</sup>.

Правовий базис приватного права ЄС формувався шляхом поєднання міжнародного торгового права з узгодженими між державами-членами правовими нормами цивільного та комерційного права, які викладені в установчих договорах Європейського Союзу. Зокрема, В. А. Астапенко зазначає, що сформований у рамках Європейських співтовариств автономний правопорядок являв собою симбіоз міжнародно-правових та національних правових норм, що зумовило логічний висновок, відповідно до якого право ЄС виходить за рамки правових режимів традиційних міжнародних організацій і його можна порівняти з правовими режимами конфедеративних або навіть федеративних утворень<sup>8</sup>.

Інтеграційні процеси в ЄС відбуваються не властивими міжнародному та національному праву інструментами. На сучасному етапі свого розвитку Європейський Союз характеризується характерними особливостями, завдяки яким його правопорядок можна кваліфікувати як «автономний». Так, наприклад, О. Вишняков зазначає, що «результатом інтеграційної діяльності держав-членів і формування наднаціонального організаційного утворення стало становлення нової наднаціональної правової системи, яка згодом набула автономний характер по відношенню до міжнародного права і внутрішнім законодавством держав-членів»<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> *Remien O.* European private international law, the European Community and its emerging area of freedom, security and justice // *Common market law rev.* — 2001. — Vol. 38, N 1. — P. 53–86.

<sup>8</sup> *Правові засади регулювання економічних відносин Європейського Союзу з третіми країнами (теорія і практика) / В. І. Муравйов.* — Київ: Академ-Прес, 2002. — 425 с.

<sup>9</sup> *Вишняков О. К.* Інтеграційне право як інструмент «європеїзації» України: структура та зміст // *Європейське право.* — 2012. — № 2–4. — С. 145–157.

З двадцяти восьми країн-членів ЄС, більше ніж 500 мільйонів його населення, Європейський союз займає провідне місце серед інших акторів у світових економічних правовідносинах. Попри ці цифри та відомості Європейський союз, як і раніше не може розглядатися як одна країна, або спільнота країн з єдністю цілей та засобів їх реалізації. Насправді, Європейський Союз складається з двадцяти восьми окремих і незалежних країн, чії громадяни, перш за все, сприймають себе як громадяни своєї країни, а не як громадяни Європейського Союзу. Відмінності між європейськими державами-членами незліченна безліч, однак Європейський Союз поступово прийшов до необхідності правової гармонізації не тільки у сфері публічного права, але й приватно правовідносин. Так, ст. 288 Договору про функціонування Європейського Союзу (ДФЕС) 2009 р. уповноважує Європейський союз ввести або принаймні ініціювати нові закони в державах-членах, але це повноваження обмежене. Таким чином, хоча закони держав-членів містять деякі загальні стандарти, є ще багато відмінностей. Проте, за останні три десятиліття ситуація змінилась: в рамках Європейського Союзу відбулось безпрецедентне дослідження цих відмінностей, були запропоновані акти щодо уніфікації цивільного права держав-членів, відбувається поступове запровадження цих актів.

Європейські країни, в яких панували монархії, імперії, диктаторські режими, попри відмінності є спільну правову систему, підґрунтям якої є *ius commune* (загальне право), а також спільні цінності, економічна згуртованість, політичне об'єднання держав-членів та протистояння зовнішнім конкурентам.

Ідея розробки Європейського кодексу зобов'язального права виникає в 1974 р. під час створення проекту Конвенції Європейського Економічного Співтовариства про право, що застосовується до договірних і недоговірних зобов'язань. Однак колізійні норми та запропонований механізм не міг ефективно вирішити нагальні потреби учасників ринку.

У 1982 р. в рамках Європейської комісії з контрактного права під керівництвом професора Оле Ландо («Комісія Ландо») була ініційована робота щодо створення спільного контрактного права ЄС. У 1989 р. Парламент ЄС схвалив резолюцію, у якій підкреслювалась важливість гармонізації спільного приватного права Співтовариств, особливо в такій специфічній галузі, як внутрішній ринок, надавалась рекомендація щодо організації робіт з підготовки Європейського кодексу приватного права (*European Civil Code*)<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> *Resolution A2-157/89 of the European Parliament On action to bring into line the private law of the Member States, Official journal of European Community, 1989, C 158/400.*

В 1995 р. були опубліковані «Принципи європейського договірного права. Частина I. Виконання і невиконання договору і засоби правового захисту» (Principles of European contract law — PECL), підготовлені Комісією за європейським договірного права під редакцією професорів Оле Ландо і Х'ю Біля<sup>11</sup>. Після чого Комісія продовжила свою роботу і значно розширила зміст Принципів європейського договірного права (PECL), включивши в даний документ наступні глави: укладення договору, повноваження представників, дійсність договору, тлумачення, зміст і дію договору. Також були внесені зміни і доповнення в розділи, підготовлені першої Комісією. Відповідно, загальні положення і глави про виконання і невиконанні договору, про засоби правового захисту були представлені в новій редакції. Повний текст даної версії Принципів європейського договірного права (PECL) (частини I і II) складається з 9 глав (загальні положення, укладення договору (включаючи відповідальність при веденні переговорів), повноваження представників, дійсність, тлумачення, зміст і наслідки, виконання, невиконання і загальні положення про засоби правового захисту, окремі засоби правового захисту у разі порушення), був опублікований в 1999 р.<sup>12</sup>

Навіть ця частина Принципів європейського договірного права не містила остаточного і повного варіанту загальних принципів договірного права, незважаючи на те, що діяльність другої Комісії істотно розширила їх зміст. Комісія продовжувала свою роботу над III частиною Принципів європейського договірного права і підготувала наступні 8 глав (множинність осіб, уступка вимоги, заміна боржника, заміна сторони в договорі, залік вимог, давність прав вимоги, протиріччя договору основним принципам і імперативним нормам права, зобов'язання під умовою, капіталізація відсотків).

Частина III принципів ЕДП була опублікована в 2003 році та є продовженням перших двох частин. Два томи Принципів (I тому — частини I і II, II том — частина III Принципів) складаються з 17 глав і 201 статті і охоплюють значну частину загальних положень договірного права<sup>13</sup>, які можна застосовувати до комерційних контрактів. Крім загальних положень, Принципи європейського договірного права (PECL) визначив структурні розділи («книги»):

<sup>11</sup> *Principles of European contract law. Part I. Performance, Non-Performance and Remedies* / Ole Lando and Hugh Beale (eds.); Commission on European contract law. — Martinus Nijhoff Publishers, 1995. — 285 p.

<sup>12</sup> *Principles of European Contract Law. Part I and II Combined and Revised* / Ole Lando and Hugh Beale (eds.). — Kluwer Law International, 2000. — 550 p.

<sup>13</sup> *Principles of European contract law. Part III* / Ole Lando, Eric Clive, Andre Prum and Reinhard Zimmerman (eds.). — Kluwer Law International, 2003. — 550 p.



контракти та інші юридичні акти; контракти та неконтрактні права та зобов'язання; особливі контракти; некомерційне втручання; недовірлива відповідальність за шкоду; безпідставне збагачення; передача рухомих речей; забезпечення рухомими речами; трасти. Проте, Комісія ЄС визнала за необхідне закріпити не тільки загальні визначення, а й основні принципи та типові правила Європейського цивільного права, з метою підвищення сумісності досягнень Співтовариства.

На розвиток прийнятих рішень Європейською комісією 12 лютого 2003 р. прийнято План дій «Більш когерентне Європейське контрактне право», де ще раз підкреслюється значення більш зв'язаних норм контрактного права, а також сполучення нерегуляторних та регуляторних заходів для подолання у відносинах внутрішнього ринку ЄС існуючих бар'єрів, що виникають від несумісності національного законодавства країн-членів та амбівалентності правової термінології. Було поставлене завдання запровадити три види заходів: 1) підвищити єдність *acquis* (тобто правового надбання) ЄС у сфері контрактного права; 2) забезпечити опрацювання єдиної для ЄС загальної термінології контрактного права; 3) надалі вивчити питання — чи проблеми у царині європейського контрактного права потребуватимуть розв'язок, що не мають секторальної специфіки, зокрема таких розв'язок, як нормативний «опційний інструмент»<sup>14</sup>.

Одним з важливих документів Європейської комісії з гармонізації в цілому контрактного права є Комюніке від 11 жовтня 2004 р. «Європейське контрактне право та перегляд *acquis*: шлях уперед», де вперше офіційно поставлено завдання розробити спільний рамковий довідковий документ (*Common Frame of Reference — CFR*), який має містити чітку термінологію, основоположні принципи та ув'язані між собою правила контрактного права, створені на базі *acquis* та кращих варіантів розв'язання проблем, що їх знайдено в рамках правопорядку країн-членів ЄС. При цьому Європейська комісія висловила застереження про відсутність з її боку намірів пропонувати «Європейський цивільний кодекс»<sup>15</sup>.

В руслі проекту *CFR* дослідницькою групою з Європейського цивільного кодексу під керівництвом професора Крістіана фон Бара, починаючи з 2006 р. випущено декілька частин під загаль-

---

<sup>14</sup> *Communication* from the Commission to the European Parliament and the Council «A more coherent European Contract Law. An Action Plan». — Brussels, 12/02/2003. — COM(2003) 68 final.

<sup>15</sup> *Communication* from the Commission to the European Parliament and the Council «European Contract Law and the revision of the *acquis*: the way forward». — Brussels, 11/10/2004. — COM(2004) 651 final.

ною назвою «Принципи європейського права», присвячених різним частинам цивільного права<sup>16</sup>. Публікації в рамках CFR мають основною метою служити «комплексом інструментів» («toolbox») при підготовці пропозицій як для перегляду існуючого *acquis*, так й для розроблення нових інструментів. У рамках CFR викладаються спільні фундаментальні принципи контрактного права та виключення з цих принципів за наявності певних обставин, визначаються «абстрактні правові терміни», зокрема пов'язані з *acquis*: визначення контракту, заподіяної шкоди тощо, а також «пояснення», наприклад, щодо того, коли контракт вважається укладеним. Відведено певне місце «модельним правилам». Є розділи щодо контракту, передоговірних зобов'язань, зокрема, зобов'язань інформаційного характеру, виконання та невиконання зобов'язань, множинності дебіторів та кредиторів, відступлення права вимоги, заміни боржника, трансферу контракту, давності, спеціальних правил договорів купівлі-продажу та договорів страхування. Викладено правила щодо продаж, сервісних контрактів, комерційних агентів, франчайзингових та дистрибуторських контрактів, безпідставного збагачення, лізингу тощо.

У 2009 р. був групою під керівництвом професора Крістіана фон Бара був представлений Draft Common Frame of Reference (DCFR) — «Проекту загальної довідкової схеми» щодо порівняльних досліджень і наукової роботи у галузі приватного права. Він зберіг формат модельного Кодексу і ясність викладу і доступність для сприйняття, чіткість формулювань, які були відмінною рисою Принципів європейського договірного права (PECL). Саме цей документ наразі є останнім результатом процесу уніфікації Європейського цивільного права.

«Проект загальної довідкової схеми» (DCFR) існує як набір модельних правил для поліпшення існуючого і майбутнього регулювання щодо функціонування Європейського внутрішнього ринку. Він також включає правила, що стосуються до зобов'язального права, в набагато більш логічній формі, ніж та, в якій вони знаходяться в існуючій системі Принципів Європейського контрактного права. Більш того, «Проект загальної довідкової схеми» (DCFR) включає норми, які регулюють перехід прав на рухомі речі, їх переміщення, правила захисту прав відносно рухомих речей, положення про трасти. При цьому виключається регулювання заповітів і спадкування за законом, сімейних відносин; векселів, чеків, закладених і інших фінансових інструментів; і, що найважливіше, виключається

---

<sup>16</sup> *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR) / Christian von Bar and Eric Clive (eds). — Paris : Sellier, 2009. — 610 p.*

регулювання нерухомого майна. Включення зі сфери регулювання вищевказаних галузей приватного права, питань реєстрації та моменту переходу прав щодо об'єктів нерухомості, пояснюється існуючими законодавчими ініціативами ЄС.

«Проект загальної довідкової схеми» DCFR складається з десяти книг, що присвячені різним аспектам речового права. Важливо відзначити, що «Проект загальної довідкової схеми» DCFR перейняли підхід континентального права до регулювання основних інститутів. Однак, не можна говорити про точне копіювання інститутів і понять, швидше, документ являє собою вдалий синтез правових систем, з невеликим ухилом в бік континентального права. Наприклад, розділ *Визначення* книги 8 містить поняття права власності, нехарактерне ні для континентального, ні для загального права. Автори документа, наприклад, відмовляються від використання традиційної для континентального права тріади повноважень «володіння, користування, розпорядження», виділяючи інший, більш широкий набір: використовувати, володіти, змінювати, руйнувати, відновлювати і позбавлятися від об'єкта власності (use, enjoy, modify, destroy, dispose and recover). Також відзначимо досить загальний характер норм і «усереднений» підхід до розумінню власності, норми, що ґрунтуються на посиланнях на національному законодавству в тому, що стосується процедур і деталей.

Публікація «Проекту загальної довідкової схеми» (DCFR) загострила існуючу дискусію про необхідність створення системи цивільного права, загального для всіх країн-учасниць Європейського Союзу. Поточна література неодноразово визнавала багаторівневий характер приватного права ЄС, як щодо загальних компетенцій до законодавчих актів з приватного права питання, так і зростаюча тенденція до європеїзації і глобалізації права, яку національний законодавець не в змозі контролювати самостійно<sup>17</sup>.

Особливо взаємозалежність між законодавцем Союзу і національним стає очевидним при розгляді питання про те, чи входить галузь приватного права до спільної компетенції ЄС та держав-учасниць, чи є реальний приклад втілення цього повноваження. Взаємозалежність акторів в європейському приватному праві стає ще більш очевидною в якості аргументів для гармонізації та узгодження Європейського приватного права, яке відбувається за рахунок сильного імпульсу споживчого права і права конкуренції.

Ці дебати про багаторівневу структуру європейського приватного права також мають відношення до «Проекту загальної довідкової схеми» (DCFR).

<sup>17</sup> Демин А. В. «Мягкое право» в эпоху перемен: опыт компаративного исследования : монография / А. В. Демин. — Москва : Проспект, 2016. — 380 с.

На початку процесу європейської економічної інтеграції багато дослідників приходили до думки про те, що вона неможлива без правової інтеграції, що з часом отримала своє підтвердження на практиці. Увага, яка приділяється окремим сферам гармонізації приватного права в Європейському союзі, свідчить про те, що цивільно-правові інститути поступово перетворюються з суто національних на загальноєвропейські. Таким чином, інтеграційно-правові тенденції в Європейському союзі доводять можливість конвергенції традиційних для Європи систем права. Основним аргументом прихильників такої тенденції виступає посилення на загальні історичні та концептуальні корені існуючих в Європі різних національних систем права. Існує також і протилежна тенденція, що виражається в акцентуванні важливості збереження системного різноманітності в праві, підкресленні небезпек інтеграції систем права, здатної привести до знищення національних і регіональних відмінностей взагалі<sup>18</sup>.

Однак спроби гармонізувати цивільне право в рамках права ЄС незважаючи на численні академічні дослідження та пропозиції мали тривалий час вигляд фрагментарної гармонізації з метою попередження викривлень у конкуренції або усунення бар'єрів у торгівлі або захисту прав споживачів. Можливо, такий стан речей був компромісом між відокремленістю національних правових систем країн Європи та перспективною ідеєю Європейського кодексу приватного права.

Необхідно відзначити, що виокремлення приватного права ЄС в цілому виглядає як досить суперечливий процес; він сприймається дуже неоднозначно як різними органами Союзу, так і представниками громадськості. У політичних і академічних колах йдуть досить гострі дискусії з цього питання. На зміст цього процесу накладають свій відбиток особливості структури і функціонування Європейського союзу, розподіл компетенції між його органами, закріплені міжнародно-правовими актами, прийнятими протягом його піввікового існування.

Більшість держав — членів ЄС визнають як юридично важливий поділ правової системи на дві основні підсистеми: приватне право, яке регулює «горизонтальні відносини» між приватними сторонами (громадяни, компанії) або між державою та громадяни, а також публічне право, яке регулює «вертикальні відносини», в яких держава здійснює свою владу відносно громадян та юридичних осіб. Такий поділ правової системи має не тільки теоретичне значення, але й практичне, оскільки на цих засадах визначається

---

<sup>18</sup> *Sjef van Erp*. European Private Law: Postmodern Dilemmas and Choices. Towards a Method of Adequate Comparative Legal Analysis // *Electronic Journal of Comparative Law*. — 1999. — Vol. 3.1. August. — P. 142–148.

компетентний суд (правила підсудності) або застосовуються процесуальні норми (наприклад, договірні позови проти держави щодо повернення податків).

Наявність такого поділу на державному рівні має важливе значення в більшості правових систем держав-членів ЄС, однак правова природа такого поділу на приватне на публічне право в ЄС двоїста в цьому відношенні. З одного боку, договори ЄС визнають існування цієї відмінності, посилаючись на «публічне право» і «приватного права» ст. 4 (2) (к) ДФЄС щодо охорони здоров'я (public health), ст. 36 ДФЄС щодо суспільної моралі, державної політики, національної безпеки (public morality, public policy, public security), ст. 45 ДФЄС щодо підстав державної політики, національної безпеки, охорони здоров'я (public policy, public security, public health), ст. 45 (4) ДФЄС щодо адміністративних послуг (public service), ст. 54 ДФЄС щодо публічного та приватного інтересу (public or private law), ст. 106 ДФЄС щодо публічних підприємств (public undertakings), ст. 123 (1) ДФЄС щодо органів, що підпорядковуються публічному праву (bodies governed by public law), ст. 179 ДФЄС щодо договорів приєднання (public contracts), ст. 272 ДФЄС щодо поділу контрактів, що регулюються публічним або приватним правом (contract governed by public or private law). З іншого боку, законодавство ЄС як таке не розподіляється на публічно-правові норми та приватно-правові, а на відміну від цього містить розподіл норм функціонально<sup>19</sup>.

Проте, поняття «приватного права» використовується як в документах Комісії ЄС, і різними науковими групами, які внесли свій вклад в підготовку, за дорученням Комісії, «Проект загальної довідкової схеми» (DCFR). Суперечливе сприйняття приватного права ЄС виникає також через визначені у засновницьких документах напрями політики, у рамках яких ЄС разом або спільно з державами здійснює свої повноваження — предметний підхід. Як зазначають вчені, відсутність загального приватного права ЄС можна пояснити тим, що розподіл повноважень було сформовано за іншим принципом напрямки і навіть ті акти, що регулюють приватноправові відносини — права споживачів, охорона праці були прийняті на публічно-правових підставах з метою визначення правових засад Внутрішнього ринку ЄС, що спровокувало плутанину.

Потреба усунення правових обмежень та забезпечення безперешкодної та вільної торгівлі у ЄС визначили завдання не тільки гармонізації приватного права країн-учасників ЄС, що виявилось

<sup>19</sup> *Constanze Semmelmann*. The Public-Private Divide in European Union Law or an Overkill of Functionalism // Maastricht Faculty of Law Working Paper. — 2012. — N 12. — P. 240–245.

суттєвою умовою завершення створення загального європейського єдиного внутрішнього ринку товарів та послуг. Процес подальшої інтеграції європейського приватного права визначається двома факторами. По-перше, поступове усвідомлення необхідності існування комплексного акту приватного права або визначення його правових засад — виокремлення його серед інших галузей. По-друге, міжнародні конвенції у якості інструменту гармонізації права виявили свої недоліки, оскільки процес їх підготовки, ратифікації та внесення змін вже не відповідає швидкоплинному механізму торговельних операцій. Таким чином, обмеженість та фрагментарність, які супроводжують застосування конвенцій в умовах прагнення до гармонізації також сприяють відмові від подальшого застосування як інструменту забезпечення злагодженості національного права держав-учасників ЄС.

Професор Я. Смітс зазначає, що підходи до формування європейського приватного права можна розділити на три категорії, з характерним формування правил та принципів для кожної з них. Вчений виділяє перший підхід до формування європейського приватного права — гармонізацію шляхом прийняття директив Європейського Союзу як найбільш відомий метод, зокрема, в такий спосіб було сформовано єдині правила захисту прав споживачів: прикладом цього є Директиви про відповідальність за якість продукції (1986 р.), про надання споживчих кредитів (1986 р.), про перевезення (1990 р.), про несправедливі умови споживчих договорів (1993 р.). Проте дія цих правил обмежена: директиви застосовуються в європейському приватному праві в чітко визначених сферах відносин.

Другим підходом до формування приватного права ЄС професор Я. Смітс визначає як гармонізацію шляхом укладення договорів, які мають обов'язкову юридичну силу, однак для дії такого договору необхідна однотайність серед країн, які його ратифікують, що повертає нас до інструментів міжнародних конвенцій, що за визначених вище причин вже не зможуть бути відповідним регулятором приватно-правових відносин. Таким чином, договори не можуть відігравати основну роль в уніфікації приватного права.

Третім підходом, на думку вченого є створення єдиного Європейського цивільного кодексу з огляду на рішення Європейського парламенту, які закликали до «уніфікації приватного права в сферах, які мають важливе значення для розвитку внутрішнього ринку», а особливої уваги потребує діяльність комісії Ландо з кодифікації «Принципів європейського договірної права» (PECL)<sup>20</sup>.

<sup>20</sup> *Principles of European contract law. Part I. Performance, Non-Performance and Remedies* / Ole Lando and Hugh Beale (eds.); Commission on European contract law. — Martinus Nijhoff Publishers, 1995. — 285 p.

Розроблені комісією Ландо «Принципи європейського договірного права» мають статус «м'якого права». А на думку багатьох учених, є підґрунтям для Європейського цивільного кодексу, який вже матиме статус не м'якого права, а документа, ухваленого компетентними інститутами Союзу, який має обов'язкову юридичну силу<sup>21</sup>.

Робоча група з Європейського Цивільного кодексу, яку очолив професор Христіан фон Бар також розгорнула широкомасштабну роботу зі створення деталізованого масиву норм з усіх інститутів цивільного права та яка представила текст двох частин Європейських принципів договірного права<sup>22</sup>. Дані принципи підлягають застосуванню, якщо сторони дійшли згоди про це прямо або побічно (у тому числі шляхом посилання на «загальні принципи права», «*lex mercatoria*» і т. п.).

Однак на цих основних дослідженнях діяльність ЄС у сфері виокремлення приватного права не обмежується. Останньою ініціативою у цій сфері є створення у 2004 році Об'єднаної мережі по Європейському приватному праву (Join Network on European Private Law), до якої увійшла низка провідних науковців, у тому числі і з Групи щодо вивчення Європейського цивільного кодексу та наукової групи Європейської дослідницької групи чинного приватного права ЄС (European Research Group on Existing EC Private Law (Acquis Group)). Результатом роботи цієї групи стала розробка у 2008 р. «Проекту загальної довідкової схеми» (DCFR) (Draft Common Frame of Reference — DCFR).

Цей документ можна розглядати як важливий крок до прояву національних систем в контексті єдиної загальноєвропейської спадщини, він дає усвідомлення реально існуючого європейського приватного права, аналізує питання, за якими національні правові системи мають кардинально протилежні погляди, та вказує на перспективи розвитку приватного права Європи. Що стосується структури проекту «Проект загальної довідкової схеми» (DCFR), то вона має такий вигляд — це принципи, модельні правила і визначення (термінологія). Модельні правила, це ядро «Проект загальної довідкової схеми» (DCFR), які систематизовані у 10 книгах. Перші три книги містять загальні положення договірного і зобов'язального права. четверта книга регулює окремі види договорів (Договори купівлі-продажу та пов'язані з ними гарантії; договори про постачання електротроенергії; договори купівлі-продажу цінних паперів;

---

<sup>21</sup> *Сміт Я.* Європейське приватне право як змішана правова система // Європейське право. — 2012. — № 2–4. — С. 215–225.

<sup>22</sup> *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)* / ed. by C. von Bar, E. Clive. — 2009.

договори, пов'язані з правом інтелектуальної власності). Положення четвертої книги не застосовуються щодо нерухомості. п'ята книга регулює ведення чужих справ без доручення. Шоста — позадоговірній відповідальності за заподіяну шкоду. Сьома — безпідставному збагаченню. Восьма — підстави придбання і втрати права власності. Дев'ята — забезпеченню рухомого майна. Десята — довірчій власності. Можна зробити висновок, що область застосування Проекту Загальної системи підходів (DCFR) не обмежується лише рамками договірного права, а виходить далеко за них, що дозволяє провести аналогію з структурою моделі цивільно го кодексу.

«Проект загальної довідкової схеми» (DCFR) як результат порівняльного вивчення чинного права ЄС і окремих його держав-членів, покликаний відображати ті суспільні цінності, які закріплені в уже існуючих законах, хоча вони і не завжди збігаються. У зв'язку з цим Проект Загальної системи підходів (DCFR) зайняв проміжну, збалансовану позицію.

Наступні основні цілі і виражені в них суспільні цінності були виділені авторами «Проект загальної довідкової схеми» (DCFR): справедливість (правосуддя), свобода, захист прав людини, економічне благополуччя, солідарність і соціальна відповідальність. З урахуванням того, що мова йде про створення приватного права ЄС, були додані деякі спеціальні цілі, зокрема стимулювання розвитку внутрішнього ринку, збереження культурного та мовного плюралізму. Оскільки приватне право ЄС має бути виражене у формі типових (модельних) норм, були також прийняті до уваги деякі більш формальні цілі: раціональність, правова визначеність, передбачуваність, ефективність. Усвідомлюючи, що даний перелік не може бути вичерпним, автори «Проект загальної довідкової схеми» (DCFR) допускають можливість включити в нього і інші цілі і принципи, хоча вони і можуть здатися такими, що не відносяться беззастережно до основоположних. Так, цілком допустимо визнати в якості важливої суспільно важливої мети — захист особи, що діє розумно покладаючись на поведінку іншої сторони, або встановлення в деяких правових відносинах відповідальності сторони за ризик, який вона спричинила.

Підсумкова версія документу суттєво вирізняється за кількістю фундаментальних принципів. Чотири (свобода, гарантування, справедливість і ефективність) проти п'ятнадцяти. Незважаючи на такий скорочений перелік, автори «Проект загальної довідкової схеми» (DCFR) не ставлять все принципи на один рівень в ієрархічному ряду і допускають конкуренцію між ними віддаючи в деяких ситуаціях пріоритет одним (свобода або гарантування) перед іншими (справедливість або ефективність).



Слід окремо виділити, що відтепер під час обговорення пропозицій Комісії ЄС щодо регулювання будь-яких з вищезазначених правовідносин проводиться детальне порівняльне дослідження Проекту Загальної системи підходів (DCFR) та Пропозиції Єврокомісії. Це означає, що хоча документ не має обов'язкової юридичної сили. Однак він виступає в якості підґрунтя для внесення можливих поправок, змін або доповнень до юридично обов'язкових правових актів Європейського Союзу. Таким чином, вже видно користь і практичне застосування Проекту Загальної системи підходів (DCFR), що дає всі підстави думати, що як мінімум приставка «Проект» в самому найближчому майбутньому може зникнути, а як максимум у Європейському Союзі може з'явитися перший кодифікований правовий акт наднаціонального рівня не тільки в області договірного права, але і в праві Союзу в принципі.

На думку проф. Р. О. Стефанчука «Проект загальної довідкової схеми» (DCFR) на сьогодні є тією найближчою стратегічною законодавчою ініціативою в ЄС. І саме це буде майбутньою правовою політикою, яка має враховуватися в тому числі і при розробці власної правової політики в Україні. Адже можливість вивчення вказаних процесів дасть можливість підготувати нову методологічну базу для зміни основних засад формування українського цивільного законодавства, сприятиме його мобільності до потреб сучасності в контексті входження України до європейського простору. Крім цього, вивчення вказаної кодифікаційної роботи дасть можливість глибше зрозуміти як цивільне законодавство європейських країн, так і межі його уніфікації та зближення<sup>23</sup>.

Відомі вчені проф. Є. О. Харитонов та проф. О. І. Харитонova визначають, що ідеться не про створення акту законодавства, а про науково-прикладний проект порівняльно-правового характеру, що має сприяти вивченню та розумінню приватного права в країнах — членах ЄС. Зокрема, він призначений показати, наскільки схожими є одна на одну національні системи приватного права, які можна розглядати як регіональний прояв загальної європейської спадщини. Завданням «Проекту загальної довідкової схеми» (DCFR) є наочно довести факт існування європейського приватного права, згадавши про відносно незначну кількість випадків, у яких різні правопорядки дають різні відповіді на загальні питання. Таким чином, «Проект загальної довідкової схеми» (DCFR) розглядається як такий документ, що може надати ідеям європейського приватного права нове підґрунтя, що підвищує взаєморозуміння

<sup>23</sup> Стефанчук Р. О. До питання про європейський вибір розвитку цивільного права в Україні // Приватне право і підприємництво. — 2012. — Вип. 11. — С. 27–29.

та сприяє колективному обговоренню проблем приватного права в Європі<sup>24</sup>.

Таким чином, у рамках внутрішнього ринку ЄС без торговельних обмежень приватне право ЄС знаходиться у процесі формування постійно з огляду на динамізм приватно-правових відносин. Очевидною є потреба стимулювати виникнення правих норм. «Проект загальної довідкової схеми» (DCFR) відіграє важливу роль не тільки в контрактному праві, але також у праві власності, деліктному праві, в цілому у приватному праві ЄС. Питання стосовно того, як владні інституції зможуть запровадити виконання норм, не повинно бути орієнтиром у існуванні приватного права ЄС, адже його формування відбувається постійно та тоді, коли це дійсно потрібно.

Нині також відбувається пошук правової бази для запровадження Європейського цивільного кодексу в праві ЄС. Питання створення Європейського цивільного кодексу є більше політичним, ніж юридичним. Вони полягають у недостатньо ясній картині майбутнього утворення, його спрямованості. Ці фундаментальні причини невиділення приватного права ЄС є похідними від нез'ясованості питання конфедеративного чи федеративного майбутнього ЄС.

Розвиток та функціонування приватного права ЄС в цілому виглядає як досить суперечливий процес; сприймається дуже неоднозначно як різними інституціями Союзу, так і державами-членами. На цей процес накладають свій відбиток особливості структури і функціонування Європейського союзу, розподіл компетенції між його органами, закріплені міжнародно-правовими актами. Проте твердження, що ідея створення приватного права ЄС досі не вийшла за межі розробки правил технічного характеру, тому що вони не впливають на формування традиційної системи, не може існувати далі. Це підводить до висновку стосовно створення приватного права ЄС.

### **1.3. Цивільне право та цивільне законодавство України**

До базових категорій вітчизняної правової системи належать терміно-поняття «цивільне право» та невід'ємно пов'язане з ним «цивільне законодавство», які характеризують сукупність норм, що регулюють цивільні відносини. З'ясування їх сутності, співвідно-

---

<sup>24</sup> Харитонов Є. О. Принципи цивільного права України в контексті їхнього співвідношення з DCFR / Є. О. Харитонов, О. І. Харитонova // Актуальні проблеми держави і права. — 2015. — Вип. 75. — С. 302–309.

шення та особливостей має неабияке теоретичне і практичне значення.

При визначенні поняття цивільного права необхідно враховувати поділ права на об'єктивне і суб'єктивне, зумовлений соціальними і спеціально-юридичними закономірностями.

Суб'єктивне право характеризує суб'єкта правовідносин, відображаючи його можливості діяти певним чином та вимагати певної поведінки від іншого суб'єкта, звертаючись у необхідних випадках за підтримкою до державних інституцій. Об'єктивне право є сукупністю юридичних норм, правил і принципів, виступаючи підґрунтям права суб'єктивного

Отже об'єктивне та суб'єктивне право є тісно пов'язаними, але не тотожними категоріями, які, до того ж, перебувають у різних площинах. Об'єктивне цивільне право знаходиться у одній площині з правом приватним, цивільним законодавством та іншими правовими категоріями, які стосуються абстрактного суб'єкта відносин, передбачаючи і закріплюючи існування для останнього потенційних прав та обов'язків. Натомість, суб'єктивне цивільне право належить конкретному суб'єкту — учаснику цивільних відносин, які знаходяться у сфері правового регулювання. Перебуваючи у діалектичній єдності, вони, разом із тим, не можуть бути однаковими за сутністю, призначенням, змістом тощо.

У такому контексті виправданим є розуміння цивільного права України як сукупності концепції, ідей та правових норм, що визначають статус приватної особи, підстави придбання та порядок реалізації такою особою цивільних прав та обов'язків, а також засади захисту її прав та інтересів.

Оскільки у цивільному праві проявляються засади як приватного, так і публічного регулювання, виникає питання про розмежування його та інших галузей національного права, що регулюють схожі відносини.

У пошуках критеріїв такого розмежування, а відтак, виокремлення цивільного права, як галузі національного права, традиційно звертаються, передусім, до характеристики його предмету.

Як впливає зі ст. 1 ЦК України предметом регулювання ЦК є особисті немайнові та майнові відносини. Для перших характерним є те, що вони не мають безпосереднього економічного змісту. Їх предметом є: ім'я, честь, гідність, ділова репутація, особисте життя, авторство на твори літератури, науки та мистецтва, свобода пересування та інші блага, невід'ємні від особистості. Деякі з особистих немайнових прав можуть належати також юридичним особам: право на честь, гідність, ділову репутацію, фірмове найменування, виробничу марку, товарний знак тощо. Майнові відносини напов-

нені безпосереднім економічним змістом, складаються стосовно матеріальних благ<sup>25</sup>.

Проте, віднесення тих чи інших суспільних відносин до кола немайнових та майнових цивільних відносин критерієм розмежування цивільного права з іншими галузями слугувати не може, оскільки майнові відносини можуть регулюватися різними галузями права (ст. 1 та 9 ЦК України). Крім того, вадою формулювання ст. 1 ЦК України є неврахування існування, так званих, організаційних цивільних відносин, які можуть мати ознаки немайнових або майнових відносин, не будучи такими за своєю сутністю. Разом із тим, організаційні відносини, які складаються між юридично рівними особами стосовно майнових чи немайнових благ за своєю сутністю, зазвичай, є відносинами цивільними.

Таким чином, згадувана можливість регулювання тих самих відносин нормами різних галузей права ще більше загострює проблему встановлення критеріїв останньої, оскільки використання правових засобів, не властивих певній сфері права, призводить до неефективності правового регулювання<sup>26</sup>. У зв'язку з цим, у більшості цивілістів, практично, не викликає сумнівів недостатність предмету цивільно-правового регулювання, як критерію виокремлення галузі цивільного права, а тому називається і аналізується ще один критерій розмежування галузей права, — метод правового регулювання<sup>27</sup>, в якому знаходять відображення засади (принципи), притаманні цій галузі<sup>28</sup>.

Названий критерій доцільно розглядати, виходячи з того, що метод цивільно-правового регулювання — це сукупність специфічних засобів впливу на учасників цивільних відносин, які характеризуються, передусім, юридичною рівністю сторін, а також наданням останнім можливості врегулювання цих відносин на засадах їхнього вільного розсуду за винятками, встановленими цивільним законодавством.

Слід взяти до уваги ту обставину, що при характеристиці методу правового регулювання цивільних відносин існують розбіжності не лише сутнісного характеру (щодо поняття, характерних рис, особливостей тощо), але й термінологічні (йдеться про «цивільно-пра-

---

<sup>25</sup> *Майданик Р. А.* Цивільні відносини: поняття та види // *Право України.* — 2009. — № 8. — С. 20–27.

<sup>26</sup> *Сібільов М.* До питання про правові засоби сфери приватного права // *Вісник Академії правових наук України.* — 2001. — № 3 (26). — С. 145.

<sup>27</sup> *Азімов Ч.* Про предмет і метод цивільного права // *Вісник Академії правових наук України.* — 1999. — № 1 (16). — С. 143–151.

<sup>28</sup> *Сібільов М.* Загальна характеристика сфери приватного права // *Вісник Академії правових наук України.* — 2001. — № 2 (25). — С. 134.

вовий метод»<sup>29</sup>, «метод цивільного права»<sup>30</sup>, «метод цивільно-правового регулювання»<sup>31</sup>, «метод приватноправового регулювання», «приватноправовий метод регулювання»<sup>32</sup>), що свідчить про відсутність єдності у поглядах науковців на низку принципово важливих аспектів цього методу.

Традиційно однією з найбільш характерних рис методу цивільно-правового регулювання суспільних називають «диспозитивність», а диспозитивний метод, фактично, розглядається як своєрідна антитеза імперативному методу.

Проте, у контексті тенденцій трансформації бачення сутності цивільного права, як галузі вітчизняного права, згадані погляди потребують перегляду. Передусім, варто звернути увагу на те, що визначальний характер методів правового регулювання, які являють собою прийоми юридичного впливу, їх сполучення, що характеризують використання у даній сфері суспільних відносин того чи іншого комплексу юридичних засобів, відображається у їхній ролі в механізмі правового регулювання.

Головними проявами правового методу, зазвичай, вважається вирішення за його допомогою питань про те: 1) яким є юридичне становище осіб, визначене правовою нормою; 2) з якими обставинами (юридичними фактами) норма права пов'язує виникнення, зміну, припинення та інші трансформації правовідносин; 3) яким чином визначаються права і обов'язки учасників відповідних правовідносин; 4) яким є порядок захисту прав та інтересів учасників правовідносин.

На цій підставі набула поширення характеристика імперативного та диспозитивного методів правового регулювання, як найпростіших і, разом з тим, головних прийомів юридичного впливу, що визначають головне у правовому статусі суб'єктів, у їхніх вихідних юридичних позиціях.

Імперативний метод (метод субординації) характеризується тим, що регулювання здійснюється згори вниз і ґрунтується на владно-імперативних засадах.

---

<sup>29</sup> Яковлев В. Ф. Гражданско-правовой метод регулирования общественных отношений : учеб. пособие / В. Ф. Яковлев ; Свердлов. юрид. ин-т. — Свердловск 1972. — 211 с.

<sup>30</sup> *Цивільне право України. Загальна частина : підручник* / за ред. І. А. Бірюкова, Ю. О. Заїки. — Київ : КНТ, 2006. — С. 8.

<sup>31</sup> *Цивільне право України : академ. курс : підручник. У 2 т. Т. 1. Загальна частина* / за заг. ред. Я. М. Шевченко. — Київ : Ін Юре, 2003. — С. 10.

<sup>32</sup> *Сивий Р. Б. Приватне право в системі права України: поняття, критерії викремлення, структура* : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Р. Б. Сивий. — Львів, 2006. — С. 3, 7, 10–11.

Диспозитивний метод (метод координації) характерний для регулювання на засадах формальної рівності, ініціативності та вільного розсуду учасників відповідних відносин. На процес такого регулювання впливає активність учасників суспільних відносин, що регулюються за його допомогою.

Властивостями диспозитивного методу є: 1) регулювання відносин між юридично рівними учасниками немайнових та майнових цивільних відносин (особами приватного права); 2) визнання пріоритетності волевиявлення приватної особи стосовно положень актів законодавства, що виражається у перевазі в останньому диспозитивних норм; 3) забезпечення приватного інтересу із акцентуванням уваги на економічній свободі та рівності товаровиробників, захисті власників від сваволі держави; 4) широке використання «уповноважувальних» норм, які забезпечують ініціативність сторін при встановленні цивільних відносин та вільне волевиявлення суб'єктів при реалізації їхніх прав; 5) превалювання договірної форми регулювання цивільних відносин; 6) гарантування вільного розсуду сторін при виборі правил поведінки, прямо не заборонених законом.

Саме у характерних рисах диспозитивного методу проявляються особливості приватного права як наднаціонального феномену, що складається, передусім, із сукупності гуманітарних ідей, правових принципів, правил і норм, що стосуються визначення статусу і захисту інтересів окремої особи (людини).

Від санкціонування приватних відносин або забезпечення захисту інтересів їх учасників державою характер приватноправового регулювання не змінюється, оскільки в ідеальному варіанті закони держави мають відповідати приписам і положенням природного права, а в реальному контексті, — якщо і не відповідають, то мусять тяжіти до цього (звісно, якщо йдеться про громадянське суспільство і правову державу).

На такій основі і визначається зв'язок категорій «диспозитивний» та «імперативний» метод, а також «метод цивільно-правового регулювання», особливості якого зумовлені існуванням дихотомії категорій «приватне право» та «публічне право», що використовуються як ключові при характеристиці цивільного права (законодавства).

Грунтуючись на згаданій вище характеристиці диспозитивного та імперативного методів правового регулювання, проаналізуємо властивості методу цивільно-правового регулювання, котрий являє собою сукупність засобів впливу на учасників цивільних відносин, що характеризуються юридичною рівністю сторін, а також наданням останнім можливості врегулювання цих відносин на засадах їхнього вільного розсуду.

Для методу цивільно-правового регулювання у більшості випадків властивою є відсутність категоричних приписів діяти учасникам цивільних відносин саме певним чином. Тому його іноді характеризують як «диспозитивний», «уповноважувальний», «правонадляючий», «дозвільний» метод.

Разом із тим, слід взяти до уваги, що цивільно-правовий метод включає в себе як правонадляючий елемент, так і елемент імперативний, властивий охоронним правовідносинам. Зокрема, у деліктних зобов'язаннях імперативним є приписи про відшкодування цієї шкоди, підстави, умови та порядок її відшкодування. І хоча потерпілий (кредитор) у більшості випадків може звільнити боржника від відшкодування, але загальна спрямованість норм про відшкодування шкоди (глава 82 ЦК України) має саме імперативний характер (що, втім, не перетворює їх з цивільних на адміністративні).

Характерними рисами диспозитивного уповноважувального (правонадляючого) елементу методу цивільно-правового регулювання є: 1) юридична рівність сторін; 2) ініціатива сторін при встановленні правовідносин; 3) можливість вибору учасниками цивільних відносин варіанту поведінки, що не суперечить засадам цивільного законодавства і моральності суспільства.

Характерними рисами імперативного елементу цивільно-правового методу є: 1) юридична рівність сторін; 2) виникнення правовідносин незалежно від бажання учасників цивільних відносин внаслідок безпосереднього припису закону; 3) можливість вибору учасниками цивільних відносин варіанту поведінки, лише у межах, точно визначених актами цивільного законодавства.

Таким чином, метод цивільно-правового регулювання охоплює як уповноважувальні диспозитивні (у регулятивних цивільних відносинах), так і імперативні (у охоронних і, значною мірою, в організаційних цивільних відносинах) засоби впливу на учасників цивільних відносин, маючи, однак, при цьому основою засади юридичної рівності сторін, справедливості, добросовісності і розумності.

Із врахуванням викладеного можна запропонувати наступне, більш повне визначення поняття методу цивільно-правового регулювання.

Метод цивільно-правового регулювання — це складна система (сукупність) юридичних засобів впливу на учасників цивільних відносин, що характеризується, передусім, визнанням юридичною рівністю сторін та забезпеченням диспозитивності поведінки останніх, але припускає, разом із тим, у випадках, встановлених законом, можливість застосування імперативних приписів щодо поведінки учасників цивільних відносин.

Визнання складної структури методу цивільно-правового регулювання дає підстави для висновку, що метод правового регулювання також не можна визнати критерієм розмежування цивільного права з іншими галузями вітчизняного права, оскільки, так само як в цивільно-правовому методі наявні риси імперативності, у адміністративно-правовому методі можна виявити риси диспозитивності, скажімо, в положеннях про укладення адміністративного договору тощо<sup>33</sup>.

Отже, виникає необхідність пошуку додаткових критеріїв виокремлення цивільного права, як галузі національного права.

Логічним виглядає висновок, що такими критеріями можуть слугувати функції цивільного права, тобто головні напрями впливу норм права на цивільні відносини з метою впорядкування останніх. Вони визначаються не лише специфікою предмета і методу цивільного права, але також завданнями (цілями), які стоять перед цією галуззю.

При характеристиці функцій цивільного права доцільно розрізнити ті з них, які є спільними для права взагалі (загальноправові на рівні цивільного права), і ті, що є специфічними саме для цієї галузі (специфічні цивілістичні функції).

Загальноправовими функціями, що проявляються на цивілістичному рівні, є: 1) інформаційно-орієнтаційна функція, яка виконує завдання ознайомлення суб'єктів цивільних відносин із концепцією прав людини (приватної особи), засадами визначення становища приватної особи, загальними тенденціями правового регулювання у цій галузі тощо; 2) виховна (попереджувально-виховна, превентивна) функція, що полягає у вихованні поваги до права взагалі, цивільних прав інших осіб, правопорядку тощо; 3) регулятивна функція, що полягає у позитивному регулюванні цивільних відносин, наданні прав та обов'язків учасникам цих відносин, встановленні правил поведінки суб'єктів цивільного права; 4) захисна функція, яка виконує завдання захисту цивільних прав та інтересів від порушень. Вказані функції властиві будь-якій галузі права, але набувають специфічних властивостей за рахунок предмету (сфера цивільних відносин), методу правового регулювання та засад, на яких здійснюється досягнення мети.

Разом із тим, цивільне право виконує специфічні функції, до яких належать: 1) уповноважувальна функція (полягає у тому, що створюється нормативна база — передумови — для саморегулювання у сфері приватного права. Це специфічна цивілістична функція,

<sup>33</sup> *Битяк Ю.* Правова природа адміністративних договорів / Ю. Битяк, О. Константій // Вісник Академії правових наук України. — 2001. — № 3 (26). — С. 101.



бо тільки у цій галузі учасники відносин можуть самі визначати для себе правила поведінки, створювати фактично нормативні акти локальної дії тощо. Її підґрунтям є відома ще римському приватному праву сентенція «Дозволено усе, що не заборонено законом»); 2) компенсаційна функція (полягає у забезпеченні можливості відновлення порушеного цивільного права та інтересу на еквівалентній основі. Ця функція також властива лише цивільному праву, оскільки в інших галузях така мета, як правило, не ставиться).

З врахуванням викладеного вище, цивільне право України може бути визначене як сукупність концепцій, ідей та правових норм, що встановлюють на засадах диспозитивності, юридичної рівності та ініціативи сторін, підстави придбання, порядок реалізації і захисту цивільних прав та обов'язків фізичними та юридичними особами, а також соціальними утвореннями, що виступають як суб'єкти цивільних відносин, з метою задоволення матеріальних і духовних потреб приватних осіб та захисту їх інтересів.

Визначаючи співвідношення між поняттями цивільного права та цивільного законодавства, доцільно виходити із загального методологічного посилання, згідно якому законодавство взаємодіє з правом за принципом єдності форми і змісту. Законодавство є зовнішньою формою вираження права. У свою чергу, право впливає на характер і зміст законодавства<sup>34</sup>.

Разом із тим, попри ту обставину, що цивільне право може розглядатися як зміст цивільного законодавства, а останнє як форма вираження змісту права, таке визначення співвідношення між цивільним правом і цивільним законодавством потребує уточнення. Адже при такому підході ці поняття виглядають, практично, як рівнозначні, хоча й перебувають в різних площинах. Але ж поняття «цивільне законодавство» не охоплює повністю поняття «цивільне право», так як останнє включає в себе не лише правові норми, але також і доктрину цивільного права, ідеї та інші досягнення цивілістичної думки, що набувають практичного значення при укладенні договорів, не передбачених нормами цивільного законодавства, застосуванні аналогії (особливо, аналогії права), при тлумаченні судами норм цивільного законодавства тощо. Тому, хоча цивільне право й складає зміст цивільного законодавства, але останнє є сукупністю форм вираження лише нормативної частини цивільного права.

Підсумовуючи викладене, можна зробити висновок, що хоча категорії «приватне право», «цивільне право» та «цивільне законо-

<sup>34</sup> Шемшученко Ю. С. Законодавство // Юридична енциклопедія : в 6 т. — Київ, 1999. — Т. 2. — С. 499.

давство» мають низку спільних рис, між ними існує низка суттєвих відмінностей.

По-перше, приватне право, фактично, є науковою абстракцією — терміном-поняттям, що слугує для позначення тієї частини феномену права, що стосується визначення правового статусу приватної особи. Приватне право слугує методологічною основою визначення сутності та змісту цивільного права та цивільного законодавства, що створюються і функціонують на рівні національних правових систем.

По-друге, коли цивільне право являє собою сукупність концепції, правових ідей, юридичних норм, якими визначається статус приватної особи, підстави виникнення у неї цивільних прав та обов'язків, їх реалізації та захисту, то цивільне законодавство України — це система правових форм, у яких виражаються норми, що регулюють цивільні відносини.

Оскільки приватне право, так само як і право публічне, є елементом загальної наднаціональної системи права, некоректно вести мову про «приватне право України», «приватне право Німеччини» тощо. Натомість, має йтися про «традицію приватного права в Україні», «традицію приватного права у Німеччині», і відповідно про галузі національного права: «цивільне право України», «цивільне право Німеччини» тощо.

Цивільне право, що розглядається під таким кутом зору, є проявом приватного права на рівні національних правових систем, виступаючи тут як галузь національного права (цивільне право у об'єктивному сенсі, позитивне цивільне право).

#### **1.4. Типологія цивільного права України у контексті категорій «європейське право» та європейські традиції приватного права**

Із ратифікацією 16 вересня 2014 р. Угоди між Україною та ЄС процес євроінтеграції нашої держави перейшов, можна сподіватися, у практичну фазу. Відтак значно актуалізувалася проблема гармонізації українського та європейського права. При цьому найважливішим є з'ясування цих питань стосовно сфери приватного права, феномен якого своїм походженням і характеристикою завдячує Європейській цивілізації, а відтак містить аксіологічні орієнтири для бажаючих долучитися до ЄС, що додає необхідності з'ясування методологічного підґрунтя кореляції правових систем у цій галузі.

Передусім, слід зауважити, що терміно-поняття «європейське право» вживається у юриспруденції і як загальний концепт (тоб-

то, як сформоване вербально уявлення, раціональне та емоційне сприйняття людиною права як частини світу, в якому існує ця людина, відчуваючи себе частиною цього світу)<sup>35</sup>, і стосовно окремих галузей права європейських правових систем<sup>36</sup>. При цьому доцільно розрізняти загальний концепт «європейське право», що є елементом Європейської цивілізації у цілому, і концепт «європейське право» у спеціальному значенні, котрий стосується регулювання відносин, які виникають у зв'язку зі створенням та діяльністю європейських міжнародних організацій. Враховуючи, що перше з них має загальне цивілізаційне значення, виходимо далі з того, що воно, за визначенням, є ширшим, ніж «європейське право» у спеціальному значенні, сферою якого є процеси європейської інтеграції та діяльність ЄС<sup>37</sup>, його можна було б іменувати «нормативне європейське право»).

Відтак розглянемо як співвідносяться поняття (концепти) «європейське право у спеціальному значенні» (тобто, таке, що стосується ЄС) та «право Європейського Союзу», враховуючи при цьому, що «європейське право у спеціальному значенні» може розумітися у широкому та вузькому сенсі.

У широкому сенсі під таким «європейським правом» можна розуміти правове регулювання усієї сукупності економічних, соціальних, політичних, наукових та культурних відносин, що стосуються організації та діяльності європейських міжнародних організацій. Його можна розглядати як міжнародне право («регіональне міжнародне право»<sup>38</sup>).

У вузькому сенсі — це право європейських співтовариств, доповнене правовим регулюванням усього Європейського співтовариства. Воно багато в чому відійшло від міжнародного права і являє собою особливий правовий феномен. При цьому право ЄС при розгляді його у якості феномену *suī generis*, за своєю природою є відмінним, хоча і тісно пов'язаним як з міжнародним правом, так і з правом різних країн-членів<sup>39</sup>. За своєю юридичною природою

---

<sup>35</sup> Аннерс Э. История европейского права : пер. со швед. / Э. Аннерс ; Ин-т Европы. — Москва : Наука, 1996. — 395 с.

<sup>36</sup> *Європейське право* у галузі прав людини: джерела і практика застосування : пер. з англ. / М. Дженіс, Р. Кей, Е. Бредлі. — Київ : АртЕк, 1997. — 624 с.

<sup>37</sup> *Право Європейського Союзу*: підручник / за ред. В. І. Муравйова. — Київ : Юрінком Інтер, 2011. — С. 29.

<sup>38</sup> *Маланчук П.* Вступ до міжнародного права за Ейкхерстом : пер. з англ. / П. Маланчук. — Харків : Консум, 2000. — С. 29.

<sup>39</sup> *Татам Алан.* Право Європейського Союзу: підруч. для студ. вищ. навч. закл. : пер. з англ. / Татам Алан. — Київ : Абрис, 1998. — С. 32.

право Євросоюзу становить особливу, третю систему права, яка діє поряд з міжнародним та внутрішнім правом<sup>40</sup>.

З урахуванням зазначеного можна погодитися з розумінням «європейського права у спеціальному (нормативному) значенні» як системи принципів, юридичних норм, що формуються у зв'язку з утворенням і функціонуванням Європейських Співтовариств і Європейського Союзу на основі й відповідно до установчих договорів і загальних принципів права.

Але, погоджуючись із зазначеним підходом у «змістовному сенсі», слід наголосити на необхідності впорядкування термінології у цій сфері. Зокрема, терміном «європейське право» доцільно позначати лише власне «європейське право», тобто, сформоване вербально уявлення, раціональне та емоційне сприйняття людиною права як частини світу, в якому існує ця людина, відчуваючи себе її часткою. Натомість терміном «право Європейського Союзу» позначаємо сукупність правових норм, правил та інших юридичних засобів (дискусії в Європейському Парламенті щодо законодавства Співтовариства тощо), за допомогою яких регулюються процеси європейської інтеграції та діяльності Євросоюзу.

Підґрунтям такого визначення європейського права, має бути урахування сутності права як єдиного європейського концепту, що зумовлено вже самою ідеєю Європейської єдності. Ще більшою мірою це стосується концепту приватного права, котрий має підґрунтям європейські цивілізаційні цінності і виступає їхнім втіленням у європейській правосвідомості.

Але висновок щодо єдності «Європейського права» не знімає питання про існування у його межах традицій права<sup>41</sup> взагалі і традицій приватного права, зокрема, існування яких зумовлене наявністю у межах Європейської цивілізації відносно самостійних (хоча і споріднених) субцивілізацій. З того положення, що право є елементом цивілізації, випливає, що особливості субцивілізацій зумовлюють і особливості традицій права, існуючих у Європі.

При цьому варто враховувати поділ загальноєвропейської цивілізації на «Східну» та «Західну» гілки (субцивілізації), основою якого є врахування особливостей двох типів історичного, соціального і культурного розвитку. При цьому варто уточнити, що, коли йдеться про «Захід» та «Схід» Європи, то мається на увазі поділ не за

<sup>40</sup> *Право Європейського Союзу* : підручник / за ред. В. І. Муравйова. — Київ : Юрінком Інтер, 2011. — С. 55.

<sup>41</sup> При цьому можемо розглядати «традицію» як особливий різновид цінностей, захист чи критика яких не потребує посилання на їхнє давнє походження, і який не вимагає іншого обґрунтування, ніж констатація, що це є традиція. Див.: *Гатальська С. М.* Філософія культури : підручник / С. М. Гатальська. — Київ : Либідь, 2005. — С. 104–105.

географічними критеріями, а провадиться умовне розділення її на частини з врахуванням відмінностей у ментальності, світогляді, матеріальному бутті, культурі тощо.

Багато хто головним критерієм віднесення суспільства до певної цивілізації вважає релігію. Але цивілізаційно-релігійний критерій у сучасних умовах не виправдовує себе, оскільки став предметом політичних спекуляцій, завдяки химерному переплетенню у загальному полотні геополітичних інтересів і глобальних амбіцій. Крім того, не можна не враховувати й такі обставини, як відсутність стовідсоткової віри в Бога, наявність кількох конфесій у більшості європейських країн, суперечливість такого критерію досить популярним ідеям екуменізму тощо.

Тому доцільно проводити розмежування не за якимось одним критерієм, а за сукупністю головних ознак, властивих типу цивілізації (субцивілізації). Поміж них визначальними є ставлення до людини, визначення її місця у Всесвіті, довкіллі і суспільстві. При цьому беремо до уваги, що магістральні Західний та Східний типи цивілізаційного розвитку не співпадають із географічним поділом, а можуть бути присутні більшою чи меншою мірою в різних цивілізаціях у різних частинах світу.

Стосовно Європи «Західна традиція права» може бути визначена як ті правові цінності, концепти, категорії та інститути, котрі іманентно властиві західноєвропейській субцивілізації, ґрунтуються на світогляді, культурі та ментальності Західного світу, що веде родовід від Грецької та Римської Античності. На підґрунті Західної традиції права формується та існує традиція приватного права, як концепт, невідривно пов'язаний із Західноєвропейською цивілізацією.

Під «Східною європейською традицією права» ми маємо на увазі правові цінності, концепти, категорії та інститути, що властиві східноєвропейській субцивілізації, будучи заснованими на світогляді, культурі і ментальності народів, етносів, груп народів, що входили в так зване «Візантійське співтовариство націй» або зараз є спадкоємцями «Духу Візантії», вираженому у догматах ортодоксального християнства або аналогічних віруваннях.

У Східноєвропейській традиції права під Західним впливом формується Східноєвропейський концепт приватного права, що, однак, не тягне виникнення окремої традиції приватного права. Це пояснюється відсутністю самостійного філософського підґрунтя, особливостями взаємин «людина — держава» та іншими аналогічними чинниками.

Оскільки право України формувалося і тривалий час розвивалося у руслі Східноєвропейської традиції права, постає теоретично і практично важливе питання про визначення підґрунтя його ко-

реляції з правом ЄС, зокрема, про можливості і ступень врахування української ментальності, особливостей правосвідомості тощо. Втім, на нашу думку, проблеми вибору тут уже не існує, оскільки Україна, як і кожна держава, що прагне стати членом ЄС, уже зробила свій вибір. І це вибір — європейський. Тому методологічним підґрунтям кореляції права України з правом ЄС у галузі приватного права є врахування тієї обставини, що концепт приватного права визрів та сформувався у контексті розвитку Західної традиції Європейського права. Відтак можливість кореляції правових систем (у тому числі, права) залежить, передусім, від готовності і здатності нашого суспільства до сприймання Західноєвропейських базових цивілізаційних цінностей (індивідуалізм, права людини, право приватної власності, свобода договорів, повага до прав іншої особи тощо), без чого реальний поступ тут є неможливим.

Однак, ведучи мову про європейські традиції права, не слід залишати поза увагою пов'язані з цим питання класифікації правових систем.

Аналіз різноманітних критеріїв, які пропонуються останнім часом, приводить до висновку про необхідність оновленого бачення «першооснови» диференціації правових систем.

Виходячи з того, що серцевиною, ядром правової системи є суб'єкти права (без них вона не може існувати взагалі), розглянемо її елементи, пов'язані зі свідомістю людини, оскільки саме вона є передумовою і результатом виникнення суспільних відносин та можливості впливу на них. До таких елементів, зокрема, належать: правова ідеологія, правова свідомість, правові погляди, правова культура. Їхнім підґрунтям є ментальність, яка визначає особисту та колективну систему цінностей, а остання, у свою чергу, складає основу формування (трансформацій) менталітету<sup>42</sup> суспільства та його членів. У підсумку, система домінуючих цінностей і виступає основою цивілізаційної самоідентифікації суспільства (що знаходить відображення у звичаях, традиціях, релігії, інших світоглядних ученнях) та цивілізаційній ідентифікації його сусідами.

Ментальність визначається як система переконань, уявлень і поглядів індивідууму або суспільної групи, відтворення сукупного досвіду попередніх поколінь. Ключовими словами у його визначенні є картина світу, набір духовних цінностей, не завжди усвідомлена система життєвих координат та підсвідомих стереотипів. Найчастіше слово вживається в контексті характеристики соціальної

---

<sup>42</sup> У спеціальних дослідженнях цієї проблеми розрізняють «ментальність» та «менталітет». Однак для питань, що тут розглядаються, таке розрізнення не має принципового значення.

спільності (нація, народ, етнос)<sup>43</sup>, слугуючи підставою розрізнення національного характеру (розмежування національно-етнічного менталітету).

Національна ментальність це спосіб мислення, духовна налаштованість, властива даній конкретній етнічній спільності. Вона — свого роду пам'ять про минуле, яка зумовлює поведінку людей і допомагає їм залишатися вірними своїм історично сформованим цінностям, традиціям. Саме національна ментальність («національна душа», «національний характер», «національно-етнічний менталітет»), під якою мається на увазі образ мислення, духовна налаштованість, яка властива конкретній етнічній спільності і є у певному сенсі пам'яттю про минуле, що зумовлює поведінку людей і допомагає їм лишатися вірними своїм історично сформованим цінностям, традиціям, слугує підґрунтям характеристики національних особливостей народу, його культури (у тому числі, й права). Це впливає з того, що на нього впливають національні цінності та традиції, якими є елементи культури, які передаються з покоління в покоління<sup>44</sup>. Усі ці категорії взаємопов'язані і знаходяться у координаційних та реординаційних зв'язках.

Якщо менталітет слугує основою формування і критерієм розрізнення цивілізацій, то правовий менталітет є підґрунтям визначення концепту права, а відтак і критерієм розрізнення правових систем. За допомогою цього до визначення концепту права додається характеристика аксіологічних елементів останнього, що дозволяє не лише більш повно визначати право, але й дає змогу коригувати його навіть у межах позитивістського підходу. У свою чергу, правовий менталітет знаходиться із правосвідомістю у зв'язках реординації, впливаючи у кінцевому підсумку на правову ідеологію, правову культуру, а відтак на тип правової системи.

З таких позицій класифікації правових систем, виглядає досить просто: які цінності відповідають національній ментальності, такого типу правову систему собі й створюють (або запозичають).

Однак визначення типології правової системи України ускладнюється тим, що більшу частину своєї історії вона перебуває на границі «Схід — Захід», ставши типовою країною унівної традиції (але маючи постійні світоглядні рефлексії). При цьому ще із часів Середньовіччя система «Схід» і «Захід» не є стабільною. Якщо «Заходом» традиційно вважалася Західна (латинська) Євро-

---

<sup>43</sup> *Вікіпедія* [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://uk.wikipedia.org/wiki>.

<sup>44</sup> *Семинар* — Менталітет [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://cozap.com.ua/text/5964/index-1.html>; Что такое менталитет [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://chtotakoe.com.ua/chtotakoe-mentalitet>.

па, розташована на захід від Галицько-Волинського князівства, то «Сходом», залежно від історичних ситуацій, вважали то Візантію, то Москву. «Цивілізаційні» рефлексії зберігалися і пізніше, чому сприяла відсутність територіальної єдності, існування Лівобережної й Правобережної України. Ситуація ускладнювалася полемікою між православною й католицькою церквами, що набула в Україні ознак соціального й національного конфліктів. Проте, було б невинуватим спрощенням розглядати конфесіональну орієнтацію і її вплив як протистояння Заходу й Сходу України, виходячи з того, що колонізація спричиняла прийняття католицизму, а географічна близькість до Росії — сприяла зміцненню православ'я. Вірніше сказати, що по всій Україні мало місце переплетення західної й східної християнських традицій у тому або іншому їхньому прояві.

Після приєднання України до Росії західна орієнтація України, попри спроби зберегти самостійність рішень у цьому питанні, вимушено зменшується. Вона усе більше втягується в контекст історичного розвитку Російської імперії. Оскільки Україна поступово ставала складовою частиною Росії, її нерідко розглядали значною мірою належній до Сходу, хоча ідея європеїзації України зберігалася ще й у XIX в.

У середині XIX ст. відбувається вольове втручання імперського уряду у процес розвитку цивільного права в Україні (фактично, у правову традицію). Указом Сенату у 1840 р. була скасована дія норм Статутів Великого Князівства Литовського на Правобережній Україні, а у 1843 р. — на Лівобережній Україні. Разом із тим, у X том Зводу законів Російської імперії були включені деякі норми Зводу місцевих законів західних губерній, які могли застосовуватися у Полтавській і Чернігівській губерніях. Втім, цей процес не торкнувся територій України, які перебували під владою Австро-Угорщини, Польщі та ін., де діяло законодавство відповідної держави, сформоване в межах західної традиції права.

Згадані впливи Західної і Східної традиції права породжують труднощі формування концепту приватного права в Україні на сучасному етапі. Зокрема, це відображається у непослідовному ставленні суспільства до поділу права на приватне і публічне, спротиві частини юристів визнанню існування приватного права, тяжінні держави до патерналізму в приватноправових відносинах, запереченні включення сімейного права до цивільного тощо.

Попри ці труднощі, концепція сучасного цивільного права України загалом сформувалася на основі європейських уявлень про приватне право<sup>45</sup>.

<sup>45</sup> *Кодифікація приватного (цивільного) права України / за ред. А. Довгерта.* — Київ: Укр. центр правничих студій, 2000. — С. 13–68.



В остаточному підсумку головні риси концепції сучасного цивільного права України виглядають таким чином: 1) цивільне право України за своєю сутністю є приватним правом, що охоплює усі відносини за участю приватних осіб — як майнові, так і немайнові; 2) «приватна особа» є основною категорією цивільного (приватного) права. На захист прав такої особи спрямовані всі інститути цивільного права; 3) усі особи та інші учасники цивільних відносин є рівними в цих відносинах; 4) цивільне право України виходить з можливості всебічної цивільно-правової охорони немайнових відносин; 5) ядро цивільного права України становить Цивільний кодекс, що за своєю сутністю є кодексом приватного права й призначений регулювати всю сукупність відносин у цій сфері; 6) при регулюванні цивільних відносин використовуються як приватноправові, так і публічно-правові засоби; 7) при визначенні ієрархії засобів цивільно-правового регулювання перевага надається договорам перед актами законодавства.

Концепція сучасного цивільного права України відобразилась у проектах Цивільного кодексу, що методологічно ґрунтувалися на західній традиції права. Однак прогнози щодо гармонізації українського та європейського законодавства, як процесу тривалого й болісного, підтвердилися. По-перше, активізувалася згадана дискусія щодо доцільності прийняття Господарського кодексу, прихильники якого в цілому не наводячи нових аргументів на його користь, активно використовували надію суспільства на посилення державного регулювання економіки як засобу виходу із тривалого кризи. По-друге, у підході до розв'язання питання про регулювання сімейних відносин усе ж таки перемогла Східна (Візантійська) традиція, внаслідок чого Сімейний кодекс був прийнятий окремо. Таким чином, концепція Цивільного кодексу як єдиного кодексу приватного права зазнала втрат.

У цілому можна зробити підсумковий висновок, що ЦК України, будучи по своїй сутності кодексом приватного права, на рівні концепції цивільного законодавства, відображає синтез західної й східної європейських традицій приватного права, тоді як на рівні практичного розвитку цивільного законодавства іноді відчувається переважання впливу Східної традиції.

## 1.5. Правова адаптація як вид взаємодії правових систем

Хоча правова адаптація є категорією високого рівня абстрактності, однак сучасні реалії роблять доцільним її розгляд, передусім, у контексті завдань, що постають перед Україною в зв'язку з прагненням інтегрування до Європейського співтовариства. Проблема вибору, у загальних рисах, тут вирішена, оскільки Україна, як і кожна держава, що прагне стати членом ЄС, уже зробила свій вибір. І це вибір — європейський. Відтак можливість правової адаптації залежить, передусім, від готовності і здатності нашого суспільства до сприймання європейських базових цивілізаційних цінностей (індивідуалізм, права людини, право приватної власності, свобода договорів, повага до прав іншої особи тощо), без чого реальний поступ тут є неможливим. Таким чином постає теоретично і практично важливе питання визначення підґрунтя та характеру кореляції правових систем, одним з видів якої є правова адаптація.

Варто зазначити, що, хоча «адаптація» (адаптація законодавства) останнім часом часто згадується поміж видів взаємодії правових систем, однак, попри згадки про неї у законодавстві та розгляд у низці публікацій<sup>46</sup>, вона ще залишається недостатньо вивченим правовим явищем. Отже слід встановити, як має розумітися категорія «правова адаптація», що до чого має адаптуватися, тобто «притосовуватися» чи, можливо, точніше, «підлаштовуватися».

Ознайомлення з тенденцією використання відповідної термінології дає підстави для висновку, що у практиці вітчизняної нормотворчості найчастіше йдеться про «адаптацію законодавства України до законодавства ЄС». Достатньо згадати, хоча б, Закон України «Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу» від 18 березня 2004 р. № 1629, Постанови Кабінету Міністрів України від 12 червня 1998 р. № 852 «Про запровадження механізму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу», від 16 серпня 1999 р. № 1496 «Про Концепцію адаптації законодавства України до законодавства ЄС», від 15 жовтня 2004 р. № 1365 «Деякі питання адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу» та ін.

<sup>46</sup> Гришак С. В. Теоретичні основи адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу // Форум права. — 2012. — № 4. — С. 273–275; Серeda Т. М. Проблеми адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу // Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ. — 2012. — № 1. — С. 50–56; Хоменко О. О. Діалог сучасних правових систем. Адаптація правової системи України до Європейського права [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://eurolaw.org.ua/docs/2011\\_3/txts/13-Nomenko.pdf](http://eurolaw.org.ua/docs/2011_3/txts/13-Nomenko.pdf).

Такий підхід властивий і багатьом науковим публікаціям, у яких йдеться про «адаптацію законодавства до законодавства»<sup>47</sup>, хоча часом у другому випадку поняття законодавства розуміється розширено. Так, аналізуючи інституційний механізм адаптації законодавства України до законодавства ЄС, Директор Державного департаменту з питань адаптації законодавства Міністерства юстиції України О. В. Зеркаль виходить з положень Закону України «Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу» від 18 березня 2004 р. № 1629», згідно яким адаптація законодавства України до законодавства ЄС — це процес приведення законів України та інших нормативно-правових актів у відповідність з *acquis communautaire*. Принагідно уточнюється, що «адаптація законодавства це не тільки вдосконалення існуючого законодавства, а й розробка проектів нормативно-правових актів з урахуванням *acquis communautaire*»<sup>48</sup>.

Наведена позиція виглядає цілком адекватною вітчизняній концепції у цій галузі. Разом із тим, при уважному вивченні у згаданій концепції стають помітними деякі внутрішні суперечності. Так, попри ту обставину, що Закон від 18 березня 2004 р. називається «Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу», у тексті Закону йдеться про «приведення законів України та інших нормативно-правових актів у відповідність з *acquis communautaire*», котре розуміється як правова система Європейського Союзу, що включає акти законодавства, прийняті в рамках трьох стовпів ЄС, але не обмежується ними. Крім того, у Стратегії інтеграції України до Європейського Союзу зазначено: «Адаптація законодавства України до законодавства ЄС полягає у зближенні із сучасною європейською системою права...»<sup>49</sup>. Таким чином, тут йдеться про адаптацію не лише «законодавства України до законодавства ЄС», але «законодавства України до правової системи ЄС» (або ж до «європейської системи права»). Оскільки поняття «правової системи ЄС» та «європейської системи права» не характеризуються достатньо повно, то таке «розширення» створює додаткову труднощі. Тим більше, що терміно-поняття «право» часом у контексті викладу положень про адаптацію правової системи України до Європейського права вживається як практично тотожне з поняттям «правова система», із залишенням при цьому поза увагою

<sup>47</sup> Грищак С. В. Вказ. твір. — С. 273–275; Сєреда Т. М. Вказ. твір.

<sup>48</sup> [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://old.minjust.gov.ua/4748>.

<sup>49</sup> Там само.

проблеми їхнього співвідношення одне з одним та з категорією «законодавство»<sup>50</sup>.

Очевидно, названі розбіжності є наслідком того, що при характеристиці права у вітчизняній правовій доктрині усе ще переважає позитивістський, «нормативний» підхід, завдяки якому право звужено розуміється як сукупність загальнообов'язкових норм, що знаходять відображення і закріплення у законодавстві. Проте забезпечення функціонування суспільства, як складної динамічної системи, є лише одним з напрямків нормативного регулювання, що здійснюється правом, котре виявляє тут свої соціально-політичні властивості. Крім того, право призначене бути носієм вищих принципів, фундаментальних цінностей цивілізації, має реалізувати історичне призначення суспільства, пов'язане зі ствердженням у ньому сили розуму, високих гуманітарних засад. Таким чином, право не лише відображає вимоги цивілізації, нормативно об'єктивуючи та реалізуючи їх, але ще й слугує чинником самовираження особи, її творчості, самозростання<sup>51</sup>. Під таким кутом зору право оцінюється як цивілізаційний феномен, що виступає як елемент соціально-політичного устрою та елемент суспільної свідомості, є складовою духовного світу людини та її світогляду, відображаючи уявлення окремих індивідів та суспільства в цілому про статус людини, справедливість, добро і зло, порушення та поновлення прав, гуманізм і жорстокість тощо.

Розуміючи право таким чином та розглядаючи його як елемент правової системи, можна зробити висновок, що правова адаптація не може зводитися лише до узгодження «законодавства України із законодавством ЄС», а є за своєю сутністю більш широким, складним і всеохоплюючим процесом, що припускає пристосування вітчизняного концепту права до концепту права європейського.

Методологічним підґрунтям адаптації є принципова сумісність правових систем, зумовлених належністю до однієї цивілізації, наслідком чого є існування (прийняття) спільних базових цінностей. Сутність адаптації правової системи України до правової системи ЄС полягає у сприйнятті Україною європейської концепції права взагалі та концепції приватного права, зокрема, враховуючи при цьому що останнє за походженням та ідеологією є суто європейським концептом. Разом із тим, йдеться не про адаптацію «приват-

---

<sup>50</sup> *Хоменко О. О.* Діалог сучасних правових систем. Адаптація правової системи України до Європейського права [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://eurolaw.org.ua/docs/2011\\_3/txts/13-Nomenko.pdf](http://eurolaw.org.ua/docs/2011_3/txts/13-Nomenko.pdf).

<sup>51</sup> *Алексеев С. С.* Право: азбука — теорія — філософія / Опыт комплексного исследования / С. С. Алексеев. — Москва : Статут, 1999. — С. 200, 219, 221, 224.

ного права України» до «приватного права Європи», а про адаптацію вітчизняної концепції цивільного права і положень українського цивільного законодавства до засад європейського права. На такій основі відбувається й адаптація вітчизняного законодавства до європейської концепції права. (Визначенню принципів правової адаптації у такому контексті має сприяти Draft Common Frame of Reference (DCFR) — науковий «Проект загальної довідкової схеми» — «Принципів, Дефініцій і Модельних Правил Європейського приватного права»<sup>52</sup>, сутність та значення якого детальніше буде розглянуто далі).

Оскільки, адаптація належить до видів взаємодії правових систем, котрі стали предметом дослідження відносно недавно, далі розглянемо співвідношення категорій, суміжних з нею.

Передусім, слід згадати феномен рецепції римського права, яка відіграла надзвичайно велику роль у формуванні європейського концепту приватного права. Але вже у середині ХХ ст. Р. Koschaker<sup>53</sup>, констатувавши значення римського права для Європи, довів наявність у цій галузі кризи і необхідність пошуку нових напрямків взаємодії правових систем. (Варто зазначити, що у Східній Європі, яка потрапила під вплив радянської правової доктрини, що заперечувала наступність соціалістичного права після «права експлуаторського суспільства», дослідження рецепції римського права, передусім приватного, були «пролонговані», досягши піку популярності у пострадянських країнах на межі тисячоліть<sup>54</sup>.)

У процесі згаданих пошуків парадигми з'ясувалася недостатність дослідження впливу лише однієї правової системи (навіть, такої досконалої, як римське приватне право) на більш пізні. У зв'язку із визнанням цієї обставини при формуванні концепції взаємодії правових систем постає необхідність вибору методологічного імперативу у цій галузі: або розширювати зміст концепту «рецепція» і розглядати рецепції права, як кожне запозичення (а не лише

---

<sup>52</sup> *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of reference (DCFR). Full Edition. Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group) / ed. by Christian von Bar and Eric Clive. — Munich, 2009. — Vol. I–VI.*

<sup>53</sup> *Paul Koschaker. Die Krise des römischen Rechts und die romanistische Rechtswissenschaft Beck, 1938. — 86 s.; Koschaker P. Europa und das römische Recht / Paul Koschaker. — München; Berlin: Beck, 1958. — 378 s.*

<sup>54</sup> *Харитонов Є. О. Рецепція римського приватного права (теоретичні та історико-правові аспекти) / Є. О. Харитонов. — Одеса, 1997. — 286 с.; Томсинов В. А. О сущности явления, называемого рецепцией римского права // Вестник Московского университета. Серия 11. Право. — 1998. — № 4. — С. 3–17; Гринько С. Д. Деліктні зобов'язання римського приватного права: поняття, система, рецепція: монографія / С. Д. Гринько; за наук. ред. Є. О. Харитонова; Хмельницьк. ун-т упр. та права. — Хмельницький, 2012. — 724 с.*

з римського права) у правовій сфері менш розвиненими правовими системами досягнень більш розвинених систем; або визнавати існування інших, поряд з рецепцією, видів (форм) взаємодії правових систем. Кожен з таких підходів має право на існування. Питання лише в тому, котрий є більш ефективним і перспективним у сучасних умовах. Отже розглянемо їх під таким кутом зору.

Що стосується спроб розширеного тлумачення змісту концепту «рецепція», то їхня позитивна риса полягає в акцентуванні уваги на тому, що рецепції є поширеними випадками впливу однієї правової системи на інші з метою вдосконалення останніх. Це складне явище, що охоплює процеси наступності, сприйняття, повторюваності й запозичення правових форм з інших правових систем внаслідок їхньої історичної та культурної однорідності. Тому рецепцію важливо сприймати як закономірний процес перенесення, засвоєння, збереження та використання правовими системами нових елементів<sup>55</sup>.

Але більш виправданим здається вузьке розуміння сутності рецепції права, оскільки розширення змісту цього концепту тягне порушення правила «лезо Оками». Тому термін «рецепція» видається доцільним вживати саме стосовно випадків відродження елементів минулих правових систем у процесі історичного розвитку людства. Відповідно у цьому разі має йтися не про «взаємодію правових систем», а про «наступність права». Такі відродження права зумовлені особливостями його розвитку, як елементу цивілізації, котра є динамічним утворенням, що еволюціонує по висхідній спіралі, зазначаючи на кожному витку останньої переоцінки цінностей, стагнації, відродження та реакції на відродження.

З урахуванням викладеного, рецепція права може бути визначена як його відродження, сприйняття духу, ідей і головних засад та основних положень права попередніх цивілізацій наступними цивілізаціями на певному етапі їх розвитку у контексті загального процесу циклічних відроджень.

Відзначаючи величезну роль рецепції права (зокрема, римського приватного права) у вдосконаленні правових систем, забезпеченні за її допомогою наступності права, разом із тим, маємо враховувати, що вона забезпечує зв'язок між правовими системами лише «по вертикалі» (і лише деякою мірою «по горизонталі» при похідних рецепціях), а відтак не дає змоги з'ясувати сутність правової адаптації.

---

<sup>55</sup> Мельник З. П. Рецепція права як засіб вдосконалення правової системи (теоретико-правовий аспект) [Електронний ресурс]: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / З. П. Мельник. — Київ, 2009. — 20 с. — С. 6, 10. — Режим доступу: <http://mydisser.com/ru/catalog/view/6/343/2111.html>.

Зазначена обставина зумовлює доцільність звернення до інших видів (форми взаємодії правових систем.

Однією з категорій, яка найперше привертає тут увагу, є «правова акультурація». Щодо її визначення існують різні точки зору<sup>56</sup>. Зокрема, правову акультурацію визначають як процес взаємного впливу правових систем, виокремлюючи при цьому «правове запозичення» як різновид правової акультурації, що припускає передачу і збереження юридичних елементів без жодних змін. Універсальним варіантом акультурації визнається рецепція, яка має місце при добровільному, а не примусовому сприйнятті чужої правової культури. Родовою ознакою її є односторонній характер запозичення, яке відбувається винятково з ініціативи реципієнта. Пропонується розрізняти два типи рецепції: 1) рецептування по горизонталі — сприйняття правових інститутів одночасно існуючих правових систем; 2) запозичення по вертикалі, при зміні суспільно-економічної формації<sup>57</sup>.

З таких позицій правова адаптація мала б бути визнаною видом акультурації у вигляді «рецептування по горизонталі». Проте, у викладеній вище концепції змішуються різні поняття. Оскільки рецепція є сприйняттям наступними правовими системами елементів таких систем, що відійшли в минуле, рецептування «по горизонталі» є неможливим за визначенням. Тому й адаптація не може бути визнана видом рецепції. Так само не може вона бути простим правовим запозиченням, оскільки не припускає передачу і збереження юридичних елементів без жодних змін, чи вважатися юридичною експансією, оскільки остання (на відміну від адаптації) проводиться силоміць<sup>58</sup>. Тому згадаємо про розуміння акультурації як складного процесу взаємного впливу і результату впливу культур одна на одну, або ж запозичення явища з одного середовища і впровадження його в інше середовище. Таким чином, акультурація це процес запозичення, втілений у засвоєні інновації групою (індивідом, народом), що запозичає, й адаптації до неї<sup>59</sup>. У такому

<sup>56</sup> *Правовая акультурация как предмет исследования компаративистов и теоретиков права* [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://estnauki.ru/lekcii-po-pravu/71-teorija-gosudarstva/8963-pravovaja-akkulturacija-kak-predmet-issledovanija-komparativistov-i-teoretikov-prava.html>.

<sup>57</sup> *Софронова С. А. Правовое наследие и акультурация в условиях правового прогресса общества* [Електронний ресурс]: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / С. А. Софронова. — Ниж. Новгород, 2000. — С. 23. — Режим доступу: <http://www.lawlibrary.ru/izdanie34687.html>.

<sup>58</sup> *Тверякова Е. А. Юридическая экспансия: теоретико-историческое исследование*: дис. ... канд. юрид. наук / Е. А. Тверякова. — Ниж. Новгород, 2002. — 190 с.

<sup>59</sup> *Юридическая акультурация и управление профессиональной юридической деятельностью* [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://advocat.kuzmin.ru/articles/107-article25>.

розумінні акультурації приваблює розрізнення «запозичення», втіленого у засвоєнні інновації, й «адаптації». Враховуючи це, можна визначити правову акультурацію як універсальне поняття, яке характеризує щеплення однієї правової системи до іншої<sup>60</sup>, будь-яке запозичення елементів одних правових систем в інші.

Варто згадати, що деякі автори віддають перевагу терміно-поняттю «правові (юридичні) трансплантації»<sup>61</sup>, позначаючи ним, зазвичай, кожне запозичення з інших правових систем (але іноді вживаючи у значенні «один з видів рецепції»)<sup>62</sup>. Однак цей термін не набув поки що достатнього поширення у нашій юриспруденції. Можливо, через його дещо «природниче» забарвлення.

У свою чергу, в універсальному понятті акультурації можемо виокремлювати: рецепції, юридичні експансії, прості запозичення, а також правові адаптації, котрі розуміємо як пристосування власної правової системи до іншої, аксіологічно близької, правової системи.

Підсумовуючи викладене, із врахуванням реалій сьогодення можна зробити висновок, що найбільше практичне значення з видів (форм) взаємодії правових систем зараз має саме правова адаптація.

## **1.6. Система цивільного законодавства України у контексті адаптації до умов внутрішнього ринку ЄС**

Якщо цивільне право — це сукупність концепції, правових ідей, юридичних норм, якими визначається статус приватної особи, то цивільне законодавство — система правових форм, у яких виражаються норми, що регулюють цивільні відносини. Слід також взяти до уваги, що цивільне право включає до себе не лише правові норми, але й доктрину, ідеї та інші досягнення цивілістичної думки, котрі набувають практичного значення при застосуванні аналогії права, при тлумаченні судами норм цивільного законодавства тощо. Отже, хоча цивільне право й складає зміст цивільного законодавства, але останнє є сукупністю форм вираження лише нормативної частини цивільного права.

<sup>60</sup> Карбонье Ж. Юридическая социология / Ж. Карбонье; пер. и вступ. ст. проф. В. А. Туманова. — Москва: Прогресс, 1986. — С. 199.

<sup>61</sup> Watson A. Legal Transplants: An Approach to Comparative Law / A. Watson. — Edinburgh: Scottish Academic Press, 1974. — 106 p.; Watson A. Evolution of Western Private Law / A. Watson. — Expanded Edition. — Baltimore; London: Johns Hopkins University Press, 2000.

<sup>62</sup> Watson A. Legal Transplants: An Approach to Comparative Law / A. Watson. — Edinburgh: Scottish Academic Press, 1974. — 106 p.



Глава перша ЦК України називається «Цивільне законодавство України». При цьому, як випливає з її змісту, терміном «цивільне законодавство» охоплюється уся сукупність формально виражених норм і правил, що регулюють цивільні відносини, а не лише акти цивільного законодавства. Інша річ, що першими поміж останніх названі акти цивільного законодавства (ст. 4 ЦК України) як одна із найважливіших складових останнього. Разом із тим, визначення поняття актів цивільного законодавства у ст. 4 ЦК України відсутнє, хоча згадана стаття Кодексу містить їх орієнтовний перелік.

У вітчизняній цивілістиці акти цивільного законодавства визначають як нормативно-правові акти, що містять цивільно-правові норми<sup>63</sup>.

Згідно з частиною першою ст. 4 ЦК України, основу усього цивільного законодавства України становить Конституція України. Проте Конституція не є актом цивільного законодавства у прямому значенні цього терміно-поняття, оскільки, як Основний Закон держави, вона становить основу усього законодавства України і містить норми різного галузевого характеру, визначаючи основи не лише цивільного, але й інших галузей законодавства.

Викладене дає підстави розрізнити, комплексні акти законодавства, котрі містять поміж норм інших також норми цивільно-правові, і галузеві акти цивільного законодавства, які містять норми, спеціально призначені регулювати цивільні відносини. У залежності від того, чи є закон комплексним, чи галузевим визначається можливий обсяг застосування його норм, засади правового регулювання, взаємодія з іншими актами законодавства тощо.

До комплексних актів законодавства, які містять цивільно-правові норми можна віднести, наприклад, Житловий кодекс, Закон про товарну біржу, Закон про авторські і суміжні права та ін.

Акти цивільного законодавства у спеціальному (вузькому) значенні цього поняття, у свою чергу, поділяються на: основний акт — ЦК України; інші закони України, які видаються відповідно до Конституції України та Цивільного кодексу; акти Президента України, які він видає на основі та на виконання Конституції і законів України; постанови Кабінету Міністрів, що мають загально-нормативний характер і регулюють цивільні відносини.

Усі акти цивільного законодавства не можуть суперечити Цивільному кодексу, а при змінах і доповненнях мають узгоджуватися з ним. У зв'язку з цим важливе практичне значення має з'ясування співвідношення норм Цивільного і Господарського кодексів Украї-

<sup>63</sup> Кузнцова Н. Акти цивільного законодавства // 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. 30.

ни, які стосуються однотипних майнових відносин, що складаються у процесі торгового обігу (зокрема, у галузі підприємницької діяльності).

Тут варто згадати, що дискусія стосовно існування так званого «господарського права», як самостійної галузі, має давню історію, яка почалася у радянські часи, поживилась на тлі спроби економічних реформ в СРСР<sup>64</sup>, продовжилась в незалежній Україні<sup>65</sup> і очевидно, триватиме, аж поки проблема не буде вирішена у контексті адаптації права України до умов внутрішнього ринку ЄС.

Слід зазначити, що спроби прибічників господарського права обґрунтувати самостійність останнього, за великим рахунком, не мають особливого наукового інтересу, оскільки у більшості випадків їхні аргументи зводяться до декларації пріоритетності спеціального закону — Господарського кодексу) над загальним (Цивільний кодекс) та спроб довести, що цивільне право, яке ґрунтується на засадах «застарілого» римського приватного права, поступається праву господарському, спорідненому, на їхню думку, з «прогресивним американським «business law».

Проте ці спроби виглядають неконструктивними, особливо в умовах правової адаптації до умов внутрішнього ринку ЄС, з наступних міркувань.

По-перше, визнання пріоритетності спеціального закону при регулюванні конкретних відносин не означає, що спеціальне законодавство може суперечити засадам законодавства загального і що останні не впливають на зміст та тлумачення норм спеціального законодавства.

По-друге, протиставлення римського права та «business law» є надуманим, оскільки останнє ґрунтується на тих самих правових цінностях, втіленням яких є Римське приватне право, котре у сучасному світі розглядається не як система правових норм Стародавнього Риму, а як юридичне втілення ідей та принципів правово-

<sup>64</sup> *Матвеев Г. К.* Экономическая реформа и кодификация гражданского законодательства. К истории многолетней дискуссии // Государство и право. — 1992. — № 5. — С. 50–55.

<sup>65</sup> *Знаменський Г.* Про концепцію господарського (торговельного) кодексу України // Право України. — 1992. — № 10. — С. 46; *Харитонов Є.* Деякі особливості концепції так званого «господарського права» / Є. Харитонов, О. Харитонova // Українське право. — 2000. — Чис. 1. — С. 25–31; *Посполітак В. В.* Аналіз наявних суперечностей та неузгодженостей між Цивільним та Господарським кодексом України / В. В. Посполітак, Р. Ю. Ханік-Посполітак. — Київ: Реферат, 2005. — 264 с.; *Мамутов В. К.* Отзыв на статью И. В. Спасибо-Фатеевой «Последняя попытка расшифровать «Код да Винчи», т. е. Хозяйственный кодекс Украины // Юридичний радник. — 2006. — № 4. — С. 94; *Розовский Б. Г.* Хозяйственное право: с эмоциями и без: монография / Б. Г. Розовский. — Изд. 2-е. — Луганск: Элтон-2, 2008. — 230 с.

го статусу приватної особи та підґрунтя її взаємин із суспільством. При створенні нових інститутів і категорій європейського торгового, міського тощо права римське право розглядалося як джерело ідей та принципів<sup>66</sup>, воно дало юридичну техніку, так само як і матеріальні правила минувшини, котрі були оживлені в силу їхнього авторитету та нагальної потреби<sup>67</sup>.

Не йдеться про ідеалізацію римського права, але й применшувати його роль у формуванні права сучасної Європи — нерозважливо. За допомогою цивільного законодавства цілком може бути реалізована й функція правового регулювання господарської діяльності у різних економічних умовах. Скажімо, у правовій системі США, «business law» являє собою фактично сукупність тих інститутів цивільного права, які застосовуються у торговому обігу країни<sup>68</sup>. Варто зауважити й те, що ЦК Квебеку, який є результатом однієї з останніх кодифікацій цивільного законодавства ХХ ст., ґрунтується на ідеях Кодексу Наполеона. Разом із тим, він ефективно регулює і комерційні відносини. Таким чином, перевірку часом витримав французький Цивільний, а не Торговий кодекс.

По-третє, слід враховувати й те, що Цивільний кодекс у державах з ринковою економікою за своїми сутністю та призначенням є кодексом приватного права, тобто провідним актом у системі законодавства, що регулює відносини у приватній сфері. Тому його положення можуть і мають застосовуватися не лише до традиційних «суто цивільних» відносин, але й до взаємин суб'єктів «фронтірних» відносин. Тому Цивільний кодекс є актом універсальної дії, що застосовується до регулювання будь-яких відносин, котрі знаходяться у сфері дії приватного права і не регламентуються спеціальним законодавством. Це означає, що він може субсидіарно застосовуватися, навіть без окремої згадки про це, до майнових відносин, безпосередньо не врегульованих нормами спеціального закону і ґрунтуються на рівноправності становища їхніх сторін.

Часом на адресу Цивільних кодексів ринкової спрямованості, прийнятих на пострадянському просторі, закидають, що вони стають підґрунтям деструктивних процесів у суспільстві (наприклад, дезорганізацію російської економіки пов'язують зі створенням «ринкового» ЦК). Але тоді можна припустити, що й економіка СРСР була зруйнована (і він розпався) у результаті дії цивільного

<sup>66</sup> Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования : пер. с англ. / Г. Дж. Берман. — 2-е изд. — Москва : Изд-во МГУ : Изд. группа ИНФРА\* М-НОРМА, 1998. — С. 320, 372.

<sup>67</sup> Аннерс Э. История европейского права : пер. со швед. / Э. Аннерс ; Ин-т Европы. — Москва : Наука, 1996. — С. 189.

<sup>68</sup> Ласк Г. Гражданское право США (Право торгового оборота) : пер. с англ. / Г. Ласк. — Москва : Прогресс, 1961. — С. 17.

законодавства. Проте такі припущення суперечать марксистському баченню права, як надбудови до матеріального базису, котра визначається сутністю останнього, залежить від нього, змінюється разом із ним, але сама не може змінювати базис, на якому побудована.

Принагідно слід підкреслити, що саме відкидання Марксом «буржуазної свободи», тобто, свободи індивідів у приватній сфері, стало підґрунтям ідеї «жорсткого» державного управління господарством країни<sup>69</sup>, невід’ємно пов’язаної з існуванням концепції «господарського права». Натомість Цивільні кодекси, як приватноправові за сутністю, покликані забезпечити правове регулювання суспільних відносин, що складаються у ринковому суспільстві, котре формується або вже сформувалося, і які є первинними щодо правових відносин.

Нобелівський лауреат у галузі економіки Фрідріх Гайек звертав увагу на те, що часто ринкове суспільство дорікають в анархії та невизнанні спільної мети. У дійсності, саме в цьому, на його думку, полягає величезна заслуга такого суспільства, оскільки це робить людей дійсно вільними і кожен сам обирає собі мету. Встановлення такого порядку речей, коли люди можуть мирно жити, не визначаючи при цьому імперативні цілі та субординацію, зумовило створення Великого суспільства. Замість нав’язаних згори конкретних цілей люди сприйняли абстрактні норми поведінки<sup>70</sup>. (Зауважимо: при цьому жодного натяку на провідну роль держави в розвитку економіки). Перспективу заміни ринку плановою економікою, змальовував Людвіг фон Мізес, який наголошував на тому, що таке рішення відбирає свободу і лишає людині єдине право підкорятися. Влада, яка розпоряджається усіма ресурсами, контролює усі аспекти життя і діяльності людей. Існує єдиний роботодавець, будь-яка робота, воля начальника не дискутуються. Монарх визначає кількість і якість того, що споживачі мають придбати. Немає такого сектору, де б лишалося місце особистим оцінкам. Влада видає певне доручення і повністю регламентує місце, час і спосіб виконання. При першому ж посяганні на економічну свободу усі політичні і правові свободи обертаються на оману<sup>71</sup>.

Обираючи такий методологічний підхід, можемо зробити висновок, що цивільне законодавство України має бути галуззю, яка охоплює всю сферу цивільних відносин між приватними особами.

<sup>69</sup> *Валіцький А.* Марксизм і стрибок у царство свободи. Історія комуністичної утопії: пер. з пол. / А. Валіцький. — Київ, 1999. — С. 19–20, 483–484.

<sup>70</sup> *Хайек Ф. А. фон.* Познание, конкуренция и свобода / Фридрих А. фон Хайек. — Санкт-Петербург, 1999. — С. 58.

<sup>71</sup> *Мизес Л. фон.* Индивид, рынок и правовое государство / Людвиг фон Мизес. — Санкт-Петербург, 1999. — С. 129.

При цьому для відносин зі спеціальними суб'єктами (підприємцями) передбачається можливість спеціального регулювання, але на засадах цивільного законодавства (підприємницького). Такий підхід впливає також з того, що частина друга ст. 9 ЦК України встановлює, що законом можуть бути передбачені особливості регулювання майнових відносин у сфері господарювання. Отже підприємницькі відносини, які прямо не врегульовані ЦК України, регулюються іншими актами законодавства. Згідно зі ст. 9 ЦК України провідними є положення Цивільного кодексу, а норми спеціального законодавства застосовуються у випадках, коли підприємницькі відносини не врегульовані взагалі або недостатньо повно врегульовані ЦК.

Таким чином цивільне та господарське законодавство України співвідносяться як загальна та спеціальна категорії, внаслідок чого господарське законодавство має регулювати цивільні відносини у галузі підприємницької діяльності відповідно до засад, встановлених цивільним законодавством, і не може суперечити останнім.

У контексті питань, які тут розглядаються, доцільно оцінити адаптаційний потенціал фундаментальних актів цивільного законодавства України.

Для аналізу стану речей у цій галузі, виходимо з того, що кодекси (так само як і фундаментальні закони) у залежності від їхнього типу можуть бути поділені на пасіонарні та підсумкові (ортодоксальні).

«Пасіонарним» (від лат *passio*, *-onis* = пристрасть) може вважатися той кодекс, при створенні якого переслідувалася мета не просто систематизувати і обробити норми існуючого законодавства, а створити кодифікований, принципово важливий для певної галузі правового регулювання акт законодавства на якісно новій або значно оновленій порівняно з тією, що існувала у державі раніше, концепції права. Пасіонарні кодекси (закони) вносять істотні зміни у рівень регулювання суспільних відносин, переводячи його у нову якість, внаслідок чого впливають на поступальний розвиток суспільних відносин, які регулюють. Нерідко вони слугують взірцем для правотворчості у інших державах, надихаючи розробників на нові рішення (а іноді на прямі запозичення). Прикладами такого типу Кодексу можуть слугувати Французький ЦК 1804 р. (Кодекс Наполеона), Австрійський Загальний ЦК 1807 р., ЦК Нідерландів.

Другий тип кодексів (фундаментальних законів) являє собою завершальний акт етапу розвитку певної галузі права. Їх можна назвати «підсумковим», або ж «ортодоксальними», оскільки вони, фактично, підбивають підсумки розвитку законодавства на цьому етапі, підводять ризику під уже зробленим. Результатами кодифікації такого роду є Закони XII таблиць, німецький ЦК (BGB), «Русь-

ка Правда», Господарський кодекс України. Згадані фундаментальні закони об'єднує та ознака, що вони фіксують концепцію правового регулювання певного виду суспільних відносин, яка сформувалася на певному ортодоксальному підґрунті або, у кожному разі, є компромісом «законсервованих» ідей і вимог суспільства, що розвивається. Як правило, такі закони (кодекси) достатньо успішно обслуговують потреби цивільного (торгового) обігу і, навіть, іноді можуть слугувати взірцем для наслідування (як наприклад, у випадку з Німецьким ЦК). Але внаслідок консерватизму концептуального підґрунтя або недостатньої методологічної основи останнього питома вага «креативності» у таких кодексах (фундаментальних законах) незначна, внаслідок чого незабаром починають відчуватися їхні недоліки і вони піддаються усе дужчій критиці, іноді, навіть, з боку колишніх прихильників.

Цивільний кодекс України належить до фундаментальних законів пасіонарного типу, оскільки створювався він на принципово новій, порівняно з раніше прийнятою, концептуальній основі, як загальний кодекс приватного права, з врахуванням сучасних європейських тенденцій і досвіду.

Це, зокрема, знайшло відображення у концепції системи цивільного законодавства, закріпленій у главі 1 ЦК України. Згідно з нею цивільне законодавство України є складною системою, що охоплює низку підсистем: 1. Акти цивільного законодавства України; 2. Договори суб'єктів цивільного права; 3. Звичаї; 4. Міжнародні договори; 5. Інші форми цивільного законодавства (прецеденти, корпоративні норми тощо).

Найважливішим засадничим законом у сфері цивільно-правового регулювання є Цивільний кодекс України — основний акт цивільного законодавства України, прийнятий 16 січня 2003 р. Він містить 1308 статей, має 89 глав, об'єднаних у 6 книг: I — «Загальні положення», II — «Особисті немайнові права фізичної особи», III — «Право власності та інші речові права», IV — «Право інтелектуальної власності», V — «Зобов'язальне право», VI — «Спадкове право».

Оскільки ЦК України є «кодексом приватного права», провідним актом законодавства, що регулює відносини у приватній сфері, його положення мають застосовуватися субсидіарно до взаємин суб'єктів споріднених відносин (сімейних, при використанні найманої праці, у сферах використання природних ресурсів та охорони довкілля тощо), якщо ці відносини не врегульовані спеціальними актами законодавства.

Дія актів цивільного законодавства у часі, у просторі, за колом осіб визначається за загальними правилами.

Разом із тим, у контексті проблеми адаптації українського законодавства до умов внутрішнього ринку ЄС мають бути враховані особливості визначення дії актів цивільного законодавства за колом осіб, зумовлені тим, що фізичні особи і організації однієї держави можуть знаходитися в цивільних правовідносинах з такими ж особами іншої держави.

Загальне правило виглядає таким чином: цивільне законодавство в межах території своєї дії поширюється на всіх фізичних осіб і на всі організації. Однак у деяких випадках виникає проблема вибору норм цивільного законодавства тієї або іншої країни, пов'язана з появою в цивільних правовідносинах, так званого, «іноземного елемента», який може мати місце: у суб'єктному складі правовідношення (один з учасників іноземець); у об'єкті правовідношення (спірна будова знаходиться за кордоном); у визначенні місця виникнення (зміни, припинення) правовідношення (укладення договору за кордоном).

Для регулювання відносин за участю іноземного елемента застосовуються колізійні норми, а також спеціальні матеріально-правові норми.

Колізійні норми самі по собі не вирішують питання по суті, а відсилають до тих або інших норм внутрішнього законодавства. У складі колізійних норм розрізняють два елементи: 1) об'єм норми (характеристика відносин, до яких вона застосовна) і 2) прив'язка (вказівка на закон, який підлягає застосуванню до даного виду відносин). Критерієм прив'язки є місце проживання фізичних осіб, місце знаходження юридичної особи, місце здійснення правочину тощо.

Колізійні норми можуть бути імперативного або диспозитивного характеру. У першому випадку розпорядження про закон, що підлягає застосуванню, є безумовно-обов'язковим. Наприклад, при створенні спільних підприємств застосовується право країни, де таке підприємство реєструється. У другому (при диспозитивності колізійної норми), сторони можуть своєю угодою обрати або уточнити варіант поведінки. Наприклад, диспозитивний характер мають усі норми Закону України «Про зовнішньоекономічну діяльність», що стосуються зовнішньоекономічних операцій купівлі-продажу, зберігання, комісії, доручення тощо.

Спеціальні матеріально-правові норми безпосередньо регулюють цивільні відносини з іноземним елементом. Це можуть бути норми міжнародних угод або норми внутрішнього законодавства, спеціально призначені для регулювання відносин з участю іноземного елемента.

Специфічною формою цивільного законодавства можна вважати договір — домовленість двох або більше учасників цивільних відносин, спрямована на встановлення, зміну, припинення, призупинення, поновлення тощо цивільних прав і обов'язків. (Враховуючи значення цієї форми цивільного права, про договір мова далі піде окремо).

Звичай — це правило поведінки, котре не встановлене актами цивільного законодавства (хоча і може бути зафіксоване у відповідному документі), але є ustalеним у певній сфері цивільних відносин. Звичай як форма цивільного права визнається у більшості правових систем, і насамперед, систем приватного права.

Деякі зі звичаїв фіксуються у відповідному документі (наприклад, звичаї розподілу загальної аварії кодифіковані у Йорк-Антверпенських правилах, а також закріплені у Кодексі торгового мореплавства України; деякі судові звичаї зафіксовані у постановях Пленуму Верховного Суду України тощо). Але інші звичаї у документах не фіксуються, а мають характер правових аксіом, вироблених ще у римському праві, які звичайно приймаються до уваги учасниками цивільних відносин (наприклад, правило «Один свідок — не свідок»).

Звичаї можуть мати характер конкретного правила. Але вони можуть також бути окреслені у самому загальному вигляді. Наприклад, правило, встановлене частиною 4 ст. 13 ЦК, передбачає, що при здійсненні цивільних прав особа повинна додержуватися «моральних засад суспільства». Очевидно, що «моральні засади суспільства» є категорією звичаєвого права, якій надана обов'язкова сила нормою закону (ЦК). Разом із тим, ця категорія вимагає тлумачення, а отже потребує з'ясування сукупності конкретних звичаїв, що визначають моральні засади суспільства (положення релігії, яка домінує у даному суспільстві; гуманітарні цінності, прийняті у ньому, тощо).

Частина 2 ст. 7 ЦК визначає місце звичаїв у системі норм цивільного права, передбачаючи, що звичай, який суперечить актам цивільного законодавства або договору, не застосовується. Це положення слід тлумачити поширювально, оскільки не може також застосовуватися і звичай, який суперечить моральності суспільства, публічному інтересу тощо. Такий підхід цілком відповідає концепції права у країнах, чії правові системи належать до центральноєвропейської, східноєвропейської (до неї належить Україна) та романської родин приватного права. Тут, як правило, (виняток складає Італія) значення правового звичаю істотно обмежене. Він виконує другорядну роль у якості джерела права, оскільки істо-



рично багато які із звичаїв вже закріплені у актах законодавства і внаслідок цього можуть бути лише доповненням до них.

Міжнародний договір — це угода двох або кількох держав, що містить норми права про встановлення, зміну або припинення прав і обов'язків у відносинах між ними.

Міжнародні договори є частиною національного законодавства. Порядок набрання ними чинності встановлено ст. 20 Закону України «Про міжнародні договори України». З її змісту випливає, що до міжнародних договорів, положення яких мають застосовуватися в Україні, належать: договори, ратифіковані Верховною Радою України; договори, затвердження, прийняття або приєднання до яких здійснене на основі рішень Верховної Ради України або Президента України; договори, які набрали чинності з моменту підписання їх Президентом України. Вказані договори підлягають опублікуванню у «Відомостях Верховної Ради України», у газеті Верховної Ради України «Голос України», а також у «Зібранні чинних міжнародних договорів України».

Міжнародні договори, чинні в Україні, мають пріоритет перед національним законодавством. Такий підхід відображає загальну тенденцію до гармонізації міжнародних угод та національного законодавства з формуванням у перспективі уніфікованих норм у галузі цивільного права. У випадку колізії положень міжнародного договору та акту національного законодавства має значення час їхнього укладення (видання): якщо міжнародний договір укладений раніше акту цивільного законодавства, то останній у дію не вступає; якщо міжнародний договір укладений пізніше такого акту, то останній втрачає чинність з моменту початку дії міжнародного договору.

Розглядаючи особливості цивільного законодавства України, слід взяти до уваги, що завдання його адаптації до умов внутрішнього ринку ЄС робить актуальною оцінку універсальності та мобільності законодавства, здатності пристосовуватися до завдань, що змінюються. Це зумовлює необхідність аналізу адаптаційного потенціалу цивільного законодавства України також і з позицій системно-структурного аналізу. Іншими словами, маємо встановити, наскільки сумісні наші цивілістичні правопорядки з формального боку.

Виходимо з того, що система (структура) цивільного права (законодавства) — це впорядкована на певних методологічних засадах сукупність його елементів (цивільно-правових норм, інститутів, підгалузей або розділів), розташованих у послідовності та ієрархії, що визначаються внутрішньою логікою цієї галузі.

Традиційними в європейських правових системах вважаються інституційна та пандектна структури права.

Суть інституційної системи, відомої ще Стародавньому Риму, полягає в тому, що норми групуються за ознаками однорідності відносин, які регулюються, у інститути, розташовані у логічній послідовності. (Зауважимо, що категорія «інститут» у римському правознавстві розумілася ширше, ніж у сучасній юриспруденції, відповідаючи, швидше, теперішнім уявленням про підгалузь (розділ) права).

Слід згадати про поширену помилку при характеристиці інституційної системи, як такої, що охоплює три інститути: 1) особи (*personae*), 2) речі (*res*), 3) способи придбання речей (*actio*). При цьому, зазвичай, посилаються на висловлювання Гаю у Інституціях, та порядок викладу ним матеріалу в Інституціях Гаю.

Але такий висновок є наслідком хибного тлумачення поняття «*actio*», як єдиного поняття, що охоплює «і способи придбання речей, і способи захисту прав». Однак, терміном *actio* у Стародавньому Римі позначалися дві категорії дій: придбання речей (договори) і захист суб'єктивних прав. Якщо перша з цих категорій стосувалася виникнення прав на речі, то друга — питань процедурних, того, що тепер ми називаємо «судовим процесом». До речі, це відображено і в структурі Інституцій Гаю, котрі складаються не з трьох, а з чотирьох книг (I — присвячена загальним положенням права та визначенню правового становища особи, II — речовим правам і спадкуванню, III — спадкуванню і зобов'язанням, IV — позовам, інтердиктам, засобам забезпечення виконання судових прилюдів тощо). Інституції Юстиніана також складаються з чотирьох книг, перші три з котрих приблизно відповідають структурою Інституціям Гаю, а четверта — містить положення про недоговірні зобов'язання та судочинство.

Таким чином, інституційна система римського права фактично передбачала існування чотирьох частин: 1) становище особи; 2) речі (об'єкти прав); 3) договори та інші юридичні дії; 4) захист суб'єктивних прав. Судочинство. Вона була адаптована більш пізніми системами приватного права з тією відмінністю, що процедурні відносини захисту цивільних прав та судочинства складають предмет правового регулювання окремої галузі цивільного процесуального права (законодавства). Так, наближеною до інституційної системи є структура ЦК Франції 1804 р. (Кодекс Наполеона) та цивільних кодексів тих країн, котрі взяли Кодекс Наполеона за зрінець.

Перевагами інституційної системи є простота і логічність. Разом із тим, через надмірну спрощеність структури в неї не вписується низка норм та інститутів приватного права (наприклад, спадкування, недоговірні зобов'язання тощо).

Пізніше зусиллями середньовічних «глосаторів» та «постглосаторів» римського права набула поширення пандектна система, згідно з якою приватне (цивільне) право поділяється на: 1. Загальні положення; 2. Речове право; 3. Зобов'язальне право; 4. Спадкове право; 5. Сімейне право.

За пандектною системою побудовані Німецький ЦК 1899 р., та цивільні кодекси країн, що наслідували приклад Німеччини у цій галузі.

Перевагами пандектної системи є виокремлення загальної частини, що дозволяє уникати повторювань при характеристиці окремих інститутів, чіткий поділ на розділи (підгалузі) тощо. Разом із тим, на відміну від інституційної системи, визначення цивільно-правового становища особи тут відступає на другий план, що не відповідає сучасним тенденціям розвитку приватного (цивільного) права. Крім того, пандектна система не враховує наявність низки сучасних інститутів приватного права, що певною мірою зумовило появу дещо штучної конструкції інтелектуальної власності, фактично вивело авторське право за межі запропонованої структури тощо.

Втім, тепер ні тієї, ні іншої системи в «чистому вигляді» не існує, оскільки структура сучасного приватного (цивільного) права виглядає набагато складнішою. Тому можна вести мову про виникнення та формування сучасної системи приватного (цивільного) права, яка може бути названа «синкретичною», котра включає наступні частини: 1. Загальні положення. 2. Правове становище особи. 3. Права на речі. 4. Права інтелектуальної власності. 5. Договори. 6. Недоговірні зобов'язання. 7. Спадкове право. 8. Сімейне право.

Система цивільного права України у головних рисах наближається до синкретичної. Вона охоплює названі вище розділи, за винятком сімейного права, галузева належність якого залишається предметом дискусій в українській цивілістиці.

Логічно припустити, що структура цивільного законодавства, як зовнішнє (формальне) відображення його сутнісної основи — цивільного права, має кореспондувати системі останнього. Проте, таке припущення, хоча й обґрунтоване теоретично, на практиці не відповідає реаліям законотворчості. Подібна ситуація має місце у цивільному законодавстві і тих країн, цивільне право яких ґрунтується на інституційних засадах (ЦК Франції 1804 р. тощо), і тих — цивільне право яких має основою пандектну систему (Німецький ЦК 1899 р. та ін.). Згадані кодекси доповнювалися важливими законодавчими актами, котрі не лише заповнювали сутнісні прогалини, а й впливали на структуру законодавства в цілому. Це

пов'язане тим, що нині ні тієї, ні іншої самодостатньої системи права не існує. Натомість, інституційна та пандектна системи мають оцінюватися у їхньому взаємозв'язку та взаємодії, що дозволяє використовувати їх ідеї для формування синкретичної системи приватного права, яка поступово, в міру створення належних методологічних засад законотворчості, має змінити концепти цивільного права та цивільного законодавства.

Поки що остання не знаходить адекватного відображення у структурі вітчизняних кодифікованих актів, і зокрема, у структурі ЦК України. Для того, щоб переконатися в цьому достатньо порівняти, скажімо, частини наведеної вище синкретичної системи і перелік книг ЦК України. Характерною є також відсутність розрізнення у ЦК України Загальної (не слід плутати з книгою першою ЦК «Загальні положення») та Спеціальної частини тощо. (Власне, «загальна частина» існує, але складається з двох рівнів: з положень, загальних для усього цивільного права, і положень, загальних для зобов'язального права. Можливе також виокремлення «загальності» третього рівня : загальна частина договірного права, загальна частина недоговірних зобов'язань, загальні питання спадкування тощо).

Оскільки виокремити «Загальну частину» цивільного права (законодавства), як таку, що стосувалася б усіх сфер регулювання цивільних відносин, практично неможливо, виправданим є вести мову не про Загальну і Особливу (Спеціальну) частини, а про окремі розділи цивільного права (законодавства). При цьому Перший розділ цивільного права (законодавства) охоплює його Загальні положення. Наступні розділи відповідають підгалузям цивільного права (законодавства) і, до того ж, у кожному з них є своя «загальна» і «особлива» частини — загальні положення і спеціальні норми, що регулюють окремі відносини.

Оцінюючи викладене під кутом завдань, що постають у зв'язку з вимогами адаптації вітчизняного цивільного законодавства до умов внутрішнього ринку ЄС, можна зробити принципово важливий висновок про необхідність приведення у відповідність структури ЦК України та системи вітчизняного цивільного права із системою концепту європейського права, що було б виправданим як з теоретичної, так і практичної точок зору.

## **1.7. Договори та правочини у цивільному законодавстві України: адаптаційний потенціал**

При комплексному розгляді категорій «договір» та «правочин» логічним здається починати з характеристики останніх, оскільки договір є видом правочинів (двостороннім або багатостороннім правочином).

Однак у контексті аналізу значення цих категорій для вітчизняного цивільного законодавства та особливостей його адаптації до умов внутрішнього ринку ЄС починати здається доцільним з характеристики договору, оскільки у главі 1 ЦК України «Цивільне законодавство України» йдеться, передусім, про договір і лише побіжно — про односторонні правочини. Так, у ст. 3 ЦК України серед засад цивільного законодавства називається «свобода договору» (п. 3), але не згадується свобода правочину (у зв'язку з цим виникає питання, чи взагалі визнається поняття «свобода одностороннього правочину?»). Стаття 6 ЦК України спеціально присвячена визначенню співвідношення актів цивільного законодавства і договору, і лише у частині четвертій цієї статті вказується, що положення її попередніх трьох частин застосовуються також до односторонніх правочинів. Тенденція надання переваг договору перед правочином помітна і в главі 2 ЦК України «Підстави виникнення цивільних прав та обов'язків. Здійснення цивільних прав та виконання обов'язків». Так, у п. 1. частини другої ст. 11 ЦК України зазначається, що підставами виникнення цивільних прав та обов'язків, зокрема, є «договори та інші правочини». Хоча достатньо було просто вказати — «правочини»: адже договори охоплюються цим поняттям. У частині першій ст. 13 ЦК України встановлено, що цивільні права особа здійснює у межах, наданих їй договором або актами цивільного законодавства. Але не згадується, що межі здійснення цивільних прав можуть встановлюватися також одностороннім правочином. Наприклад, заповітом, заповідальним відказом тощо (ст. ст. 1238, 1240, 1242, 1246 ЦК України).

Такий підхід може здатися дещо «дискримінаційним» стосовно правочинів, але можна припустити, що зумовлений він прагненням підкреслити значення договору, не лише як підстави виникнення цивільних прав і обов'язків, а й форми правотворчості.

Враховуючи викладене і слідуючи за акцентами розставленими у ЦК України, почнемо зі встановлення ознак договору, як категорії вітчизняного цивільного права. Але, оскільки завданням авторів цього посібника не є детальне висвітлення, навіть, головних інститутів цивільного законодавства, обмежимося аналізом лише

тих його властивосте, котрі мають значення для адаптації до умов внутрішнього ринку ЄС.

Характеристику категорії договору варто почати з того, що у вітчизняній цивілістиці останній, попри констатацію багатозначності цього поняття, традиційно розглядався як явище, тісно пов'язане з категорією правовідносин: як угода, як документ про фіксацію укладення угоди, як підстава виникнення правовідносин, як самі правовідносини, як форма, у якій відповідні правовідносини здійснюються<sup>72</sup>.

Власне, такою була і є загальна тенденція оцінки сутності договору на пострадянському просторі, де цивілісти, визнаючи зростання регулюючої ролі договору, яка зближує його із законом і нормативними актами, разом із тим звертали увагу на дві принципи властивості, що відрізняють договір від правової норми. Перша пов'язувалася з походженням правил поведінки: договір виражає волю сторін, а правовий акт — волю органу, який його видав. Друга розрізняє межі дії одного та іншого правил поведінки: договір розрахований на безпосереднє регулювання поведінки лише його сторін — для тих, хто не є його сторонами, він може створити права, але не обов'язки, тоді як нормативний акт створює в принципі загальне для всіх і кожного правило. Хоча при цьому визнавалося, що у публічно-правових договорах межа, відділяюча їх від нормативного акту стиралася, однак наголошувалося, що і в них у кінцевому підсумку визначальною є воля сторін. Втім, попри визнання наявності спільних рис між нормативним актом і договором, а також тієї обставини, що останній слугує ідеальною формою активності учасників цивільного обігу<sup>73</sup>, далі аналіз договору переходить у традиційну (хоча й методологічно оновлену з урахуванням ринкових умов буття торгового обігу) площину дослідження договору-угоди<sup>74</sup>. Значною мірою такий підхід зумовлений концепцією ЦК Російської Федерації, згідно якій договір розглядається як підстава виникнення цивільних прав і обов'язків (ст. 8). Хоча при цьому п. 1 частини першої с. 8 ЦК РФ визначається, що цивільні права і обов'язки виникають з договорів та інших правочинів, передбачених законом, а також з договорів та інших правочинів, які не передбачені законом, але не суперечать йому, проте фактично йдеться лише про можливість укладення

<sup>72</sup> *Прядко О. С.* Щодо питання понятійної багатозначності договору // *Держава і право.* — 2002. — Вип. 16. — С. 210–212; *Бервено С. М.* Проблеми договірної права України: монографія / С. М. Бервено. — Київ: Юрінком України, 2006. — С. 5.

<sup>73</sup> *Брагинский М. И.* Договорное право: Общие положения / М. И. Брагинский, В. В. Витрянский. — Москва: Статут, 1997. — С. 9.

<sup>74</sup> Там само. — С. 10–16.

непланових договорів і договорів, не передбачених законом або «іншими правовими актами»<sup>75</sup>. Вихід з ситуації, що склалася, окремі науковці вбачали у впровадженні поняття «ненормативні джерела цивільного права», поміж яких називалися, зокрема, «акти волевиявлення індивідуальної волі приватних осіб (правочини)», у тому числі договори<sup>76</sup>. Позиція ця, безумовно, цікава, але якогось практичного втілення не отримала. Чинником цього може бути те, що у німецькій концепції законодавства, яка традиційно справляла і справляє сильний вплив на російську цивілістику, визначенню поняття та сутності абстрактної категорії договору достатньої уваги не приділяється, так само, як і не часто йдеться про «договірне право». До того ж, має місце «розкиданість» норм про договір по різних главам, зовнішня «прогалинність» і несистемність, котрі, як вважають, можна пояснити лише за допомогою історичного аналізу<sup>77</sup>.

Натомість, розробники ЦК України обрали інший підхід до розуміння значення договору, як категорії цивільного права, включивши низку принципів положень щодо нього у главу 1 ЦК України «Цивільне законодавство України» і виявивши таким чином наміри розширити його поняття.

Спеціальні норми (ст. 6 ЦК України) присвячені визначенню співвідношення між актами цивільного законодавства і договором, чим досягається мета підкреслити значення договору, фактично, як категорії, рівнозначної актам цивільного законодавства і, навіть, домінуючої над ними. Таким чином закріплена провідна ідея, що значення договору має визначатися відповідно до загальних тенденцій підвищення ролі вільного волевиявлення суб'єктів цивільних відносин. Зокрема, ст. 6 ЦК України розрізняє укладення договорів, взагалі не передбачених актами цивільного законодавства, і договорів, які передбачені такими актами. Що стосується договорів, взагалі не передбачених актами цивільного законодавства, то тут важливим є те, що допускається вчинення будь-якого договору, який не суперечить загальним засадам цивільного законодавства. При цьому не має значення, чи згадується взагалі такий договір у законодавстві, чи ні: головне, щоб його положення відповідали засадам цивільного законодавства, передусім, тим, що визначені у ст. 3 ЦК України.

---

<sup>75</sup> *Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой* / отв. ред. О. Н. Садиков. — Москва: Юринформцентр, 1995. — С. 25.

<sup>76</sup> *Белов В. А.* Гражданское право. Общая часть. Т. 1. Введение в гражданское право: учебник / В. А. Белов. — Москва: Юрайт, 2011. — С. 182.

<sup>77</sup> *Жалинский А.* Введение в немецкое право / А. Жалинский, А. Рерихт. — Москва: Спарк, 2001. — С. 373–374.

Отже, якщо договір не згадується у актах цивільного законодавства взагалі, то учасники цивільних відносин мають право врегулювати свої відносини на власний розсуд. У таких випадках має місце подолання прогалин у законодавстві і договір фактично виступає як форма (джерело) цивільного права. Наприклад, норми права можуть встановлюватися корпоративним договором, яким визначаються правила поведінки членів відповідної корпорації, а також осіб, котрі вступають з цією корпорацією у цивільні відносини.

Якщо договір згадується у актах законодавства, але регламентований ними недостатньо детально, то сторони можуть врегулювати ті свої відносини, які не врегульовані цими актами. Фактично тут також має місце подолання прогалин у законодавстві, а звідси слідує висновок про те, що окремі умови такого договору можуть створювати норми цивільного права.

Частина 3 ст. 6 ЦК України визначає співвідношення між актами цивільного законодавства і договором. Допустимість конкуренції між ними впливає з того, що вказана норма передбачає ситуацію, коли сторони в договорі можуть відступити від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на свій розсуд. Отже, особам надається право вибору: використати вже існуючі норми законодавства для регламентації своїх стосунків або встановити для себе правила поведінки на свій розсуд.

Разом із тим, варто звернути увагу на те, що, хоча загальним правилом є право суб'єктів договору відступити від положень актів цивільного законодавства, але з нього існують винятки. До них належать такі ситуації: а) відступ від положення акту цивільного законодавства прямо заборонений таким актом; б) обов'язковість для сторін положень актів цивільного законодавства впливає з їх змісту; в) обов'язковість для сторін положень актів цивільного законодавства впливає з самої суті відносин між сторонами (наприклад, у договорі дарування не можна передбачити плату за подарунок, оскільки дарування за своєю сутністю є безоплатним). Фактично, має місце застосування провідного принципу приватного права: «Дозволено усе, що не заборонене законом».

Такий підхід певною мірою нагадує прийоми, використовувані свого часу для створення англійського договірного права, де принципи останнього майже повністю формувалися практикою (англійськими судами), і законодавство грало незначну роль у його розвитку<sup>78</sup>.

<sup>78</sup> Ансон Вільям Рейнелъ. Договорное право : [пер с англ.] / Ансон Вильям Рейнелъ ; под общ. ред О. Н. Садикова. — Москва : Юрид. лит., 1984. — С. 13.



Зазначений висновок дає підстави для стриманого оптимізму стосовно перспектив впровадження у юридичний побут засад приватноправового регулювання на підґрунті норм ЦК України.

Проте, тут виникають труднощі, пов'язані із тим, що, попри спробу подолати інерційність підходів у цій галузі шляхом оновлення концепції засад регулювання цивільних відносин під час кодифікації цивільного законодавства в Україні, зберігається потужна тенденція до збереження розуміння і характеристики договору лише як підстави виникнення цивільних правовідносин. Або, у кращому разі, як «ненормативного засобу індивідуального врегулювання відносин договірних сторін»<sup>79</sup>. Така позиція має опору у легальному визначенні договору в ст. 626 ЦК України, яке встановлює, що договір — це домовленість двох або більше сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав і обов'язків.

Отже, знову має місце традиційне для вітчизняної концепції цивільного законодавства бачення сутності договору, як юридичного факту. І хоча такий підхід при системному тлумаченні виглядає логічним, оскільки ст. 626 «Поняття та види договору» знаходиться у розділі II книги 5 ЦК України «Зобов'язальне право», однак відсутність загального визначення договору (а не лише у контексті регулювання зобов'язань), призводить до того, що розуміння договору як форми нормотворчості відступає на другий план.

У зв'язку з цим варто звернути увагу на окрему ситуацію, яка виникає щодо міжнародних договорів, що стосуються галузі цивільного права.

Специфіка *міжнародного договору, як форми цивільного законодавства*, полягає в тому, що це є угода суб'єктів цивільного права (ст. 6 ЦК України), котра після визнання її чинності в Україні, стає частиною національного законодавства, а відтак переходить у категорію «акти цивільного законодавства». Разом із тим, немає правових перешкод для того, щоб суб'єкти цивільних відносин, котрі виникають у державі, укладаючи угоду, обрали у якості зразку положення міжнародного договору, який не набрав чинності в Україні. У цьому випадку такий міжнародний договір — фактично стає формою цивільного законодавства, але вже не як акт цивільного законодавства, а як договір суб'єктів цивільних відносин. Звідси випливає, що міжнародний договір може розглядатися і як акт цивільного законодавства, і як договір суб'єктів цивільних відносин. Практичне значення такого висновку полягає в тому, що у першому випадку положення міжнародного договору, як акту цивільного законодавства, є обов'язковими для учасників відповідних цивільних відносин

<sup>79</sup> *Бервено С. М.* Проблеми договірного права України: монографія / С. М. Бервено. — Київ: Юрінком України, 2006. — С. 12.

у повному обсязі, а у другому — стають обов'язковими для сторін і третіх осіб у визначеному ними обсязі.

Однак зазначена ситуація є, швидше, винятком, а тому повернемося до встановлення властивостей договору, аби з'ясувати, чи можна його розцінювати як форму цивільного законодавства.

Оскільки, як зазначалося вище, у книзі І «Загальні положення» ЦК України, характеристика договору відсутня, то, враховуючи, що договір у вітчизняній концепції цивільного права розглядається як вид правочину, доцільним є звернення до категорії правочину. На користь такого підходу свідчить й та обставина, що нерідко саме правочин розглядається як найбільш ефективний і поширений за-сіб здійснення принципу приватної автономії, згідно якому люди самі мають регулювати свої взаємини<sup>80</sup>.

Має значення й те, що уявлення про цю категорію сформувалося практично так само давно, як і поняття контракту. Ще римські юристи використовували термін «negotium», близький за значенням до сучасного поняття «правочин», розуміючи його або як ведення судової справи, або як оплатний правочин, або як торгівельну угоду, або як ведення справ іншої особи (negotiorum gestio). У XVIII ст. у юридичний побут було запроваджене поняття «actus juridicus» (юридичні дії), котре збереглося до XX ст. у французькій юридичній термінології<sup>81</sup> і за своїми характеристиками є близьким до сучасного «правочин».

Слід зазначити, що термін «правочин» є відносно новим для вітчизняного законодавства, в якому протягом XX ст. традиційно вживалося позначення «угоди». Не викликає сумнівів, що термін «правочин» є більш вдалим ніж «угода», оскільки ним охоплюються також односторонні дії (волевиявлення) суб'єкта, а не лише домовленості з іншими учасниками цивільних відносин. Виходячи з лінгвістичного та системного тлумачення терміну «правочин» можна зробити висновок, що його можна розуміти як джерело, чинник, що створює можливості робити щось, користуватися чимось, поводитися певним чином.

Визначення правочину містить ст. 202 ЦК України, яка передбачає, що правочином є дія особи, спрямована на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. Звідси випливають такі ознаки правочину, як те, що він є: 1) вольовим актом; 2) діями суб'єкта цивільних відносин; 3) правомірною вольовою дією

---

<sup>80</sup> Чантурия Л. Л. Введение в общую часть гражданского права (сравнительное исследование с учетом некоторых особенностей постсоветского права) / Л. Л. Чантурия. — Москва: Статут, 2006. — С. 231.

<sup>81</sup> Агарков М. М. Избранные труды по гражданскому праву. В 2 т. Т. II / М. М. Агарков. — Москва: АО «ЦентрИнфоР», 2002. — С. 333.

(діями); 4) волевиявленням, спрямованим на встановлення, зміну, припинення тощо цивільних прав і обов'язків; 5) моральним. При цьому вимога «моральності» правочину означає його відповідність сприйнятим суспільством ідеалам добра і зла, справедливості тощо. Так, відповідно п. 1 § 138 НЦК правочин, який порушує публічний порядок, є нікчемним<sup>82</sup>. Відповідно до ст. 40 ЦК Нідерландів правочин, який за змістом або метою суперечить моральності чи суспільному порядку, є нікчемним<sup>83</sup>. Отже, правомірність і моральність правочину є комплексними поняттями і його ознаками. Тому і в ЦК України закріплено вимогу відповідності змісту правочину моральним засадам суспільства.

При з'ясуванні нормотворчого потенціалу правочину важливе значення має виявлення його «адресатів» — тих учасників цивільних відносин, у яких завдяки йому можуть виникати цивільні права та обов'язки.

Оскільки у ст. 202 ЦК України коло адресатів «вчинення» права (правил певної поведінки) не обмежене, то ними може бути як сам суб'єкт правочину (волевиявлення), так і інші особи, для яких це волевиявлення є джерелом виникнення цивільних прав та обов'язків.

Ознаки правочину, котрі мають важливе значення для характеристики його, як форми цивільного законодавства: 1) правочини є вольовими актами, спрямованими на досягнення певного правового результату, воля його учасників має бути виражена зовні; 2) вони є результатом єдності волі та волевиявлення<sup>84</sup>. Волевиявлення є суттю правочину, без нього немає самого правочину. Припускається, що суб'єкти приватного права діють розумно, добросовісно, вільно. Отже, можна говорити про презумпції збігу волі та волевиявлення.

Правочини це завжди дії суб'єкта цивільних відносин. Якщо акти цивільного законодавства та акти управління тощо видають суб'єкти публічного права, реалізуючи у межах їхньої компетенції покладені на них владні функції, то правочин є актом реалізації приватною особою її природного права свободи.

Для правочину властиве висування до нього вимог, дотримання котрих є умовою його дійсності. Зокрема, це вимоги щодо: 1) зміс-

---

<sup>82</sup> *Гражданское уложение* Германии. — Deutsches Burgererliches Gesetzbuch min Einfuhrungsgesetz : Ввод. закон к Гражд. Уложению : [пер. с нем.] / науч. ред.: А. Л. Маковский [и др.]. — [2-е изд., доп]. — Москва : Волтерс Клувер, 2006. — С. 27.

<sup>83</sup> *Шестакова Н. Д.* Недействительность сделок / Н. Д. Шестакова. — [2-е изд., испр. и доп.]. — Санкт-Петербург : Юрид. центр Пресс, 2008. — С. 30.

<sup>84</sup> *Ойгензихт В. А.* Воля и волеизъявление. (Очерки теории, философии и психологии права) / В. А. Ойгензихт. — Душанбе : Дониш, 1983. — 256 с.

ту правочину; 2) наявності правочиностатності суб'єктів пр вочину; 3) відповідності волевиявлення внутрішній волі суб'єкта (суб'єктів) правочину; 4) форми правочину; 5) реальності правочину; 6) дотримання спеціальних умов, встановлених законом для даного виду правочину.

Отже розглянемо їх детальніше.

Як зазначалося, зміст правочину не може суперечити актам цивільного законодавства та моральним засадам суспільства (ч. 1 ст. 203 ЦК України), тобто, фізичні та юридичні особи повинні враховувати вимоги щодо здійснення цивільних прав, встановлених у ст. 12, 13 ЦК України та інших актах цивільного законодавства.

Не заперечуючи доцільності встановлення такого положення у ЦК України, маємо зазначити, що воно є справедливим щодо так званих «легітарних» правочинів (такі, що мають основою приписи закону), але не стосуються правочинів «волюнтарних» (такі, що не передбачені законом, але укладаються особами у результаті їхнього вільного волевиявлення).

Крім того, згадане правило ч. 1 ст. 203 ЦК України, очевидно, стосується, передусім, випадків розгляду правочинів як індивідуальних правових актів — підстав виникнення цивільних прав і обов'язав в індивідуальних правовідносинах. Разом із тим, застосування зазначеного положення як універсального, стосовно усіх випадків розуміння категорії правочину суперечить ч. 3 ст. 6 ЦК, згідно якій сторони в договорі можуть відступити від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд, крім випадків, встановлених у законі. Отже, щодо такого виду правочинів як договори прямо передбачено, що вони можуть суперечити положенням закону. Але немає підстав для встановлення законом додаткових обмежень стосовно односторонніх правочинів, котрі можуть виступати як форма цивільного законодавства. У зв'язку з цим варто зауважити, що, очевидно, у ст. 6 ЦК має йтися не про співвідношення актів цивільного законодавства і договору, а про співвідношення актів цивільного законодавства і правочинів, що виглядає виправданим із методологічної, і з практичної точок зору.

Важливим аспектом характеристики правочину як форми цивільного законодавства є презумпція його правомірності, яка полягає у припущенні, що особа, вчиняючи правочин, діє відповідно до принципів приватного права та засад цивільного законодавства України. Як зазначено у ст. 204 ЦК України, правочин є правомірним, якщо його недійсність прямо не встановлена законом, або якщо він не визнаний судом недійсним.

Оцінюючи обґрунтованість визнання правочинів формами цивільного законодавства, слід згадати, що у залежності від підста-

ви (мети) правочинів останні поділяються на абстрактні та каузальні. Правочини, в яких визначено підстави їхнього вчинення, називаються каузальними. До них належить більша частина цивільно-правових договорів (купівля-продаж, доручення, зберігання тощо). Абстрактними вважаються правочини, у яких не визначені підстави їхнього здійснення. Розрізнення каузальних та абстрактних правочинів має те значення, що останні є близькими до поняття форми цивільного законодавства у класичному розумінні, як чинника встановлення правил поведінки, адресованих до невизначеного наперед кола осіб.

Важливою є також диференціація правочинів у залежності від числа сторін, що беруть участь у правочині.

За названим критерієм їх поділяють на односторонні, двосторонні і багатосторонні. Саме така класифікація запропонована, як визначальна, у ст. 202 ЦК України. Одностороннім правочином визнається дія (волевиявлення) однієї сторони, спрямована на встановлення, зміну, припинення тощо цивільних прав і обов'язків (видача довіреності, складання заповіту). Односторонній правочин, як правило, може створювати обов'язки лише для того, хто його вчинив. Проте *у випадках, встановлених законом, або за домовленістю з іншими суб'єктами односторонній правочин може створювати обов'язки також для інших суб'єктів*. Очевидно, у такому випадку може йтися про правочин як про форму цивільного законодавства.

Двосторонній правочин — це погоджені волевиявлення двох сторін, спрямована на встановлення, зміну, припинення тощо цивільних правовідносин. Двосторонні правочини суть договори, для яких характерне узгоджене волевиявлення двох або більше сторін.

Договори піддаються різноманітним класифікаціям, підстави котрих відповідно до концепції ЦК України можуть бути об'єднані у три групи.

Перша група — це ті види договорів, які прямо вказані у законі або безпосередньо впливають з положень актів цивільного законодавства. У переважній більшості такі договори, якщо і можуть бути визнані формами цивільного законодавства, то із суттєвими застереженнями, оскільки у низці випадків це суперечить їхній сутності, визначеній законодавцем шляхом виставлення «рамкових характеристик» для договорів певного виду, що знижує запас «нормативної пасіонарності» таких договорів.

Друга група — це види договорів, що прямо не вказані у законі, але доцільність розрізнення яких впливає з положень актів цивільного законодавства. Належність до певного виду договорів у цьому випадку зумовлює необхідність дотримання лише певних

вимог до договору. Скажімо, імперативна вимога дотримання форми договору може не супроводжуватися імперативними вимогами щодо змісту останнього.

Третя група — це ті види договорів, які не передбачені законом і безпосередньо не впливають з положень актів цивільного законодавства, але є поширеними у класифікаціях, що пропонуються в юридичній літературі. Це, наприклад, поділ договорів на: 1) реальні та консенсуальні договори; 2) абстрактні та каузальні договори; 3) майнові та організаційні договори; 4) договори різного цільового призначення; 5) типові та нетипові договори. З погляду визначення запасу «нормативної пасіонарності» договорів (правочинів) такий підхід є найбільш перспективним, оскільки спрямований на визначення лише загальних вимог до договорів, незалежно від «нормативності» чи «індивідуальності» останніх.

### **1.8. Судова практика. Судовий прецедент**

Чинне цивільне законодавство України, виходячи з особливостей цивільних відносин, які воно регламентує, не здатне охопити все різноманіття життєвих ситуацій, які можуть виникати в цивільному обігу між суб'єктами цивільних відносин. Постійне збільшення кола цивільних відносин, яке стимулюється постійним розвитком науки та техніки, реалізацією принципу свободи договору в цивільному обігу, недосконалість цивільного законодавства та розповсюдження юрисдикції суду на всі правовідносини, які виникають в державі, об'єктивно обумовлюють зростання ролі суду в вирішенні спорів між суб'єктами цивільних відносин. Оскільки суду забороняється відмовляти у розгляді справи з мотивів відсутності, неповноти, нечіткості, суперечливості законодавства, яке регулює спірні відносини, суддя зобов'язаний вирішити спір, використовуючи аналогію закону та/або ґрунтуючись на загальних принципах цивільного законодавства, та/або загальних принципах права.

Переорієнтування України на загальновизнані мирові цінності та європейські стандарти призвело до ратифікації в 1997 р. протоколів до Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, в тому числі протоколу № 11. З цього моменту юрисдикція Європейського суду з прав людини стала розповсюджувати на державу Україну, а його рішення стали обов'язковими для виконання на її території України відповідно до ст. 46 Європейської конвенції. Прийняття закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23 лютого 2006 р. мало на меті регулювання відносин, що вини-

кають у зв'язку з обов'язком держави виконати рішення Європейського суду з прав людини у справах проти України; усунення причин порушення Україною Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод і протоколів до неї; впровадженням в українське судочинство та адміністративну практику європейських стандартів прав людини; створенням передумов для зменшення числа заяв до Європейського суду з прав людини проти України.

При розгляді конкретної справи суд, поряд з встановленням обставин, що мають значення для справи, визначає які закони та підзаконні нормативні акти підлягають застосуванню у відповідності до яких і приймається судовий акт (ст. 8 Цивільного процесуального кодексу України). В цю усталену схему вноситься певний «дисбаланс» коли йдеться про застосування інших джерел, природа яких безпосередньо відбивається на механізмі їх застосування, наприклад загальні засади (принципи) законодавства, правоположення сформульовані Верховним Судом України, Європейським судом з прав людини. Наприклад, після проголошення Україною незалежності, одним з факторів, що послугував поштовхом для перегляду системи джерел цивільного права, стало намагання побудувати сучасну європейську демократичну державу, в якій відроджені приватноправові відносини, порівняно з радянським періодом, регулювались би з принципово інших позицій. Перенесення законодавчого акценту з державних інтересів на інтереси людини, перегляд цивільно-правової доктрини в регулюванні приватно-правових відносин об'єктивно обумовив зміни в законодавчому підході до системи джерел цивільного права України. Між тим, якщо проаналізувати українську судову практику, то застосування Європейської конвенції з прав людини відбувається не скільки шляхом посилання на відповідні статті конвенції, скільки на раніше прийняті рішення Європейським судом з прав людини, або навпаки на загальновідомі принципи без посилання на конкретні рішення (наприклад, «розумні строки»). Обидва варіанта не в повній мірі враховують регуляторне значення постанов цієї установи. Фактично йдеться про судовий прецедент, механізм застосування якого в українському законодавстві відсутній. Відповідно принципового значення набуває не тільки визначення місця рішень Європейського суду з прав людини в системі джерел цивільного права України, але й відпрацювання механізмів їхнього застосування при вирішенні цивільно-правових спорів, особливо в контексті чинної цивільно-процесуальної форми.

Втім, і при розгляді цивільних справ, коли не вимагається застосування аналогії закону або аналогії права, суддя в підсумковому документі (рішенні або ухвалі) поряд з наданою правовою

кваліфікацією виражає своє відношення до правової проблеми, яка виникла у сторін спору. Вказане визначає роль та значення судової практики для розвитку цивільного права. Як правило йдеться про встановлення прогалин та/або колізій в законодавчому регулюванні цивільних відносин, та відповідних способів їхнього вирішення/усунення, які були вироблені в судовій практиці під час вирішення цивільних спорів, що виникали з цих відносин. В якості прикладів значення судової практики як регулятора цивільних відносин щодо яких було відсутнє законодавче рішення можна навести судову практику розгляду спорів з відносин, що виникають внаслідок рятування здоров'я та життя фізичної особи, майна юридичної особи, а також умов припинення права на частку у спільному майні за вимогою інших співвласників, здобутки яких знайшли своє закріплення в главі 80 ЦК України та ст. 365 ЦК України, а судова практика розгляду цих спорів формувалась ще з радянських часів.

При цьому слід розрізняти *судовий прецедент* як елемент судової практики, тобто рішення суду за конкретною справою, яке може прийматися за взірць при рішенні аналогічних справ і *судову практику* як результат багаторазового, уніфікованого застосування судами закону при вирішенні певної категорії справ.

Власно *судові прецеденти* слід поділити на два види: прецедент тлумачення норми закону і його застосування і прецедент правостворення і його застосування. Прецедент тлумачення норми закону і його застосування є елементом судової практики, яка тільки формується, та як правило створюється судом вищої судової інстанції. Прецедент правостворення та правозастосування передбачає усунення прогалини в нормативному та/або договірному регулюванні цивільних відносин та її подолання судом на підставі створеного ним правила, яке отримує об'єктивний вираз в процесуальному рішенні по справі.

Вважаємо, що практика, коли суди за певних умов здатні заповнювати прогалини законодавства та усувати колізії в законодавчому регулюванні за допомогою судової практики, є нормальною і легітимною. Оскільки судова практика не закріплена в якості джерела цивільного права в позитивному законодавстві, традиційний на сьогодні підхід в науці не розглядає її в якості джерела цивільного права України. Разом з тим, згідно зі ст. 360-7 ЦПК України, ст. 244-2 КАС України, ст. 111-28 ГПК України, рішення Верховного Суду України, прийняте за наслідками розгляду заяви про перегляд судового рішення з мотивів неоднакового застосування судом (судами) касаційної інстанції одних і тих самих норм матеріального права у подібних правовідносинах, є обов'язковим для всіх суб'єктів владних повноважень, які застосовують у своїй діяль-



ності нормативно-правовий акт, що містить зазначену норму права, та для всіх судів України. Суди зобов'язані привести свою судову практику у відповідність із рішенням Верховного Суду України.

Окремо слід враховувати багатозначність терміну «судова практика», під яким може розумітися багаторазове, уніфіковане вирішення судами однієї і тієї ж категорії справ, або сукупність принципів рішень вищих судових інстанцій по питанням правозастосування.

Незважаючи на те, що український законодавець використовує термін «судова практика» в окремих нормативних актах, визначення цього терміну відсутнє. Слід також зауважити, що фактично з судовою практикою, а точніше її неоднорідністю законодавець пов'язує можливість перегляду Верховним судом України рішень Вищих спеціалізованих судів України (ст. 355 ЦПК України, ст. 237 КАС України, ст. 111-16 ГПК України), запроваджуючи механізм попередньої оцінки прийнятих рішень з точки зору їх однорідності на рівні Вищого спеціалізованого суду України (ст. ст. 358–360 ЦПК України, ст. ст. 239-1–240 КАС України, ст. 111-20 ГПК України). При цьому законодавець вказує на «неоднакове застосування судом (судами) касаційної інстанції одних і тих самих норм матеріального права у подібних правовідносинах». Таким чином судова практика опосередковано визначається законодавцем, як застосування судом одних і тих самих норм у подібних правовідносинах при вирішенні судових спорів. За умови однаковості застосування судами одних і тих самих норм у подібних правовідносинах формується судова практика у власному її значенні.

Під час її формування створюються правоположення, які як зразки тлумачення та застосування або зразки нового правила та його застосування, можуть з часом набувати форми норм законодавства, а до цього часу набувають форму постанов вищих судових інстанцій, в тому числі через шлях від окремого рішення (приватного правила) до узагальненого висновку (процесуального рішення або роз'яснення вищих судових інстанцій).

Аналіз правозастосовної практики свідчить про необхідність більш детального дослідження та запровадження окремих елементів концепції застосування класичного прецеденту з його головним принципом *stare decisis*, («дотримуватися раніше прийнятого»). При цьому необхідно враховувати традиційний підхід для правозастосування, який в Україні слід визнати як постпозитивістський, та який полягає з одного боку в регламентації діяльності всіх державних інституцій, зокрема суду процедурними актами (процесуальною формою), яка здійснюється на засадах законності, тобто відбувається «законозастосування». В той самий час до вказаного

усталеного процесу висуваються вимоги як до діяльності, яка побудована на зовсім інших засадах — «правозастосуванні» та принципі верховенства права. Так само застосування рішень Європейського суду з прав людини передбачає наявність у правозастосувача навичок щодо виділення *ratio decidendi* — правоположення, яке може бути застосовано судом як норма, що має силу закону з врахуванням чинного правозастосовчого механізму. При цьому слід звернути увагу на те, що застосування таких правоположень або правил-принципів може мати місце в тих випадках, коли відсутня норма закону, яка регламентує спірні правовідносини, або коли її формальне застосування призводить до порушень загальних засад цивільного законодавства України.

### **1.9. Принципи DCFR: сутність та значення для гармонізації цивільного законодавства України з правом ЄС**

Після підписання угоди про асоціацію з ЄС Україна має підтвердити свою приналежність до Європи, визнання та прийняття європейських цінностей, інституцій та концептів, одним з найважливіших поміж яких є приватне право. Відтак актуалізується проблема адаптації українського права до європейського.

Розглядаючи Європейське право як систему юридичних норм, що сформувалися у зв'язку з утворенням і функціонуванням Європейських Співтовариств і Європейського Союзу, застосовуваних у межах їхньої юрисдикції на основі й у відповідності з установчими договорами і загальними принципами права<sup>85</sup>, звернемо увагу на завершальну частину цього визначенні, де йдеться про *загальні принципи права*, відповідно до яких (поряд з установчими договорами) діють і застосовуються норми Європейського права. Стаття F (н. н. ст. 6) Договору 1992 р. передбачає, що «Союз поважає основні права особистості, як вони гарантовані Європейською конвенцією захисту прав людини й основних свобод і як вони впливають із загальних конституційних традицій держав-членів, у якості загальних принципів права Співтовариства». Отже маємо враховувати, що в основу загальних принципів права ЄС покладений пріоритет прав особистості, який закріплений у Європейській конвенції, і до того ж впливає з конституційних традицій європейських держав. Ці ж засади визначають подальший розвиток національного права держав — членів Європейських Співтовариств.

<sup>85</sup> *Європейське право* : учеб. для вузов / Л. М. Энтин, А. А. Наку, С. В. Водолагин [и др.] ; Моск. гос. ин-т МО (ун-т) МИД РФ, Ин-т европейского права. — Москва : НОРМА-ИНФРА, 2001. — С. 43.

Із врахуванням зазначеного можна погодитися з розумінням європейського права у нормативному значенні як системи принципів, юридичних норм, що формуються у зв'язку з утворенням і функціонуванням Європейських Співтовариств і Європейського Союзу на основі та відповідно до установчих договорів і загальних принципів права.

Але, терміном «європейське право» доцільно позначати лише власне «європейське право», тобто, сформоване вербально уявлення, раціональне та емоційне сприйняття людиною права як частини світу (у цьому разі — європейської цивілізації), в якому існує ця людина, відчуваючи себе її часткою.

Натомість, терміном «право Європейського Союзу» позначаємо сукупність правових норм, правил та інших юридичних засобів (дискусії в Європейському Парламенті щодо законодавства Співтовариства тощо), за допомогою яких регулюються процеси європейської інтеграції та діяльності Євросоюзу. Підґрунтям такого визначення європейського права, має бути врахування сутності права як єдиного європейського концепту, що зумовлено вже самою ідеєю Європейської єдності. Ще більшою мірою це стосується концепту приватного права, котрий має підґрунтям європейські цивілізаційні цінності і виступає їхнім втіленням у європейській правосвідомості.

У свою чергу, розуміння «Європейського права», як концепту, означає, що його слід розглядати у цьому сенсі не як сукупність юридичних норм, створених у зв'язку з утворенням Європейських Співтовариств і Європейського Союзу, але, як систему визначальних гуманітарних цінностей, що ґрунтуються на правосвідомості учасників відносин у приватній сфері і забезпечуються, передусім, нею. Саме такий підхід знаходить відображення і у сучасному баченні сутності права, а надто, концепту приватного права в європейській цивілізації, де акцент робиться на визначенні засад взаємин учасників процесу європейської інтеграції.

Розуміючи Європейське право як систему принципів та юридичних норм, що сформувалися у зв'язку з утворенням і функціонуванням Європейських Співтовариств і Європейського Союзу, на основі та відповідно до установчих договорів і загальних принципів права, ще раз наголосимо, що в основу останніх в ЄС покладений пріоритет прав особистості, закріплений у Європейській конвенції, котра враховує конституційні традиції європейських держав. Ці ж традиції визначають подальший розвиток національного права держав — членів Європейських Співтовариств.

Зміни, що відбуваються у цій галузі, знайшли відображення у підходах до створення європейськими правознавцями «Принципів, Дефініцій і Модельних Правил Європейського приватного

права» — наукового «Проекту загальної довідкової схеми» — Draft Common Frame of Reference (DCFR)<sup>86</sup>, за допомогою якого планується вирішити низку важливих методологічно питань.

Щоб оцінити значення DCFR, спочатку маємо з'ясувати сутність цього Проекту.

Передусім, варто звернути увагу на те, що головним у ідеї DCFR є відмова від прямого (позитивного) регулювання відносин у приватноправовій сфері. Тому не йдеться про Цивільний кодекс Європи чи про створення аналогічного законодавчого акту, який регулював би відносини у цій галузі. І, хоча одна з груп розробників DCFR, іменується «The Study Group on a European Civil Code» (Група по вивченню Європейського цивільного кодексу), але інша — називається «The Research Group on EC Private Law» (Група дослідження приватного права ЄС).

При цьому важливою є й та обставина, що результат праці груп має також довгу, промовисту назву: Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law — «Принципи, дефініції та модельні правила приватного права ЄС», де на першому місці поставлено «Принципи», а решта тексту є визначенням понять і зразками правових рішень стосовно регулювання відносин у галузі приватного права.

Таким чином, йдеться не про створення акту законодавства. Натомість, на меті малося проведення дослідження порівняльно-правового характеру. І це підтверджують автори DCFR — К. фон Бар, Е. Клів та П. Варул, котрі відзначають, що DCFR має сприяти вивченню і розумінню приватного права у країнах — членах ЄС. Зокрема, метою було показати, наскільки схожими одне на одне є національні системи приватного права, які можна розглядати у якості регіонального прояву загальної європейської спадщини. Завданням DCFR є наочно довести факт існування європейського приватного права (фактично йдеться про «концепт європейського приватного права»), згадавши про відносно незначну кількість випадків, у яких різні правопорядки дають різні відповіді на загальні питання. Таким чином DCFR розглядається як проект, що може надати ідеям європейського приватного права нове підґрунтя, що підвищує взаєморозуміння і сприяє колективному обговоренню проблем приватного права у Європі<sup>87</sup>.

<sup>86</sup> *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of reference (DCFR). Full Edition. Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group) / ed. by Christian von Bar and Eric Clive. — Munich, 2009. — Vol. I–VI.*

<sup>87</sup> *Предисловие к российскому изданию / Кристиан фон Бар, Эрик Клив, Паул Варул // Модельные правила европейского частного права: пер. с англ. / науч. ред. Н. Ю. Рассказова. — Москва: Статут, 2013. — С. 17–18.*

При такій концепції DCFR у тріаді «Принципи, дефініції, модельні правила приватного права ЄС» чільне місце, природно, посідають «принципи приватного права ЄС».

Оцінюючи цю категорію під кутом зору проблематики нашого дослідження, маємо відзначити деякі розбіжності її розуміння у вітчизняній цивілістиці та використання терміну «принципи» у тексті DCFR.

У вітчизняній юриспруденції у найбільш загальному вигляді принципи права характеризують як керівні засади (ідеї), що визначають зміст і спрямованість правового регулювання суспільних відносин. Значення принципів права полягає у тому, що вони в стислому вигляді концентровано відображають найсуттєвіші риси права, є його квінтесенцією, «обличчям»<sup>88</sup>.

Серед загальних принципів об'єктивного права називають: принцип загальнообов'язковості норм об'єктивного права для всіх соціальних суб'єктів; принцип несуперечності норм об'єктивного права, що є складовою частиною правової системи, і пріоритетності закону щодо інших нормативно-правових актів; принцип поділу правової системи на загально соціальне і юридичне право і диференціації останнього на публічне і приватне, матеріальне і процесуальне, регулятивне і охоронне, об'єктивне і суб'єктивне права; принцип відповідності між об'єктивним і суб'єктивним правом, між нормами права і правовими відносинами, між правом і процесом його здійснення; принцип загальної формально-правової рівності суб'єктів права і водночас їх певної диференціації; принцип справедливості, який в об'єктивному праві дістає вияв у рівному масштабі оцінки поведінки і у відповідності юридичної відповідальності скоєному правопорушенню та ін.<sup>89</sup>

Теоретики права зазначають, що галузі та інститути приватного права побудовані на принципах: 1) автономії (це означає, що суб'єкти вільно здійснюють свої права; не допускається втручання в їх справи або ж протидія їм); 2) добровільності (суб'єкт сам несе відповідальність за виконання своїх обов'язків, відповідає за ними своїм майном, грошима тощо); 3) юридичної рівності (виражається у вільному волевиявленні і його оцінці, що дорівнює іншим); 4) диспозитивності; 5) координації; 6) загального дозволу; 7) правового захисту приватного інтересу та ін.<sup>90</sup>

<sup>88</sup> *Юридична енциклопедія*. В 6 т. Т. 5 / редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) [та ін.]. — Київ: Укр. енцикл., 2003. — С. 128.

<sup>89</sup> *Колодій А. М.* Принципи права України: монографія / А. М. Колодій. — Київ: Юрінком Інтер, 1998. — С. 96–107.

<sup>90</sup> Там само. — С. 176.

Разом із тим, у ст. 3 ЦК України йдеться про «Загальні засади цивільного законодавства», до яких належать: 1) неприпустимість свавільного втручання у сферу особистого життя людини; 2) неприпустимість позбавлення права власності, крім випадків, встановлених законом; 3) свобода договору; 4) свобода підприємницької діяльності, яка не заборонена законом; 5) судовий захист цивільного права та інтересу; 6) справедливість, добросовісність та розумність. При цьому, судячи з формулювань, ст. 3 ЦК України, наведений у ній перелік загальних засад цивільного законодавства, є вичерпним.

Порівняння принципів приватного права, які згадуються у вітчизняній літературі, і принципів (засад) цивільного законодавства, названих у ст. 3 ЦК України, дозволяє зробити висновок, що спільними можна вважати лише два принципи: принцип автономії (котрий з певними застереженнями може бути прирівняний до принципу неприпустимості свавільного втручання у сферу особистого життя людини) і принцип правового (у п. 5 частини 1 ст. 3 ЦК України уточнюється — «судового») захисту приватного інтересу.

Розбіжності у визначенні кола та змісту принципів приватного права та засад цивільного законодавства дають підстави для висновку, що у вітчизняній юриспруденції визнається нетотожність понять «принципи приватного права», «принципи цивільного права» та «засади цивільного законодавства». Принципи цивільного права ґрунтуються на принципах приватного права, але не співпадають з ними повністю, оскільки у цивільному праві, на відміну від права приватного, мають місце не лише диспозитивні, але й імперативні елементи (публічні договори, недоговірні зобов'язання, спадкування тощо). Разом із тим, можна виокремлювати, як це зроблено у ЦК України, «принципи (засади) цивільного законодавства». Останні частково співпадають з принципами цивільного права, а частково ні.

На відміну від українських правознавців, автори проекту DCFR акцентують увагу не на визначенні поняття принципів права, встановлених їхнього кола тощо, а починають із застереження щодо можливості різного використання терміну «принципи». Зокрема, зазначається, що у цьому контексті він використовується як синонім виразу «норми, що не мають юридичної сили закону». З такого погляду можна сказати, що DCFR складається з принципів та визначень. Він дуже близький за своєю природою до інших документів, щодо яких використовується термін «принципи». Разом із тим, терміном «принципи» можна описати ті норми, що мають більш загальну юридичну природу, такі як свобода договору чи доб-

росовісність. З цієї точки зору модельні норми DCFR включають у себе принципи<sup>91</sup>.

Варто звернути також увагу на розрізнення у DCFR принципів базових та пріоритетних, оскільки саме за допомогою такої диференціації фактично провадиться акцентування уваги на головних напрямках формування концепту приватного права.

Як впливає з тексту DCFR та коментарів його авторів, «базовими» вважаються такі принципи, що мають забезпечити досягнення найбільш загальних цілей DCFR. У якості таких пропонуються принципи свободи, безпеки, справедливості та ефективності (з припущенням, що ними охоплюється також принципи договірної лояльності, співробітництва тощо).

Визначення «пріоритетних принципів» DCFR не містить. Можливо, тому, що йдеться про терміно-поняття, котре саме вже є і визначенням, а характеристикою його слугує перелік таких принципів. З таких методологічних позиції до категорії пріоритетних принципів найбільшого політичного значення віднесені захист прав людини, підтримка солідарності й соціальної відповідальності, збереження культурної та мовної різноманітності, захист і поліпшення добробуту, розвиток внутрішнього ринку<sup>92</sup>.

Тут варто звернути увагу на те, що, згідно з позицією авторів DCFR, висловленою далі, свобода, безпека, справедливість та ефективність, виконуючи подвійну роль, також виступають у якості пріоритетних принципів. Тоді виходить, що принципи поділяються не на базові та пріоритетні, а на «пріоритетні базові» та «пріоритетні не базові (звичайні)». Такий підхід здається надто ускладненим і пояснюється, як на нашу думку, тим, що «базові» принципи стосуються договірної сфери і тут вони є пріоритетними, а «пріоритетні звичайні» принципи мають загальний характер, стосуючись різних аспектів буття європейського громадянського суспільства.

«Пріоритетним з пріоритетних» можна вважати принцип захисту прав людини, якому присвячується ст. I.-1:102(2) DCFR. Згідно з цим принципом модельні норми мають тлумачитися у контексті будь-яких застосовних засобів, котрі гарантують права та фундаментальні свободи людини. Цей пріоритетний принцип відображений також і у змісті окремих модельних норм, особливо у нормах про заборону дискримінації, про недоговірну відповідальність тощо.

Методологічно важливим є надання пріоритетності принципу підтримки солідарності й соціальної відповідальності, котрий,

---

<sup>91</sup> *Предисловие* к российскому изданию / Кристиан фон Бар, Эрик Клив, Паул Варул // *Модельные правила европейского частного права* : пер. с англ. / науч. ред. Н. Ю. Рассказова. — Москва : Статут, 2013. — С. 19, 21.

<sup>92</sup> Там само. — С. 21.

як слушно зазначають автори Проекту, зазвичай, розглядають як функцію публічного права<sup>93</sup>. Така позиція пояснюється розширювальним тлумаченням принципів лояльності і безпеки договору, що дозволяє залучити у сферу договірної регулювання більш широке коло відносин. Що стосується врахування принципу солідарності у правовідносинах, які виникають внаслідок ведення чужих справ без доручення, то ця ідея була відома в цивілістиці ледь не з часів Стародавнього Риму (хоча із певними застереженнями стосовно неприпустимості втручання в справи іншої особи проти її волі), затим активно обговорювалася з позаминулого століття, а ще пізніше отримала підтримку навіть у тоталітарних суспільствах на кшталт СРСР<sup>94</sup>.

Практично важливим є принцип збереження культурної та мовної різноманітності, котрий є своєрідною відповіддю опонентам євроінтеграції, які страхають втратою національної культурної ідентичності тощо, а також науковцям, котрі розглядають євроінтеграцію з суто прагматичних позицій створення глобальної конкуренції у системі «ЄС проти США»<sup>95</sup>.

У останньому випадку позиція авторів DCFR є більш гнучкою. З одного боку, визнається, що у плюралістичному світі, такому як Європа, очевидно, що збереження культурного та мовного розмаїття є умовою самого існування Співтовариства. Разом із тим, враховується, що там, де людське життя має не тільки культурний, але й суто функціональний зміст, цей принцип може вступати у колізію з принципами солідарності, захисту й поліпшення добробуту, а також розвитку внутрішнього ринку (прикладом чого, слугує, власне, слугує приватне право).

Врахування зазначених колізій зумовило компромісне вирішення цієї проблеми, яке виражається в тому, що поряд із включенням в норми деяких проявів принципу збереження культурної та мовної різноманітності, у ньому відчувається і певне занепокоєння існуванням можливості шкідливого впливу на внутрішній ринок (і, як наслідок, на добробут європейський громадян та підприємців) надмірної різноманітності систем договірної права. У цьому сенсі, мету DCFR його автори вбачають у керівництві для законодавця, завдяки якому сенс європейського законодавства можна зробити

<sup>93</sup> *Предисловие* к российскому изданию / Кристиан фон Бар, Эрик Клив, Паул Варул // *Модельные правила европейского частного права* : пер. с англ. / науч. ред. Н. Ю. Рассказова. — Москва : Статут, 2013. — С. 23.

<sup>94</sup> *Новицкий И. Б.* Солідарность интересов в советском гражданском праве / И. Б. Новицкий. — Москва : Госюриздат, 1951. — 78 с.

<sup>95</sup> *Практика глобализации: игры и правила новой эпохи* / О. В. Братимов, Ю. М. Горский, М. Г. Делягин, А. А. Коваленко. — Москва : ИНФРА-М, 2000. — С. 157–214.



зрозумілим для людей, які отримали юридичну освіту в умовах різних правопорядків<sup>96</sup>.

Згадане занепокоєння пов'язане, передусім, з тим, що принцип захисту та поліпшення добробуту громадян і підприємців і доповнюючий його принцип плавного розвитку внутрішнього ринку розглядається як такі, що охоплюють усі або майже усі інші принципи. Бо, як підкреслюють автори Проекту, з цього випливає кінцева мета і сенс існування DCFR. Якщо DCFR не допоможе поліпшити добробут громадян і підприємців у Європі — нехай опосередковано, нехай незначно, нехай потрохи, — Проект зазнає невдачі<sup>97</sup>.

Оцінюючи в цілому спрямованість і зміст проєкт Draft Common Frame of Reference (DCFR) — Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, особливо Принципи, можна зробити висновок, що їхнє завдання полягає у забезпеченні підґрунтя вдосконалення концепту приватного права відповідно до базових цінностей європейської цивілізації. Враховуючи завдання гармонізації національного законодавства з правом ЄС, саме таким імперативом має керуватися й наша держава, визначаючи напрямки та характер розвитку українського цивільного законодавства.

#### **1.10. Принцип справедливості, добросовісності, розумності субсидіарного застосування норм законодавства: розуміння у цивільному праві України та Модельних правилах**

Правильність вирішення цивільних спорів забезпечує точне та адекватне застосування норм законодавства, але, як показує практика, існує чимало випадків коли відносини не врегульовані актами законодавства. Оскільки цивільне законодавство не здатне та й не призначене встановлювати норми на всі випадки життя і цивільне право має диспозитивний метод правового регулювання та наділяє суб'єктів на широку свободу дій, то наявність прогалин є явищем достатньо поширеним. Засобом подолання прогалин без внесення змін до цивільного законодавства є субсидіарне застосування норм законодавства. Субсидіарне застосування норм законодавства потрібно розуміти як спосіб законодавчої техніки, який дозволяє розвантажувати законодавство від нераціонального дублювання тождних та аналогічних норм і понять у суміжних галузях права.

---

<sup>96</sup> *Предисловие* к российскому изданию / Кристиан фон Бар, Эрик Клив, Паул Варул // Модельные правила европейского частного права : пер. с англ. / науч. ред. Н. Ю. Рассказова. — Москва : Статут, 2013. — С. 23, 25.

<sup>97</sup> Там само. — С. 23, 25.

Для того, щоб дослідження субсидіарного застосування норм законодавства відповідало вимогам конкретної істини, в його основу повинні бути покладені принципи — такі відправні ідеї його буття, які виражають найважливіші закономірності й підвалини даного типу держави і права, є однопорядковими із сутністю права і складають його головні риси, відрізняються універсальністю, вищою імперативністю і загальнозначимістю, відповідають об'єктивній необхідності побудови і зміцнення певного суспільного ладу.

Питання щодо принципів права є одним з найбільш спірних в юридичній науці, крім того стрімкий розвиток цивільних та суміжних з ним відносин обумовлює зміну джерел права, що використовується для їх врегулювання.

У правовій науці вже були запропоновані принципи аналогії, зокрема С. В. Шмаленя зазначає, що застосування аналогії повинно здійснюватися з дотриманням таких принципів як законність, справедливість, обґрунтованість та доцільність. Вбачається можливим визначення принципів субсидіарного застосування норм законодавства через загальні засади цивільного законодавства. У ст. 3 ЦК України законодавець закріпив загальні засади цивільного законодавства: 1) неприпустимість свавільного втручання у сферу особистого життя людини; 2) неприпустимість позбавлення права власності, крім випадків, встановлених Конституцією України та законом; 3) свобода договору; 4) свобода підприємницької діяльності, яка не заборонена законом; 5) судовий захист цивільного права та інтересу; 6) справедливість, добросовісність та розумність. На підставі зазначених загальних засад цивільного права, можна виділити та почати дослідження принципу справедливості, добросовісності, розумності та ефективності як основоположної засади субсидіарного застосування норм законодавства.

Зазначений принцип виступає через систему оцінних понять, які в цивільному праві завжди використовуються щодо таких об'єктів оцінки, як дія або діяльність («добросовісно», «розумно», «регулярно», «економно», «доцільно» тощо), речі («індивідуального користування», «безгосподарні»).

У різних сферах приватноправової діяльності справедливість має різний зміст. У Рішенні Конституційного Суду України від 2 листопада 2004 р. № 15-рп-2004 у справі № 1-33/2004 у справі за конституційним поданням Верховного суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень ст. 69 КК України (справа про призначення судом більш м'якого покарання) зазначається, що «справедливість — одна з основних засад права — є вирішальною у визначенні права як регулятора суспільних відносин, одним із загальнолюдських вимірів права». У Тимчасо-

вому виданні Модельних правил європейського приватного права (далі — DCFR), яке було опубліковане 2008 р., а у 2009 р. — переглянуто, передбачено застосування принципу справедливості. Варто відмітити, що принципи у редакція DCFR 2009 року були розподілені на дві групи: базові принципи (underlying principles) та важливі принципи (overriding principles). Принцип справедливості відноситься саме до базових. Водночас, розробники DCFR зазначають, що справедливість відіграє роль одного з найважливіших принципів. Таким чином, його роль подвійна. В даному випадку принцип справедливості означає визначення нормою права обсягу, межі здійснення захисту прав і обов'язків адекватно її ставленню до вимог правової норми під час субсидіарного застосування норм законодавства. Також цей принцип виявляється у нормах, які встановлюють рівність сторін, що є характерним для субсидіарного застосування норм законодавства до цивільних та суміжних з ним відносин.

Принцип добросовісності — принцип, який передбачає необхідність сумлінної та чесної поведінки учасників субсидіарного застосування норм законодавства при застосуванні норм цивільного законодавства до суміжних відносин. Принцип добросовісності є основою для багатьох правил, що стосуються реалізації міжнародних приватних договірних зобов'язань. Принцип добросовісності — в основі правил про те, що сума, яка сплачується за невиконання договірних зобов'язань постраждалій стороні може бути зменшена, якщо вона надзвичайно перевищує витрати, понесені в результаті невиконання зобов'язання. Мова йде про так звані «узгоджені суми, які сплачуються за невиконання зобов'язання». Так, відповідно до ст. III.—3:712 DCFR «У випадку, якщо в договорі передбачено, що сторона, яка не виконала зобов'язання, повинна виплатити певну суму постраждалій стороні за таке невиконання, постраждалій стороні виплачується така сума незалежно від фактично понесених втрат». Найчастіше принцип добросовісності «освоюється» суддями у нормах цивільного законодавства щодо договірних зобов'язань. Зокрема, визначальним є той факт, що посилення на принцип добросовісності було використане в Рішенні Конституційного Суду України від 1 грудня 2004 р. № 18-рп/2004 у справі № 1-10/2004 у справі «про охоронюваний законом інтерес».

Розумність — це зважене вирішення питань субсидіарного застосування норм цивільного законодавства до суміжних з ним відносин з урахуванням інтересів усіх учасників. Розумність виявляється у прагненні органу правозастосування забезпечити адекватність субсидіарного застосування норм законодавства для утвердження справедливості, коли зазначена адекватність досягається через ура-

хування усіх істотних обставин справи. Окреслений підхід загалом узгоджується з визначенням розумності, наведеним у ст. I–1:104 DCFR. Згідно з положеннями цієї статті розумним є те, що може бути об'єктивно встановлено з огляду на суть і мету того, що має бути зроблено відповідно до обставин даної справи та належних звичаїв і практики. Правозастосовна практика субсидіарного застосування норм цивільного законодавства до природоресурсних відносин пов'язує застосування принципу розумності при прийнятті рішення про зменшення розміру відшкодування заподіяної шкоди, виходячи з матеріального стану фізичної особи — заподіювача шкоди (ч. 4 ст. 1193 ЦК України). Дотримання засади розумності в змозі забезпечити справедливе вирішення цивільних справ навіть за відсутності прямих вказівок законодавця на можливість субсидіарного застосування норм законодавства.

Принцип ефективності проявляється в тому, що суб'єкти пра- ва прагнуть забезпечити чи захистити свої права та інтереси шля- хом субсидіарного застосування норм законодавства при залученні цивільного законодавства до суміжних відносин з умовою досяг- нення певного максимального результату. Принцип ефективності є також базовим принципом DCFR, як і принцип справедливості, котрий розглядається у двох площинах: ефективність для сторін правовідношення та ефективність для суспільства. Ефективність для сторін забезпечується, окремо, встановленням мінімальних формальних та процедурних обмежень.

Принцип справедливості, добросовісності, розумності та ефек- тивності має поставати як визначальний чинник побудови всього механізму субсидіарного застосування норм законодавства. А тому міркування щодо справедливості, добросовісності, розумності та ефективності мають відігравати вирішальну роль при встановленні сфери субсидіарного застосування норм законодавства для захисту цивільних прав та інтересів в суміжних відносинах.

У даному дослідженні порушені лише деякі проблемні питання принципу справедливості, добросовісності, розумності та ефекти- вності субсидіарного застосування норм законодавства, деякі еле- менти якого знайшли своє відображення в модельних правилах ЄС. Даний принцип потребує подальших досліджень, оскільки категорія «засади/принципи» є найважливішим засобом створення теорії та практики субсидіарного застосування норм законодавства. Також викладене дає підстави для висновку про доцільність певно- го запозичення міжнародного досвіду застосування засад справед- ливості, добросовісності, розумності й ефективності при субсидіар- ному застосуванні норм законодавства до цивільних та суміжних з ним відносин.

## ЛЮДИНА ЯК СУБ'ЄКТ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВ

### 2.1. Людина і громадянське суспільство, фізична особа і приватне право: питання кореляції

З'ясування місця людини у системі соціальних зв'язків, що опосередковуються приватним правом, варто почати зі згадки про кілька правових аксіом: «Приватне право неможливе без громадянського суспільства», «Громадянське суспільство неможливе без суверенітету людини (приватної особи), права якої визнаються і захищаються», «Громадянське суспільство неможливе без приватного права».

Враховуючи останню з названих аксіом, маємо згадати, що у контексті євроінтеграційних зусиль України загострюється проблема виконання нею внутрішніх та зовнішніх зобов'язань щодо створення сприятливого правового середовища для розвитку громадянського суспільства. Зазначена проблема має свою, вже досить тривалу історію

Так, ще у 2012 р. у аналітичній доповіді Національного інституту стратегічних досліджень зверталось увагу на те, що за даними дослідження Індекс сталості неурядових організацій Агентства США з міжнародного розвитку, оцінка правового середовища для розвитку громадянського суспільства є найслабшою порівняно з іншими показниками розвитку третього сектору України. Ця оцінка Україні є незмінно низькою із 2004 р., значно відстає від аналогічних оцінок для усіх нових членів ЄС та є єдиним показником, за яким Україна не є лідером серед країн СНД. У цьому Україні відстає від Грузії, а також Македонії, Боснії та загалом від середнього показника стану *законодавчого середовища* для громадянського суспільства у країнах колишньої Югославії, Болгарії, Румунії (останні Україна випереджає за загальним середнім показником). Процеси трансформації громадянського суспільства на шляху утвердження демократії потребують удосконалення політики сприяння його розвитку. Є необхідність у повноцінному законодавчому забезпеченні

суспільних відносин у цій сфері та модернізації чинного національного законодавства<sup>98</sup>.

Хоча вітчизняна правова наука не залишає поза увагою відповідну проблематику<sup>99</sup>, низка важливих питань у приватноправовій сфері залишаються невирішеною. Характерним у цьому сенсі є та обставина, що у згаданій аналітичній доповіді Національного інституту стратегічних досліджень, йдеться про взаємодію інституцій громадянського суспільства з органами державної влади, про розвиток місцевої демократії та впровадження нових форм місцевої самоорганізації громадян, про правове середовище для розвитку громадянського суспільства, але про приватне право, як таке, навіть, не згадується.

Отже маємо далі розглянути категорії «громадянське суспільство», «приватне право», «людина» у їхньому діалектичному взаємозв'язку.

Застосовуючи цивілізаційний підхід до громадянського суспільства, слід враховувати, що воно може виступати як феномен культури і підкорятися якомусь спільному для даної культури зразку, визначає його структуру і розвиток. При цьому теза про залежність формування громадянського суспільства від культури доповнюється ідеєю культурного різноманіття: кожна цивілізація, незважаючи на зростаючий вплив глобалізації, живе своїм власним життям і реалізує закладений у ній культурний потенціал в різних сферах, в тому числі і в політиці. На цьому ґрунтується твердження про те, що кожній суспільно-політичній системі відповідає особлива базисна модель громадянського суспільства, яка в кожній конкретній країні проявляється в національно-специфічній формі, оскільки у формуванні національної самосвідомості, політичної культури народу беруть участь як універсалістські, так і суто національно-культурні та історичні елементи<sup>100</sup>.

Має бути враховане також місце громадянського суспільства у системі соціальних відносин у демократичній системі (чи системі,

<sup>98</sup> *Про стан розвитку громадянського суспільства в Україні: аналіт. доп. / А. В. Єрмолаєв, Д. М. Горелов, О. А. Корнієвський [та ін.]. — Київ: НІСД, 2012. — С. 31–32.*

<sup>99</sup> *Гражданское общество и развитие гражданского права: сборник статей к юбилею доктора юридических наук, профессора Наталии Семеновны Кузнецовой / отв. ред.: Р. А. Майданик, Е. В. Кохановская. — Киев: Юрид. практика, 2014. — 656 с.; Громадянське суспільство і права людини: матеріали міжнар. наук.-практ. семінару, м. Харків, 9 груд. 2010 р. / Нац. акад. прав. наук України, НДІ держ. буд-ва та місц. самоврядування, Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого; редкол.: Ю. П. Битяк [та ін.]. — Харків, 2010. — 248 с.; Право України. — 2014. — № 4. — С. 9–152.*

<sup>100</sup> *Требін М. Західна модель громадянського суспільства: концептуальний підхід // Гілея: наук. вісн. — 2013. — № 75. — С. 253.*

яка стає демократичною). У зв'язку з цим тут слід згадати, що розрізняють п'ять взаємодіючих і взаємодоповнюючих сил, які існують у просторі демократизації. Це : 1) громадянське суспільство; 2) політична еліта; 3) економічна спільнота (бізнес); 4) сфера законодавства; 5) державна бюрократія. Останні дві складові, засновані на загальних принципах державного устрою, складають сутність кожної сучасної демократичної системи. Усі інші — це певні організації і групи людей, котрі і надають демократичній системі конкретного характеру. При цьому, коли економічна та політична спільноти складаються переважно з фігурантів та інститутів, що мають метою отримання влади або прибутку, то громадянське суспільство — це сфера дії пересічних людей, котрі об'єдналися в групи і асоціації для виразу своїх інтересів, захисту й реалізації повсякденних потреб. Як зазначає Марк Ховард, громадянське суспільство, власне, і являє собою сукупність незалежних і конституційно захищених громадських організацій, груп та асоціацій, добровільно створених пересічними громадянами у різноманітних галузях<sup>101</sup>.

Продуктивним видається розгляд громадянського суспільства через призму ринку і лібералізму, застосовуваний дослідниками цього феномену для характеристики людини як творця і фігуранту громадянського суспільства. З цих позицій приваблює визначення громадянського суспільства Джин Л. Коен і Ендрю Арато, котрі пропонують розуміти під громадянським суспільством сферу соціальної інтеракції між економікою і державою, яка складається, у першу чергу, зі сфер найбільш близького спілкування (зокрема, сім'ї, родини), об'єднань (зокрема, добровільних), соціальних рухів та різноманітних форм публічної комунікації. Сучасне громадянське суспільство створюється за допомогою певних форм самоконституювання і самообілізації. Воно інституціоналізується і генералізується за посередництва законів і, особливо, суб'єктивних прав, стабілізуючих соціальну диференціацію. Самотворення (незалежна діяльність) та інституціоналізація не обов'язково припускають одне інше, вони можуть існувати незалежно одне від одного, але у довгостроковій перспективі обидва ці процеси складають невід'ємну умову відтворення громадянського суспільства»<sup>102</sup>.

Але, приймаючи за основу зазначений концепт громадянського суспільства, маємо також взяти до уваги, що у такому випадку

---

<sup>101</sup> *Ховард Марк М.* Слабость гражданского общества в посткоммунистической Европе / Марк М. Ховард ; пер. с англ. И. Е. Кокарева. — Москва : Аспект-Пресс, 2009. — С. 49–51.

<sup>102</sup> *Джин Л. Коэн.* Гражданское общество и политическая теория : пер. с англ. / Джин Л. Коэн, Эндрю Арато ; бш. ред. И. И. Мюрберг. — Москва : Весь Мир, 2003. — С. 7.

Йдеться (має йтися) про принципово новий тип людини, котрий сформувався, як вважав Адам Сміт, на підґрунті розподілу праці, завдяки його регулятору — ринку<sup>103</sup> і який Ернест Геллнер запропонував іменувати — «модульна людина».

У зв'язку з цим варто зазначити, що вітчизняні науковці, зазвичай, досить розпливчато характеризують людську складову громадянського суспільства, хоча й вказують на необхідність особливої їхньої характеристики. Зокрема, звертається увага на певну парадоксальність терміну «громадянське суспільство», зміст якого не відповідає назві: співтовариством громадян є держава як політичний феномен. У сфері ж громадянського суспільства (всупереч назві) діють не громадяни як суб'єкти політично-владних відносин і публічного права, а приватні особи зі своїми інтересами, суб'єкти приватного права, учасники громадянсько-правових відносин<sup>104</sup>. Йдеться також про появу нового типу особи, існування високих вимог громадянського суспільства щодо якості його учасників, котрі вирізняють їх поміж людей, як таких: «Як певна сукупність відносин між людьми й форм організації їх спільного життя, в яких вони беруть безпосередню участь, добровільно вносячи в них свою ініціативу й свою відповідальність, громадянське суспільство ставить високі вимоги щодо своїх членів, потребуючи високого рівня їхньої духовності, відносин, збагачених любов'ю та повагою і особливо міцної правосвідомості на принципах волі, без чого неможливо не лише самому жити у правовому полі, але й вступати у взаємини з іншими людьми. Правосвідомість же вимагає глибокого і всебічного знання законів, яке високо цінував ще Платон... Основу громадянського суспільства становлять правосвідомі вільні громадяни та їх добровільні об'єднання, існування яких регулює не політична влада, а самоуправління, вільне волевиявлення регулюється правом»<sup>105</sup>.

Разом із тим, попри наявність у такій характеристиці низки безумовних істин щодо вимог, яким мають відповідати учасники громадянського суспільства, вона не дозволяє встановити, чим же останні відрізняються від пересічної порядної людини з високим рівнем духовності, яка живе, керуючись належними моральними засадами. Тому й здається виправданим використання згаданої вище категорії «модульна людина». Саме ця постать, на думку Е. Геллне-

<sup>103</sup> *Сміт А.* Исследование о природе и причинах богатства народов / А. Смит; [пер. с англ., предисл. В. С. Афанасьева]. — Москва: Эксмо, 2007. — С. 69–75.

<sup>104</sup> *Філософія права:* навч. посіб. / П. Д. Біленчук, В. Д. Гвоздецький, С. С. Сливка; за ред. П. Д. Біленчука. — Київ: Атіка, 1999. — С. 57.

<sup>105</sup> Там само. — С. 58–59.



ра, дозволяє вирішити проблему створення громадянського суспільства, існування якого забезпечує унікальну можливість досягнення індивідуалізації та одночасного створення політичних асоціацій, які врівноважуючи державу, не покріпачують, разом із тим, своїх учасників. Відсутність модульності виключає можливість вибору технології за принципом ефективності. Натомість кожному людську діяльність доводиться розглядати із врахуванням безлічі невлених та вкрай складних відносин, що пов'язують її органічним, неподільним культурним цілим. Романтики захоплюються цією багатогранністю, прагматики її критикують.

Але в дійсності мають значення лише політичні наслідки модульності. Модульна людина здатна входити в ефективні інститути та асоціації, які не обов'язково мають бути тотальними, оформленими за ритуалом, пов'язаними безліччю зв'язків з рештою елементів соціального цілого, оплутаного цими взаєминами і в результаті знерухоженого. Вона може, не зобов'язуючи себе ритуальними жертвоприношеннями, входити у тимчасові союзи, що мають певну, конкретну мету. І може також покидати ці союзи, якщо вона не згодна з їхньою політикою, і ніхто не буде звинувачувати її у зраді. Ринкове суспільство живе в умовах не лише мінливих цін, але й союзів та думок, які змінюються. Тут немає єдиної, назавжди встановленої ціни і немає єдиного способу розподілу людей на певні категорії: усе це може і мусить змінюватися, і норми моральності цьому не завадять. Суспільна мораль не зводиться тут ні до набору правил і приписів, ні до загальноновизнаного кола видів діяльності. Це стосується і знань: переконання можуть змінюватися і це не вважається гріхом або відступництвом. І все ж таки ці спеціалізовані, інструментальні, необов'язкові, не освячені жодним верховним авторитетом зв'язки є надійними та ефективними.

Суть громадянського суспільства полягає у формуванні зв'язків, які виявляються ефективними, але, разом із тим, гнучкими, спеціалізованими, інструментальними. Значну роль тут відіграв перехід від статусних взаємин до договірних: люди почали дотримуватися договору, навіть, якщо він жодним чином не співвідноситься з оформленою урочистою позицією у суспільстві або приналежністю до тієї чи іншої громадської групи. Таке суспільство як і раніше структуроване — це не якась млява, атомізована інертна маса, навпаки його структура рухлива і легко піддається раціональному удосконаленню. Враховуючи це, у пошуках відповіді на питання, яким чином можуть співіснувати інститути та асоціації, що врівноважують державу, але, разом із тим, не зв'язують по рукам і ногам своїх учасників, маємо визнати, що це стає можливим, головним

чином, завдяки модульності людини. Саме поява модульної людини зробила можливим виникнення громадянського суспільства<sup>106</sup>.

Разом із тим, здається слушним уточнення, що ринок детермінує появу модульної людини, а сукупність модульних індивідів утворює громадянське суспільство. Звідси впливає цікава характеристика співвідношення громадянського суспільства та ринкової системи: перше, як певне соціальне відображення ринкової системи, «перекодує» імперативи ринку на формули свободи, а формули свободи — на соціальні імперативи демократії. Хоча у ринковому суспільстві панує значно жорсткіший детермінізм і необхідність, ніж у натуральному господарстві Середньовіччя, але принципова відмінність ринку полягає у тому, що він дозволяє подолати сваволлю — особисту залежність людини від людини. Людські стосунки, суспільні відносини набувають безособового характеру. Певно, їх можна тлумачити як спотворені, відчужені форми людського буття, форми, в яких речі вивищуються над людьми і урядують ними, але не можна заперечити, що це врядування має раціонально-виважений характер<sup>107</sup>.

Але громадянське суспільство є не простим віддзеркаленням ринку, а, швидше, його «ізоморфним відображенням». Бо, як ринок являє собою систему розподілу праці, так і громадянське суспільство постає як система розподілу (розділення) думок, ідей та об'єднань; як на ринку панують вільні «ринкові» ціни, так і в громадянському суспільстві вільно висловлюються думки, утворюються громадські об'єднання, непідлеглі державі; як ринок живе в умовах мінливих цін, так і в громадянському суспільстві спонтанно народжуються і вмирають ідеї, змінюється громадська думка, переформатуються об'єднання людей. І так само, як і на ринку, у громадянському суспільстві визначальним важелем узгодження розмаїття попиту і пропозицій, плюралізму поглядів та позицій, приведення їх у системну єдність (рівновагу), є злагода (суспільний договір, консенсус)<sup>108</sup>.

Можна погодитися з думкою, що таїна феномену громадянського суспільства полягає у тому, що саме тут відбувається усвідомлення ринкових детермінант. Механізми цього усвідомлення можуть бути різноманітними, але всі вони, перш за все, формують суспільний менталітет певної поваги громадської системи. Ця система,

<sup>106</sup> Геллнер Э. Условия свободы. Гражданское общество и его исторические соперники / Э. Геллнер. — Москва : Моск. шк. полит. исслед., 2004. — С. 118–120.

<sup>107</sup> Пасько І. Т. Громадянське суспільство і національна ідея. (Україна на тлі європейських процесів. Компаративні нариси) / І. Т. Пасько, Я. І. Пасько. — Донецьк : ЦГО НАН України, УКЦентр, 1999. — С. 46.

<sup>108</sup> Там само. — С. 48.

незалежно від того, сподобається вона тому чи іншому індивідові, тій чи іншій суспільній групі, починає сприйматися масовою свідомістю як об'єктивний порядок речей, як соціальна необхідність, а не тільки як соціальна даність свавільного панування дужчих над слабшими. А таке розуміння, у свою чергу, формує ментальний імунітет до ідеології безглузлого нещадного бунту. Натомість усвідомлення історичної довершеності такого суспільства викликають відчуття особистої причетності людини до цього суспільства і органічної єдності з ним. То є відчуття власного громадянського статусу у суспільстві.

Оскільки відображення ринкових імперативів у громадянському суспільстві здійснюється усім спектром різноманітних соціальних груп через призму їхніх потреб та інтересів, тут стає неможливою монолітність суспільної свідомості і одностайність громадської думки. Натомість природним є плюралізм ідей, думок, розмаїття політичних, культурологічних, професійних та конфесійних об'єднань, які покликані виявляти і формувати ці ідеї та думки. Вже не держава нав'язує свої ідеї суспільству, а навпаки, громадянське суспільство висловлює свої вимоги державі. Разом із тим, такий плюралізм не є хаосом ідей. Всі ці ідеї відображують вимоги ринкової з точки зору інтересів тієї чи іншої групи. Табу накладається лише на політичні програми, які закликають до насильницького руйнування самого суспільного ладу. У такому суспільстві кожна людина отримує можливість вибору ідей, вартостей, варіацій стереотипів мислення в межах ринкової парадигми. Такий чином громадянське суспільство стає сферою духовної і соціальної свободи. Можна говорити про межі цієї свободи, але не підлягає сумніву те, що громадянське суспільство створює атмосферу суб'єктивного відчуття наявності свободи у кожного індивіда, відчуття можливості вибору думок, об'єднань, спілок, форм діяльності<sup>109</sup>.

Визначивши таким чином сутність громадянського суспільства як результат злагоди розмаїття інтересів та відносин, що формуються між приватними особами (та створеними ними об'єднаннями), які існують та діють в умовах ринку, можемо виокремити ознаки такого суспільства, до яких належать: 1) виникнення його як результату договору (консенсусу) між приватними особами (котрі мають відповідати уявленням про «модульну людину»); 2) виникнення та існування його на підґрунті лібералізму; 3) існування його в умовах розвинутого цивілізованого ринку; 4) формула свободи у ньому виражена як соціальні імперативи демократії; 5) основою взаємин між людьми є активність демократичного і ліберального характеру;

---

<sup>109</sup> Пасько І. Т., Пасько Я. І. Вказ. пр. — С. 47–48.

б) воно розглядається, передусім, як феномен поведінковий та інституціональний (на відміну від, скажімо, «соціального капіталу») <sup>110</sup>;  
7) держава не керує громадянським суспільством, але зобов'язана забезпечити умови його функціонування і життєдіяльності.

З останньою ознакою пов'язане розуміння громадянського суспільства як цілісної сфери громадянського життя суспільства, що є відносно самостійною від державних інституцій і механізму державної влади. Громадянське суспільство — це унікальна система взаємодії суспільних індивідів, соціальних груп, верств і прошарків, що збалансовує вектори своїх складових, виявляючи рівнодіючу безлічі індивідуальних і групових прагнень та сподівань. Не держава має визначати спільний знаменник суспільних аспірацій, бо вона принципово не здатна виконувати ці функції, а може лише імітувати цей процес, а навпаки, громадський лад своїм функціонуванням об'єктивно відтворює суспільні імперативи політичній системі, одночасно зумовлюючи становлення таких державних форм, які були б спроможні адекватно реагувати на об'єктивні інтереси суспільства <sup>111</sup>.

Але зазначена концепція також потребує уточнення, пов'язаного з доцільністю відходу від спрощеного бінарного бачення взаємин: громадянське суспільство — держава. Більш обґрунтовано здається трискладова модель, яку обстоюють Джин Л. Коен та Ендрю Арато, відділяючи громадянське суспільство як від держави, так і від економічних структур, що дозволяє громадянському суспільству не лише відігравати опозиційну роль в умовах авторитарних режимів, але й відроджувати свій критичний потенціал в умовах ліберальної демократії <sup>112</sup>. У такому разі зникає необхідність жорсткої «прив'язки» концептів «громадянське суспільство» та «держава» («правова держава») одне до одного, а відтак виникає можливість враховувати останню складову, як перемінну, що сприяє чи перешкоджає розвитку громадянського суспільства.

При цьому маємо на увазі, що можливість державного впливу на громадянське суспільство більшою мірою виявляється через публічне право і набагато слабше — через право приватне. Разом із тим, зворотний зв'язок і вплив мають якісно протилежний характер: громадянське суспільство впливає на державу, головним чином, через приватне право і значно меншою мірою — через публічні інституції (хоча можна погодитися, що конкретні інститути гро-

---

<sup>110</sup> *Ховард Марк М.* Слабость гражданского общества в посткоммунистической Европе / Марк М. Ховард ; пер. с англ. И. Е. Кокарева. — Москва : Аспект Пресс, 2009. — С. 57.

<sup>111</sup> *Пасько І. Т., Пасько Я. І.* Вказ. пр. — С. 46.

<sup>112</sup> *Джин Л. Коэн, Эндрю Арато.* Вказ. пр. — С. 7.

мадянського суспільства часом «пронизують» структури держаної влади<sup>113</sup>).

Варто згадати влучне спостереження, що уявити приватноправовий лад без елементу публічного права не так вже й складно, тоді як суто публічно-правовий лад уявити набагато складніше, оскільки за такої організації суспільних відноси у індивіда немає жодних прав, котрими він міг би користуватися на свій розсуд<sup>114</sup>. У підсумку це приводить до висновку, що для тих, кому свобода здається чимось несуттєвим, для тих, кому потрібно злити усіх людей в єдину масу величезного механізму, приватне право не тільки не являє цінності, але й є чимось таким, що треба подолати. Але для тих, хто вважає, що джерелом творчості життя є вільне виявлення людської особистості, приватне право буде засобом здійснення ідеалів дійсного індивідуалізму<sup>115</sup>.

Такому баченню відповідає і визначення громадянського суспільства, як сукупності приватних стосунків між особами, що керуються цивільним або приватним правом<sup>116</sup>. Таке розуміння сутності громадянського суспільства відображає головну його домінанту: зосередженість на сфері приватних стосунків (інтересів); на тому регуляторі, що впорядковує ці стосунки (інтереси); врешті (хоча менш виразно), на приматі інтересів приватної особи. Враховуючи зазначене, можна стверджувати, що громадянське суспільство і приватне право виступають як поняття, котрі мають сенс лише у взаємній співвідносності, утворюючи разом кореляцію.

Розуміючи приватне право як сукупність уявлень, принципів, правил і норм, що визначають статус людини (приватної особи) та забезпечують захист її суб'єктивних прав та інтересів, громадянське суспільство як систему взаємодії суспільних індивідів, соціальних груп, верств і прошарків, що збалансовує вектори своїх складових, виявляючи рівнодіючу безлічі індивідуальних і групових прагнень та сподівань, можна дійти висновку, що ці поняття не можуть існувати одне без одного, бо, навіть, часом визначаються та характеризуються одне через одне. Іноді формування громадянського суспільства, навіть, розглядається як одна з тенденцій розвитку приватного права<sup>117</sup>. Зазначені концепти не лише не можуть існу-

<sup>113</sup> Жиро Т. Политология : пер. с пол. / Т. Жиро. — Харьков : Изд-во Гуманитарны Центр. 2006. — С. 44.

<sup>114</sup> Агарков М. М. Ценность частного права // Избранные труды по гражданскому праву : в 2 т. / М. М. Агарков. — Москва, 2002. — Т. 1. — С. 88–91.

<sup>115</sup> Там само. — С. 105.

<sup>116</sup> Чичерин Б. Н. Философия права / Б. Н. Чичерин. — Санкт-Петербург : Наука, 1998. — С. 202.

<sup>117</sup> Баринев Н. А. Частное право и гражданское общество: проблемы соотношения и развития // Гражданское общество и развитие гражданского права :

вати одне без одного, але й не можуть бути достатньо повно охарактеризовані поза їхнім взаємним зв'язком.

Таким чином, приватне право є елементом громадянського суспільства, органічно властивим йому, що слугує регулятором внутрішніх відносин у ньому і засобом забезпечення інтересів приватної особи (модульної людини).

Крім того, приватне право є методологічним підґрунтям діяльності правової держави у галузі забезпечення прав людини, як приватної особи і учасниці громадянського суспільства, та забезпечення функціонування останнього.

## **2.2. Засади статусу людини (фізичної особи) у цивільному законодавстві України**

Поняття «приватне право», «цивільне право», «цивільне законодавство» невід'ємно пов'язані з визначенням статусу людини, як окремої (приватної) особи, а також забезпеченням прав та інтересів останньої.

Як не парадоксально, але поміж принципів цивільного права, що розглядаються у літературі (загальноправові, міжгалузеві, галузеві принципи, підгалузеві, міжінституційні принципи та принципи окремих інститутів тощо)<sup>118</sup>, засади визначення цивільно-правового статусу особи (у тому числі, й людини, котра є центральною постаттю у цивільних відносинах) не згадуються.

Можна припустити, що такий стан речей є наслідком абсолютизації пандектної системи цивільного права, у якій відсутній розділ (підгалузь) «становище особи». Звісно, істотною перевагою пандектної системи є виокремлення в ній «Загальної частини», що дозволяє уникати повторів у викладенні законодавчого матеріалу. Разом із тим, саме «Загальна частина» поглинула норми, присвячені визначенню правового статусу особи, змішавши їх з низкою інших загальних положень. У результаті визначенню цивільно-правового статусу людини, як приватної особи приділяється значно менше уваги, ніж мало би бути у сучасному суспільстві.

Тому далі проаналізуємо засади приватноправового (цивільно-правового) статусу людини (фізичної особи), аби потім визначити співвідношення теоретичної моделі з реаліями цивільного законодавства України.

сб. ст. к юбилею д-ра юрид. наук, профессора Н. С. Кузнецовой / отв.ред. Р. А. Майданик и Е. В. Кохановская. — Киев, 2014.— С. 100.

<sup>118</sup> *Потанова О. А.* Классификация принципов гражданского права // Российский юридический журнал. — Екатеринбург, 2001. — № 4. — С. 82–84.

Передусім, слід підкреслити взаємопов'язаність категорій «приватна особа» та «приватне право», зумовлену спрямованістю останнього на «обслуговування» першої.

Так, *приватне право в об'єктивному сенсі*: 1) регулює відносини між приватними особами; 2) має визначальним принципом визнання пріоритету інтересів приватної особи (суверенітету індивіда); 3) забезпечує приватний інтерес: економічну свободу, вільне самовираження та рівність товаровиробників, захист власників від сваволі держави; 4) заохочує ініціативність та вільне волевиявлення при встановленні і реалізації цивільних прав; 5) припускає широке використання договірної форми регулювання; 6) містить норми, які «звернені» до суб'єктивного права і забезпечують захист останнього; 7) характеризується переважанням диспозитивних норм; 8) визначає судовий позов як основну форму захисту прав та інтересів суб'єктів.

Із врахуванням названих рис приватного права та його філософії воно може бути визначене як сукупність природних засад, юридичної доктрини, правил і норм, котрі є підвалинами визначення статусу і забезпечення захисту інтересів окремих (приватних) осіб.

Отже, коли у публічному праві ціле (держава) виявляється метою, а окрема особистість підпорядкованою, то у приватному праві кожна окрема людина сама по собі є метою, а кожне правове відношення стосовно її існування або особливого становища є лише засобом<sup>119</sup>.

Центральною постаттю системи приватного права є *приватна особа*. Вона : 1) не є фігурантом держави, 2) не знаходиться у відносинах влади — підпорядкування з іншими особами, 3) рівноправно і вільно визначає для себе права і обов'язки у відносинах, що виникають з її ініціативи<sup>120</sup>.

На рівні національних правових систем приватна особа є головної постаттю сфери цивільного права. Саме на забезпечення захисту її інтересів має бути спрямоване й цивільне законодавство. У зв'язку з цим постає необхідність визначення ключового поняття «статус особи», котрий іменують також «правовий статус особи (особистості)».

Латинське «status» перекладається і як «стан», і як «становище», позначаючи у своєму первісному значенні й загальне становище окремої особи (особистості) у суспільстві, й сукупність усіх (або

---

<sup>119</sup> Савинь Ф. К. фон. Система современного римского права. Т. 1 / Ф. К. фон Савинь; пер. с нем. Г. Жигулина; под ред. О. Кутателадзе, В. Зубаря. — Москва: Статут, 2011. — 510 с.

<sup>120</sup> Харитонов Є. О. Вступ до цивільного права України: навч. посіб. / Є. О. Харитонов. — Київ: Істина, 2006. — 288 с.

частини) її юридичних прав та обов'язків. Відповідно до цього під статусом суб'єкта права звичайно розуміють його правовий стан, що характеризується наявністю комплексу юридичних прав і обов'язків. При цьому іноді ототожнюють поняття «правовий статус» і «правове становище», пояснюючи це тими міркуваннями, що категорія «правовий статус» охоплює усі види юридичних зв'язків<sup>121</sup>.

Проте ототожнювання згаданих понять нівелює відмінності, які існують між поняттями «суб'єкт права» і «суб'єкт правовідносин». Тому доцільно використовувати різні терміни для позначення правового стану абстрактного суб'єкта права і правового становища реальної особи, що вступає у правовідносини. Поняття «статус» включає в себе те стабільне, фундаментальне у правовому стані суб'єкта, котре разом із правосуб'єктністю містить також вказівку щодо існування певного кола основних прав та обов'язків. Натомість, конкретні права та обов'язки відображують специфіку реального правового становища особи, пов'язаного з наявністю тих чи інших юридичних фактів, а не основи загального становища суб'єкта у цій правовій системі.

Отже, *правовий статус* — це стабільний правовий стан суб'єкта, а правове становище змінюється в залежності від правовідносин, в які він вступає.

Із врахуванням викладеного, правовий статус особи можна охарактеризувати як сукупність основних суб'єктивних прав та обов'язків, які належать суб'єкту об'єктивного права і визначають у загальному вигляді його взаємини з державою, що ґрунтуються на положеннях відповідних правових норм. При цьому можна виокремити вихідний правовий статус особи у державі, встановлений Конституцією. Проте не всі суб'єкти права мають однаковий (універсальний) правовий статус: адже національним законодавством передбачається неоднаковий обсяг прав та обов'язків для різних груп осіб.

Характерними рисами правового статусу є те, що: 1) в ньому знаходиться відображення бачення державою (суспільством) місця приватної особи у системі соціальних зв'язків, закріплене за допомогою відповідної процедури і у відповідній законодавчій формі; 2) його зміст, що має певну стабільність, змінюється не з волі окремих, приватних осіб, а законодавцем у публічно-правовому порядку; 3) елементи правового статусу — загальні (статусні) права та обов'язки суб'єкта права, його юридична відповідальність — формулюються і існують у формі правових приписів; 4) елементи

<sup>121</sup> Халфина Р. О. Общее учение о правоотношении / Р. О. Халфина. — Москва: Юрид. лит., 1974. — 352 с.



правового статусу мають якості масштабності, загальності, вони визначають ті межі, в яких формується правове становище конкретного суб'єкта, його суб'єктивні права та обов'язки. Наявність у правового статусу цих властивостей дозволяє йому виступати в якості юридичного мірила соціальної свободи<sup>122</sup>.

Натомість, *правове становище конкретної особи* є динамічним, воно постійно змінюється у залежності від виникнення, розвитку та припинення конкретних правовідносин за її участі.

Оскільки актами законодавства можуть визначатися як загальний, так і спеціальні правові статуси, постає питання про методологічне підґрунтя встановлення засад законодавства, яким визначаються загальний та спеціальний приватний (цивільний) статус особи і забезпечується диференціація спеціальних статусів.

Первісним критерієм (підґрунтям) визначення статусу має бути врахування правової сфери, у якій перебуває приватна особа. Адже визначення статусу особи залежать від того, суб'єктом відносин якої сфери (приватного чи публічного права) вона виступає у тому чи іншому випадку. Засади визначення її статусу у згаданих сферах не є і не можуть бути однаковими, що зумовлено різними концептуальними підходами до визначення статусу (місця) особи в одній та іншій системах.

Так, у сфері публічного права це, передусім, питання субординації і підпорядкування однієї особи іншій, компетенції державних органів і посадових осіб, пасивної, як правило, правосуб'єктності підпорядкованих і підвладних осіб, їх обов'язків та відповідальності, що впливають із владних актів державних органів і посадових осіб. Прикладом такого «публічно-правового підходу» є, наприклад, класифікація принципів права на три групи, відповідно до змісту правової матерії. До першої групи відносять принципи, які характеризують загальне ставлення до права та закону, зокрема: а) принцип рівності; б) принцип законності; в) принцип нерозривного зв'язку прав та обов'язків тощо. *Друга група принципів права характеризує ставлення до людини*, як до найвищої цінності права: а) право людини на недоторканість; б) принцип відповідальності за вину; в) неприпустимість визнання винним у вчиненні злочину інакше як за вироком суду відповідно до закону тощо. Третя група принципів права пов'язана зі встановленням істини при розв'язанні спорів: а) ніхто не може бути суддею у своїй справі; б) презумпція невинуватості тощо<sup>123</sup>. Зауважимо, що у наведеній класифікації,

<sup>122</sup> Кучинский В. А. Личность. Свобода. Право / В. А. Кучинский. — Москва : Юрид. лит., 1978. — 208 с.

<sup>123</sup> *Общая теория государства и права. Академический курс. В 2 т. Т. 2. Теория права* / под ред. М. Н. Марченко. — Москва : Зерцало, 1998. — 656 с.

принципи права, які характеризують ставлення до людини, названі на другому місці, поступаючись принципам, котрі характеризують ставлення до права та закону.

З точки зору приватноправової такої підхід визнати виправданим не можна. *У сфері приватного права група засад, якими визначається статус учасників цивільних відносин, є провідною.* Вони спрямовані на забезпечення юридичної рівності останніх, реалізації їхньої свободи волі при встановленні правовідносин, а з тим — реалізації цими особами відповідних суб'єктивних прав і обов'язків.

Враховуючи викладене, розглянемо далі засади (тобто, фундаментальні ідеї, згідно з якими здійснюється регулювання відносин) законодавства, що закріплює статус фізичної особи.

Оскільки цивільне законодавство (і зокрема, ЦК) України не містить вказівок з цього питання, слід припустити, що концептуальним підґрунтям відповідних законодавчих рішень є перелік загальних засад цивільного законодавства, встановлений ст. 3 ЦК України: 1) неприпустимість свавільного втручання у сферу особистого життя людини; 2) неприпустимість позбавлення права власності, крім випадків, встановлених законом; 3) свобода договорів; 4) свобода підприємницької діяльності, не забороненої законом; 5) принцип судового захисту цивільного права та інтересу; 6) вимога справедливості, добросовісності та розумності цивільного законодавства. Крім того, маємо також враховувати загальні принципи приватного права: 1) автономність; 2) добровільність; 3) юридичну рівність; 4) диспозитивність; 5) координаційність; 6) загальний дозвіл; 7) правовий захист приватного інтересу тощо<sup>124</sup>.

Порівняння принципів приватного права і засад цивільного законодавства, названих у ст. 3 ЦК України, дозволяє зробити висновок, що спільними можна вважати лише два принципи: принцип автономності та принцип правового (у п. 5 ч. 1 ст. 3 ЦК України уточнюється — «судового») захисту приватного інтересу. Отже принципи цивільного права (законодавства) ґрунтуються на принципах приватного права, але не тотожні їм, оскільки у цивільному праві, на відміну від права приватного, мають місце як диспозитивні, так і імперативні елементи.

Такий підхід має бути застосованим і при визначенні принципів (засад) цивільного законодавства, якими закріплюється статус фізичної особи. При цьому вирішальну роль відіграють саме принципи приватного права, оскільки встановлення сфери юридичного буття фізичної особи є відправними для наступної характеристики її як «особи (суб'єкта) приватного права» або «особи публічного права».

<sup>124</sup> Колодій А. М. Принципи права України: монографія / А. М. Колодій. — Київ: Юрінком Інтер, 1998. — 208 с.

На такому підґрунті можна виокремлювати, як це зроблено у ЦК України, «принципи (загальні засади) цивільного законодавства». Останні частково співпадають з принципами цивільного права, а частково ні, відображаючи, разом із тим, основні особливості цивільно-правового статусу фізичної особи.

Природні права людини, які складають найважливіший елемент її загального статусу належать до приватного права та існують незалежно від того, чи визнані вони об'єктивним правом, чи ні. Іншими словами, вони є об'єктивними в силу своєї природності, невідчужуваності від людини, і можуть бути охарактеризовані як такі, що надані Богом. У приватноправовій сфері правосуб'єктність учасників цивільних відносин є однаковою і ґрунтується на засадах юридичної рівності, свободи їхньої волі та ініціативності при встановленні правовідносин, а затим — реалізації ними відповідних суб'єктивних прав і обов'язків.

Варто підкреслити, що викладені положення стосується сфери дії приватного та публічного права як абстрактних категорій, котрі виокремлюються в теорії права з метою наукового аналізу. Проте, для з'ясування реального становища особи за нормами чинного у державі законодавства такий підхід не є коректним, оскільки в останньому відображається змагання публічно-правових та приватноправових засад.

Розмаїття видів законодавства, яким визначаються засади статусу фізичної особи, зумовлює необхідність їх систематизації та узгодження, що у свою чергу, робить доцільним звернення до загальних питань класифікації засад (принципів) права (законодавства). У більшості випадків критерієм такої класифікації є галузева приналежність засад (принципів), відповідно до якої традиційно розрізняють загальноправові, міжгалузеві, галузеві принципи та принципи правових інститутів, додаючи до них іноді підгалузеві та міжінституційні правові принципи.

Враховуючи цю обставину, розглянемо далі засади законодавства, котре закріплює статус фізичної особи. Хоча норми законодавства, яким закріплюється правовий статус фізичної особи, не розглядаються вітчизняною цивілістичною доктриною як підгалузь чи розділ (підгалузь) цивільного права (законодавства), однак є достатньо підстав оцінювати сукупність відповідних норм саме таким чином.

Отже може йтися про те, що при встановленні (закріпленні) статусу людини, як суб'єкта приватного права (фізичної особи) мають враховуватися засади (принципи) кількох рівнів.

По-перше, це загальні принципи права: єдність моралі та права, верховенство права, антропоцентризм, рівність перед законом і судом тощо.

По-друге, це принципи приватного права, які стосуються статусу людини, як фізичної особи.

По-третє, це загальні засади цивільного законодавства, котрими закріплюються окремі елементи статусу фізичної особи. Зокрема, як впливає зі змісту ст. 3 ЦК України, «загальними» для усього цивільного законодавства можуть бути визнані тільки наступні вимоги: 1) неприпустимість свавільного втручання у сферу особистого життя людини; 2) судовий захист цивільного права та інтересу; 3) справедливість, добросовісність та розумність. Разом із тим, така вимога як неприпустимість позбавлення права власності, крім випадків, встановлених Конституцією України та законом, стосується лише регулювання відносин власності; свобода договору є принципом регулювання договірних відносин, а свобода підприємницької діяльності, не забороненої законом, стосується визначення правового становища особи, відносин власності, зобов'язальних відносин, але не має значення для недоговірних зобов'язань. Крім того, існують спеціальні засади (принципи) регулювання відносин власності, зобов'язальних, спадкових відносин тощо.

Підсумовуючи викладене, можна зробити висновок про застосування у вітчизняному законодавстві універсальних та спеціальних (підгалузевих) засад (принципів). Оскільки засади (принципи) визначення цивільно-правового статусу фізичної особи мають «багаторівневий» характер, то, очевидно, такими самими «багаторівневими» мають бути й засади законодавства, яким визначається згаданий статус.

Отже методологічний підхід до визначення засад встановлення цивільно-правового статусу фізичної особи та реалізації цивільних прав виглядає таким чином.

По-перше, такий статус, як юридичне оформлення сукупності базових природних прав людини, закріплюється у Конституції України, норми якої у цій галузі за своєю сутністю є втіленням норм природного права на рівні національного законодавства.

По-друге, хоча положення Конституції є нормами прямої дії, правовий статус людини має бути також відображеним і у ЦК України, де цим питанням має бути присвячений окремий підрозділ. Це можливо зробити шляхом реформування книги другої ЦК України, доповнивши її положеннями стосовно природних майнових прав людини і змінивши її назву на «Цивільно-правовий статус фізичної особи (людини)».

Такий підхід міг би бути реалізованим у процесі забезпечення адаптації законодавства України до права ЄС.

### 2.3. Здійснення цивільних прав людини (приватної особи)

У контексті характеристики підходів до визначення сутності реалізації цивільних прав приватної особи, властивих європейським правовим системам, постає питання про первинність чи вторинність суб'єктивного права щодо правових норм. Зокрема, іноді відбувається фактичне розрізнення двох «віртуальних» етапів дій суб'єктів права: припускається, що спочатку відбувається реалізація норм об'єктивного права, в результаті чого виникають правовідносини; потім учасники цих правовідносин здійснюють свої суб'єктивні права.

У пошуках відповіді на це питання варто звернути увагу на різне бачення у європейських правових ролинах співвідношення генезису суб'єктивного та об'єктивного права.

Зокрема, у літературі зверталось увагу на існування процесу постійного «відтворення» права, що в тривалому історичному плані має вигляд висхідної спіралі: триває процес правотворчості і йде постійний процес реалізації права. Ці процеси пов'язані і взаємно проникають одне в одне.

Можна виокремити *два типи взаємозв'язку процесу правотворчості і процесу реалізації права*.

Сутність першого типу полягає в тому, що ще до прийняття закону (норми об'єктивного права), існує суб'єктивне право, захищене судом, тобто у процес становлення юридичних норм вкраплені елементи реалізації права. У такому випадку правотворчість включає не тільки встановлення, але певною мірою і здійснення суб'єктивного права.<sup>125</sup> Класичним прикладом такого типу правотворчості вважається римське право, яке формувалося не «від матеріального права до права процесуального», а навпаки — «від процесуального — до матеріального». Це означає що першим було не встановлення норми матеріального права у законі чи іншому законодавчому акті, а визнання за певною особою права у певних випадках звернутися до суду за захистом. Далі у процесі юрисдикційної діяльності преторів і судів відбувалася реалізація права, а потім і закріплення його у відповідних нормах на основі едиктів преторів та винесених судових рішень. Саме внаслідок такої особливості правотворчості римське право іменують системою позовів, маючи на увазі, що воно «зростало» від окремих казусів до загальних приписів норм права<sup>126</sup>. Пізніше цей тип правотворчості був

<sup>125</sup> Шевчук О. М. Засоби державного примусу у правовій системі України: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / О. М. Шевчук. — Харків, 2003. — С. 105.

<sup>126</sup> Римське право (Інституції). — Харків: Одіссей, 2000. — С. 113. Детальніше про особливості римського процесу та його роль у правотворчості див.:

реципований англосаксонською правовою родиною, а ще пізніше — англо-американською системою права з характерним для них превалюванням судового прецеденту над законодавством, відсутністю кодифікацій галузевого законодавства тощо<sup>127</sup>. Таким чином, здійснення суб'єктивного права особи тут є первинним стосовно формування (а потім — реалізації) норми об'єктивного права.

При другому типі *взаємозв'язку процесу правотворчості і процесу реалізації права* суб'єктивне право (його встановлення) вкраплене у процес реалізації юридичних норм, що почався або вже відбувся раніше. Тут здійснення права охоплює процес правотворчості, що триває в умовах, коли об'єктивне право вже реалізоване (почало діяти). Відтак суб'єктивне право здійснюється тоді, коли воно вже ґрунтується на нормі об'єктивного права, коли особою використовуються наявні юридичні правоможності і виконуються юридичні обов'язки. Такий тип взаємозв'язку процесів правотворчості і реалізації права вважається характерним для, так званих, «континентальних» правових родин (центральноєвропейської, романської, центрально-східноєвропейської тощо). Відповідно він є властивим і для правової системи України.

Враховуючи зазначене, розглянемо далі особливості здійснення цивільних прав людиною (фізичною особою) в Україні.

Пристаючи до розгляду цих питань, слід зазначити, що, хоча у ст. ст. 12, 13 ЦК України йдеться про здійснення цивільних прав, однак у літературі при визначенні поняття здійснення цивільних прав використовується термін «реалізація». Так, у коментарі до ст. 12 ЦК України, до частини 5, зазначається, що цією статтею встановлюється презумпція добросовісності та розумності особи при *реалізації* нею своїх цивільних прав. Але далі йдеться про те, що ця норма опосередковано закріплює обов'язок учасників цивільного обороту дотримуватися принципів добросовісності та розумності при *здійсненні* цивільних прав, оскільки його межі встановлені законом<sup>128</sup>.

Отже, коли йдеться про реалізацію суб'єктивного права, використовується і термін «реалізація», і термін «здійснення», що з практичних міркувань виглядає виправданим, хоча і потребує у деяких випадках відповідних застережень, про які мова піде трохи далі.

---

Салогубова Е. В. Римский гражданский процесс / Е. В. Салогубова. — Москва : Юрид. бюро «Городец», 1997. — 144 с.

<sup>127</sup> Романов А. К. Правовая система Англии : учеб. пособие / А. К. Романов. — Москва : Дело, 2000. — 344 с.; Бернхем В. Вступ до права та правової системи США : пер. з англ. / В. Бернхем. — Київ : Україна, 1999. — С. 68–77.

<sup>128</sup> Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України. У 2 т. Т. 1 / за ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. — 4-е вид., переробл. і допов. — Київ : Юрінком Інтер, 2011. — С. 30.

Здійснення суб'єктивного цивільного права фізичної особи розуміється як добровільне вчинення уповноваженою (управоможеною) особою активних чи пасивних дій, спрямованих на використання можливостей, закладених у суб'єктивному праві, для задоволення потреб носія цього права<sup>129</sup>. Крім того, під здійсненням цивільних прав мається на увазі завершальний етап правового регулювання, на якому абстрактна можливість (правоздатність) перетворюється спочатку в конкретну можливість (суб'єктивне право), а потім і в реальну дійсність (здійснення права). Здійснення таким чином розуміється як етап існування та динаміки суб'єктивного цивільного права, який за допомогою встановленого в законі механізму створює для фізичної особи реальну можливість досягти тієї мети, того результату щодо задоволення власного інтересу, які визначаються при наданні їй даного права. З таких позицій поняття «здійснення суб'єктивного цивільного права» тлумачиться, як усі можливі види поведінки носія відповідного суб'єктивного цивільного права, що спрямовані як на реалізацію окремих повноважень, які складають зміст цього права, так і на здійснення зазначеного права в цілому, що може відбуватися у визначеній в законодавстві формі<sup>130</sup>. Отже у останньому випадку термін «реалізація» є вужчим за «здійснення» і стосується лише окремих повноважень, а не права «у цілому».

Здійснення цивільного права відбувається, як правило, шляхом виконання тих дій, які охоплюються можливістю певної поведінки. Здійснення права може вичерпуватися однією дією, котра, разом із тим, виступає як підстава виникнення іншого права. Разом із тим, здійснення суб'єктивного права може також полягати у відмові від вчинення тих чи інших дій, які управоможена особа могла би вчинити.

Суб'єкт може відмовитися від здійснення належного йому права, однак, така відмова не тягне припинення цього права, за винятком випадків, передбачених законом. Скажімо, утримання від подання позову про відшкодування шкоди, завданої здоров'ю, не означає, що потерпілий-кредитор не зможе звернутися з таким позовом пізніше, коли у нього з'явиться в цьому нагальна потреба. Нездійснення правоможностей кредитором може призвести до припинення їх забезпеченості судовим захистом — управоможеній

<sup>129</sup> Горбась Д. В. Здійснення суб'єктивних цивільних прав фізичних осіб: поняття, способи, межі : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Д. В. Горбась. — Київ, 2008. — С. 8.

<sup>130</sup> Стефанчук Р. О. Особисті немайнові права фізичних осіб у цивільному праві (поняття, зміст, система, особливості здійснення та захисту) : монографія / Р. О. Стефанчук ; відп. ред. Я. М. Шевченко. — Хмельницький : Вид-во Хмельницьк. ун-ту упр. та права, 2007. — С. 144–145.

особі може бути відмовлено у позові внаслідок пропуск нею строку позовної давності. Але, попри це, суб'єктивне цивільне право фізичної особи кредитора зберігатиметься. Отже, якщо боржник добровільно виконає свій обов'язок поза межами зазначеного строку, передане ним не підлягатиме поверненню<sup>131</sup>.

Коли йдеться про здійснення суб'єктивних цивільних прав, то передусім мається на увазі вчинення певних фактичних дій (або їхньої сукупності), спрямованих на реалізацію цивільного права. Реалізація має розумітися як перетворення абстрактної можливості у реальність. Таким чином, реалізація суб'єктивного цивільного права — це перетворення абстрактної можливості (суб'єктивного цивільного права) у реальність за допомогою вчинення сукупності дій фактичного або юридичного характеру (здійснення) з метою задоволення інтересу.

Характеризуючи здійснення (реалізацію) суб'єктивних прав, слід звернути увагу на кілька важливих положень.

По-перше, управоможена особа, за загальним правилом, сама вирішує, реалізувати чи не реалізувати право, що їй належить, визначаючи при цьому строк, порядок, характер дій, що вчиняються нею для реалізації права. Законом встановлено, що нездійснення особою своїх цивільних прав не є підставою для їх припинення, крім випадків, встановлених законом. Наприклад, спадкоємець може реалізувати своє право на прийняття спадку протягом шести місяців після його відкриття, звернувшись з відповідною заявою до нотаріуса або здійснивши дії, які свідчать про те, що він прийняв спадок. Однак, його не можна примусити прийняти спадок.

Фізична особа сама вирішує, чи відмовитися їй від цивільних прав. Але йдеться, звичайно, про майнові цивільні права, оскільки, відповідно до частини 3 ст. 269 ЦК України фізична особа не може відмовитися від особистих немайнових прав, а також не може бути позбавлена цих прав, оскільки ці права невід'ємно пов'язані з фізичною особою.

По-друге, необхідно враховувати, що деякі суб'єктивні права можуть одночасно бути і суб'єктивними обов'язками. Наприклад, особа, що є власником будинку — пам'ятнику архітектури або історії, не тільки має право здійснювати своє право власності, але й, як власник, зобов'язана вживати заходів до забезпечення збереження цього будинку, його ремонту, утримання тощо. У таких випадках до управоможеної (вона ж і зобов'язана) особи може

<sup>131</sup> *Цивільне право України*. Загальна частина: підручник / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, Р. А. Майданіка. — 3-тє вид., переробл. і допов. — Київ: Юрінком Інтер, 2010. — С. 163.



бути пред'явлена вимога про здійснення права (реалізацію права-обов'язку).

*Способи здійснення суб'єктивних прав* можуть бути різними. Зокрема, способи здійснення суб'єктивних прав розрізняють в залежності від того, за допомогою якого виду дій — юридичних чи фактичних це відбувається. Юридичні дії полягають, як правило, у вчиненні двосторонніх (договорів) або односторонніх (складання заповіту, видача довіреності) правочинів. Фактичні дії — це юридично значущі вчинки людини (фізичної особи). Наприклад, користування будинком його власником тощо.

У залежності від суб'єктного складу відносин, пов'язаних зі здійсненням прав, розрізняють активні (позитивні) дії фізичної особи (наприклад, при реалізації правомочностей власника) та її вимоги про виконання певних дій, адресовані до зобов'язаного суб'єкта (вимога кредитора про повернення боргу тощо).

Незалежно від того, яким чином здійснюються суб'єктивні права, їх реалізація нерозривно пов'язана з виконанням обов'язків іншими особами. Так, при здійсненні права управоможеним суб'єктом абсолютних правовідносин (наприклад, власником) шляхом вчинення ним чи то активних, чи то пасивних дій усі інші особи зобов'язані не заважати йому користуватися речами, розпоряджатися ними тощо. У зобов'язальних відносинах праву кредитора вимагати певної поведінки від боржника відповідає обов'язок останнього виконати ці вимоги, тобто вчинити (або не вчинити) певні дії.

У найбільш загальному вигляді вимоги до здійснення суб'єктивних цивільних прав закріплені у ст. 13 ЦК України, з якої випливає, що при здійсненні прав і виконанні обов'язків особа зобов'язана утримуватися від дій, які могли б порушити права інших осіб, завдати шкоду довкіллю, а також зловживання правом в інших формах, додержуватися моральних засад суспільства.

Що стосується вимог додержуватися моральних засад суспільства, то вони носять дещо декларативний характер через відсутність чіткого визначення останніх. До того ж, зміст цих понять залежить від пануючої в суспільстві доктрини права взагалі і концепції цивільного права, зокрема. Проте деякі орієнтири загального характеру усе-таки існують. Так, під правилами співжиття звичайно мають на увазі ті сформовані в житті в результаті багаторазового застосування правила, котрі, хоча і не зафіксовані в законі, але відображають моральні засади існування суспільства<sup>132</sup>. Тому вони враховуються судом та іншими органами, що застосовують норми

<sup>132</sup> *Ойгензихт В. А.* Мораль и право / В. А. Ойгензихт. — Душанбе : Ирфон, 1987. — С. 81.

права як критерій оцінки належної і неналежної поведінки носіїв суб'єктивних прав і обов'язків.

Стаття 13 ЦК України встановлює межі здійснення суб'єктивних цивільних прав, але не дає загальної характеристики цього терміно-поняття. Натомість, тлумачення категорії «межі здійснення суб'єктивних цивільних прав» пропонується у літературі, де вона визначається як передбачені актами цивільного законодавства чи правочином способи, якими уповноважена особа може набути ті можливості, що містяться в юридичному закріпленні цих прав<sup>133</sup>.

Варто зауважити, що норма закону, як правило, не визначає кожен раз окремо межі здійснення прав учасників, що впливають з певних правовідносин. Вона установлює деякі загальні положення, загальні вимоги, яким повинні відповідати реалізація будь-яких суб'єктивних прав і виконання відповідних обов'язків. Особа, що має суб'єктивне право, у процесі його реалізації повинна підкорятися вимогам закону, що встановлює певні межі, у яких право має здійснюватися.

Отже, наявність меж суб'єктивного права є його невід'ємною властивістю. Межі суб'єктивного права — це передбачені законом рамки, що визначають міру можливої поведінки уповноваженої особи у правовому відношенні. Порушення встановлених меж здійснення права є недозволеною дією і тягне відмову в захисті суб'єктивного права.

Крім того, здійснення суб'єктивних прав не повинно виходити за межі їхнього призначення, у якому відображається мета, заради досягнення якої суб'єктивне право, власне, виникає (закріплюється, забезпечується). Найчастіше призначення суб'єктивних прав визначається у нормах, встановлених законодавством. Якщо в нормі, що фіксує зміст конкретного суб'єктивного права, визначене його призначення, то при оцінці поведінки уповноваженої особи необхідно керуватися положеннями цієї норми. У разі відсутності такої норм права, слід керуватися загальними правилами ст. 68 Конституції України та ст. 13 ЦК України. У договірних зобов'язаннях межі здійснення суб'єктивного права можуть визначатися угодою сторін, що впливає з викладених вище положень щодо співвідношення договору та цивільного законодавства як регуляторів цивільних відносин.

Хоча межі здійснення суб'єктивних прав установлюються різними способами, їхнє дотримання забезпечується можливістю державного примусу. Межею здійснення прав може бути закінчення строку; умова (скасувальна чи відкладальна); способи здійснення

<sup>133</sup> Стефанчук М. О. Межі здійснення суб'єктивних цивільних прав : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / О. М. Стефанчук. — Київ, 2006. — С. 5.

права тощо. Зловживанням правом є реалізація суб'єктами права наданих їм можливостей недозволеними засобами, а також використання недозволених законом засобів його захисту<sup>134</sup>. Суди мають виходити з неприпустимості зловживання правом (так званої шикани), маючи під цим на увазі здійснення його з використанням недозволених форм, що застосовуються в рамках загального правомірного типу поведінки.

За своєю сутністю зловживання правом є правопорушенням (хоча існують й інші точки зору), а тому, як і кожне правопорушення, тягне застосування до порушників передбачених законом санкцій. Так, згідно ст. 13 ЦК України суд може зобов'язати фізичну особу припинити зловживання своїми правами, а також застосувати інші наслідки, встановлені законом.

Маємо враховувати існування вимог належної реалізації прав — принципів здійснення прав. Поняттям «принципи здійснення суб'єктивних цивільних прав» охоплюються найбільш загальні керівні положення (засади), що визначають первинні універсальні вимоги до поведінки осіб — володільців відповідних суб'єктивних цивільних прав, спрямованої на здійснення вказаних прав та в силу їх законодавчого закріплення носить загальнообов'язковий характер<sup>135</sup>.

Принципи здійснення суб'єктивних цивільних прав діють на різних рівнях правових зв'язків у суспільстві, і забезпечуються можливістю державного примусу. *Принципи концептуального характеру* чинні на рівні правової системи, як явища культури. Вони опосередковуються в межах приватного та публічного права, але принципи здійснення суб'єктивних прав визначаються, насамперед, нормами приватного права, а публічне право встановлює вимоги, що стосуються публічного інтересу у процесі такої реалізації, і передбачає правові засоби владного впливу на випадок порушення як суб'єктивних прав, так і публічного інтересу. Концептуальні принципи здійснення суб'єктивних прав мають загальний характер. На цьому рівні принципи реалізації прав дістають конституційне закріплення у вигляді універсальних правил і звернені як до громадян, так і до державних органів, організацій, службових осіб.

На рівні галузей права чинні *галузеві принципи*: реалізація суб'єктивного права відповідно до його призначення; обов'язок державних органів та посадових осіб сприяти громадянам у реалізації суб'єктивних прав останніх; застосування засобів примусу,

<sup>134</sup> Шевчук О. М. Засоби державного примусу у правовій системі України: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / О. М. Шевчук. — Харків, 2003. — С. 165.

<sup>135</sup> Стефанчук М. О. Межі здійснення суб'єктивних цивільних прав: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / О. М. Стефанчук. — Київ, 2006. — С. 36.

властивих для цієї галузі права; відповідальність за винне правопорушення тощо.

М. О. Стефанчук пропонує систему принципів здійснення суб'єктивних цивільних прав, відповідно до якої кожне таке право має здійснюватись на засадах законності, автономії волі, розумності та добросовісності. На його думку, здійснення суб'єктивних цивільних прав має відбуватись у суворій відповідності до згаданих принципів. Їх сукупність є обов'язковою для застосування при здійсненні усіх без винятку суб'єктивних цивільних прав. Згаданий перелік є не лише необхідним, але й достатнім. Такі принципи здійснення суб'єктивних цивільних прав, як солідарність інтересів і ділового співробітництва, здійснення суб'єктивного цивільного права у відповідності до його призначення, реальність здійснення суб'єктивних цивільних прав, економічність тощо можуть розглядатись як факультативні, тобто властиві процесу здійснення не усіх, а лише окремих цивільних прав. Так, принцип економічності характерний лише для майнових прав і виключається при здійсненні особистих немайнових прав<sup>136</sup>.

#### **2.4. Правове забезпечення приватних (цивільних) прав**

Пристаюючи до розгляду проблем правового забезпечення об'єктивних та суб'єктивних приватних (цивільних) прав, передусім, необхідно зазначити, що у літературі вираз «правове забезпечення» є широко вживаним у різному контексті: «правове забезпечення підприємництва», «правове забезпечення безпеки життєдіяльності», «правове забезпечення безпеки довкілля» тощо. Однак зазначений вираз вживається, зазвичай, як поняття «*sui generis*», не визначається, не розшифровується і не характеризується спеціально. Натомість, він непрямо розкривається через інші поняття, котрі вживаються як його синоніми: «правове регулювання», «правова база» тощо. При цьому, скажімо, «правова база підприємництва» визначається як сукупність законів, нормативних та інструктивних документів, які визначають порядок створення підприємств, реєстрацію фізичних осіб-підприємців, їхні правові та організаційні форми, порядок організації виробництва, забезпечення його необхідними ресурсами, збут, систему оподаткування, відносини між державою та підприємцями, суб'єктів підприємницької діяльності

---

<sup>136</sup> Стефанчук М. О. Межі здійснення суб'єктивних цивільних прав : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / О. М. Стефанчук. — Київ, 2006. — С. 14.

між собою, а також дають підприємцям певні правові гарантії<sup>137</sup>. Отже, в результаті маємо досить «розмите» уявлення про те, що таке правове забезпечення у цій галузі, а точніше, не маємо його зовсім, оскільки можемо з однаковим успіхом вести мову і про «правове забезпечення», і про правове регулювання», і про «нормативне регулювання» тощо.

Перелік прикладів такого вживання термінології у навчальній та методичній літературі можна було б продовжити. Але натомість, звернемося до довідкових юридичних видань. І з'ясуємо, що у вітчизняній Юридичній енциклопедії таке поняття не згадується. Проте, тут є визначення поняття правове регулювання, котре «забезпечується за допомогою спеціально створеного державою правового механізму»<sup>138</sup>. Не міститься поняття «юридичне забезпечення» (чи «цивільно-правове забезпечення») і у Енциклопедії цивільного права України<sup>139</sup>. Фактично, ототожнюються поняття «правове забезпечення» та «правове регулювання» вітчизняними науковцями<sup>140</sup>.

Навіть при випадково-вибірковому аналізі стає помітною відсутність розрізнення зовнішньо подібних, але різних за сутністю правових категорій. Можемо констатувати, що підхід, при якому не розрізняються «правове забезпечення» і «правове регулювання», є досить популярним і дає підстави вважати його проявом типового бачення сутності відповідних категорій.

Зустрічаються праці, у яких поняття «правове забезпечення» розглядається як складна категорія. Так, О. В. Вишняков, розглядаючи напрями правового забезпечення зовнішньоекономічної інтеграції України, поділяє їх на загальні та окремі, визначаючи перший як зняття існуючих взаємних претензій між Україною і ЄС і перехід на новий ступінь відносин, і, відносячи до других імплементацію міжнародних договорів України та інших міжнародно-правових документів, регулювання підприємницьких відносин, інвестиційне регулювання та правову охорону іноземної власності, реформу судової системи та захист приватного бізнесу<sup>141</sup>. Хоча спеціальне визначення поняття «правове забезпечення» у цій праці відсутнє, але

<sup>137</sup> [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://pidruchniki.ws/10610928/ekonomika/pravove\\_zabezpechennya\\_rozvitku\\_pidpriyemnistva](http://pidruchniki.ws/10610928/ekonomika/pravove_zabezpechennya_rozvitku_pidpriyemnistva).

<sup>138</sup> Юридична енциклопедія. В 6 т. Т. 5 / редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) [та ін.]. — Київ: Укр. енцикл., 2003. — С. 40.

<sup>139</sup> Енциклопедія цивільного права України / Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України; відп. ред. Я. М. Шевченко. — Київ: Ін Юре, 2009. — 952 с.

<sup>140</sup> Вінник О. М. Публічні та приватні інтереси в господарських товариствах: проблеми правового забезпечення: монографія / О. М. Вінник. — Київ: Атіка, 2003. — С. 155, 167, 180.

<sup>141</sup> Вишняков О. К. Правове забезпечення зовнішньоекономічної інтеграції України: монографія / О. К. Вишняков. — Одеса: Юрид. літ., 2007. — С. 66–132.

з її змісту можна зробити висновок, що автор під ним має на увазі не тільки правове регулювання відповідних відносин, але також і державою певних організаційно-правових заходів для досягнення певної мети. Проте, і в цьому випадку переважає аналіз вирішення завдань «правового забезпечення» за допомогою того самого правового регулювання.

Враховуючи викладене, поки що виходимо з того, що «забезпечення» — це створення умов для здійснення чого-небудь. Відповідно, «правове забезпечення» — це створення правовими засобами надійних умов для здійснення чого-небудь, вирішення якихось завдань, що являють інтерес для суспільства (держави) та окремих членів суспільства.

Маючи на увазі, що поняття «забезпечення» пов'язане з категоріями «гарантування» та «гарантії», розглянемо далі сутність останніх.

Слід зазначити, що юридичні (правові) гарантії у літературі часом розуміються дуже широко. Зокрема, зазначається, що гарантії це не тільки норми права, які переслідують передусім власне юридичні цілі. Вони визначаються й іншими соціальними нормами: нормами моралі, етики, корпоративними нормами, нормами звичаями<sup>142</sup>. Юридичні гарантії розглядаються також як сукупність об'єктивних і суб'єктивних чинників, спрямованих на реалізацію прав і свобод громадян, на усунення можливих причин і перешкод їх неповного або неналежного здійснення і захист їх від порушень. При такому баченні юридичні гарантії не можуть бути зведені лише до норми чи діяльності, вони знаходять своє вираження в принципах права, інститутах права, принципах законодавства, в правовій поведінці, правовій культурі та правовому порядку.

Під гарантіями пропонується також розуміти прийняті державою на себе обов'язки створювати необхідні умови і надавати відповідні засоби, що забезпечують фактичну реалізацію і усебічну охорону прав і свобод усіх і кожного<sup>143</sup>. Таким чином, виходить, що юридичні гарантії це не лише приписи закріплені в законодавстві, але й принципи права інституту права тощо.

Оцінка правових норм як юридичних гарантій, має певний сенс, оскільки об'єктивне (позитивне) право держави, є важливим соціальним регулятором, ефективність якого визначається саме гаран-

---

<sup>142</sup> *Заворотченко Т. М.* Конституційно-правові гарантії прав і свобод людини і громадянина в Україні: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.01 / Т. М. Заворотченко. — Харків, 2005. — С. 6.

<sup>143</sup> *Соотношение* понятий «правовая охрана», «правовая защита», «обеспечение» и «гарантирование» [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.jourclub.ru/33/1608/4>.

туванням (можливістю здійснення) наданих учасникам відповідних відносин прав. Однак, таке розуміння сутності юридичних гарантій має ту ваду, що тут не розрізняються зміст правових норм, які встановлюють (або деталізують) певні права, і засоби забезпечення реалізації цих прав<sup>144</sup>.

Варто згадати, що правові норми (норми права) і юридичні гарантії мають низку й інших відмінностей. Зокрема, хоча гарантіям і властиві ознаки нормативності, визначеності, системності, спрямованості на забезпечення реальності суб'єктивного права, однак вони не завжди мають такі риси як загальність та абстрактність. Крім того, гарантія не встановлює права та обов'язки, вона сама по собі не є правилом поведінки.

Отже, виходимо з того, що юридичні гарантії це не власне самі правові норми, а передбачені правовими нормами засоби, спрямовані на забезпечення досягнення певної мети, зокрема, на реалізацію норм об'єктивного права, а відтак на здійснення суб'єктивного права особи тощо.

Таким чином, якщо правові норми і можна вважати (із певними застереженнями, про які мова піде далі) юридичними гарантіями суб'єктивних прав, то лише ті з них і у тій частині, що містять вказівку на юридичні засоби, наявність яких створює можливість здійснення особою цивільних прав та захист їх у разі порушення. Це дає підстави розглядати правові норми (норми права) не як юридичні гарантії, а як елементи системи правового забезпечення — державно-владний припис, яким встановлюється або санкціонується правило поведінки, котрим визначають юридичні права і юридичні обов'язки учасників суспільних відносин. У підсумку, можна зробити висновок, що, хоча норми права і виступають як один із засобів правового забезпечення, вони не може бути визнані юридичними гарантіями, під якими доцільно розуміти юридичні засоби забезпечення функціонування правового механізму, здійснення прав та обов'язків учасниками правовідносин.

Але такий висновок не позбавляє необхідності визначення, характеристики та з'ясування сутності останніх. У зв'язку з цим варто торкнутися питання про механізм дії юридичних гарантій (гарантування). У такому контексті має бути розглянута й категорія «примус» («державний примус», «публічний примус»), що є одним із ефективних засобів правового впливу на учасників суспільних відносин. Зокрема, можливість державного примусу до виконання вимог норм права, є однією з ознак, що дозволяє відрізнити їх від інших соціальних норм.

<sup>144</sup> Харитонов Є. О. Юридичні гарантії особистих немайнових прав кандидатів в депутати // Юридический вестник. — 1994. — № 2. — С. 28.

Тут варто згадати про існування позиції, згідно якій для регулювання суспільних відносин державний примус ніколи не був головною гарантією виконання юридичних обов'язків і реалізації права. Натомість, такими гарантіями завжди слугували авторитет законів, сила суспільної думки, свідомість учасників цих відносин<sup>145</sup>.

Проте, така позиція здається дещо романтичною, оскільки реальний юридичний побут свідчить якраз про зворотне, фіксуючи не поодинокі випадки правового нігілізму, розбіжність оцінки вчинків людей з погляду закону і суспільної свідомості, суперечність інтересів різних соціальних груп тощо. Тому більш реалістичним виглядає визнання значення державного (правового) примусу, як засобу правового забезпечення, що є підґрунтям юридичного гарантування суб'єктивних прав особи.

Існує думка, ніби державний примус стоїть тільки за охоронними нормами і лише опосередковано — за регулятивними. Більш того, при гарантії центр тяжіння все більше зміщується від негативних (примусових) елементів до позитивних<sup>146</sup>.

Однак такий підхід ігнорує ту обставину, що примус є властивістю права взагалі: правовий примус (державний, а також санкціонований приватний) або його можливість є неодмінною ознакою будь-якого виду правового забезпечення. Ця теза впливає з такої згадуваної вище ознаки позитивного права, як його нормативність (загальнообов'язковість). До цього слід додати, що засобом його реалізації вважається державна влада, котра розуміється як публічно-політичні відносини володарювання та підпорядкування між суб'єктами, що спираються на державний примус<sup>147</sup>. Таким чином, дія примусового механізму держави розглядається як засіб забезпечення реалізації правових приписів.

Інша річ, що можлива постановка питання про розмежування державного та приватного примусу. Прихильниками такого підходу називалися наступні відмінності між згаданими категоріями: 1) сфера застосування державного примусу значно ширша, ніж сфера приватного примусу; 2) суб'єкт державного примусу не є стороною (учасником) тих відносин, з яких впливає спір. Натомість, особа, яка застосовує приватний примус, як правило, є стороною спірних правовідносин; 3) порядок (процедура) застосуван-

<sup>145</sup> Трюхан О. А. Юридичні гарантії прав працівників на участь в управлінні організацією // Актуальні проблеми держави і права : зб. наук. пр. — Одеса, 2004. — Вип. 22. — С. 802–806.

<sup>146</sup> Боброва Н. А. Гарантии реализации государственно-правовых норм / Н. А. Боброва. — Воронеж : Изд-во Воронеж. ун-та, 1984. — С. 94–103.

<sup>147</sup> Саттарова Н. А. Принуждение в финансовом праве / Н. А. Саттарова ; под ред. И. И. Кучерова. — Москва : Юрлитинформ, 2006. — С. 13.



ня державного примусу врегульована законом, тоді як процедура реалізації приватного примусу визначена в законі приблизно<sup>148</sup>.

Такий підхід приваблює своєю «приватноправовою» спрямованістю. Проте, поки що такі пропозиції виглядають недостатньо переконливими. Достатньо, хоча б, згадати про те, що у випадку «не спрацювання» приватного примусу суб'єкти відповідних відносин можуть перенести розгляд спору у суд, після чого їх стосунки продовжують розвиватися у межах «звичайного» правового регулювання. Якщо ж вони до суду не звертаються, то у разі відмови зобов'язаної сторони підкоритися приватному примусу, стосунки учасників таких відносин вибувають за межі правового поля (звісно, якщо при застосуванні приватного примусу не буде вчинено правопорушення). Крім того, навряд чи виправданим, є використання у якості критерію розмежування зазначених понять тієї обставини, що сфера застосування одного з них є ширшою, ніж іншої. Це, швидше, можна вважати наслідком реальної потреби у тому чи іншому інституті, яка існує у суспільстві, ментальності, правосвідомості людей тощо.

Тому більш коректним здається вести мову про «державний» примус» та «приватний примус, санкціонований державою», котрі врешті, можуть бути поєднані в узагальнюючому понятті «правовий примус». Останнє, у свою чергу, поки що фактично, є, тотожним поняттю «державний примус».

Отже, звернемося до характеристики державного примусу, дефініції якого пропонуються з різними варіаціями.

Так, одні науковці наголошують на тому що державний примус це зовнішній вплив на поведінку, який ґрунтується на організованій силі держави, на наявності у неї матеріальних знарядь влади, і спрямований на зовнішнє безумовне ствердження державної волі<sup>149</sup>. Інші — розглядаючи державний примус, як невід'ємний атрибут здійснення державної влади, зауважують, що цей примус — не самоціль, він є наслідком певної поведінки різних соціальних суб'єктів, яка відхиляється від вимог правових норм, становить загрозу відносинам, що цими нормами регулюються і охороняються, та застосовуються з метою усунення такої поведінки<sup>150</sup>. Державний примус визначають також, як здійснюваний компетентними органами и посадовими особами владний вплив у вигляді приписів від-

<sup>148</sup> Горяїнов А. М. Самозахист як засіб приватного правового примусу // Держава і право. — 2011. — Вип. 53. — С. 413–418.

<sup>149</sup> Алексеев С. С. Социальная ценность права в советском обществе / С. С. Алексеев. — Москва : Юрид. лит., 1971. — С. 106.

<sup>150</sup> Комзюк А. Державний-владний аспект адміністративного примусу // Вісник Академії правових наук України. — Харків, 2000. — № 4. — С. 135.

повідної поведінки (психічний примус) або у формі безпосередньої дії (фізичний примус)<sup>151</sup>, як діяльність уповноважених органів (їх посадових осіб), спрямовану на практичну реалізацію обов'язкових для виконання індивідуальних приписів пов'язаних із попередженням, припиненням протиправних діянь та притягнення до відповідальності, за відсутності їх добровільної реалізації або неможливості такої<sup>152</sup>.

Узагальнююче ці та інші точки зору, державний примус можна визначити як здійснюваний уповноваженими органами або особами владний вплив на особу або на її майнову сферу з метою стимулювання бажаної правомірної поведінки або досягнення певного правового результату.

Сутність державного примусу характеризується через його ознаки, до яких належить, зокрема, те, що він: 1) здійснюється від імені держави її органами або іншими фігурантами, що належать до спеціального апарату примусу; 2) має правовий характер, оскільки застосовується уповноваженими органами у формах, на підставах і з наслідками, передбаченими правовими нормами; 3) здійснюється у зв'язку з неправомірною поведінкою учасників регулятивних правовідносин і для їх кореляції; 4) відображає конфлікт між державною волею, вираженою у нормі права, та індивідуальною волею осіб, що її порушили; 5) є зовнішнім щодо суб'єктів правовідносин впливом на їхню немайнову або майнову сферу з метою примусити цих суб'єктів виконувати правові приписи, не допустити нових порушень тощо; 6) є засобом забезпечення бажаної поведінки учасників правовідносин; 7) здійснюється за допомогою юрисдикційних актів.

Сутність юридичних гарантій полягає у забезпеченні реальності права, а їх функціями є створення сприятливих умов для здійснення (реалізації) суб'єктивних прав, а також здійснення їх охорони і захисту. Основне функціональне призначення юридичної гарантій полягає у охороні та захисті прав і свобод людини від порушень з боку держави, її органів, посадовців, окремих осіб. При цьому, сам факт законодавчого декларування юридичних гарантій ще не є свідченням реального забезпечення прав. Законодавство закріплює гарантії лише абстрактно. Їх реальність буде проявлятися і перевірятися у процесі діяльності органів державної влади і поведінки громадян, вона невід'ємною від правосвідомості та пра-

---

<sup>151</sup> *Базылев Б. Т.* Юридическая ответственность (теоретические вопросы) / Б. Т. Базылев. — Красноярск: Изд-во Краснояр. ун-та, 1985. — С. 40.

<sup>152</sup> *Лук'янець Д. М.* Стереотипи в адміністративному праві: переконання та примус як універсальні методи державного управління // Публічне право. — 2012. — № 2 (6). — С. 40.

вової культури тих та інших. У зв'язку з цим, при з'ясуванні сутності категорій «юридичні гарантії», «правове забезпечення» тощо має враховуватися не лише їхня спрямованість на захист прав та інтересів учасників правовідносин, можливість застосування відповідальності, мір захисту тощо, але й стан правової культури у суспільстві, його ставлення до таких понять як «правосвідомість», «правопорядок» тощо.

Викладене дозволяє дійти висновку, що такі правові феномени як «гарантія», «гарантування» та «забезпечення» є самостійними категоріями. Гарантія виступає однією із складових елементів забезпечувального процесу, є формою його вираження. Об'єктом гарантії є суб'єктивні права людини (фізичної особи). «Забезпечення» і «гарантування» співвідносяться як рід і вид: вони мають спільні ознаки — дієву природу і характеризують форму залежності, і саме таку, через яку одне явище впливає на інше. «Гарантування» і «гарантію» слід розглядати як єдність форми і змісту, де формою виступає гарантія, а змістом — гарантування. Останнім поняттям охоплюються дії, результат діяльності держави, її фігурантів, спрямовані на реалізацію прав та інтересів людини (фізичної особи).

Для забезпечення впровадження цивілізаційних феноменів (яким, зокрема, є право) у певне суспільство, держава, як механізм організації життя цього суспільства, має здійснювати в межах правового поля відповідні заходи. Таким чином відбувається «об'єктивізація» згаданих феноменів, перехід їх з абстрактного цивілізаційного рівня на рівень цінностей, категорій, інституцій відповідної держави. Нерідко, від держави вимагаються значні зусилля, щоб впровадити якісь бажані для більшості (або для правлячої еліти) цивілізаційні феномени, ідеологію тощо в життя суспільства. Прикладів такого впровадження можна навести багато. Наприклад, впровадження християнства, а потім визнання його державною релігією у Стародавньому Римі, рецепція римського права у процесі систематизації Юстиніана, адаптація національного законодавства до європейських стандартів у галузі прав людини тощо.

Хоча, очевидно, згадані зусилля має вживати не лише держава, а й суспільство в цілому, оскільки без цього процес іноді уповільнюється, а іноді взагалі стає неможливим. Така умова не є обов'язковою. Проте, у випадках, коли державі (самотужки чи з допомогою зовнішніх сил) вдається нав'язати суспільству цінності, котрі суперечать його генетичному коду і природному шляху еволюції, існує велика вірогідність зворотності процесу. Прикладом може слугувати історія тих імперій, котрі прагнули (часом досить успішно) поширити на підвладні території свої власні цінності. Такі цінності після розпаду імперії зберігались тією мірою, наскільки

вони відповідали прагненню колишнього підвладного суспільства. Чи не найбільш яскравим прикладом є історія СРСР з його виникненням, піднесенням і загибеллю, оскільки тут відбувалося щеплення не природний цінностей, а їх адаптованого до комуністичної ідеології варіанту.

У кожному разі, правове забезпечення впровадження в життя суспільства права, як цивілізаційної категорії, не може полягати лише у виданні якихось нормативних актів та більш чи менш постійного та ефективного нагляду за їхньої реалізацією.

Цілком очевидно, що діяльність держави є лише одним із засобів правового забезпечення, що дозволяє розрізнити державне та недержавне (громадське) правове забезпечення.

Характеризуючи «державне правове забезпечення», маємо ще раз звернути увагу на необхідність розрізнити у цій галузі (втім, як і у інших) «правове» і «законодавче» забезпечення, що впливає з того, що поняття «право» і «закон» не є тотожними.

Що стосується класифікації діяльності держави по правовому забезпеченню реалізації прав людини (фізичної особи), то вона може виглядати таким чином:

1) методологічне та доктринальне забезпечення. Розробка за «державним замовленням» концепції права, визначення засад правового забезпечення тощо; державна підтримка певної доктрини права. Сюди можна віднести й ідеологічне забезпечення, як форму державних зусиль по створенню світоглядного підґрунтя впровадження нових (оновлених) правових феноменів;

2) законодавче забезпечення. Включає видання законів та інших актів законодавства, санкціонування правових звичаїв та норм моралі, що стосуються об'єкта законодавчого забезпечення;

3) забезпечення належної реалізації норм законодавства, які стосуються об'єкта забезпечення, за допомогою відповідних державних інституцій, судової системи;

4) інформаційно-виховне забезпечення. Роз'яснення сутності положень, що впроваджуються, мети впровадження тощо. Правова освіта, яка здійснюється у певному напрямку і з певними акцентами;

5) організаційне забезпечення за допомогою системи органів, що відповідають за різні напрями впровадження концепції забезпечення прав.

Що стосується недержавного(громадського) правового забезпечення, то до його форм (видів), передусім, варто віднести:

1) світоглядне забезпечення, яке, очевидно, охоплює й правову ментальність населення (суспільства). Цінності, інституції, категорії, поняття, які впроваджуються, мають або бути такими, що

не суперечать світогляду більшості суспільства, або адаптованими до визнаних світоглядних засад;

2) доктринальне забезпечення — у тій його частині, що виникає незалежно від завдань держави щодо наукових розробок (і зацікавленості держави у таких розробках). Впровадження правових цінностей, системи права, правових інститутів, інституцій має відбуватися за умови готовності до такого впровадження з боку правознавців — фахівців у цих та суміжних галузях;

3) правосвідомість населення. Правосвідомість може слугувати як стимулюючим, так і гальмуючим чинником. Цінності можуть впроваджуватися на вже існуюче підґрунтя, але, частіше, така основа формується у процесі впровадження.

(Що стосується недержавних форм правового забезпечення, то тут варто звернути увагу на можливість існування значного розмаїття у світоглядних засадах, ментальності, поглядах фахівців, рівнях правосвідомості у різних верств населення, у різних регіонах тощо. Але детальніше про це йшлося при загальній характеристиці проблем правової адаптації) .

## **2.5. Медична допомога у контексті забезпечення права людини на життя та здоров'я**

У ст. 49 Конституції України проголошено право кожного на охорону здоров'я, медичну допомогу та медичне страхування. Реальне забезпечення зазначеного конституційного права потребує наявності розвинутого законодавства у сфері здійснення медичної діяльності, що ґрунтується на міжнародних та європейських стандартах, зокрема положеннях Дванадцяти принципів надання медичної допомоги в будь-якій національній системі охорони здоров'я, прийнятих 17-ю Всесвітньою Медичною Асамблеєю (Нью-Йорк, США, жовтень 1963 р.) (зі змінами та доповненнями, внесеними 35-ю Всесвітньою Медичною Асамблеєю (Венеція, Італія, жовтень 1983 р.), стандартах Європейського Союзу у даній сфері. В умовах євроінтеграції Україна взяла на себе зобов'язання привести законодавство у сфері охорони здоров'я у відповідність до законодавства ЄС.

Нового поштовху цей процес набув у зв'язку із підписанням угоди про асоціацію з Європейським Союзом. Гармонізація законодавства України з правом Євросоюзу є однією з важливих умов поглиблення співпраці нашої країни з європейськими інтеграційними організаціями та його державами-членами. Вона створює необхідні передумови для переходу до наступних стадій інтеграції, включаючи членство України в ЄС. По-перше — це приєднання

до міжнародно-правових документів, які закріплюють міжнародні стандарти у певній галузі. По-друге — ухвалення національних правових актів, положення яких відповідають нормам права ЄС.

У цілому, нова стратегія ЄС щодо охорони здоров'я має такі напрями: вдосконалення системи інформації щодо здоров'я на всіх рівнях суспільства; створення механізму швидкого реагування на основні загрози для здоров'я; зосередження на детермінантах здоров'я, зокрема на шкідливих чинниках, пов'язаних зі стилем життя.

Відповідно до ст. 51 Угоди про партнерство та співробітництво між Україною і Європейськими Співтовариствами (Європейським Союзом) та їх державами-членами від 16 червня 1994 р. Україна взяла на себе зобов'язання вживати заходів для поступового приведення національного законодавства у відповідність із *законодавством Європейського Союзу* у сфері охорони здоров'я та життя людей. Однак ця стаття не визначає, якого ступеня відповідності належить досягти в процесі адаптації законодавства України. Прийнята національна стратегія побудови нової системи охорони здоров'я в Україні на період 2015–2025 рр.<sup>153</sup>, яка має на меті визначення напрямів і механізмів формування нової системи охорони здоров'я, реалізація яких сприятиме збереженню та зміцненню системи громадського здоров'я, пріоритетності профілактичного напрямку діяльності сфери охорони здоров'я, зниження показників захворюваності, інвалідності та смертності населення, підвищення якості та ефективності надання медичної допомоги, запровадженню ефективних організаційно-правових та фінансово-економічних механізмів, підвищенню соціальної справедливості й захисту прав громадян на охорону здоров'я.

Європейське законодавство в галузі медицини базується на Медичному законі (Medical Act — 1983 р.)<sup>154</sup>, тобто він є основним законодавчим актом, що регулює діяльність в галузі медицини.

Правове регулювання медичної діяльності забезпечують: Директива 2015/2059/ЄС<sup>155</sup> про визнання професійної кваліфікації лікарів. Вона встановлює зобов'язання ЄС для розпізнавання медичної кваліфікації, що проводяться лікарями з в рамках Європейського економічного простору (ЄЕП).

<sup>153</sup> *Національна стратегія побудови нової системи охорони здоров'я в Україні на період 2015–2025 рр.* [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://healthsag.org.ua/wp-content/uploads/2014/11/Projekt-Strategiyi-reformi\\_OZ.pdf](http://healthsag.org.ua/wp-content/uploads/2014/11/Projekt-Strategiyi-reformi_OZ.pdf).

<sup>154</sup> Medical Act 1983 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://www.gmc-uk.org/about/legislation/medical\\_act.asp](http://www.gmc-uk.org/about/legislation/medical_act.asp).

<sup>155</sup> The European Union (Recognition of Professional Qualifications) Regulations 2015 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://www.gmc-uk.org/EU\\_RPQ\\_regs\\_BIS\\_18Jan16\\_en.pdf\\_64343372.pdf](http://www.gmc-uk.org/EU_RPQ_regs_BIS_18Jan16_en.pdf_64343372.pdf).

Для впровадження Директиви 2015/2059/ЄС в законодавстві ЄС, необхідно перенести директиву в нормативні акти країн ЄС. Ці правила мають силу закону. Відповідні розділи цих правил будуть включені в медичний Закон 1983 р. після консультації Департаменту охорони здоров'я щодо здійснення перегляду Директиви про визнання професійної кваліфікації.

Впершу чергу адаптація законодавства України пов'язана з відповідності законодавства України *acquiscommunautaire* у сфері регулювання обігу фармацевтичних препаратів. Ліки та медичні вироби представляють собою продукти при дотриманні правил єдиного ринку, і, отже, ЄС має компетенцію для їх вирішення шляхом оцінки і контролю. З метою охорони здоров'я населення, перш ніж на ринок поступають нові лікарські препарати для людини повинна бути дозволена або в рамках централізованої процедури Європейського агентства з лікарських засобів (ЕМА) і/або децентралізовано національними установами. Медичні прилади вимагають детального нормативно-правової бази щодо доступу до ринку через організації приватного сектора.

Правовою основою медичної діяльності є ст. 168 Договору про функціонування Європейського Союзу (TFEU). Європейська політика в галузі охорони здоров'я заснована на тому принципі, що здоров'я населення є необхідною умовою для задоволення основних цілей ЄС процвітання, солідарності і безпеки. Крім того, стратегія ЄС в галузі охорони здоров'я пропонує три мети: зміцнення здоров'я в старіючому Європі; захист громадян від загроз здоров'ю; і підтримки динамічних систем охорони здоров'я та нових технологій. З економічної точки зору, фармацевтичний сектор, будучи одним з найбільш стійких галузей, вносить важливий внесок в європейський добробут за рахунок наявності лікарських засобів, економічного зростання та забезпечення стійкої зайнятості.

Лікарський засіб являє собою будь-яка речовина або поєднання речовин, представлених для лікування або профілактики захворювань у людини. З метою охорони громадського здоров'я, дозвіл ринку, класифікація і маркування лікарських засобів регулювалося в ЄС з 1965 р. Великі відмінності між законодавством держав-членів перешкождали торгівлі лікарськими засобами на внутрішньому ринку. ЕМА несе відповідальність за оцінку лікарських засобів з моменту її створення в 1993 р. Централізована процедура авторизації була введена в дію в 1995 р., щоб гарантувати найвищий рівень охорони здоров'я і забезпечення доступності лікарських засобів. Основою законодавства в цій галузі є Директива 2001/83 / ЄС і Регламент (ЄС) № 726/2004, які встановлюють правила для створення централізованих та децентралізованих процедур. У 2008 р.

Комісія запропонувала «Фармацевтичний пакет», нове бачення для фармацевтичної галузі, орієнтованої на «безпечні, інноваційні та доступні лікарські засоби», а також три законодавчих пропозицій, спрямованих на надання інформації для громадськості, моніторинг безпеки та боротьби з фальсифікованими ліками. Після того, як ліки розміщуються на ринку, вони відстежувалися протягом всього терміну їх служби по системі фармаконагляду, яка реєструє будь-які побічні ефекти препаратів в повсякденній клінічній практиці. Перша правова база для здійснення фармаконагляду вступила в силу з Директивою 2001/83 / ЄС і Регламент (ЄС) № 726/2004. У 2012 р. нові вимоги і процедури були закладені в новому Регламенті 1027/2012 та Директиві (2012/26 / ЄС).

Проводяться клінічні випробування для систематичного дослідження лікарських засобів в організмі людини, які спрямовані на вивчення ефективності та безпеки даних ліків. Для того, щоб продукт, був розміщений на ринку, він повинен супроводжуватися документами, із зазначенням результатів випробувань. Стандарти розвиваються поступово — як в ЄС, так і на міжнародному рівні. З 1990 р. вони кодифіковані в законодавстві ЄС, процес, який є обов'язковим для фармацевтичної промисловості.

У 2006 р. Сьома рамкова програма досліджень (FP7) і конкурентоспроможності та Програма інновацій (CIP) були прийняті для підтримки нових технологій і прискорену їх комерціалізацію. Третя програма охорони здоров'я була передбачена відповідно до Регламенту (ЄС) № 282/2014 Європейського Парламенту та Ради від 11 березня 2014 р. про створення третьої Програми дій Союзу в галузі охорони здоров'я 2014–2020 рр., і це буде підтримка дії в галузі інфекційних захворювань та інших загроз для здоров'я, людських тканин і клітин, крові, людських органів, медичних приладів та лікарських засобів.

Створення стимулів для розвитку фармацевтичних препаратів є актуальною мірою для боротьби з хворобами, особливо в країнах, що розвиваються. ЄС втрачає свої позиції в фармацевтичних інноваціях, дослідженнях і розвитку інвестицій поступово переселені з Європи в США і Азії. Крім того, цей сектор має все більш і більш глобальний характер.

В даний час ЄС як і раніше розглядає законопроект про «лікарські засоби для людини: інформацію про продукцію, яка видається за рецептом лікаря» (2008/0255 (COD)). Парламент ЄС вважає, що інформація про лікарські засоби, які підлягають призначенню, повинні бути доступні для пацієнтів, так і широкої громадськості. Пацієнти повинні мати право на легкий доступ до короткої характеристики продукту і листок-вкладиш в електронному



та друкованому вигляді. Листівка повинна включати в себе вказівку на переваги і потенційні ризики даного лікарського засобу, а також короткий опис отримання додаткової інформації, спрямованої на забезпечення безпечного і ефективного використання лікарського засобу. Чітке розходження має бути зроблено між інтерпретацією інформації та реклами, а також заборона реклами для широкого загалу за рецептом тільки для лікарських засобів.

Слід зазначити, що Європейський Союз (далі — ЄС) має пряму юрисдикцію у сфері охорони здоров'я. У секторі охорони здоров'я в рамках ЄС здійснює правотворчість з врегулювання правових питань трансплантації людських органів, а також донорство крові. При цьому обговорюється також питання правового втручання у сферу трансплантації (пересадки) органів. ЄС почав втілювати цілий ряд стратегій моніторингу та контролю за інфекційними захворюваннями. У контексті міжнародних загроз для здоров'я, (наприклад, атипова пневмонія), які ЄС сприяє створенню таких міжнародних організацій, як Європейський центр з контролю над захворюваннями (*European Center for Disease Control — ECDC*). ЄЦКХ контролює захворюваність у Європі, виявляє можливі загрози у галузі охорони здоров'я, збирає наукові оцінки, оприлюднює дослідження з епідеміологічних питань і формує групи науковців та дослідників по цілій Європі. Іншою важливою сферою політики ЄС з охорони здоров'я є необхідність створення таких агентств та служб, які надають професійну оцінку та поради, збирають та розповсюджують інформацію і зазвичай підтримують установи ЄС Утворилася велика кількість таких представництв, з яких двома найголовнішими є Європейське агентство з лікарських засобів (*European Medicines Agency*) та Європейське агентство з безпеки харчових продуктів (*European Food Safety Agency*). Ці організації відіграють надзвичайно важливу роль у законодавчій діяльності ЄС, а саме — регулюють ліцензування лікарських засобів та харчових продуктів на ринку, забезпечуючи високий рівень їх якості та безпеки для споживання<sup>156</sup>.

Необхідно зазначити, що в ЄС існує чітка система надання медичної допомоги, де б не знаходилася особа, а саме це право реалізується за допомогою Європейської карти медичного страхування, яка полегшує для 28 держав — членів ЄС, а також для жителів Ісландії, Ліхтенштейну, Норвегії і Швейцарії отримання медичної допомоги під час їх візитів за кордон. Медична карта гарантує отримання такої самої медичної допомоги як удома. Якщо ви потребуєте медичної допомоги в країні, де повинні платити за медичну

<sup>156</sup> Lear Julia. EU law and health policy in Europe / Julia Lear, Elias Mossialos // Euro Observer. — 2008. — Vol. 10, N 3.

допомогу, то після повернення в свою країну отримує відшкодування. Однак важливо відзначити, що карта не діє, якщо ви виїжджаєте за кордон для лікування хронічної хвороби або травми, або за отриманням приватної медико-санітарної допомоги. Відомо, що деякі веб-сайти пропонують європейську картку медичного страхування. Але її можна отримати безкоштовно в місцевих органах охорони здоров'я. Національна служба охорони здоров'я Великобританії *National Health Service* англійською мовою ознайомлює громадян країн-членів про можливість отримання медичної допомоги і відшкодування в разі платної медичної послуги<sup>157</sup>.

Зазначимо, що 23 жовтня 2007 р. Європейська Комісія прийняла Нову стратегію «Разом для здоров'я: стратегічний підхід для Європейського Союзу на 2008–2013 рр.», щоб встановити цілі, якими будуть керуватися в майбутній роботі з охорони здоров'я на європейському рівні. У рамках Європейської комісії, стратегія дотримується другої програми дій Співтовариства у сфері охорони здоров'я на 2008–2013 рр. з метою поліпшення безпеки здоров'я громадян; зміцнення здоров'я для поліпшення добробуту; генерації та розповсюдження медичних знань<sup>158</sup>. Європейська комісія ЄС взяла на себе зобов'язання про захист прав споживачів щодо охорони здоров'я<sup>159</sup>.

Спільні рішення Ради Європи щодо найважливіших проблем в охороні здоров'я встановлюється такими актами, як директиви (конвенції) та договори (угоди, хартії тощо). Серед найважливіших договорів, що врегульовують питання міжнародних відносин у медичній галузі є: Європейська конвенція про соціальну та медичну допомогу (ETS № 14); Європейська угода про обмін лікувальними субстанціями людського походження (ETS № 26); Європейська угода про підготовку та навчання медсестер (ETS № 59); Європейська соціальна хартія (*переглянута*) (ETS № 163); Конвенція про захист прав та гідності щодо застосування біології та медицини: Конвенція про права людини та біомедицину (ETS № 164) та інші.

На сьогоднішній день потрібно в Україні створити етичні комітети. Вперше вони були створені у Франції — Національний комітет з проблем медичної етики, аналогічні комітети створено в Італії та Данії, а тепер такі інститути існують майже в усіх краї-

<sup>157</sup> AzEurópai Egészségbiztosítási Kártya [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=559&langId=hu>.

<sup>158</sup> European Commission (2007 c): White Paper: Together for Health: A Strategic Approach for the EU 2008–2013. Brussels, 23.10.2007 [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://ec.europa.eu/health-eu/doc/whitepaper\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/health-eu/doc/whitepaper_en.pdf).

<sup>159</sup> Про загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу: Закон України від 18 берез. 2004 р. № 1629-IV // Відомості Верховної Ради України. — 2004. — № 29. — Ст. 367.

нах Західної Європи (Угорщина, Словаччина, Чехія). Наприклад, в Угорщині в кожній лікарні діють представники прав хворих від 2000 р. Їх завдання полягає в допомозі у вивченні права пацієнтів, написання скарг інформування медичних працівників про права пацієнтів, доступ до документації хворого. Представник не перебуває у трудових правовідносинах з лікарнею, а з управлінням охорони здоров'я. Таким чином, він є незалежна персона і це сприяє коректному вирішенню спірних питань між пацієнтом та лікарем. Однак, в Угорщині в психіатричних лікарнях, лікар не повідомляє представника, бо вважає, що вирішення всіх питань лише його стосуються. Представникам постійно потрібно підвищувати кваліфікацію. Лежачий чи ходячий хворий повинний повідомлятися про прийомні години представника, його телефон, поштову адресу, тобто в будь-яким чином він має право особисто до нього звернутися і з наданням необхідної інформації для представлення його інтересів. Бувають випадки, коли хворий бажає залишитися анонімним і у такому разі потрібно розглянути його клопотання. Закон Угорщині «Про охорону здоров'я» ст. 156<sup>160</sup> передбачає, що в кожній лікарні створюються етичні комітети, які захищають права пацієнтів, вирішують виникаючі етичні питання між хворим та лікарем (наприклад, порушення лікарської таємниці, етичні проблеми про клінічних досліджах, тощо).

На сьогоднішній день в Україні схожим є створена Медична рада, яка визначає порядок проведення внутрішнього контролю якості надання медичної допомоги та медичних послуг закладами охорони здоров'я незалежно від форми власності та підпорядкування. Вона створюється з метою залучення працівників закладів охорони здоров'я незалежно від форми власності та підпорядкування до діяльності з проведення оцінки якості та обсягів медичної допомоги та медичних послуг<sup>161</sup>. Медична рада здійснює внутрішній контроль діяльності закладу охорони здоров'я. Повідомлятися про такі ради мають пацієнти лікарні шляхом розміщення на дошці оголошень такої інформації. Існує ще один орган клініко-експертна комісія Міністерства охорони здоров'я України, яка є постійно діючим органом, що утворюється для колегіального розгляду клініко-експертних питань діагностики, лікування та реабілітації в закладах охорони здоров'я незалежно від форми власності та підпорядкування та у фізичних осіб — підприємців, що провадять гос-

---

<sup>160</sup> Az egészségügyről: Törvény 1997. évi CLIV [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://net.jogtar.hu/jr/gen/hjegy\\_doc.cgi?docid=99700154.TV](http://net.jogtar.hu/jr/gen/hjegy_doc.cgi?docid=99700154.TV).

<sup>161</sup> Положення про медичну раду закладу охорони здоров'я: наказ МОЗ України від 06.08.2013 № 693 // Офіційний вісник України. — 2013. — № 80. — С. 231. — Ст. 2986.

подарську діяльність з медичної практики щодо надання медичної допомоги та медичних послуг<sup>162</sup>.

Таким чином, адаптація законодавства України до законодавства ЄС процес клопіткий, який почався із адаптації обігу фармацевтичних препаратів і продовжується по сьогодні. Надалі потрібно завершити реформування системи охорони здоров'я в Україні, першочергово ввести обов'язкове медичне страхування і реформувати систему надання медичних послуг і удосконалити фінансування охорони здоров'я.

## **2.6. Відновлення строків позовної давності при захисті прав фізичної особи**

Можливість захисту цивільних прав часто залежить від дотримання строків, установлених законом для того чи іншого випадку. Сплив строку позовної давності не обмежує особу в праві на звернення за судовим захистом, оскільки із закінченням строку припиняється можливість реалізації у примусовому порядку порушеного права, а не право особи на судовий захист.

Виникають деякі ускладнення при застосуванні норм іноземного права, що стосуються позовної давності. Це, насамперед, пов'язано з тим, що в законодавстві різних країн містяться норми, в яких не збігаються ні тривалість строків позовної давності, ні умови їх поновлення. До того ж країни континентальної системи права відносять позовну давність до інституту матеріального права, тоді як законодавство англо-американської правової системи відносить його до процесуального права.

У зв'язку з розширенням економічного співробітництва в Європі та відмінностями в правових системах цих країн, постало питання щодо уніфікації законів європейських держав, що, в свою чергу, має сприяти ефективному захисту цивільних прав громадян в кожній європейській країні. Одним із методів, який застосовується з цією метою, є складання модельних законів. До них належать, зокрема, Принципи європейського договірної права, Принципи міжнародних комерційних договорів та найбільш об'ємний типовий закон — Модельні правила європейського приватного права (Draft Common Frame of Reference).

В умовах ринкової економіки та євроінтеграційних зусиль України, її приватне право у своїх принципових положеннях потребує

<sup>162</sup> Про організацію клініко-експертної оцінки якості медичної допомоги : наказ МОЗ України від 06.08.2013 № 693 // Офіційний вісник України. — 2013. — № 80. — С. 225. — Ст. 2986.

узгодженості приватному праву європейських країн світу. На думку Європейської Комісії, Draft Common Frame of Reference — Модельні правила європейського приватного права (далі — Модельні правила), сприятимуть поширенню знань у сфері приватного права у всіх правових системах країн — членів Європейського Союзу та зближенню останніх, а також виробленню єдиного підходу до врегулювання відносин у сфері приватного права.

Багато норм Цивільного кодексу України 2003 р. (далі — ЦК України) повторюють положення, що передбачені Модельними правилами. Це можна пояснити, насамперед, тим, що проект ЦК України створювався із широким використанням тих правових підходів, що реалізовані у цивільних кодифікаціях Франції, Нідерландів, Німеччини, Швейцарії, у Модельному ЦК для країн СНД та в інших міжнародно-правових документах. Але, звичайно ж, існують відмінності, що зумовлені швидким розвитком цивілістичної науки в країнах Європи.

Положення про строки позовної давності містяться в главі VII, книги III «Зобов'язання та відповідні права» Модельних правил. Щодо ЦК України, то нормам, що стосуються строків позовної давності присвячена глава 19.

Згідно ст. 257 ЦК України загальний строк позовної давності встановлюється у три роки. Таким чином, на протязі саме цього строку, особа чиї права порушені, має право звернутись до суду. Це положення повністю відповідає ст. III.—7:201 Модельних правил.

Статтею 258 ЦК України встановлюється спеціальна позовна давність, тобто така, що може бути скорочена чи більш тривала порівняно із загальною позовною давністю. Зокрема, в ч. 2 ст. 258 ЦК України визначені окремі види вимог, стосовно яких встановлюється скорочений строк позовної давності в один рік. Відповідно до ст. III.—7:601 Модельних правил правила про позовну давність можуть бути зміннені за угодою сторін, зокрема, шляхом скорочення чи подовження строків позовної давності. Але не можуть встановлюватися строки менше 1 року і більше 30 років. На відмінну від Модельних правил, ЦК України забороняє скорочення, встановлених законом строків позовної давності, за домовленістю сторін. Модельними правилами не визначається скорочений строк позовної давності, але можна зробити висновок, що максимальний скорочений строк позовної давності складає один рік, виходячи з положень ст. III.—7:601, п. 2, наступного змісту: «Однак не може бути встановлений строк позовної давності менше року або більше 30 років з моменту початку строку, передбаченого правилами ст. III.—7:203 (Початок строку)».

Щодо продовжених строків позовної давності, то відповідно до ст. 259 ЦК України сторони, за домовленістю, можуть збільшувати встановлені законом строки позовної давності. Що стосується Модельних правил, то відповідно до ст. III.–7:202 строки позовної давності можуть встановлюватись в 10 років для вимоги, встановленої рішенням суду, рішенням арбітражу чи іншим актом, що має силу судового рішення. Також в Модельних правилах, на відміну від ЦК України, встановлюється максимальна тривалість строку позовної давності. Згідно до ст. III.–7:307 строк позовної давності у разі призупиненні або відстроченні його закінчення, за правилами глави VII, не може перевищувати 10 років, а у разі вимоги про відшкодування шкоди, заподіяної життю або здоров'ю 30 років. Зазначене правило не стосується призупинення строку позовної давності за правилами ст. III.–7:302 (Зупинення позовної давності у разі судового чи іншого розгляду).

У ч. 2 ст. 267 ЦК України наголошується, що заява про захист цивільного права або інтересу повинна бути прийнята судом до розгляду, незалежно від впливу позовної давності. Суд, за виняткових обставин, може поновити пропущений строк позовної давності і захистити порушене право. В цивільному законодавстві України та Модельних правилах відсутній перелік таких поважних причин. Але, враховуючи загальні засади цивільного законодавства та судочинства України, до поважних причин пропуску позовної давності, зокрема, відносяться ті обставини, які виникли незалежно від волі особи, що мала право відповідної вимоги та об'єктивно унеможливили звернення цієї особи до суду, у період дії строку позовної давності. Водночас, Модельні правила такі обставини відносять до підстав призупинення строків позовної давності. Зокрема, ст. III.–7:303 (Призупинення позовної давності в разі перешкоди, що знаходиться поза контролем кредитора) передбачає, що перебіг позовної давності зупиняється на час, поки кредитор не має можливості захистити своє право внаслідок перешкоди, що знаходиться поза його контролем, якої кредитор, що можна розумно припускати, не міг уникнути або подолати. Це положення застосовується тоді, коли перешкода виникла або існувала в останні шість місяців строку позовної давності. З метою застосування цієї статті, поняття «перешкода» включає і психологічну перешкоду.

Важливим є положення ч. 4 ст. 267 ЦК України про те, що вплив позовної давності про застосування якої заявлено стороною в спорі є підставою для відмови у позові. Ці положення повністю відповідають ст. III.–7:501 Модельних правил. У відповідності до норми ч. 3 ст. 267 ЦК, суд зобов'язаний застосувати позовну давність лише за заявою сторони у спорі, причому така заява має бути

подана до винесення судового рішення. Стаття III.–7:503 Модельних правил дещо конкретизує строк подання такої заяви, вказуючи на те, що вимогу, стосовно якої минув строк позовної давності, тим не менш може бути зараховано, якщо боржник не заявляв про сплив позовної давності раніше, або не заявить про це протягом двох місяців після повідомлення про її зарахування. Також, ст. III.–7:502 Модельних правил та ст. 266 ЦК України встановлюють, що позовна давність пропущена на основну вимогу, вважається пропущеною і стосовно додаткової вимоги.

Необхідно зазначити, що ЦК України та Модельні правила містять деякі норми, спрямовані на більш повний захист особи, цивільні права якої порушені. Так, ч. 1 ст. 267 ЦК України та ст. III.–7:501 Модельних правил встановлюють, що у випадку коли особа виконала зобов'язання після спливу позовної давності, така особа не має права вимагати повернення виконаного, навіть якщо у момент виконання вона не знала про сплив позовної давності.

Також, важливо зазначити, що в Модельних правилах є нове для української цивілістичної науки поняття «відстрочка закінчення строку позовної давності». Відповідно до ст. III.–7:304, наступного змісту: «Якщо сторони ведуть переговори про вимогу або про обставини, з якими пов'язане її виникнення, строк позовної давності спливає не раніше одного року з моменту останнього контакту, наявного в ході переговорів. Положення ст. III.–7:305 містить поняття відстрочки у разі закінчення строку у випадку недієздатності, а саме якщо у недієздатної особи відсутній представник, строк позовної давності з приводу приналежній цій особі вимозі чи вимозі щодо цієї особи, закінчується не раніше одного року з моменту набуття такою особою дієздатності, або призначення цій особі представника. Також строк позовної давності щодо вимог між недієздатною особою і його представником закінчується не раніше одного року після набуття особою дієздатності, або призначення нового представника. Також, у ст. III.–7:306 зазначено, що у разі смерті кредитора чи боржника, строк позовної давності на вимогу, яка відноситься до майна померлого чи задовольняється за рахунок цього майна, закінчується не раніше року після появи можливості примусово реалізувати вимогу відповідно спадкоємцем або проти спадкоємця, представником спадкового майна або проти нього.

Можна зробити висновки, що поширення строків позовної давності на всі цивільні правовідносини, визначає важливість їх законодавчого закріплення, як в окремо взятих країнах, так і на міжнародно-правовому рівні, задля ефективного захисту цивільних прав фізичних осіб.

Україні важливо враховувати нові досягнення цивілістичної науки при реформуванні правової системи, для прискорення інтеграційних процесів до європейського співтовариства. А Модельні правила є одним із тих міжнародно-правових актів, що потребує детального вивчення та аналізу українськими законодавцями. Та як зазначають розробники Модельних правил, типові правила, закріплені в ньому, ґрунтуються на порівняльному аналізі законодавства країн — членів Європейського Союзу. Цей документ не рекомендує шляхів вирішення тієї чи іншої проблеми в правовому полі, а пропонує так званий проміжний варіант у спірних ситуаціях. Тому можливе застосування положень Модельних правил з урахуванням особливостей кожної національної правової системи.

Отже, з вище наведеного можна зробити висновок, що сучасні положення ЦК України, хоча і відповідають положенням Модельних правил, але все ж таки потребують коректив з погляду на останні досягнення європейського цивільного права.



## ПРАВА НА РЕЧІ

### 3.1. Засади регулювання відносин власності за цивільним законодавством України та деяких європейських країн

Особливе значення для упорядкування відносин власності мають закріплені у цивільному законодавстві головні принципи, відповідно до яких здійснюється їх регулювання. Такі закріплені законодавством принципи у вітчизняній цивілістиці отримали назву засад, тобто це ті нормативно оформлені основоположні, керівні ідеї, положення, що викристалізувались у процесі законотворчості, і носять характер фундаментальних і опорних для всього цивільно-правового регулювання, які несуть в своєму змісті інформацію про способи, властивості і ознаки правового регулювання у сфері майнових і особистих немайнових відносин<sup>163</sup>.

Однією з відомих класифікацій принципів права і цивільного права, зокрема, є класифікація, відповідно до якої виділяють: загальноправові принципи, міжгалузеві, галузеві, підгалузеві та інституційні принципи<sup>164</sup>. Керуючись цим загальним підходом, визначимо основні принципи правового регулювання відносин власності. Вважаємо, що тут доцільно виділити такі групи принципів: загальноправові, галузеві, підгалузеві та інституційні. Більшість з них закріплені у правових нормах, тобто є так званими нормами-принципами<sup>165</sup>.

<sup>163</sup> *Комиссарова Е. Г.* Принципы в праве и основные начала гражданского законодательства: дис. ... канд. юрид. наук / Е. Г. Комиссарова. — Екатеринбург, 2002. — 303 с.

<sup>164</sup> Див: *Алексеев С. С.* Проблемы теории права: курс лекций. В 2 т. Т. 1 / С. С. Алексеев. — Свердловск: Свердл. юрид. ин-т, 1972. — С. 105–106; *Свердлык Г. А.* Принципы советского гражданского права / Г. А. Свердлык. — Красноярск: Изд-во Краснояр. ун-та, 1985. — С. 105–192; *Явич Л. С.* Право развитого социалистического общества: сущность и принципы / Л. С. Явич. — Москва: Юрид. лит., 1978. — С. 147–148; *Семенов В. М.* Конституционные принципы гражданского судопроизводства / В. М. Семенов. — Москва: Юрид. лит., 1982. — С. 30–31.

<sup>165</sup> *Некіт К. Г.* Засади регулювання відносин власності // Цивільне законодавство України (основні категорії, принципи та концепти): монографія / за заг. ред. Є. О. Харитонова. — Одеса: Фенікс, 2012. — С. 136–152.

До загальноправових принципів, які відображають специфіку правового регулювання відносин власності, як видається, можна віднести наступні: принцип рівності (ст. 13 Конституції України, ч. 2 ст. 318 ЦК України); принцип недискримінації (ст. 24 Конституції України, ч. 2 ст. 317 ЦК України); принцип пріоритету загальносуспільного над приватним (принцип обмеження свободи індивіда інтересами суспільства) (ст. 13 Конституції України, ч. 5 ст. 319 ЦК України); принцип верховенства права (ст. 8 Конституції України).

Сутність *принципу рівності* зводиться до того, що до однойменних суб'єктів не можуть застосовуватись будь-які розрізнення, винятки, обмеження чи переваги з огляду на певні їхні властивості. Зміст принципу рівності проявляється насамперед у рівності прав і свобод, рівності юридичних властивостей, в рамках яких суб'єкти права здійснюють свою діяльність, а також рівності перед законом і судом<sup>166</sup>.

Принцип рівності стосовно відносин власності знаходить своє закріплення у ст. 13 Конституції України та ч. 2 ст. 318 ЦК України, відповідно до яких усі суб'єкти права власності є рівними перед законом. Це означає, що всім суб'єктам права власності гарантується рівна свобода при здійсненні їх прав власності, рівні можливості у набутті права власності або відмови від нього тощо. В рамках своєї свободи кожна людина може вчиняти будь-які дії і, якщо ці дії не порушують таку ж рівну свободу інших суб'єктів права, вони вважаються правомірними і допустимими<sup>167</sup>. Крім того, принцип рівності у сфері відносин власності конкретизується в інституційному принципі рівності всіх форм власності.

*Принцип недискримінації* припускає, що ставлення до всіх людей не має мати відмінностей, заснованих на ознаках раси, статі, національності, мови, соціального походження, майнового становища, політичних, філософських, релігійних поглядів або інших подібних критеріїв.

Стосовно відносин власності принцип недискримінації знаходить своє втілення у ч. 2 ст. 317 ЦК України, згідно якої на зміст права власності не впливають місце проживання власника та місце знаходження майна, що відповідає положенням ст. 24 Конституції України, відповідно до якої не може бути привілеїв чи обмежень за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших

---

<sup>166</sup> *Фуллей Т.* Загальнолюдські (загальноцивілізаційні) принципи права: деякі теоретичні аспекти // Право України. — 2007. — № 3.

<sup>167</sup> *Іванова С. А.* Соціальна справедливість в системі принципів російського права // «Черные дыры» в Российском законодательстве: юрид. журн. — 2005. — № 1. — С. 71–81.

переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними або іншими ознаками.

*Принцип пріоритету загальносуспільного над приватним* знайшов своє відображення як у національному законодавстві, так і у міжнародних правових документах. Так, у Статуті Організації ООН по промислому розвитку зазначається, що необхідним є встановлення справедливого і рівноправного економічного і соціального порядку, який повинен бути досягнутий ліквідацією економічної нерівності, встановленням раціональних і рівноправних міжнародних відносин<sup>168</sup>. У Хартії економічних прав та обов'язків держав указується, що розквіт міжнародної спільності в цілому залежить від розквіту її складових частин, що досягається на основі принципів взаємної і справедливої вигоди, поваги до прав людини та усунення несправедливості, що виникла внаслідок застосування сили, яка позбавляє будь-яку націю природних засобів, необхідних для її нормального розвитку<sup>169</sup>. У п. 1 ст. 17 Хартії основних прав Європейського Союзу зазначається, що кожен має право володіти, користуватися та передавати своє законним чином набуте майно. Використання власності може регулюватися тією мірою, наскільки це необхідно для забезпечення загальних інтересів<sup>170</sup>. Таким чином, в інституті права власності ЄС визначається принцип загальносуспільних інтересів над приватними<sup>171</sup>.

Вказаний принцип знайшов закріплення і у національному законодавстві, зокрема, у ст. 13 Конституції України та ч. 5 ст. 319 ЦК України, де передбачено, що власність не повинна використовуватися на шкоду людині і суспільству; власник не може використовувати право власності на шкоду правам, свободам та гідності громадян, інтересам суспільства, погіршувати екологічну ситуацію та природні якості землі. Цей принцип також може бути названий *принципом обмеження свободи індивіда інтересами суспільства*, оскільки припускає, що свобода власника по здійсненню дій щодо належного йому майна допускається у тій мірі, у якій вона не завдає шкоди іншим громадянам та суспільству в цілому.

*Принцип верховенства права*, закріплений у ст. 8 Конституції України, має важливе значення для регулювання відносин власності,

<sup>168</sup> *Статут* Організації ООН по промислому розвитку // *Сборник международных договоров СССР*. — Москва, 1987. — Вип. XLI. — С. 289–303.

<sup>169</sup> *Хартія* економічних прав и обязанностей государств / *Организация Объединенных Наций* // *Сборник документов*. — Москва, 1981.

<sup>170</sup> *Право* Європейського Союзу : підручник / В. Ф. Опришко, А. В. Омельченко, А. С. Фастовець ; за ред. В. Ф. Опришка. — Київ : Книга, 2002. — С. 448.

<sup>171</sup> *Темченко В.* Правові принципи справедливості, єдності приватного та загальносуспільного у власності в ринкових умовах // *Фінансове право*. — 2002. — № 11. — С. 77–78.

оскільки відповідно до вказаної статті, норми Конституції України є нормами прямої дії, тобто власники мають можливість звернення до суду за захистом права власності безпосередньо на підставі Конституції України, що виступає додатковою гарантією захисту їх прав.

До галузевих принципів регулювання відносин власності відносяться, перш за все, закріплені у ст. 3 ЦК України засади цивільного законодавства. Особливе значення серед них мають так звані «універсальні засади», тобто такі, що є спільними для усіх інститутів цивільного законодавства, визначають сутність практично усіх норм цивільного законодавства. До таких засад сучасні дослідники відносять: неприпустимість свавільного втручання у сферу особистого життя людини; судовий захист цивільного права та інтересу; справедливість, добросовісність та розумність<sup>172</sup>.

Не зупиняючись тут на аналізі змісту вказаних засад, оскільки вони вже неодноразово ставали предметом досліджень, зазначимо, що крім вказаних засад, при правовому регулюванні відносин власності знаходять свій прояв і інші засади, закріплені у ст. 3 ЦК України, зокрема, свобода підприємницької діяльності та свобода договору, які забезпечують свободу власників користуватись та розпоряджатись своєю власністю шляхом укладення різного роду договорів та при здійсненні підприємницької діяльності. Останнє закріплено у ст. 320 ЦК України, відповідно до якої власник має право використовувати своє майно для здійснення підприємницької діяльності, крім випадків, встановлених законом. І, безумовно, основною засадою, яка визначає правове регулювання відносин власності, є неприпустимість позбавлення права власності, крім випадків, передбачених законом.

Принцип неприпустимості позбавлення права власності, крім випадків, передбачених законом, надає власникам упевненості у захищеності свого майна та забезпечує стабільність майнового обороту. Зміст цієї засади зводиться до того, що: захист від необґрунтованого позбавлення права власності забезпечується всім власникам в рівній мірі, незалежно від форми власності; ніхто не може бути

---

<sup>172</sup> Див.: *Басай О. В.* До проблеми універсальності засад (принципів) цивільного законодавства України // Цивілістичні читання, присвячені пам'яті І. В. Шерешевського «Основи цивільного законодавства СРСР 1961 року» та їх вплив на формування сучасного цивільного законодавства України (до 50-річчя прийняття «Основ цивільного законодавства СРСР 1961 року»): матеріали наук. Інтернет-конф. м. Одеса / відп. ред. Є. О. Харитонов; Нац. ун-т «Одес. юрид. акад.». — Одеса, 2012. — С. 35–36; *Ківалова Т. С.* Зобов'язання відшкодування шкоди за цивільним законодавством України: теоретичні проблеми: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03 / Тетяна Сергіївна Ківалова. — Одеса, 2008. — С. 186–188.

позбавлений майна інакше, як за рішенням суду<sup>173</sup>; перелік випадків примусового позбавлення майна власника може бути встановлений лише Конституцією України або ЦК України; у випадках примусового позбавлення права власності власник, за загальним правилом, має право на справедливу компенсацію. Останнє правило закріплено у законодавствах практично всіх європейських держав. Так, у ст. 545 Французького цивільного кодексу передбачено, що ніхто не може бути примушений до поступки своєю власністю, якщо тільки це не викликано суспільною користю і не робиться за умови справедливого і попереднього відшкодування. Такими самими міркуваннями керується у своїй діяльності і Європейський суд з прав людини, який відзначив у одній зі своїх постанов, що відсутність в таких випадках належної компенсації власнику свідчить про недотримання розумного балансу між інтересами держави і особи і порушує ст. 1 Протоколу № 1 до Конвенції про захист прав людини і основних свобод<sup>174</sup>.

Крім того, галузевий принцип неприпустимості позбавлення права власності, крім випадків, передбачених законом, конкретизується в інституційному принципі непорушності права власності.

До підгалузевих принципів регулювання відносин власності слід віднести принципи речового права, серед яких А. Г. Резе пропонує виділяти наступні: принцип абсолютності; принцип публічності; принцип визначеності (спеціальності); принцип закріплення речових прав у законі; принцип абстрактності<sup>175</sup>.

*Принцип абсолютності* речових прав вказує, перш за все, на характерну особливість речових прав: вони діють стосовно кожного як наслідок абсолютної влади уповноваженої особи. Практично цей принцип означає всеосяжний правовий захист, який найбільш повно закріплений для права власності, як для абсолютного права<sup>176</sup>.

Принцип абсолютності права власності знайшов своє закріплення у ч. 1, 2 ст. 319 ЦК України, відповідно до яких власник має право володіти, користуватися та розпоряджатися своїм майном за власним розсудом та вчиняти щодо свого майна будь-які дії, що не суперечать закону. Крім того, абсолютність права власності проявляється у забезпеченні права захисту майна власника від будь-яких

<sup>173</sup> Кузнецова О. А. Нормы-принципы российского гражданского права / О. А. Кузнецова. — Москва : Статут, 2006. — С. 150.

<sup>174</sup> *Постановление* Европейского суда по правам человека от 10 апреля 2003 г. по делу «Папаставу и другие против Греции» // Бюллетень Европейского суда по правам человека. — 2003. — № 9.

<sup>175</sup> Резе А. Г. К вопросу об определении принципов вещного права // Актуальные проблемы гражданского права : сб. ст. / под ред. О. Ю. Шилохвоста. — Москва, 2005. — Вып. 9. — С. 243–297.

<sup>176</sup> Там само. — С. 254.

посягань, що закріплено у ст. ст. 386–394 ЦК України. Зокрема, у ст. 386, ст. 387, ст. 391 ЦК України закріплені можливості власника використовувати ввідикаційний, негаторний та прогібиторний позови з метою захисту свого права власності.

*Принцип публічності* речових прав припускає необхідність надання гласності речовим правам, доведення інформації про зміст і види речових прав до третіх осіб з метою захисту цих прав від порушень, а також з метою захисту прав та інтересів третіх осіб при укладенні угод з набуття майна<sup>177</sup>.

З принципу публічності речових прав випливає обов'язковість державної реєстрації речових прав. Саме державна реєстрація дозволяє забезпечити публічність і достовірність інформації про зареєстровані права на нерухомість для третіх осіб і у цьому сенсі дозволяє захистити права та інтереси останніх.

У вітчизняному законодавстві принцип публічності речових прав та необхідність їх державної реєстрації закріплені, перш за все, у ст. 182 ЦК України, відповідно до якої право власності та інші речові права на нерухомі речі, обмеження цих прав, їх виникнення, перехід і припинення підлягають державній реєстрації. Порядок проведення державної реєстрації прав на нерухомість встановлюється законом, зокрема, на сьогоднішній день порядок державної реєстрації речових прав визначається Законом України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» від 1 липня 2004 р., яким визначено правові, економічні, організаційні засади проведення державної реєстрації речових прав та їх обтяжень з метою забезпечення визнання та захисту державою цих прав, створення умов для функціонування ринку нерухомого майна.

*Принцип визначеності (спеціальності)* речових прав означає, на думку А. Г. Резе, що речові права можливі лише з приводу індивідуально-визначених речей і мають відноситись лише щодо останніх. Цей принцип проявляється в тому, що у випадку загибелі відповідної речі автоматично припиняється і речове право на неї<sup>178</sup>. Закріплення цього принципу знаходимо у ст. 349 ЦК України, відповідно до якої право власності на майно припиняється у випадку його знищення.

---

<sup>177</sup> Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права / Г. Ф. Шершеневич. — Москва: Статут, 2005. — С. 143; Резе А. Г. К вопросу об определении принципов вещного права // Актуальные проблемы гражданского права: сб. ст. / под ред. О. Ю. Шилохвоста. — Москва, 2005. — Вып. 9. — С. 204.

<sup>178</sup> Резе А. Г. К вопросу об определении принципов вещного права // Актуальные проблемы гражданского права: сб. ст. / под ред. О. Ю. Шилохвоста. — Москва, 2005. — Вып. 9. — С. 276.

*Принцип закріплення речових прав у законі* припускає фіксацію видів та змісту речових прав. Характерним для всіх речових прав є те, що речовими визнаються лише прямо визначені законом права (замкнуте коло речових прав, *numerus clausus*). Особи не вправі за своїм розсудом створювати нові різновиди речових прав, а також визначати їх зміст. Речові права не можуть бути породжені договором, договір може встановити лише таке речове право, яке закріплене законом. У іншому випадку було б неможливо наділити речові права властивостями винятковості та перевагами. Шляхом фіксації видів речових прав та їх змісту законодавець прагне захистити цивільний обіг, зробити його більш прозорим<sup>179</sup>. Так, ст. 317 ЦК України імперативно визначає зміст права власності, наділяючи власника повноваженнями володіння, користування і розпорядження його майном.

*Принцип абстрактності* речових прав є характерним для німецького цивільного права і на сьогоднішній день не знайшов свого закріплення у вітчизняній правовій системі. Проте, з урахуванням переваг його реалізації, які полягають у чіткому аналізі дій, необхідних для набуття права власності на річ, розглянемо у загальних рисах його сутність.

Під абстрактністю у німецькій цивілістичній доктрині розуміється правове відокремлення речового договору, який лежить в основі каузального правочину. Тобто німецьке цивільне право виділяє специфічний вид договорів — речовий договір, характерний лише для речового права. У німецькому праві проводиться чітка межа між обов'язком передачі права власності на річ і переходом права власності як такого. Перехід права власності складає особливий («речовий») вид правочину. Отже, договір про передачу права власності називається речовим і є договором розпорядження або розпорядчим правочином. Таке чітке розмежування двох стадій існування зобов'язання і їх договірне оформлення дозволяє у випадку спору встановити наявність підстав нікчемності правочину у зобов'язальному або речовому договорі.

Отже, принцип абстрактності проявляється у наступних правових наслідках: речовий договір, як правило, не залежить від дійсності зобов'язального договору, тобто речовий договір є абстрагованим від основного (зобов'язального) договору. Тобто речове правовідношення змінюється незалежно від того, чи є дійсним так званий каузальний правочин<sup>180</sup>.

---

<sup>179</sup> *Резе А. Г.* К вопросу об определении принципов вещного права // Актуальные проблемы гражданского права : сб. ст. / под ред. О. Ю. Шилохвоста. — Москва, 2005. — Вып. 9. — С. 281–284.

<sup>180</sup> Там само. — С. 284–286.

До інституційних норм-принципів регулювання відносин власності, на нашу думку, можна віднести: принцип непорушності права власності (ст. 321 ЦК України); принцип рівності усіх форм власності (ч. 3 ст. 319 ЦК України); принцип покладення на власника тягаря утримання власності (принцип «зобов'язування» власника) (ст. 322, ч. 4 ст. 319 ЦК України); принцип необмеженості обсягу майна, яке може належати особі на праві власності (ст. 325 ЦК).

*Принцип непорушності права власності*, як зазначалось, конкретизує галузевий принцип неприпустимості позбавлення права власності, крім випадків, передбачених законом. Відповідно до цього принципу при регулюванні відносин власності акцентується увага на необхідності захисту права власності від будь-яких посягань з боку третіх осіб. Абсолютний характер відносин власності припускає наявність кореспондуючого правам власника пасивний обов'язок всіх і кожного утримуватись від дій, які можуть порушити право власності.

Гарантії непорушності права власності закріплені на конституційному рівні, у ст. 41 Конституції України, та конкретизовані у ст. 321 ЦК України, відповідно до якої право власності є непорушним і ніхто не може бути протиправно позбавлений цього права чи обмежений у його здійсненні. Обмеження права власності допускаються лише у випадках необхідності захисту конституційно значимих цінностей, у тому числі прав та інтересів інших осіб, і мають відповідати вимогам справедливості для забезпечення балансу між потребами суспільства та вимогою захисту права на повагу до власності<sup>181</sup>.

*Принцип рівності усіх форм власності*, на нашу думку, є проявом загальноправового принципу рівності на інституційному рівні, найважливіше значення він має саме при регулюванні відносин власності. Сутність його зводиться до того, що кожен має право мати майно у власності, володіти, користуватися та розпоряджатися ним на рівних умовах з іншими власниками, незалежно від форми власності. Це положення закріплено у ч. 3 ст. 319 ЦК України, відповідно до якої всім власникам забезпечуються рівні умови здійснення своїх прав.

*Принцип покладення на власника тягаря утримання власності* відображає той факт, що право власності припускає не лише наявність

---

<sup>181</sup> Кузнецова О. А. Нормы-принципы российского гражданского права / О. А. Кузнецова. — Москва : Статут, 2006. — С. 147 ; *Постановление* Конституционного Суда РФ от 18 июля 2003 г. № 14-П // СЗ РФ. — 2003. — № 3. — Ст. 3102 ; *Решение* Европейского суда по правам человека по поводу приемлемости жалобы № 48757/99, Валерий Филиппович Шестаков против России // Журнал российского права. — 2002. — № 2. — С. 127–135.



повноважень, але й покладення на власників певних обов'язків, зокрема, обов'язку здійснювати дії, спрямовані на утримання належного власнику майна у належному стані, забезпечувати безпеку його майна для життя та здоров'я третіх осіб.

*Принцип необмеженості обсягу майна, яке може належати особі на праві власності* отримав своє закріплення у вітчизняному цивільному законодавстві відносно недавно, після переходу до ринкової економіки та прийняття нового ЦК України. Якщо раніше норми цивільного законодавства були спрямовані на обмеження обсягу майна, яке могло перебувати у власності (ст. ст. 103–104 ЦК УРСР 1963 р.), то сьогодні, навпаки, підкреслюється можливість мати у власності необмежений обсяг будь-якого законно набутого майна. Наведений принцип закріплено у ст. 325 ЦК України, відповідно до якої фізичні та юридичні особи можуть бути власниками будь-якого майна, за винятком окремих видів майна, які відповідно до закону не можуть їм належати; склад, кількість та вартість майна, яке може бути у власності фізичних та юридичних осіб, не є обмеженими.

Отже, сучасним цивільним законодавством України закріплено систему принципів регулювання відносин власності, які належним чином відображають поширений у європейських країнах підхід до забезпечення здійснення та захисту права власності.

### **3.2. Поняття довірчої власності (трасту) у цивільному праві України та DCFR в контексті імплементації Угоди про асоціацію між Україною та ЄС**

Підписання Угоди про асоціацію між Україною та ЄС стало важливим кроком на шляху переведення співпраці України та ЄС на якісно новий рівень. Угода про асоціацію передбачає розвиток інтенсивного діалогу між Україною та ЄС, спрямованого на узгодження численних питань у різних сферах життя. Важливим аспектом подальшої співпраці України та ЄС є, у тому числі, взаємодія у правовій сфері, що припускає необхідність приведення національного законодавства у відповідність до європейських вимог. Реформи мають бути проведені як у цілому, так і на рівні окремих інститутів. Одним з найбільш проблемних питань, з яким стикаються країни ЄС, є правові інститути, які існують у правових системах одних країн та не передбачені правовими системами інших. У таких питаннях законодавці ЄС намагаються досягти згоди шляхом визначення таких моделей правовідносин, які будуть придатними для існування у правових системах всіх країн ЄС. Одним

зі способів такого «примирення правових систем цивільного та загального права» стали так звані «Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)» — «Принципи, Визначення та Модельні Правила Європейського Приватного Права. Проект Загальної Довідкової Схеми» (далі — DCFR).

Книга X DCFR спеціально присвячена трасту, який є яскравим прикладом правового інституту, що раніше існував лише у країнах англо-американського права, але зі створенням єдиного правового простору Європи проник і у правові системи континентального права в адаптованому для них вигляді.

Особливу увагу правовому регулюванню трасту (довірчої власності) необхідно приділити й законодавцю України.

В українському законодавстві право довірчої власності визначається як «особливий вид права власності», проте, що саме вкладається в це поняття, у чому особливості цього різновиду права власності, залишається невизначеним. Спробуємо розібратись із сутністю поняття довірчої власності, проаналізувавши узагальнений підхід до визначення сутності цього поняття, запропонований авторами DCFR.

Наведене у тексті DCFR визначення трасту узагальнює підходи до визначення цього поняття, які склалися у практиці європейських країн. Так, відповідно до ст. X.—1:201 DCFR, траст — це правове відношення, в якому довірчий власник зобов'язаний управляти або розпоряджатися одним або більше активами (трастовим фондом) відповідно до умов, що регулюють це правовідношення (умовами трасту) на користь вигодонабувача або для досягнення суспільно корисних цілей. Згідно зі ст. X.—1:202 DCFR, правові наслідки трасту виникають відповідно до правил розділу 10 (Відносини з третіми особами), згідно з якими трастовий фонд повинен розглядатися як комплекс майна, відокремлений від комплексу майна самого довірчого власника і інших комплексів майна, які придбані довірчим власником або знаходяться в його управлінні.

Що стосується визначення самого поняття права довірчої власності, то його можна вивести зі ст. X.—5:201 DCFR, відповідно до якої «якщо це не обмежено умовами трасту або іншими правилами цієї Книги, довірчий власник має право вчиняти на виконання обов'язків з трасту будь-яку дію, яка: а) має право на законній підставі бути вчинена власником фонду; або б) може бути вчинена особою на користь іншої особи на основі повноваження»<sup>182</sup>. Тобто довірчому власнику передаються всі повноваження, якими володіє

<sup>182</sup> *Рассказова Н. Ю.* Модельные правила европейского частного права / Н. Ю. Рассказова. — Москва: Статут, 2013. — 989 с.

сам власник, що дає підстави говорити про те, що у якості особливого різновиду права власності під правом довірчої власності слід розуміти право власності на передане в довірчу власність майно, обмежене умовами трасту чи законом та необхідністю діяти відповідно до визначеної установником трасту мети. Отже, специфіка права довірчої власності полягає в тому, що воно обмежується не лише законом, але також і установником довірчої власності.

У DCFR знайшло своє відображення визначення трасту, яке розкриває сутність цього інституту в його як континентальному, так і англо-американському розумінні. Разом із тим, слід звернути увагу на той факт, що модель довірчої власності, запропонована європейськими законодавцями, відрізняється від її англо-американського аналогу. Незважаючи на те, що в обох випадках за допомогою цього інституту досягається одна й та сама мета, реалізація цієї мети забезпечується різними способами.

Траст англо-американського права має свою специфіку, що відрізняє даний інститут від довірчої власності в країнах континентальної правової сім'ї. В англійському праві історично склалося так, що при встановленні трасту виникають фігури двох власників — довірчого власника, який розглядається як «власник за загальним правом» і бенефіціарія, що є «власником за правом справедливості». При цьому частина правоможностей, а саме правоможності розпорядження та управління виокремленим майном, належить одній особі (довірчому власнику), а інша частина правоможностей — отримання вигод від експлуатації майна — іншій особі або особам (бенефіціаріям). Юридично ця конструкція опосередковується тим, що титул за загальним правом (legal title) щодо майна переходить до довірчого власника, і весь тягар власності покладається на нього, а титул за правом справедливості (equitable title) передається бенефіціарію.

Специфіка трасту обумовлена специфікою англійського права: наслідком поділення англійського права на загальне право і право справедливості є можливість існування «розщепленої» власності. Якщо в континентальній правовій системі право власності розглядається як абсолютне і неподільне, що поєднує в собі «тріаду» правоможностей (володіння, користування і розпорядження), то в англійському праві принцип неподільності правоможностей, що входять до складу права власності, відсутній<sup>183</sup>.

Що стосується країн континентального права, то при встановленні довірчої власності у цих країнах не відбувається «розщеплення» власності. У таких випадках в довірчого власника виникає

<sup>183</sup> Жданов А. А. Возникновение и эволюция доверительной собственности в Общем праве // История права и государства. — 2001. — № 7. — С. 189–198.

особливе право власності на передане йому в управління майно, проте, воно відрізняється від «абсолютного» права власності тим, що довірчий власник обмежений у своїх діях щодо майна розпорядженнями установника. Довірча власність у країнах континентального права характеризується як «обмежена договірна власність» («limited contractual ownership»), яка використовується лише для досягнення мети, встановленої установником та захищена від кредиторів останнього<sup>184</sup>.

Наслідком неможливості «розділення» власності в континентальному праві є неможливість «імплантації» у нього трасту в тому стані, у якому він існує в англо-американському праві. Тому в країнах континентальної правової системи інститут довірчої власності набуває специфічних рис. Законодавці європейських країн континентального права в таких випадках звертаються до інституту довірчої власності в іншому, «континентальному» її розумінні, коли «розщеплення» власності не відбувається, і у відносинах довірчої власності фігурує лише один юридичний власник — довірчий, який використовує передане йому майно з певною метою, після досягнення якої право власності на це майно повертається до первинного (фактичного) власника — установника.

Аналогічну специфіку можна виявити і у підході українського законодавця до визначенні сутності довірчої власності.

Сутність відносин довірчої власності за цивільним законодавством України зводиться до того, що установник довірчої власності (як правило, власник майна) передає довірчому власникові на певний строк майно, наділяючи останнього відповідними правоможностями з володіння, користування й розпорядження вказаним майном, а довірчий власник, у свою чергу, зобов'язується за плату здійснювати від свого імені ефективно управління цим майном в інтересах установника або вказаної ним особи (вигодонабувача) (ст. 1029 ЦК України).

Специфіка права довірчої власності, як особливого виду права власності, за законодавством України полягає, у першу чергу, у тому, що межі права довірчої власності визначаються не лише законом, але й самим так званим номінальним власником (установником довірчої власності). Крім того, якщо, за загальним правилом, власник здійснює належні йому правоможності на свій розсуд, незалежно від інших осіб, і діє при цьому в своїх власних інтересах, довірчий власник при здійсненні управління переданим йому

---

<sup>184</sup> *Adelle J.-Fr.* Introduction of Fiducie : Impact on Assignment of Receivables as Security [Електронний ресурс] / J.-Fr. Adelle. — Режим доступу: <http://www.internationallawoffice.com/newsletters/detail.aspx?g=f3b70b56-da1e-49b0-89ac-8f128be98432>.

майном перш за все керується вказівками власника (установника) і діє виключно в його інтересах або в інтересах визначеного ним бенефіціарія.

При встановленні довірчої власності майно установника не відчужується, а лише передається довірчому власникові з певною метою, а саме, для використання його на користь установника або вказаного ним вигодонабувача, але не на користь самого довірчого власника. Тобто ніякої вигоди від переданого майна довірчий власник не отримує, набуваючи лише права на винагороду за належне виконання своїх обов'язків. Разом із тим, довірчий власник виступає в господарському обороті як власник, укладаючи з третіми особами будь-які правочини і здійснюючи інші акти з використання майна та управління ним, а також з розпорядження даним майном, з урахуванням встановлених установником або законом обмежень.

Слід звернути увагу на той факт, що як у країнах цивільного, так і у країнах загального права, установник довірчої власності втрачає право власності на майно, яке передається в довірчу власність, натомість, особливе право (право довірчої власності) на це майно виникає в довірчого власника. При цьому якщо в країнах англо-американського права при встановленні трасту виникають фігури двох власників — довірчого власника, який розглядається як «власник за загальним правом» і бенефіціарія, що є «власником за правом справедливості», відповідно, захист прав останнього забезпечується правом справедливості, то у країнах континентального права права установника довірчої власності та бенефіціарія забезпечуються за допомогою обтяження майна, переданого в довірчу власність, низкою обмежень і цільовим призначенням<sup>185</sup>.

### **3.3. Права на землю у контексті європейських правових традицій**

Цивільно-правове регулювання відносин щодо землі в Україні здійснюється на загальній приватноправовій концептуальній основі. Разом і тим, у спеціальному земельному законодавстві відчувається вплив також інших чинників, зумовлених існуванням у європейських правових системах двох підходів до регулювання речових відносин. Так, у континентальному праві норми, що регулюють речові відносини, поділяються на два інститути: права на свої речі та права на чужі речі. В англосаксонській правовій системі такого

<sup>185</sup> *Майданик Р. А.* Природа довірчої власності як особливого об'єкта цивільних прав за законодавством України // Бюлетень Міністерства юстиції України. — 2005. — № 8 (46). — С. 18.

поділу немає. Натомість, права на свої та чужі речі об'єднані в межах загального інституту «речові права». Значною мірою це пояснюється тим, що законодавство країн континентальної Європи про речові права має спільне історичне підґрунтя — римське приватне право. Речові права надають тому, кому вони належать, можливість безпосередньо впливати на річ, яка є об'єктом відповідних прав. Володілець речового права отримує виключне панування над річчю. Обсяг права може бути повним, тобто право абсолютне (право власності), або ж обмеженим (права на чужі речі).

У Конституції України закладена концепція земельного законодавства, де закріплюється, передусім, право власності на землю крізь призму прав людини. Так, у ст. 13, 14 Конституції закріплене право власності Українського народу на землю та інші природні ресурси, забезпечується державний захист усіх суб'єктів права власності і господарювання, їх рівність перед законом, гарантується непорушність права власності на землю, яке набувається й реалізується громадянами, юридичними особами і державою виключно відповідно до закону.

У ЦК України при регулюванні речових прав перевага надається праву власності, що відображено і у назві книга третьої ЦК — «Право власності та інші речові права». Право власності на земельну ділянку є елементом більш широкого загального права власності і відповідно має усі ознаки останнього, а зміст його розкривається через сукупність трьох правомочностей: володіння, користування та розпорядження. На обсяг правомочностей власника впливають особливості земельних ділянок, які перебувають у власності, а також особливості правового статусу земельних власників та інші обставини.

Принагідно варто зазначити, що у земельному праві розуміння права власності є більш звуженим, оскільки стосується певного, специфічного об'єкта. Інститут права власності на землю є одним з основних правових інститутів земельного права, оскільки відносини власності виступають передумовою виникнення будь-яких інших правовідносин стосовно землі. З появою різних форм власності на землю відбувається формування структури відповідних інститутів земельної власності і поділ її на два основних інститути: публічну власність і приватну власність на землю. Якщо порівняти право власності взагалі та право власності на землю, то побачимо, що останнє має специфічні риси, зумовлені особливостями землі як об'єкту природи і господарювання. Право власності на землю розглядається, як різновид права власності, що «характеризується комплексним характером, поєднанням загально дозвільних та спеціально дозвільних методів правового регулювання, а також про-

відним місцем норм земельного права у регулюванні більшості суспільних відносин земельної власності»<sup>186</sup>. При цьому пропонується розрізняти право власності на землю і право власності на земельну ділянку та зазначається, що коли перше, як сукупність норм, завжди було інститутом цивільного законодавства, то друге — вважається інститутом як цивільного, так і земельного законодавства, що зумовлює специфічне ставлення до землі (земельної ділянки) як, насамперед, до складової навколишнього природного середовища і вже потім — як до об'єкту майнових відносин<sup>187</sup>. Певною мірою з таким підходом пов'язана та обставина, що, хоча ст. 78 ЗК України визначає зміст права власності на землю як суб'єктивного права, через традиційну сукупність правомочностей по володінню, користуванню і розпорядженню земельними ділянками, але ст. 90 ЗК України міститься набагато ширший перелік прав власника землі (мова про які піде далі). Втім, це можна вважати, як особливістю земельно-правового регулювання, так і результатом властивостей такого об'єкту правового регулювання, яким є земля.

Особливості правового режиму землі проявляються у праві володіння та фактичному володінні земельною ділянкою, яке робить можливим здійснення інших правомочностей — користування та розпорядження цією ділянкою. Ця правомочність власника земельної ділянки має певні особливості, зумовлені невід'ємністю земельної ділянки від навколишнього природного середовища, їх екологічним взаємозв'язком, неможливістю її вилучення та переносу в інше місце<sup>188</sup>.

Право володіння може належати не лише власнику, але й особі, якій власник передав земельну ділянку на підставі договору (наприклад, оренди). При цьому власник не втрачає права володіння. Він припиняє здійснювати його, але зберігає можливість мати земельну ділянку у своєму господарстві, у складі майна. Право володіння однією і тією ж земельною ділянкою належить у подібних випадках і власнику, і особі, якій власник передав земельну ділянку за договором. Тут володіння не відокремлюється від права власності, бо власник має, згідно з законом, право на витребування земельної ділянки з чужого незаконного володіння. Разом із тим, право володіння осіб, що не є власниками, істотно відрізняється від права володіння власника. Право володіння цих осіб має похідний

<sup>186</sup> Кулинич П. Право власності на землю: нові підходи до визначення змісту // Право України. — 2009. — № 9. — С. 22

<sup>187</sup> Сидор В. Д. Право власності на землю: проблеми реформування // Вісник Чернівецького факультету Національного університету «Одеська юридична академія»: зб. наук. ст. — 2015. — № 2. — С. 102.

<sup>188</sup> Земельний кодекс України: наук.-практ. комент. — Вид. 4-те, допов. — Харків: Одіссей, 2008. — С. 217.

характер. Право володіння завжди повинно мати ту або іншу правову підставу — титул. Для власника таким є його право власності, а для інших володільців — договір з власником, адміністративний акт тощо. Тому земельне право визнає тільки титульне володіння<sup>189</sup>. Володіння допускається поряд із правом власності, без усунення останнього. Таким чином право володіння землею виступає і як правомочність права власності земельної ділянки, і як право на чужу річ.

Крім права володіння, видами речових прав на чужу земельну ділянку є сервітути, емфітевзис та суперфіцій.

Згідно зі ст. 401 ЦК (де терміни «сервітут» та «право користування чужим майном» вживаються як рівнозначні) *сервітут* — це право обмеженого користування чужими речами (майном) з певною метою і у встановлених межах. Стаття 98 ЗК визначає вже *земельний сервітут* як право власника або землекористувача земельної ділянки на обмежене платне або безоплатне користування чужою земельною ділянкою. Зміст сервітуту можуть складати можливість проходу, проїзду через сусідню земельну ділянку, прокладання та експлуатація ліній електропередачі, зв'язку та трубопроводів, забезпечення водопостачання та меліорації тощо (ст. ст. 403, 404 ЦК).

*Емфітевзис* — це право користування чужою земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб, що встановлюється договором між власником земельної ділянки та особою, яка виявила бажання користуватися цією земельною ділянкою (ст. 407 ЦК). Землекористувач має право користуватися земельною ділянкою в повному обсязі відповідно до договору та утримувати її за собою (ч. 1 ст. 410 ЦК); — набувати право власності на плоди і доходи від експлуатації наданої у користування ділянки; відчувувати емфітевтичне право користування земельною ділянкою, якщо інше не встановлено законом (ст. 411 ЦК).

*Суперфіцій* — це право користування земельною ділянкою для будівництва промислових, побутових, соціально-культурних, житлових та інших споруд і будинків, надане власником земельної ділянки іншій особі (ст. 413 ЦК). Суперфіціарій (землекористувач) має право використовувати ділянку для забудови відповідно до договору про суперфіцій та вимог закону (ст. 413 ЦК); користуватися земельною ділянкою в обсязі, встановленому договором (ст. 415 ЦК); набувати право власності на будівлі (споруди), споруджені на земельній ділянці, переданій йому для забудови; — передавати суперфіцій іншим особам шляхом договору або заповіту.

---

<sup>189</sup> Разметаев С. В. Право собственности на природные ресурсы в Украине / С. В. Разметаев. — Харьков, 1995. — 56 с.



Існування речових прав на користування чужою земельною ділянкою не тільки сприяє стабільності відносин у цій сфері, але й відповідає загальним тенденціям розвитку права країн континентальної Європи. Разом із тим, найбільш важливим, первинним інститутом у системі речових прав на землю, безумовно, є право власності на земельну ділянку, котре є основним серед інших речових прав на землю і характеризується найбільш повним закріпленням можливостей особи щодо використання землі шляхом набуття її у володіння, користування ділянкою для задоволення своїх потреб, розпорядження ділянкою на свій розсуд з додержанням встановлених законом, договором, рішенням суду обмежень і обтяжень щодо здійснення права власності на землю.

Враховуючи викладене, зупинимося на характеристиці права власності на землю докладніше.

Під *правом власності на землю* розуміється право володіння, користування і розпорядження земельними ділянками, якими є частина земної поверхні з установленими межами, певним місцем розташування та з визначеними щодо неї правами. Земельна ділянка може бути об'єктом цивільних прав виключно з моменту її формування (крім випадків суборенди, сервітуту щодо частин земельних ділянок) та державної реєстрації права власності на неї. Формування земельної ділянки передбачає визначення її площі, меж та внесення інформації про неї до Державного земельного кадастру. Право власності на земельну ділянку 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.

Згідно ст. 14 Конституції України земля є основним національним багатством і перебуває під особливою охороною держави, а право власності на землю гарантується Конституцією України. Цим зумовлені особливості правового режиму землі, які полягають в тому, що відповідно до ст. 9 ЦК, положення ЦК застосовуються до врегулювання відносин, які виникають у сфері використання природних ресурсів (у тому числі землі), якщо вони не врегульовані іншими актами законодавства. Отже *пріоритет при вирішенні конкретних питань здійснення права власності на землю надається нормам актів спеціального законодавства*, а положення ЦК застосовуються субсидіарно. Проте загальні положення права власності (у тому числі, ті, що застосовуються у цій сфері), встановлюються Цивільним кодексом.

Обсяг та *об'єкти* права власності на землю встановлені ст. 373 ЦК, яка, зокрема, передбачає, що право власності на земельну ді-

лянку 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, а також може використовувати на свій розсуд все, що знаходиться над і під поверхнею цієї ділянки, якщо інше не встановлено законом і при цьому не порушуються права інших осіб.

*Суб'єктами права власності на землю є:* Український народ, фізичні особи, юридичні особи, держава, територіальні громади (ст. ст. 324, 374 ЦК, ст. 80 ЗК). Проте, як випливає з частин 2 та 3 ст. 374 ЦК та норм ЗК (ст. 80), *іноземні громадяни та особи без громадянства* можуть набувати права власності на земельні ділянки лише у випадках і порядку, встановленими законом. Отже повною мірою реалізувати право бути власником землі можуть лише вітчизняні учасники цивільних відносин.

*Права та обов'язки суб'єктів права власності на землю* (земельну ділянку) визначаються законом (ч. 4 ст. 374 ЦК).

Зокрема, ст. 78 ЗК визначає зміст права власності на землю як суб'єктивного права і визначає його як сукупність правомочностей по володінню, користуванню і розпорядженню земельними ділянками, яке набувається та реалізується на підставі Конституції України, Земельного кодексу України, а також інших законів, що видаються відповідно до них.

Стаття 90 ЗК містить перелік прав власника землі, до яких належать правомочності: а) продавати або іншим шляхом відчужувати земельну ділянку, передавати її в оренду, заставу, спадщину; б) самостійно господарювати на землі; в) мати право на посіви і насадження сільськогосподарських та інших культур, на вироблену продукцію; г) використовувати у встановленому порядку для власних потреб наявні на земельній ділянці загальнопоширені корисні копалини, торф, лісові насадження, водні об'єкти, а також інші корисні властивості землі; г) на відшкодування збитків у випадках, передбачених законом; д) споруджувати жилі будинки, виробничі та інші будівлі і споруди.

Названі права, в основному, охоплюються правомочностями володіння, користування та розпорядження. Разом із тим, деякі зі згаданих у ст. 90 ЗК прав не можна вважати складовими права власності (наприклад, право на відшкодування збитків, на використання корисних копалин тощо).

Разом із тим, відповідно до ст. 91 ЗК, землевласники *зобов'язані*: забезпечувати використання ділянок за цільовим призначенням; не

порушувати прав власників суміжних земельних ділянок та землекористувачів; дотримуватися правил добросусідства та обмежень, пов'язаних з встановленням земельних сервітутів та охоронних зон. Крім того, на землевласників покладається низка обов'язків, зумовлених особливостями землі, як об'єкта права: обов'язок додержуватися вимог законодавства про охорону довкілля; сплачувати земельний податок тощо.

Хоча права та обов'язки землевласників визначаються земельним законодавством, проте деякі правомочності власника землі, пов'язані з правом власності на житловий будинок, спеціально регламентовані у ЦК.

Так, ЦК встановлює, що власник земельної ділянки має право на її забудову, тобто, може зводити на ній будівлі та споруди, створювати закриті водойми, здійснювати перебудову, а також дозволяти будівництво на своїй ділянці іншим особам (ст. 375). Якщо таке право здійснюється з додержанням архітектурних, будівельних, санітарних, екологічних та інших норм і правил, а також за умови використання земельної ділянки за її цільовим призначенням, то власник ділянки набуває право власності на зведені ним будівлі, споруди та інше нерухоме майно.

Проте, якщо житловий будинок, будівля, споруда, інше нерухоме майно збудовані або будуються на земельній ділянці, що не була відведена для цієї мети, або без належного дозволу чи належно затвердженого проекту, або з істотними порушеннями будівельних норм і правил, то таке будівництво вважається самочинним. Правові наслідки самочинної забудови, здійсненої власником на його земельній ділянці, встановлюються ст. 376 ЦК.

Ще одним важливим правом, передбачений ЗК та ЦК, є *перехід права на земельну ділянку при придбанні* житлового будинку, будівлі або споруди, що розміщені на ній, до особи, яка придбала зазначені речі (ст. 120 ЗК, ст. 377 ЦК).

При цьому право власності на земельну ділянку переходить без зміни її цільового призначення. Розмір ділянки, що переходить разом з придбаною нерухомістю, встановлюється договором. Якщо договором про відчуження житлового будинку, будівлі або споруди розмір земельної ділянки не визначений, до набувача переходить право власності на ту частину земельної ділянки, яка зайнята відповідною нерухомістю, та на частину земельної ділянки, яка є необхідною для їх обслуговування. Якщо житловий будинок, будівля або споруда розміщені на земельній ділянці, наданій у користування, то у разі їх відчуження до набувача переходить право користування тією частиною земельної ділянки, на якій вони розміщені, та частиною ділянки, яка необхідна для їх обслуговування (ст. 377 ЦК).

На відміну від ст. 377 ЦК, ст. 120 ЗК закріплює, по суті, самостійні правові режими земельної власності і власності на розташовані на земельній ділянці об'єкти нерухомості: перехід права власності на нерухомість не тягне за собою автоматичного переходу права власності на земельну ділянку, на якій розташована будівля (споруда), а потребує укладення окремого договору (купівлі-продажу, дарування, міни тощо). У спадкових відносинах земельна ділянка також є самостійним об'єктом і потребує самостійного оформлення переходу права власності на неї поряд із переходом права власності на будівлі (споруди). Договором, що регламентує перехід права користування ділянкою до набувача будівлі (споруди), ч. 1 ст. 120 ЗК визнає лише договір оренди земельної ділянки. Частина 3 ст. 120 ЗК передбачає єдиний випадок, коли перехід права на земельну ділянку до набувача будинку або його частини відбувається «автоматично», без оформлення переходу прав на ділянку окремим договором. У цьому випадку єдиним договором, що є підставою переходу прав на земельну ділянку (як права власності, так і прав орендаря), є договір довічного утримування, навіть у тих випадках, коли він не містить умов переходу прав на земельну ділянку, або містить умови про відсутність такого переходу.

*Права та обов'язки власника земельної ділянки* між собою пов'язані. Так, наприклад, право власника земельної ділянки використовувати її на свій розсуд, тягне обов'язок використання її за цільовим призначенням, яке залежить від категорії землі, передбаченої ст. 19 ЗК. Або право власника земельної ділянки використовувати на свій розсуд все, що знаходиться над і під поверхнею цієї ділянки, якщо інше не встановлено законом, тягне обов'язок дотримуватися правил добросусідства та обмежень, пов'язаних з встановленням земельних сервітутів та охоронних зон, а також не порушувати прав власників суміжних земельних ділянок та землекористувачів.

*Підстави набуття права власності на землю* є різними для різних категорій суб'єктів. Якщо виникає приватна власність, то набуватися можуть лише сформовані земельні ділянки. Таким чином, фізичні особи набувають право власності на земельні ділянки на підставі: а) придбання за договором купівлі-продажу, ренти, дарування, міни, іншими цивільно-правовими угодами; б) безоплатної передачі із земель державної і комунальної власності; в) приватизації земельних ділянок, що були раніше надані їм у користування; г) прийняття спадщини; г) виділення в натурі (на місцевості) належної їм земельної частки (паю).

Встановлені *обмеження* щодо іноземців та осіб без громадянства, які можуть набувати право власності 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 шляхом: а) придбання за договором купівлі-продажу, ренти, дарування, міни, іншими цивільно-правовими угодами; б) викупу земельних ділянок, на яких розташовані об'єкти нерухомого майна, що належать їм на праві власності; в) прийняття спадщини.

Юридичні особи (засновані громадянами України або юридичними особами України) можуть набувати у власність земельні ділянки для здійснення підприємницької діяльності у разі: а) придбання за договором купівлі-продажу, ренти, дарування, міни, іншими цивільно-правовими угодами; б) внесення земельних ділянок її засновниками до статутного капіталу; в) прийняття спадщини; г) виникнення інших підстав, передбачених законом.

*Іноземні юридичні особи*, а також спільні підприємства, засновані за участю іноземних юридичних і фізичних осіб, можуть набувати право власності на земельні ділянки несільськогосподарського призначення: а) у межах населених пунктів у разі придбання об'єктів нерухомого майна та для спорудження об'єктів, пов'язаних із здійсненням підприємницької діяльності в Україні; б) за межами населених пунктів у разі придбання об'єктів нерухомого майна. Землі сільськогосподарського призначення, прийняті у спадщину іноземцями, особами без громадянства, а також іноземними юридичними особами протягом року підлягають відчуженню.

*Територіальні громади* набувають землю у комунальну власність у разі: а) передачі їм земель державної власності; б) відчуження земельних ділянок для суспільних потреб та з мотивів суспільної необхідності відповідно до закону; в) прийняття спадщини; г) придбання за договором купівлі-продажу, ренти, дарування, міни, іншими цивільно-правовими угодами; г) виникнення інших підстав, передбачених законом.

*Держава* Україна набуває права власності на землю у разі: а) відчуження земельних ділянок у власників з мотивів суспільної необхідності та для суспільних потреб; б) придбання за договорами купівлі-продажу, дарування, міни, іншими цивільно-правовими угодами; в) прийняття спадщини; г) передачі у власність державі земельних ділянок комунальної власності територіальними громадами; г) конфіскації земельної ділянки.

*Іноземні держави* можуть набувати у власність земельні ділянки для розміщення будівель і споруд дипломатичних представництв та інших, прірівняних до них, організацій відповідно до міжнародних договорів.

Статті 83 та 84 ЗК передбачено перелік земель, які у зв'язку із їхньою загальною значимістю, не можуть передаватися з комунальної та державної власності у приватну власність.

Право власності особи на земельну ділянку може бути припинене: добровільно (за волевиявленням власника), примусово (за рішенням суду) та з об'єктивних причин (смерть власника, припинення юридичної особи) у випадках, встановлених законом (ст. 378 ЦК, глава 22 ЗК).

*Припинення права власності на землю за волевиявленням землевласника* можливе у випадках: добровільної відмови власника від земельної ділянки (яка може бути здійснена лише на користь держави або територіальної громади); добровільного відчуження земельної ділянки власником, в тому числі надання згоди на вилучення земельної ділянки для її наступного надання іншій особі із правом одержання відповідної компенсації.

*Примусове припинення права власності на землю* охоплює: викуп (вилучення) земельної ділянки з мотивів суспільної необхідності та для суспільних потреб; вилучення не відчуженої у встановленому порядку земельної ділянки іноземними особами, особами без громадянства та іноземними юридичними особами; вилучення земельної ділянки, яка використовується не за цільовим призначенням або з порушенням законодавства; конфіскацію земельної ділянки як санкції за вчинення правопорушення; звернення стягнення на земельну ділянку по зобов'язаннях її власника (наприклад, у випадку невиконання власником земельної ділянки іпотечних зобов'язань).

### **3.4. Володіння та право володіння чужим майном (речами)**

Володіння являє собою фактичну ситуацію, що характеризується винятковим пануванням особи над реччю. У багатьох правових ситуаціях правопорядок не залишається байдужим до такого стану і надає йому значення юридичного факту, з яким пов'язуються певні юридичні наслідки (факт-стан). Такі фактичні стани виникають всякий раз, коли особа звертає свій інтерес на ту чи іншу річ (матеріальний предмет). Інтерес цей може полягати, зокрема, у витягу користі з речі, в отриманні від неї плодів, в набутті права власності за давністю володіння, у можливості зробити щодо неї розпорядчі дії за допомогою передачі її іншій особі.

Володіння — поняття багатозначне. Володіння (володільницькі ситуації) слід відрізнити від правомочності володіння, яким наділений власник. Власник має право на річ, тоді як володільець

здійснює фізичний контроль над річчю. У всіх випадках, коли володіння предметом і право власності на цей предмет збігаються, ситуація з володінням поглинається правом власності. На відміну від власника, що володіє найбільш повним правом в ставленні приналежної йому речі, володільцем чужого майна (речі) є особа, яка фактично утримує її у себе (ч. 1 ст. 397 ЦК).

Отже, з усього різноманіття станів фактичного володіння речами слід виділити ті, з якими правопорядок пов'язує певні правові наслідки (*юридично значиме володіння*). Таке володіння виконує дві основні функції: *легітимаційну* (служить публічно визнаним фактом, з яким правопорядок пов'язує певні правові наслідки; зокрема, залежно від володільницької ситуації право на плоди речі або ж право на саму річ) і *захисну* (підлягає охороні в інтересах стабільності правопорядку та заборону самоуправства, яке є також забороненим).

Основний масив норм, які застосовуються до власницьких ситуацій, розміщені в главі 31 ЦК «Право володіння чужим майном». Істотне значення для розуміння конструкцій володіння, прийнятих в європейському законодавстві, і розвитку національного законодавства в даній сфері правової дійсності мають модельні норми (правила), закріплені в Проекті загальної довідкової схеми (*Draft of a Common Frame of Reference*; далі — DCFR), що включає в консолідованій редакції принципи, визначення та модельні норми європейського приватного права.

Для виникнення юридично значущого володіння, особа, що володіє річчю (*суб'єкт володіння*), має бути дієздатною. Недієздатні особи здійснюють володіння через представника. Оскільки юридична особа не може володіти річчю фізично, вона здійснює володіння через керуючого (директора) або свого представника. Закон допускає співволодіння, коли кілька осіб володіють річчю спільно. Згідно з ч. 2 ст. 397 ЦК право володіння чужим майном може належати одночасно двом або більше особам.

*Об'єктом володіння* визнаються рухомі чи нерухомі речі, які перебувають у приватній власності. При цьому слід враховувати, що ефекти юридично значущого володіння в різних ситуаціях з юридичним володінням проявляють себе по-різному, залежно від особливостей правового режиму, встановленого відносно рухомих і нерухомих речей.

Незважаючи на те, що ще з часів римського права відомо володіння правом на матеріальний предмет (*quasipossessio*), слід мати увазі, що речове-правової ефект створює виключно володіння тілесними речами (матеріальними предметами). Квазі-володіння означає, що право, хоча і не підлягає фізичному пануванню як річ тілесна, але

все-таки може бути об'єктом панування, вираженого в здійсненні його змісту. Оцінка володіння правом значима для визначення моменту виникнення переважного права і здійснюється відповідно до принципу: хто перший за часом у володінні правом, той і має перевагу відносно нього (*quipriorestintempore, potiorestiniure*).

Юридично значиме володіння характеризується двома елементами: *фізичним контролем особи над річчю (corpuspossessionis)*, що розглядаються в якості об'єктивного елемента ситуації з володінням, і наміром (волею) особи володіти річчю (*animuspossessionis*), визнаним суб'єктивним елементом такої ситуації. Наявність названих елементів дозволяє відрізнити володільницьку ситуацію від фактичного володіння, що не тягне правові наслідки.

*Володіння набувається* шляхом навмисного досягнення фактичного володіння річчю. Об'єкт володіння може бути придбаний власником як початковим (оригінальним), так і похідним (деривативним) способом. Початковий спосіб характеризується тим, що набувач здійснює фактичне володіння річчю, яка раніше нікому не належала або попередній переважний власник якої невідомий. Для похідного способу придбання володіння необхідно, щоб попередній власник передав рухому річ набувачеві або ж допустив його до виключного контролю над нерухомою річчю.

Керуючись турботою про громадський порядок, сучасне громадянське право визнає юридичнозначимим не тільки пряме, а й опосередковане володіння (ч. (1) ст. VIII.—1:205 DCFR), причому незалежно від того, чи виявляє особа волю володіти річчю «як своєю» або ж вона володіє чужою річчю похідним чином. І для власника «як своїм», і для похідного власника характерно, що фізичний контроль здійснюється від свого імені (*suonomine*)<sup>190</sup>.

*Пряме володіння (directpossession)* означає такий прямий фізичний контроль особи над річчю, який здійснюється особисто власни-

---

<sup>190</sup> Нагадаємо, що в римському праві розрізнялися ситуації тримання (*detentio*) і власне володіння (*possessio*). Якщо держатель виявляв волю володіти річчю не від свого імені, то власник у свою чергу діяв від свого імені (*suonomine*). На відміну від тримання — фактичного стану, що не захищається правопорядком, володіння розглядалося як юридично значуща ситуація і захищалося спеціальними засобами захисту. Такі конструкції володіння викликали очевидні складнощі у випадку, коли існувала необхідність у захисті прав власника, що не володіє. Так, для захисту інтересів покладодавця зберігач не міг вдатися до інтердикту на тій підставі, що він не зізнавався власником; і якщо річ, яка була передана на зберігання, була вкрадена, то витребувати цю річ у особи, яка її викрала, міг лише покладодавець. З іншого боку, володільницьким захистом могли користуватися особи, що вкрали річ, у тому числі противласника цієї речі на тій підставі, що вони володіють річчю від свого імені. Власник у цьому випадку міг витребувати річ з чужого незаконного володіння, лише довівши своє право на річ.



ком або через агента у володінні, що діє від імені власника (ч. (2) ст. VIII.—1:205 DCFR). У свою чергу агентом у володінні (*possession-agent*) визнається особа, яка здійснює безпосередній фізичний контроль над речами від імені особи, яка володіє ними як своїми, або похідного власника. Агент у володінні не володіє самостійної власницької волею. При цьому між агентом у володінні і власником мають бути відсутні такі правовідносини, які дозволяли б агенту надходити з речами у власному інтересі, і має існувати право власника речі давати зобов'язуючі вказівки з приводу використання цих речей в його (власника) інтересах. Агентами у володінні, зокрема, можуть бути наймані працівники особи, яка володіє речами як своїми. Володіння агента не тягне самостійних правових наслідків.

Правопорядок не може залишатися байдужим до випадків зaborоненого самоуправного порушення володіння з боку третіх осіб і в тих ситуаціях, коли власник передає на підставі правовідносини річ у володіння іншій особі (похідному власнику). *Похідним (limited-right-possessor)* визнається володіння, при якому власник здійснює фізичний контроль над речами з наміром чинити стосовно цих речей у власному інтересі на підставі особливих правовідносин з особою, яка володіє цими речами як своїми і які дають похідному власнику право володіти ними. Зокрема, похідними визнаються у відповідних правовідносинах користувачі, орендарі, наймачі, зберігачі і т. п. Крім того, похідним власником визнається ретентор — особа, яка здійснює фізичний контроль над речами з волі особи, володіє речами як своїми, і утримує річ на підставі особливої договірної відносини з цією особою, що дає право утримувати речі до моменту оплати цією особою боргів або витрат (ст. VIII.—1:207 DCFR).

Для захисту опосередкованого власника запропонована конструкція *опосередкованого володіння (indirectpossession)*, під яким розуміється опосередкований фізичний контроль, здійснюваний власником (опосередкованим власником) через іншу особу, через похідного власника (ч. (3) ст. VIII.—1:205 DCFR). Конструкція опосередкованого володіння дозволяє опосередкованому власнику самостійно заявляти вимоги про припинення порушення володіння, не чекаючи реакції на порушення володіння з боку безпосереднього власника. У розглянутій конструкції володільницька ситуація опосередковується правовідносинами, встановлюваними між тим, хто володіє річчю «як своєю» і похідним власником, причому і той і інший можуть виступати уволодільницькій ситуації як в якості прямого, так і опосередкованого власника. Отже, тут мова йде не про фактичне володіння, яке тягне за собою правові наслідки, а про *право володіння*.

Закон передбачає, що право володіння виникає на підставі договору з власником або особою, якій майно було передане власником, а також з інших підстав, встановлених законом (ст. 398 ЦК). Таким чином, право володіння ґрунтується на *правовій підставі (iustacausa)*, яке легітимізує володільницьку ситуацію. Правовою підставою, як правило, служить титул — така правова підстава, володіння річчю за якою може бути протиставлено домаганням на цю річ третіх осіб (*титульне володіння*)<sup>191</sup>. Титульними, зокрема, є похідні власники.

Не позбавлена правової підстави, хоча і не завжди ґрунтується на титулі, «*володіння як своїм*» (*ownerpossessor*). Таке володіння здійснюване особою, якій належить прямий або опосередкований фізичний контроль над речами з наміром чинити з ними як власник або як якби він був власником (ст. VIII.—1:206 DCFR). Власник у відносинах з третіми особами передбачається власником, якщо він володіє річчю відкрито, безупинно, аби насильно, чи не прекарно (до вимоги).

Функція легітимізації володіння «як своїм», яка заснована на титулі, проявляє себе, зокрема, в конструкціях перенесення права власності за допомогою передачі речі у володіння набувача (*traditio*). Визначаючи момент набуття права власності за договором, у ч. 1 ст. 334 ГК вказується, що воно виникає у набувача з моменту передачі речі, якщо інше не встановлено угодою сторін або законом. При цьому передача речі має місце, якщо той, хто переносить право, відмовляється від володіння, а той, на кого переноситься право, отримує володіння речами. Передача або її еквівалент в цьому випадку повинні вважатися як правомочність, яке з'явилося з договору чи іншого юридичного акту, судового акта або норми права, або ґрунтуватися на ньому (ст. VIII—2:101 DCFR). Іншими словами, дійсність виникнення права власності у набувача за договором чи іншим актом визначається дійсністю акту, на основі якого виникло право вимоги передачі речі, за умови його належного виконання, що представляє собою з погляду майнових наслідків розпорядчу дію. Така система переносу права власності отримала назву *каузальної традиції*.

Однак під передачею речі розуміється не тільки фізична передача матеріального предмета у володіння іншій особі, але і її еквівалент. Зокрема, «передача очима і наміром» (*traditio oculiseta defectu*),

---

<sup>191</sup> Правова підстава — це оцінка стану володіння з точки зору права, тоді як юридичний титул є лише один з можливих атрибутів такого стану. Отже, наявність юридичного титулу свідчить про наявність правової підстави володіння, але право володіння не вичерпується випадками, коли власник володіє юридичним титулом.

як еквівалент фізичного контролю, можлива при прийомі на зберігання складованих речей або при відліку банкнот, без дотику до них. Еквівалентом визнається символічна передача (*traditio symbolica*), наприклад, при залишенні в розпорядженні власника ключів від автомобіля. У ряді випадків передача речі здійснюється простою згодою, вираженою за допомогою юридичного акту без реєстрації права, встановленого цим актом і без матеріального акту володіння річчю. Якщо особа, яка здійснює фізичний контроль над речами, складає документ, що містить зобов'язання передати речі пред'явнику документа, перенесення права на документ (виконаний у тому числі і в електронній формі) є рівносильним передачі речі (ч. (4) ст. VIII–2:105 DCFR). Не потрібно встановлення фізичного контролю над річчю при передачі «короткою рукою» (*traditio brevimanu*), коли річ вже знаходиться у володінні іншої особи і ця особа виявляє волю набути право власності на дану річ. Особливий випадок виникнення права володіння являє «встановлення володіння» (*constitutum possessorium*), яке характеризується тим, що власник у силу укладеного з іншою особою (набувачем) договору виробляє відчуження права власності, залишаючись при цьому власником речі, тоді як набувач стає власником без встановлення прямого фізичного контролю над річчю. Така володільницька ситуація характерна, наприклад, при зворотному лізингу або при даруванні речі з подальшим укладенням стосовно цієї речі угоди про узуфрукт.

Сучасні правопорядки визнають «володіння як своїм» як підставу набуття права власності і при відсутності титулу, але за умови дотримання набувачем *принципу сумлінності*. Так, згідно з ч. 1 ст. 344 ЦК особа, яка добросовіснозаволоділа чужим майном і продовжує відкрито, безперервно володіти нерухомим майном протягом десяти років або рухомим майном — протягом п'яти років, за загальним правилом набуває право власності на це майно (*набувальна давність*).

Оцінка дотримання принципу сумлінності передбачає з'ясування факту обізнаності особи, яка коїть юридично значимі акти, про обставини, з якими закон пов'язує певні правові наслідки (суб'єктивний критерій), наприклад, про власника речі, яку власник збирається придбати за давністю. Особа визнається сумлінним-власником за умови, що вона не знала і не могла розумно передбачитися знаючим про наявність такого роду обставин.

Володіння є сумлінним до моменту, коли особа узнала або могла знати про незаконність свого володіння, або до моменту, коли їй було вручено повістку до суду за позовом власника про витребування майна (ч. 2 ст. 390 ЦК). Таким чином, добросовісне

володіння припиняється, якщо будь-яка особа, що володіє переважним правом, пред'являє власнику свої обґрунтовані вимоги.

Сумлінність володіння є критерієм, що визначає право *володільця на плоди (доходи)*, отримані за період володіння річчю. Добросовісний володілець має право на плоди (доходи), отримані від речі, до тих пір, поки його володіння законно. З моменту припинення законності володіння право на плоди (доходи) від речі переходить до правомочної особи (законному власнику). Однак якщо правомочна особа не здійснює свого права, а сумлінний володілець вважає за необхідне зберегти володіння, плоди, речі і права зберігаються за володільцем. У свою чергу, недобросовісний володілець є зобов'язаним повернути законному власнику всі плоди (доходи), отримані за час володіння річчю. Більше того, на несумлінного володільця покладається обов'язок відшкодувати вартість тих плодів (доходів), що не були отримані з його вини (які могли бути отримані) (ч. 1 ст. 390 ЦК). Повертаючи річ законному власнику, сумлінний володілець має право залишити собі здійснені ним за період добросовісного володіння поліпшення майна, якщо вони віддільні від майна без заподіяння йому шкоди. Якщо ж поліпшення невіддільні без нанесення шкоди речі, сумлінний володілець має право вимагати їх компенсації в сумі, на яку збільшилася вартість майна (ч. 4 ст. 390 ЦК).

Законне юридично значиме володіння підлягає *захисту*. Визнається *законним* всяке титульне володіння, а також беститульне (фактичне) добросовісне володіння. Причому цивільне законодавство виходить з презумпції правомірності володіння: фактичне володіння майном вважається правомірним, якщо інше не випливає із закону або не встановлено рішенням суду (ч. 3 ст. 397 ЦК). Іншими словами, законність придбаного майна припускається.

Захист володіння — одна з найважливіших функцій, покладених на правопорядок в цілях підтримки стабільності цивільного обороту. Власницький захист застосовується тоді, коли володіння річчю було припинено за допомогою забороненого самоуправства або порушено іншим чином. Дії особи, яка порушує володіння іншої особи, визнаються неправомірними, якщо вона діє без згоди власника, а позбавлення чи порушення володіння не дозволено законом (ст. VIII.—6:201 DCFR).

Володільницький захист надається виключно сумлінним володільцям. Недобросовісний володілець зобов'язаний негайно повернути майно особі, яка має на нього право власності або інше право відповідно до договору або закону, або яка є добросовісним володільцем цього майна (ч. 1 ст. 400 ЦК).

При невиконанні сумлінним володільцем обов'язку повернути річ, зацікавлена особа має право пред'явити позов про її витребування. Особливість захисту володіння задається компромісною конструкцією володільницького позову, що має, з одного боку, риси римського *actio Publiciana*— позову, наданого «тому, хто не встиг придбати за давністю річ, передану йому на правомірній підставі, і, втративши володіння нею, витребуєї по суду» (Gai.4,36), а з іншого — володільницьких інтердиктів як посесор них засобів захисту володільницьких ситуацій.

*Посесорний* (володільницький) захист не обумовлюється виявленням наявності в особи, неправомірно позбавленого володіння, титулу володіння і тим більше не спрямована на встановлення дійсності такого титулу. Вона припускає з'ясування тільки факту володіння, а також факту самоуправного порушення цього правового стану і здійснюється в наказовому виробництві. Захист володіння — це захист фактичного панування особи над річчю.

Право на повернення речі у разі неправомірного позбавлення володіння зберігається за власником протягом одного року з моменту неправомірного позбавлення володіння. Якщо ж сумлінному володільцю перешкоджають у володінні, не позбавляючи його можливості фактично володіти річчю, або створюють загрозу такого порушення, він отримує право на захист володіння на правах власника.

Оскільки для виникнення юридично значущого володіння необхідна наявність двох елементів — *corpus possessionis* і *animus possessionis*, відпадання одного з названих елементів тягне його припинення. *Corpus possessionis* припиняється у разі загибелі речі (знищенні майна), витребування майна від володільця іншою правомочною особою, при переході речі в розряд виведених з комерційного обороту. Втрата *animus possessionis* відбувається при відмові власника від володіння майном (ч. 1 ст. 399 ЦК). Право володіння припиняється також і в інших випадках, встановлених законом (ч. 2 ст. 399 ЦК), зокрема, при збігу в одній особі володільця і власника речі.

Звернемо увагу, що для припинення володіння потрібно не тимчасова втрата панування особи над річчю, а тривале і стійке припинення такого панування. Тимчасова неможливість здійснення фактичного володіння річчю не тягне припинення володіння. Так, володіння нерухомою річчю втрачається не з моменту, коли хто-небудь захопив цю річ, а з моменту, коли власник дізнався про захоплення і протягом встановленого для захисту відповідної володільницької конструкції строку не вжив жодних дій, спрямованих на відновлення свого володіння.

### 3.5. Засади регулювання спадкування в Україні

Підгалузь «Спадкове право» в українському цивільному законодавстві належить до числа найбільш стабільних, точніше, є найбільш стабільною. Якщо не рахувати ексцесу зі скасування спадкування після жовтневого перевороту початку ХХ ст. (та й то формально відповідні акти стосувалися лише території Радянської Росії), то можна вважати, що традиція регулювання спадкових відносин в Україні цілком відповідає уявленням про рецепцію римського приватного права у формі використання його ідей, понять та правових рішень у цій галузі.

Спадкове право тісно пов'язане з іншими видами майнових прав, що визначає особливості місця відповідної сукупності норм, що регулюють відносини спадкування, у структурі цивільного законодавства.

З одного боку, після смерті певної особи найчастіше залишається майно, основу якого становлять право власності та інші речові права. Вони є об'єктом переходу за спадщиною після смерті їх власника. З іншого боку, спадкування — один із способів набуття майнових прав, що зближує його з зобов'язальним правом. Тому спадкове право є однією з важливих підгалузей цивільного права і логічно мало б займати проміжне місце між речовим та зобов'язальним правом. Саме такий підхід сформувався ще у римському праві, що знайшло відображення у структурі Інституцій Гая та більш пізніх кодифікованих актах.

Але, крім того, спадкування, особливо спадкування за законом, тісно пов'язане з сімейним правом, що знаходить відображення у засадах останнього, визначених в Україні певною мірою під впливом східноєвропейської (візантійської) традиції права<sup>192</sup>. (Хоча провідну роль усе ж таки відіграє німецька цивілістична доктрина, що пояснюється особливостями типології цивільного права України).

Зазначеними обставинами пояснюється місце спадкового права в системі цивільного законодавства України, де воно при усіх кодифікаціях останніх двох століть стабільно завершує перелік підгалузей (при тому, що сімейні відносини регулюються окремим Сімейним кодексом). Якщо, наприклад, у Французькому ЦК норми спадкового права розміщені у книзі 3 титулу 1 після інших способів набуття права власності, то у Німецькому ЦК зазначені норми згруповані у книзі п'ятій — заключній, якій передують книги «Сімейне право». Саме другому зразку слідує своєю структурою

<sup>192</sup> *Достдар Р. М.* Рецепція принципів Візантійської Еклоги сучасним сімейним та спадковим законодавством України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Р. М. Достдар. — Одеса, 2005. — 20 с.

і чинний ЦК України, книга шоста якого, розміщена після книги «Зобов'язальне право», містить основні норми, що регулюють спадкування.

*Загальні положення цивільного законодавства України про спадкування у цілому відповідають традиційним європейським підходам у цій сфері.*

Стаття 1216 ЦК України визначає *спадкування* як перехід прав та обов'язків (спадщини) від фізичної особи, яка померла (спадкодавця), до інших осіб (спадкоємців). Сукупність правових норм, які регулюють умови і порядок спадкування складає підгалузь цивільного законодавства, який іменується «спадковим правом» або «правом спадкування».

Термін *«право на спадкування»* може вживатися у кількох значеннях.

По-перше, у найбільш загальному вигляді право на спадкування є елементом цивільної правоздатності. У такому сенсі воно належить усім суб'єктам цивільного права.

По-друге, право на спадкування може вживатися у значенні «право (можливість) отримати спадок за заповітом». Саме у такому сенсі вживається вираз «право на спадкування» у ст. 1223 ЦК, завдяки чому воно може бути охарактеризоване як елемент дієздатності, тобто, можливість певної особи набути суб'єктивне право на спадкування після певної особи. У цьому сенсі право на спадкування є елементом цивільної дієздатності, який можна назвати «пасивна тестаментоздатність».

По-третє, право на спадкування може розглядатися, як суб'єктивне право, що виникає за наявності певних юридичних фактів: смерті особи або оголошення її такою, що померла (ст. 1220 ЦК).

Близьким до «права на спадкування», але дещо відмінним від нього за значенням є термін «право спадкування». Різниця між ними полягає в тому, що останній охоплює не лише суб'єктивні, але й об'єктивні елементи. Тому терміно-поняття *«право спадкування»* можна розглядати у двох значеннях: об'єктивному та суб'єктивному.

*Право спадкування у об'єктивному сенсі* — це сукупність правових норм, які регламентують відносини спадкування, зокрема, визначають порядок та межі переходу прав і обов'язків від померлої особи до спадкоємців та інших осіб; припинення особистих прав і обов'язків тощо. *За своєю сутністю воно співпадає з поняттям «спадкове право».*

*Право спадкування у суб'єктивному сенсі* — це право учасника цивільних відносин бути спадкоємцем після смерті фізичної особи. Це складне суб'єктивне право охоплює низку правомочностей, що

з'являються у спадкоємця у зв'язку з відкриттям спадщини (право на прийняття спадщини, право на розподіл спадкоємцями спадкової маси, право на підтвердження законності набуття спадкового майна тощо). *За своєю сутністю воно співпадає з поняттям «право на спадкування».*

Стаття 1224 ЦК містить *обмеження в реалізації права на спадкування.*

Зокрема, не мають права спадкувати: ті спадкоємці за законом або заповітом, які умисно позбавили життя спадкодавця або будького з його спадкоємців з метою отримання спадщини, або здійснили замах на їх життя; 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; батьки після дитини, щодо якої вони були позбавлені батьківських прав і їхні права не були поновлені на час відкриття спадщини не спадкують за законом. Це стосується батьків (усиновлювачів) та повнолітніх дітей (усиновлених), а також інших осіб, які ухилялися від виконання обов'язку утримання спадкодавця; одна після одної особи, шлюб між якими є недійсним або визнаний таким за рішенням суду. Але якщо шлюб був 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 у майні, що належить тому із подружжя, хто помер, та яке було набуто під час цього шлюбу; особа, яка ухилялася від надання допомоги спадкодавцеві, який через похилий вік, тяжку хворобу або каліцтво був у безпорадному стані. Такі особи позбавляються права спадкування за законом.

Спадкування тісно пов'язане з правом власності і в цьому аспекті може розглядатися, як: 1) реалізація фізичною особою однієї із правоможностей власника (можливості розпорядження своїм майном); 2) одна із вторинних підстав виникнення права власності.

Спадкування породжує спадкові відносини, в яких є дві сторони: спадкодавець та спадкоємець.

*Спадкодавцями* можуть бути фізичні особи — громадяни України, іноземці та особи без громадянства. Не можуть бути спадкодавцем юридичні особи, оскільки у випадках припинення діяльності організацій порядок передачі їхнього майна іншим суб'єктам визначається не нормами про спадкування, а спеціальними правилами про ліквідацію чи реорганізацію юридичних осіб.

*Спадкоємці* — це вказані у заповіті або в законі особи, до яких переходять цивільні права і обов'язки спадкодавця. Спадкоємцями



можуть бути фізичні та юридичні особи, а також держава та інші соціально-публічні утворення.

Спадкування настає у випадку смерті фізичної особи або оголошення її померлою у встановленому законом порядку. З цими юридичними фактами закон пов'язує появу у спадкоємців права на прийняття спадщини, а у всіх інших осіб — обов'язку не перешкоджати спадкоємцям у здійсненні цього права. Після прийняття спадщини спадкоємець стає учасником тих правовідносин, суб'єктом яких був спадкодавець, тобто відбувається заміна суб'єкта у правовідносинах, учасником яких був спадкодавець.

Права й обов'язки спадкодавця, що входять до спадщини переходять до спадкоємців як одне ціле, тобто, відбувається *універсальне правонаступництво*. Можливе також правонаступництво *сингулярне*, коли до спадкоємця переходять лише певні права або лише обов'язки спадкодавця.

Цивільне законодавство України розрізняє *два види спадкування*: 1) за заповітом; 2) за законом (ст. 1217 ЦК).

*Існують також інші види спадкування, передбачені окремими норми Цивільного кодексу.*

Зокрема, згідно зі ст. 1277 ЦК окремим видом спадкування є *спадкування на підставі рішення суду*, котре має місце у випадку так званої «*відумерлості спадщини*». Сутність цього виду спадкування полягає в тому, що у разі відсутності спадкоємців за заповітом і за законом, усунення їх від права на спадкування, неприйняття ними спадщини, а також їхньої відмови від її прийняття суд визнає спадщину відумерлою за заявою відповідного органу місцевого самоврядування за місцем відкриття спадщини. Така заява має бути подана після спливу одного року з часу відкриття спадщини. За рішенням суду спадщина, яку він визнав відумерлою, переходить у власність територіальної громади за місцем відкриття спадщини.

Специфічним видом спадкування можна також вважати *спадковий договір*, згідно з яким одна сторона (набувач) зобов'язується виконати розпорядження іншої сторони (відчужувача) і у випадку його смерті набуває право власності на майно відчужувача. Цьому договору присвячена глава 90 ЦК України. Тому при визначенні виду спадкування слід звертатися не тільки до ст. 1217, але й до ст. 1277 та до глави 90 ЦК України.

Таким чином, вітчизняне цивільне законодавство в залежності від підстав виникнення спадкових правовідносин фактично розрізняє чотири види спадкування: 1) за заповітом; 2) за законом; 3) за рішенням суду; 4) за договором.

Разом із тим, усе ж таки основними, найбільш детально врегульованими актами законодавства і найбільш поширеними на прак-

тиці є згадувані у ст. 1217 ЦК спадкування за заповітом і спадкування за законом.

У випадках *спадкування за заповітом* воля спадкодавця виражається у заповіті. За своєю правовою природою заповіт є одностороннім правочином, а тому регулюється не тільки нормами спадкового права, але також підпорядковується загальним правилам про вчинення правочинів та про недійсність правочинів. Якщо стосовно майна укладений заповіт, то пріоритет надається саме цьому виду спадкування;

Згідно ст. 1223 ЦК, передусім, право на спадкування мають особи, визначені у заповіті. Таке право у них виникає за наявності кількох умов: 1) існує заповіт; 2) спадкодавець визначив певну особу своїм спадкоємцем. Разом із тим, це ще не суб'єктивне право, оскільки можливість отримати спадок може виникнути лише після смерті спадкодавця (оголошення його померлим). Отже, ЦК України надає перевагу спадкуванню за заповітом. У заповіті спадкодавець може виявити свою волю розпорядитися своїм майном на користь будь-якої особи.

*Спадкування за законом* є вторинним стосовно спадкування за заповітом, оскільки настає лише у випадках, чітко визначених у законі, зокрема, за умови, що: 1) заповіту немає; 2) заповіт визнано недійсним; 3) за заповітом передається тільки частина майна; 4) спадкоємець за заповітом помер до відкриття спадщини; 5) спадкоємець за заповітом відмовився від прийняття спадщини.

У таких випадках право на спадкування набувають особи, визначені у ст. ст. 1261–1265 ЦК: у першу чергу — діти спадкодавця, у тому числі зачаті за життя спадкодавця та народжені після його смерті, той з подружжя, який його пережив, та батьки; у другу — рідні брати та сестри спадкодавця, його баба та дід як з боку батька, так і з боку матері; у третю — рідні дядько та тітка спадкодавця; у четверту — особи, які проживали зі спадкодавцем однією сім'єю не менш як п'ять років до часу відкриття спадщини; у п'яту — інші родичі спадкодавця до шостого ступеня споріднення включно, утриманці спадкодавця, які не були членами його сім'ї тощо.

*Спадкування за законом — спадкування, що настає в порядку, встановленому законом, за відсутності заповіту, визнання його недійсним, а також у випадку смерті спадкоємців, зазначених в заповіті, до відкриття спадщини або їх відмови від прийняття спадщини.*

Отже, спадкування за законом має місце у разі, коли і оскільки не існує заповіту. Підставами закликання до спадкування за законом є: 1) споріднення; 2) сімейні стосунки; 3) шлюб; 4) усиновлення; 5) перебування на утриманні спадкодавця не менше п'яти років до його смерті.

Повертаючись до спадкового договору, слід зазначити, що у тому вигляді, в якому він конституційований у ЦК України, цей договір є типологічною особливістю вітчизняного ЦК. Звідси впливає доцільність тут його короткої характеристики. При цьому візьмемо до уваги, що ст. 1302 ЦК України визначення спадкового договору не містить, описуючи, натомість, його зміст. Згідно з цією нормою за спадковим договором одна сторона (набувач) зобов'язується виконувати розпорядження другої сторони (відчужувача) і в разі його смерті набуває право власності на майно відчужувача.

Спадковий договір раніше вітчизняному цивільному законодавству відомий не був, у зв'язку з чим його родовід деякі вітчизняні правознавці пов'язують з римським приватним правом<sup>193</sup>. Проте класичному римському праві такі договори відомі не були, оскільки сама їх ідея суперечить принципу свободи заповіту, властивому цій правовій системі. Тому більш логічним виглядає пов'язування появи категорії спадкового договору з рецепцією римського права у Західній Європі, зокрема, в Німеччині, де його в такому контексті розглядали як «третю підставу права спадкування» (Д. Грімма).

Так звані «договори про спадкування» відомі цивільному праву низки європейських країн (Австрії, Німеччини, Франції, Швейцарії та ін.).

Проте, спадковий договір, передбачений ст. 1302 ЦК, за своєю суттю не є «договором про спадкування», оскільки спрямований на встановлення, передусім, не спадкових, а зобов'язальних відносин. (У зв'язку з цим варто згадати, що у вітчизняній юриспруденції вже цілком слушно зверталася увага на сумнівність розміщення його у книзі 6 ЦК<sup>194</sup>). Таким чином, можна зробити висновок, що спадковий договір у сенсі його визначення ст. 1302 ЦК, повністю є продуктом вітчизняної правової думки, чим, власне, і зумовлені його характерні ознаки та властивості.

З характеристики спадкового договору, яка міститься у ст. 1302 ЦК, впливає, що його ознаками є: 1) наявність домовленості сторін про особливий порядок визначення долі майна після смерті його власника; 2) спеціальний суб'єктний склад такої домовленості; 3) виникнення на підставі спадкового договору сукупності зобов'язальних та речових відносин (зобов'язальних — до смерті відчужувача, речових — після його смерті); 4) виникнення права власності на майно відчужувача на підставі складної юридичної су-

---

<sup>193</sup> Васильченко В. Юридична сутність інституту спадкового договору та його місце в системі цивільного права // Право України. — 2003. — № 6. — С. 118–121; № 7. — С. 137–140.

<sup>194</sup> Заїка Ю. О. Спадкове право України: навч. посіб. / Ю. О. Заїка. — Київ, 2006. — С. 120.

купності: укладення договору, виконання набувачем дій відповідно до розпоряджень відчужувача, смерть відчужувача; 5) поетапне виникнення прав та обов'язків у його сторін (у набувача виникає обов'язок виконувати розпорядження відчужувача вже після укладення договору, а права власника на майно відчужувача він отримує лише після смерті останнього).

*Сторонами* спадкового договору є відчужувач і набувач. При цьому, на відміну від заповідача, яким може бути лише дієздатна особа (ст. 1234 ЦК), *відчужувачем* за спадковим договором може бути також малолітня, недієздатна або обмежено дієздатна особа. Такий висновок випливає з того, що метою спадкового договору є відплатний перехід майна після смерті відчужувача до набувача. «Відстрочена» передача майна здійснюється в інтересах особи з неповною дієздатністю. Тому було б нелогічним і таким, що суперечить засадам цивільного законодавства (ст. 3 ЦК), позбавлення недієздатного власника майна можливості використати його в своїх інтересах шляхом укладення спадкового договору. Однак при цьому мають застосовуватися загальні правила про законне представництво малолітніх та недієздатних осіб, а також про укладення правочинів неповнолітніми та іншими особами з обмеженою дієздатністю (ст. ст. 68–71, 221–224, 242 ЦК). *Набувачем* у спадковому договорі, може бути фізична або юридична особа (ч. 2 ст. 1303 ЦК). При цьому фізична особа повинна мати повну цивільну дієздатність, оскільки від набувача за умовами спадкового договору може вимагатися виконання різноманітних дій, у тому числі правочинів.

Норми ЦК, які визначають *зміст спадкового договору*, є диспозитивними за своїм характером. Так, у ст. 1302 ЦК лише згадується про те, що набувач зобов'язується виконувати розпорядження іншої сторони (відчужувача), а після його смерті набуває право власності на майно відчужувача. При цьому не вказується ні на те, про які розпорядження йдеться, ні на те, у якому обсязі (повністю чи частково) майно відчужувача переходить до набувача. Отже, і одну, й іншу умови сторони можуть визначити на свій розсуд.

Істотною умовою спадкового договору є його предмет. *Предметом спадкового договору* є як набуття права власності на майно відчужувача, так і дії (виконання робіт, надання послуг тощо) набувача. Предметом спадкового договору можуть бути також обов'язки набувача вчинити певну дію майнового або немайнового характеру, на що вказує ст. 1305 ЦК.

Відчужувач може покласти на набувача обов'язок виконати дії майнового або немайнового характеру ще за життя відчужувача (наприклад, виплачувати йому певну грошову суму одноразово або частинами).

У кожному разі відчужувач не може зобов'язати набувача виконати дії, які обмежують його цивільну правоздатність (наприклад, відчужувач не може обмежити набувача у виборі місця проживання, у виборі подружжя тощо).

*Спадковий договір має бути укладеним письмово з наступним нотаріальним посвідченням (ст. 1304 ЦК). Договір стосовно майна, яке не потребує спеціальної реєстрації, посвідчується без витребування документів, що встановлюють право власності (меблі, коштовності, посуд тощо). Спадковий договір щодо майна, яке потребує державної реєстрації, дійсний після нотаріального посвідчення та державної реєстрації.*

*Зміна і припинення спадкового договору можливі із загальних або спеціальних підстав.*

Разом із тим зобов'язання, що виникають при спадковому договорі, не можуть бути припинені шляхом зарахування зустрічних вимог, оскільки в цьому разі це суперечило б інтересам відчужувача, котрий прагне саме виконання конкретних дій. Тому в порядку аналогії закону має застосовуватися правило ст. 602 ЦК, згідно з яким не допускається зарахування зустрічних вимог щодо договору довічного утримання (догляду).

Стаття 1308 ЦК передбачає, що спадковий договір може бути розірваний у односторонньому порядку як на вимогу відчужувача, так і на вимогу набувача. Зокрема, спадковий договір може бути розірваний судом на вимогу відчужувача в разі невиконання набувачем його розпоряджень.

Крім того, спадковий договір може бути розірваним судом на вимогу набувача в разі неможливості виконання ним розпоряджень відчужувача. Можливість такого розірвання договору на вимогу відчужувача іноді пов'язується з невиконання набувачем його розпоряджень, тобто застосовується як санкція за правопорушення, яка одночасно є засобом захисту інтересів відчужувача. Разом із тим розірвання спадкового договору на вимогу набувача в разі неможливості виконання ним розпоряджень відчужувача є не санкцією за порушення договору, а лише засобом захисту інтересів набувача.

Варто підкреслити, що й в першому, й в другому випадках розірвання спадкового договору можливе лише в судовому порядку. Саме суд має встановити факт порушення спадкового договору або неможливість його виконання. У разі, коли спадковий договір змінюється або розривається за рішенням суду, зобов'язання змінюється або припиняється з моменту набрання чинності рішенням суду про зміну або розірвання спадкового договору.

### **3.6. Проблеми гармонізації правового регулювання недоговірних зобов'язань у спадковому праві України за стандартами ЄС**

Сьогодні політика в Україні спрямована наблизити всі сфери державного і соціального буття до європейських стандартів. Чи матиме такий рух позитивний чи негативний відтінок в житті звичайних пересічних громадян нашої країни зможе визначити лише час. Зрозумілим є те, що впровадження нормативів, що існують в країнах-учасниках ЄС зможе відбутися через процес уніфікації їх правових систем. А тому на рівні нашої держави, яка прагне до асоціації з ЄС, можемо спостерігати за невпинним та всебічним перевлаштуванням норм всіх галузей національного законодавства під стандарти європейського права.

Якщо звернутись до визначення впливу тих процесів, що відбуваються зараз в Україні, на правила поведінки соціуму, то виникає спочатку інтерес, а згодом і потреба щодо ознайомлення зі змістом новел, що пропонуються з боку ЄС, які найближчим часом можуть впроваджуватись в наше життя на рівні загальнообов'язкових. Немінними в усі часи існування людства залишаються події, пов'язані з фізіологічними етапами в житті кожного окремого індивіда. Так, людина приходить в цей світ через народження, її становлення і розвиток як учасника відповідних правовідносин відбувається в період її дорослішання та зрілості шляхом набуття певного обсягу прав та обов'язків в певній сфері відносин. Але неминучим етапом в житті кожної фізичної особи є смерть. Кожний із зазначених етапів чи, застосовуючи юридичну термінологію, цивільних станів фізичної особи відображає, перш за все, сферу приватних інтересів учасників цивільних правовідносин.

Предметом дискусії в межах даного дослідження є аналіз ситуації, що існує в сфері уніфікації тих норм національного права, які безпосередньо регулюють відносини, що виникають внаслідок смерті фізичної особи або визнання її померлою. Спадкові відносини — це сфера відносин, яку неминуче доведеться пережити кожній людині. Сьогодні спеціальним нормативно-правовим актом в Україні, дія норм якого спрямована на регулювання спадкових правовідносин, є Цивільний Кодекс України, Книга шоста якого має назву «Спадкове право» і спрямована на регулювання відповідних відносин. Але необхідно підкреслити, що і в кожній з країн ЄС є також свої кодифікації цивільних законів, зокрема у Франції — Французький цивільний кодекс 1804 року або Кодекс Наполеона, що є точкою відліку процесу кодифікацій в Європі<sup>195</sup>. В Ні-

<sup>195</sup> *Кодекс Наполеона* [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [https://uk.wikipedia.org/wiki/Кодекс\\_Наполеона](https://uk.wikipedia.org/wiki/Кодекс_Наполеона).

меччині — Німецьке цивільне уложення 1896 року (нім. Bürgerliches Gesetzbuch, (BGB), відомий також як «Бісмарківський кодекс»<sup>196</sup>. Систематизація цивільного законодавства в Німеччині, як можна зрозуміти, дивлячись на нетривалий проміжок часу в історії країн західної Європи XIX століття, відбувся незадовго після кодифікації цивільних законів у Франції. Отже, як бачимо, в державах, що входять до простору Європейського Союзу, існує своє національне законодавство зі своїми традиціями і, безумовно, сталим у часі характером. Так, виникає питання щодо мотивів пошуку спільної мови у вигляді єдиних нормативних стандартів, зокрема, в спадковому праві, які будуть обов'язковими на території простору ЄС. У відповідь на це запитання можна погодитись з тією точкою зору, що сьогодні існує проблема примирення двох систем права, які існують на території Європейського Союзу — континентальної та англо-американської<sup>197</sup>. А якщо проблема існує, то необхідно знайти інструмент, за допомогою якого можна буде знайти спільну мову щодо її вирішення. Сьогодні за основу єдиних стандартів в галузі приватного права доцільно вважати Проект загальної довідникової схеми, що включає принципи, поняття та модельні норми європейського приватного права (Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of reference (DCFR), далі — Проект або DCFR. Офіційним перекладом цього Проекту на території СНД — є переклад, здійснений кафедрою цивільного права Санкт-Петербурзького державного університету, під редакцією Н. Ю. Рассказовой<sup>198</sup>.

Для визначення впливу на гармонізацію норм спадкового права України за стандартами ЄС на підставі положень Проекту, перш за все, необхідно визначити, що він собою представляє. Як вбачається зі змісту зазначеного перекладу — це документ, що був створений науковцями держав-учасників ЄС. Він складається із трьох частин. Перша визначає принципи, друга — модельні правила, а третя — поняття.

Наступним кроком для визначення ролі Проекту в якості інструменту гармонізації норм спадкового права на території ЄС, а також в державах — потенційних його учасниках, однією з яких тепер виступає Україна, є дослідження його змісту. Ознайомлення зі змістом цього документа дає можливість стверджувати, що

---

<sup>196</sup> *Німецьке цивільне уложення* [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [https://uk.wikipedia.org/wiki/Німецьке\\_цивільне\\_уложення](https://uk.wikipedia.org/wiki/Німецьке_цивільне_уложення).

<sup>197</sup> *Рассказова Н. Ю.* Модельные правила европейского частного права : пер. с англ. / науч. ред. Н. Ю. Рассказова. — Москва : Статут, 2013. — С. 2.

<sup>198</sup> *Рассказова Н. Ю.* Модельные правила европейского частного права : пер. с англ. / науч. ред. Н. Ю. Рассказова. — Москва : Статут, 2013. — 989 с.

його норми спрямовані в основному на регулювання договірних відносин, хоча ми можемо зустріти й окремі випадки недоговірних зобов'язань, таких як безпідставне збагачення, завдання шкоди іншій особі та вчинення дій в інтересах іншої особи без її доручення<sup>199</sup>. Таким чином, закономірним є наступне питання, що виникає при визначенні предмету правового регулювання, на який спрямовані норми Проекту, про вплив DCFR на відносини спадкування. І, цілком логічною, вбачається відповідь про неможливість застосування його норм при регулюванні відносин спадкування. Проте, кожний висновок повинен бути обґрунтованим. Так, підтвердженням зазначеної позиції є п. 2 ст. I.—1:101. Відповідно до змісту цієї норми зі сфери застосування акта виключені деякі питання, зокрема, про статус і правосуб'єктність фізичних осіб, заповіти та спадкування, сімейні відносини, оборотоздатні інструменти, трудові відносини, правове регулювання нерухомого майна, положення про юридичних осіб, а також цивільний процес і виконавче провадження<sup>200</sup>. Отже, можна вже зробити перший і основний висновок цього дослідження, згідно з яким відносини, пов'язані із заповітами та спадкуванням Проект не регулює.

Разом із тим, однозначність сприйняття вказівки про виключення зі сфери застосування Проекту питань, пов'язаних зі спадковим правонаступництвом, не означає неможливість застосування його норм до відносин, які тісно пов'язані зі спадкуванням, але не є спадковими. Адже перехід майна на підставі спадкування внаслідок смерті особи або визнання її померлою, передбачає можливість виникнення чи переходу інших прав та обов'язків, що не мають характер спадкових. Якщо звернутись до площини розгляду норм спадкового законодавства України, то одразу зможемо знайти підтвердження цієї позиції на прикладі ст. ст. 1216 та 1218 ЦК України, зміст норм яких передбачає, що спадщиною слід вважати сукупність прав та обов'язків спадкодавця, що йому належали на момент відкриття спадщини і не припинилися внаслідок його смерті. Отже, від спадкодавця, який за період життя перебував, наприклад, у будь-яких зобов'язальних правовідносинах, що не припинились внаслідок його смерті, його права як кредитора та обов'язки як боржника можуть переходити на підставі спадкування до інших осіб — його спадкоємців, які, в свою чергу будуть вступати в такі

<sup>199</sup> Цибульська О. Ю. Щодо питання вдосконалення окремих норм спадкового права України на основі базових принципів DCFR // Цивілістичні читання, присвячені пам'яті І. В. Шерешевського «Принципи DCFR як методологічна основа вдосконалення національного цивільного законодавства»: матеріали Інтернет-конф. (м. Одеса, 5 груд. 2014 р.). — Одеса, 2014. — С. 168.

<sup>200</sup> Рассказова Н. Ю. Модельные правила европейского частного права: пер. с англ. / науч. ред. Н. Ю. Рассказова. — Москва: Статут, 2013. — С. 15–16.



відносини зобов'язального характеру на стороні кредитора або боржника за умови прийняття ними спадщини.

Підставами виникнення правовідносин зобов'язального характеру, що регулюються нормами спадкового законодавства України, можна назвати заповідальний відказ (ст. ст. 1237–1239 ЦК України)<sup>201</sup> та право заповідача покласти на спадкоємців інші обов'язки (ст. 1240 ЦК України)<sup>202</sup>. Разом із тим, доцільно відзначити, що ці зобов'язання, які виникають внаслідок встановлення в заповіті одного із зазначених заповідальних розпоряджень, є недоговірними<sup>203</sup>.

Оскільки, як вже зазначалося, Проект містить вичерпний перелік недоговірних зобов'язань, які регулюються його нормами, а саме: безпідставне збагачення, завдання шкоди іншій особі та вчинення дій в інтересах іншої особи без її доручення, зустрічаємо іншу проблему, що ґрунтується на необхідності все ж таки визначити остаточну можливість застосування DCFR в якості інструменту гармонізації норм чинного національного законодавства за стандартами ЄС. З урахуванням того, що Проект містить базові принципи, модельні правила та поняття, то при гармонізації законодавства в сфері регулювання недоговірних зобов'язальних конструкцій в спадковому праві України, доречним буде звернення до загальних правил, що регулюють всі зобов'язання, які входять до сфери дії Проекту. Цим правилам присвячена Книга третя DCFR<sup>204</sup>.

З огляду на зазначене вище, слід вважати обґрунтованими висновки щодо неможливості Проекту бути універсальним інструментом гармонізації абсолютно всіх приватних правовідносин, адже його норми мають чітко визначену сферу застосування. А тому, DCFR не завжди зможе стати ефективним способом в площині пошуку компромісу та застосування його норм в якості стандарту щодо регулювання відносин, на які його норми не розповсюджуються. Серед таким відносин, як бачимо, знаходять своє місце і недоговірні зобов'язання, що виникають в спадковому праві відповідно до норм чинного законодавства України внаслідок окремих заповідальних

<sup>201</sup> Цибульська О. Ю. Визначення та сутність заповідального відказу як підстави виникнення правовідносин за цивільним законодавством України // Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія Право. Ужгород, 2013. — Вип. 23, т. 1, ч. 1. — С. 293–297.

<sup>202</sup> Цибульська О. Ю. Право заповідача на покладення інших обов'язків // Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія Право. — Ужгород, 2010. — Вип. 13, ч. 1. — С. 258–260.

<sup>203</sup> Цибульська О. Ю. Недоговірні зобов'язання в спадковому праві України // Правові та інституційні механізми забезпечення сталого розвитку України: матеріали Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Одеса, 15–16 трав. 2015 р.): у 2 т. — Одеса, 2015. — Т. 2. — С. 484–486.

<sup>204</sup> Рассказова Н. Ю. Модельні правила європейського частного права: пер. с англ. / науч. ред. Н. Ю. Рассказова. — Москва: Статут, 2013. — С. 15.

розпоряджень — заповідального відказу та покладення заповідачем на спадкоємців інших обов'язків. Проте, було б недоцільним проводити в рамках окремого наукового дослідження без бачення існування позитивного вирішення питання, яке було визначальним і ключовим на початку розмови, тому безумовним залишається той факт, що загальні положення DCFR, можуть існувати в якості стандарту, запропонованого ЄС, оскільки норми його на рівні загальних засад відіграватимуть безпосередній вплив на регулювання всіх зобов'язальних відносин незалежно від підстав їх виникнення.

### **3.7. Здійснення права на спадкування та оформлення права на спадщину у контексті Угоди про асоціацію України з ЄС**

Спадкування є особливим, багатогранним та складним процесом трансферу прав та обов'язків від померлої особи до спадкоємців, трансферу майна як рухомого так і нерухомого. Із підписанням Україною Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії (далі — Угода) спадкування набуває більш вагомого значення у зв'язку з наявністю у його відносинах іноземного елемента, що викликає так званий процес «cross-border succession». Норми Закону України «Про міжнародне приватне право» встановлюють декілька принципів за якими вирішуються колізійні питання у сфері спадкування. Основою є принцип за яким спадкові відносини регулюються правом держави, у якій спадкодавець мав останнє місце проживання, якщо спадкодавцем у заповіті не обрано право держави громадянином якої він є. Водночас порядок визначення місця проживання спадкодавця відбувається по-різному як у країнах ЄС так і Україні.

Статтею 1 Угоди встановлюється цілі асоціації які серед інших передбачають сприяння поступовому зближенню Сторін, ґрунтуючись на спільних цінностях і тісних привілейованих зв'язках, а також поглиблюючий зв'язок України з політикою ЄС та її участь у програмах та агентствах. Говорячи про наближення політики України до політики ЄС слід звернути увагу на свободи на яких базується внутрішній ринок ЄС: вільне пересування товарів, осіб, послуг та капіталів. Реалізація цих базових свобод вплинула не аби яким чином на питання спадкового права на території ЄС. Поступове розширення ЄС призвело до того, що все більше людей змінюють своє місце проживання, залишаючись громадянином іншої країни, працюючи при цьому на території третьої країни, а маючи у власності майно на території зовсім інших країн ЄС. Таким чином особа, наприклад, може бути громадянином Франції, працювати у

Англії, жити у Швейцарії, мати власність у Німеччині. Таке становище не викликає жодних питань до моменту коли така особа помирає, особливо коли місце смерті такої особи взагалі п'ята країна, наприклад, Польща. З цього моменту виникає чимало труднощів та питань, серед яких: право якої країни необхідно застосовувати до процесу спадкування майна? яким чином відбувається реалізація заповіту на території кожної із країн де знаходиться майно спадкодавця (наприклад чи існує так зване право на обов'язкову частка у спадщині за наявності заповіту)? Чимало труднощів пов'язано з тим, що права власності на нерухоме майно пов'язані з процесом їх державної реєстрації і їх регулювання відрізняється принциповим чином від однієї країни до іншої не дивлячись на їх членство у ЄС. Найбільш складним правом серед країн членів ЄС прийнято вважати право Великобританії яке відноситься до системи загального права яке має принципові відмінності порівняно з континентальною системою права. Іноді різниця у законодавстві настільки принципова, що це навіть стосується питання, що саме входить до складу спадщини та може бути успадковане спадкоємцями. Черговість закликання спадкоємців до спадкування також може суттєво відрізнитися навіть у межах країн континентальної системи права. Наприклад, ст. 1925 Німецького цивільного кодексу (далі — НЦК) відносить батьків спадкодавця до спадкоємців другої черги, що автоматично відсторонює їх від процесу спадкування за наявності хоч одного спадкоємця першої черги ч. 2, ст. 1924 НЦК<sup>205</sup>. Звісно, що ситуація може бути задалегідь врегульована заповітом який було залишено спадкодавцем але і тут є свої особливості пов'язані з наявністю законодавчо закріпленої обов'язкової частки у спадщині певної категорії спадкоємців, так званого «*forcedinheritance*» — примусового спадкування яке, наприклад, відсутнє за законодавством Великобританії. Так особа, що має нерухоме майно у Великобританії та Франції, залишивши заповіт на території Великобританії не зможе уникнути дії правила «*forcedinheritance*» на території Франції, що призведе до автоматичної недійсності заповіту у тій його частці у якій він буде позбавляти права на спадкування спадкоємців на обов'язкову частку у спадщині.

Окремої уваги заслуговує питання визначення місця проживання спадкодавця. На території країн ЄС існує дві основні концепції, які використовуються для визначення останнього місця проживання спадкодавця, яке є визначальним для місця відкриття спадщини —

---

<sup>205</sup> *Гражданское уложение Германии = Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz* : введ. Закон к Гражд. Уложению : пер. с нем. / [В. Бергманн, введ., сост.]; науч. ред.: В. Бергманн [и др.]. — 3-е изд., перераб. — Москва : Вотерс Клувер, 2008. — С. 581–582.

концепція «*domicile*» таконцепція «*habitualresidence*». Концепція доміцилія за сутність своєю пов'язана з постійним місцем проживання особи незалежно від її громадянства та свідчить про наявність між особою та державою стійких правових стосунків та постійної домівки. Особа може мати лише один доміцилій та для його визначення обов'язковим є наявність інтенції особи до повернення саме до цього місця після певного, навіть тривалого, періоду відсутності у ньому<sup>206</sup>. Доміцилій поділяється на доміцилій на вибором та за походженням, який як правило пов'язаний з доміцилієм батька особи. Концепція «*habitualresidence*» згідно Оксфордського правового словника передбачає наявність певного місця або держави у якій особа має власний дім<sup>207</sup>. З першого погляду різниці між цими концепціями не існує однак згідно з абз. 27 Докладу Палати Лордів з приводу правового регулювання спадкування на території ЄС від 2010 р. (далі — Доклад) ці дві концепції не просто є різними але і законодавче регулювання їх на території певних юрисдикцій ЄС є відмінним. Так, «*habitualresidence*» трактується у Докладі включає місце де особа звичайно живе та знаходиться<sup>208</sup>. Розрізнення цих двох концепцій та статусу особи викликає труднощі коли особа має постійне місце роботи у іншій, ніж її доміцилій, країні. За таких умов, як зазначається у Докладі, доміцилій скоріш за все буде визначено згідно з місцем знаходження домівки особи.

Водночас слід враховувати те, що процес спадкування майна включає на певних етапах й інші галузі права, окрім цивільного. Успадковане майно підлягає оподаткуванню і нормативне регулювання його оподаткування також принциповим чином відрізняється від країни до країни і дуже часто не узгоджене з буквою та духом норм цивільного права. Відповідно до підпункту «а)» п. 174.2.1 ст. 174 Податкового кодексу України (далі — ПКУ) за ставкою 0 % оподатковується об'єкти спадщини, що успадковуються членами сім'ї спадкодавця першого ступеня споріднення. Водночас, п. 174.2.1 ст. 174 ПКУ встановлює, що будь-який об'єкт спадщини, що успадковується спадкоємцем від спадкодавця-нерезидента або спадкоємцем-нерезидентом від спадкодавця резидента оподатковується за ставкою, що станом на 1 січня 2016 р. становить 18 % незалежно від ступеня споріднення між такими спадкодавцем та спадкоємцем. Таким чином громадянин України — спадкоємець-резидент, що спадкує майно після свого батька, громадянина Ук-

<sup>206</sup> *The Law student's dictionary* / J. E. Penner. — Oxford: Oxford University Press, 2008. — P. 97.

<sup>207</sup> *Oxford dictionary of Law*. 2003 Oxford University Press. P. 226 (p.551)

<sup>208</sup> *The EU's regulation on Succession. Report with evidence* / prepared by House of Lords. — London, 2010. — P. 12.

раїни — спадкодавця — нерезидента у зв'язку з його постійним місцем проживання на території Польщі, повинен буде сплатити 18 % податку на доходи фізичних осіб не дивлячись на наявність першого ступеня споріднення який в даному випадку абсолютно нівелюється податковим законодавством.

Також процес спадкування пов'язаний з виконанням спадкоємцями обов'язків спадкодавця перед його кредиторами, який також особливим чином врегульований у кожній країні. Наприклад законодавство України не застосовує поняття неплатоспроможності боржника по відношенню до фізичної особи, яка не займалася підприємницькою діяльністю тоді як за законодавством деяких країн ЄС допускає можливість того, щоб кредитор померлого спадкодавця ініціював процес визнання спадкодавця — фізичної особи банкрутом незалежно від здійснення ним комерційної (підприємницької) діяльності.

У зв'язку з цим уявимо таку модельну ситуацію. У особи А, після смерті, залишається нерухоме майно на території України та на території Німеччини. Заповіт за життя особа А скласти не встигла. Серед спадкоємців особи А залишилися два сини та батько померлої особи. Виходячи з принципу за яким нерухоме майно спадкується за правом тієї країни на території якої воно знаходиться, за відсутності заповіту та враховуючи черговість закликання родичів до спадкування нерухоме майно на території Німеччини буде успадковане двома синами в рівних частках, а нерухоме майно на території України буде успадковане двома синами та батьком в рівних частках. Таким чином, виходячи з правила, що спадкоємці відповідають по боргах спадкодавця у частці спадщини, що була ними прийнята, обсяг боргів, що припадає на синів особи А буде значно більший аніж обсяг батька померлої особи.

Це лише деякі з питань, що виникають на практиці однак, визнаючи, можна сказати, природне право кожної держави на власний розсуд врегулювати нормами права спадкові відносини, що виникають, змінюються та припиняються на її території необхідним є створення норм перехідного періоду, що давали б однозначні відповіді на колізійні питання та неузгодженості законодавства різних країн у цьому аспекті з метою слідування одному з базових принципів ЄС — *«legalcertainty»* — правової визначеності, на який сторони Угоди посилаються у ч. 1 ст. 24. Необхідним є визнання того, що українське законодавство не адаптоване до тих викликів, що постають перед ним у зв'язку з підписанням цієї Угоди. Поступовий процес гармонізації українського законодавства до Європейських стандартів на сьогодні знаходиться ще «ембріональному стані» хоча і слід визнати, титанічні зусилля які докладаються у цій сфері.

## ПРАВО ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ В УМОВАХ АДАПТАЦІЇ ДО ЗАКОНОДАВСТВА ЄС

### 4.1. Засади регулювання відносин інтелектуальної власності в Україні

У вітчизняній юриспруденції принципи права характеризують як керівні засади (ідеї), що визначають зміст і спрямованість правового регулювання суспільних відносин. При цьому зазначається, що значення принципів права полягає у тому, що вони в стислому вигляді концентровано відображають найсуттєвіші риси права, є його квінтесенцією, «обличчям»<sup>209</sup>. Грунтуючись на такому загальному розумінні сутності цієї категорії, можна визначити принципи права інтелектуальної власності (законодавства про інтелектуальну власність) як ті керівні засади, фундаментальні ідеї, згідно з якими здійснюється регулювання відносин інтелектуальної власності.

При характеристиці принципів права, до системи останніх, як правило, включають: 1) загальноправові принципи; 2) галузеві правові принципи; 3) принципи підгалузеві права; 4) принципи окремих правових інститутів. Але складність визначення системи принципів права інтелектуальної власності пов'язана з тим, що, попри цивільно-правову в цілому сутність норм, які регулюють використання результатів інтелектуальної, творчої діяльності, законодавство про інтелектуальну власність є комплексною галуззю, що включає норми як приватноправової, так і публічно-правової спрямованості. Внаслідок цього, навіть, вважаючи (із деякими застереженнями) право інтелектуальної власності підгалуззю цивільного права, не можна не враховувати наявності в ній низки рішень, що ґрунтуються на публічно-правових принципах. Спираючись на

---

<sup>209</sup> *Юридична енциклопедія*. В 6 т. Т. 5 / редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова) [та ін.]. — Київ: Укр. енцикл., 2003. — С. 128.

таке посилення методологічного характеру, спробуємо встановити систему принципів права інтелектуальної власності (законодавства про інтелектуальну власність), маючи на увазі, що вона охоплює: 1) загальноправові принципи; 2) принципи приватного та публічного права; 3) загальні галузеві принципи (цивільно-правові, адміністративно-правові тощо); 4) спеціальні принципи законодавства про інтелектуальну власність; 5) принципи окремих правових інститутів законодавства про інтелектуальну власність.

Отже, по-перше, до системи принципів права інтелектуальної власності входять загальні правові принципи, до яких належать: загальнообов'язковість норм права; несуперечність норм права і пріоритетність закону щодо інших нормативних актів; поділ правової системи на загально-соціальне і юридичне право і диференціація останнього на публічне і приватне, матеріальне і процесуальне тощо; відповідність між об'єктивним і суб'єктивним правом, між нормами права і правовідносинами, між правом і процесом його здійснення; загальна формально-правова рівність суб'єктів права і водночас їх диференціація; справедливість, що в об'єктивному праві дістає вияв у рівному масштабі оцінки поведінки і у відповідності юридичної відповідальності скоєному правопорушенню та ін.<sup>210</sup>

По-друге, стосовно тих відносин інтелектуальної власності, що знаходяться в сфері приватноправового регулювання, застосовуються принципи приватного права, а стосовно тих відносин інтелектуальної власності, що знаходяться в сфері публічно-правового регулювання, відповідно, діють принципи публічного права. Зокрема, принципами приватного права є: автономія; добровільність; юридична рівність; диспозитивність; координація; загальний дозвіл; правовий захист приватного інтересу та ін.<sup>211</sup> Публічне право характеризують принципи: юридичної нерівності сторін; субординації; імперативності; обов'язковості; захисту публічних інтересів; захисту приватних інтересів через захист інтересу публічного тощо.

По-третє, цивілістичними принципами у сфері регулювання відносин інтелектуальної власності є такі загальні засади цивільного законодавства, сформульовані у ст. 3 ЦК України: 1) неприпустимість свавільного втручання у сферу особистого життя людини; 2) неприпустимість позбавлення права власності, крім випадків, встановлених Конституцією України та законом; 3) свобода договору; 4) свобода підприємницької діяльності, яка не заборонена

<sup>210</sup> *Колодій А. М.* Принципи права України: монографія / А. М. Колодій. — Київ: Юрінком Інтер, 1998. — С. 96–107.

<sup>211</sup> Там само. — С. 176.

законом; 5) судовий захист цивільного права та інтересу; 6) справедливість, добросовісність та розумність. Ці принципи стосуються й права інтелектуальної власності. Загальними для українського адміністративного права є принципи: законності; пріоритету прав та свобод людини і громадянина; рівності громадян перед законом; демократизації нормотворчості й реалізації права; взаємної відповідальності держави і людини; принцип гуманізму і справедливості у взаєминах між державою і людиною<sup>212</sup>. Названі принципи, певною мірою, перетинаються із загально-правовими та цивілістичними принципами, однак мають і свої особливості, що можуть проявлятися при регулюванні відносин інтелектуальної власності.

По-четверте, спеціальними принципами законодавства про інтелектуальну власність є: непорушність права інтелектуальної власності; свобода творчості. З деякими застереженнями до них може бути віднесений і принцип невідчужуваності особистих немайнових прав.

Нарешті, існують і мають враховуватися принципи окремих правових інститутів законодавства про інтелектуальну власність. Зокрема, характерними для авторського права вважаються принципи: поєднання особистих інтересів з інтересами суспільства; матеріального та морального заохочення автора; всебічної охорони прав та законних інтересів авторів.

Крім цього, в літературі зустрічається згадка й про інші принципи, зокрема, про принцип дуалізму авторського права (який полягає у тому, що нематеріальні твори науки, літератури і мистецтва об'єктивно існують лише втіленими у матеріальних об'єктах, наприклад, у товарах — речових або хвильових<sup>213</sup>), принцип дихотомії (згідно з яким охороняються не ідеї, а форми їх вираження у творах науки, літератури або мистецтва<sup>214</sup>).

На нашу думку, не зовсім вдалою є назва принципів, оскільки у науці вже сформоване усталене поняття і принципу дуалізму, і принципу дихотомії. Називаються також принцип невідчужуваності особистих немайнових прав автора, принцип свободи авторського договору<sup>215</sup>, принцип виникнення авторських прав з моменту створення твору, принцип обмеження у часі строку чинності майнових авторських прав на твір, принцип територіального та (або) націо-

<sup>212</sup> *Адміністративне право України. Академічний курс : підручник. У 2 т. Т. 1. Загальна частина / редколегія: В. Б. Авер'янов (голова).* — Київ : Юрид. думка, 2004. — С. 82–84.

<sup>213</sup> *Судариков С. А. Авторское право : учебник / С. А. Судариков.* — Москва : Проспект, 2011. — С. 51.

<sup>214</sup> Там само. — С. 60.

<sup>215</sup> *Бошицький Ю. Л. Право інтелектуальної власності : навч. посіб. / Ю. Л. Бошицький.* — Київ : Логос, 2007. — С. 20.



нального характеру дії авторських прав<sup>216</sup>, принцип пріоритету прав автора, принцип свободи комунікацій та творчих працівників, принцип забезпечення відновлення порушених прав та судового захисту прав творців результатів інтелектуальної діяльності<sup>217</sup>.

Принципи охорони авторського права встановлені Бернською конвенцією, серед яких названі: принцип національного режиму, принцип автоматичної охорони, принцип незалежності охорони.

Принципи патентного права мають свою специфіку, яка пов'язана із специфікою цього інституту. У патентному праві, на відміну від авторського, об'єктом є зміст технічних рішень, який і підлягає правовій охороні, обов'язкова легітимація результатів творчої діяльності.

Принципами патентного права є: визнання за патентовласником виключного права на використання запатентованого об'єкта; поєднання особистих інтересів автора з інтересами суспільства; надання охорони лише патентоспроможним винаходам, корисним моделям, промисловим зразкам тощо.

У патентному праві також виділяють принципи патентно-правової охорони, які відображені у положеннях Паризької конвенції з охорони промислової власності. До них належать принцип національного режиму, принцип незалежності патентів, принцип тимчасової охорони.

Серед специфічних принципів патентно-правової охорони називають облігаторний принцип надання патентно-правової охорони, принцип територіальної дії патенту, принцип абсолютного характеру прав, що засвідчуються патентом, а також принцип охорони нових творчих результатів<sup>218</sup>.

Таким чином, на сьогодні у літературі існує розмаїття принципів права інтелектуальної власності, причому відсутня струнка їх система, внаслідок чого вони знаходяться у складних взаємозв'язках, іноді дублюючи один одного на різних ієрархічних рівнях, іноді доповнюючи один одне, а часом і суперечачи один одному.

Щодо спеціальних принципів законодавства про інтелектуальну власність України, як підгалузі вітчизняного цивільного законодавства, то слід зазначити, що їх перелік може бути сформованим

<sup>216</sup> *Право інтелектуальної власності: навч.-метод. посіб.* / О. О. Кулініч, Л. Д. Романадзе. — Одеса: Фенікс, 2010. — С. 69.

<sup>217</sup> *Еннан Р. Е.* Право інтелектуальної власності та інтелектуально-правові відносини: поняття, функції, методи, принципи // Актуальні проблеми права інтелектуальної власності: зб. матеріалів I Всеукр. наук.-практ. конф., присвяч. 10-й річниці святкування Міжнар. дня інтелектуальної власності, 16 черв. 2010 р. — Одеса, 2010. — С. 34–39.

<sup>218</sup> *Городов О. А.* Право промышленной собственности: учебник / О. А. Городов. — Москва: Статут, 2011. — С. 19.

на підґрунті положень Конституції України, книги четвертої ЦК України та спеціальних актів законодавства.

Так, беззастережно, на мій погляд, до спеціальних принципів права інтелектуальної власності можна віднести принцип свободи творчості, принцип непорушності права інтелектуальної власності, принцип поєднання особистих інтересів автора з інтересами суспільства, принцип матеріального та морального заохочення автора, принцип всебічної охорони прав та законних інтересів авторів (автор у цьому випадку розуміється у широкому значенні як творець результату творчої діяльності — автор, винахідник тощо), принцип визнання за творцем виключного права на використання результату творчої діяльності.

Ці принципи застосовуються при регулюванні будь-яких відносин інтелектуальної власності.

Основним, засадничим принципом є принцип свободи творчості, закріплений у ст. 54 Конституції України, відповідно до якої громадянам гарантується свобода літературної, художньої, наукової і технічної творчості, захист інтелектуальної власності, їхніх 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. Держава сприяє розвитку науки, встановленню наукових зв'язків України зі світовим співтовариством.

Принцип свободи творчості означає також свободу автора у обранні виду творчості, жанру, мети створення об'єктів права інтелектуальної власності, свободу від цензури, свободу використання результатів своєї творчої діяльності тощо. Однак слід зазначити, що принцип свободи творчості іноді вступає в колізію з суспільною мораллю, релігією та державною політикою. Тому держава встановлює певні межі свободи творчості. Так, відповідно до Закону України «Про захист суспільної моралі» від 20 листопада 2003 р. забороняються виробництво та розповсюдження продукції, яка: 1) пропагує війну, національну та релігійну ворожнечу, зміну шляхом насильства конституційного ладу або територіальної цілісності України; 2) пропагує фашизм та неофашизм; 3) принижує або ображає націю чи особистість за національною ознакою; 4) пропагує бузувірство, блюзнірство, неповагу до національних і релігійних святинь; 5) принижує особистість, є проявом знущання з приводу фізичних вад (каліцтва), з душевнохворих, літніх людей; 6) пропагує невігластво, неповагу до батьків; 7) пропагує наркоманію, тосикоманію, алкоголізм, тютюнопаління та інші шкідливі звички.

Принцип непорушності права інтелектуальної власності означає, що ніхто не може бути позбавлений права інтелектуальної власності чи обмежений у його здійсненні, крім випадків, передбачених законом (ч. 3 ст. 418 ЦК України). Так, випадки обмеження здійснення прав інтелектуальної власності встановлено, як уже зазначалось, нормами Закону України «Про захист суспільної моралі» від 20 листопада 2003 р., а також Закону України «Про правовий режим надзвичайного стану» від 16 березня 2000 р.

Принцип поєднання особистих інтересів автора з інтересами суспільства означає, що, з одного боку, суспільство має гарантувати автору необмежене використання його твору, з метою чого надає йому особисті немайнові та виключні майнові права. Твір може бути використаний лише зі згоди автора, на підставі договорів на узгоджених з автором умовах. Однак, якщо за згодою автора твір став доступним для широкого загалу, то він не повинен також перешкоджати реалізації інтересів інших членів суспільства. Тому у законодавстві встановлені певні правила для вільного доступу до творчих здобутків усіх зацікавлених осіб<sup>219</sup>, які, водночас, є обмеженням прав автора. Так, Законом України «Про авторське право та суміжні права» від 9 травня 2011 р., передбачено випадки вільного використання творів без згоди автора та без виплати авторської винагороди.

Зазначений принцип характерний і для патентного права, оскільки інтереси патентовласника досить часто стикаються з інтересами суспільства. Для розв'язання проблеми узгодження інтересів встановлюється можливість вільного використання запатентованих розробок, дія патенту обмежується певним строком, передбачається можливість видачі примусової невиключної ліцензії.

Принцип матеріального та морального заохочення автора ґрунтується на тому, що право на авторську винагороду визнане основним майновим правом автора або іншої особи, яка володіє авторським правом (у широкому значенні цього слова). Основою для винагороди є факт використання результату творчої інтелектуальної діяльності будь-яким способом. З метою моральної зацікавленості авторів у створенні результатів інтелектуальної творчої діяльності встановлена система винагород та заохочень: почесні звання, премії, прийняття до творчих спілок, публікація у засобах масової інформації, відзнаки тощо.

Принцип всебічної охорони прав та законних інтересів авторів забезпечується усією системою нормативно-правових актів, що регулюють відносини в сфері права інтелектуальної власності,

<sup>219</sup> *Цивільне право України* : підручник. У 2 т. Т. 1 / за ред. Є. О. Харитонова, Н. Ю. Голубевої. — Харків : Одісей, 2008. — С. 665.

а також системою відповідних органів, що мають метою захист порушених прав автора. Зокрема, цивільно-правовий захист права інтелектуальної власності може бути здійснено відповідно до ст. 16 ЦК України. Вибір конкретного способу захисту із числа можливих надається самому потерпілому, однак він визначений характером здійсненого правопорушення.

Як уже зазначалось, принципи охорони авторського права встановлені Бернською конвенцією. Це принцип національного режиму, принцип автоматичної охорони, принцип незалежності охорони. У патентному праві принципи патентно-правової охорони відображені у положеннях Паризької конвенції з охорони промислової власності. Це принцип національного режиму, принцип незалежності патентів, принцип тимчасової охорони.

Принцип визнання за творцем виключного права на використання результату творчої діяльності полягає у тому, що тільки автор твору або патентовласник може вводити у цивільний обіг твір або запатентовану розробку. Всі інші особи зобов'язані утримуватися від використання результату інтелектуальної творчої діяльності, без дозволу автора. Лише автор має абсолютне монопольне право на дозвіл чи заборону використання твору іншими особами, лише патентовласник має монопольне право на розробку, а всі інші особи зобов'язані утримуватися від порушення прав патентовласника. Будь-яке не санкціоноване угодою чи законом вторгнення у виключну сферу патентовласника повинно бути негайно припинено, а правопорушник підданий передбаченим законом відповідним санкціям<sup>220</sup>.

Перелік принципів окремих інститутів права інтелектуальної власності, крім зазначених спеціальних, має бути доповнений принципами, що відображають специфіку саме даного інституту права інтелектуальної власності.

Так, для авторського права специфічним має бути визнаний принцип виникнення авторських прав з моменту створення твору, принцип свободи авторського договору.

Принцип виникнення авторських прав з моменту створення твору (принцип автоматичної охорони) слідує, насамперед, із ст. 5 (2) Бернської конвенції, відповідно до якої виникнення, використання авторських прав та їх здійснення не пов'язані з виконанням будь-яких формальностей (реєстрація, депонування, обнародування творів тощо).

Принцип свободи авторського договору є відносно новим принципом національного авторського права. Він є протилежним рані-

<sup>220</sup> *Гражданское право* : учебник. Часть III / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. — Москва : ПРОСПЕКТ, 1999. — С. 15.

ше діючому принципу нормативної регламентації прав і обов'язків сторін у авторських договорах. Існуючі типові видавничі, сценарні, постановочні та інші договори мали нормативне значення і досить детально регламентували відносини авторів і користувачів творів<sup>221</sup>. Свобода авторського договору передбачає вільне волевиявлення сторін, заборону включати у договори явно невігідні для авторів умови.

Для патентного права специфічними є принцип надання охорони лише патентоспроможним винаходам, корисним моделям, промисловим зразкам. Це означає, що об'єкту патентного права надається правова охорона, якщо він є новим, має винахідницький рівень і промислово застосовний. Органом, що здійснює акт визнання (кваліфікації) нововведення в якості винаходу (корисної моделі або промислового зразка), є Укрпатент. З цим принципом тісно пов'язаний принцип надання охорони лише тим розробкам, що в офіційному порядку визнані патентоспроможними винаходами, корисними моделями і промисловими зразками. Тут йдеться про порядок визнання результату інтелектуальної творчої діяльності об'єктом права інтелектуальної власності. На відміну від авторського права, де такий порядок означає автоматичну охорону, у патентному праві лише патент на винахід надає його власникові виключне право використовувати винахід за своїм розсудом, якщо таке використання не порушує прав інших власників патентів, та забороняє його використання всім іншим особам без його дозволу, за винятком випадків, коли таке використання не визнається відповідно до закону порушенням прав, що надаються патентом.

Аналіз запропонованої вище системи принципів інтелектуальної власності дозволяє зробити висновок, що вони знаходяться у складних взаємозв'язках, іноді дублюючи один одного на різних ієрархічних рівнях, іноді доповнюючи один одне, а часом і суперечачи один одному. Така ситуація, як здається, є наслідком відсутності визнання права інтелектуальної власності комплексною галуззю законодавства з відповідним теоретичним забезпеченням останньої, яке є справою майбутнього.

---

<sup>221</sup> Бошицький Ю. Л. Право інтелектуальної власності : навч. посіб. / Ю. Л. Бошицький. — Київ : Логос, 2007. — С. 20.

#### 4.2. Правове регулювання відносин у сфері авторського права у різних правових системах

Авторське право у об'єктивному сенсі це інститут, головним чином і передусім, цивільного права, норми якого регулюють відносини, що виникають у зв'язку зі створенням і використанням творів літератури, науки й мистецтва, забезпечують здійснення і охорону прав авторів та їхніх правонаступників по. Авторське право у суб'єктивному сенсі це право особи (творця володіти, користуватися, розпоряджатися та здійснювати інші правоможності щодо створеного ним твору — об'єкту інтелектуальної власності своєю владою і у власному інтересі. Терміном «авторські права» у такому сенсі позначається уся сукупність майнових та немайнових прав, що належать автору на твір, який є об'єктом авторського права.

Ведучи мову про авторське право в Європі, слід зробити застереження про те, що існує авторське право європейських держав, яке формувалося не одне сторіччя й має певні відмінності в підходах до регулювання відносин, пов'язаних зі створенням і реалізацією результатів творчості залежно від того, до якої правової родини належить та або інша країна. Крім того, сьогодні можна й необхідно говорити про авторське право (як і про право інтелектуальної власності) Європейського Союзу, процес формування якого почався у середині ХХ ст. і триває дотепер.

Авторське право по-різному позначається в країнах континентальної (романо-германської) європейської юридичної традиції (латинської, що ґрунтується на римському праві) і в країнах англосаксонської (англо-американської) юридичної традиції (країнах загального права). Так, у країнах романо-германської юридичної традиції авторське право має назву «droit dauteur», у країнах загального права — «copyright». Але справа, звісно, не тільки в різних найменуваннях, але й різних концепціях авторського права, вироблених у згаданих правових традиціях. З одного боку, і для тієї й для іншої традиції характерним є принципове визнання значення ролі творчості, захисту інтелектуальної власності, прав авторів та ін., що знайшло відображення у відповідних положеннях національних конституційних актів. З іншого, — у країнах континентального й загального права існують, як згадувалося, різні концепції права інтелектуальної власності, що визначають специфіку правового регулювання відповідних відносин.

Концепція авторського права країн романо-германської правової традиції ґрунтується на тому, що твір вважається втіленням, віддзеркаленням особистості автора, у зв'язку з чим характерним

є визнання прав автора немайнового, особистого характеру. Особисті немайнові права визнаються вічними й невідчужуваними, а авторське право визнається природнім правом людини. Моральне право, відповідно до цієї концепції — це особистість автора, втілена у власності (тобто творі), яка може бути залишена після смерті автора. Вона нероздільна з автором, але залишається після нього<sup>222</sup>. Автор є ключовою фігурою у відносинах права інтелектуальної власності, саме йому належить уся сукупність прав на твір. Автор може бути лише фізичною, але не юридичною особою, тобто у кожному разі це не асоціація, не товариство, не фірма. Юридичні особи можуть виступати тільки як суб'єкти, яким були відступлені певні авторські права. У країнах континентального права у творці навіть за контрактом не можна відняти його якості автора. Континентальне право, таким чином, має більш гуманістичну спрямованість<sup>223</sup>. Автор має право контролювати використання результату його інтелектуальної праці. Характерною рисою є встановлення принципу автоматичної охорони об'єкта авторського права, відповідно до якого авторське право виникає з моменту створення твору, а не з моменту його реєстрації, до того ж незалежно від того, чи був твір опублікований, оприлюднений, чи іншим чином доведений до загального відома.

Варто згадати, що свого часу у Франції виникла й досі існує дуалістична концепція авторського права, згідно з якою у суб'єктивному змісті воно являє собою сукупність виключних прав як особистого, так і майнового характеру. Автор твору (*oeuvre de l'esprit*) тільки в силу факту його створення має щодо цього твору виключне право нематеріальної власності, яке може бути протипоставлене будь-якій особі. Це право включає елементи інтелектуального, морального та майнового характеру. Що стосується моральних (немайнових) прав, автор має право на повагу свого імені, свого авторства й свого твору. Це право пов'язане з його особистістю; воно вічне, невід'ємне й невідчужуване. Разом із тим, у випадку смерті автора воно передається його спадкоємцям. Тільки автор має право оприлюднити свій твір, він визначає спосіб оприлюднення й устанавлює умови такого оприлюднення. Крім того, автор має право на вилучення або на відкликання свого твору, незважаючи на

<sup>222</sup> *Едельман Б.* Моральні права автора // Авторське право і суміжні права. Європейський досвід : у 2 кн. / за ред. А. С. Довгерта ; уклад. В. С. Дроб'язко. — Київ : Ін Юре, 2001. — Кн. 2 : Виступи, статті європейських спеціалістів. — С. 55.

<sup>223</sup> *Сірінеллі П.* Європейська і міжнародна системи охорони авторських і суміжних прав // Авторське право і суміжні права. Європейський досвід : у 2 кн. / за ред. А. С. Довгерта ; уклад. В. С. Дроб'язко. — Київ : Ін Юре, 2001. — Кн. 2 : Виступи, статті європейських спеціалістів. — С. 262.

поступку права його використання й навіть після його публікації<sup>224</sup>. У Франції вперше було запроваджене право слідування або право перепродажу (*resale right*), яке було спробою врахування інтересів художників, скульпторів, інших авторів художніх творів. Згодом (в 1948 р.) це право було включене у Бернську конвенцію<sup>225</sup>.

Як уже згадувалося, хоча в цілому концепція авторського права для країн романо-германської правової традиції є спільною, між романської й німецькою її гілками в регулюванні авторських відносин існують деякі відмінності.

Так, німецька концепція за своєю сутністю є моністичною. Відповідно до неї матеріальна і моральна складові мають одну мету, через що морально-етичний аспект не виокремлюється так чітко, як у французькій концепції., для виникнення авторських прав не встановлене яких-небудь формальностей. За відсутності доказів іншого, особа, позначена як автор на екземплярах твору, вважається автором цього твору. Якщо автор не зазначений, припускається, що авторські права належать редактору, або, якщо не зазначений і він, то — видавцеві. Разом із тим, передбачене ведення реєстру авторів, твори яких випускаються анонімно або під псевдонімом. Реєстрацію здійснює Патентне відомство.

Англосаксонське право («copyright») має комерційну орієнтацію, а тому більш широкий характер у тому, що стосується особистих прав, які визнаються, і в більш широкому змісті в тому, що стосується, з одного боку, об'єкта захисту (оскільки воно не обмежується творами, традиційно обумовленими в якості літературних, наукових, театральних, музичних творів, творів мистецтва або аудіовізуальних творів, що відрізняються оригінальністю або їх, що відображають особистість, автора, а застосовується також до звукових записів або фонограм, радіопередач — включаючи телебачення — і програмам, розповсюджуваним по кабелю, а також типографському оформленню видань) і осіб, віднесених до категорії первісних правласників<sup>226</sup>. Таким чином, метою *copyright* є захист прав, пов'язаних з діяльністю технічного й організаційного характеру, що не є інтелектуальним продуктом, властивим фізичній особі. Тому в країнах загального права юридичне поняття «автор» розглядається ширше, до них віднесені не тільки фізичні, але і юридичні особи. Так, по законодавству Англії, якщо твір створений

<sup>224</sup> *Еременко В. И.* Законодательство об интеллектуальной собственности во Франции [Електронний ресурс] // Законодательство и экономика. — 2010. — № 11. — Режим доступу: [base.consultant.ru](http://base.consultant.ru).

<sup>225</sup> *Андрощук А.* Право слідування в законодавствах Європейського Союзу та України // Інтелектуальна власність. — 2012. — № 9. — С. 22.

<sup>226</sup> *Липчик Д.* Авторское право и смежные права / Д. Липчик. — Москва : Ладомир, 2002. — С. 36.



або вперше опубліковане самим урядом або під його керівництвом, уряд є власником авторського права на такий твір. В Англії юридичні особи визнаються авторами твору, створеного їх службовцями в процесі трудової діяльності. Так, відповідно до Закону Великобританії про авторське право, промислові зразки й патенти від 1988 р. у випадку, якщо літературний, драматичний, музичний або художній твір (або фільм) створюється найманим робітником протягом строку його наймання, право першої власності на авторське право буде належати його роботодавцеві, якщо немає якихось угод про зворотне<sup>227</sup>.

З моральних прав, що визнаються законодавством країн загального права внаслідок приєднання до Бернської конвенції, згадуються право на ідентифікацію як автора або режисера, право на заперечення проти применшення значення твору й право на конфіденційність певних фотознімків і фільмів (Закон Великобританії про авторське право, промислові зразки й патенти від 1988 р.), право авторства й право на захист репутації автора, а також відмова від обов'язкової реєстрації й депонування екземплярів будь-яких творів.

Різними є й види джерел правового регулювання відносин, що виникають у зв'язку зі створенням і використанням твору, та їхньої характеристика. Так, у країнах континентального права основними рисами права інтелектуальної власності, що дозволяють виділити їх в окрему підгалузь галузі цивільного права, є: повнота регулювання відносин із приводу створення й використання об'єктів права інтелектуальної власності; охоплення відносин відносно всіх об'єктів права інтелектуальної власності; застосування як основний режим правового регулювання методу дозволу; наявність розвинених правових інститутів, що становлять підгалузь. При цьому основною метою створення й розвитку законодавства є захист прав і інтересів авторів, винахідників і інших творців об'єктів інтелектуальної власності й інших осіб, яким належать майнові права інтелектуальної власності<sup>228</sup>. У Франції у 1992 р. положення про авторське право й суміжні права були включені до Кодексу інтелектуальної власності, що набрав чинності 1 квітня 1997 р., скасувавши дію всіх спеціальних законів у сфері права інтелектуальної власності.

<sup>227</sup> Закон Великобританії про авторське право, промислові зразки і патенти (1988 р.). Витяги // Авторське право і суміжні права. Європейський досвід : у 2 кн. / за ред. А. С. Довгерта ; уклад. В. С. Дроб'язко. — Київ : Ін Юре, 2001. — Кн. 1 : Нормативні акти і документи. Європейська інтеграція України. — С. 373.

<sup>228</sup> *Право інтелектуальної власності Європейського Союзу та законодавство України* / Ю. М. Капіца, С. К. Ступак, В. П. Воробйов [та ін.] ; за ред. Ю. М. Капіци. — Київ : Слово, 2006. — С. 49.

Французька доктрина авторського права вплинула на законодавче становлення авторського права в інших країнах і знайшла відображення у Бернській конвенції про охорону літературних і художніх творів. У низці законодавчих актів закордонних країн навіть використовується французька термінологія для позначення моральних прав (*droit moral*), права проходження (*droit de suite*) і права на вилучення твору з обігу (*droit de repentir*). Ще більше авторське право Франції вплинуло на законодавство країн, що розвиваються<sup>229</sup>.

У ФРН основними законами є Закон про авторські й суміжні права від 9 вересня 1965 р. (з наступними змінами), а також прийнятий одночасно з ним закон про розпорядження авторськими правами (закон про авторські товариства). Крім того, прийнятий Закон «Про авторське право в інформаційному суспільстві», основною метою якого є імплементація в німецьке законодавство деяких положень Директиви 2001/29/ЄС від 22 травня 2001 р. з питань авторського права та суміжних прав в інформаційному суспільстві. Новий закон став підготовчим етапом до ратифікації Німеччиною Договору ВОІС про авторське право й Договору ВОІС про виконання фонограм (1996 р.).

У країнах англосаксонського права поряд із судовим прецедентом важлив роль у регулюванні авторських відносин також відіграє законодавство. Англія вважається батьківщиною першого в історії закону про авторське право, відомого як «Статут королеви Анни», прийнятого у 1710 р. Цим законом установа низка фундаментальних принципів охорони виключних прав на твори, сприйнятих згодом законодавством інших країн. Зараз діє закон про авторське право, промислові зразки й патентах 1988 р., що поширений на всю територію Великої Британії.

Таким чином, навіть поверхневе ознайомлення з основними положеннями в сфері регулювання права інтелектуальної власності, сформованими в країнах з англосаксонської й континентальної правових традицій, дає підстави для висновку про різні правові підходи до охорони авторських прав.

Основна відмінність вбачається в тому, що континентальна правова традиція виходить із особистісного аспекту, що знаходить вираження у двох аспектах: по-перше, у пріоритеті морального права, по-друге, у правових актах, які забезпечують охорону авторського права.

---

<sup>229</sup> Дюма Р. Литературная и художественная собственность. Авторское право Франции / Р. Дюма. — Изд. 2-е. — Москва: Междунар. отношения, 1996. — С. 7.

Система «copyright» заснована на іншому принципі, основний акцент тут зроблений на економічній стороні проблеми. Моральні права займають у ній незначне місце, та й сам автор не є ключовою фігурою відповідних відносин. Тому немає настільки чітко прописаних авторських прав, як у континентальній Європі<sup>230</sup>.

Оцінюючи розглянуті концепції, можна зробити висновок про наявність у них як позитивних, так негативних, і навіть неоднозначних моментів.

Так, відсутність формалізації, на перший погляд, видається позитивним, однак створює масу проблем при доведенні в суді права авторства; закритий перелік об'єктів авторського права створює певні складності в умовах усі прискорюваного розвитку нових технологій. Як би там не було, але ці відмінності є й залишаються в законодавствах країн, що належать до різних правових традицій і мають бути враховані при формуванні законодавства для країн, що входять у Європейський Союз або, що ж мають бажання це зробити.

Входження тієї чи іншої країни до ЄС впливає на національне законодавство взагалі і на законодавстві про інтелектуальну власність, зокрема. Так, у Великій Британії застосування європейських конвенцій, інтегрованих парламентом у англійське право, є полігоном для застосування права, основою якого є закон. Членство у Раді Європи також має велике значення, оскільки Європейська конвенція про захист прав людини і основних свобод, так само, як і практика суду, що забезпечує її дотримання, сприяє зближенню фундаментальних принципів, які служать орієнтирами для національних правових систем<sup>231</sup>.

Право інтелектуальної власності Європейського Союзу інтенсивно розвивається й ураховує кращий досвід країн — членів ЄС у сфері охорони інтелектуальної власності взагалі, і авторського права, зокрема.

Серед багатосторонніх міжнародних конвенцій, що вплинули на внутрішнє законодавство цих країн у розглянутій сфері, слід, насамперед, згадати Бернську конвенцію про охорону літературних і художніх творів 1886 р., яка неодноразово переглядалася. Помітна роль належить також Всесвітньої (Женевської) конвенції про авторське право 1952 р. (останні за часом редакції обох конвенцій

<sup>230</sup> Люка А. Уніфікація режиму охорони авторського права і суміжних прав у рамках Європейського Союзу // Авторське право і суміжні права. Європейський досвід : у 2 кн. / за ред. А. С. Довгєрта ; уклад. В. С. Дроб'язко. — Київ : Ін Юре, 2001. — Кн. 2 : Виступи, статті європейських спеціалістів. — С. 246.

<sup>231</sup> Леже Р. Великие правовые системы современности: сравнительно-правовой подход / Раймон Леже ; [пер. с фр. А. В. Грядов. — Москва : Волтерс Клувер, 2009. — С. 59.

були прийняті у Парижі в 1971 р.), Договору ВОІС про авторське право 1996 р., Договору про торговельні аспекти права інтелектуальної власності 1994 р.

Бернська конвенція встановила чотири основні принципи охорони авторських прав: принцип національного режиму, принцип застосування до літературних і художніх творів закону тієї країни, де потрібна охорона, принцип правозастосовних формальностей, принцип відкритого переліку категорій творчості, що підлягають охороні. До них можна додати також принцип охорони моральних прав автора.

Всесвітня конвенція про авторське право відіграла помітну роль у той час, коли положення Бернської конвенції не влаштовували деякі країни, зокрема, США (заборона обов'язкових формальностей, реєстрації авторського права в Бернській конвенції тощо), ставши «мостом» між країнами-членами та країнами, що не є членами Бернського союзу. Зокрема, у відповідності зі ст. 3 Всесвітньої конвенції кожна держава — учасник Договору, неодмінною умовою охорони авторського права за внутрішнім законодавством якої є дотримання формальностей: депонування примірників, реєстрація, нотаріальне посвідчення, сплата зборів, виготовлення й випуск у світ примірників твору на території цієї Держави, — може вважати ці умови виконаними відносно творів, охоронюваних на підставі Конвенції, які вперше випущені у світ поза територією цієї Держави й автори яких не є її громадянами, якщо, починаючи з першого випуску у світ цих творів, усі їх примірники, випущені з дозволу автора або будь-якого іншого власника його прав, будуть позначені знаком © з позначенням імені власника авторського права й року першого випуску у світ.

Об'єктами авторського права зізнаються твори літератури, науки й мистецтва, програми для ЕОМ, а також електронні бази даних. Так, у відповідності зі ст. 2 (1) Бернської конвенції про охорону літературних і художніх творів терміном «літературні й художні твори» охоплюються всі твори в сфері літератури, науки й мистецтва, яким би способом і в якій би формі вони не були виражені, як то книги, брошури та інші письмові твори; лекції, проповіді та інші подібного роду твори; драматичні й музично-драматичні твори; хореографічні твори й пантоміми; музичні твори з текстом або без тексту; кінематографічні твори, до яких прирівнюються твори, виражені способом, аналогічним кінематографії; твори прикладного мистецтва; малюнки, твори живопису, архітектури, скульптури, графіки й літографії, фотографічні твори, до яких прирівнюються твори, виражені способом, аналогічним фотографії; ілюстрації, гео-

графічні карти, плани, ескізи й пластичні твори, що стосуються географії, топографії, архітектури або науки.

Однак, за законодавством країн Союзу зберігається право встановити, що літературні або художні твори або які-небудь їхні види не підлягають правовій охороні, не будучи закріпленими в тієї або іншій матеріальній формі. При цьому варто зазначити, що Ні міжнародні, ні національні норми не дають визначення охоронюваного твору, і не встановлюють, зазвичай, і чітких критеріїв охороноздатності творів. Ця прогалина значною мірою долається доктриною й судовою практикою. Охоронюваний твір має бути результатом творчої праці, продуктом інтелектуальної, духовної діяльності людини, він має нести на собі відбиток індивідуальності автора, тобто бути оригінальним.

Оригінальність твору не залежить від новизни його втримання. У відповідності зі ст. 2 Договору Всесвітньої організації інтелектуальної власності про авторське право, прийнятого Дипломатичною конференцією 20 грудня 1996 р., ст. 9 Угоди про торгівельні аспекти прав інтелектуальної власності охорона авторських прав поширюється на виражені в об'єктивній формі результати творчості, але не на ідеї, процеси, методи роботи або математичні концепції, як такі.

Підбиваючи підсумок огляду стану авторського права в Європі, слід акцентувати увагу на спільних зусиллях у цьому напрямку, зокрема, підтримати ідею Європейського кодексу авторського права, метою якого є гармонізація та уніфікація авторського права на загальноєвропейському рівні. Прийняття його є доцільним, оскільки, попри двадцятилітній досвід гармонізації авторського права шляхом прийняття Директив і зростання значення прецедентів Європейського суду, законодавство в державах — членах ЄС дотепер суттєво різниться. Можна погодитися з думкою, що це було б важливим кроком на шляху зближення доктринальних основ європейського авторського права, подоланні розбіжностей між різними моделями авторського права<sup>232</sup>.

---

<sup>232</sup> *Комзюк Л.* Значення проекту Європейського кодексу авторського права для гармонізації авторського права у процесі європейської інтеграції // Теорія і практика інтелектуальної власності. — 2011. — № 4. — С. 5.

### 4.3. Авторські права у контексті створення єдиного цифрового ринку

Створення єдиного загальносвітового інформаційного простору дозволило сьогодні безперешкодно передавати інформацію будь-якого характеру, яка є доступною кожному, хто має персональний комп'ютер, та, завдяки засобам супутникового зв'язку, з кожної точки на планеті. Широке поширення мережі Інтернет, крім безумовно позитивного значення, створило безліч проблем у сфері інтелектуальної власності. Захистити права інтелектуальної власності у мережі, враховуючи її специфіку, досить складно. Вже через декілька років, як прогнозують аналітики — до 2020 р., близько 75 % конфіденційних даних не зможуть бути захищені. Крім того, технологія 3-D копіювання об'єктів стає реальністю і вже в найближчі роки, як прогнозує аналітична компанія Gartner, втрасти компаній-правовласників від масових крадіжок інтелектуальної власності за допомогою цієї технології складуть щорічно не менше 100 млрд дол.<sup>233</sup>

Мережа Інтернет являє собою поєднання величезної кількості користувачів, а точніше — комп'ютерних приладів, що містять певну інформацію. Кожен такий прилад у мережі розпізнається завдяки спеціальному цифровому номеру (IP-адресі), котрий надається користувачу (через прилад, який ним використовується) провайдером — організацією, яка веде відповідний реєстр IP-адрес і пов'язує всіх своїх клієнтів між собою та з іншими мережами. Наступний рівень — з'єднання провайдерів між собою — здійснюється через локальних Інтернет-реєстраторів (LIR) — крупних організацій, які зв'язують мережі поміж собою. В свою чергу, їх поєднують регіональні Інтернет-реєстратори (RIR), які діють у певному регіоні світу<sup>234</sup>.

Проблема визначення мережі Інтернет як правової категорії пов'язана з відсутністю єдиного підходу щодо визначення його правової природи — як об'єкта права чи суб'єкта права, об'єкта чи предмету правового регулювання.

Так, розглядаючи потенційну можливість Інтернету виступати в якості об'єкта права, більшість науковців доходять висновку про відсутність достатніх підстав для визнання такого твердження вірним з огляду на те, що Інтернет у цілому не може належати кому-

<sup>233</sup> Полоса О. Технологія 3-D копіювання змінює світ // Інтелектуальна власність. — 2013. — № 10. — С. 73.

<sup>234</sup> Незнамов А. В. Особенности компетенции по рассмотрению Интернет-споров / А. В. Незнамов ; науч. ред. В. В. Янков. — Москва : Инфотропик Медиа, 2011. — С. 11.

небудь одноособово на праві власності та бути об'єктом цивільного обороту. Дійсно, програмне забезпечення, яке використовується в мережі Інтернет, належить його розробникам; оцифровані твори науки, літератури, музичні виконання тощо, які розміщуються в Інтернеті — суб'єктам авторського та суміжних прав; комп'ютерне обладнання, яке використовується для доступу в Інтернет — користувачам; сервери — спеціалізованим компаніям. Інтернет не є об'єктом права як майно, інформація або об'єкти права інтелектуальної власності, Інтернет не можна продати або купити. Оскільки Інтернет не є об'єктом права, то щодо нього не можна говорити про правове регулювання: можна регулювати відносини, що виникають за його допомогою. Правовідносини виникають не з приводу самого Інтернету як комп'ютерної мережі, а з приводу тих об'єктів, що пов'язані з такою мережею. Інтернет не створює якихось нових матеріальних або нематеріальних об'єктів, а лише надає можливість для їх створення, розміщення і реалізації між користувачами і операторами відповідних послуг<sup>235</sup>.

Що стосується наявності у мережі Інтернет ознак суб'єкта права, то слід виходити з того, що їй не притаманні такі загальноприйняті ознаки юридичної особи, як: організаційна єдність, наявність відокремленого майна, здатність брати участь у цивільному обігу від свого імені, деліктоздатність та здатність виступати позивачем або відповідачем у суді. І якщо стосовно останніх трьох ознак не виникає сумнівів щодо їх неприйнятності як характеристики мережі Інтернет, то щодо решти слід пояснити наступне.

Про відсутність організаційного та структурного оформлення мережі Інтернет як певної організації свідчить той факт, що не існує єдиного управління мережею, немає однієї організації, яка б володіла, керувала б мережею Інтернет або контролювала б її. Водночас існує низка некомерційних організацій, що забезпечують функціонування Інтернету, серед яких, зокрема, Інтернет-корпорація з присвоєння імен та номерів (ICANN), яка відповідає за глобальну координацію системи унікальних елементів мережі, її стабільну роботу та безпечну організацію; Товариство Інтернет, яке сприяє розвитку Інтернету, розробці нових інтернет-технологій та забезпеченню доступності Всесвітньої мережі в світовому масштабі; Рада з архітектури Інтернет (IAB), яка здійснює нагляд за архітектурою Інтернету, у тому числі його протоколами та пов'язаними з ними процедурами, та за створенням нових стандартів Інтернету і включає в себе інженерну групу, яка займається вирішенням технічних проблем Ін-

<sup>235</sup> *Войниканис Е. А.* Информация. Собственность. Интернет: традиция и новеллы в современном праве / *Е. А. Войниканис, М. В. Якушев.* — Москва: Волтерс Клувер, 2004. — С. 73.

тернету (IETF), та дослідницьку групу (IRTF). При цьому у мережі Інтернет відсутня майнова самостійність, оскільки, як зазначалося вище, матеріальні (технічні) та нематеріальні ресурси мережі належать різним суб'єктам. Побуває також думка, що всі користувачі, які беруть участь у опосередкованій Інтернет-технологіями комунікації, становлять товариство Інтернет як соціальну структуру. Разом із тим, немає достатніх підстав для ототожнення з Інтернет-спільнотою усієї мережі Інтернет і у такий спосіб наділення її властивостями суб'єкта права. Не може Інтернет і нести якісь самостійні права і обов'язки, оскільки за кожним правовідношенням, що виникає в мережі, стоїть конкретний правоздатний суб'єкт.

Таким чином, сам по собі Інтернет не є якимось новим об'єктом права, який можна було б порівняти з інститутами виключних прав, права власності тощо. Не є Інтернет і об'єктом цивільного права, подібним до майна, інформації або правам на результати інтелектуальної діяльності.

Заперечуючи наявність у Інтернету в цілому ознак об'єкта та суб'єкта права, В. О. Копилов порівнює його зі звичайним матеріальним (реальним) середовищем та застосовує для його дослідження модель інформаційної сфери<sup>236</sup>.

Таким чином мережу Інтернет характеризують наступні риси: 1) Інтернет є інформаційно-телекомунікаційною мережею; 2) Інтернет є глобальною ком'ютерною мережею, яка поєднує десятки мільйонів користувачів по всьому світу у понад 150 країнах, використовуючи різноманітні канали зв'язку; 3) мережа Інтернет передбачає загальний доступ користувачів; 4) одним із принципів обміну інформацією в Інтернеті є принцип анонімності, закріплений у Декларації про свободу комунікацій в Інтернеті, прийнятій Комітетом міністрів Ради Європи 28 травня 2003 р.; 5) мережа Інтернет має складну багаторівневу інфраструктуру; 6) функціонування Інтернету має транскордонний характер, що пов'язане з множинністю фактичних місць розташувань його провайдерів, користувачів, хостерів тощо. Це зумовлює необхідність транскордонного управління мережею з одночасним регулюванням в межах національних юрисдикцій питань використання Інтернету; 7) екстериторіальний характер побудови та функціонування мережі Інтернет зумовлює необхідність поєднання міжнародного та національного правового регулювання<sup>237</sup>.

<sup>236</sup> Копылов В. А. Информационное право : учебник / В. А. Копылов. — 2-е изд., перераб. и доп. — Москва, 2002. — С. 94.

<sup>237</sup> Харитоновна О. І. До проблеми визначення правової природи мережі Інтернет / О. І. Харитоновна, Д. Позова // Вісник Південного регіонального центру Національної академії правових наук України. — 2015. — № 4. — С. 79–88.



Із врахуванням названих ознак можна запропонувати таке визначення мережі Інтернет: Інтернет — це глобальна загальнодоступна інформаційно-телекомунікаційна мережа зі складною багаторівневою інфраструктурою, яка функціонує на засадах транскордонного управління та надає можливості для створення, розміщення інформації і доступу до неї, а також надання пов'язаних із цим інформаційних послуг.

Формування політики інформаційного суспільства, покликаної забезпечити виникнення і обіг нових товарів і послуг, які надаються через інформаційну мережу з використанням як вже існуючих творів та виконань, так і створюваних або здійснюваних завдяки зазначеним технологіям, є однією зі складових розбудови внутрішнього ринку ЄС. Оскільки зазначені технології, окрім стимулювання нових можливостей мистецької самореалізації та ефективного поширення творчого продукту, роблять цей продукт юридично незахищеним, за умови застосування традиційних способів захисту, Європейською Спільнотою свого часу було прийнято низку актів, спрямованих на вирішення цієї гострої і нагальної проблеми. Зокрема, йдеться про прийняття Білої та Зеленої книг, директиви та інші нормативні акти ЄС.

Зелена книга «Про авторське право і виклик технологій: питання авторського права, що вимагають невідкладних дій» була прийнята ще у 1988 р. з метою правового і економічного аналізу невідкладних проблем, спричинених розвитком нових технологій з точки зору інтересів ЄС. Висновком була констатація того факту, що нові технології відкривають можливість легкого здійснення транскордонних операцій з порушенням авторського права і суміжних прав. Біла книга «Розвиток, конкурентоздатність, зайнятість: виклики та шляхи в двадцять перше століття» вводить поняття інформаційного суспільства<sup>238</sup>. Ще одна Зелена книга про стратегічні дії для посилення Європейської програмної індустрії в контексті аудіовізуальної політики Європейського Союзу прийнята у 1994 р. На порядок денний висувуються проблеми авторських і суміжних прав у інформаційному просторі, оскільки інформаційне суспільство стало реальністю, а Мережа Інтернет все частіше стає засобом для вирішення комерційних, навчальних, дозвільних і дослідницьких потреб. І все частіше постає проблема збереження балансу прав та інтересів авторів та користувачів творчого продукту. Проблема полягала в тому, що суб'єкти авторського права бажали підсилення захисту прав, у той час як користувачі продукту та постачальники відповідних послуг вбачали у цьому обмеження

<sup>238</sup> *Авторське право і суміжні права в Європі: монографія / Ю. М. Капіца, С. К. Ступак, О. В. Жувака. — Київ: Логос, 2012. — С. 256.*

своїх прав та перешкоди у діяльності. На необхідності збереження балансу прав та інтересів авторів та широкої публіки, у сфері освіти, наукових досліджень та доступу до інформації наголошено і у Договорі ВОІС про авторське право<sup>239</sup>.

Конкуренція інтересів у сфері інтелектуальної власності полягає в тому, що правовласники зацікавлені у наданні їм широкої монополії на використання результатами творчої, інтелектуальної діяльності, тоді як користувачі зацікавлені у спрощенні доступу до об'єктів права інтелектуальної власності та обмеженні монопольного становища творців.

Наступні кроки на шляху пошуку компромісів між інтересами правоволодільців та користувачів позначилися низкою документів, що мали метою поступове розв'язання існуючих проблем. Це і Зелена книга «Про авторське право і суміжні права в інформаційному суспільстві» 1995 р., і Повідомлення «Про авторське право і суміжні права в інформаційному суспільстві» 1996 р. У 1998 р. у США приймається спеціальний закон (Про авторське право у цифрове тисячоліття), який став першим законодавчим актом, що врегулював авторські відносини цифровому середовищі. Він узагальнив деякий накопичений досвід, зокрема у сфері регулювання авторських прав у мережі Інтернет та створив передумови для приєднання США до нових міжнародних угод<sup>240</sup>. Цей закон став зразком жорсткого законодавчого акту у сфері авторських прав в умовах інформатизації. Директива 2001/29/ЄС про гармонізацію певних аспектів авторського права та суміжних прав у інформаційному суспільстві (Інформаційна Директива) прийнята з врахуванням американського досвіду. Зазначена Директива фактично охоплює всі директиви *acquis communautaire*, гармонізуючи декілька невід'ємних прав, що належать авторам, та чотири групи прав, що належать суб'єктам суміжних прав, а також обмеження і винятки, захист технологічних заходів і інформації з управління правами та важливі аспекти щодо санкцій і способів оскарження порушених прав. На прийняття необхідних змін до національного законодавства у відповідності до Директиви 2001/29/ЄС надавався невеликий термін (1 рік 7 місяців). Слід зазначити, що проблеми Директива не вирішила, оскільки колізія інтересів зберігається і досі. Зокрема, надаючи охорону технічним засобам захисту, законодавства країн, що запровадили

<sup>239</sup> [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995\\_770](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_770).

<sup>240</sup> Подшибихин Л. И. Европейский опыт совершенствования законодательства об авторском праве в эпоху становления «информационного общества» / Л. И. Подшибихин, К. Б. Леонтьев, Н. В. Бузова // Авторское право и смежные права. — 2001. — № 11. — С. 47.

таку охорону відповідно до Директиви, не передбачають можливості цитування твору чи, наприклад, використання його з навчальною метою через те, що технічні засоби захисту діють так, що перешкоджають доступу до твору<sup>241</sup>. Таким чином, розширюються виключні права авторів та інших суб'єктів авторського права, але збереження такої тенденції, на думку деяких науковців, може призвести до порушення балансу між інтересами авторів і користувачів у бік переважання перших<sup>242</sup>.

Ситуація з колізією прав авторів (правоволодільців) та користувачів ускладнюється тим, що мережа Інтернет передбачає загальний доступ користувачів. Прийняті на 32-й сесії Генеральної конференції ЮНЕСКО Рекомендації щодо розвитку та використання багатомовності та загального доступу до кіберпростору передбачають низку заходів з метою забезпечення такого доступу: вироблення відповідної політики державами-членами і міжнародними організаціями; створення на місцевому, національному, регіональному та міжнародному рівнях механізмів, що сприяють загальному доступу до Інтернету за допомогою доступних цін на телекомунікаційні та Інтернет-послуги; спонукання інтернет-провайдерів до надання пільгових тарифів на доступ до Інтернету окремим категоріям користувачів. Право на доступ до Інтернету як універсальну (загальнодоступну) послугу закріплює також Директива Європейського Союзу про універсальну послугу в редакції 2009 р. (2009/136/ЕС), яка встановлює, що кожен в ЄС повинен мати доступ до мінімального переліку електронно-комунікаційних послуг доброї якості і за доступною ціною, включаючи доступ до Інтернету. В юридичній літературі навіть порушується питання про визнання права на доступ до мережі Інтернет в якості самостійного конституційного (основного) права людини<sup>243</sup>.

Таким чином, на сьогодні міжнародно-правове регулювання відносин в мережі Інтернет здійснюється через засоби так званого «м'якого права» у вигляді різноманітних рекомендацій, резолюцій та декларацій, що видаються міжнародними організаціями (Міжнародний союз електрозв'язку, Всесвітня організація інтелектуальної власності, ООН, ЮНЕСКО, Рада Європи, Інтернет корпорація з присвоєння імен та номерів та ін.). Положення таких документів

<sup>241</sup> *Ленаж А.* Обзор изъятий и ограниченный авторского права в цифровой среде // Бюллетень по авторскому праву. — 2003. — № 1. — С. 15.

<sup>242</sup> *Ващинець І. І.* Цивільно-правова охорона авторських прав в умовах розвитку інформаційних технологій: дис. ... канд. юрид. наук / І. І. Ващинець. — Київ, 2006. — С. 22–23.

<sup>243</sup> *Середка М. Ю.* Закрепление права на доступ в сеть Интернет в международно-правовых актах и законодательстве зарубежных стран // Международное публичное и частное право. — 2013. — № 5. — С. 45.

формально не є обов'язковими, і їхнє дотримання з боку держав ґрунтується виключно на авторитеті тих суб'єктів, що їх приймають. Разом із тим, наразі існує потреба у прийнятті міжнародного договору, в якому б були урегульовані питання поняття мережі Інтернет, її правового режиму, структури, застосованого права, урегулювання спорів, а також інші аспекти функціонування мережі на національному, регіональному і глобальному рівнях. Звісно, подібне регулювання мережі Інтернет та відносин, які в ній виникають, мають враховувати покладені в основу функціонування мережі принципи децентралізації та саморегулювання.

#### **4.4. Промислова власність**

В умовах формування міжнародного ринку інтелектуальної власності актуального значення набуває питання розроблення уніфікованих правил набуття прав на різні об'єкти права інтелектуальної власності.

Процеси удосконалення та гармонізації нормативної бази в сфері інтелектуальної власності в Україні є постійними в зв'язку з необхідністю враховувати новації міжнародного правового регулювання у цій сфері, її взаємодією з іншими сферами життя суспільства, що постійно розвиваються — економікою, наукою, культурою, як на національному, так і на міжнародному рівні.

Поряд з міжнародною та національними системи охорони прав інтелектуальної власності формується система правової охорони результатів інтелектуальної, творчої діяльності ЄС, відмінною ознакою якої є запровадження охоронних документів ЄС на об'єкти права промислової власності, дія яких має поширюватись на країни ЄС.

У зв'язку із ратифікацією Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами<sup>244</sup>, з іншої сторони Україна взяла на себе ряд зобов'язань щодо внесення змін до законодавства у сфері права інтелектуальної власності.

Правові засади видачі Європейського патенту визначено у Конвенції про видачу європейських патентів (Європейська патентна конвенція). Охорона прав на окремі категорії об'єктів права про-

---

<sup>244</sup> *Про ратифікацію* Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами : Закон України від 16.09.2014 // Відомості Верховної Ради. — 2014. — № 40. — Ст. 2021.

мислової власності встановлено, зокрема у Директиві № 98/44/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 6 липня 1998 р. про правову охорону біотехнологічних винаходів, Регламенту Ради (ЄС) № 1768/92 від 18 червня 1992 р. про створення сертифікатів додаткової охорони для медичних продуктів; Регламенту (ЄС) № 1610/96 Європейського Парламенту та Ради від 23 липня 1996 р. про створення сертифікатів додаткової охорони для продуктів захисту рослин; Регламенту (ЄС) № 469/2009 Європейського Парламенту та Ради від 6 травня 2009 р. про сертифікати додаткової охорони для медичних продуктів.

Важливе значення для забезпечення реалізації права на захист володільців європейського патенту має створення Європейського патентного суду. Єдиний патентний суд був створений на підставі Угоди «Про Єдиний патентний суд», підписаної 19 лютого 2013 р. 24 державами — членами ЄС. Суд буде розглядати справи, що стосуються порушення та анулювання європейських патентів, що діють на території держав-учасниць ЄС. Як передбачено зазначеною вище Угодою, Суд складатиметься з суду першої інстанції, апеляційного суду (м. Люксембург) та загальної канцелярії<sup>245</sup>.

Загальні засади охорони промислових зразків визначено у Директиві Європейського Парламенту та Ради 98/71 ЄС «Про правову охорону промислових зразків» від 13 жовтня 1998 р.<sup>246</sup>

Основна і найбільш цікава особливість системи захисту промислових зразків в ЄС полягає в тому, що вона умовно поділяється на дві підсистеми. Одна регулює відносини, які виникають з приводу захисту незареєстрованих промислових зразків ЄС, друга — зареєстрованих<sup>247</sup>.

Умови охорони зареєстрованих та незареєстрованих промислових зразків визначено в Регламенті Ради ЄС № 6/2002 від 12 грудня 2001 р. «Про промислові зразки Спільноти». Відповідно до Регламенту умови охорони є однаковими як для промислових зразків, які підлягають реєстрації, так і для промислових зразків, які отримують охорону без реєстрації. Для отримання правової охорони промисловий зразок має бути:

---

<sup>245</sup> Ковальова М. В. Деякі особливості патентної охорони промислової власності в Україні та Європейському Союзі // Часопис Київського університету права. — 2013. — № 2. — С. 238–240.

<sup>246</sup> Про правову охорону промислових зразків: Директиви Європейського Парламенту та Ради 98/71 ЄС від 13.10.1998 р. // Офіційний вісник Європейських Спільнот. — С. 841–844.

<sup>247</sup> Чомахашвілі О. Ш. Адміністративно — правове регулювання охорони прав на промислові зразки в Україні [Електронний ресурс]: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07 / Чомахашвілі Олена Шотаєвна. — Ірпінь, 2008. — Режим доступу: <http://adminpravo.com.ua/index.php>.

— новим, відповідно не мати тотожного промислового зразка, який було оприлюднено для незареєстрованих промислових зразків до дати коли промисловий зразок, щодо якого вимагається охорона, уперше було оприлюднено; для зареєстрованих — до дати подання заяви про реєстрацію, або якщо вимагається пріоритет — до дати пріоритету;

— мати індивідуальний характер — якщо загальне враження, яке він справляє на інформованого користувача відрізняється від загального враження, яке справляється на такого користувача будь-яким промисловим зразком, який було оприлюднено. Під час оцінки індивідуального характеру береться до уваги ступінь свободи автора під час розробки промислового зразка<sup>248</sup>.

Промисловий зразок ЄС надає його власнику єдину правову охорону на території всіх країн ЄС. Реєстрація промислового зразка ЄС здійснюється на основі однієї заявки, оформленої однією мовою (іспанською, німецькою, англійською, французькою або італійською), оплаченої єдиної митом і здійснюється у строк від 4 днів до 1,5 місяців (час на реєстрацію залежить від питань, які можуть виникнути в процесі реєстрації). Щодо заявки проводиться формальна експертиза, під час якої встановлюється, чи дотримані формальні вимоги, а також, чи належить заявлене рішення до промислових зразків. Крім того, перевіряється, чи не суперечить даний промисловий зразок громадському порядку та принципам моралі. Експертиза по суті не проводиться<sup>249</sup>.

Можливість отримання правової охорони промислових зразків без реєстрації була запроваджена спеціально для тих промислових зразків, які користуються попитом дуже короткий період часу. Як правило, це вироби, які швидко морально застарівають і комерційне життя їх достатньо коротке. Саме з цієї причини проходження достатньо тривалих за часом і потребує фінансових витрат формальностей, пов'язаних з процедурою реєстрації таких промислових зразків, недоцільно. У той же час захист надає його власнику більші переваги<sup>250</sup>. Незареєстрованим промисловим зразкам, які стали загальнодоступними на території ЄС, надається правова охорона без додержання формальностей, а також сплати мита одночасно на території всіх країн ЄС. Як зазначено у Регламенті

<sup>248</sup> *Про промислові зразки Спільноти*: регламент Ради ЄС №6/2002 від 12.12.2001 р. // Офіційний вісник Європейських Спільнот. — С. 845–894.

<sup>249</sup> *Пахаренко-Андерсон А.* Промисловий зразок Європейського Союзу // Інтелектуальна власність. — 2011. — № 1. — С. 10–13.

<sup>250</sup> *Чомахашвілі О. Ш.* Адміністративно — правове регулювання охорони прав на промислові зразки в Україні [Електронний ресурс]: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07 / Чомахашвілі Олена Шотаєвна. — Ірпінь, 2008. — Режим доступу: <http://adminpravo.com.ua/index.php>.

Ради ЄС незареєстрований промисловий зразок Спільноти буде вигідним для тих секторів промисловості, що виробляють велику кількість промислових зразків, які, можливо матимуть короткий період життя, так що через короткі періоди часу будуть продані. Відповідно до ст. 11 Регламенту Ради ЄС № 6/2002 промисловий зразок отримує охорону як незареєстрований промисловий зразок на період трьох років від дати, коли його було оприлюднено в межах Спільноти<sup>251</sup>.

Слід зазначити, що окремі положення Директиви 98/71/ЄС, Регламенту 6/2002 частково враховано в законодавстві України. Зокрема, враховано такі положення: невизнання права на промисловий зразок, що суперечить публічному порядку або моралі (ст. 8 Директиви 98/71/ЄС); умови відмови від реєстрації (ст. 11 Директиви 98/71/ЄС); обмеження прав на промисловий зразок (ст. 13 Директиви 98/71/ЄС)<sup>252</sup>.

Разом із тим є положення, які не знайшли відповідного закріплення в законодавстві України. Так, на відміну від законодавства Європейського Союзу, для промислових зразків України передбачена лише одна умова їх охорони — новизна, а також не передбачено відповідної охорони промислових зразків без їх реєстрації.

Правові засади охорони торговельної марки ЄС було визначено у Директиві Європейського Парламенту та Ради ЄС № 2008/95/ЄС від 22 жовтня 2008 р. про наближення законодавств держав-членів щодо торговельних марок та Регламенті Ради ЄС № 207/2009 про торговельну марку Співтовариства. Слід звернути увагу, що у березні 2016 р. набув чинності новий Регламент (ЄС) 2015/2424 від 16 грудня 2015 р., який вносить зміни до Регламенту (ЄС) № 207/2009 Ради на Товарний знак Співтовариства (ЄС) № 2868/95 про застосування Регламенту (ЄС) № 40/94 Ради про торгові марки Співтовариства і який скасовує Положення (ЄС) № 2869/95 Комісії по тарифам, що підлягають сплаті в бюро по гармонізації на внутрішньому ринку (товарні знаки і промислові зразки). Регламентом передбачено, зокрема зміну назви торговельної марки Співтовариства на торговельну марку ЄС. Крім того, змінено назву відомства з Організації по гармонізації на внутрішньому ринку на Відомство інтелектуальної власності ЄС. Також визначено умови отримання сертифікаційної марки ЄС, якою є марка ЄС, яка знатна відрізняти товари або послуги, які сертифіковані власником щодо режиму матеріального виробництва товарів або способу надання послуг, якості, або інші

<sup>251</sup> Про промислові зразки Спільноти: регламент Ради ЄС №6/2002 від 12.12.2001 р. // Офіційний вісник Європейських Спільнот. — С. 845–894.

<sup>252</sup> Огляд стану адаптації законодавства України до *acquis communautaire*. — Київ: ВД «Професіонал», 2007. — 544 с.

характеристики, за винятком географічного походження товарів і послуг, які не сертифіковані в такий спосіб. Будь-яка фізична або юридична особа, в тому числі установи, організації, які регулюються публічним правом, можуть подавати заявки на отримання сертифікаційних марок ЄС, за умови, що така особа здійснює підприємницьку діяльність, в тому числі на поставку товарів або послуг від сертифікованої форми<sup>253</sup>.

Слід зауважити, що відповідно до Угоди про асоціацію між Україною та ЄС національне законодавством має бути приведено у відповідність до положень законодавства ЄС щодо збільшення строків для скасування реєстрації торговельної марки у зв'язку з її невикористанням з трьох років до п'яти. Реєстрація торговельної марки підлягає анулюванню, якщо протягом безперервного п'ятирічного періоду вона не була введена у використання на відповідній території для товарів або послуг, стосовно яких вона зареєстрована, і відсутні належні причини для невикористання; проте жодна особа не може заявити, що права власника на торговельну марку мають бути анульовані, якщо протягом проміжку часу між закінченням п'ятирічного періоду і поданням заяви про анулювання розпочалося або було поновлено реальне використання торговельної марки; початок використання або його поновлення протягом трьохмісячного періоду, що передує заяві про анулювання, яке розпочалося відразу після закінчення безперервного п'ятирічного періоду невикористання, не беруться до уваги, якщо підготовка до початку або поновлення використання здійснюється лише у зв'язку з тим, що власник усвідомлює можливість подання заяви про анулювання.

На особливу увагу заслуговує питання охорони географічних зазначень, які отримали широкого вжитку у національній практиці. Питання охорони географічних зазначень у ЄС визначено, зокрема у Регламенті Ради (ЄС) № 510/2006 від 20 березня 2006 р. про захист географічних зазначень та позначень походження сільськогосподарської продукції та продуктів харчування, Регламенті Європейського Парламенту та Ради (ЄС) № 1151/2012 від 21 листопада 2012 р. про якість сільськогосподарських продуктів та продуктів харчування, Регламенті Ради (ЄС) № 110/2008 від 15 січня 2008 р.

---

<sup>253</sup> Regulation (EU) 2015/2424 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015 amending Council Regulation (EC) No 207/2009 on the Community trade mark and Commission Regulation (EC) No 2868/95 implementing Council Regulation (EC) No 40/94 on the Community trade mark, and repealing Commission Regulation (EC) No 2869/95 on the fees payable to the Office for Harmonization in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (Text with EEA relevance) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=15948>.



про визначення, опис, презентацію, маркування і захист географічного позначення спиртних напоїв.

Відповідно до ст. 208 Угоди про асоціацію між Україною та ЄС продукти, що вироблені та марковані згідно з національним законодавством до того, як ця Угода набрала чинності, але які не відповідають вимогам цієї Угоди, можуть продаватися доти, доки не закінчаться на складі.

Для 10-річного перехідного періоду з дати набрання чинності цією Угодою охорона відповідно до цієї Угоди таких географічних зазначень Європейського Союзу не припиняє використання цих географічних зазначень для позначення та презентації визначених подібних продуктів, що походять з України: Champagne, Cognac, Madera, Porto, Jerez / Xeres / Sherry, Calvados, Grappa, Anis Portugues, Armagnac, Marsala, Malaga, Tokaj.

Для семирічного перехідного періоду з дати набрання чинності цією Угодою охорона відповідно до цієї Угоди таких географічних зазначень Європейського Союзу не припиняє використання цих географічних зазначень для позначення та презентації визначених подібних продуктів, які походять з України: Parmigiano Reggiano, Roquefort, Feta<sup>254</sup>.

Розвиток інтелектуальної, творчої діяльності обумовлює необхідність постійного оновлення правових засад регулювання відносин у сфері охорони та захисту об'єктів права інтелектуальної власності. Важливе значення в цьому процесі має розроблення уніфікованих підходів до визначення підстав та умов набуття прав інтелектуальної власності, що дозволить не лише підвищити ефективність захисту прав та інтересів правоволодільців в різних країнах, а й буде сприяти розвитку економічних відносин у сфері інтелектуальної власності.

#### **4.5. Правовий режим інформації за законодавством України та ЄС**

Загальна декларація прав людини містить норму про те, що кожна людина має право вільно володіти, отримувати і розповсюджувати інформацію та ідеї будь-якими способами і незалежно від державних кордонів. Право кожного на інформацію — право вільно шукати, отримувати, передавати та розповсюджувати інформа-

---

<sup>254</sup> Угода про асоціацію між Україною та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/984\\_011/print1445684001080128](http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/984_011/print1445684001080128).

цію будь-яким законним способом — гарантується конституціями більшості країн, у тому числі і ст. 34 Конституції України.

Чинне законодавство України пропонує декілька визначень інформації. Основне поняття категорії «інформація» наводиться у ст. 1 Закону України «Про інформацію»: *документовані або публічно оголошені відомості про події та явища, що відбуваються у суспільстві, державі та навколишньому середовищі*. Майже ідентичним є визначення, надане у ст. 200 ЦК України. Закон України «Про захист економічної конкуренції» визначає інформацію як відомості в будь-якій формі й вигляді та збережені на будь-яких носіях (у тому числі листування, книги, помітки, ілюстрації (карти, діаграми, органіграми, малюнки, схеми тощо), фотографії, голограми, кіно-, відео-, мікрофільми, звукові записи, бази даних комп'ютерних систем або повне чи часткове відтворення їх елементів), пояснення осіб та будь-які інші публічно оголошені чи документовані відомості. Поняття інформації в якості відомостей, поданих у вигляді сигналів, знаків, звуків, рухомих або нерухомих зображень чи в інший спосіб, закріплене в Законі України «Про телекомунікації».

У правовій доктрині існують різноманітні точки зору на правову природу інформації, які можна узагальнити наступним чином: 1) інформація має нематеріальний характер і є особливим нематеріальним благом (В. А. Дозорцев, Л. К. Терещенко, С. І. Семілетов тощо); 2) інформація не може існувати самостійно, вона завжди втілена у певних матеріальних носіях, і в цьому сенсі на неї розповсюджується правовий режим речей («інформаційної речі») (В. А. Копилов, І. Л. Бачило та ін.). Перша точка зору знайшла своє втілення у чинному ЦК України, згідно з яким інформація належить до нематеріальних благ (ст. 199) і особистих немайнових благ (ст. 201). Слід зазначити, що інформація як об'єкт цивільних прав відрізняється від матеріальних речей — об'єктів права власності, своїми специфічними ознаками, серед яких: 1) нематеріальний характер: саму по собі інформацію неможливо відчутти, в більшості випадків вона опосередковується в результаті дій суб'єкта, або стає об'єктом права після її фіксації на матеріальному носії; 2) неспоживність, що означає здатність лише до морального, але не фізичного старіння; 3) самостійність по відношенню до носія; 4) можливість багаторазового використання; 5) суб'єктивний характер — інформація виникає в результаті діяльності суб'єкта, що володіє свідомістю, тобто є результатом інтелектуальної діяльності; 6) нездатність до фізичного відчуження, тобто зберігання інформації, що передається, у суб'єкта, який її передає. Наданий перелік основних ознак інформації може бути доповнений такими ознаками, як здатність до тиражування, екземплярність, відособленість,

системний характер, трансформованість, невичерпність, субстанційна несамостійність, селективність, здатність до обмеження, універсальність тощо.

З точки зору правових засобів захисту інформації вона може розумітися як нематеріальне благо або як об'єкт права інтелектуальної власності. У першому значенні інформація розкривається, зокрема, через поняття «персональні дані». У Законі України «Про захист персональних даних» термін «персональні дані» визначається як відомості чи сукупність відомостей про фізичну особу, яка ідентифікована або може бути конкретно ідентифікована. Слід звернути увагу, що це визначення не є чітким та конкретним, не містить ознак та критеріїв віднесення інформації до персональних даних. Певні обмеження щодо можливості засекречування персональних даних визначені Законом України «Про доступ до публічної інформації».

Орієнтиром з удосконалення національного законодавства у сфері правового регулювання інформації може стати європейське законодавство. Так, на рівні Європейського співтовариства захист осіб у сфері обробки особистої інформації регулюється рядом Директив (Директивою 95/46/ЄС Європейського парламенту та Ради Європи від 24 жовтня 1995 р. про захист осіб у сфері переробки особистої інформації та вільного переміщення такої інформації; Директивою 97/66 /ЄС Європейського парламенту та Ради Європи від 15 грудня 1997 р. щодо переробки особистої інформації та захисту таємниці у сфері телекомунікацій тощо). Зокрема, Директива щодо захисту особистості з дотриманням режиму персональних даних і вільного руху таких даних накладає на всі країни — члени Співтовариства істотні обмеження на збір, використання та зберігання персональних даних, у тому числі і в базах даних.

Положення Директив регламентують також порядок обробки інформації та надання її за запитом. Передбачається обов'язкове знищення інформації або надання їй характеру анонімної після надання на запит, або після досягнення іншої мети, погодженої з абонентом. Можливість обробки торгівельних даних та інформації щодо розрахунків має бути обмежена діяльністю осіб, які діють відповідно до повноважень постачальників публічно доступного обслуговування телезв'язку, запитами клієнта, виявленням шахрайства та вдосконаленням управління послугами телезв'язку. При здійсненні зазначеної діяльності, можливість обробки інформації має відповідати рівню необхідності такої обробки для досягнення встановленої мети. Персональні дані, що містяться в друкованих або електронних довідниках абонентів, які є доступними для громадськості або можуть стати доступними шляхом запиту, мають

бути обмежені тією інформацією, яка дозволяє ідентифікувати конкретного абонента, якщо останній не дав згоди на публікацію додаткової інформації. Держави-учасники можуть дозволити операторам мереж зв'язку вимагати плату від абонентів, які бажають, щоб інформація щодо адреси або статі не була внесена до довідника, якщо встановлена сума буде помірною та не заважатиме здійсненню такого права.

У той же час інформація, що відноситься до персональних даних, за своєю суттю неоднорідна. Так, в її структурі виділяють номінативну інформацію та іншу інформацію. Номінативна інформація — це інформація, яка дозволяє провести ідентифікацію конкретної особи (прізвище, ім'я, по батькові, стать, серія і номер паспорта, дата і місце народження тощо). При цьому для ідентифікації особи зазвичай вимагається наявність значної частини номінативної інформації, оскільки окремі її елементи не завжди дозволяють провести ідентифікацію. Хоча номінативна інформація включається до складу персональних даних, саме по собі її поширення зазвичай не може заподіяти шкоди особі, так само як і поширення неномінативної інформації без можливості ідентифікації (наприклад, відомостей про доходи, місце роботи, політичні переконання, медичні захворювання, наявність судимості тощо). Найбільшу небезпеку становлять ситуації, коли неномінативна інформація про особу поширюється одночасно з номінативною чи іншою, що дозволяє ідентифікувати особу.

В даний час персональна інформація в країнах ЄС ділиться за рівнями «чутливості» для суб'єкта. Виділення групи «чутливих» даних проводиться з метою визначити інформацію, дії з якою можуть здійснюватися тільки за умови надання ясної згоди на них суб'єкта інформації (на відміну від «персональних даних», дії з якими можуть здійснюватися на підставі загальної згоди особи на збір інформації про неї). Захист інформації здійснюється в інтересах: особистості (відомості, що становлять особисту і сімейну таємницю, деякі професійні таємниці); суспільства (відомості про керівників комерційних організацій, винахідників, відповідальних службовців, що становлять комерційну, службову і деякі професійні таємниці); держави (інформація про секретноносія— державна таємниця).

В правовій доктрині країн з найбільш розвиненими технологіями з'явилися пропозиції визнати на конституційному рівні право на інформаційну свободу — самовизначення у сфері інформації, автоматичних операцій з персональними даними. Сутність інформаційного самовизначення складає можливість на власний розсуд встановлювати ступінь розкриття інформації про себе третім особам. Це самостійне право (вирішувати, коли, як і кому нада-

ватимуться персональні дані), незалежне від права на приватність. Практично це означає закріплення в законодавстві положення про те, що особа має право на захист своїх персональних даних, в тому числі право в необхідних випадках вимагати їх виправлення, видалення, знищення на умовах, встановлених законом.

За законодавством України фізичні та юридичні особи, які володіють інформацією, як правило, самостійно визначають режим доступу до неї, в тому числі належність її до категорії конфіденційної, та встановлюють систему захисту. Зазначене правило не стосується інформації, яка відповідно до законодавства України є таємницею — державною, комерційною, службовою, професійною тощо. Правовий режим такої інформації, порядок розголошення та захисту встановлюється спеціальними положеннями законодавства.

#### 4.6. Проблема боротьби з піратством

Посилення інтеграційних процесів зробило можливим об'єднати зусилля всіх держав для захисту об'єктів інтелектуального права. В сучасному світі інтелектуальна власність є однією із найбільш прибуткових сфер суспільного життя, її потенціал неможливо переоцінити, так і неможливо оставити без уваги негативні фактори, які впливають на дану галузь. Глобалізаційні процеси та економічні виклики, що постали останніми роками перед світовою спільнотою, свідчать про те, що вирішити цілий ряд проблем, у т. ч. правового характеру, неможливо виключно ані лише на національному, ані лише на міжнародному рівні системи<sup>255</sup>.

Проблемним питанням, яке постало перед світовою спільнотою і потребує нагального вирішення, є піратство у сфері авторського права і суміжних прав. Боротьба з піратством виявляється неефективною в силу розрізненості поглядів не лише в рамках однієї держави, але й в рамках всього світового співтовариства. У спорах про це досить поширене явище є як противники, так і прихильники останнього. Дійшло навіть до того, що створено піратські партії, що об'єднали більш ніж 100 тисяч піратів і кількість членів таких партій невинно зростає<sup>256</sup>.

---

<sup>255</sup> *Лебедев С. Н.* Унификация правового регулирования международных хозяйственных отношений: некоторые общие вопросы // Юридические аспекты осуществления внешнеэкономических связей. Труды кафедры международного частного и гражданского права МГИМО МИД. — Москва, 1979. — С. 15–43.

<sup>256</sup> *Дмитриев А.* Поминки по копирайту // Maxim. — 2010. — Июль. — С. 54.

Піратство у галузі інтелектуальної власності особливо поширене у країнах з невисоким прибутком на душу населення. Вважається, що основною причиною такого розповсюдження піратства у цих країнах є неплатоспроможність населення цих країн, адже ціни на піратські продукти є у десятки разів нижчими, аніж ціни, які встановлюють правовласники. Окрім цього піратство може сприяти забезпеченню доступу широких верств населення до інформації, поширення якої обмежене правовласниками із певної причини. Однак проблема складніша, оскільки і громадяни благополучних країн при наявності вибору — платити чи ні, обирають другий варіант поведінки.

Попри досить поширене вживання терміну «піратство», як у спеціальній юридичній літературі, так і у публікаціях засобів масової інформації, Цивільний кодекс України не містить ні згадки про нього, ні його визначення.

У книзі IV ЦК України встановлено лише наслідки порушення права інтелектуальної власності (ст. 431), однак визначення та перелік цих порушень відсутній.

Поняття піратства міститься у спеціальному законодавстві, а саме у Законі України «Про авторське право та суміжні права», де воно визначається як опублікування, відтворення, ввезення на митну територію України, вивезення з митної території України і розповсюдження контрафактних примірників творів (у тому числі комп'ютерних програм і баз даних), фонограм, відеограм і програм організації мовлення.

Аналіз наведеного у Законі України «Про авторське право та суміжні права» визначення, на жаль, не дає чіткої та вичерпної відповіді на питання про характер та особливості даного правопорушення. Для розкриття сутності піратства важливе значення має визначення категорії «контрафактного примірника творів».

Відповідно до ст. 1 Закону України «Про авторське право та суміжні права» контрафактний примірник твору, фонограми чи відеограми — це примірник твору, фонограми чи відеограми, відтворений, опублікований і (або) розповсюджуваний з порушенням авторського права і (або) суміжних прав, у тому числі примірники захищених в Україні творів, фонограм і відеограм, що ввозяться на митну територію України без згоди автора чи іншого суб'єкта авторського права і (або) суміжних прав, зокрема з країн, в яких ці твори, фонограми і відеограми ніколи не охоронялися або перестали охоронятися.

Митний кодекс України також містить в собі поняття контрафактних товарів — це товари, що містять об'єкти права інтелектуальної власності, ввезення яких на митну територію України або

вивезення з цієї території є порушенням прав інтелектуальної власності, що охороняються відповідно до закону.

Ознаки контрафактності твору впливають на кваліфікацію правопорушення як «піратства». Оскільки найчастіше контрафакції піддаються аудіовізуальні твори та комп'ютерні програми, у літературі наводяться такі ознаки, які свідчать про їх контрафактність:

1) відсутність контрольної марки на матеріальних носіях аудіовізуального твору, комп'ютерної програми;

2) наявність підробної контрольної марки (тобто марки, серія якої не співпадає з серією в державному реєстрі контрольних марок);

3) повна або часткова відсутність на матеріальному носії обов'язкових маркувальних даних (їх перелік закріплений у п. 6 Правил роздрібної торгівлі екземплярами аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, баз даних);

4) відсутність прокатного посвідчення у осіб, що розповсюджують або демонструють фільми (для аудіовізуальних творів)<sup>257</sup>.

Для кваліфікації протиправних дій в якості піратства дуже важливе значення має мета таких дій, яка дозволяє відмежувати неправомірне використання без згоди автора від вільного (тобто, правомірного) використання без тієї ж згоди. Тому при оцінці відтворення і розповсюдження як протиправного, слід визначити мету таких дій прямо або опосередковано. Так, піратство може бути визначене як протиправна поведінка (опублікування, відтворення, ввезення на митну територію України, вивезення з митної території України і розповсюдження контрафактних примірників творів (у тому числі комп'ютерних програм і баз даних), фонограм, відеограм і програм організацій мовлення), що порушує виключні права автора і має комерційну мету.

Крім цього, слід враховувати також масштаби виготовлення піратської продукції. Згідно з Проектом типових положень ВОІВ, виготовлення екземплярів складає піратське діяння лише в тому випадку, коли ці екземпляри виготовляються у комерційних масштабах і без згоди володільця прав на твір або його виконання, на фонограму, що охороняється або передачу в ефір, в залежності від конкретного випадку. Про комерційні масштаби у зв'язку із піратством йдеться і у ст. 61 Угоди TRIPS, де встановлено вимогу передбачити карну відповідальність за піратське використання творів у комерційних масштабах.

---

<sup>257</sup> Коваль І. Ф. Защита права интеллектуальной собственности : учеб. пособие / И. Ф. Коваль ; под общ. ред. Е. П. Орлюк. — Киев : Лазурит-Полиграф, 2010. — С. 68—69.

Щодо терміну «комерційні масштаби», то йдеться про поняття, яке має застосовуватися з врахуванням обставин, що супроводжують виготовлення. До числа факторів, які слід брати до уваги судам, належить обсяг виготовленої продукції, характер її виготовлення, факт використання, а також намагання отримати прибуток<sup>258</sup>.

Законодавство України містить в собі поняття піратства, поняття контрафактних творів, основні положення щодо захисту творів від піратства, а також відповідальність яка настає за піратство (Кримінальний кодекс України, Кодекс України про адміністративні правопорушення). Однак, не дивлячись на це в Україні в останні роки, на жаль, має місце тенденція зростання кількості та різноманітності порушень авторського права, зокрема піратства і плагіату. Також не знижується вже протягом багатьох років і залишається одним із найбільш високих у світі рівень порушення майнових авторських прав в мережі Інтернет (Інтернет-піратство). Відповідно до останнього звіту Міжнародного альянсу інтелектуальної власності Україна продовжує «експортувати піратство, особливо цифрове в країни ЄС, а також інші сусідні країни в регіоні»<sup>259</sup>. Таке положення речей негативно впливає на економіку нашої країни та на відношення до українського бізнесу в плані інвестування його діяльності в сфері інтелектуальної власності. Гармонізація та уніфікація законодавства України із нормами права ЄС є необхідним фактором для подальшої взаємодії з іншими державами.

Можна виділити такі способи правового регулювання інтелектуальної власності, які почали використовуватися у праві ЄС упродовж останніх років. Першим за часом досвідом стало пряме застосування норм установчих договорів та їх тлумачення Судом ЄС з метою встановлення співвідношення між принципами спільного ринку ЄС та дією виключних прав. На основі вироблених Судом ЄС принципів почало розвиватися вторинне право ЄС, засноване на актах гармонізації та уніфікації<sup>260</sup>. Гармонізація та уніфікація законодавства України з правом ЄС є необхідним шляхом вироблення єдиної політики та вдосконалення існуючих заходів щодо захисту інтелектуальної власності від піратства.

Взагалі можна констатувати, що з 1998 р. в ЄС почалось формування стратегічних цілей і напрямків протидії розповсюдженню інтелектуального піратства і контрафакції. Визначальними в цьому

<sup>258</sup> Липчик Д. Авторское право и смежные права : пер. с фр. / Д. Липчик ; предисл. М. Федотова. — Москва : Ладомир : Изд-во ЮНЕСКО, 2002. — С. 478.

<sup>259</sup> Цивільне право України : підручник. В 2 т. Т. 1 / за ред. д-ра юрид. наук, проф. Є. О. Харитоновна, канд. юрид. наук Н. Ю. Голубевої. — Харків : Одиссей, 2008. — 832 с.

<sup>260</sup> Там само.



плані стали такі документи, як Директива 2004/48/ЄС, «Стратегія забезпечення дотримання прав інтелектуальної власності за межами ЄС» та «Стратегія дій ЄС–США по посиленню захисту прав інтелектуальної власності». Вони окреслили завдання, комплексну систему заходів і особливості практичної діяльності Євросоюзу у сфері боротьби з піратством і контрафакцією<sup>261</sup>.

Одним із перших поштовхів до уніфікації законодавства у сфері авторського права стала Зелена книга про авторське права, а також Резолюція Єврокомісії (Сом. 88–172), відповідно до якої, якщо існуючі розбіжності національного законодавства країн-членів ЄС у сфері авторського права завдають збитків внутрішньому ринку, Комісія може вимагати внесення адекватних змін у національне законодавство з метою усунення перешкод і порушень. Комісія опублікує «Книги», наприклад, «Зелені книги» встановлюють межі проведення аналізу в тій чи іншій сфері, а «Білі книги» безпосередньо вказують на шляхи дій Співтовариства<sup>262</sup>.

Основні функції в боротьбі проти надходження контрафакту на територію Євросоюзу покладено на митні органи країн-членів. Первинною правовою базою їх діяльності в цьому напрямку був Регламент Ради № 1383/2003 / ЄС від 22 липня 2003 р. Регламент спростив технологію перевірки і знизив її вартість, але головне — надав право митним органам знищувати нелегальні товари без зайвої бюрократичної процедури і виплати будь-якої компенсації їх власникам. У деяких випадках до останніх застосовуються і штрафні санкції. У 2008 р. для посилення протидії надходження в країни ЄС підроблених товарів створена спеціалізована організація — Європейська обсерваторія по боротьбі з контрафакцією та піратством, діяльність якої координує Європейська Комісія. Нова організація об'єднала представників адміністрації Євросоюзу, приватного сектора і спілок споживачів країн-членів. Її завданням є збір даних про порушення таких прав, обмін досвідом протидії на різних рівнях і інформування громадськості. Для втілення в життя резолюції Ради ЄС від 25 вересня 2008 р. про посилення боротьби з контрафактом та іншими формами порушень прав інтелектуальної власності в червні 2013 р. видана нова докладна інструкція для митної служби в даній області (замість регламенту 2003 р.). Інструкція містить 6 розділів і 40 статей з докладним описом дій і відповідаль-

<sup>261</sup> Бочарова Н. Становлення сучасної стратегії Європейського Союзу у боротьбі з інтелектуальним піратством і контрафакцією (1998–2006 рр.) // Теорія і практика інтелектуальної власності. — 2010. — № 2. — С. 47–56.

<sup>262</sup> Штефан О. О. Щодо загальних питань гармонізації законодавства країн ЄС у сфері авторського права // Збірник наукових праць НДІВ АПРН України. — 2014. — № 5. — С. 26–38.

ності митних органів країн-членів ЄС, процедури збору та обміну інформацією, застосування санкцій і т. д.<sup>263</sup> Необхідно зазначити той факт, що недосконалість законодавства України щодо захисту від піратства, проявляється також і в неналагодженому процесі митного контролю за надходженням контрафакту, що також створює перешкоди на шляху України до вступу в ЄС.

У Положенні 608/2013 чітко визначені поняття «право інтелектуальної власності», «торгова марка», «винахід (розробка)», «географічне зазначення (назва)», «контрафактні товари», «піратські товари», «товари, які підозрюються у порушенні прав інтелектуальної власності», «правовласник», «заявка (заява щодо захисту прав інтелектуальної власності)», «заявник», «власник товару», «декларант», «знищення товару», «мала партія товару», «швидкопсувні товари» та ін. При цьому, якщо в Митному кодексі України (МКУ) визначення «контрафактні товари» включає в себе поняття товарів, що містять та порушують такі об'єкти права інтелектуальної власності як об'єкти авторського права і суміжних прав, винаходи, корисні моделі, промислові зразки, торгові марки, географічні зазначення та сорти рослин, то в законодавстві ЄС відповідно до Положення 608/2013 окремо розрізняють контрафактні товари та піратські товари. До контрафактних товарів відносять: 1) товари, які є предметом порушення торгових марок, що законодавчо зареєстровані, та які не мають суттєвих ознак відмінних від торгової марки; 2) товари, які є предметом порушення географічних зазначень (назв), і які містять захищені власні географічні назви; 3) будь-яка упаковка, етикетка, наклейка, інструкція, гарантійний документ або подібний окремий предмет, який підозрюється у порушенні торгової марки чи географічної назви, та включає знак або напис ідентичний дійсним захищеним торговим маркам та географічним назвам, або який не може бути виділений за власними ефективними ознаками та не може використовуватися в такому ж обсязі як без використання назв об'єктів ПІВ. До піратських товарів відносять товари, які є предметом порушення авторських прав, суміжних прав, винаходів, розробок та які містять або є копіями зроблених без згоди правовласників або уповноважених осіб щодо авторських прав, суміжних прав, винаходів, розробок. Враховуючи відмінності, втому числі різні цілі використання контрафактних та піратських товарів, необхідним постає питання щодо їх окремого визначення

---

<sup>263</sup> Лихачев В. А. Современное состояние защиты прав интеллектуальной собственности в ЕС // Российский внешнеэкономический вестник. — 2014. — № 5. — С. 80–88.

в МКУ<sup>264</sup>. Отже, законодавство України містить поняття контрафактних примірників творів, але не містить визначення піратських творів, тому і виникають певні проблеми у розмежуванні піратської та контрафактної продукції. По суті Закон України «Про авторське право і суміжні права» визначає піратство як використання саме контрафактних товарів, що призводить до однакового розуміння поняття контрафактних та піратських товарів, що не співпадає з положеннями права ЄС.

Згідно із Угодою про асоціацію між Україною та Європейським Союзом, можна виділити наступні положення про захист інтелектуальних прав від піратства щодо яких в законодавство України необхідно внести зміни: надати окреме визначення піратським та контрафактним товарам, передбачити відповідальність постачальників посередницьких послуг, упорядкувати митне законодавство згідно із Положенням 608/2013. Гармонізація правової бази з питань інтелектуальної власності потребує збільшення об'єму правової визначеності, а також збільшення рівня правового захисту об'єктів (наприклад, можливість видаляти неліцензійний контент з сайтів в досудовому порядку).

Загалом, можливо виокремити наступні напрямки розвитку законодавства, щодо боротьби із піратством: вдосконалення законодавства, судові процедури, блокування шляхів перевезення та збуту контрафактної та піратської продукції, співробітництво із компаніями які займаються створенням та розповсюдженням контенту, співпраця із авторами та організаціями колективного управління. Право інтелектуальної власності ЄС на перше місце у захисті ставить саме права авторів та надає їм безліч можливостей для перешкоджання незаконному використанню їх творів.

На основі вищезазначеного можна зробити висновок, що законодавство України не потребує глобальних змін, а лише певних уточнень та доповнень, які б призвели до остаточного узгодження з нормами ЄС. Найбільш проблемним питанням залишається практичне втілення законодавчих норм, та вирішення проблем із використанням неліцензійної продукції більшістю населення України, в тому числі державними органами, підготовка кадрів у сфері захисту прав інтелектуальної власності, вироблення єдиних правил оцінювання рівня та розміру збитків від піратства, прийняття закону щодо колективного управління авторськими правами, тощо.

---

<sup>264</sup> Медвідь Ю. О. Організація діяльності митних органів ЄС у сфері захисту прав інтелектуальної власності // Вісник Хмельницького національного університету. — 2014. — № 5, т. 1. — С. 159–164.

#### 4.7. Проблеми боротьби з плагіатом

Плагіат є однією з глобальних проблем у сфері інтелектуальної, творчої діяльності як у вітчизняній, так і зарубіжній практиці. Негативний вплив плагіату полягає в тому, що порушуються права та інтереси творців, винахідників, суттєво знижується якість та результативність наукової діяльності, відбувається нецільове використання державних коштів, які виділяються з метою фінансування проведення фундаментальних та прикладних досліджень, завдаються чималі збитки суб'єктам господарювання, знижується якість підготовки майбутніх фахівців у різних галузях знань.

Плагіат полягає в повному або частковому присвоєнні оригінальних елементів, що містяться в чужому творі, і в їх представлені в якості своїх власних. Посягання на особисте немайнове право автора, що став жертвою плагіату, завжди обмежує його право на повагу до його авторства і на цілісність твору, оскільки плагіатор видає чуже авторство за своє власне. У більшості випадків плагіат також полягає у посяганні на цілісність твору, оскільки, як правило, плагіатор намагається замаскувати свій плагіат<sup>265</sup>.

Сутність плагіату полягає у привласненні авторства — навмисних неправомірних діях, спрямованих на формування будь-яким способом уявлення про належність авторства на об'єкт інтелектуальної власності (або його охороноздатну частину) особі, яка не брала творчої участі у його створенні.

Відповідно до Закону України «Про авторське право і суміжні права» плагіат визначено як оприлюднення (опублікування), повністю або частково, чужого твору під іменем особи, яка не є автором цього твору<sup>266</sup>. У Законі України «Про вищу освіту» закріплено визначення академічного плагіату під яким розуміється оприлюднення (частково або повністю) наукових результатів, отриманих іншими особами, як результатів власного дослідження та/або відтворення опублікованих текстів інших авторів без відповідного посилання.

Переважно плагіат розглядається як порушення авторських прав на результати літературної, художньої творчості, а також наукові твори. Разом з тим в сучасних умовах плагіат вийшов за межі виключно авторського права. Дії, які по суті є привласненням чу-

---

<sup>265</sup> Липчик Д. Авторское право и смежные права : пер. с фр. / Д. Липчик ; предисл. М. Федотова. — Москва : Ладомир : Изд-во ЮНЕСКО, 2002. — С. 483.

<sup>266</sup> Про авторське право і суміжні права : Закон України від 23.12.1993 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1994. — № 13. — Ст. 64.

жих результатів інтелектуальної, творчої діяльності, вчиняються у сфері промислової власності.

Актуальною проблемою сьогодення є плагіат у науковій сфері (академічний плагіат).

Внаслідок плагіату не вирішуються важливі соціальні завдання у сфері охорони здоров'я, охорони довкілля, екології, використання енергозберігаючих технологій, що в цілому дозволило б підвищити рівень життя. Крім того, унаслідок плагіату знижується якість підготовки фахівців, утрачається інтерес до результатів творчої діяльності тощо.

В умовах поширення загрозливих епідемій, загального зрощення ліків, економічної нестабільності суспільство, як і кожний окремих громадянин, зацікавлені в проведенні ефективних наукових досліджень, які б пропонували нові підходи до вирішення глобальних проблем. Тоді як псевдонаука, не даючи результатів, лише підриває довіру до наукової діяльності, формує зневажливе ставлення до науковців.

Проблема плагіату у наукових роботах, а також роботах студентів існує не лише в Україні. В країнах ЄС вживаються постійні заходи, спрямовані на виявлення причин плагіату з метою його запобігання.

Зокрема Європейською комісією було організовано проект «Impact of Policies for Plagiarism in Higher Education Across Europe» (IPPHEAE), в межах якого п'ять університетів досліджували ефективність політики у вищих навчальних закладах, спрямованої на запобігання випадкам студентського плагіату в 27 державах — членах Європейського Союзу. На підставі проведеного опитування, в якому приймали участь студенти, викладачі, було сформульовано рекомендації щодо формування політики попередження академічної нечесної поведінки, в тому числі й плагіату<sup>267</sup>.

Серед рекомендацій, зокрема наголошено на необхідності включення питання про запобігання плагіату в роботу групи, яка займається підвищенням якості вищої освіти в рамках Болонського процесу; сприяння створенню на рівні ЄС Групи з наукової етики; приділення належної уваги розробці та використанню програмного забезпечення для виявлення випадків плагіату тощо<sup>268</sup>. Крім того, у звіті про політику боротьби з плагіатом в Естонії зауважено, що

<sup>267</sup> *Glendinning I.* Promoting Maturity in Policies for Plagiarism across Europe and beyond [Електронний ресурс] / I. Glendinning. — Режим доступу: [http://www.academia.edu/19665426/Impact\\_of\\_Policies\\_for\\_Plagiarism\\_in\\_Higher\\_Education\\_Across\\_Europe\\_Results\\_of\\_the\\_Project](http://www.academia.edu/19665426/Impact_of_Policies_for_Plagiarism_in_Higher_Education_Across_Europe_Results_of_the_Project).

<sup>268</sup> *Glendinning I.* Plagiarism Policies in France. — Full Report (October 2013) [Електронний ресурс] / I. Glendinning. — Режим доступу: [content.compilatio.net/.../IPPHEAE\\_Survey](http://content.compilatio.net/.../IPPHEAE_Survey).

вчителі повинні бути більш принциповими в застосуванні штрафних санкцій відповідно до правил і точно слідувати встановленим процедурам, тому що відповідно до опитування 73 % студентів вважають, що вони не будуть спіймані на плагіаті і 25 % вважають, що немає ніякого контролю вчителя за допущенням плагіату у роботах студентів<sup>269</sup>.

Аналіз заходів боротьби з плагіатом, які застосовуються в зарубіжних країнах показує, що в усьому світі з даним явищем ведеться жорстка боротьба. Так в Центральній Європейській університеті студентів, які хоча б один раз були помічені у плагіаті, обов'язково перевіряють після кожного курсу; особи, викриті у плагіаті в дипломній роботі, в результаті залишаються без диплома. У навчальних закладах Голландії та Швеції курсову роботу можуть забракувати, якщо плагіатом виявиться хоча б пів сторінки тексту. У Польщі місцева система перевірки *plagiat.pl* припиняє перевіряти роботу, якщо виявляє, що неоригінальний текст становить 50 %. У Великій Британії для вирішення проблеми боротьби з плагіатом створено Стратегічний об'єднаний інформаційний комітет (JiSC), який також працює і в системі вищої освіти Шотландії, Уельсу та Північної Ірландії<sup>270</sup>.

Один із найбільш активних учасників обговорень випадків наукової непорядності в Польщі Марек Вронський пропонує принцип «трьох кроків», які повинен здійснити декан, якщо на його факультеті виявлено плагіат. Першим є створення комісії, до складу якої мають увійти професори та наукові співробітники, які вважаються найбільш порядними. Протягом 14 днів члени комісії повинні розглянути справу і скласти протокол, у якому мають бути вказані розмір й процентне відношення запозичення. Отримавши формальний протокол, що доводить плагіат, декан повідомляє ректора навчального закладу, який після цього бере на себе відповідальність за розгляд справи та дисциплінарне покарання плагіатора. Другим його кроком має бути сповіщення ради факультету про факт плагіату, який було встановлено деканською комісією. Цей крок має забезпечити осуд науковця, який вдався до шахрайства, з боку наукового середовища. Своїм третім кроком декан має простежити, аби про плагіат було повідомлено редакції часописів, наукові редакції збірників, видавництва, де було опубліковано статтю

<sup>269</sup> *Glendinning I.* Plagiarism Policies in France. — Full Report (October 2013) [Електронний ресурс] / I. Glendinning. — Режим доступу: [content.compilatio.net/.../IPPNEAE\\_Survey](http://content.compilatio.net/.../IPPNEAE_Survey).

<sup>270</sup> *Плагиат* в студенческих работах: анализ сущности проблемы [Електронний ресурс] / М. Н. Кичерова, Д. Н. Кыров, П. Н. Смыкова [и др.] // Интернет-журнал Науковедение. — 2013. — № 4 (17). — Режим доступу: <http://naukovedenie.ru/index.php?p=issue-4-13>.

чи книгу, в якій виявлено запозичення, і їх вилучили з наукового обігу. Загалом, автор зауважує, що цей принцип повинен використовуватися у випадку, коли плагіат є очевидним. Якщо виникають сумніви щодо допущеного запозичення, справу слід передавати до ректора, дії якого у подібних випадках визначені законом про вищу освіту<sup>271</sup>.

Майбутнє науки в цілому і науково-публікаційної сфери залежить багато в чому не тільки від дотримання законодавства та нормативних актів, але також і від дотримання принципів етики взаємовідносин учасників наукової та видавничої спільноти. У цьому запорука підвищення кількості якісних наукових публікацій, а також успішного розвитку взаємного співробітництва авторів, видавців і читачів наукових публікацій<sup>272</sup>.

Дослідження плагіату як порушення норм етики творчості та професійної етики в першу чергу спрямовано на розкриття морально-етичних аспектів плагіату. Осуд плагіату як неетичної поведінки, який історично передував установам юридичної відповідальності, не втрачає своєї актуальності й за сучасних умов. Адже вчинення навмисної крадіжки чужих результатів творчої, інтелектуальної діяльності є свідченням, у першу чергу, аморальності плагіатора.

Звертаючись до дослідження плагіату як порушення етичних норм, вбачається доцільним виділити етику творчості та професійну етику.

Попри те, що основні етичні норми є спільними як для професійної, так і творчої етики, вони не є абсолютно тотожними. Професійна етика спрямована на визначення морально-етичних засад виконання професійних обов'язків у різних сферах діяльності, взаємовідносин у професійному середовищі, моральних якостей особи, які формуються з урахуванням специфіки професійної діяльності.

Етика творчості може бути визначена як сукупність морально-етичних норм, які визначають основні засади створення нових результатів інтелектуальної, творчої діяльності, використання чужих об'єктів інтелектуальної власності під час створення власних, урахування інтересів третіх осіб, які можуть бути порушені під час створення та використання об'єкта, не порушення суспільних інте-

---

<sup>271</sup> Шевчук Д. Чатування на плагіат: польський досвід [Електронний ресурс] / Д. Шевчук. — Режим доступу: <http://kulturolog.org.ua/publications/-p-article/477-plagiarism.html>.

<sup>272</sup> Кодекс етики наукових публікацій, розроблений Комітетом з етики наукових публікацій [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://publicet.org/code>.

ресів та інтересів держави. При цьому етика творчості є спільною як для професійних творців, так і митців-аматорів.

Крім етики творчості можливо виділити також етичність результатів інтелектуальної, творчої діяльності. Так для окремих категорій об'єктів права інтелектуальної власності (винаходів, корисних моделей, промислових зразків, торговельних марок тощо) обов'язковою умовою охороноздатності є відповідність принципам гуманності та суспільної моралі. Закон України «Про авторське право і суміжні права» такої вимоги не передбачає, натомість відповідно до ч. 2 ст. 8 охороні за цим Законом підлягають твори, незалежно від їх призначення, жанру, обсягу, мети (освіта, інформація, реклама, пропаганда, розваги тощо). Морально-етичні вимоги до результатів інтелектуальної, творчої діяльності встановлено також у законодавстві, яке регулює відносини з використання об'єктів права інтелектуальної власності в різних сферах суспільного життя. Так відповідно до Закону України «Про друковані засоби масової інформації (пресу) в Україні» стиль і лексика друкованих засобів масової інформації мусять відповідати загальноновизнаним етично-моральним нормам. Уживання лайливих і брутальних слів не допускається. Ураховуючи важливість дотримання етичних норм, у тому числі й у сфері права інтелектуальної власності, дедалі більше уваги приділяється розробленню етичних кодексів, в яких закріплюються норми поведінки, визначаються дії, що порушують етичні норми. Разом із тим не кожна професійна діяльність пов'язана зі створенням нових результатів інтелектуальної, творчої діяльності. У зв'язку із цим в аспекті даного дослідження норми професійної етики вбачається можливим розділити на дві категорії: загальні, — які поширюються на всі сфери професійної діяльності (компетентність, сумлінність, чесність, порядність, повага тощо), та спеціальні — етичні норми, які визначають правила професійної поведінки у сферах, пов'язаних із творчою, інтелектуальною діяльністю та передбачають використання чужих об'єктів права інтелектуальної власності (повага до чужої інтелектуальної, творчої діяльності, використання об'єктів інтелектуальної власності з дотриманням майнових і немайнових прав творців тощо).

Всесвітня асоціація медичних редакторів (WAME) в рекомендаціях щодо принципів етики публікаційної практики (WAME Publication Ethics Policies for Medical Journals, <http://www.wame.org/resources/publication-ethics-policies-for-medical-journals-study>) акцентує увагу на таких проявах недобросовісної практики наукових досліджень:

— фальсифікація даних, яка варіює від підробки результатів до виборчого опублікування, яке вводить в оману, і відмови від опри-



людження суперечливих даних або навмисне приховування та /або перекручення даних;

— плагіат як присвоєння слів, ідей чи думок іншого автора без вказівки справжнього джерела і подання як своєї власної оригінальної роботи;

— неправильне зазначення авторства, недостовірні відомості в розділі «Подяки», наприклад, не зазначення про всіх осіб, включення у співавторів осіб, які не зробили істотного внеску в опубліковану роботу, подання публікації без згоди всіх осіб, зазначених як автори;

— дублюючі публікації — представлення одного і того ж матеріалу як оригінального в більш ніж одній публікації;

— порушення загальноприйнятих правил дослідження вважається серйозним відхиленням від прийнятих правил при проектуванні або проведенні дослідження;

— неналежне виконання експериментів з метою отримання зміщених результатів, що вводять в оману статистичні або аналітичні маніпуляції, або неточне повідомлення результатів;

— фактичне невиконання законодавчих та регуляторних вимог, що стосуються досліджень; включає (але не обмежується ними) повторні, навмисні серйозні порушення місцевих інструкцій та законів, включаючи правила проведення досліджень на тваринах, людях, використання фінансових засобів, лікарських препаратів, рекомбінантних продуктів, нових приладів або радіоактивних, біологічних чи хімічних матеріалів;

— навмисне спотворення характеристик, подій або результатів дослідження з метою прискорення просування дослідницької програми, отримання фінансової підтримки або професійного просування<sup>273</sup>.

У Рамковій програмі ЄС з досліджень та інновацій «Горизонт 2020» (Horizon 2020 The EU Framework Programme for Research and Innovation)<sup>274</sup> етика визнається невід'ємною складовою проведення наукових досліджень.

Проведення досліджень, спрямованих на виявлення неетичної поведінки у науковій сфері, розроблення загальних стандартів етики наукових досліджень, спрямовано на досягнення таких результатів,

<sup>273</sup> Воробьев К. П. Формат современной журнальной публикации по результатам клинического исследования. Ч. 6. Недобросовестная практика научных исследований [Електронний ресурс] // Український медичний часопис (онлайн). — 2099. — № 3 (71). — Режим доступу: <http://www.umj.com.ua/article/2771/format-sovremennoj-zhurnalnoj-publikacii-po-rezultatam-klinicheskogo-issledovaniya-chast-6-nedobrosovestnaya-praktika-nauchnyx-issledovanij>.

<sup>274</sup> Horizon 2020 The EU Framework Programme for Research and Innovation [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <https://ec.europa.eu/programmes/horizon2020/en/h2020-section/ethics>.

як у короткостроковій перспективі покращення дотримання високих стандартів при проведенні досліджень, що дозволить збільшити віддачу від досліджень, які фінансуються державою, зменшення випадків зловживання службовим становищем, а також наведення недостовірних результатів наукових досліджень; у середньостроковій перспективі такі заходи будуть сприяти покращенню якості досліджень, підвищенню довіри суспільства до науки; у довгостроковій перспективі — усвідомлення важливості етичності дослідження науковцями, збільшення якісних досліджень.

В Україні також приділяється належна увага розробленню етичних кодексів. Так, відповідно до Етичного кодексу вченого України учений зобов'язаний протидіяти конформізму в науковому співтоваристві, протидіяти присудженню наукових ступенів і звань за роботи, які не відповідають сучасним досягненням світової науки або виконані з порушенням норм етики, зокрема, рішуче викривати факти плагіату й інших форм порушень авторського права. Тільки реальний творчий внесок у наукову роботу може слугувати критерієм авторства. Поступатися авторством на наукову роботу іншій особі, приймати авторство або співавторство та, особливо, вимагати його є неприпустимим. Учений не повинен повторювати свої наукові публікації з метою підвищення їх кількості. Якщо для пропаганди наукових досягнень доцільна публікація однієї і тієї ж роботи в різних журналах, редактори останніх повинні бути поінформовані про факт публікації в інших виданнях<sup>275</sup>.

Відповідно до Кодексу етики наукових публікацій, розробленому Комітетом з етики наукових публікацій, автор (або колектив авторів) усвідомлює, що несе первісну відповідальність за новизну і достовірність результатів наукового дослідження, що передбачає дотримання таких принципів.

Автори повинні гарантувати, що результати дослідження, викладені в наданому рукописі, повністю оригінальні. Запозичені фрагменти або твердження повинні бути оформлені з обов'язковим зазначенням автора і першоджерела. Надмірні запозичення, а також плагіат в будь-яких формах, включаючи неоформлені цитати, перефразування або присвоєння прав на результати чужих досліджень, неетичні і неприйнятні. Співавторами статті повинні бути вказані всі особи, які зробили істотний внесок у проведення дослідження. Серед співавторів неприпустимо вказувати осіб, які не брали участь у дослідженні<sup>276</sup>.

<sup>275</sup> *Етичний кодекс вченого України* [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://znc.com.ua/ukr/news/2009/20090123ethic.php>.

<sup>276</sup> *Кодекс етики наукових публікацій*, розроблений Комітетом по етиці наукових публікацій [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://publicet.org/code>.

Отже визначення ефективних напрямів запобігання плагіату є важливою умовою розвитку творчої, інтелектуальної діяльності. Припинення поширення плагіату у науковій сфері дозволить підвищити якість та результативність наукових досліджень. Запобігання практики плагіату у наукових роботах студентів сприятиме не лише підвищенню якості підготовки майбутніх фахівців, а й є важливою передумовою зменшення практики наукового плагіату.

У зв'язку з чим важливе значення має розроблення не лише юридичних, а й етичних стандартів та правил творчої, наукової діяльності, з урахуванням позитивного досвіду країн ЄС у зазначеній сфері.

## ЗОБОВ'ЯЗАННЯ

### 5.1. Засади регулювання зобов'язальних відносин за законодавством України

На регулювання зобов'язальних відносин впливають загальногалузеві принципи цивільного права, більшість яких закріплені у ст. 3 ЦК України у вигляді загальних засад цивільного законодавства, а також принципи зобов'язального права (галузеві принципи), наприклад, принцип свободи договору. Принципи цивільного права поширюються на зобов'язальні правовідносини в межах особливостей, що характерні для зобов'язального права. Так, принципи передбачені п. 3–6 ч. 1 ст. 3 ЦК є як цивільно-правовими загалом, так і зобов'язальними зокрема.

Принцип *свободи договору* найбільш досліджений у правовій літературі з усіх принципів цивільного права. Зміст принципу свободи договору полягає у свободі особи вільно вступати у договірні відносини; самостійно обирати контрагента; самостійно визначати структуру і вид договірної зв'язку та період його дії. Цивільне законодавство передбачає також виключення із загального принципу свободи договору<sup>277</sup>.

Серед засад цивільного права деякі також поширюються на зобов'язальні правовідносини в межах особливостей, що характерні для зобов'язального права. Так, принципи передбачені п. 3–6 ч. 1 ст. 3 ЦК України є як цивільно-правовими загалом, так і зобов'язальними зокрема.

*Принцип свободи підприємницької діяльності* у зобов'язальному праві включає в себе те, що підприємці вільно обирають вид підприємницької діяльності, самостійно формують програми діяльності, вибирають постачальників і споживачів продукції, що виробляється, залучають матеріально-технічні, фінансові та інші види ресурсів,

<sup>277</sup> Ці питання були предметом окремої статті автора: *Голубєва Н. Ю.* Свобода договору як принцип цивільного права // Актуальні проблеми держави і права : зб. наук. пр. — Одеса, 2008. — Вип. 41. — С. 25–30.

вільно наймають працівників тощо. Даний принцип характерний для зобов'язального права тим, що в ході підприємницької діяльності підприємці в переважній більшості знаходяться в правових зв'язках, що обумовлюється самою природою підприємства.

*Принцип судового захисту* у зобов'язальному праві зводиться до наступних моментів. По-перше, кредитор має право на судовий захист у разі невиконання або неналежного виконання зобов'язання шляхом майнових санкцій (п. 8 ч. 2 ст. 16 ЦК України). По-друге, сторони мають право в судовому порядку змінити чи припинити зобов'язання (п. 6, 7 ч. 2 ст. 16 ЦК України). По-третє, кредитор має право вимагати виконання зобов'язання в натурі (п. 5 ч. 2 ст. 16 ЦК України). По-четверте, сторони мають право на відшкодування моральної шкоди п. 9 ч. 2 ст. 16 ЦК України). Крім того, окремі положення цього принципу можна знайти в ст. ст. 215, 611, 615, 622 ЦК України.

Втілення принципу *рівності* суб'єктів цивільних правовідносин, зокрема зобов'язальних, отримує нормативне закріплення: 1) у вигляді основної засади цивільного законодавства, закріпленої в п. 1 ст. 1 ЦК України; 2) у вигляді норми про рівну правоздатність (ч. 1 ст. 26 ЦК України); 3) у вигляді положення про рівні начала участі держави в цивільних правовідносинах (ч. 1 ст. 167 ЦК України); 4) в інших правових інститутах, де існує підвищена небезпека порушення цього принципу (наприклад, в публічному договорі, договорі приєднання).

Не можна принижувати значення принципу рівності в цивільному праві, не проводячи межі між рівністю, як принципом, і рівністю, як рисою методу.

*Автономія волі* у зобов'язальному праві втілюється у принципові свободи договору.

У ч. 3 ст. 509 ЦК України дублюються деякі засади цивільного законодавства: «зобов'язання має ґрунтуватися на засадах *добросовісності, розумності та справедливості*» (хоч законодавець міняє їх місцями, у результаті чого справедливість опинилась на останньому місці, що думавемо, не означає їх ступеню значущості у залежності від місця розташування).

Але варто звернути увагу на наступний нюанс. У ст. 3 ЦК України справедливість, добросовісність та розумність названі *засадами цивільного законодавства*. Це той орієнтир, за яким мають рівнятися всі законодавчі цивільно-правові акти. У ст. 509 ЦК України вказано, що *зобов'язання має ґрунтуватися* на засадах добросовісності, розумності та справедливості.

Тобто, якщо ст. 3 ЦК України висуває вимогу законодавству відповідати відповідним засадам, то у ст. 509 ЦК України вже конк-

ретне зобов'язальне відношення має ґрунтуватися на цих засадах. Вважаємо, що частково адресат в цих випадках різниться: у першому випадку — той, хто створює цивільне законодавство, від законів до підзаконних нормативно-правових актів, тобто це вимоги до самих правових актів, а у другому випадку — це: по-перше, ті, хто вступають у зобов'язання, його створюють; по-друге, ті, хто буде тлумачити зміст зобов'язання, належність його виконання та дійсність, наслідки припинення в майбутньому (тобто це вимоги і до судового рішення).

З погляду на те, до кого направлені відповідні засади маємо визначити їх різний зміст.

У сенсі ст. 3 ЦК України *добросовісність* означає прагнення сумлінно захистити цивільні права та забезпечити виконання цивільних обов'язків; *справедливість* означає визначення нормою права обсягу, межі здійснення захисту цивільних прав та обов'язків особи адекватно її ставленню до вимог правових норм; а *розумність* — це зважене вирішення питань регулювання цивільних відносин з урахуванням інтересів усіх його учасників.

У сенсі ст. 509 ЦК України відповідні принципи будуть розглянуті далі.

Поява принципів розумності, справедливості та добросовісності пов'язується із розумінням спочатку науковцями, а потім законодавцем, що навіть найбільш досконале цивільне законодавство не може врахувати всю багатоманітність цивільно-правових відносин, що підлягають врегулюванню.

При позитивному впливі на розвиток цивільного права названих засад, багато вчених відмічають, що використання оціночних категорій призводить до розширення сфери застосування суб'єктивного суддівського розсуду. Суддів підозрюють у намаганні вийти за рамки закону, його духу при тлумаченні різних життєвих ситуацій. Думаємо, така недовіра до суду необ'єктивна.

Ці принципи неможливо переоцінити у сучасному цивільному праві. Вони використовуються для: по-перше, визначення меж допустимого здійснення суб'єктами цивільних прав; по-друге, для заповнення прогалин в законодавстві. Принципи добросовісності, розумності і справедливості конкретизуються в ході застосування норм цивільного права судом (в тому числі третейським) для встановлення змісту прав і обов'язків сторін зобов'язань за відсутності прямого врегулювання відносин законом, договором, звичаями ділового обороту і при неможливості використання аналогій закону і права.

Елементами змісту *принципу справедливості* є еквівалентність в обміні, виконання взятих перед контрагентом зобов'язань, відшкодування шкоди за наявності вини заподіювача, утримання від по-

сягань на чуже майно, повернення майна власникові, домірність юридичної відповідальності вчиненому правопорушенню.

ЦК України часто вимагає від правозастосувачів дотримання принципу справедливості, особливо у договірних зобов'язаннях. Так, у відповідності до ст. 652, ч. 2 ст. 749 ЦК України термін «справедливість» вживається для підкреслення необхідності дотримуватися еквівалентності, співрозмірності, балансу між інтересами різних сторін зобов'язання.

Широко використовується судами принцип справедливості (у сукупності із принципом розумності) у спорах про відшкодування шкоди, особливо моральної, де принципи розумності і справедливості взагалі є майже не єдиним орієнтиром у визначенні конкретної суми відшкодування. Приймаючи рішення у цій категорії справ суди керуються власним поняттям про справедливість і розумність, а сторони часто обурюються присудженими сумами відшкодування (причому обидві сторони), але чи може справедливість чи розумність взагалі буди встановленою? У справедливості та розумності у цих випадках не може бути наперед заданих параметрів, меж, математичної точності. Свою істинність зрештою вони знаходять тільки у рішеннях суду, що не підлягають подальшому оскарженню. До цього ці категорії все одно ставляться під сумнів сторонами по справі.

Тому, коли у теорії говоримо, що розмір компенсації моральної шкоди має бути справедливим, тобто адекватним тому обсягу фізичних та моральних страждань, які зазнав потерпілий в результаті скоєного щодо нього правопорушення, маємо визнати, що ця «адекватність» кожного разу буде встановлюватися ексклюзивно щодо конкретного постраждалого, конкретних обставин справи, навіть від, можливо, статі судді/суддів, його складу характеру, пережитого досвіду та багатьох інших факторів. Але якими б не були суб'єктивними критерії справедливості та розумності при визначенні розміру моральної шкоди, інших (кращих) право не знайшло, це найліпший інструментарій в руках правозастосовувача.

Застосування принципу справедливості у зобов'язальному праві є: по-перше, орієнтиром у визначенні конкретної суми відшкодування у зобов'язаннях відшкодування моральної шкоди; по-друге, орієнтиром встановлення еквівалентності обміну у відшкодувальних договірних зобов'язаннях; по-третє, поповненням наявних в праві прогалин; по-четверте, засобом за допомогою якого нівелюється застосування занадто суворих наслідків норм цивільного законодавства відносно конкретного правовідношення.

Принцип добросовісності у зобов'язальному праві передбачає сумлінну і чесну поведінку суб'єктів при виконанні своїх

суб'єктивних обов'язків і здійсненні своїх суб'єктивних прав у зобов'язальних правовідносинах

Принцип добросовісності в договірних зобов'язаннях був предметом окремого дисертаційного дослідження в українській цивілістиці<sup>278</sup>. Але реалізація принципу добросовісності у недоговірних зобов'язаннях є актуальною.

Добросовісність у недоговірних зобов'язаннях проявляється по-різному. Якщо ми говоримо про недоговірні *регулятивні* зобов'язання, то як і в договірних зобов'язаннях принцип добросовісності тут дії від виникнення зобов'язання до його припинення і передбачає сумлінну поведінку суб'єктів як при ініціації виникнення зобов'язання, так і при виконанні своїх суб'єктивних обов'язків і здійсненні своїх суб'єктивних прав. Так, при оголошенні конкурсу, особа має дійсно бажати його провести, виплатити винагороду, а не, наприклад, лише ознайомитися з новими ідеями у відповідній галузі для подальшого їх використання у своїй діяльності, а конкурсну процедуру не завершити за тими чи іншими причинами.

Якщо ми говоримо про зобов'язання відшкодування шкоди, то, на перший погляд здається, що добросовісність тут при *виникненні* зобов'язання немає ніякої ролі, її взагалі нема, адже зобов'язання відшкодування шкоди виникають із неправомірної дії. Але вимога добросовісності, вважаємо, пред'являється до потерпілого. Так, у відповідності до ст. 1193 ЦК України шкода, завдана потерпілому внаслідок його умислу, не відшкодовується. Якщо груба необережність потерпілого сприяла виникненню або збільшенню шкоди, то залежно від ступеня вини потерпілого (а в разі вини особи, яка завдала шкоди, — також залежно від ступеня її вини) розмір відшкодування зменшується, якщо інше не встановлено законом. В останньому випадку, добросовісність потерпілого впливає на визначення розміру відшкодування.

Не вимагається добросовісності при виникненні *кондиційних* зобов'язань, навпаки виявлення добросовісної поведінки чинить перепону для виникнення зобов'язання. У відповідності до ст. 1215 ЦК України не підлягає поверненню безпідставно набути: заробітна плата ...та інші грошові суми, надані фізичній особі як засіб до існування, якщо їх виплата проведена фізичною або юридичною особою добровільно, за відсутності рахункової помилки з її боку і *недобросовісності* з боку набувача. Тобто вимога добросовісності звернена до набувача в якості перепони для виникнення конди-

<sup>278</sup> Павленко Д. Г. Принцип добросовісності в договірних зобов'язаннях : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Д. Г. Павленко. — Київ, 2009. — С. 7.



ційних зобов'язань при дотриманні інших умов, указаних у вищевказаній статті.

Принцип *розумності* в праві означає відповідність поведінки індивіда соціальному досвіду, усвідомленість, мотивованість, обґрунтованість, логічність, доцільність його поведінки. Але це погляд з боку самого суб'єкта. Вважаємо, що для цивільного права таке визначення не є вірним, адже нам необхідно встановити не розумність суб'єкта з точки зору відповідності його поведінки рівню його власного досвіду, знань тощо. Нам необхідно встановити розумність суб'єкта з точки зору відповідності його поведінки поведінці «середньої людини», тієї абстрактної поведінки, що визнається у цьому суспільстві як «звичайна» поведінка в подібній ситуації людини із середнім рівнем інтелекту, виховання тощо, яка визнається «еталоном поведінки».

При визначенні принципу розумності, ми стикаємося зі специфічними термінами: «розумові здібності», «розумовий досвід людської особистості», «самосвідомість», «вільна воля» тощо, що можливо може нас зорієнтувати на те, що принцип розумності є більш суб'єктивним, навіть чим принцип добросовісності, але на відміну від добросовісності, що є характеристикою совісті людини, обтяженої або не обтяженої знанням про можливе заподіяння шкоди іншій особі, розумність характеризує об'єктивну сторону дій особи. Ця об'єктивність виражається у тому, що поведінку особи співвідноситимуть із поведінкою «середньої людини», яка має «середній» рівень досвіду, знань.

Розумність при укладанні договору передбачається, якщо ж сторони її порушують ЦК України містить конкретні санкції. Наприклад, якщо сторони встановлюють надто високий рівень неустойки, відповідно до ч. 3 ст. 551 ЦК України, розмір неустойки може бути зменшений за рішенням суду, якщо він значно перевищує розмір збитків і за наявності інших обставин, що мають істотне значення. Тут, вважаємо, стикаються фактично два принципи зобов'язального права: свобода договору і розумність. З одного боку сторони самі можуть визначити умови договору, а з іншого закон обмежує договірну свободу іншим принципом/засадою — розумністю.

У випадках відшкодування моральної шкоди, справедливність разом із розумністю є тим критерієм, що орієнтують правозастосовувача при визначенні відповідних сум відшкодування моральної шкоди.

При цьому, вважаємо, що вимога справедливості орієнтує на намагання максимально повно компенсувати моральні страждання, а вимога розумності — адекватно порушенню відшкодувати шкоду, не порушуючи права порушника, адже постраждалий не повинен

«збагачуватися» за рахунок відшкодування моральної шкоди. У всіх випадках вона має носити характер адекватної (щодо обох сторін зобов'язання) компенсації.

Таке ж значення має і вимога «розумності» у ст. 749, ч. 4 ст. 1193 ЦК України.

В багатьох статтях зобов'язального права, термін «розумність» вживається щодо термінів. Наприклад, у ст. ст. 564, 519, 666, 670, 672, 678, 680, 684, 688, 690, 700, 704 та ін. Розумним прийнято вважати строк, який є достатнім і обґрунтованим для належного виконання зобов'язання, що відповідає йому по суті.

Також у ЦК України термін «розумність» вживається для позначення характеристик ціни чи оплати. Розумність чи нерозумність поведінки сторін чи строку виконання зобов'язання може бути визначена тільки судом, за умови врахування фактичних обставин по справі.

*Інституційними* принципами у зобов'язальному праві можна визначити, наприклад, принципи виконання зобов'язань. Загально-новизнаним принципом виконання зобов'язання є принцип *належного* виконання, якому присвячені численні дослідження.

Крім належного виконання важливим принципом виконання договірних зобов'язань є *принцип реального виконання*, через який стягнення штрафних санкцій не звільняє боржника від виконання обов'язків в натурі.

Принцип належного виконання закріплений в ст. 526 ЦК України. Принцип реального виконання, що передбачає виконання зобов'язання в натурі закріплено у положенні, відповідно до якого виплата неустойки і відшкодування збитків у разі неналежного виконання зобов'язання не звільняють боржника від обов'язку виконання зобов'язання у натурі, якщо інше не передбачене законом або договором (ч. 1 ст. 622 ЦК України). Зроблено висновок, що принципи належного та реального виконання не поглинаються один одним. Принцип реального виконання проявляється/реалізується у випадку порушення зобов'язання, до цього моменту дії які має виконати боржник є належним виконанням, якщо він несумлінно віднісся до своїх обов'язків повстає питання відшкодування збитків та їх співвідношення із виконанням зобов'язання в натурі.

*Принцип недопустимості односторонньої відмови від зобов'язання*, крім випадків, коли інше передбачено договором або ж законом (ст. 525 ЦК України), введений для збереження стабільності цивільного обороту.

Так, ЦК України дозволяє сторонам відмовитися в односторонньому порядку від: фідусіарних договорів доручення (ст. 1008

ЦК України), комісії (ст. 1025 ЦК України), дарування (ст. 724 ЦК України), а також деяких інших договорів: найму (ст. 782 ЦК України), підряду (ст. 849 ЦК України), тощо; від зобов'язання, якщо внаслідок прострочення боржника виконання втратило інтерес для кредитора (ч. 3 ст. 612 ЦК України). Сторони за своїм бажанням можуть встановити правило про можливість односторонньої відмови від зобов'язання чи односторонньої зміни його умов. Так, відмова від зобов'язання можлива і за домовленістю сторін (ч. 1 ст. 604 ЦК України), зокрема, про заміну первісного зобов'язання новим зобов'язанням між тими ж сторонами (ч. 2 ст. 604 ЦК України), а також у разі відступного (ст. 600 ЦК України) і зарахування (ст. 601 ЦК України).

Крім того, ст. ст. 611, 615 ЦК України дозволяють відмовитися від зобов'язання як правовий наслідок порушення зобов'язання контрагентом. Встановлено співвідношення цих статей із ст. 525 ЦК України. Зроблено висновок, що у ст. 611 ЦК України та ст. 615 ЦК України мається на увазі загальне право на односторонню відмову від зобов'язання у випадку порушення зобов'язання, однак не у всіх без винятку випадках, а тільки у тих випадках, що обумовлені договором чи встановлені у законі. Тобто йдеться про те, що якщо в договорі не передбачена можливість відмови від зобов'язання внаслідок його порушення однією з сторін, то особа може відмовитися від зобов'язання у тих же випадках, що і при «звичайній» відмові від зобов'язання, тобто коли немає порушення зобов'язання. Різницею односторонньої відмови від зобов'язання без порушення та внаслідок порушення буде тільки одна. У разі порушення зобов'язання відмова (повна або часткова) постраждалої сторони від зобов'язання не звільняє порушника від відповідальності (відшкодування збитків, моральної шкоди, сплати неустойки), якщо сторона, яка порушила зобов'язання, є винною у його порушенні (ст. 614 ЦК України).

Відповідно до наступного принципу виконання зобов'язання — *принципу ділової співпраці*, боржник має право розраховувати на таке сприяння з боку кредитора, яке прямо не встановлене законом або договором, проте без нього неможливе належне виконання зобов'язання боржником і воно може бути надано йому без збитку для кредитора. Цей принцип також називають принципом співпраці між сторонами, принцип взаємної допомоги<sup>279</sup> або принцип взаємного сприяння<sup>280</sup>.

<sup>279</sup> Толстой В. С. Исполнение обязательств / В. С. Толстой. — Москва : Юрид. лит., 1973. — С. 17–24.

<sup>280</sup> Иоффе О. С. Обязательственное право / О. С. Иоффе. — Москва : Юрид. лит., 1975. — С. 59–63.

Обов'язок по співпраці носить юридичний характер. У разі виникнення спору боржник цілком може послатися на відсутність необхідної допомоги кредитора як причину невиконання або неналежного виконання договору<sup>281</sup>.

З наведеною позицією лише частково погоджується С. Бервено. На його думку, немає достатніх підстав для виокремлення в договірному праві взаємного співробітництва сторін як самостійного принципу. Звичайно, не можна заперечувати той факт, що таке співробітництво існує в договірних правовідносинах та закріплюється в окремих нормах. Наприклад, сторони активно співпрацюють на стадії укладення договору з метою закладення в його зміст узгоджених умов, а також на стадії виконання договору з метою внесення до нього змін і доповнень. Однак, таке співробітництво так чи інакше спрямоване на досягнення максимально економічно вигідного результату, на раціональне і ефективне виконання договірних умов. Науковець визначає тісну взаємопов'язаність категорії економічності та співробітництва сторін у договірному зобов'язанні, а відтак, на його думку, можна вести мову про функціонування єдиного *принципу економічності та співробітництва сторін*.

Зауваження науковця частково справедливі щодо втрати принципом співпраці між сторонами самостійного значення. Але, вважаємо, що цей принцип поглинається іншим принципом — справедливості, адже її зміст складається в тому, що сторони приводять свою поведінку до справедливого поводження стосовно іншої сторони, тому справедливість поглинає необхідність співпраці між сторонами. Співпраця між сторонами — це одна зі сторін справедливості, реалізація справедливості.

Крім того, реалізація принципу справедливості приводить до справедливої, з урахуванням етичних і інших моральних аспектів, оцінки судом поведінки суб'єктів зобов'язального правовідношення. Тому боржник, який звернувся до суду, якщо на його думку, він не отримав сприяння з боку кредитора (яке прямо не встановлене законом або договором, проте без нього неможливе належне виконання зобов'язання боржником і воно може бути надано йому без збитку для кредитора) буде захищений судом, якщо для цього є підстави, саме з позиції справедливості.

Щодо *принципу економічності* (кожна зі сторін має виконати свої обов'язки найбільш економічним чином, тобто з найменшими витратами), вважаємо, що він поглинається принципом належного виконання. Вважаємо, що законодавець ні в одній нормі ЦК

<sup>281</sup> Слепенкова О. А. Принципы исполнения обязательств: некоторые проблемные аспекты // Правовая политика и правовая жизнь. — 2006. — № 2. — С. 92.

Україні не вимагає від боржника надналежності, боржник має виконати свої обов'язки «відповідно до умов договору та вимог цього Кодексу, інших актів цивільного законодавства, а за відсутності таких умов та вимог — відповідно до звичаїв ділового обороту або інших вимог, що звичайно ставляться» (ст. 526 ЦК України). Він має поводитися як «середня людина», крім випадків, коли умовами договору передбачено чи впливає із суті договору, особлива кваліфікація боржника. Але і у цьому випадку виконання зобов'язання кваліфікованіше, добротніше, ніж в інших випадках передбачене договором, а тому виконання його на меншому рівні є неналежним.

Особливо це проявляється у договорі комісії. У відповідності до ч. 1 ст. 1014 ЦК України комісіонер має здійснити обумовлений договором правочин в точній відповідності з указівками комітента та на найбільш вигідних для комітента умовах — це основні обов'язки комісіонера.

Обов'язок комісіонера виконати доручення на найбільш вигідних для комітента умовах підкреслює, що функцію комісіонера, як правило, здійснює особа, що володіє відповідними знаннями і навичками в області набуття і реалізації майна. Комісіонер звичайно одержує від комітента інформацію про умови, на яких він вважав би правочин для себе вигідним, але комісіонер зобов'язаний ужити заходів для здійснення правочину на найбільш вигідних для комітента умовах, тобто зрештою найбільш економічно виконати завдання, адже чим вища кваліфікація виконавця, чим економічніше він може здійснити виконання без втрати якості. Тут економічне виконання доручення — є складовою належного виконання, а тому наслідки недодержання цієї умови такі ж як і в інших випадках порушення зобов'язання (звичайно тут враховується багато факторів, що не є предметом нашого дослідження).

Підтвердженням, що ЦК України не надає принципу економічності самостійного значення приведемо ч. 2 ст. 1014 ЦК України: якщо комісіонер вчинив правочин на умовах більш вигідних, ніж ті, що були визначені комітентом, додатково одержана вигода належить комітентові.

Тобто економічність здійснення доручення ніяк не стимулюється. Комісіонер, що уклав угоду на більш вигідних умовах, чим ті, що зазначені комітентом, не вправі претендувати на додаткову винагороду понад суми комісійної винагороди. У цьому випадку вся вигода надходить комітентові. Стосовно до договору комісії вигода розуміється як перевищення суми, вирученої за реалізацію майна комітента, порівнянню з умовами, позначеними комітентом. Однак, вважається, що більш справедливою до комісіонера була б

норма, що надавала можливість у випадку, якщо він уклав правочин на більш вигідних умовах, вигоду ділити порівну (або в інших пропорціях). Введення такої норми буде сприяти стимулюванню діяльності комісіонера, адже така вигода могла бути отримана в результаті його бездоганної репутації, нововведень та ін.

На підтвердження дії принципу економічності у літературі часто наводять наступний приклад, відповідно до ст. 845 ЦК України, підрядник має право на ощадливе ведення робіт за умови забезпечення належної їх якості. Сторони можуть домовитися про розподіл між ними заощадження, отриманого підрядником.

У статті чітко говориться про те, що на ощадливість підрядник «має право», тобто звичайно (в інших договорах) це не є правилом, а в цьому випадку законодавець підкреслює: «підрядник має право». Тим більше, що ця норма існує для того, щоб врегулювати звичайну ситуацію у цьому виді договорів. В підрядних договорах часто виникають ситуації, коли ресурси заощаджені в силу того, що наперед не завжди можна визначити ціну робіт, адже робота, як правило, є індивідуальною, результат не типізованим, а в умовах, коли підрядник виконує роботу із своїх матеріалів і своїми засобами та при наявності твердого кошторису — відсутність відповідної норми у законодавстві вела б до непотрібних спорів.

Звернемо увагу, що у договорі комісії, щоб не було спорів, законодавець спеціально зауважив, що заощадження забирає комітент, а не комісіонер, як це було б логічно припустити за аналогією із договором підяду (хто заощадив — той отримав).

На думку С. Бервено, елементи економічності спостерігаються і в інших статтях, що передбачають: а) можливість залучення до виконання договору підяду субпідрядника (ст. 838 ЦК України); б) розподіл виконання робіт з матеріалів підрядника або замовника (ст. ст. 839, 840 ЦК України); в) визначення ціни у кошторисі (ст. 844 ЦК України); г) обставини, про які підрядник зобов'язаний повідомляти замовника (ст. 847 ЦК України); ґ) права замовника у разі порушення підрядником договору підяду (ст. 852 ЦК України); д) право підрядника продати виконану роботу у разі ухилення замовника від її прийняття (ст. 853 ЦК України)<sup>282</sup>.

Але всі ці норми є типовими саме для підрядних договорів, в яких, як вже вказувалось, робота, як правило, є індивідуальною, результат не типізованим. Їх існування зумовлене саме для врегулювання цього особливого договору, дотримання цих норм є складовою належного виконання зобов'язання. Чи діє принцип економічності, наприклад, у договорі купівлі-продажу. Чи можемо

<sup>282</sup> Бервено С. Система принципів договірної права за новим цивільним законодавством України // Юридична Україна. — 2005. — № 9. — С. 33.

ми звинуватити продавця, який вислав нам товар за заявленою та погодженою ціною, а потім ми виявили, що в нього був товар аналогічної якості, але дешевший? Звичайно, ні. А якщо той же продавець вислав нам товар дешевший (та не гірший за якістю), але за ціною, того який ми замовляли? Адже заощадження, як ми вже бачили, забирає той хто його здійснив (заощадив) — підрядник, а не замовник (покупець у цьому випадку). Це ж аналогічна ситуація економії підрядника, який виконав роботу, витративши менше, ніж указано в кошторисі, а потім різницю у якості заощадження, в силу норм закону, якщо інше не передбачене у договорі, забирає собі. В останньому випадку ми цілком погоджуємося із таким поведінням підрядника, але навряд чи споживачеві сподобається аналогічна ситуація з продавцем. Тому принцип економічності — це не принцип зобов'язального права, а індивідуальна особливість вузького кола договорів (підряду, довірчого управління тощо).

Таким чином, принцип співпраці сторін поглинається принципом справедливості, а принцип економічності діє до обмеженого кола договорів, тому принципом зобов'язального права вважатися не може.

Підсумуємо, суворе і точне слідування вимогам права означає одночасно і втілення в життя закладених в ньому принципів. Саме тому при вирішенні конкретних юридичних питань необхідно, в першу чергу, керуватися принципами права. Ураховуючи всі ці обставини, необхідно підкреслити також важливість і актуальність даного питання у зв'язку із задачами, що стоять перед судовою системою української держави.

## **5.2. Порівняльно-правовий аналіз регулювання переддоговірних відносин**

Норми зобов'язального права поширюються тільки на зобов'язальні відносини, що виникли. Хоч питання підстав виникнення зобов'язання є таким, що потребує окремого дослідження в рамках окремої роботи, вважаємо за потрібне коротко охарактеризувати ці підстави для відповіді на питання поширення норм зобов'язального права на переддоговірні відносини.

Хоч ст. 509 ЦК України має назву «Поняття зобов'язання та підстави його виникнення», насправді щодо підстав виникнення зобов'язання містить відсилочну норму: «Зобов'язання виникають з підстав, установлених статтею 11 цього Кодексу» (ч. 2).

Оскільки перелік підстав виникнення цивільних прав і обов'язків у ст. 11 ЦК України носить відкритий характер, маємо відповісти

на запитання: чи можна вважати ведення переговорів юридичним фактом (віднести їх до «інших юридичних фактів», зазначених у ст. 11 ЦК України)? Одночасно з відповіддю на це запитання ми зможе відповісти на інше принципове запитання: чи можна поширювати норми зобов'язального права, його санкції в цьому разі? Відповідь на це запитання має велике практичне значення.

ЦК Республіки Молдова містить конкретну й змістовну норму з питання, що нас цікавить. Так, у відповідності до ст. 515 під назвою «Виникнення зобов'язання при веденні переговорів про укладення договору», зобов'язання може створюватися самим фактом ініціації договору й ведення переговорів з метою його укладення (ч. 1). Одна з договірних сторін може вимагати від іншої сторони відшкодування витрат, заподіяних на основі правомірної впевненості в укладенні договору, якщо з вини останньої договір не укладений (ч. 2)<sup>283</sup>.

Тобто молдовський законодавець ведення переговорів прямо називає підставою виникнення зобов'язання.

ЦК Туркменістану передбачає, що для виникнення зобов'язання або зміни його змісту потрібно укладення договору між його учасниками, окрім випадків, коли зобов'язання виникає внаслідок спричинення шкоди (делікту), негрунтового збагачення або інших підстав, передбачених законом. Передбачені ст. 330 цього Кодексу зобов'язання можуть виникнути вже й на підставі підготовки договору. Учасник переговорів може вимагати в іншого учасника відшкодування витрат, зазначених для укладення договору, який внаслідок недбалості іншого учасника не був укладений<sup>284</sup>.

Таким чином, туркменський законодавець прямо не називає дії з підготовки договору підставою виникнення зобов'язання, але вказує на поширення норм про зобов'язання на відносини, що виникли, перетворюючи відповідні дії на юридичний факт, що тягне виникнення правовідносин. Але не називає, яких правовідносин. Вважаємо, що тут маємо справу з охоронними правовідносинами, оскільки не просто ведення переговорів веде до виникнення зобов'язання. Потребують охорони з боку норм зобов'язального права інтереси сторін щодо добросовісного ведення переговорів, а якщо виникли збитки, зайві витрати, пов'язані з веденням переговорів, — вони мають бути відшкодовані виходячи з розумності та добросовісності.

---

<sup>283</sup> *Гражданский кодекс Республики Молдова от 6 июня 2002 г.* [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://lex.justice.md/viewdoc.php?action=view&view=doc&id=325085&lang=2>.

<sup>284</sup> *Гражданский кодекс Туркменистана от 17 июля 1998 г.* [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://aarhus.ngo-tm.org/Tm\\_law/Gr\\_kod/Index.htm](http://aarhus.ngo-tm.org/Tm_law/Gr_kod/Index.htm).



У Модельних правилах Європейського приватного права (далі — DCFR) передбачено поняття «нечесного і/або недобросовісного ведення переговорів»: Особа вільна у проведенні переговорів і не відповідає за недосягнення угоди. Особа, яка вступила в переговори, зобов'язана вести їх сумлінно і чесно і не припиняти переговори у випадках, коли це буде суперечити вимогам сумлінності і чесної ділової практики. Цей обов'язок не може бути виключений або обмежений договором. Сторона, що порушила цей обов'язок, *відповідає за втрати, заподіяні іншій стороні таким порушенням*. Зокрема, вимогам сумлінності і чесної ділової практики суперечить вступ у переговори та їх ведення без дійсного наміру досягти угоди з іншою стороною (II.—3:301).

Оскільки цивільне право України має багато схожих рис з приватним правом європейських держав, що належать до континентальної правової системи, можемо констатувати, що «модельне» регулювання, яке збило кращі зразки національних правил щодо різних інститутів приватного права, цікаво для українських вчених в якості матеріалу для порівняльно-правового аналізу.

Так само у змінах до ЦК РФ від 8 березня 2015 р. також передбачена переддоговірна відповідальність (*Culpa in contrahendo*) (ст. 431-1)<sup>285</sup>, за основними положеннями дуже схожа на викладені вище правила DCFR.

Д. Г. Павленко пропонує доповнити ЦК України статтею 646-1 «Відповідальність за недобросовісне ведення переговорів» таким змістом: «Сторона має право на власний розсуд вести переговори щодо укладення договору й не несе відповідальності за недосягнення згоди. Однак сторона, яка недобросовісно веде або перериває такі переговори, є відповідальною за збитки, заподіяні іншій стороні. Недобросовісним веденням переговорів є, зокрема, вступ у переговори або їх продовження за відсутності дійсного наміру укласти договір або з метою ввести іншу сторону в оману, у тому числі зашкодити укладенню цієї стороною іншого договору»<sup>286</sup>.

По суті пропозицій — вони є слушними, але заперечення викликає розташування відповідних норм у гл. 53 («Укладення, зміна і розірвання договорів»), адже зобов'язання, що виникло, має недоговірний характер. Фактично факт ведення переговорів недобросовісно веде до виникнення недоговірного охоронного

<sup>285</sup> *Гражданский кодекс Российской Федерации от 30 ноября 1994 г. Ч. 1* [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://base.garant.ru/10164072/21/#3100>.

<sup>286</sup> *Павленко Д. Г.* Принцип добросовісності в договірних зобов'язаннях : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Дмитро Геннадійович Павленко. — Київ, 2009. — С. 7.

зобов'язання, що має бути враховано при внесенні відповідних пропозицій у ЦК України.

Таким чином, проблема захисту інтересів сторін при веденні переговорів може бути вирішена двома шляхами: по-перше, включенням дій з ведення переговорів до підстав виникнення зобов'язання з відповідною вказівкою у ст. 509 ЦК України (як робить туркменський та молдовський законодавець); по-друге, вказівкою на необхідність діяти добросовісно при укладанні договору з вставленням конкретних санкцій за порушення цього обов'язку (за DCFR, ЦК РФ тощо).

Але маємо визнати, що молдовський законодавець учинив вірно, визнаючи ведення переговорів підставою виникнення зобов'язання в певних випадках, обмежив відповідальність іншої сторони тільки витратами, крім того, вказав на необхідність наявності вини іншої сторони. Натомість пропозиції Д. Павленка на практиці реалізувати набагато складніше. Оскільки категорія «добросовісність» має більш широке тлумачення, існує утруднення в доказуванні недобросовісності іншої сторони, крім того, повне відшкодування збитків у разі тільки ведення переговорів є нерозумним, адже сторона, що вступила в переговори, має усвідомлювати, що вони не завершені, правових наслідків, які очікуються, можуть не досягнути, а тому відшкодування упущеної вигоди в цьому разі не відповідає принципу розумності в цивільному праві.

З огляду на зазначене вище, вважаємо за потрібне запропонувати доповнити ч. 2 ст. 509 ЦК України абзацом 2 із таким змістом: *«Підставою зобов'язання про відшкодування витрат може бути ведення переговорів про укладення договору, якщо з вини однієї зі сторін договір не укладений»*<sup>287</sup>.

### **5.3. Концепція істотних умов договору за законодавством України та ЄС (зокрема, згідно DCFR та PECL)**

Досягнення згоди сторонами договору щодо всіх його істотних умов в установленій законодавством формі є складним юридичним фактом (юридичним складом), із яким пов'язується виникнення договірних відносин між сторонами. Істотні умови договору визначаються у ст. 638 ЦКУ. Відповідно до неї договір є укладенням, якщо сторони в належній формі досягли згоди з усіх істотних умов, тобто: умови про предмет договору, умови, що визначаються зако-

<sup>287</sup> Детальніше див.: Голубева Н. Ю. Зобов'язання у цивільному праві України: методологічні засади правового регулювання : монографія / Н. Ю. Голубева. — Одеса : Фенікс, 2013. — С. 271–277.

ном як істотні або є необхідними для договорів даного виду, а також усі ті умови, щодо яких за заявою хоча б однієї із сторін має бути досягнуто згоди.

З тлумачення наведеної норми випливає, що єдиною конкретною названою у кодексі істотною умовою договору є умова про предмет. У договірній теорії та практиці довгий час панувала позиція, відповідно до якої терміном «предмет договору» позначалися взаємні права та обов'язки його сторін, ті з них, які надають можливість визначити тип конкретного договору (наприклад, під предметом договору купівлі-продажу якнайчастіше розуміють формулу «продавець передає у власність, а покупець приймає у власність»).

Втім, у ЦКУ під поняттям «предмет договору» часто мається на увазі конкретне майно, права щодо якого відчужуються (передаються) за договором (наприклад, майнові права (ст. 424), майно, зокрема, речі, цінні папери, майнові права (ст. 576), товар (ст. 676) тощо). Таким чином, питання стосовно того, що саме розуміється під терміном предмет договору у ст. 638 ЦК — права і обов'язки його сторін, чи конкретне майно, щодо якого сторони вступають в договірні відносини, — залишається дискусійним.

Ще одне законодавче визначення істотних умов міститься у ч. 2 ст. 180 Господарського кодексу України, відповідно до якої господарський договір вважається укладеним, якщо між сторонами у передбачених законом порядку та формі досягнуто згоди щодо усіх його істотних умов, якими вважаються визнані такими за законом чи необхідні для договорів даного виду, а також умови, щодо яких на вимогу однієї із сторін повинна бути досягнута згода. Вказана норма ГК фактично не відрізняється за змістом від положень ст. 638 ЦК. Однак у ч. 3 ст. 180 ГК передбачено, що при укладенні господарського договору сторони зобов'язуються у будь-якому разі погодити предмет, ціну та строк дії договору. Отже, умови про предмет, ціну та строк договору визнаються ГК істотними умовами, які мають бути вказані при укладенні будь-якого господарського договору незалежно від його виду. Необхідно зазначити, що згідно статей 3, 6 ЦК наведене законодавче положення повинно розумітися як обмеження принципу свободи договору, що не відповідає принципам ринкової економіки та європейському законодавству.

Загалом підходи національного та європейського законодавства (зокрема, упорядників DCFR та PECL) щодо розуміння окремих аспектів правового регулювання договірних відносин суттєво відрізняються. Так, у зазначених європейських актах взагалі не передбачено існування так званих «істотних умов» договору.

У коментарі до принципу договірної безпеки авторами DCFR зазначається некоректність національних правопорядків у підході

до встановлення наслідку невизнання наявності зобов'язань між сторонами, якщо вони у договорі не погодили його обов'язкових умов, передбачених законодавством, але фактично вступили і бажають бути у договірних відносинах. Такі обов'язкові умови, які вимагаються національним законодавцем, можуть включати в себе умови про ціну та інші умови (за визначенням ст. 638 ЦК — умова про предмет договору та інші умови). Отже, якщо очевиднонамір сторін вступити у договірні зобов'язання навіть за умови, якщо сторони не погодили усі умови угоди, суд має визнавати чинність такого зобов'язання (договору). У європейській практиці даний підхід отримав назву підходу «на користь договору», який є логічним продовженням принципів підтримання договірних відносин та договірної безпеки.

Розкривається вказаний підхід здебільшого у книзі II Модельних правил DCFR. Зокрема, у ст. II–1:102 передбачено, щоз урахуванням застосовуваних імперативних норм *сторони вільні в укладенні договору або здійсненні іншого юридичного акту і у визначенні його змісту*. Сторони вправі виключити повністю або частково застосування кожного з модельних правил, що стосуються договорів чи інших юридичних актів, окремих прав і обов'язків, а також, якщо інше не передбачено, виключити або змінити їхню дію.

Для того, щоб договір вважався укладеним, згідно ст. II–4:101 Модельних правил DCFR достатньо, щоб сторони *мали намір створити зобов'язуючі їх правовідносини або викликати інші юридичні наслідки і досягли достатньої для цього згоди*. Намір сторін має визначатися на підставі заяв чи поведінки, зрозумілих іншою стороною, а згода вважається досягнутою, якщо умови договору визначені сторонами достатньо для того, щоб договір набув чинності. Якщо одна зі сторін відмовляється укласти договір, поки сторони не досягли згоди з певного питання, договір не вважається укладеним, поки згоду з цього питання не буде досягнуто.

Подібний підхід відображений також у статтях 1:102, 2:101 Принципів європейського договірного права (PECL). Зокрема, свобода договору у даному акті розуміється як можливість сторін укласти договір і визначити його зміст відповідно до вимог сумлінності та чесної ділової практики, обов'язкових правил, встановлених документом. Слід зауважити, що поняття «обов'язкових правил» в даному випадку (як і в Модельних правилах, наведених вище) має достатньо вузьке значення, адже стосується лише тих імперативних положень, які містять в собі пряму вказівку на це. З аналізу тексту Принципів випливає, що такі положення встановлені, зокрема, щодо окремих підстав, правил та наслідків недійсності договорів, угод за участю споживачів, щодо несправедливих умов договору,

тощо. В жодному разі серед положень, які визначають порядок укладення договору, а саме досягнення згоди сторонами, таких конкретно-імперативних норм немає. У ст. 2:101 крім того зазначено, що *достатніми умовами для укладення договору є наявність наміру сторін про це та досягнення ними достатньої згоди без подальших вимог*. Не вимагається укладення або засвідчення договору у письмовій формі, фактично взагалі не встановлено жодних вимог щодо форми договору, правил досягнення або оформлення домовленостей між сторонами. Угода може бути підтверджена за допомогою будь-яких засобів, у тому числі свідків. Модельні правила додатково встановлюють, що умови договору можуть бути виведені з *прямої чи опосередкованої домовленості сторін, з правових норм або з практики, яка встановилася у взаємних відносинах сторін, або із звичаїв*. За визначенням ст. 6:102 Принципів такі умови розуміються як непрямі, тобто конкретно не визначені, умови «що маються на увазі», і впливають з наміру сторін, характеру і мети договору, сумлінності і чесної ділової практики.

Як Модельні правила, так і Принципи встановлюють так званий *пріоритет тлумачення*, що дозволяє визнати умови дійсними. Він передбачає, що перевага віддається тлумаченню, згідно з яким *умови договору вважаються відповідними* вимогам закону *або дійсними*, а не навпаки (ст. II–8:106 Модельних правил). Тлумачення, яке надає умові договору законної сили, або визнає її ефективною, є кращим ніж зворотне (ст. 5:106 Принципів). Дані положення фактично конкретизують розглянутий вище принцип договірної лояльності, який передбачає підтримання договірних відносин за будь-яких можливих обставин. При такому підході поняття «неукладеного договору» повинно бути відсутнім, а поняття «недійсного правочину» у розумінні чинного ЦКУ — суттєво скориговано.

Модельні правила і Принципи, хоча не містять поняття істотних умов договору, так само як і інших обов'язкових умов, пропонують визначення «примірних», «несправедливих» умов, умов, «які спеціально не погоджені». Примірні (або зразкові) умови — це умови, які були попередньо розроблені для правочинів, що здійснюються різними учасниками, і які не були спеціально погоджені учасниками. За наданим визначенням примірні умови подібні до типових умов, визначених у ст. 630 ЦКУ.

Несправедливі умови, якщо вони визнані такими згідно Модельних правил, не зобов'язують сторону, яка їх запропонувала. Якщо договір за розумних міркувань може бути збережений і без несправедливої умови, інші його умови залишаються обов'язковими для сторін. Критерії несправедливості умов встановлюються статтями II–9:401 — II–9:410 і мають імперативний характер.

Певний інтерес становить поняття «інтеграційне обумовлення». Застосовується воно, коли договір має форму документу і означає спеціально погоджену у такому документі умову про те, що даний документ містить усі умови договору. Практично це означає, що будь-які попередні заяви, обіцянки і домовленості сторін, які не відображені в зазначеному документі, не можуть розцінюватися в якості умов договору. Втім, вони можуть бути використані з метою тлумачення договору. Інтеграційне обумовлення буде діяти лише у випадку прямої вказівки про це у договорі і за спеціальним погодженням сторонами.

Таким чином, як DCFR, так і PECL передбачають наявність більш широкого механізму досягнення домовленості при укладенні договору, ніж положення чинного законодавства України, коли договір визнається чинним навіть щодо питань, не передбачених сторонами.

#### **5.4. Правове регулювання міжнародного договору купівлі-продажу**

Специфічною формою цивільного законодавства є міжнародні договори — угода двох або кількох держав, що містить норми права про встановлення, зміну або припинення прав і обов'язків у відносинах між ними. Залежно від рівня, на якому укладається міжнародний договір, в тому числі договір купівлі-продажу, він може бути міждержавним, міжурядовим, відомчим, а залежно від кількості сторін — двостороннім або багатостороннім. Міжнародні договори є частиною національного законодавства. Порядок набрання ними чинності встановлено ст. 9 Закону України від 29 червня 2004 р. «Про міжнародні договори України». Міжнародні договори, чинні в Україні, мають пріоритет перед національним законодавством. Таке правило відображає загальну тенденцію до гармонізації міжнародних угод та національного законодавства з формуванням у перспективі уніфікованих норм у галузі цивільного права на шляху до євроінтеграції України.

Стосовно міжнародних договорів, які стосуються цивільних відносин, і у яких держави відповідно виступають як суб'єкти цивільного права, виникає питання: чи мають оцінюватися такі договори як угода суб'єктів цивільного права, чи як акти цивільного законодавства. Стрімкого розвитку, на фоні розвитку суспільних відносин загалом, набувають відносини купівлі-продажу. Міжнародний товарообмін та укладення зовнішньоекономічних угод (договорів) зумовлює гостру необхідність чіткого нормативного регулювання

відносин, які виникають та адаптації законодавства України до законодавства ЄС. Розрізненість правових норм держав, а також перебування їх під впливом різних правових систем, ще більше загострює проблему.

Законом України «Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства ЄС» від 18 березня 2004 р. закріплено мету адаптації законодавства України до законодавства ЄС, яка полягає в досягненні відповідності правової системи України *acquis communautaire* з урахуванням критеріїв, що висувуються ЄС до держав, які мають намір вступити до нього. Політика України щодо розбудови відносин з ЄС впроваджується на основі Закону України від 1 липня 2010 р. «Про засади внутрішньої і зовнішньої політики». Відповідно до ст. 11 Закону однією з основоположних засад зовнішньої політики України є «забезпечення інтеграції України в європейський політичний, економічний, правовий простір з метою набуття членства в ЄС». Після перемоги в Україні Революції Гідності, 13 березня 2014 р. Верховна Рада України прийняла Постанову «Про підтвердження курсу України на інтеграцію до ЄС та першочергові заходи у цьому напрямі», якою підтверджується незворотність курсу України на європейську інтеграцію, метою якої є набуття членства в ЄС. З підписанням та ратифікацією у 2014 р. Угоди про асоціацію між Україною та ЄС відносини сторін почали розбудовуватися у якісно новому форматі політичної асоціації та економічної інтеграції. Укладення Угоди про асоціацію — черговий крок на шляху до досягнення кінцевої мети європейської інтеграції — набуття повноправного членства України в ЄС. Виконання Угоди про асоціацію між Україною та ЄС відбувається на основі затвердженого 17 вересня 2014 р. Кабінетом Міністрів України плану заходів з її імплементації на 2014–2017 рр. Згідно зі Стратегією, Угода про асоціацію між Україною і ЄС визначає стратегічні орієнтири для проведення системних політичних і соціально-економічних реформ в Україні, широкомасштабної адаптації законодавства України до норм і правил ЄС.

Євроінтеграційний курс є невід'ємною складовою демократичних та економічних реформ, які відбуваються в нашій державі. У свою чергу результативність цих перетворень безпосередньо пов'язана з реалізацією європейського вибору України. Усвідомлення цього взаємозв'язку має стати для українського суспільства потужним консолідуючим фактором, стимулом для активного і динамічного поступу обраним шляхом.

Треба також звернути увагу на те, що ані в Конституції України, ані в інших законодавчих актах нічого не говориться про статус актів міжнародних організацій у внутрішньому правопорядку

країни. Але подальший розвиток інтеграції України у ЄС вимагає обов'язкове внесення відповідних положень до законодавства з метою створення передумови для дії вторинного законодавства європейських інтеграційних об'єднань у внутрішньому правопорядку країни.

«Євроінтеграційна» стаття в Конституції України була б дуже доцільною. Декларація про державний суверенітет України 1990 р. містить положення про те, що «Українська РСР виступає рівноправним учасником міжнародного спілкування, активно сприяє зміцненню загального миру і міжнародної безпеки, безпосередньо бере участь у загальноєвропейському процесі та європейських структурах». Тим самим, хоч і в загальному вигляді, встановлюються деякі засади зовнішньополітичної діяльності, чого бракує редакції чинної Конституції України. Положення про європейський вибір України потрібно закріпити і в преамбулі або у розділі I Конституції, що сприяло б наступності у її зовнішній і внутрішній політиці, незалежно від зміни політичних сил при владі, та послідовності у поступальному розвитку нашої держави.

Таким чином, інтеграція України в Євросоюз вимагає вдосконалення правових засад, які забезпечуватимуть реалізацію Україною своїх міжнародно-правових зобов'язань, включно з тими, що впливають з положень про співробітництво з європейськими інтеграційними об'єднаннями. Зокрема, цей процес вимагатиме подальших кроків на шляху приведення у відповідність до європейського конституційного та іншого законодавства українських законодавчих актів, які створюють засади для дії права ЄС у внутрішньому правопорядку країни. Головну увагу має бути зосереджено на механізмі застосування норм міжнародного права у внутрішньому правопорядку. Все це дозволить створити дієвий національний механізм імплементації норм міжнародного права, який наблизить Україну до досягнення її стратегічної мети — інтеграції в ЄС.

Імплементація положень європейського законодавства, передбачена економічною частиною Угоди про асоціацію з ЄС, є вкрай важливою в контексті проведення реформ, оскільки положення угоди можуть та повинні слугувати основою для нової моделі соціально-економічного розвитку України. Тому при розробці концепції та програми секторальних економічних реформ були враховані вимоги базових Директив ЄС, гармонізація з якими передбачена угодою.

Поглиблена та всеохоплююча зона вільної торгівлі (ПВЗВТ) має бути створена протягом 10 років з моменту набрання чинності УА. Загалом, аби ПВЗВТ почала діяти, Україна має імплементувати близько 200 нормативно-правових актів ЄС, міжнародних дого-



ворів та стандартів. 2015 рік був доцільно використаний для підготовки та обговорення законопроектів, які гармонізують вітчизняне законодавство з базовими Директивами ЄС, що регулюють взаємовідносини в основних напрямках торгівлі.

Для імплементації європейського законодавства Україні проведено та/і проводиться ряд реформ:

- реформа державної служби. Базова реформа, яка дозволила модернізувати основний інструмент (державну службу), необхідний для забезпечення на адміністративному рівні успішного проведення усіх інших реформ;

- реформа антикорупційного законодавства, яка передбачає усунення умов і стимулів для здійснення корупційних діянь, забезпечення невідворотності покарання за вчинення корупційних діянь, обмеження впливу приватного капіталу на політику;

- дерегуляційна реформа, яка має на меті демонтаж старої регуляторної системи, успадкованої з радянських часів, яка розрахована на функціонування в умовах командно-адміністративної системи, та створення нової регуляторної системи, що відповідає сутності та потребам ринкової економіки;

- податкова реформа, головний акцент якої є суттєве спрощення адміністрування податків, відмова від застосування системи авансових податкових платежів, зниження фіскального тиску на фонд заробітної плати.

На сьогоднішній день Україна виконала значний обсяг заходів у сфері технічного регулювання, передбачених Угодою про асоціацію з ЄС. Реалізація цих заходів дозволить підвищити конкурентоспроможність української продукції, поступово зменшити технічні бар'єри у торгівлі між сторонами, а також сприятиме збільшенню експорту української промислової продукції.

Договір міжнародної купівлі-продажу є одним із найбільш широко використовуваних цивільно-правових інструментів. Ефективність ведення міжнародної торгівлі у повній мірі залежить від досконалості і вичерпності її правового регулювання. Усі джерела правового регулювання міжнародної купівлі-продажу можна розділити на групи: 1) національне законодавство, куди відносяться внутрішні державні нормативно-правові акти; 2) міжнародні договори — джерело, що має перевагу перед національним законодавством; 3) торгівельні звичаї.

Серед нормативно-правових актів України, що регулюють питання форми, порядку укладення та виконання зовнішньоторговельних договорів (контрактів), є: норми ЦК України (глава 54), що регулюють купівлю-продаж і поставку, Положення про форму зовнішньоекономічних договорів (контрактів), затверджене Наказом Міністер-

ства економіки та з питань європейської інтеграції України від 6 вересня 2001 р., ІНКОТЕРМС 2010 — офіційні правила тлумачення торговельних термінів Міжнародної торгової палати, які набрали чинності з 1 січня 2011 р., та ряд інших законодавчих актів.

На початку 2015 р. був прийнятий вкрай важливий закон — «Про технічні регламенти і оцінку відповідності», що є одним із ключових євроінтеграційних проектів. Даний закон фактично доповнив ряд законодавчих актів, а саме — закони України «Про стандартизацію», «Про метрологію та метрологічну діяльність», прийняття яких усунуло технічні бар'єри та юридичні перешкоди в торгівлі промисловими товарами та сприяє відкриттю для українських промислових товарів ринку ЄС та інших розвинутих країн світу.

Впровадження нової системи технічного регулювання на основі європейських стандартів зумовило не лише підвищення безпеки товарів та послуг, але й сприяє кращому інституційному захисту прав споживачів у випадку неякісної продукції. Це стосується як товарів національного виробника, який не зможе адаптуватись до нових вимог, так і менш безпечних імпортованих товарів, і може негативно вплинути на споживачів із нижчим рівнем доходу, але у довгостроковій перспективі користування безпечнішими товарами сприятиме покращенню здоров'я населення, зменшенню випадків травмування, що може компенсувати витрати на купівлю безпечніших товарів.

Основною законодавчою базою стосовно захисту торгівлі в Україні є закони «Про захист національного товаровиробника від демпінгового імпорту», «Про захист національного товаровиробника від субсидованого імпорту», «Про застосування спеціальних заходів щодо імпорту в Україну». Більшість законодавчих актів та змін приймалися під час приєднання України до СОТ, інструменти якого відповідають *acquis* ЄС. Однією із найбільш очікуваних змін, які принесла Угода про асоціацію з ЄС, є зниження мит на європейські автомобілі, які реалізовуватиметься поступово до 2025 р., коли буде застосовуватися нульова ставка мита.

Запровадження сучасних телекомунікаційних технологій сприяє підвищенню конкурентоспроможності та створенню додаткових стимулів для росту ВВП. Запровадження системного міжнародного просування українських виробників, в тому числі через міжнародні виставки, та України як зовнішнього виробничого майданчика для глобальних ринків та науково-дослідницької платформи для багатонаціональних високотехнологічних корпорацій; сприяє просуванню вітчизняних виробників сільськогосподарської продукції та продуктів харчування на зовнішні ринки збуту, зокрема, їх участі у міжнародних виставках.

Таким чином, інтеграція України в Євросоюз надає можливість для розвитку інвестиційного та торговельного співробітництва з ЄС за рахунок імплементації змін щодо заснування підприємницької діяльності, транскордонного надання послуг, ліцензування, телекомунікаційних, транспортних, фінансових послуг та електронної торгівлі, підвищення прозорості вітчизняних закупівель та відкриття доступу для постачальників та надавачів послуг з ЄС, передбачає адаптацію вітчизняного законодавства щодо забезпечення дотримання прав інтелектуальної власності, охорони промислових зразків, знаків для товарів і послуг, захисту географічних зазначень та позначення походження сільськогосподарської продукції та продовольчих товарів, положень авторського права і суміжних прав, правового забезпечення охорони баз даних та комп'ютерних програм тощо.

#### **5.5. Закон України «Про електронну комерцію» як крок до реалізації Угоди про асоціацію між Україною та ЄС**

Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами (далі — Угода про асоціацію) зобов'язує Україну забезпечити, щоб існуючі закони та майбутнє законодавство поступово досягли сумісності з *acquis* ЄС. Статті 139–140 Угоди про асоціацію направлені на лібералізацію умов в галузі *електронної торгівлі*. Визначено, що електронна торгівля розширює можливості ведення торгівлі в багатьох секторах, тому сторони домовилися сприяти розвитку електронної торгівлі між ними, зокрема шляхом співробітництва з питань, пов'язаних з електронною торгівлею. Розвиток електронної торгівлі має здійснюватися за умови забезпечення повної відповідності найвищим міжнародним стандартам захисту інформації з метою забезпечення довіри користувачів електронної торгівлі. Електронна передача даних вважається наданням послуг в розумінні Угоди про асоціацію («Транскордонне надання послуг»), з якого не стягуються митні платежі.

Питання розвитку електронної торгівлі (*e-commerce*) давно були актуальності в Україні (продажу товарів, надання послуг за допомогою інформаційно-телекомунікаційних систем тощо).

На сьогодні існує об'єктивна необхідність виокремлення на законодавчому рівні особливостей укладення договорів в електронній формі. Для цієї мети був прийнятий Закон України від 3 вересня

2015 р. «Про електронну комерцію» (окремі питання були врегульовані також Законом України від 22 травня 2003 р. «Про електронні документи та електронний документообіг» та від 22 травня 2003 р. «Про електронний цифровий підпис»).

Національне законодавство має відповідати основним положенням Директиви Європейського Парламенту та Ради 2000/31/ЄС від 8 червня 2000 р. про деякі аспекти інформаційних послуг, зокрема, електронної комерції, на внутрішньому ринку (Директива про електронну комерцію).

Звернемо увагу, що ринок електронної комерції в Україні фактично сформований більше 10 років назад та діє впродовж тривалого часу більш-менш «вписавшись» у існуючі правові механізми укладання та виконання договорів (як правило на основі публічної оферти, до якої приєднується інша сторона договору, частіше, конклюдентними діями).

У сфері продажу товарів споживачам для непідприємницьких цілей особливості електронної торгівлі регулюються Законом України «Про захист прав споживачів». Цим законом передбачено, що поняття як договорів, укладених на відстані, так і особливості реалізації товару дистанційним способом.

Важливо, що у Законі України «Про електронну комерцію» (далі — Закон) закріплені багато термінів, пов'язаних з електронною комерцією: «електронний договір», «електронна торгівля», «електронний підпис одноразовим ідентифікатором», «інтернет-магазин», «інформаційні електронні послуги» тощо; визначені вимоги до продавця (виконавця, постачальника) товарів, робіт, послуг в електронній комерції, який під час своєї діяльності та у разі поширення комерційного електронного повідомлення зобов'язаний забезпечити прямий, простий, стабільний доступ інших учасників відносин у сфері електронної комерції до інформації про себе.

При цьому маємо розрізняти суб'єкта, який продає товар (надає послуги чи виконує роботу) та інтернет-магазин, який суб'єктом права не є, а є лише засобом для представлення або реалізації товару, роботи чи послуги шляхом вчинення електронного правочину.

Водночас, даний Закон залишає відкритим питання механізму притягнення до відповідальності інтернет-торгівців. Так, обов'язок розкривати на інформацію про продавця при «продажу товарів на відстані» (під цим терміном якраз і розуміється в тому числі і електронна торгівля) були і раніше встановлені законом «Про захист прав споживачів», але ця вимога багатьма ігнорується (п. 1 ч. 2 ст. 13).

Нажаль учасники ранку електронної торгівлі не застраховані від недобросовісних дій деяких інтернет-торгівців (як і при звичайно-

му купівлі-продажу) або, навіть шахрайських дій осіб, які вчиняють злочини у цій сфері.

Новелою Закону стало прирівнювання електронних договорів, укладених шляхом обміну електронними повідомленнями, підписаних у визначеному порядку, — до укладених у письмовій формі (інших електронних договорів — до усних договорів).

У Законі визначено, що електронна торгівля — господарська діяльність у сфері електронної купівлі-продажу, реалізації товарів дистанційним способом покупцю шляхом вчинення електронних правочинів із використанням інформаційно-телекомунікаційних систем.

Тому саме порядок вчинення електронних правочинів, їх чинність та наслідки — основна мета правового регулювання у цій сфері, оскільки на практиці часто виникає питання при укладенні правочину в електронній формі чи договір був належним чином підписаний сторонами.

Електронні договори при використанні сучасних інформаційних технологій повинні відповідати встановленому законом порядку. Закон регулює порядок укладання договору, а саме:

1) зміст оферти (необхідність викладення істотних умов договору та іншої необхідної інформації);

2) форму оферти (наприклад, шляхом надсилання комерційного електронного повідомлення, розміщення пропозиції (оферти) у мережі Інтернет або інших інформаційно-телекомунікаційних системах);

3) момент з якого договір вважається укладеним. Відтворене загальне правило цивільного права, що договір вважається укладеним з моменту одержання оферентом акцепту, тобто відповіді про прийняття пропозиції. *Акцепт* може бути наданий шляхом: а) надсилання електронного повідомлення; б) заповнення формуляра заяви (форми) про прийняття такої пропозиції в електронній формі; в) вчинення дій, що вважаються прийняттям пропозиції укласти електронний договір, якщо зміст таких дій чітко роз'яснено в інформаційній системі.

При цьому електронне повідомлення та заповнення формуляра заяви *підписується*: а) за допомогою електронного підпису або електронного цифрового підпису відповідно до Закону України «Про електронний цифровий підпис», за умови використання засобу електронного цифрового підпису усіма сторонами електронного правочину; б) електронного підпису одноразовим ідентифікатором, визначеним цим Законом; в) аналога власноручного підпису (факсимільного відтворення підпису за допомогою засобів механічного або іншого копіювання, іншого аналога власноручного підпису)

за письмовою згодою сторін, у якій мають міститися зразки відповідних аналогів власноручних підписів.

Для суб'єктів цивільного обороту, які укладають договори, для яких вимагається обов'язкова письмова форма, слід враховувати, що не будь-який електронний договір прирівнюється до вчиненого у письмовій формі, а тільки електронний договір, укладений шляхом обміну електронними повідомленнями, підписаними у вищезазначеному порядку.

Власне таке регулювання вчинення електронних правочинів вступає в певну колізію із нормами ЦК України. Так, цим Законом були внесені зміни у ЦК України. У відповідності до ч. 1 ст. 205 правочин може вчинятися усно або в письмовій (*електронній*) формі. Тобто з буквального значення цієї статті випливає ототожнення електронної форми та письмової. У відповідності до ст. 207 ЦК України 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. Однак буквальне тлумачення цих норм не повинно вести нас до висновку, що укладання договору в електронній формі буде автоматично прирівняно до письмової форми правочину (це набуває особливої ваги, коли обов'язкова письмова форма передбачена законодавством для певного виду правочинів).

Тут додатково мають бути розтлумачені положення ст. 639 ЦК України щодо форм договору. Як відомо договір може бути укладений у будь-якій формі, якщо вимоги щодо форми договору не встановлені законом. Новелою законодавства щодо електронної комерції є положення про те, що якщо сторони домовилися укласти договір за допомогою інформаційно-телекомунікаційних систем, він вважається укладеним у письмовій формі. Думається, що у цьому випадку достатньо простого приєднання до договору «кліком»/згодою без електронного підпису, в тому числі і без електронного підпису одноразовим ідентифікатором.

Щодо *використання одноразових ідентифікаторів* (смс-кодів, email-повідомлень) для підтвердження угод. Закон визнає легітимним не тільки підпис електронного документа з аналогом цифрового підпису, а й використання одноразових ідентифікаторів (смс-кодів і так далі) для підтвердження правочину. Доречи використання електронного підпису, використання одноразового коду та інших способів для укладення правочинів на практиці використовувалися досить давно.

Одноразовий ідентифікатор — алфавітно-цифрова послідовність, що її отримує особа, яка прийняла пропозицію (оферту) укласти електронний договір шляхом реєстрації в інформаційно-теле-

комунікаційній системі суб'єкта електронної комерції, що надав таку пропозицію. Одноразовий ідентифікатор може передаватися суб'єктом електронної комерції, що пропонує укласти договір, іншій стороні електронного правочину засобом зв'язку, вказаним під час реєстрації у його системі.

Тобто електронний договір може бути укладений шляхом реєстрації на сайті та ідентифікації користувача через смс або email.

У випадку ж простого обміну електронними поштовими повідомленнями (електронне повідомлення — інформація, надана споживачу через телекомунікаційні мережі, яка може бути у будь-який спосіб відтворена або збережена споживачем в електронному вигляді — Закон України «Про захист прав споживачів») — договір буде вважатися вчинений у усній формі.

Є також укладеними електронні договори шляхом «прийняття умов» покупцем на Інтернет сторінці (у Законі йдеться про «вчинення дій, що вважаються прийняттям пропозиції»), тобто приєднання до договору конклюдентними діями. Так, Закон окремо зазначає, що зміст таких дій має бути чітко роз'яснено в інформаційній системі, в якій розміщено таку пропозицію, і ці роз'яснення логічно пов'язані з нею.

У разі якщо укладення електронного договору відбувається в інформаційно-телекомунікаційній системі суб'єкта електронної комерції, для прийняття пропозиції укласти такий договір особа має ідентифікуватися в такій системі та надати відповідь про прийняття пропозиції (акцепт).

Інформаційна система суб'єкта електронної комерції, який пропонує укласти електронний договір, має передбачати технічну можливість особи, якій адресована така пропозиція, змінювати зміст наданої інформації до моменту прийняття пропозиції;

4) своєрідним аналогом додатків до договору, які у цивільному праві вважаються невід'ємною частиною договору, є відсилання до інших електронних документів, але з обов'язковим безперешкодним доступом до електронних документів, що включають умови договору, шляхом перенаправлення (відсилання) до них.

При цьому у ст. 11 Закону спеціально вказано, що включення до електронного договору умов, що містяться в іншому електронному документі, шляхом перенаправлення (відсилання) до такого документа, якщо сторони електронного договору мали змогу ознайомитися з ним, не може бути підставою для визнання правочину нікчемним.

Але тут мало б бути зазначено про нікчемну умову, а не про нікчемний правочин взагалі. Тобто, якщо в договір буде включена така умова, з якою не міг бути ознайомлений акцептант, то договір має діяти без цієї умови;

5) місцем укладення електронного договору є місцезнаходження юридичної особи або місце фактичного проживання фізичної особи, яка є продавцем (виконавцем, постачальником) товарів, робіт, послуг (це положення відповідає ст. 647 ЦК України).

Законом передбачено, що покупець (замовник, споживач) *повинен* отримати підтвердження вчинення електронного правочину у формі електронного документа, квитанції, товарного чи касового чека, квитка, талона або іншого документа у момент вчинення правочину або у момент виконання продавцем обов'язку передати покупцеві товар.

Важливим положенням закону є норма, що докази, подані в електронній формі та/або у формі паперових копій електронних повідомлень, вважаються *письмовими доказами* у цивільному, господарському та адміністративному *процесах*.

Щодо *розрахунків* у сфері електронної комерції, то зазначено, що вони можуть здійснюватися з використанням платіжних інструментів, електронних грошей, шляхом переказу коштів або оплати готівкою з дотриманням вимог законодавства щодо оформлення готівкових та безготівкових розрахунків (здійснюються відповідно до законів України «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні», «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» тощо), а також в інший спосіб, передбачений законодавством України.

Нажаль багато питань в цій сфері залишилися не вирішеними у Законі, вже давно обговорюється складність і суперечливість українського платіжного законодавства, необхідність його спрощення, вдосконалення платіжних систем з використанням інтернету, електронних грошей тощо. Питання цих розрахунків вимагає окремого розгляду, зокрема діяльність операторів послуг платіжної інфраструктури, використання мобільних пристроїв, альтернативні способів роздрібних платежів та взагалі вдосконалення платіжного законодавства України.

Додамо, що Національний банк України рекомендує громадянам використовувати послуги з переказу віртуальних коштів лише тих платіжних систем, систем розрахунків, які внесені до Реєстру платіжних систем, систем розрахунків, учасників цих систем та операторів послуг платіжної інфраструктури. Також Національний банк України попереджає, що не несе відповідальності за можливі ризики і втрати, пов'язані з використанням віртуальних валют у розрахункових операціях.

Вимоги, що регулюють випуск та використання електронних грошей в Україні, викладено в ст. 15 Закону України «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні» (далі — Закон) та Поло-



женні про електронні гроші в Україні, затвердженому постановою Правління Національного банку України від 4 листопада 2010 р. № 481.

Варто підкреслити, що цим Законом фактично легітимізовано *рекламних розсилок* (наприклад, розсилки по email, sms, тобто те, що зараз називають *spam*) *без згоди* користувачів.

Такі розсилки Законом названі комерційним електронним повідомленням (це електронне повідомлення в будь-якій формі, метою якого є пряме чи опосередковане просування товарів, робіт чи послуг або ділової репутації особи, яка провадить господарську чи незалежну професійну діяльність — ст. 3 Закону). При цьому *не* є комерційним електронним повідомленням: інформація, що надає прямий доступ до діяльності особи, доменне ім'я чи адреса електронної пошти; повідомлення про товари, роботи чи послуги або ділову репутацію особи, *розміщене не з метою їх просування*.

Однак, розмежування зроблених розсилок з метою просування товарів чи без такого дуже важко провести в реальному житті, наприклад, стаття/повідомлення про економічність нового пристрою для домогосподарства буде визнана такою, яка несе інформацію про нові технології чи повідомлення все ж-таки направлена на опосередковане просування товарів?

У відповідності до ст. 10 Закону комерційні електронні повідомлення поширюються лише на підставі згоди на отримання таких повідомлень, наданої особою, якій такі повідомлення адресовані. Але комерційне електронне повідомлення може надсилатися особі *без її згоди* лише за умови, що вона може відмовитися від подальшого отримання таких повідомлень.

Останнє речення фактично дозволяє у будь-якому разі надсилати споживачу відповідні повідомлення, навіть, якщо ніякої згоди попередньо (до вчинення розсилки) отримано не було. Навіть, якщо така «згода» попередньо і була отримана, то це як правило відбувається при реєстрації на сайті продавця та формального погодження з «умовами», які серед іншого можуть містити і згоду на отримання повідомлень.

Крім того, така норма (направлення повідомлень без попередньої згоди споживача) вступає в протиріччя п. 5 ст. 19 Закону України «Про захист прав споживачів», згідно з якою здійснення постійних телефонних, факсимільних, електронних або інших повідомлень без згоди на це споживача є проявом агресивної підприємницької практики (це така практика, яка фактично містить елементи примусу, докучання або неналежного впливу та істотно впливає чи може вплинути на свободу вибору або поведінку споживача стосовно придбання продукції).

Закон також спростив доступ до персональних даних покупців і клієнтів інтернет-магазинів. Закон містить норми про зберігання інформації та електронних документів. Зазначається, що використання персональних даних у сфері електронної комерції може здійснюватися у разі створення суб'єктом електронної комерції умов для захисту таких даних.

Звернемо увагу, що сам факт реєстрації покупця в інформаційній системі інтернет-магазину означатиме згоду на використання та обробку персональних даних.

Тут розкриті не всі питання, які актуалізуються прийнятим законом, наприклад діяльність операторів та провайдерів, розрахунки в сфері електронної торгівлі, особливості виконання зобов'язань, які виникли на підставі електронних договорів тощо. Крім того, сам механізм електронної комерції звичайно потребує удосконалення.

## **5.6. Договір аутсорсингу**

Євроінтеграція України передбачає запозичення нових форм та способів удосконалення підприємницької діяльності, її раціональності та ефективності. До таких форм відноситься аутсорсинг. Термін «аутсорсинг» походить від англійського вислову *out* — зовнішній, *source* — джерело, тобто використання зовнішнього джерела, ресурсу. Аутсорсинг як явище існує давно. Але свій розвиток він отримав у середині ХХ ст. Підприємства розвинених країн світу широко застосовують принцип Філіпа Котлера, який говорив — передоручайте іншим те, що вони зроблять простіше і дешевше. За різними підрахунками, у США послугами професійних підрядників користуються близько 60 % підприємств, у Європі — близько 45 %. За результатами дослідження Yankelovich Partners, проведеного в 14 країнах світу, 63 % опитаних підтвердили, що вони передали в управління підрядникам одну або кілька непрофільних функцій. З тих, хто здійснив аутсорсинг, 84 % були налаштовані позитивно і стверджували, що задоволені роботою аутсорсингових компаній. Серед торговельних компаній ця цифра ще вище. У США до 80 % торговельних мереж передають різні функції на аутсорсинг.

Найпоширенішою формою аутсорсингу є розміщення виробничих майданчиків за кордоном, потім слідує ІТ-послуги та розробка програмного забезпечення (ПЗ), дослідження і наукові розробки, дистрибуція та call-центри.

Сфера застосування аутсорсингу: ринок ІТ-аутсорсингу, армія, банківська справа, бухгалтерія, маркетинг, логістика, управління кадрами і впровадження різноманітних програм (у тому числі проектів по

охороні конфіденційної інформації, програмних продуктів для ефективного зберігання інформації в архівах тощо), створення продуктів для роботи зі статистичними даними, безпека підприємства тощо.

У світовому рейтингу виробників ПЗ Україна посідає 15 місце. У нашій країні налічується близько двох тисяч компаній, що займаються розробкою ПЗ. Тут зайнято близько 25–30 тисяч вітчизняних фахівців, причому 55–60 відсотків нашого аутсорсингу — це продукція на експорт. Індустрія ПЗ добре розвинена в Києві, де працевлаштовано більше 50 відсотків усіх фахівців у сфері розробки ПЗ, швидко розвивається у Львові, Харкові, Дніпропетровську, Донецьку, Сімферополі, Одесі та інших містах.

За останні три роки Україна стала одним з найпривабливіших об'єктів для аутсорсингу в Східній Європі. Згідно з даними [goaleurope.com](http://goaleurope.com) офшорний аутсорсинговий ринок в Україні за останні роки зріс на 47 відсотків. При цьому щорічно на ринку праці з'являється до 30 тисяч випускників вищих навчальних закладів — фахівців у сфері ІТ-послуг.

За даними аналізу «Щорічної Глобальної Аутсорсингової Доповіді GS100» Україна перебуває на 11-му місці в Топ-20 найбільших світових центрів за кількістю зайнятих у цій галузі людей. Україна є першою також у списку серед країн Центральної та Східної Європи, випереджаючи Росію, Білорусь і Польщу.

Договір аутсорсингу належить до непомічених договорів. Тобто, тих, які не передбачені ні Цивільним кодексом України, ні іншим законодавчим актом. Частина 1 ст. 6 ЦК України допускає можливість укладення договорів, які не передбачені актами цивільного законодавства, але не суперечать загальним засадам цивільного законодавства, вимогам добросовісності, розумності та справедливості. Укладання таких договорів є результатом автономної правотворчості сторін, що здійснюється на засадах аналогії закону та аналогії права. У ст. 11 ЦК України зазначено також, що цивільні права та обов'язки виникають із дій осіб, які не передбачені актами цивільного законодавства, але за аналогією породжують цивільні права та обов'язки. Ці норми вказують на можливість укладання непомічених договорів як регуляторів нових видів діяльності.

Непомічений договір є досить гнучкою конструкцією, але його оформлення та стабільність часто носять непередбачуваний характер, оскільки він є договором, регулювання якого законом не відоме, тобто умови, які він вміщує, є досить новими, а тому їх тлумачення може бути різним. Усі непомічені договори можна поділити на дві категорії: ті, які певним чином згадані але не врегульовані в законодавстві, в силу більшого використання, і договори, взагалі не відображені в актах цивільного законодавства.

Можливість укладення договору аутсорсингу як договору взагалі, передбачена також ст. ст. 626 та 627 ЦК України. У них визначено поняття та види договорів, які можуть укладатися сторонами, а також передбачена можливість сторін укладати договори, котрі хоч і не передбачені законодавством, але і не суперечать йому. Зазначені норми надають можливість сторонам укладати змішані договори, у яких містяться елементи різних договорів, передбачених законодавством.

Аутсорсинг — відносно нова послуга на українському ринку, можливості та правові наслідки якої ще погано вивчені як самими компаніями, так і державними органами, і зокрема, податковою інспекцією. Але, при умілому його застосуванні можна мінімізувати можливі ризики і отримати максимальну вигоду від використання аутсорсингу.

Аутсорсинг вважається змішаним договором. Змішані непойменовані договори, це договори, які містять елементи двох і більше непойменованих видів договорів. Договір аутсорсингу відноситься до груп договорів про надання послуг та договорів підряду, і включає в себе елементи трудового договору, тобто, виходить за межі цивільно-правового регулювання.

В наукових джерелах не вироблено єдиного підходу щодо визначення договору аутсорсингу. Більшість авторів розглядають його як аутсорсинг, тобто, певне явище, а не договірні відносини. Так, А. Загородній та Г. Партин під аутсорсингом розуміють передачу частини функцій з обслуговування діяльності підприємства сторонньому підряднику чи постачальнику за умови гарантування ними відповідного рівня якості та ефективності їх виконання на основі трансформації чи оновлення бізнес-процесів і технологій та з можливістю переходу частини персоналу підприємства до аутсорсера.

О. В. Дідух вбачає аутсорсинг як інструмент управління підприємством, спрямований на поліпшення ефективності та конкурентоспроможності діяльності, який передбачає укладання контракту між замовником та постачальником (аутсорсером) з метою виконання останнім як основних, так і другорядних функцій замовника за певну плату, що зумовлює реорганізацію і оптимізацію підприємницької діяльності, а в окремих випадках тимчасове залучення персоналу.

Дж. Кросс визначає аутсорсинг як стратегію управління компанією, а не просто як вид партнерської взаємодії, він припускає певну реструктуризацію внутрішньокорпоративних процесів і зовнішніх відносин компанії.

О. І. Микало стверджує, що аутсорсинг — це інструмент посилення конкурентоспроможності підприємства за рахунок концен-

трації на ключових, виходячи з ринкових умов, для підприємства компетенціях, функціях та/або бізнес-процесах.

Проаналізувавши їх позиції, можна зробити висновок, що за договором аутсорсингу одна сторона (замовник) делегує або зобов'язується делегувати на певний період часу свої повноваження з виконання певних функцій чи видів діяльності іншій стороні (аутсорсеру), яка має для цього необхідний кваліфікований персонал, а аутсорсер зобов'язується за плату надавати відповідні послуги (виробничі, сервісні, фінансові, інформаційні, технологічні, організаційні, фінансово-економічні, маркетингові тощо).

*Види договору аутсорсингу.*

1. За сферою застосування договори можна поділити на: IT-аутсорсинг, військовий аутсорсинг, котрий застосовується в збройних силах різних країн світу, банківський аутсорсинг, бухгалтерський, маркетинговий, логістичний, управлінський тощо.

2. Залежно від обсягу функцій, що виконується спеціалізованою організацією, можна виділити такі види аутсорсингу: договір повного аутсорсингу, договір часткового аутсорсингу, договір сумісного аутсорсингу, договір проміжного аутсорсингу, договір трансформаційного аутсорсингу.

Договір є двохстороннім, адже, замовник і аутсорсер мають один перед іншим певні обов'язки. Замовник, делегуючи свої повноваження, надає аутсорсеру право здійснювати ту чи іншу діяльність. Також він зобов'язується сплатити певну суму, тобто, вчинити зустрічне задоволення аутсорсеру, а це свідчить про відплатність договору.

Договір є консенсуальним, тому, що сторонам достатньо досягти домовленості за істотними умовами, щоб договір вважався укладеним, а у випадку невиконання умов договору однією із сторін, вона буде нести відповідальність.

*Істотні умови договору про надання послуг:*

— предмет договору. Предметом договору може бути виконана робота чи надання послуг. Якщо це робота, то повинен бути матеріалізований предмет, а якщо послуга, то вона повинна бути спожита під час надання послуги. При укладанні договору необхідно максимально деталізувати предмет;

— оплата. При встановленні оплати, визначається її розмір, строки й порядок внесення (попередня оплата, аванс, щомісячна оплата тощо);

— строк договору може бути короткостроковим, довгостроковим та невизначеним. За невизначеним строком сторони повинні попередити заздалегідь своїх контрагентів про бажання припинити дію договору;

- якість виконання роботи;
- вимоги замовника стосовно кваліфікації фахівців, ступеню відповідальності сторін тощо.

Сторонами договору є замовник (юридична чи фізична особа, що делегує частину своїх непрофільних функцій контрагенту) та аутсорсер — особа-виконавець, що спеціалізується на переданій йому діяльності та бере на себе обов'язок добросовісно, згідно договору за плату виконувати доручену йому функцію.

*Права та обов'язки сторін:*

Аутсорсер зобов'язується надати замовнику послуги відповідно до умов договору; не передавати і не показувати третім особам документацію замовника, яка знаходиться у аутсорсера; надавати замовнику послуги особисто або із залученням, при необхідності, спеціалізованих сторонніх організацій; співпрацювати при наданні послуг з іншими контрагентами замовника, що надають йому послуги з суміжних питань; кожного місяця подавати замовнику письмові звіти про хід надання послуг чи виконання робіт тощо.

Замовник зобов'язується оплачувати послуги аутсорсера в порядку та на умовах договору; передавати йому інформацію та матеріали, необхідні для виконання ним своїх зобов'язань; підписувати своєчасно акти виконаних аутсорсером робіт.

Крім цього сторони зобов'язуються зберігати в таємниці комерційну, фінансову та іншу конфіденційну інформацію, отриману від контрагента при виконанні договору.

Аутсорсер має право отримувати від замовника будь-яку інформацію, необхідну для виконання своїх зобов'язань; у разі неподання, неповного або невірнього уявлення замовником інформації аутсорсер має право призупинити виконання своїх зобов'язань до її надання; отримувати винагороду за надання послуг чи виконану роботу.

Замовник має право отримувати від аутсорсера послуги; отримувати від нього звіти, матеріали та документи відповідно до договору; вимагати, щоб надання послуг, не зазначених у переліку функцій, оформлялося додатковою угодою сторін і оплачувалося окремо і додатково.

*Припинення договору.* Зобов'язання може бути припинене як за взаємною згодою сторін, так і на вимогу однієї сторони. В останньому випадку мова йде про одностороннє розірвання договору, яке передбачає активні дії сторін. Розірвання договору також може відбуватися у формі односторонньої відмови, яка може настати в результаті порушення умов договору на підставах і в порядку, передбачених кодексом, законом або домовленістю сторін. Сторони можуть скористатися наданим правом у будь-який час — як до початку виконання, так і під час надання послуги.

Порядок і наслідки розірвання договору про надання послуг визначаються домовленістю сторін або законом. За порушення умов договору сторони несуть відповідальність, передбачену договором або законом.

Практики відзначають, що застосування аутсорсингу має свої *переваги та недоліки*. До позитивних сторін можна віднести:

- ріст рентабельності. Аутсорсинг дозволяє скоротити витрати на обслуговування бізнес-процесів;

- надійність та стабільність. Аутсорсингова компанія несе відповідальність за роботу, яку виконує згідно з договором на обслуговування та поточним законодавством;

- концентрація всіх зусиль на основному бізнесі. Передача супутніх бізнес-процесів на аутсорсинг дозволяє спрямувати зусилля на основні справи фірми;

- залучення чужого досвіду. Аутсорсингова компанія спеціалізується на визначеному виді діяльності та обслуговує велику кількість організацій, що дозволяє їй досконало розбиратися у всіх поточних питаннях і використовувати напрацьований досвід;

- і, останнє, це гнучкість масштабів бізнесу. При збільшенні (скороченні) масштабів бізнесу підприємству необхідно наймати, або скорочувати співробітників, нести витрати на їхнє навчання, обладнання робочого місця, платити додаткові податки, компенсації тощо. Це все потребує часу та додаткових витрат і може призвести до зниження мобільності бізнесу і зростання витрат. Для аутсорсингової компанії збільшення або скорочення масштабів бізнесу супроводжується тільки переглядом вартості послуг, які передані на аутсорсинг.

Крім зазначених позитивних положень є і певні недоліки застосування аутсорсингу:

По-перше, вартість аутсорсингу досить часто може бути вища за вартість ведення обліку внутрішніми працівниками.

По-друге, загроза невиконання конфіденційності. Аутсорсингова фірма гарантує, що витік інформації про замовника неможливий, але виконання цього пункту не може гарантуватися стовідсотково. В аутсорсинговій фірмі діє положення про комерційну таємницю клієнта, порушення якої несе збитки перш за все самій аутсорсинговій компанії. Передача інформації про діяльність клієнта виконується тільки згідно з поточним законодавством.

По-третє, загроза банкрутства аутсорсингової компанії. Як будь-яка фірма, аутсорсингова компанія потенційно може збанкрутувати, що породжує додаткові проблеми з пошуку іншої аутсорсингової фірми і передачі їй всіх справ.

Отже, аутсорсинг закріплюється на найважливіших позиціях у діяльності підприємств будь-яких форм власності. Він має досить гнучку конструкцію. Договір аутсорсингу є змішаним непоійменованим договором, який не передбачений ЦК України, але й не суперечить йому і застосовується на практиці підприємцями як у більшості країн світу, так і в Україні.

### **5.7. Система недоговірних зобов'язань за цивільним законодавством України та у праві європейських країн**

Сучасним підходам до класифікації зобов'язань (і навіть, розбіжностям у таких підходах) ми зобов'язані, передусім, римським правознавцям, котрі спочатку поділяли усі зобов'язання у залежності від підстав їхнього виникнення на: 1) зобов'язання з договорів і 2) зобов'язання з деліктів. Оскільки з часом практика показала недостатність такого поділу, почали згадуватися «зобов'язання, що виникають з інших підстав».

У «праві Юстиніана» відчувається прагнення модернізувати римські погляди та інституції, наслідком чого стає і відмова від класичного поділу зобов'язань на такі, що виникають з контракту і такі, що виникають з делікту. В Інституціях Юстиніана класифікації зобов'язань присвячено спеціальний титул — XIII — третьої книги, де зокрема, зазначено, що вони можуть виникати або з договору, або з начебто договору, або з делікту, або з начебто делікту. Хоча такий поділ іноді піддають критиці за нечіткість критеріїв, звертаючи увагу на те, що тут швидше йдеться не про визначення, а про порівняння<sup>288</sup>, але воно, безумовно, мало позитивне значення, оскільки дало змогу систематизувати зобов'язання, зробити їх систему більш стрункою.

Разом із тим, такий поділ є характерним для розвитку права в його візантійській інтерпретації: коригуються положення класичного римського права, знижується роль контрактного права, з його ідеями ініціативності та вільного розсуду сторін, які робили договір одним з центральних інститутів римського права, а пізніше вивели на чільне місце у Західній традиції права.

Натомість у Східній традиції право формується під сильним впливом публічних інституцій, що знаходить певне віддзеркалення і у розумінні сутності та змісту договору (але у праві Юстиніана це поки що не дуже помітно), і, головним чином, у розширенні видів і сфери застосування позадоговірних зобов'язань, регулюван-

<sup>288</sup> Див., наприклад: *Римское частное право*. — Москва, 1997. — С. 340.



ня яких виразно тяжіє до публічно-правових методів. Однак при цьому має місце не просто повернення до публічних деліктів, яких було чимало в римському республіканському праві. Навпаки, карне право поступово, але впевнено відвойовує собі самостійне місце у системі права. Але розширяється сфера застосування і підвищується значення «прикордонних» зобов'язань, таких, що знаходяться на межі приватного і публічного права. І саме ці зміни знаходять відображення у нових підходах до класифікації зобов'язань, зокрема, стосовно тих, що виникають за відсутності договору між їхніми учасниками.

Отже, у посткласичному римському праві («праві Юстиніана»), котре, головним чином, і стало підґрунтям рецепції римського приватного права в Європі, зобов'язання у залежності від підстав їхнього виникнення поділялися на чотири групи: а) зобов'язання з договорів — *ex contractu*; б) зобов'язання ніби з договорів — *quasi ex contractu*; в) зобов'язання з деліктів — *ex delicto*, г) зобов'язання ніби з деліктів — *quasi ex delicto*. Це називалося «*Summa divisio*» — «головний поділ».

Названі групи зобов'язань характеризуються наступним чином:

1) *Договірні зобов'язання*, тобто такі, що мають підставою договір — узгоджене волевиявлення двох або більше сторін, двосторонній правочин. (Оскільки договір — один з головних інститутів приватного (цивільного) права, договорам у цьому посібнику присвячена окрема тема).

2) *Зобов'язання ніби з договорів* виникають з односторонніх дій (односторонніх правочинів тощо). Характерною особливістю такого роду зобов'язань є одержання певної вигоди однією стороною за волевиявленням і за рахунок другої, але без наміру обдарувати першу сторону. Зобов'язальні правовідносини, що виникають з такого роду односторонніх дій, за сутністю практично не відрізняються від подібних відносин, які виникали з договору. Саме тому такі відносини називають *ніби договірними або такими, що виникають ніби з договору*.

До зобов'язань ніби з договору у римському праві відносили дві категорії зобов'язань: а) зобов'язання з ведення чужих справ без доручення; б) зобов'язання з безпідставного збагачення.

*Ведення чужих справ без доручення* (*negatioium gestio*) — це правовідношення, яке виникає внаслідок того, що одна сторона (гестор) виявляє турботу про майновий інтерес іншої особи (*dominus*, господаря) без спеціального на те доручення. Турбота може бути виявлена у різноманітних формах: надання якої-небудь юридичної чи фізичної послуги, управління майном, годування тварин або рабів, охорона майна. Неодмінною умовою такого зобов'язання

є виявлення турботи про чуже майно без доручення, за власною ініціативою і волевиявленням гестора. При схваленні дії гестора господар зобов'язаний прийняти звіт. Якщо суд визнає дії доцільними, господар, навіть не схвалюючи їх, зобов'язаний прийняти звіт і відшкодувати витрати. У свою чергу, він може вимагати від гестора надання повного звіту і передачі усього одержаного в результаті ведення справи.

*Зобов'язання з безпідставного збагачення* сформувався як результат захисту цивільних прав засобами кондикційних позовів (кондикцій — *condictio*): а) позов про повернення не заборгованого; б) позов про повернення майнового представлення, мета якого не досягнута; в) позов про повернення краденого; г) позов про повернення одержаного несправедливо чи неправильно підставою. Поряд зі спеціальними, набула поширення загальна кондикція — *condictio sine causa*, що стала загальним правилом: хто збагатився без правової підстави, зобов'язаний повернути набуте особі, за рахунок якої збагатився.

3) *Деліктні зобов'язання (ex delicto* — зобов'язань з правопорушень).

Приватним правопорушенням (*delictum privatum*), на відміну від кримінального злочину, вважалася неправомірна дія, яка порушує інтереси окремих приватних осіб. До неї належали також деякі протиправні дії, котрі сучасна доктрина відносить до тяжких кримінальних злочинів (крадіжка, шахрайство, каліцтво). Для настання деліктної відповідальності вимагалася наявність юридичного складу, до якого входили: а) шкода, завдана протиправними діями однієї особи іншій; б) протиправність дій того, хто завдав шкоди; в) кваліфікація цієї дії як приватноправового делікту. Видами деліктів були: а) *injuria* — кривда (особиста образа); б) *furtum* — будь-яке протиправне корисливе посягання на чужий майновий інтерес; в) *damnum injuria datum* — неправомірне знищення або пошкодження чужого майна.

4) *Зобов'язання ніби з деліктів (квзіделікти)* — позадоговірні цивільні правопорушення, що тягли виникнення шкоди, але не підпадали під ознаки делікту, дістали назву *ніби делікти (квзіделікти)*.

Загального визначення квзіделіктів римські юристи не залишили, але існував перелік неправомірних дій, що охоплювалися цим поняттям. Зокрема, до них належали: а) постанова суддею несправедливого рішення; б) викинуте або вилите з будинку. в) поставлене або підвішене на будинку; г) завдання шкоди майну мешканців готелів чи тих, хто подорожує судном; г) завдання шкоди рабом або твариною чужому майну або особі.

Система зобов'язань з римського приватного права у більш чи менш повному вигляді була реципована при кодифікаціях цивільного законодавства. Однак за взірць були взяті концепції недоговорних зобов'язань, що існували на різних етапах розвитку римського права.

Так, Німецький ЦК обмежився виокремленням у спеціальні глави норм, що стосуються таких «позадоговорних» зобов'язань, як «безпідставне збагачення» (глава 24) та «недозволені дії» (глава 25), не групуючи їх якимось чином. Натомість, норми, присвячені таким недоговорним зобов'язанням, як «публічна обіцянка винагороди» (глава 9) та «ведення справ без доручення», вміщені у главі 11, знаходяться між норм, присвячених договорам (перша — до, а друга — після глави «Доручення»).

Австрійський ЦК містить норми про ведення справ без доручення у відділі 22 поміж інших норм «Про доручення та інші види ведення справ», а відшкодуванню шкоди і втраченої вигоди (завданої порушенням договору або «безвідносно якогось договору») присвячений його 30 відділ. Таким чином, тут взагалі не розрізняються договорні та недоговорні зобов'язання.

Найближчою до римських першоджерел є концепція Французького ЦК (Кодексу Наполеона), у якому в книзі третій «Про різні способи набуття права власності» після титулу III, присвяченого загальним положенням договорних зобов'язань, міститься спеціальний титул «Про зобов'язання, що виникають за відсутності угоди», норми якого регулюють квазідоговори (до них віднесені ведення справ без доручення і безпідставне збагачення), делікти та квазіделікти (поміж останніх — відповідальність за шкоду, завдану іншими особами, тваринами, а також відповідальність власника будівлі за шкоду, завдану її руйнуванням за певних умов).

Отже, на підставі аналізу, навіть, невеликої кількості цивільних кодексів європейських країн можна зробити висновок про відсутність єдиної європейської концепції цивільного законодавства, що стосується недоговорних зобов'язань. У зв'язку з цим тим більш корисно звернутися до концепції ЦК України з цього питання.

Зобов'язанням у ЦК України, яким у Кодексі виправдано приділяється головна увага: книга п'ята «Зобов'язальне право» включає 706 (ст. ст. 509–1215) з 1308 статей, тобто більше половини обсягу Кодексу.

У свою чергу, книга п'ята ЦК поділяється на кілька нерівнозначних частин: Розділ I. Загальні положення про зобов'язання (ст. ст. 509–625); Розділ II. Загальні положення про договір (ст. ст. 626–654); Розділ III. Окремі види зобов'язань (ст. ст. 655–1215). Поміж окремих видів зобов'язань розрізняються: А) Договірні зобов'язання

(ст. ст. 655–1143); Б) Недоговірні зобов'язання (ст. ст. 1144–1215). Таким чином, на недоговірні зобов'язання припадає усього 71 стаття, тобто, приблизно 1/10 частина обсягу книги п'ятої ЦК України.

Загалом, такий підхід виглядає виправданим, оскільки значна частина недоговірних зобов'язань тяжіє до публічного права (зокрема, за методом правового регулювання відповідних відносин).

Проте, при цьому недоговірним зобов'язанням, які призначені забезпечити цивільно-правовий захист інтересів учасників відповідних цивільних відносин, відводиться другорядна роль, що не відповідає меті їх створення. Певною мірою наслідком цього є недосконалість правового регулювання у цій галузі, надто, якщо врахувати, що норми зазначеної частини ЦК України передбачають існування кількох видів різних за підставами виникнення, засадами регулювання та за сутністю зобов'язань, до того ж, не систематизованих. Перелік їх (відповідно до розташування відповідних норм у ЦК України) виглядає таким чином:

1) публічна обіцянка винагороди (правомірна юридична дія; мета дій — встановлення договірних правовідносин);

2) вчинення дій в майнових інтересах іншої особи без її доручення (правомірні юридичні дії; мета дій — відвернення шкоди);

3) рятування здоров'я, життя, майна (правомірна юридична або фактична дія; мета дій — відвернення шкоди);

4) створення загрози (неправомірна поведінка; мета поведінки — задоволення порушником своїх неправомірних інтересів або правомірних інтересів неправомірним чином);

5) завдання шкоди (протиправна поведінка, мета поведінки порушника — завдання шкоди, задоволення своїх інтересів. Можлива відсутність мети);

6) набуття, збереження майна без достатньої правової підстави (протиправна або юридично байдужа дія, мета — задоволення порушником своїх інтересів. Можлива відсутність мети).

Недоговірні зобов'язання у залежності від характеру підстав їхнього виникнення та прагнень учасників можна згрупувати наступним чином:

I. Зобов'язання, що виникають внаслідок правомірних дій (публічна обіцянка винагороди, вчинення дій в майнових інтересах іншої особи без її доручення, рятування здоров'я, життя, майна іншої особи).

II. Зобов'язання що виникають внаслідок неправомірних дій (створення загрози, завдання шкоди, набуття, збереження майна без достатньої правової підстави).

У свою чергу, серед зобов'язань першої групи із врахуванням їхньої сутності можна розрізнити «квазідоговори» (ті, що виника-

ють внаслідок публічної обіцянки винагороди, і ті, що виникають внаслідок вчинення дій в майнових інтересах іншої особи без її доручення) і рятувальні дії, спрямовані на відвернення загрози виникнення шкоди.

Хоча зазначені зобов'язання мають однотипні підстави виникнення (правомірні дії, спрямовані на відвернення шкоди, яка загрожує майновим або особистим інтересам іншої особи і вчиняються не на підставі договору сторін, а виключно з ініціативи особи, котра діє на свій ризик, «без відповідних повноважень»), однак сутність дій в одному й іншому випадках є різними.

«Квзідоговори» за своєю сутністю є односторонніми правочинами. Натомість, рятувальні дії — це юридичні вчинки. Якщо для правочинів (у тому числі, односторонніх) характерною є спрямованість на встановлення, зміну, припинення цивільних прав і обов'язків, то юридичні вчинки такої спрямованості не мають.

Рятувальні дії спрямовані на рятування життя, здоров'я, майна, яким загрожує небезпека. Цивільні права і обов'язки тут виникають не тому, що цього прагнув рятувальник, а тому, що такі наслідки випливають з припису закону. Поглянемо, якими є особливості правового регулювання відповідних відносин у ЦК України.

Глава 80 ЦК передбачає можливість виникнення кількох видів зобов'язань внаслідок вчинення рятувальних дій. Передусім, це два види зобов'язань, необхідність розрізнення яких впливає зі структури цієї глави: 1) зобов'язання, що виникають внаслідок завдання шкоди особі, яка без відповідних повноважень рятувала здоров'я та життя фізичної особи (ст. 1161); 2) зобов'язання, що виникають у зв'язку з рятуванням майна іншої особи (ст. 1162). Відрізняються вони об'єктом, якому загрозувала небезпека, та суб'єктами, на яких покладається обов'язок відшкодування шкоди.

Отже, за допомогою зобов'язань, передбачених ст. 1161 ЦК, відшкодовується шкода, завдана особі, яка без відповідних повноважень рятувала здоров'я та життя фізичної особи від реальної загрози для неї. Суб'єктами зобов'язань в цьому випадку є особа, котра здійснювала рятувальні дії (рятувальник), і держава. Змістом зобов'язань, що виникають внаслідок завдання шкоди особі, яка без відповідних повноважень рятувала здоров'я та життя фізичної особи, є право рятувальника на відшкодування завданої йому шкоди і обов'язок держави відшкодувати цю шкоду. Умовами виникнення таких зобов'язань є: 1) наявність реальної загрози для здоров'я та життя фізичної особи; 2) відсутність у рятувальника відповідних повноважень (обов'язку) рятувати життя та здоров'я фізичної особи; 3) спрямованість дій рятувальника на відвернення загрози здоров'ю та життю фізичної особи. Якщо рятування ви-

явилося лише побічним результатом діяльності особи, яка виявилася рятувальником, то зазначені зобов'язання не виникають; 4) завдання рятувальнику шкоди внаслідок вчинення ним рятувальних дій щодо здоров'я та життя фізичної особи. Якщо рятувальні дії мали місце, але рятувальнику не була завдана шкода, то зазначені зобов'язання не виникають. Позитивний результат не є умовою виникнення цих зобов'язань, оскільки у ст. 1161 ЦК йдеться про те, що особа «рятувала» (а не «врятувала») здоров'я та життя фізичної особи.

За допомогою зобов'язань, передбачених ст. 1162 ЦК, відшкодується шкода, завдана учаснику цивільних відносин, який рятував майно іншої особи.

При цьому ст. 1162 ЦК, у свою чергу, передбачає виникнення двох різновидів зобов'язань, критерієм розмежування яких є характер шкоди, завданої рятувальнику (життю та здоров'ю фізичної особи чи майну фізичної або юридичної особи).

Так, у разі завдання шкоди каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю рятувальника, який без відповідних повноважень рятував від реальної загрози майно іншої особи, що має істотну цінність, зобов'язання відшкодування шкоди виникають між потерпілим та державою. Кредитором у таких зобов'язаннях може бути лише фізична особа: рятувальник, його спадкоємці або інші особи, вказані у законі. Умовами виникнення зазначеного зобов'язання є: 1) наявність реальної загрози знищення або пошкодження майна іншої особи; 2) відсутність у рятувальника відповідних повноважень (обов'язку) вчиняти рятувальні дії щодо згаданого майна; 3) спрямованість дій на рятування майна іншої особи.

Зазначені обставини, в цілому, є аналогічними тим, що названі у ст. 1161 ЦК. Однак, для виникнення зобов'язань внаслідок рятування майна іншої особи необхідні ще й дві спеціальні умови: 1) майно, якому загрожує небезпека, має істотну цінність. У випадку розбіжності при встановленні цінності майна між потерпілим і відповідними органами держави, його оцінка провадиться судом; 2) завдання рятувальнику шкоди внаслідок вчинення ним рятувальних дій. Відшкодування її провадиться відповідно до правил параграфа 2 глави 82 ЦК.

Різновидом зобов'язань, що виникають у зв'язку з рятуванням майна іншої особи, є зобов'язання відшкодування шкоди, завданої майну особи, яка без відповідних повноважень (обов'язку) рятувала майно іншої особи, котре має істотну цінність. У цьому випадку зобов'язання виникають між рятувальником (котрим тут може бути як фізична, так і юридична особа) і володільцем майна (боржни-

ком). На останнього покладається обов'язок відшкодування шкоди, завданої рятувальнику, але із урахуванням матеріального становища боржника. Згідно з ч. 2 ст. 1162 ЦК, зазначенні зобов'язання виникають за наявності таких умов: 1) існувала реальна загроза завдання шкоди майну; 2) рятувальником були вчинені дії, спрямовані на рятування майна, якому існувала загроза; 3) рятувальнику в результаті вчинення ним рятувальних дій була завдана шкода; 4) у рятувальника були відсутні повноваження на рятування майна (відсутність обов'язку вчиняти рятувальні дії); 5) майно, відносно якого вчинялися рятувальні дії, мало істотну цінність; 6) наявність у власника (володільця) майна можливості надати відшкодування шкоди тому, хто відвертав загрозу майну. Шкода відшкодовується з урахуванням майнового стану як власника (володільця) майна, котрому виникла загроза, так і рятувальника, котрому була завдана шкода при рятуванні майна. У кожному разі розмір відшкодування шкоди не може перевищувати вартості майна, щодо якого здійснювалися рятувальні дії.

Разом із тим, хоча між зобов'язаннями, які виникають на підставі ст. 1161 та ст. 1162 ЦК України, існує низка відмінностей, однак їх об'єднує те, що підставою їхнього виникнення є вчинення рятувальних дій, спрямованих на відвернення загрози, яка загрожувала інтересам іншої особи.

Викладене дозволяє зробити висновок, що рятувальні дії не можуть бути віднесені до квазі-договорів, а тому зобов'язання, що виникають внаслідок рятування, доцільно виокремлювати в окремий вид недоговорних зобов'язань. Відповідно, у залежності від підстав їхнього виникнення у ЦК України можна розрізнити поміж недоговорних зобов'язань, що виникають з правомірних дій: 1) нібито договірні зобов'язання; 2) зобов'язання, що виникають внаслідок рятування життя, здоров'я, майна іншої особи.

Що стосується зобов'язань які виникають внаслідок неправомірних дій набуття, збереження майна без достатньої правової підстави), то вони логічно вписуються у систему: делікти (завдання шкоди) — квазиделікти (створення загрози виникнення шкоди, збереження або набуття майна без достатньої правової підстави).

Підсумовуючи викладене, можна зробити висновок, що *система недоговорних зобов'язань за ЦК України* в кінцевому підсумку виглядає наступним чином: 1) зобов'язання, що виникають внаслідок нібито договорів (квазі-договори); 2) зобов'язання, що виникають внаслідок рятування життя, здоров'я, майна іншої особи; 3) зобов'язання, що виникають внаслідок завдання шкоди неправомірними діями (делікти); 4) зобов'язання, що виникають внаслідок нібито правопорушень (квазі-делікти).

Варто зазначити, що, хоча українська концепція регулювання цивільних відносин у цій галузі має особливості, однак, в цілому, вона достатньо органічно вписується у мозаїку рішень, що мають місце у правових системах європейських країн.

### **5.8. Зобов'язання з безпідставного збагачення за цивільним законодавством України та DCFR**

Сьогодні конструкція зобов'язань з безпідставного збагачення є відомою практично усім європейським правовим порядкам. Проте у різних країнах вказана конструкція має свою специфіку. І якщо тривалий час така ситуація була доволі прийнятною, останнім часом питання уніфікації різних правових інститутів набуває своєї актуальності. На вирішення цієї задачі була спрямована розробка європейських вчених, відома під назвою «Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)» — «Принципи, Визначення та Модельні Правила Європейського Приватного Права. Проект Загальної Довідкової Схеми» (далі — DCFR), спрямована на визначення таких моделей правовідносин, які будуть придатними для існування у правових системах всіх країн ЄС.

Підходи законодавців європейських країн різняться тим, що у деяких країнах, наприклад, у Німеччині, положення про безпідставне збагачення сформульовані за правилом генеральної кондикції, тоді як у законодавствах Франції та Великобританії закріплений підхід, згідно якому регулювання безпідставного збагачення обмежується лише низкою випадків помилкового платежу<sup>289</sup>. Останній підхід у юридичній літературі піддається слушній критиці, яка, очевидно, була врахована розробниками DCFR, завдяки чому у DCFR знайшла закріплення концепція кондикції без підстави (*condictio sine causa*). Так, у ст. VII.—1:101 DCFR наведене таке правило щодо безпідставного збагачення: особа, яка отримала безпідставне збагачення в результаті невігідних наслідків для іншої особи, зобов'язана повернути збагачення цій особі.

Слід зазначити, що правило, наведене у ст. VII.—1:101 DCFR є ширшим, ніж положення про безпідставне збагачення, закріплені у законодавствах окремих європейських країн. Так, поняття безпідставного збагачення у DCFR визначається не через відсутність

---

<sup>289</sup> Дайчак В. Цивилистическая традиция и современная дискуссия о национальных принципах частного права. Замечания относительно неосновательного обогащения [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://www.szrf.ru/doc.phtml?nb=edition07&issid=2013010000&docid=28>.



правових підстав, а через наявність негативних наслідків для іншої особи. Однак для запобігання випадкам надмірно широкого застосування правил про безпідставне збагачення у DCFR конкретизуються обставини, за наявності яких збагачення є безпідставним. Так, відповідно до ст. VII.–2:101 DCFR збагачення вважається необґрунтованим, за винятком наступних випадків: 1) особа, яка збагатилася, має право на отримання збагачення за рахунок потерпілого через договір або інший юридичний акт, судове розпорядження або норму права; або 2) потерпілий вільно і не помиляючись погодився на настання невігідних для себе наслідків;

Крім того, збагачення також є необґрунтованим, якщо: 1) потерпілий сам надав його для мети, яка не була досягнута, або з очікуванням, яке не виправдалося; 2) той, що збагатився, знав або, як можна розумно припускати, міг знати про вказану мету або очікування; і 3) той, що збагатився, погодився або, як можна розумно припускати, міг погодитися з тим, що при таких обставинах збагачення повинне бути повернене.

Ще один випадок, коли збагачення буде вважатися безпідставним — це коли договір або інший юридичний акт, судове розпорядження або норма права, на підставі яких особа, яка збагатилася, мала право на отримання збагачення, були визнані нікчемними або оспорені або іншим чином втратили силу із зворотною дією.

Зазначимо, що фактично, ті самі обставини передбачені й в українському законодавстві: безпідставне збагачення за концепцією ЦК України має місце у випадках, коли набуття або збереження майна відбулося без достатньої правової підстави або коли майно було передано для досягнення мети, яка не була досягнута. Разом із тим, у DCFR окремо зауважується, що безпідставного збагачення не відбувається, якщо потерпілий вільно і не помиляючись погодився на настання невігідних для себе наслідків, тобто свідомо передав іншій особі своє майно, не маючи наміру отримати користь для себе або маючи намір простити борг.

Поняття безпідставного збагачення, закріплене у ст. 1212 ЦК України також сформульовано за правилами генеральної кондикції та, у цілому, відповідає концепції, закріпленій у DCFR. Так, згідно зі ст. 1212 ЦК України, особа, яка набула майно або зберегла його у себе за рахунок іншої особи (потерпілого) без достатньої правової підстави (безпідставно набуте майно), зобов'язана повернути потерпілому це майно. Особа зобов'язана повернути майно і тоді, коли підстава, на якій воно було набуте, згодом відпала.

Разом із тим, положення DCFR щодо безпідставного збагачення значно більше деталізовані.

Так, у ст. VII.–2:102 DCFR визначено особливості виникнення безпідставного збагачення у випадку виконання обов'язку третій

особі. У таких випадках збагачення, що було одержано в результаті виконання потерпілим обов'язку (існуючого, або такого, що припускався) перед третьою особою, вважається правомірним за умови, що: 1) потерпілий виконував обов'язок добровільно; або 2) збагачення є лише випадковим наслідком виконання обов'язку.

У ст. VII.–2:103 DCFR визначено пороки волі потерпілого при наданні згоди або виконанні ним обов'язку. До таких відносяться: недієздатність, обман, насильство, погрози або недобросовісне використання. За наявності вказаних обставин згода потерпілого або виконання ним обов'язку не вважаються добровільними.

Глава 3 Книги VII DCFR, присвячена визначенню випадків, коли має місце збагачення та втрата. Так, відповідно до ст. VII.–3:101 DCFR, особа вважається такою, що збагатилася, унаслідок: 1) збільшення майна або зменшення обов'язків; 2) отримання виконання у вигляді надання послуги або виконання роботи; або 3) використання чужого майна.

При визначенні того, чи має місце збагачення особи і в якому обсязі, не враховується збагачення, отримане цією особою в результаті понесеної нею втрати або в обмін на неї.

Зворотні правила застосовуються при визначенні, чи були понесені особою певні втрати. Так, згідно зі ст. VII.–3:102 DCFR, особа вважається потерпілою внаслідок: 1) зменшення майна або збільшення обов'язків; 2) надання послуги або виконання роботи; або 3) використання майна такої особи іншою особою.

При визначенні того, чи понесена особою втрата і в якому обсязі, не враховується будь-яке збагачення, одержане цією особою, в результаті понесеної нею втрати або в обмін на неї.

Тобто діє правило, згідно якому будь-які вигоди, отримані потерпілою особою при збагаченні іншої зараховуються при визначенні обсягу понесених потерпілим втрат.

У Главі 4 Книги VII DCFR деталізовано визначення причинного зв'язку між збільшенням майна у однієї особи і відповідною втратою майна іншою особою, що є обов'язковою умовою виникнення зобов'язання з безпідставного збагачення. Так, згідно зі ст. VII.–4:101 DCFR причинний зв'язок між збагаченням однієї і втратою іншої особи існує, зокрема, якщо: 1) майно такої особи передається цією особою тому, що збагатився; 2) така особа надає тому, що збагатився, послугу або виконує на його користь роботу; 3) той, що збагатився, використовує майно такої особи, особливо в тих випадках, коли той, що збагатився, порушує права або інтереси потерпілого, що охороняються законом; 4) така особа поліпшує майно особи, що збагатилася; 5) така особа звільняє того, що збагатився, від обов'язку.

Слід зазначити, що відповідно до положень DCFR так само, як і за ЦК України (ст. 1212) правила про безпідставне збагачення застосовуються незалежно від того, було воно результатом поведінки набувача майна, потерпілого чи інших осіб. Згідно зі ст. VII.—4:105 DCFR збагачення виникає також унаслідок втрати, понесеної особою, якщо третя особа неправомірно використовує майно потерпілого таким чином, що потерпілий позбавляється майна і воно входить в майнову сферу того, що збагатився. Це має місце, зокрема, якщо в результаті того, що третя особа втручається або розпоряджається речами, потерпілий втрачає право власності на речі, а особа, що збагатилася, через закон або юридичний акт стає їх власником.

Особливості повернення безпідставного збагачення розкриваються у главі 5 книги VII DCFR. У ст. VII.—5:101 DCFR зазначається, що у разі, якщо збагаченням виступає майно, яке може бути повернене в натурі, той, що збагатився, повертає збагачення за допомогою передачі такого майна потерпілому. Замість передачі вказаного майна той, що збагатився, може повернути потерпілому грошову вартість збагачення у випадку, якщо передача майна в натурі зажадала б від того, що збагатився, невиправдані зусилля або витрати. Якщо той, що збагатився, більш не здатний передати майно, що складає збагачення, він повертає збагачення за допомогою виплати його грошової вартості потерпілому. В частині, в якій той, що збагатився, отримав замість такого майна субститут, цей субститут складає збагачення, що підлягає поверненню, якщо: 1) той, що збагатився, є добросовісним у момент розпорядження майном або у момент його втрати і здійснює вибір на користь повернення субститута; або 2) той, що збагатився, є несумлінним у момент розпорядження майном або у момент його втрати за умови, що потерпілий здійснює вибір на користь субститута і такий вибір не є несправедливим.

Той, що збагатився, є добросовісним, якщо він не знав і не можна було розумно припустити, що він знає про те, що збагачення необґрунтоване або вірогідне стане таким.

У ст. VII.—5:102 DCFR розкриваються правові наслідки неможливості повернення безпідставного збагачення, у натурі (стосується збагачення, яке завідомо не може бути повернуто в натурі). У тих випадках, коли збагаченням не є майно, яке може бути повернене в натурі, той, що збагатився, повертає збагачення за допомогою виплати його грошової вартості потерпілому. Обов'язок особи, що збагатилася, обмежений розміром заощадження, якщо той, що збагатився: не погоджувався на збагачення або був добросовісним. Проте в тих випадках, коли збагачення було одержане на підставі

угоди, яка визначала ціну або вартість такого збагачення, той, що збагатився, як мінімум зобов'язаний до виплати цієї грошової суми за умови, що угода виявилася нікчемною або оспорюваною по підставах, що не зачіпають встановлення ціни.

Схожі правила про повернення безпідставно набутого майна в натурі або відшкодування його вартості у разі неможливості повернення в натурі закріплені й в українському законодавстві (ст. 1213 ЦК України). Проте положення DCFR значно більше деталізовані. Зокрема, українським законодавством можливість виплатити грошову вартість майна замість повернення його в натурі допускається лише у разі *неможливості* повернення майна в натурі, тоді як у DCFR закріплено можливість повернути потерпілому грошову вартість збагачення у випадку, якщо передача майна в натурі зажадала б від того, що збагатився, невинуватих зусиль або витрат. Не містить українське законодавство і правил щодо повернення субституту отриманого замість безпідставно набутого майна, особливостей повернення збагачення, що не може бути повернуто в натурі (вартості робіт, ціни послуг).

У ст. VII.—5:104 DCFR визначаються особливості повернення плодів від майна, що складає безпідставне збагачення та вигод від користування ним. Повернення плодів та користування ставиться у залежність від добросовісності особи, що збагатилася. Так, за загальним правилом, обов'язок повернути збагачення розповсюджується на плоди і користування ним або будь-яке заощадження, вироблене такими плодами або користуванням, якщо розмір заощадження менше. Проте якщо той, що збагатився, одержує плоди або користується збагаченням, будучи недобросовісним, повернення збагачення розповсюджується на плоди і користування, навіть якщо розмір заощадження менше, ніж вартість таких плодів або користування.

В українському законодавстві порядок відшкодування доходів від безпідставно набутого майна і витрат на його утримання визначено у ст. 1214 ЦК України. У вказаній статті також є прив'язка до добросовісності особи — особа, що збагатилася повинна відшкодувати всі доходи, які вона одержала або могла одержати від цього майна з часу, коли ця особа дізналася або могла дізнатися про володіння цим майном без достатньої правової підстави, тобто з моменту, коли вона дізнається про свою недобросовісність.

У ст. ст. VII.—6:101—VII.—6:103 DCFR визначені обставини, за яких особа звільняється від повернення безпідставного збагачення. В українському законодавстві схоже правило міститься у абз. 2 ч. 1 ст. 1214 ЦК України, згідно якої особа, яка набула майно або зберегла його у себе без достатньої правової підстави, має право

вимагати відшкодування зроблених нею необхідних витрат на майно від часу, з якого вона зобов'язана повернути доходи, тобто обсяг безпідставно отриманого або збереженого майна зменшується на обсяг витрат, понесених у зв'язку з його отриманням або збереженням. Однак, на відміну від ЦК України, у ч. 2 ст. VII.–6:101 DCFR закріплено винятки з правила про відшкодування витрат, понесених у зв'язку з безпідставним збагаченням.

Так, відповідно до ст. VII.–6:101 DCFR особа, що збагатилася, не зобов'язана повертати збагачення в тій частині, в якій вона зазнала втрат внаслідок розпорядження збагаченням або іншим чином (втрата збагачення), за винятком випадків, коли такі втрати мали б місце на стороні особи, що збагатилася, навіть якщо б збагачення на було одержано. Проте, згідно з ч. 2 вказаної статті, правила про втрату збагачення не підлягають застосуванню, коли: 1) той, що збагатився, одержав субститут; 2) той, що збагатився, був недобросовісним у момент втрати збагачення, крім випадків, коли втрата збагачення мала б місце також на стороні потерпілого, навіть якщо б збагачення було повернене або той, що збагатився, був добросовісним у момент отримання збагачення, втрата збагачення відбулася унаслідок реалізації ризику, за який той, що збагатився, не відповідає, і мала місце до того, як зобов'язання з повернення збагачення повинно було бути виконане; 3) застосовується пункт 3) ст. VII.–5:102 (збагачення, яке не може бути повернене в натурі).

Також у положеннях DCFR деталізуються випадки, коли безпідставне збагачення не підлягає поверненню. Підходи українського та європейського законодавця при визначенні випадків, коли безпідставне збагачення не підлягає поверненню, відрізняються. Так, український законодавець у ст. 1215 ЦК України визначає, що не підлягає поверненню безпідставно набуті: заробітна плата і платежі, що прирівнюються до неї, пенсії, допомоги, стипендії, відшкодування шкоди, завданої каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю, аліменти та інші грошові суми, надані фізичній особі як засіб до існування, якщо їх виплата проведена фізичною або юридичною особою добровільно, за відсутності рахункової помилки з її боку і недобросовісності з боку набувача або інше майно, якщо це встановлено законом. На відміну від ЦК України, у DCFR встановлене загальне правило, згідно якому особа, що збагатилася, не зобов'язана повертати збагачення у випадку, якщо замість цього збагачення той, що збагатився, надає інше збагачення третій особі і у момент такого надання той, що збагатився, як і раніше залишається добросовісним (ст. VII.–6:102 DCFR).

Також, згідно зі ст. VII.–6:103 DCFR, якщо договір або інший юридичний акт, на підставі якого отримано збагачення, є нікчем-

ним або ефективно оспорений унаслідок порушення одного з фундаментальних принципів або імперативної норми, особа, що збагатилася, не зобов'язана повертати необґрунтоване збагачення в тій мірі, в якій повернення суперечило би цілям встановлення таких принципу або норми.

Відсутнє у ЦК України і правило щодо конкуренції зобов'язань, встановлене ст. VII.–7:102 DCFR, відповідно до якого коли потерпілому одночасно доступні позов про повернення необґрунтованого збагачення на підставі положень Книги VII DCFR і позов про відшкодування втрат (до того, що збагатився, або до третьої особи) або таке, що виникає в результаті необґрунтованого збагачення право одержати відшкодування на підставі інших приватноправових норм, задоволення однієї з вказаних вимог приводить до відповідного зменшення розміру задоволення по інших.

Ті ж правила підлягають застосуванню, коли хтось використовує майно потерпілого так, що в результаті воно приєднується до майна іншої особи, і на підставі положень Книги VII DCFR користувач відповідає перед потерпілим за користування майном і набувач несе обов'язок перед потерпілим унаслідок збільшення майна<sup>290</sup>.

У підсумку зазначимо, що у цілому правила про безпідставне збагачення, закріплені в українському законодавстві відповідають концепції, відображеній у DCFR. Разом з тим, деякі положення DCFR мають бути враховані українським законодавцем в процесі адаптації українського законодавства до законодавства ЄС. Це стосується, зокрема, правил про особливості виникнення безпідставного збагачення у випадку виконання обов'язку третій особі, пороків волі потерпілого при наданні згоди або виконанні ним обов'язку, неможливості повернення безпідставного збагачення у натурі, обставин, за яких особа звільняється від повернення безпідставного збагачення, конкуренції зобов'язань тощо.

## **5.9. Загальні засади деліктного права Франції, Німеччини та України**

Деліктна відповідальність є одним із правових засобів найбільш повного захисту порушених суб'єктних прав особи внаслідок завдання шкоди. В континентальній Європі всі зусилля правової науки спрямовані на пошук спільних коренів та усунення історичних відмінностей окремих деліктів, що дозволить уніфікувати

---

<sup>290</sup> *Рассказова Н. Ю.* Модельные правила европейского частного права / Н. Ю. Рассказова. — Москва: Статут, 2013. — 989 с.

деліктне право. При цьому правовим підґрунтям такої уніфікації є французьке та німецьке деліктне право, які увібрали головні за-сади римського деліктного права. Як відзначав Зом, геніальне розуміння форми, що відрізняє стародавнє мистецтво, надало, також, і юридичній науці ту симетрію, ту прозорість, ту яскраву силу її понять, що зачарувало уми Німеччини одразу, як тільки римське право з'явилося на горизонті часу<sup>291</sup>.

У ЦКФ зобов'язанням із деліктів присвячено лише п'ять статей, які вже більше 200 років діють без змін. При цьому, деліктне право зведено до загального принципу, суть якого закріплено в такому: «будь-які дії людини, якими завдається шкода іншому, зобов'язують винного завдану шкоду відшкодувати» (ст. 1382 ЦКФ); «будь-яка особа несе відповідальність за шкоду, завдану нею не лише внаслідок її умисних дій, але і внаслідок її недбалості чи необережності» (ст. 1383 ЦКФ). У формулюванні положень деліктного права в ЦКФ значна заслуга належить французькому вченому Жан Дома, який у своїй праці «*Les lois civiles dans leur ordre naturel*» («Цивільні закони в своєму природному порядку») (1689 р.) систематизував римське право у світлі природно-правових ідей, пристосовувавши його за допомогою французьких правових ідей до вимог свого часу. Він уже застосовував поняття вини (*faute*) та сформулював загальний принцип, за яким шкода має відшкодуватися не лише тоді, коли її завдано умисно, але і у випадках, коли відповідачем не дотримано необхідної обережності. На цій підставі Потьє поділяв дії, із яких виникає обов'язок відшкодувати шкоду, на деліктні (*delits*) та квазіделіктні (*quasi-delits*). До перших він відніс дії, вчинені для ведення в оману або зі злим умислом (*dol ou malignite*), а до других — дії, внаслідок яких шкода завдається без злого умислу, але внаслідок недозволеної необережності (*sans malignite mais par une imprudence qui n'est pas excusable*)<sup>292</sup>. Узагальнивши вчення про деліктне право, ЦКФ об'єднав усі норми деліктного права в єдину главу під назвою «Про делікти і квазі-делікти».

На відміну від французької правової доктрини, деліктне право в Німеччині одержало трьохчленну конструкцію, яку закріплено в 32 параграфах окремого розділу «Недозволені дії». При цьому, більш ніж за сто років було відмінено лише два параграфу (§ 835 і § 847) та доповнено кодекс одним (§ 839а). Решта норм залишено майже

<sup>291</sup> Зомь Р. Институции. История и система римского гражданского права / Р. Зомь; [пер. с нем. Н. Кесслеръ]; [под ред. А. Н. Великова]. — Сергеев Посадъ: Тип. И. И. Иванова, 1916. — С. 2.

<sup>292</sup> Цвайгерт К. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. [В 2 т]. Т. 2 / К. Цвайгерт, Х. Кетц. — Москва: Междунар. отношения, 1998. — С. 387–388.

без змін. На думку д-ра Гольденринга, соціальність, справедливість і моральність ЦУН найбільш видно з принципу, за яким забороняється здійснювати права для того, щоб завдати іншому шкоди (§ 226 ЦУН)<sup>293</sup>. Тобто мова йде про заборону вчиняти делікт.

Слід відзначити, що автори німецької кодифікації тривалий час намагалися вирішити питання щодо наслідування загальному принципу деліктного права ЦКФ щодо покладення відповідальності за шкоду, завдану протиправними і винними діями чи пов'язувати виникнення обов'язку відшкодувати шкоду з окремими деліктами. На їх думку, якщо пов'язати виникнення обов'язку відшкодувати шкоду з видами деліктів, то буде неможливим забезпечити достатній захист від протиправних дій, при цьому виключний перелік деліктів навести не можна. Однак, закріпити загальний принцип деліктного права вони не наважилися, так як це перекладе всі проблеми вирішення питань про відшкодування шкоди на судій. А це буде суперечити поглядам німецького народу на їх функції. Крім цього, існувала думка про те, якщо німецьку судову практику не тримати в певних рамках за допомогою закріплених законом критеріїв, то їй постійно будуть властиві такі негативні явища, які спостерігаються в багатьох рішеннях французьких судів<sup>294</sup>. Тому автори німецької кодифікації поділили деліктне право на три частини.

Перша частина передбачала покладення обов'язку відшкодувати шкоду, завдану протиправно та умисно або внаслідок необережності життю, здоров'ю, зазіханням на волю, власність або інше право особи (абз. 1 § 823 ЦУН). Згідно другої частини, обов'язок відшкодувати шкоду виникає в особи, яка порушує закон, який спрямований на захист іншої особи (абз. 2 § 823 ЦУН). За третьою частиною конструкції німецького деліктного права, особа, яка умисно завдасть іншій особі шкоди способом, що суперечить добрим звичаям, зобов'язана її відшкодувати (§ 826 ЦУН).

Загальні тенденції розвитку німецького та французького деліктного права враховано розробниками Цивільного кодексу України, який було прийнято 16 січня 2003 р. Законодавець присвятив деліктному праву 46 статей, що становить в трое більше ніж за Цивільним кодексом УРСР 1963 р.

Як і за попередніми кодифікованими актами (ст. 403 ЦК УРСР 1922 р.; ст. 440 ЦК УРСР 1963 р.), так і за кодексом 2003 р. (ч. 1, 2 ст. 1166), деліктне право побудовано за єдиним загальним принци-

<sup>293</sup> Гольденринг. Дух нового Германського гражданского уложения / Гольденринг; пер. с нем. Ал. Бугаевского. — Санкт-Петербург, 1900. — С. 10–11.

<sup>294</sup> Цвайгерт К. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. [В 2 т]. Т. 2 / К. Цвайгерт, Х. Кетц. — Москва: Междунар. отношения, 1998. — С. 363.



пом покладення обов'язку відшкодувати майнову шкоду, завдану неправомірними рішеннями, діями чи бездіяльністю особистим немайновим правам фізичної або юридичної особи, а також шкоду, завдану майну фізичної або юридичної особи на особу, яка її завдала, якщо вона не доведе відсутність своєї вини. В цій нормі вбачається наслідування ідеї великого зразку ЦКФ звести деліктне право до єдиного принципу. Однак, на відміну від французького кодексу, який переклав вирішення найбільш проблемних питань щодо розробки норм і критеріїв визначення змісту окремих деліктів, а також форми і змісту деліктних позовів на суди, український законодавець намагається це питання вирішити в кодифікованому акті. Вищезазначене свідчить, з одного боку, що українське деліктне право ґрунтується на загальному принципі відшкодування завданої шкоди, а з іншого, встановлює певні межі покладення такого обов'язку щодо окремих деліктів. Тобто законодавець закріпив як загальний делікт, так і спеціальні делікти.

Для виникнення зобов'язань із відшкодування шкоди французьке, німецьке та українське деліктне законодавство передбачає необхідність встановлення умов, що дозволяють кваліфікувати поведінку завдавача шкоди як правопорушення. До таких умов німецький та український законодавець відніс наявність шкоди, протиправність, причинно-наслідковий зв'язок між шкодою і протиправністю, вину. Французьке законодавство не проводить чіткої межі між «протиправністю» і «виною», тому ці поняття злилися в єдине поняття «вини» (*«faute»*). Відповідно, французький законодавець та судова практика розрізняють лише три умови: наявність шкоди, вини та причинно-наслідковий зв'язок між винними діями особи і шкодою. При цьому, кожна правова доктрина має власні погляди на сутність та межі застосування кожної із цих умов делікту.

Першою умовою необхідною для обґрунтування покладення обов'язку здійснити відшкодування є наявність шкоди як наслідку вчинення делікту.

Узагальнивши делікти, визначивши принцип єдиного делікту в кодифікованому акті, французький законодавець не розкриває поняття шкоди, а також не вирішує питання про можливість відшкодування майнової чи немайнової шкоди, зокрема й моральної. Деліктне право Франції відоме як судове право, тому вирішити поставлені питання намагається судова практика. Так, французькі юристи досить широко тлумачать поняття шкоди. Вони розрізняють як майнову, так і немайнову шкоду (*immaterielle*), зокрема моральну (*dommage morale*). Однак, для деліктного права не має значення, шкоди завдано особі чи її майну. Тому поняття суто економічної шкоди французькій судовій практиці та доктрині повністю не відоме.

Французька правова доктрина ґрунтується на принципі «некумулятивності деліктної і договірної відповідальності», тому суди не задовольняють деліктні позови про відшкодування шкоди, якщо сторони знаходяться в договірних відносинах<sup>295</sup>.

На відміну від деліктного права Франції, німецьке законодавство значну увагу приділяє шкоді як обов'язковій умові виникнення зобов'язання. Так, шкода може бути завдана життю, здоров'ю, свободі, власності чи іншим правам іншої особи (абз. 1 § 823 ЦУН). Тобто законодавець розрізняє немайнову та майнову шкоду. Відносно майнової шкоди, то вона може полягати у знищенні чужої речі, пошкодженні чи її псуванні, позбавленні власника речі права на її володіння, користування чи розпорядження. Відносно останнього випадку завдання шкоди, то до нього слід віднести як привласнення чужої речі, так і створення власнику перешкод у користуванні річчю.

Німецький закон захищає, також, інтереси, які підпадають під поняття «інші права особи» (абз. 1 § 823 ЦУН) [8]. До них відносять інтереси, які захищає правопорядок *erga omnes* (проти всіх), зокрема речові права, такі як сервітути (*dienstbarkeiten*) та іпотеку, володіння та «право на очікування» («*anwartschaftsrecht*») того, хто вже набув що-небудь з умовою про збереження права власності, а також право на ім'я, патентні права та інші права, що випливають із комерційної діяльності, що регулюються спеціальним законом. Однак, німецька правова доктрина майно не розглядає як «інші права» у розумінні абз. 1 § 823 ЦУН. Тому, якщо внаслідок винних дій іншої особи потерпілому завдано лише економічні збитки, які не спричинили завдання шкоди його особистості, власності чи одному із його «інших прав», то він не має права подати позов на підставі абз. 1 § 823 ЦУН<sup>296</sup>.

Закріплення німецьким законодавцем виключного переліку видів шкоди, від наявності яких залежало виникнення права потерпілого звернутися з позовом до суду спричиняло недостатню захищеність прав особи. Тому в 1954 році Верховний федеральний суд прийняв рішення, за яким сукупність прав особи визнавалася як «інші права» в розумінні абз. 1 § 823 ЦУН. Така поправка полегшила застосування деліктного права для захисту від таких протиправних посягань, як втручання в приватне життя, а також інших порушень честі та гідності людини.

---

<sup>295</sup> Цвайгерт К. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. [В 2 т]. Т. 2 / К. Цвайгерт, Х. Кетц. — Москва : Междунар. отношения, 1998. — С. 390–392.

<sup>296</sup> Там само. — С. 364–366.

Якщо майнової шкоди завдано внаслідок порушення договору, то, на відміну від французького, німецьке право надає потерпілому право альтернативного вибору між деліктним позовом «із проти-правної дії» та позовом «із порушення договору».

Деліктне право української доктрини розрізняє майнову та моральну шкоду. При цьому, законодавець майнову шкоду визначає як шкоду, завдану немайновим правам фізичної або юридичної особи, а також шкоду, завдану майну фізичної або юридичної особи (ст. 1166 ЦКУ). Моральна шкода полягає: 1) у фізичному болю та стражданнях, яких фізична особа зазнала у зв'язку з каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я; 2) у душевних стражданнях, яких фізична особа зазнала у зв'язку з протиправною поведінкою щодо неї самої, членів її сім'ї чи близьких родичів; 3) у душевних стражданнях, яких фізична особа зазнала у зв'язку із знищенням чи пошкодженням її майна; 4) у приниженні честі, гідності, а також ділової репутації фізичної або юридичної особи (ст. 23 ЦКУ).

Характерною рисою українського деліктного права є виникнення зобов'язань із відшкодування шкоди незалежно від наявності договірних відносин. Тобто, мова йде про зобов'язання із відшкодування шкоди, завданої внаслідок недоліків товарів, робіт (послуг) (§ 3 глави 82 ЦКУ). Для покладення відповідальності на продавця, виготовлювача товару, виконавця робіт (послуг) не достатньо факту правопорушення, а слід встановити наявність договірних відносин із потерпілим. Тобто автори ЦКУ віднесли до деліктного права норми, що регулюють як недоговірні відносини, так і договірні. При цьому, потерпіла особа наділяється правом звернутися до продавця, виготовлювача товару, виконавця робіт (послуг) з «деліктним позовом» про відшкодування шкоди, завданої внаслідок конструктивних, технологічних, рецептурних та інших недоліків товарів, робіт (послуг), а також недостовірної або недостатньої інформації про них, а не з «договірним».

Наступною умовою виникнення деліктних зобов'язань є проти-правність поведінки її завдавача. Німецький законодавець проти-правність розглядає як посягання на одне із перерахованих в абз. 1 § 823 ЦУН чужих благ, які захищаються законом, за винятком випадків, коли особа мала право на завдання шкоди: змушена оборо-на, крайня нужда та ін. В німецькій доктрині зустрічається погляд на протиправність як дію, що засуджується правопорядком, так як порушує законодавчу заборону чи імперативний припис відносно волевиявлення громадян. Тому, для визнання дії протиправною у розумінні абз. 1 § 823 ЦУН, недостатньо, щоб нею завдавалася шкода благам, які захищаються законом. Необхідним є, щоб поведінка особи, внаслідок якої завдано шкоду, мала умисний харак-

тер або особа не проявила необхідної обережності та турботи<sup>297</sup>. Тобто законодавець пов'язує протиправну дію із наявністю вини деліквента.

Відповідно до абз. 2 § 823 ЦУН, обов'язок відшкодувати завдану шкоду виникає у особи, яка порушує закон, який спрямований на захист іншої особи. Тобто протиправність за цим деліктом полягає у порушенні закону, який за своїм змістом має за мету забезпечити захист окремої особи чи окремого кола осіб, а не захищати населення загалом.

Відносно третьої частини конструкції деліктного права Німеччини, то протиправність наділена найбільшою специфікою. Так, згідно § 826 ЦУН, особа, яка умисно завдасть іншій особі шкоди способом, що суперечить добрим звичаям, зобов'язана її відшкодувати. Тобто протиправність за цим деліктом має форму дії, що суперечить добрим звичаям. Як відзначав І. Колер, дана норма встановлена для випадків недобросовісної конкуренції, тому її слід розглядати як порушення прав особи<sup>298</sup>.

При цьому, дії, що суперечать добрим звичаям не слід ототожнювати із аморальними діями загалом. Не будь-яка аморальність суперечить добрим звичаям. Жорстоке ставлення до ближніх, жадібність, скупість не суперечать добрим звичаям, так як останні надають кожному право вибору своєї поведінки. Водночас проти добрих звичаїв діє особа, яка будь-якою аморальною дією досаджує іншому, внаслідок чого останній несе витрати для виправлення її наслідку, а також особа, яка своїм безчинством створює необхідність поліцейського дізнання і держава зазнає витрат на його проведення. Також випадки, коли особа утримує свій будинок настільки брудно, що створює неможливим або неприємним сусідство з ним<sup>299</sup>.

До дій, що суперечать добрих звичаям судова практика відносить:

1) дії, які дуже наближені до чужого права, внаслідок чого йому завдається шкода (пряма чи непряма), так як добрі звичаї забороняють надзвичайне втручання до чужого права (допомога для порушення договору, зокрема переймання працівників, підбурювання їх до дострокового залишення служби для того, щоб надалі взяти їх на службу до себе; набуття за обтяжуючих обставин речі, яку відчужено іншому; зловмисне перешкоджання виникненню права);

<sup>297</sup> Цвайгерт К. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. [В 2 т]. Т. 2 / К. Цвайгерт, Х. Кетц. — Москва : Междунар. отношения, 1998. — С. 364–366.

<sup>298</sup> Бернгефт Ф. Гражданское право Германии / Ф. Бернгефт, И. Колер ; пер. с нем. Б. М. Брамсона, С. О. Добриня, Е. Е. Карасова и В. В. Нечаева ; за ред. В. М. Нечаева. — Санкт-Петербург, 1910. — С. 314–316.

<sup>299</sup> Там само. — С. 314–316.

2) зловживання правом, що може полягати: а) в шикані, тобто дії особи з єдиною метою — завдати шкоду іншому; б) у надзвичайному користуванні своєю дискреційною владою (право запозичення газетних статей, договори про виключення бойкоту, користування речами спільного призначення), тобто особа, реалізуючи свої права, не повинна виходити за допустимі законом межі<sup>300</sup>.

Таким чином, німецька доктрина надає більш широкого захисту проти аморальних дій, на відміну від ЦКФ.

За деліктним правом України протиправність означає порушення неправомірними рішеннями, діями чи бездіяльністю особистих немайнових і майнових прав фізичної або юридичної особи (ч. 1 ст. 1166 ЦКУ). При цьому протиправність поведінки заподіювача шкоди презюмується, тобто він діє протиправно, якщо не уповноважений на завдання шкоди.

Суб'єктивною умовою деліктної відповідальності є вина відповідача. Французький законодавець визначає поняття вини через форми її вираження — умисел і необережність: «будь-яка особа несе відповідальність за шкоду, завдану нею не лише внаслідок її умисних дій, але і внаслідок її недбалості чи необережності» (ст. 1383 ЦКФ). У французькій доктрині найбільш поширеною є теорія «вини» Мазо та Тунка за якою умисне прагненням порушника завдати шкоди є деліктною виною, а «помилка у поведінці», яку розумна людина не вчинила, якщо знаходилася б за тих зовнішніх обставин, як заподіювач шкоди, — не деліктною виною<sup>301</sup>.

Особливу увагу французька судова практика приділяє випадкам, коли вина порушника полягає в «зловживанні правом» («*abus d'un droit*»). До цієї групи деліктів відносяться випадки як навмисного використання власного права з метою завдання шкоди іншій особі, так і недотримання необхідної обережності, що вимагається за даних обставин. Наприклад, сусід саджає гігантський папоротник для того, щоб загородити потрапляння світла на ділянку позивача; партнер за правочином при використанні своїх прав за договором завдає з необережності шкоду іншому партнеру; розірвано заручини або не зареєстровано шлюб за обставин, які слід розглядати як зловживання правом тощо<sup>302</sup>.

Цивільне право Німеччини визначає вину як вільне волевиявлення особи, що виражається через умисел і необережність (абз. 1

<sup>300</sup> Бернгефт Ф. Гражданское право Германии / Ф. Бернгефт, И. Колер; пер. с нем. Б. М. Брамсона, С. О. Добрини, Е. Е. Карасова и В. В. Нечаева; за ред. В. М. Нечаева. — Санкт-Петербург, 1910. — С. 314–316.

<sup>301</sup> Цвайгерт К. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. [В 2 т]. Т. 2 / К. Цвайгерт, Х. Кетц. — Москва: Междунар. отношения, 1998. — С. 390–392.

<sup>302</sup> Там само. — С. 390–392.

§ 823 ЦУН). При цьому, законодавець визначає необережність як прояв недостатньої розумної обережності та турботи (абз. 2 § 276 ЦУН). Тобто застосовується фікція відносно способу дій розумної та добросовісної людини в подібній ситуації. Відповідно, якщо шкоди завдано особою певної професії, то суд з'ясує, чи дотримано такою особою необхідних заходів обережності, які характерні представникам такої професії<sup>303</sup>.

Етична вина завжди передбачає передбачуваність, тому відсутність вільного волевиявлення особи свідчить про відсутність її вини, тому особа не несе відповідальність, якщо вона: а) знаходилася в непритомному стані або в стані хворобливого розладу психічної діяльності (§ 827 ЦУН); б) не досягла 7 років (абз. 1 § 828 ЦУН); в) віком від 7 до 10 років за шкоду, завдану іншій особі внаслідок аварії на автотранспортному засобі, рельсовому транспортному засобі чи на підвісній дорозі (абз. 2 § 828 ЦУН); г) не досягла 18 років, якщо при завданні шкоди у неї було відсутнє розуміння усвідомлення своєї відповідальності (абз. 3 § 828 ЦУН).

Українська правова доктрина виділяє наступні характерні ознаки вини у цивільному праві: а) вина заподіювача шкоди припускається, тобто обов'язок довести відсутність вини заподіювача покладається на нього самого; до цього часу він вважається винним; б) формами вини є умисел і необережність; в) наявність вини залежить від здатності особи усвідомлювати значення своїх дій та (або) ними керувати, тому не виникає питання про вину осіб: віком до 14 років; недієздатних; перебували у стані афекту, непритомному та іншому стані; г) розмір відшкодування не залежить від завдання шкоди умисно чи необережно, тобто береться до уваги тільки наявність вини, а не її форма; д) виникнення обов'язку відшкодувати шкоду та розмір відшкодування залежить від форми вини потерпілого; е) у випадках передбачених законом, обов'язок відшкодувати шкоду виникає за відсутності вини деліквента (наприклад, якщо шкоду завдано джерелом підвищеної відповідальності (ст. 1187 ЦК).

За французьким правом останньою обов'язковою умовою деліктної відповідальності є причинно-наслідковий зв'язок («*lien de causalite*»), тобто зв'язок між винними діями відповідача і завданою шкодою позивачу. Відповідно такий зв'язок відсутній, якщо завдання шкоди спричинено не винними діями відповідача, а «сторонньою причиною», що не має ніякого відношення до справи («*cause etrangere*»). До таких «сторонніх причин» судова практика відносить форс-мажорні обставини, тобто невідворотні і неперед-

<sup>303</sup> Цвайгерт К. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. [В 2 т]. Т. 2 / К. Цвайгерт, Х. Кетц. — Москва : Междунар. отношения, 1998. — С. 364–366.

бачувані події, невідконтрольні відповідачу. При цьому, до «сторонніх причин» вона відносить, також, власну вину потерпілого та дії третьої особи, які відповідач не міг передбачити за звичайних положень речей. Якщо на думку судді, форс-мажор, власна вина потерпілого чи дії третіх осіб не можуть обірвати причинно-наслідковий зв'язок, то їх слід розглядати як підставу для зменшення розміру відшкодування. Відносно непрямих збитків, то французька судова практика займає позицію, що відшкодуванню підлягає лише та шкода, яка є безпосереднім і прямим наслідком даної події (за аналогією із договірним правом, ст. 1151 ЦКФ)<sup>304</sup>.

Відповідно до абз. 1 § 823 ЦУН, потерпілому буде надано відшкодування лише за наявності причинно-наслідкового зв'язку між протиправними діями відповідача і завданням шкодою. Практика Верховного імперського суду займає позицію, що такий зв'язок наявний, якщо мета, якої досягнув відповідач, є наслідком його поведінки, а не лише особливих і незвичайних обставин, які розумна людина в повсякденному житті не приймає до уваги (доктрина причинно-наслідкових зв'язків). Цим положенням керуються, також, тоді, коли обов'язок відшкодувати шкоду за завдання тілесних ушкоджень поширюється на наслідки завдання шкоди, які проявилися пізніше внаслідок неправильного лікування. При цьому, враховуються наслідки, що настали із-за помилки досвідченого лікаря, а не у зв'язку з грубим порушенням елементарних принципів медичного мистецтва<sup>305</sup>.

Для виникнення деліктних зобов'язань у цивільному праві України надається значення прямому, безпосередньому і необхідному зв'язку між причиною і наслідком.

Таким чином, аналіз деліктного права Франції, Німеччини та України дозволяє зробити такі висновки:

— якщо деліктне право Франції та України ґрунтується на єдиному загальному принципі покладення обов'язку відшкодувати шкоду на особу, яка її завдала, то німецьке право характеризує наявність трьох принципів відшкодування шкоди, залежно від видів шкоди і протиправної дії;

— підставою виникнення деліктних зобов'язань Німеччини та України є делікт, а деліктні зобов'язання Франції можуть виникати як із делікту, так і з квазі-делікту;

— умовами виникнення деліктних зобов'язань за правом Німеччини та України є наявність шкоди, протиправності, причин-

---

<sup>304</sup> Цвайгерт К. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. [В 2 т]. Т. 2 / К. Цвайгерт, Х. Кетц. — Москва : Междунар. отношения, 1998. — С. 393–394.

<sup>305</sup> Там само. — С. 364–366.

но-наслідкового зв'язку та вини, а цивільне право Франції розглядає протиправність як ознаку вини, а не умову відповідальності, тому визнає лише наявність шкоди, вини та причинно-наслідковий зв'язок між шкодою і виною;

— німецька та українська правова доктрина розмежує поняття майнової та немайнової шкоди (зокрема моральної), а для французької не має значення, шкоди завдано майну чи особі;

— протиправна поведінка завдавача шкоди за німецьким і французьким законодавством може виражатися лише у формі дії, при цьому ЦКФ виділяє деліктні та квазі-деліктні дії, а цивільне законодавство України, як у активній формі (дії), так і в пасивній (бездіяльності);

— якщо за німецьким і українським законодавством з деліктним позовом можна звернутися до суду, якщо особи перебували у договірних відносинах, то французьке законодавство виключає таке право;

— за французьким і українським правом форма вини завдавача шкоди не має значення для покладення на нього обов'язку відшкодувати завдану шкоду, тобто досить встановити факт вини, а за німецьким — відповідальність за окремі делікти настає за наявності умисної дії деліквента;

— за трьома правовими доктринами: вина визначається через умисел і необережність; встановлюються випадки деліктної відповідальності за відсутності вини; підставами звільнення від обов'язку відшкодувати шкоду визнаються непереборна сила, вина потерпілого і третіх осіб.

## **5.10. Ноксальна відповідальність за законодавством Франції, Німеччини та України**

Застосування цивільно-правової відповідальності за завдану шкоду залежить від деліктоздатності її завдавача. Тому відсутність деліктоздатності ставить потерпілого у невилітне становище, залишаючи його при шкоді. Поряд із загальним правилом деліктної відповідальності за яким кожний відповідає лише за шкоду, завдану власними діями, римські юристи встановили спеціальні правила щодо відповідальності одних осіб за дії інших — ноксальну відповідальність. Запровадження ноксальної відповідальності зумовлено забезпеченням захисту інтересів потерпілої особи, а також із виховної мети щодо попередження невиконання чи неналежного виконання покладених законом або договором обов'язків щодо здійснення нагляду за підопічними особами.



«*Noxales actiones appellantur quae non ex contractu sed ex noxa atque maleficio servorum adversus nos instituuntur*», — так писав Гай, називаючи ноксальними ті позови, що подаються не на підставі контракту, а на підставі шкоди, завданої рабами (Д.9.4.1)<sup>306</sup>. Особливість застосування ноксального позову полягала в наслідках та його значенні. Так, по-перше, відповідальною особою за цим позовом був господар раба на момент вчинення делікту (як добросовісний, так і недобросовісний); по-друге, суть вимоги позивача полягала у видачі раба його господарем; по-третє, таку вимогу суддя задовольняв за умови, що раб учинив делікт без відома свого господаря, тобто останній не міг заборонити здійснення протиправної дії; а якщо з відома господаря, — то останній ніс відповідальність у повному обсязі, так як вважалося, що делікт вчинив він.

Таким чином, ноксальну відповідальність було запроваджено з єдиною метою — незалежно від того, ким завдано шкоди, вона має бути відшкодована, крім випадків передбачених законом (неперекорна сила, випадок, умисел потерпілого).

За класичним римським правом, як відзначав Ю. Барон, сферу застосування *actiones noxales* було розширено. Так, до ноксальної відповідальності притягувалися: 1) батько за всі делікти підвладних дітей; 2) господар за всі делікти рабів; 3) власник за всі випадки завдання шкоди домашніми тваринами<sup>307</sup>. Однак, таке розширене тлумачення є винаходом пандектистів, а не заслугою римських юристів.

Під впливом римського права формується інститут деліктної відповідальності, зокрема ноксальної, у праві ряду європейських країн. Так, найбільш яскравим вираженням правонаступництва римського приватного права є французьке, німецьке та українське законодавство.

За деліктним правом Франції теорія ноксальної відповідальності відображена в двохчленній конструкції. Так, перша частина цієї конструкції містить загальний принцип за яким відповідальність покладається на особу не лише за шкоду, завдану їй власними діями, але й за шкоду, завдану діями тих, за кого вона повинна відповідати (ч. 1 ст. 1384 ЦКФ). На відміну від вищенаведеного загального правила ноксальної відповідальності, друга частина містить окремі випадки покладення ноксальної відповідальності за

<sup>306</sup> *Дигести* Юстиніана. [В 8 т.]. Т. 2 / [пер. с лат. А. И. Солопова, Д. А. Литвинова, Л. Л. Кофанова, М. Д. Соломатина]; [отв. ред. Л. Л. Кофанов]. — Москва: Статут, 2002. — С. 445.

<sup>307</sup> *Барон Ю.* Система римского гражданского права. Кн. IV. Обязательственное право / Ю. Барон; [пер. с нем. Л. Петражицкого]. — [3-е изд.]. — Санкт-Петербург: Изд. Н. К. Маргынова, 1910. — С. 251.

окремі делікти. Так, до відповідальності притягуються: 1) батько і мати за шкоду, завдану їх неповнолітніми дітьми, які проживають разом з ними (ч. 4 ст. 1384 ЦКФ); 2) господарі та роботодавці за шкоду, завдану їх службовцями і робітниками при виконанні останніми обов'язків, для яких їх було найнято (ч. 5 ст. 1384 ЦКФ); 3) наставники та ремісники за шкоду, завдану їх вихованцями і підмайстерями, коли вони знаходяться під їх наглядом (ч. 6 ст. 1384 ЦКФ); 4) власники та інші володільці тварин за шкоду, завдану останніми (ст. 1385 ЦКФ).

На відміну від французької, німецька цивільно-правова доктрина не містить загального принципу ноксальної відповідальності, а встановлює правила відповідальності за окремі делікти. Так, ЦУН містить норми про відповідальність: 1) замовника за шкоду, завдану його виконавцем (§ 831); 2) осіб, які зобов'язані за законом або договором здійснювати нагляд за іншою особою, яка внаслідок неповноліття чи свого психічного або фізичного стану потребує нагляду, за шкоду, завдану такими особами третій особі (§ 832); 3) власника чи утримувача (за договором) тварини за шкоду, завдану такою твариною (§ 833 та § 834).

Деліктне право України відтворило німецьку концепцію ноксальної відповідальності за окремі делікти. Так, за шкоду, завдану працівником під час виконання ним своїх трудових (службових) обов'язків відповідальність настає для юридичної чи фізичної особи, з якою працівник перебуває у трудових відносинах (ст. 1172 ЦКУ); за шкоду, завдану малолітніми особами відповідальність покладається на їхніх батьків (усиновлювачів) або опікунів чи інших фізичних осіб, які на правових підставах здійснюють її виховання (ст. 1178 ЦКУ); якщо неповнолітня особа немає майна, достатнього для відшкодування завданої нею шкоди, то цю шкоду відшкодовують субсидіарно її батьки (усиновлювачі) або піклувальник, а у разі, якщо неповнолітня особа перебуває в закладі, який за законом здійснює щодо неї функції піклувальника, то і цей заклад (ст. 1179 ЦКУ); відшкодування шкоди, завданої недієздатною особою здійснюється опікуном або закладом, який зобов'язаний здійснювати нагляд за нею (ст. 1191 ЦКУ); за шкоду, завдану дикими звірами, службовими собаками та собаками бійцівських порід відповідальність настає для осіб, які на відповідній правовій підставі їх утримували (ст. 1187 ЦКУ).

Деліктна відповідальність за французьким, німецьким і українським правом ґрунтується на єдиних принципах, рецепційованих із римського приватного права. Це зумовило наявність єдиних об'єктивних і суб'єктивних умов виникнення ноксальної відповідальності: 1) їх протиправної поведінки, що може полягати як

у неналежному здійсненні нагляду за підвладними особами (дії), так і в нездійсненні такого нагляду (бездіяльності), що спричинило завдання шкоди; 2) причинно-наслідковий зв'язок, який має складний характер, тому слід встановити зв'язок між суб'єктом відповідальності та безпосереднім завдавачем шкоди; 3) вину, що полягає в неналежному здійсненні нагляду за підвладними особами чи в нездійсненні його; 4) підставою звільнення від відповідальності є доведення факту неможливості попередити завдання шкоди. Однак їх суть та зміст мають низку відмінностей щодо окремих деліктів.

Відносно відповідальності батьків за шкоду, завдану їх неповнолітніми дітьми, то за французькою конструкцією деліктного права вона має солідарний характер за умов, що діти проживають разом із батьками. Відповідно, у разі відсутності спільного їх проживання, для батьків виникає дольова (часткова) відповідальність, залежно від ступеня виконання покладених на них законом батьківських обов'язків. Солідарний характер відповідальності батьків, незалежно від їх спільного проживання з дітьми, закріплює український законодавець. При цьому мова про часткову відповідальність батьків йде лише при завданні шкоди декількома малолітніми чи неповнолітніми особами. Аналогічні українському правила передбачено й німецьким деліктним правом.

Німецький і український законодавець встановлює відповідальність для будь-яких осіб, які за законом або договором зобов'язані були здійснювати нагляд за неповнолітніми (няні, гувернантки, навчальні, виховні, лікувальні заклади тощо) та психічно чи фізично хворими особами. При цьому, їх вина презюмується, тобто вони вважаються винними доти, поки не доведуть її відсутність. Для Франції характерним є покладення відповідальності на зазначених осіб не за законом (крім наставників і ремісників), а за деліктним правом, що відображено у судовій практиці. Особливість французької правової доктрини полягає в тому, що обов'язок доведення відсутності вини покладається на батьків і ремісників, а обов'язок доведення наявності вини наставників — на позивача в судовому процесі.

Певні відмінності існують щодо покладення відповідальності за шкоду, завдану тваринами. За ЦКФ (ст. 1385) цей делікт наділений такими ознаками: а) відповідальність настає для її власника або особи, яка нею користується; б) тварина перебувала в утриманні суб'єкта відповідальності; в) відповідальність для зазначеної особи настає незалежно від того, перебувала тварина на момент завдання шкоди в користуванні відповідача чи заблукала або утнула; г) відповідальність настає незалежно від вини власника або особи, яка твариною користується.

Істотні особливості вбачаємо у врегулюванні даного делікту ЦУН. Так, згідно § 833 ЦУН відповідальність для власника тварини за шкоду, завдану смертю, тілесними ушкодженнями або здоров'ю людини чи пошкодженням речі настає незалежно від його вини. Однак, якщо шкоди завдано домашньою твариною, яка призначена для здійснення професійної і підприємницької діяльності чи для одержання засобів на утримання її володільця, то на засадах його вини. При цьому, на позивача покладається обов'язок доведення факту нездійснення власником належної турботи при нагляді за твариною. Особа, яка за договором здійснює нагляд за твариною несе відповідальність за завдану нею шкоду, також, на засадах вини.

Подібну ЦУН норму можна віднайти в цивільному законодавстві України. Відповідно до ст. 1187 ЦКУ, на власників та осіб, які на певній правовій підставі утримують диких звірів, службових собак та собак бійцівських порід відповідальність покладається незалежно від їх вини. Відповідно, у разі завдання шкоди іншими домашніми тваринами до відповідальності можна притягнути їх власника чи володільця на загальних засадах деліктної відповідальності, тобто на засадах їх вини (ст. 1166 ЦКУ). Однак, за цивільним правом України застосовується презумпція вини відповідальної особи, тому обов'язок доведення відсутності її вини покладається на нею.

Найбільші проблеми виникають при застосуванні норм про відповідальність роботодавця (підприємця) за шкоду, завдану його працівниками.

За французьким правом (ч. 5 ст. 1384 ЦКФ) господарі та роботодавці за шкоду, завдану їх службовцями та робітниками несуть за наступних умов: а) шкоди, завдано службовцями та робітниками; б) при виконанні ними обов'язків для яких їх найнято; в) службовець та робітник, якщо до нього було подано позов, зобов'язаний би відшкодувати потерпілому шкоду, завдану його протиправною поведінкою.

Французький суд розглядає факт завдання шкоди службовцями та робітниками як факт завдання шкоди особами, які зобов'язані слідувати вказівкам та інструкціям роботодавця при виконанні покладених на них обов'язків. При цьому, останні мають право відмовитися, якщо це стосується їх професійної сфери та не відповідає професійній сфері роботодавця. Якщо найнятого працівника було переведено до іншого підприємця, то відповідальною особою вважається роботодавець, вказівки якого повинен був виконувати працівник. Якщо уповноваженою особою давати розпорядження працівнику були обидва підприємця, то судова практика поділяє діяльність найнятого працівника на окремі сфери. Відповідно, пок-

ладення відповідальності за протиправне завдання шкоди працівником ставиться в залежність від цих сфер впливу<sup>308</sup>.

Для покладення відповідальності на роботодавця обов'язковим є встановити факт завдання шкоди службовцем і робітником при виконанні покладених на них обов'язків. Відповідно, якщо останні вийшли за межі своїх обов'язків, для виконання яких їх найнято, то вони несуть відповідальність самостійно.

Однак, судова практика тлумачить деліктну відповідальність підприємців значно широко. Наприклад, якщо фермер відправив свого сільськогосподарського робітника взяти потрібний інвентар у сусіда, то він несе відповідальність за шкоду, завдану цим робітником, внаслідок того, що останній виявив необережність при наповненні своєї запальнички бензином, що спричинило пожежу. Крім того, за умисні незаконні дії робітників, також, покладають відповідальність на підприємця. Якщо шофер бійкою намагається довести правильність керування автомобілем з іншими учасниками дорожнього руху, то відповідальність покладається на транспортне підприємство. Судова практика вважає, що шофери вантажівок схильні таким шляхом закінчувати дискусії з третіми особами про спосіб керування автомобілем, тому власники транспортних підприємств зобов'язані включати цю обставину до сфери свого ризику<sup>309</sup>.

Відносно третьої умови покладення відповідальності на підприємця, про яку замовчує законодавець, то обов'язковим є наявність вини його службовця та робітника у вчиненні протиправних дій. Відповідно неделіктоздатність останнього звільняє підприємця від відповідальності. Однак, якщо підприємець був обізнаний про це при прийнятті його на роботу, то він несе відповідальність за завдану останнім шкоду за відсутності його вини. При цьому, обов'язок доведення вини службовця та роботодавця покладається на потерпілого<sup>310</sup>.

Аналогічні французькій правовій доктрині правила покладення обов'язку відшкодувати шкоду, завдану виконавцем робіт встановлює ЦУН. Однак, для деліктного права Німеччини характерними є певні особливості. Так, для покладення на підприємця відповідальності за шкоду, завдану найнятим виконавцем, потерпілий повинен довести наявність вини відповідальної особи. Якщо ж потерпілий не спроможний буде довести вину підприємця, то він повинен

---

<sup>308</sup> Цвайгерт К. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. [В 2 т]. Т. 2 / К. Цвайгерт, Х. Кетц. — Москва : Междунар. отношения, 1998. — С. 415.

<sup>309</sup> Там само. — С. 415.

<sup>310</sup> Там само. — С. 416.

буде задовольнятися незначними сумами, одержаними згідно Закону про дорожній рух або Закону про відповідальність за завдані збитки. У зв'язку з цією обставиною судова практика допускає переміщення позову про відшкодування збитків із деліктного права в договірне. Завдяки такому переміщенню відповідач не може скористатися виправдувальними доказами, тому несе перед позивачем відповідальність за вину свого персоналу, як його «партнер за договором». Наприклад, якщо службовець дилерської фірми не вивішав до демонстраційного залу таблиці про попередження щодо натертого паркету, що спричинило травму клієнта, то останній має право від фірми вимагати відшкодування збитків за договором. Для покладення відповідальності на підприємця за шкоду, завдану особам, які є представниками влади (наприклад, судовими виконавцями) судова практика застосовувала поняття «діловий контракт», але в розумінні «соціального контракту»<sup>311</sup>.

Загальні умови відповідальності фізичної або юридичної особи за шкоду, завдану їх працівником за законодавством України (ст. 1172 ЦКУ) аналогічні деліктному праву Франції. Винятком є покладення обов'язку доведення відсутності вини на відповідальну особу.

Слід відзначити, що, за трьома правовими доктринами, відшкодувавши завдану працівником (службовцем) чи іншою особою шкоду, фізична чи юридична особа, а також інші суб'єкти відповідальності мають право зворотної вимоги (регресу) до безпосереднього заподіювача шкоди, з вини якого було завдано шкоди, у розмірі виплаченого відшкодування.

Таким чином, вищенаведене дозволяє зробити наступні висновки:

- запровадження ноксальної відповідальності є намаганням максимально захистити майнові права потерпілого у разі завдання йому шкоди;
- ноксальна відповідальність виникає за наявності загальних умов деліктної відповідальності;
- при притягненні до ноксальної відповідальності спостерігається змагання двох принципів: «принципу вини» та «принципу відсутності вини»;
- правила про ноксальну відповідальність за деліктним правом Німеччини, Франції та України мають багато спільного, що дозволяє зробити висновок про спільну правову доктрину — римське приватне право, тобто про наявність його рецепції.

---

<sup>311</sup> Цвайгерт К. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. [В 2 т]. Т. 2 / К. Цвайгерт, Х. Кетц. — Москва : Междунар. отношения, 1998. — С. 411–412.

### *Перелік нормативних актів*

1. Конституція України : Закон України від 28.06.1996 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 30. — Ст. 141 ; (тлумачення від 15.03.2016 р.) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр>.
2. Цивільний кодекс України : Закон України від 16.01.2003 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 40–44. — Ст. 356 ; (у ред. від 01.04.2016 р.) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/435-15>.
3. Цивільний кодекс Української РСР : Закон України від 18.07.1963 р. // Відомості Верховної Ради УРСР. — 1963. — № 30. — Ст. 463 (втрата чинності від 01.01.2004 р. на підставі Кодексу № 435-IV від 16.01.2003 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 40–44. — Ст. 356) ; [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1540-06>.
4. Кодекс законів про працю України : Закон України від 10.12.1971 р. // Відомості Верховної Ради. — 1971. — Дод. до № 50. — Ст. 375 ; (у ред. від 24.02.2016 р.) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/322-08>.
5. Земельний кодекс України : Закон України від 25.10.2001 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2002. — № 3–4. — Ст. 27 ; (у ред. від 03.04.2016 р.) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2768-14>.
6. Сімейний кодекс України : Закон України від 10.01.2002 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2002. — № 21–22. — Ст. 135 ; (у ред. від 21.02.2016 р.) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2947-14>.
7. Господарський кодекс України : Закон України від 16.01.2003 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 18, 19–20, 21–22. — Ст. 144 ; (у ред. від 01.04.2016 р.) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/436-15>.
8. Цивільний процесуальний кодекс України : Закон України від 18.03.2004 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2004. — № 40–41, 42. — Ст. 492 ; (у ред. від 01.04.2016 р.) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1618-15>.

9. Бернська конвенція з охорони літературних та художніх творів : Паризький Акт від 24.07.1971 р. // Офіційний вісник України. — 2007. — № 17. — Ст. 2809 ; (приєднання від 31.05.1995 р.) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995\\_051](http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995_051).
10. Віденська Конвенція про правонаступництво держав щодо державної власності, державних архівів і державних боргів : Міжнародний документ від 08.04.1983 р. (приєднання від 17.11.1992 р.) : постанова Верховної Ради України № 2784-XI // Відомості Верховної Ради України. — 1992. — № 49. — Ст. 672 ; [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995\\_072](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_072).
11. Гаазький акт Гаазької угоди про міжнародну реєстрацію промислових зразків : Міжнародний документ від 28.11.1960 р. (приєднання від 17.01.2002 р.) // Відомості Верховної Ради України. — 2002. — № 21–22. — Ст. 138) ; [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995\\_132](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_132).
12. Договір про Європейський Союз : Міжнародний документ від 07.02.1992 (у ред. від 13.12.2007 р.) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994\\_029](http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/994_029).
13. Договір про закони щодо товарних знаків : Міжнародний документ від 27.10.1994 р. (ратифіковано Законом від 13.10.1995 р.) // Відомості Верховної Ради України. — 1995. — № 37. — Ст. 281 ; (у ред. від 13.10.1995 р.) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/380/95-вр>.
14. Женевська конвенція : Міжнародний документ від 07.06.1930 р. (приєднання від 06.07.1999 р. Закон № 828-XIV від 06.07.99 р.) // Відомості Верховної Ради України. — 1999. — № 34. — Ст. 292 ; (у ред. від 06.07.1999 р.) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995\\_008](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_008).
15. Загальна декларація прав людини : Міжнародний документ від 10.12.1948 р. // Офіційний вісник України. — 2008. — № 93. — Від стор. 89, Ст. 3103 ; [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995\\_015](http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995_015).
16. Конвенції про заснування Всесвітньої Організації Інтелектуальної Власності : Міжнародний документ від 14.07.1967 р. (у ред. від 14.07.1967 р.) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995\\_169](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_169).
17. Конвенція про договір міжнародного перевезення вантажів : Міжнародний документ від 19.05.1956 р. (приєднання з застереженням Закон № 57-V від 01.08.2006 р.) // Відомості Верховної Ради України. — 2006. — № 39. — Ст. 341 ; [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995\\_234](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_234).
18. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод : Міжнародний документ від 04.11.1950 р. (у ред. від 01.06.2010 р.) (Конвенцію ратифіковано Законом № 475/97-ВР від 17.07.97 р.) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995\\_004](http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/995_004).
19. Конвенція про права дитини : Міжнародний документ від 20.11.1989 р. // Зібрання чинних міжнародних договорів України. — 1990. — № 1. —



- С. 205 ; (у ред. від 20.11.2014 р.) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua>.
20. Конвенція про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних і кримінальних справах : Міжнародний документ від 22.01.1993 р. (ратифіковано із застереженнями Законом від 10.11.1994 р.) // Відомості Верховної Ради України. — 1994. — № 46. — Ст. 417 ; [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/997\\_009](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/997_009).
  21. Конвенція УНІДРУА про міжнародний факторинг : Міжнародний документ від 28.05.1988 р. (приєднання на підставі Закону № 3302-IV від 11.01.2006 р.) // Відомості Верховної Ради України. — 2006. — № 16. — Ст. 139 ; [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995\\_210](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_210).
  22. Конвенція УНІДРУА Про міжнародний фінансовий лізинг : Міжнародний документ від 28.05.1988 р. (приєднання від 11.01.2006 р. на підставі Закону № 3301-IV від 11.01.2006 р.) // Відомості Верховної Ради України. — 2006. — № 16. — Ст. 138 ; [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995\\_263](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_263).
  23. Мадридська угода про міжнародну реєстрацію знаків : Міжнародний документ від 14.04.1891 р. (набрання чинності для України від 25.12.1991 р.) // Зібрання чинних міжнародних договорів України. — 1990. — № 1. — С. 348 ; [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995\\_134](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_134).
  24. Міжнародна конвенція з охорони нових сортів рослин : Міжнародний документ від 02.12.1961 р. (приєднання від 02.08.2006 р. на підставі Закону № 60-V від 02.08.2006 р.) // Відомості Верховної Ради України. — 2006. — № 39. — Ст. 343 ; [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995\\_856](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_856).
  25. Ніщцька угода про Міжнародну класифікацію товарів і послуг для реєстрації знаків : Міжнародний документ від 15.06.1957 р. (приєднання до на підставі Закону № 1762-III від 01.06.2000 р.) // Відомості Верховної Ради України. — 2000. — № 35. — Ст. 284 ; [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995\\_066](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_066).
  26. Паризька конвенція про охорону промислової власності : Міжнародний документ від 20.03.1883 р. (набрання чинності для України від 25.12.1991 р.) // Зібрання чинних міжнародних договорів України. — 1990. — № 1. — С. 320 ; [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995\\_123](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_123).
  27. Про авторське право і суміжні права : Закон України від 23.12.1993 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1994. — № 13. — Ст. 64 ; (у ред. від 13.01.2016 р.) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/3792-12>.
  28. Про адвокатуру та адвокатську діяльність : Закон України від 05.07.2012 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2013. — № 27. — Ст. 282 ; (у ред. від 06.02.2015 р.) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/5076-17>.
  29. Про акціонерні товариства : Закон України від 17.09.2008 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2008. — № 50–51. — Ст. 384 ; (у ред.

- від 01.01.2016 р.) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/514-17>.
30. Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини : Закон України від 23.02.2006 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2006. — № 30. — Ст. 260 ; (у ред. від 02.12.2012 р.) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/3477-15>.
  31. Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом : Закон України від 14.05.1992 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1992. — № 31. — Ст. 440 ; (у ред. від 16.01.2016 р.) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2343-12>.
  32. Про відповідальність за несвоєчасне виконання грошових зобов'язань : Закон України від 22.11.1996 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1997. — № 5. — Ст. 28 ; (тлумачення від 11.07.2013 р.) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/543/96-вр>.
  33. Про вступ України до Світової організації торгівлі : Міжнародний документ від 05.02.2008 р. (рафіковано Законом № 250-VI від 10.04.2008 р.) // Відомості Верховної Ради України. — 2008. — № 23. — Ст. 213 ; [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/981\\_049](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/981_049).
  34. Про господарські товариства : Закон України від 19.09.1991 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1991. — № 49. — Ст. 683 ; (у ред. від 01.01.2016 р.) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1576-12>.
  35. Про громадські об'єднання : Закон України від 22.03.2012 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2013. — № 1. — Ст. 1 ; (у ред. від 01.01.2016 р.) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4572-17>.
  36. Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень : Закон України від 01.07.2004 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2004. — № 51. — Ст. 553 ; (у ред. від 01.01.2016 р.) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1952-15>.
  37. Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб — підприємців : Закон України від 15.05.2003 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 31–32. — Ст. 263 ; (у ред. від 01.01.2016 р.) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/755-15>.
  38. Про деякі аспекти набуття права власності на об'єкти безхазяйного нерухомого майна : роз'яснення Міністерства юстиції України від 13.10.2011 р. // Бізнес-Бухгалтерія-Право. — 2011. — № 46. — С. 45 ; (у ред. від 13.10.2011 р.) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/n0065323-11>.
  39. Про доступ до публічної інформації : Закон України від 13.01.2011 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2011. — № 32. — Ст. 314 ; (у ред. від 01.05.2015 р.) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/2939-17>.
  40. Про електронну комерцію : Закон України від 03.09.2015 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2015. — № 45. — Ст. 410 ; [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/675-19>.

41. Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень : Закон України від 18.11.2003 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2004. — № 11. — Ст. 140 ; (у ред. від 06.11.2014 р.) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1255-15>.
42. 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 ; (у ред. від 01.10.2011 р.) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1629-15>.
43. Про заставу : Закон України від 02.10.1992 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1992. — № 47. — Ст. 642 ; (у ред. від 06.11.2014 р.) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2654-12>.
44. Про затвердження плану першочергових заходів щодо інтеграції України до Європейського Союзу на 2013 р. : розпорядження Кабінету Міністрів України від 13.02.2013 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/73-2013-%D1%80>.
45. Про затвердження плану першочергових заходів щодо інтеграції України до Європейського Союзу на 2012 р. : розпорядження Кабінету Міністрів України від 05.04.2012 р. [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/184-2012-%D1%80>.
46. Про затвердження Положення про порядок укладання, виконання і денонсації міжнародних договорів України міжвідомчого характеру : постановою Кабінету Міністрів України № 422 від 17.06.1994 р. (у ред. від 11.05.2006 р.) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/422-94-%D0%BF>.
47. Про захист від недобросовісної конкуренції : Закон України від 07.06.1996 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 36. — Ст. 164 ; (у ред. від 03.03.2016 р.) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/lawsshow/236/96-%D0%B2%D1%80>.
48. Про захист інформації в інформаційно-телекомунікаційних системах : Закон України від 05.07.1994 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1994. — № 31. — Ст. 286 ; (у ред. від 19.04.2014 р.) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/80/94-%D0%B2%D1%80>.
49. Про захист прав людини і основних свобод : Європейська конвенція, Міжнародний документ від 04.11.1950 р. (ратифіковано Законом від 17.07.1997 р.) // Відомості Верховної Ради України. — 1997. — № 40. — Ст. 263 ; (у ред. від 01.06.2010 р.) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995\\_004](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_004).
50. Про захист прав споживачів : Закон України від 12.05.1991 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1991. — № 30. — Ст. 379 ; (у ред. від 01.01.2016 р.) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1023-12>.
51. Про заходи щодо законодавчого забезпечення реформування пенсійної системи раїни від 08.07.2011 № 3668-VI // Відомості Верховної Ради України. — 2012. — № 12–13. — Ст. 82 ; (у ред. 01.01.2016 р.) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/3668-17>.

52. Про здійснення державних закупівель : Закон України від 10.04.2014 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2014. — № 24. — Ст. 883 ; (у ред. від 01.04.2016 р.) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/493/95>.
53. Про імплементацію Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським Співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони : розпорядження Кабінету Міністрів України від 17.09.2014 р. № 847-р (зі змінами від від 22.03.2016 р.) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/847-2014-%D1%80>.
54. Про інформацію : Закон України від 02.10.1992 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1992. — № 48. — Ст. 650 ; (у ред. від 21.05.2015 р.) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2657-12>.
55. Про іпотеку : Закон України від 05.06.2003 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2003. — № 38. — Ст. 313 ; (у ред. від 06.11.2014 р.) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/898-15>.
56. Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати : Закон України від 19.06.2003 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2004. — № 1. — Ст. 1 ; (у ред. від 06.12.2012 р.) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/979-15>.
57. Про іпотечні облігації : Закон України від 22.12.2005 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2006. — № 16. — Ст. 134 ; (у ред. від 18.08.2012 р.) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/3273-15>.
58. Про колективне сільськогосподарське підприємство : Закон України від 14.02.1992 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1992. — № 20. — Ст. 272 ; (у ред. від 06.11.2014 р.) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2114-12>.
59. Про Концепцію адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу : постанова Кабінету Міністрів України (у ред. від 21.05.2003 р.) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1496-99-%D0%BF>.
60. Про кооперацію : Закон України від 10.07.2003 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2004. — № 5. — Ст. 35 ; (у ред. від 06.11.2014 р.) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1087-15>.
61. Про міжнародне приватне право : Закон України від 23.06.2005 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2005. — № 32. — Ст. 422 ; (у ред. від 09.06.2013 р.) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2709-15>.
62. Про міжнародні договори України : Закон України від 29.06.2004 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2004. — № 50. — Ст. 540 ; (у ред. від 20.07.2014 р.) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/3767-12>.
63. Про оренду землі : Закон України від 6.10.1998 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1998. — № 46–47. — Ст. 280 ; (у ред. від 20.12.2015 р.)

[Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/161-14>.

64. Про охорону прав на винаходи і корисні моделі : Закон України від 15.12.1993 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1994. — № 7. — Ст. 32 ; (у ред. від 05.12.2012 р.) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/3687-12>.
65. Про охорону прав на зазначення походження товарів : Закон України від 16.06.1999 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1994. — № 7. — Ст. 32 ; (у ред. від 05.12.2012 р.) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/752-14>.
66. Про охорону прав на промислові зразки : Закон України від 15.12.1993 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1994. — № 7. — Ст. 34 ; (у ред. від 05.12.2012 р.) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/3688-12>.
67. Про охорону прав на топографії інтегральних мікросхем : Закон України від 05.11.1997 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1998. — № 8. — Ст. 28 ; (у ред. від 05.12.2012 р.) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/621/97-%D0%B2%D1%80>.
68. Про перевезення небезпечних вантажів : Закон України від 06.04.2000 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2000. — № 28. — Ст. 222 ; (у ред. від 28.12.2015 р.) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1644-14>.
69. Про підтвердження курсу України на інтеграцію до Європейського Союзу та першочергові заходи у цьому напрямі : постанова Верховної Ради України від 13.03.2014 р. № 874-VII // Відомості Верховної Ради України. — 2014. — № 16. — Ст. 584 ; [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/874-18>.
70. Про порядок відшкодування шкоди, завданої громадянинуві незаконними діями органів, що здійснюють оперативно-розшукову діяльність, органів досудового розслідування, прокуратури і суду : Закон України від 01.12.1994 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1995. — № 1. — Ст. 1 ; (із змінами від 01.03.2016 р.) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/266/94-%D0%B2%D1%80>.
71. Про приватизацію державного майна : Закон України від 04.03.1992 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1992. — № 24. — Ст. 348 ; (у ред. від 16.02.2016 р.) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/2482-12>.
72. Про ратифікацію Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони : Закон України від 16.09.2014 р. № 1678-VII // Відомості Верховної Ради України. — 2014. — № 40. — Ст. 2021.
73. Про розповсюдження примірників аудіовізуальних творів і фонограм : Закон України від 23.03.2000 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 24. — Ст. 183 ; (у ред. від 13.01.2016 р.) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1587-14>.
74. Про страхування : Закон України від 07.03.1996 р. // Відомості Верховної Ради України. — 1996. — № 18. — Ст. 78 ; (у ред. від 11.07.2014 р.)

[Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/85/96-%D0%B2%D1%80>.

75. Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю : Закон України від 06.02.2013 р. // Відомості Верховної Ради України. — 2004. — № 12. — Ст. 155 ; [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/72-2013-%D1%80>.
76. Римська конвенція про охорону інтересів виконавців, виробників фонограм, а також виробників організацій мовлення : Міжнародний документ від 26.10.1961 р. (приєднання на підставі Закону № 2730-III від 20.09.2001 р.) // Відомості Верховної Ради України. — 2002. — № 2. — Ст. 13 ; [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995\\_763](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/995_763).
77. Угода між Україною та Республікою Беларусь про взаємне визнання права та регулювання відносин власності : Міжнародний документ від 22.01.1993 р. (ратифіковано Постановою ВР № 3314-XII від 22.06.1993 р.) // Відомості Верховної Ради України. — 1993. — № 30. — Ст. 330 ; [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/112\\_250](http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/112_250).
78. Угода між Україною та Російською Федерацією про взаємне визнання прав та регулювання відносин власності : Міжнародний документ від 15.01.1993 р. (ратифіковано Постановою ВР № 3313-XII від 22.06.1993 р.) // Відомості Верховної Ради України. — 1993. — № 30. — Ст. 329 ; [Електронний ресурс]. — Режим доступу: <http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/3313-12>.
79. Угода між Урядом України та Урядом Республіки Молдова про взаємне визнання прав та регулювання відносин власності : Міжнародний документ від 11.08.1994 р. (ратифіковано Законом № 2666-III від 12.07.2001 р.) // Відомості Верховної Ради України. — 2001. — № 46. — Ст. 242 ; [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/498\\_043](http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/498_043).
80. Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони : Міжнародний документ від 27.06.2014 р. (у ред. від 30.11.2015 р.) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/984\\_011](http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/984_011).
81. Угода про партнерство і співробітництво між Україною і Європейськими Співтовариствами та їх державами-членами : Угода, Протокол, Міжнародний документ від 14.06.1994 р. (ред. від 16.09.2014 р.) [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/998\\_012](http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/998_012).
82. Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності : Міжнародний документ від 15.04.1994 р. // Офіційний вісник України. — 2010. — № 84. — С. 503. — Ст. 2989 ; [Електронний ресурс]. — Режим доступу: [http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/981\\_018](http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/981_018).

## *Спеціальна література*

1. Kharytonov E. O. On the issue of methodological improvement of national civil legislation based on the principles of DCFR / E. O. Kharytonov, Y. S. Sukha, M. O. Heiko // Принципи DCFR як методологічна основа вдосконалення національного цивільного законодавства : Цивілістичні читання, присвячені пам'яті І. В. Шерешевського : матеріали Інтернет-конф. (м. Одеса, 5 груд. 2014 р.). — Одеса : Фенікс, 2014. — С. 147–149.
2. Kharytonov E. O. Principles of DCFR as methodological basis for improvement of national civil legislation / E. O. Kharytonov, Y. S. Sukha, M. O. Heiko // Часопис цивілістики : наук.-практ. журн. — 2014. — № 17. — С. 16–22.
3. Koschaker P. Die Krise des römischen Rechts und die romanistische Rechtswissenschaft Beck / P. Koschaker. — München ; Berlin : Beck, 1938 — 86 p.
4. Koschaker P. Europa und das römische Recht / P. Koschaker. — München; Berlin : Beck, 1958. — 378 p.
5. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of reference (DCFR). Full Edition. Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group). Vol. I–VI / ed. by Christian von Bar and Eric Clive. — Munich, 2009. — 650 p.
6. Sukha Y. S. Principles of DCFR as methodological basis for improvement of national civil legislation / Y. S. Sukha, E. O. Kharytonov, M. O. Heiko // Часопис цивілістики : наук.-практ. журн. — 2014. — Вип. 17. — С. 16–23.
7. Sukha Y. S. The principle of contractual security in European private law and its implementation in civil law of Ukraine / Y. S. Sukha // Часопис цивілістики : наук.-практ. журн. — 2015. — Вип. 19. — С. 23–28.
8. Watson A. Evolution of Western Private Law (Expanded Edition) / A. Watson. — Baltimore ; London : Johns Hopkins University Press, 2000. — 320 p.
9. Акіменко Ю. Ю. Роль модельних правил європейського приватного права у гармонізації цивільного права країн-членів ЄС / Ю. Ю. Акіменко // Роль принципів DCFR в імплементації Угоди про асоціацію ЄС-Україна : круглий стіл (м. Одеса, 11 груд. 2015 р.). — Одеса : Фенікс. — С. 17–19.
10. Анцупова Т. О. Процесуальне право Ради Європи: питання теорії і практики : монографія / Т. О. Анцупова. — Одеса : Фенікс, 2013. — 385 с.
11. Батура О. «Доля на внутрішньому ринку» для України у рамках Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом / О. Батура, О. Кретьова // Право України : юрид. журн. — 2015. — № 10. — С. 97–104.
12. Березовська І. Концепція прозорості в Угоді про асоціацію між Україною та Європейським Союзом / І. Березовська // Право України : юрид. журн. — 2015. — № 8. — С. 53–64.
13. Вишневецький А. Коментар до Меморандуму про співпрацю між Національною асоціацією адвокатів України та Міністерством юстиції України у сфері надання безоплатної правової допомоги / А. Вишневецький // Вісник Національної асоціації адвокатів України : офіц. бюл. Нац. асоц. адвокатів України. — 2014. — № 1. — С. 61–63.
14. Влялько І. Імплементація положень Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом у сфері державних закупівель / І. Влялько // Право України : юрид. журн. — 2015. — № 8. — С. 83–92.

15. Вляцько І. Проект Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом: аналіз положень щодо створення зони вільної торгівлі / І. Вляцько // Віче : теорет. і громад.-політ. журн. — 2013. — № 22. — С. 9–12.
16. Волкова Д. Є. Рішення Європейського Союзу з прав людини про свободу асоціацій у справах за участю України / Д. Є. Волкова // Держава і право. Сер. Юридичні і політичні науки : зб. наук. пр. — 2013. — Вип. 60. — С. 106–111.
17. Вулф Л. Винайдення Східної Європи: Мапа цивілізації у свідомості епохи Просвітництва / Л. Вулф ; [пер. з англ. С. Біленького]. — Київ : Часопис «Критика», 2009. — 592 с.
18. Голубева Н. Ю. Особенности регулювання в DCFR обов'язальств с множественностью на стороне должника / Н. Ю. Голубева // Від засад римського права до принципів приватного права ЄС : матеріали круглого столу (м. Одеса, 29 трав. 2015 р.). — Одеса : Фенікс, 2015. — С. 9–14.
19. Гражданское право. В 4 т. Т. 1. Общая часть / отв. ред. Е. А. Суханов. — Москва : Волтерс Клувер, 2010. — 720 с.
20. Гришак С. В. Теоретичні основи адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу / С. В. Гришак // Форум права. — 2012. — № 4. — С. 273–275.
21. Дженіс М. Європейське право у галузі прав людини: джерела і практика застосування : [пер. з англ.] / М. Дженіс, Р. Кей, Е. Бредлі. — Київ : АртЕк, 1997. — 624 с.
22. Діковська І. Принципи права у проєкті Спільних підходів (DCFR) / І. Діковська // Вісник Київського національного університету ім. Т. Шевченка. Юридичні науки. — 2012. — Вип. 93. — С. 43–45.
23. Дрішлюк А. І. До питання про загальні засади цивільного права України (проблеми теорії та практики) / А. І. Дрішлюк // Від засад римського права до принципів приватного права ЄС : матеріали круглого столу (м. Одеса, 29 трав. 2015 р.). — Одеса : Фенікс, 2015. — С. 14–16.
24. Европейское право : учеб. для вузов / Л. М. Энтин, А. А. Наку, С. В. Водолагин [и др.] ; рук. авт. кол. и отв. ред. Л. М. Энтин ; Моск. гос. ин-т МО (ун-т) МИД РФ, Ин-т европейского права. — Москва : НОРМА-ИНФРА, 2001. — 720 с.
25. Казанцев В. И. Вещное право : курс лекций / В. И. Казанцев. — Москва : Экзамен, 2007. — 223 с.
26. Кирилюк А. В. Право інтелектуальної власності : навч.-метод. посіб. / А. В. Кирилюк, Н. П. Бааджи, О. В. Бігняк ; НУ ОЮА. — Одеса : Фенікс, 2012. — 186 с.
27. Киян М. Ш. Рух за права людини в Україні в контексті Європейської інтеграції / М. Ш. Киян, М. Г. Окладна // Громадянське суспільство і права людини : матеріали міжнар. наук.-практ. семінару, м. Харків, 9 груд. 2010 р. — Харків, 2010. — С. 40–43.
28. Кузнецова Н. Громадянське суспільство, держава, приватне право : проблеми співвідношення та взаємодії / Н. Кузнецова // Право України. — 2014. — № 4. — С. 63–70.
29. Кулініч О. О. Право інтелектуальної власності : навч. посіб. : рекомендовано МОН України / О. О. Кулініч, Л. Д. Романадзе ; НУ ОЮА. — Одеса : Фенікс, 2011. — 492 с.



30. Луць А. В. Європейські міждержавні правові системи та проблеми інтеграції з ними правової системи України (теоретичні аспекти) : монографія / А. В. Луць ; Ін-т держави і права ім. В. М. Корецького НАН України. — Київ, 2003. — 304 с.
31. Марищенко Л. Угода про асоціацію: шанс на успіх, і випробування на міцність / Л. Марищенко // Віче : теорет. і громад.-політ. журн. — 2015. — № 11. — С. 20–21.
32. Марчук М. І. Інтеграція як чинник еволюції регіональної правової системи: досвід ЄС / М. І. Марчук // Право і безпека. — 2010. — № 3. — С. 30–34.
33. Микієвич М. Імплементация права ЄС у сфері інтелектуальної власності в рамках реалізації Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом / М. Микієвич, Н. Сорока // Право України : юрид. журн. — 2015. — № 8. — С. 65–74.
34. Михайлюк Г. О. Шляхи імплементації стандартів щодо прав інтелектуальної власності, зокрема права комерційних позначень, в контексті угоди про асоціацію між Україною та ЄС / Г. О. Михайлюк // Бюлетень Міністерства юстиції України. — 2014. — № 7. — С. 78–84.
35. Мічурін Є. О. Житлове право України : наук.-практ. посіб. / Є. О. Мічурін, С. О. Сліпченко, О. В. Соболев. — Харків : Еспада, 2001. — 318 с.
36. Муравйов В. Гармонізація законодавства України з правом Європейського Союзу в рамках Угоди про асоціацію між Україною та ЄС / В. Муравйов, Н. Мушак // Віче : теорет. і громад.-політ. журн. — 2013. — № 8. — С. 12–18.
37. Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України. В 2 т. Т. 2 / за відп. ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. — Київ : Юрінком Інтер, 2005. — 1008 с.
38. Некіт К. Г. Поняття довірчої власності (трасту) у законодавстві європейських країн та модельних правилах європейського приватного права / К. Г. Некіт // Молодий вчений. — 2015. — № 2. — С. 822–825.
39. Некіт К. Г. Правовий статус суб'єктів відносин довірчої власності за цивільним законодавством України та Принципами європейського приватного права (DCFR) / К. Г. Некіт // Часопис цивілістики : наук.-практ. журн. — 2015. — № 19. — С. 174–178.
40. Некіт К. Г. Щодо відповідності вимог законодавства України до суб'єктів відносин довірчої власності європейським принципам приватного права / К. Г. Некіт // Від засад римського права до принципів приватного права ЄС : матеріали круглого столу (м. Одеса, 29 трав. 2015 р.). — Одеса : Фенікс, 2015. — С. 16–20.
41. Некіт К. Г. Деякі аспекти трастового фонду за Проектом загальної довідкової схеми (DCFR) у світлі імплементації Угоди про асоціацію між Україною та ЄС / К. Г. Некіт // Правові проблеми цивілізаційного вибору України : матеріали Всеукр. наук. конф., присвяч. пам'яті професора О. К. Вишнякова (м. Одеса, 6 листоп. 2015 р.). — Одеса : Фенікс, 2015. — С. 154–158.
42. Некіт К. Г. Поняття трасту в DCFR та деяких європейських країнах як взірць для українського законодавця / К. Г. Некіт // Принципи DCFR як методологічна основа вдосконалення національного цивільного законо-

- давства : Цивілістичні читання, присвяч. пам'яті І. В. Шерешевського : матеріали Інтернет-конф. (м. Одеса, 5 груд. 2014 р.). — Одеса : Фенікс, 2014. — С. 43–46.
43. Некіт К. Г. Правовий статус суб'єктів відносин довірчої власності у деяких європейських країнах та за принципами DCFR / К. Г. Некіт // Правові та інституційні механізми забезпечення сталого розвитку України : матеріали Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Одеса, 15–16 трав. 2015 р.) : у 2 т. / відп. ред. М. В. Афанасьєва. — Одеса : Юрид. літ., 2015. — Т. 2. — С. 446–448.
  44. Некіт К. Г. Принципи DCFR та сучасна концепція довірчої власності (трасту) в Україні / К. Г. Некіт // Часопис цивілістики : наук.-практ. журн. — 2015. — № 18. — С. 171–175.
  45. Некіт К. Г. Трастовий фонд за Проектом загальної довідкової схеми (DCFR): до питання гармонізації України та ЄС / К. Г. Некіт // Наукові праці Національного університету «Одеська юридична академія» / редкол.: С. В. Ківалов (голов. ред.) [та ін.]. — Одеса, 2015. — Т. XVII / відп. за вип. М. В. Афанасьєва. — С. 271–278.
  46. Олексін О. Інтелектуальна асоціація / О. Олексін // Український юрист : журн. сучас. правника. — 2015. — № 9. — С. 38–41.
  47. Олефр А. Аналіз Угоди про Асоціацію України та ЄС: обіг об'єктів права інтелектуальної власності та інноваційний розвиток / А. Олефр // Юридичний журнал : Аналітичні матеріали. Коментарі. Судова практики. — 2014. — № 4–5. — С. 110–123.
  48. Орзіх Ю. Г. Вплив DCFR на систему нотаріату України / Ю. Г. Орзіх // Роль принципів DCFR в імплементації Угоди про асоціацію ЄС–Україна : матеріали круглого столу (м. Одеса, 11 груд. 2015 р.). — Одеса : Фенікс, 2016. — С. 27–31.
  49. Право власності в Україні : навч. посіб. / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової. — Київ : Юрінком Інтер, 2000. — 812 с.
  50. Право Європейського Союзу : навч. посіб. / за ред. Р. А. Петрова. — [5-те вид., змін. і доп.] (відповідно до положень Лісабон. договору). — Київ : Істина, 2013. — 384 с.
  51. Право Європейського Союзу : підручник : з урахуванням змін, внесених Лісабон. договором 2007 р. / М. Р. Аракелян, М. Д. Василенко ; М-во освіти і науки, молоді та спорту України, Нац. ун-т «Одес. юрид. акад.». — Одеса : Фенікс, 2012. — 390 с.
  52. Право Європейського Союзу. Особлива частина : навч. посіб. (з урахуванням положень Лісабонського договору) / Одес. нац. юрид. акад. ; за ред. М. Р. Аракеяна, О. К. Вишнякова. — Київ : Істина, 2010. — 528 с.
  53. Право Європейського Союзу : навч. посіб. / за заг. ред. Р. А. Петрова. — [3-тє вид., змін. і допов.]. — Київ : Істина, 2010. — 376 с.
  54. Право Європейського Союзу : підручник / за ред. В. І. Муравйова. — Київ : Юрінком Інтер, 2011. — 701 с.
  55. Право інтелектуальної власності : навч. посіб. у запитаннях та відповідях / за заг. ред. О. І. Харитонової ; НУ ОЮА. — Харків : Одиссей, 2012. — 192 с.
  56. Право інтелектуальної власності. Академічний курс : підручник : рекомендовано МОН України / за ред. О. П. Орлюк, О. Д. Святоцького. — Київ : Ін Юре, 2007. — 696 с.

57. Правове забезпечення сфери інтелектуальної власності в Україні в контексті Європейської інтеграції: правові засади : монографія / В. С. Дроб'язко, А. В. Міндрул, О. О. Тверезенко [та ін.] ; за наук. ред. О. П. Орлюк ; — Київ : Лазурит-Поліграф, 2010. — 464 с.
58. Проблеми систематизації приватного права України та Європи : монографія / за заг. ред. Ю. В. Білоусова ; НДІ приват. права і підприємництва АПрНУ. — Київ, 2009. — 204 с.
59. Рассказова Н. Ю. Модельные правила европейского частного права : [пер. с англ.] / науч. ред. Н. Ю. Рассказова. — Москва : Статут, 2013. — 989 с.
60. Ромовська З. В. Українське цивільне право. Право власності. Академічний курс : підручник : рекомендовано МОН України / З. В. Ромовська. — Київ : Прав. Єдність, 2011. — 247 с.
61. Руднева О. М. Розвиток концепції прав людини під впливом глобалізаційних та інтеграційних процесів / О. М. Руднева // Бюлетень Міністерства юстиції України. — 2010. — № 11. — С. 30–36.
62. Рябошлик В. І. Готовність України до асоціації з Європейським Союзом / В. І. Рябошлик // Міжнародні читання з міжнародного права пам'яті професора П. Є. Казанського : матеріали 4-ї міжнар. наук. конф. (м. Одеса, 8–9 листоп. 2013 р.). — 2013. — С. 521–523.
63. Севостьянова Н. І. Виконання рішень Європейського суду з прав людини як форма імплементаційних процесів / Н. І. Севостьянова // Актуальні проблеми держави і права : зб. наук. пр. — Одеса, 2010. — Вип. 52. — С. 310–315.
64. Серета Т. М. Проблеми адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу / Т. М. Серета // Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ. — 2012. — № 1 (3). — С. 50–56.
65. Смирнова К. Імплементация положень про конкуренцію в Угоді про асоціацію між Україною та Європейським Союзом / К. Смирнова // Право України : юрид. журн. — 2015. — № 8. — С. 75–82.
66. Спасова К. І. Деякі питання недоговірних зобов'язань : від римського права до принципів DCFR / К. І. Спасова // Від засад римського права до принципів приватного права ЄС : матеріали круглого столу (м. Одеса, 29 трав. 2015 р.). — Одеса : Фенікс, 2015. — С. 23–27.
67. Спасова К. І. Шкода як загальна умова виникнення зобов'язань за принципами DCFR / К. І. Спасова // Роль принципів DCFR в імплементації Угоди про асоціацію ЄС–Україна : матеріали круглого столу (м. Одеса, 11 груд. 2015 р.). — Одеса : Фенікс, 2016. — С. 37–40.
68. Стрельцова О. Угода про асоціацію між Україною та Європейським Союзом: передумови, проблеми і перспективи / О. Стрельцова // Право України : юрид. журн. — 2012. — № 3–4. — С. 87–97.
69. Стрилец Б. В. Угода про асоціацію між Україною та Європейським Союзом та правове регулювання інвестиційної діяльності / Б. В. Стрилец // Публічне право : наук.-практ. юрид. журн. — 2015. — № 4. — С. 295–303.
70. Суха Ю. С. Зміст принципу договірної безпеки згідно DCFR та його впровадження у національному цивільному законодавстві / Ю. С. Суха // Римське право і сучасність : матеріали Міжнар. наук. конф. (м. Одеса, 29 трав. 2015 р.) / за заг. ред. Є. О. Харитоновна. — Одеса : Фенікс, 2015. — С. 58–60.

71. Суха Ю. С. Принцип свободи як методологічна засада регулювання цивільних відносин: порівняльний аналіз положень DCFR та ЦК України / Ю. С. Суха // Правові та інституційні механізми забезпечення сталого розвитку України : матеріали Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Одеса, 15–16 трав. 2015 р.) : у 2 т. / відп. ред. М. В. Афанасьєва. — Одеса : Юрид. літ., 2015. — Т. 2. — С. 456–458.
72. Сюр Н. В. Правова інтеграція України до Європейського Союзу: теоретико-правове дослідження : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01 / Н. В. Сюр ; Київ. нац. ун-т внутр. справ. — Київ, 2006. — 183 с.
73. Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом і його державами-членами, з іншої сторони. — Б. м. : Б. в., [2014]. — 237 с.
74. Угода про асоціацію Україна–ЄС: дороговказ реформ : EU-Ukraine Association agreement guideline for reforms / упоряд.: О. Сушко [та ін.]. — Б. м. : Ін-т Євро-Атлантичного співробітництва, 2012. — 115 с.
75. Фасій Б. В. Принцип справедливості, добросовісності та розумності субсидіарного застосування норм законодавства: від римського приватного права до модельних правил європейського приватного права / Б. В. Фасій // Від засад римського права до принципів приватного права ЄС : матеріали круглого столу (м. Одеса, 29 трав. 2015 р.). — Одеса : Фенікс, 2015. — С. 20–23.
76. Харитонов Є. О. Право ЄС та України: деякі методологічні питання кореляції у галузі приватного права / Є. О. Харитонов, О. І. Харитонova // Університетські наукові записки. — 2014. — № 2 (50). — С. 59–68.
77. Харитонов Є. О. Принципи DCFR як підгрунття сучасного концепту приватного права ЄС / Є. О. Харитонов // Вісник Південного регіонального центру Національної академії правових наук України = Journal of the South Regional Center of National Academy of Legal Sciences of Ukraine. — 2015. — № 4. — С. 57–63.
78. Харитонов Є. О. Цивільне право України : підручник / Є. О. Харитонов, О. І. Харитонova, О. В. Старцев. — [3-тє вид., переробл. і допов.]. — Київ : Істина, 2011. — 808 с.
79. Харитонов Є. О. Від засад римського права до принципів приватного права ЄС / Є. О. Харитонов // Від засад римського права до принципів приватного права ЄС : матеріали круглого столу (м. Одеса, 29 трав. 2015 р.). — Одеса : Фенікс, 2015. — С. 5–9.
80. Харитонов Є. Проект DCFR як відображення тенденції наднаціонального розвитку концепту приватного права / Є. О. Харитонов, О. І. Харитонova // Сучасні проблеми порівняльного правознавства : зб. наук. пр. / за ред. Ю. С. Шемшученка, Я. В. Лазура ; упоряд.: О. В. Кресін, М. В. Савчин. — Ужгород ; Київ : Говерла, 2015. — С. 152–155.
81. Харитонов Є. О. Принципи DCFR як методологічна основа імплементації Угоди про асоціацію ЄС — Україна / Є. О. Харитонов // Роль принципів DCFR в імплементації Угоди про асоціацію ЄС—Україна : круглий стіл (м. Одеса, 11 груд. 2015 р.) — Одеса : Фенікс, 2016. — С. 5–9.
82. Харитонов Є. О. Принципи DCFR як підгрунття сучасного концепту приватного права ЄС / Є. О. Харитонов, О. І. Харитонova // Вісник Півден-

- ного регіонального центру Національної академії правових наук України. — 2015. — № 4. — С. 56—62.
83. Харитонов Є. О. Принципи DCFR: сутність та значення для гармонізації цивільного законодавства України з правом Європейського Союзу / Є. О. Харитонов, О. І. Харитонova // Часопис цивілістики : наук.-практ. журн. — 2015. — Вип. 18. — С. 164—170.
84. Харитонов Є. О. Проблеми визначення концепту приватного права Європи і принципи DCFR / Є. О. Харитонов, О. І. Харитонova // Принципи DCFR як методологічна основа вдосконалення національного цивільного законодавства : Цивілістичні читання, присвяч. пам'яті І. В. Шерешевського : матеріали Інтернет-конф. (м. Одеса, 5 груд. 2014 р.). — Одеса : Фенікс, 2014. — С. 3—7.
85. Хоменко О. О. Діалог сучасних правових систем. Адаптація правової системи України до європейського права [Електроний ресурс] / О. О. Хоменко // Європейські студії і право. — 2011. — № 3. — Режим доступу: [http://eurolaw.org.ua/docs/2011\\_3/txts/13-Homenko.pdf](http://eurolaw.org.ua/docs/2011_3/txts/13-Homenko.pdf).
86. Цибульська О. Ю. Щодо питання вдосконалення окремих норм спадкового права України на основі базових принципів DCFR / О. Ю. Цибульська // Принципи DCFR як методологічна основа вдосконалення національного цивільного законодавства : Цивілістичні читання, присвячені пам'яті І. В. Шерешевського : матеріали Інтернет-конф. (м. Одеса, 5 груд. 2014 р.). — Одеса : Фенікс, 2014. — С. 139—141.
87. Цивільне законодавство України (основні категорії, принципи та концепти) : монографія / за заг. ред. Є. О. Харитонova. — Одеса : Фенікс, 2012. — 344 с.
88. Цивільне право : підручник. В 2 т. Т. 2 / В. І. Борисова, Л. М. Баранова, Т. І. Бегова [та ін.] ; за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасиво-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. — Харків : Право, 2011. — 816 с.
89. Цивільне право : підручник. У 2 т. Т. 1 / за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасиво-Фатєєвої, В. Л. Яроцького ; Нац. ун-т «Юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого». — Харків : Право, 2014. — 656 с.
90. Цивільне право : підручник. У 2 т. Т. 2 / за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасиво-Фатєєвої, В. Л. Яроцького ; Нац. ун-т «Юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого». — Харків : Право, 2014. — 816 с.
91. Цивільне право України (традиції та новації) : монографія / [С. В. Ківалов та ін. ; за заг. ред. Є. О. Харитонova, Т. С. Ківалової, О. І. Харитонova] ; Нац. ун-т «Одес. юрид. акад». — Одеса : Фенікс, 2010. — 700 с.
92. Цивільне право України : підручник. В 2 т. Т. 2 / С. П. Рабінович. — Львів : Новий Світ-2000, 2014. — 428 с.
93. Цивільне право України. Договірні та недоговірні зобов'язання : підручник / за заг. ред. С. С. Бичкової. — [3-тє вид., змін. та допов.]. — Київ : Алерта, 2014. — 496 с.
94. Цивільне право України. Загальна частина : підручник / за ред. І. А. Бірюкова, Ю. О. Заїки. — Київ : Правова єдність, 2014. — 510 с.
95. Цивільне право України. Загальна частина : підручник / за ред. О. В. Дзєри, Н. С. Кузнецової, Р. А. Майданика. — [3-тє вид., переробл. і допов.]. — Київ : Юрінком Інтер, 2010. — 977 с.

96. Цивільне право України. Загальна частина : підручник / Ю. Л. Бошицький [та ін.] ; НАН України, Київ. ун-т права. — Київ : Ліра-К, 2013. — 760 с.
97. Цивільне право України. Загальна частина : підручник / за ред. В. Г. Фазикоша, С. Б. Булеци. — Київ : Знання, 2010. — 631 с.
98. Цивільне право України. Загальна частина : підручник / за ред. І. А. Бірюкова, Ю. О. Заїки. — Київ : Скіф, 2013. — 528 с.
99. Цивільне право України. Загальна частина : учебник / за ред. О. В. Дзе-ри, Н. С. Кузнецової, Р. А. Майданика. — Київ : Юрінком Інтер, 2010. — 976 с.
100. Цивільне право України. Загальна частина: загальні положення. Особисті немайнові права фіз. особи. Речове право. Спадкове право. Заг. положення про зобов'язання і договори : підручник / І. А. Бірюков [та ін.] ; ред.: І. А. Бірюков, Ю. О. Заїка. — [2-ге вид., змін. та допов.]. — Київ : КНТ, 2008. — 478 с.
101. Цивільне право України. Особлива частина : підручник / за ред. В. Г. Фазикоша, С. Б. Булеци. — Київ : Знання, 2013. — 752 с.
102. Цивільне та сімейне право України : підручник / ред.: Є. О. Харитонов, Н. Ю. Голубева ; Одес. нац. юрид. акад. — Київ : Прав. єдність, 2009. — 968 с.
103. Цивільне та сімейне право : навч.-метод. посіб. Ч. 2 / Є. О. Харитонов, Н. Ю. Голубева, В. О. Гончаренко [та ін.] ; за ред. Є. О. Харитонова. — Одеса : Фенікс, 2014. — 146 с.
104. Цивільний кодекс України : наук.-практ. комент. / Є. О. Харитонова, Ю. Л. Бошицький, Р. О. Стефанчук [та ін.] ; за заг. ред. Є. О. Харитонова, О. І. ХаритонОВОЇ, Н. Ю. Голубевої. — Київ : Правова єдність, 2008. — 740 с.
105. Шенникова Л. В. Вещное право : учеб. пособие / Л. В. Шенникова. — Перм : Изд-во Перм. ун-та, 2001. — 240 с.

*Харитонов Євген Олегович* — доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент Національної академії правових наук України, заслужений діяч науки і техніки України, завідувач кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія»

*Харитонova Олена Іванівна* — доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент Національної академії правових наук України, заслужений діяч науки і техніки України, завідувач кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права Національного університету «Одеська юридична академія»

*Голубева Неллі Юріївна* — доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри цивільного процесу Національного університету «Одеська юридична академія», професор кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія»

*Гринько Світлана Дмитрівна* — доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедрою цивільного права та процесу Хмельницького університету управління та права

*Ульянова Галина Олексіївна* — доктор юридичних наук, доцент, доцент кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права Національного університету «Одеська юридична академія»

*Резніченко Семен Васильович* — кандидат юридичних наук, професор, професор кафедри цивільно-правових дисциплін Одеського державного університету внутрішніх справ

*Акіменко Юлія Юріївна* — кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри права Європейського Союзу та порівняльного правознавства Національного університету «Одеська юридична академія»

*Булеца Сібілла Богданівна* — доктор юридичних наук, доцент, завідувач кафедри цивільного права Ужгородського національного університету

*Давидова Ірина Віталіївна* — кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія»

*Дрішлюк Андрій Ігорович* — кандидат юридичних наук, доцент, суддя Одеського апеляційного суду

*Некіт Катерина Георгіївна* — кандидат юридичних наук, доцент кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія»

*Орзих Юрій Геннадійович* — кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія», приватний нотаріус

*Сафончик Оксана Іванівна* — кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія»

**Фомічова Наталя Василівна** — кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія»

**Халабуденко Олег Анатолійович** — кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри приватного права Міжнародного вільного університету Молдови (ULIM)

**Харитоновна Тетяна Євгенівна** — кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри аграрного, земельного та екологічного права Національного університету «Одеська юридична академія»

**Цибульська Ольга Юріївна** — кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія»

**Суша Юлія Сергіївна** — кандидат юридичних наук, асистент кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія»

**Григорьянц Галина Ігорівна** — асистент кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права Національного університету «Одеська юридична академія»

**Фасій Богдан Володимирович** — аспірант кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія»

**Спасова Катерина Іванівна** — аспірант кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія»



Ц58 **Цивільне** законодавство України в умовах адаптації до приватного права ЄС: навчальний посібник / [авт. кол.]; за заг. ред. Є. О. Харитонова, К. Г. Некіт. — Одеса: Юридична література, 2017. — 308 с.  
ISBN 978–966–419–277–1.

Навчальний посібник призначений забезпечити поглиблене вивчення окремих питань курсу цивільного права, пов'язаних із реформуванням вітчизняного цивільного законодавства в умовах євроінтеграції, він сприяє з'ясуванню питань теоретичного та практичного характеру щодо вітчизняного та зарубіжного цивільного права та законодавства.

Посібник розрахований на використання в навчальному процесі студентами, аспірантами і викладачами юридичних вузів та факультетів. Може також стати у нагоді практичним працівникам.

УДК 347.1/7(477).001.8:341.174(4)(075.8)  
ББК 67.404.1/5(4Укр):67.412.1я73





*Наукове видання*

**ЦИВІЛЬНЕ ЗАКОНОДАВСТВО УКРАЇНИ  
В УМОВАХ АДАПТАЦІЇ  
ДО ПРИВАТНОГО ПРАВА ЄС**

Навчальний посібник

*За загальною редакцією  
Є. О. Харитонова, К. Г. Некім*

Видано в авторській редакції

Технічний редактор *Т. В. Іванова*

---

Формат 60×84/16. Ум. друк. арк. 17,9.  
Тираж 50 прим. Зам. № 214 (32).

Видавництво і друкарня «Юридична література»  
65009, м. Одеса, вул. Піонерська, 7. Тел./факс: 777-48-79  
Свідоцтво суб'єкта видавничої справи  
ДК № 4284 від 23.03.2012 р.







