НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
«ОДЕСЬКА ЮРИДИЧНА АКАДЕМІЯ»

Часопис ЦИВІЛІСТИКИ

НАУКОВО-ПРАКТИЧНИЙ
ЖУРНАЛ

Випуск **29**

Одеса–2018

РЕДАКЦІЙНА КОЛЕГІЯ

ГОЛОВНИЙ РЕДАКТОР

Ківалов Сергій Васильович – Національний університет «Одеська юридична академія», президент, професор кафедри адміністративного і фінансового права; д.ю.н., професор, академік НАПрН України, Заслужений юрист України.

НАУКОВИЙ РЕДАКТОР, ЗАСТУПНИК ГОЛОВНОГО РЕДАКТОРА

Харитонов Євген Олегович – Національний університет «Одеська юридична академія», зав. кафедри цивільного права; д.ю.н., професор, член-кореспондент НАПрН України, Заслужений діяч науки і техніки України.

ВІДПОВІДАЛЬНИЙ СЕКРЕТАР

Некіт Катерина Георгіївна – Національний університет «Одеська юридична академія», доцент кафедри цивільного права; к.ю.н., доцент.

ЧЛЕНИ РЕДАКЦІЙНОЇ КОЛЕГІЇ:

ЧЛЕНИ РЕДАКЦІЙНОЇ КОЛЕГІЇ:

Барзо Тімеа – Мішкольцький державний університет (Угорщина), зав. кафедри цивільного права; доктор філософії, доцент;

Борисова Валентина Іванівна – Національний університет «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», зав. кафедри цивільного права № 1; к.ю.н., професор, член-кореспондент НАПрН України, Заслужений працівник освіти України;

Бехруз Хашматулла Набієвич – Національний університет «Одеська юридична академія», зав. кафедри міжнародного права; д.ю.н., професор, Заслужений діяч науки і техніки України;

Васильєва Валентина Антонівна – Юридичний інститут Прикарпатського національного університету імені Василя Стефаника, директор, зав. кафедри цивільного права; д.ю.н., професор, Заслужений юрист України;

Голубєва Неллі Юріївна – Національний університет «Одеська юридична академія», зав. кафедри цивільного процесу, професор кафедри цивільного права; д.ю.н., професор;

Дзера Олександр Васильович – Київський національний університет імені Тараса Шевченка, професор кафедри цивільного права; д.ю.н., професор, член-кореспондент НАПрН України, Заслужений юрист України;

Довгерт Анатолій Степанович – Інститут міжнародних відносин Київського національного університету імені Тараса Шевченка, зав. кафедри міжнародного приватного права; д.ю.н., професор, член-кореспондент НАПрН України, Заслужений юрист України;

Дудченко Валентина Віталіївна – Національний університет «Одеська юридична академія», професор кафедри теорії держави і права; д.ю.н., професор, Заслужений юрист України;

Каракаш Ілля Іванович – Національний університет «Одеська юридична академія», професор кафедри аграрного, земельного та екологічного права; к.ю.н., професор;

Ківалова Тетяна Сергіївна – Міжнародний гуманітарний університет, професор кафедри міжнародного права та порівняльного правознавства; д.ю.н., професор, Відмінник освіти;

Кожокарь Євгенія Василівна – Державний університет Молдови (USM), професор кафедри підприємницького права; доктор хабілітат, професор;

Луць Володимир Васильович – Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва АПрН України, м. Київ, зав. відділу проблем приватного права; д.ю.н., професор, академік НАПрН України, Заслужений діяч науки і техніки України;

Майданик Роман Андрійович – Київський національний університет імені Тараса Шевченка, зав. кафедри цивільного права юридичного факультету; д.ю.н., професор, академік НАПрН України;

Мисяк Пьотр –Зеленогурський університет, продекан факультету права і адміністрації; доктор права;

Оборотов Юрій Миколайович – Національний університет «Одеська юридична академія», зав. кафедри загальнотеоретичної юриспруденції; д.ю.н., професор, член-кореспондент НАПрН України, Заслужений юрист України;

Харитонова Олена Іванівна – Національний університет «Одеська юридична академія», зав. кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права; д.ю.н., професор, член-кореспондент НАПрН України, Заслужений діяч науки і техніки України;

Чанишева Галія Інсафівна – Національний університет «Одеська юридична академія», декан соціально-правового факультету, професор кафедри трудового права та права соціального забезпечення; д.ю.н., професор, член-кореспондент НАПрН України, Заслужений діяч науки і техніки України;

Шишка Роман Богданович – Київський інститут інтелектуальної власності та права Національного університету «Одеська юридична академія»; д.ю.н., професор, академік Академії наук вищої школи України.

Упорядник-укладач випуску

Спасова Катерина Іванівна – Національний університет «Одеська юридична академія», аспірант кафедри цивільного права.

Рекомендовано до друку Вченою радою Національного університету «Одеська юридична академія» (протокол № 4 від 19 березня 2018 р.)

Збірник зареєстровано Міністерством інформації України: свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації КВ № 10996 від 15 лютого 2006 р.

Включено до Переліку наукових фахових видань України (юридичні науки) : наказ № 153 від 14 лютого 2014 р. Міністерства освіти і науки України.

ЗМІСТ

ПЕРЕДНЄ СЛОВО 7

ПИТАННЯ ТЕОРІЇ

Костяшкін Іван Олександрович
ПРАВОВА ПРИРОДА ДОГОВОРІВ ПЕРЕВЕДЕННЯ БОРГУ 9

Резніченко Семен Васильович
ПОНЯТТЯ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОГО ДОГОВОРУ: КЛАСИЧНИЙ, ІНСТРУМЕНТАЛЬНИЙ ТА ІНТЕГРАТИВНИЙ ПІДХОДИ 14

Матійко Микола Володимирович
ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА ПЕРЕДУМОВ ВИНИКНЕННЯ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИН ЩОДО ЗАХИСТУ ПРАВА ВЛАСНОСТІ 18

Омельчук Олександр Сергійович
СПОРТИВНЕ ПРАВО ТА СУСПІЛЬНА СВІДОМІСТЬ 22

Фасій Богдан Володимирович
СУТНІСТЬ КАТЕГОРІЇ «РОЗСУД» У ПРИВАТНОМУ ПРАВІ 25

Полюк Юлія Іванівна
ЩОДО ПИТАННЯ ПРО ПЕРЕДУМОВИ ПРАВА НА ЗВЕРНЕННЯ ДО СУДУ ЗА ЗАХИСТОМ 29

Катренко Анастасія Андріївна
ІНТЕРЕС ЯК КАТЕГОРІЯ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА 34

Куцин Антон Васильович
ПІДСТАВИ, УМОВИ ТА СУБ'ЄКТИ ПРАВОВІДНОСИН З ВІДШКОДУВАННЯ ШКОДИ, ЗАВДАНОЇ ОРГАНОМ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ У СФЕРІ НОРМОТВОРЧОЇ ДІЯЛЬНОСТІ 38

Лур'є Дмитро Андрійович
ПРАВОВА ПРИРОДА ІНФОРМОВАНОЇ ЗГОДИ НА УЧАСТЬ У КЛІНІЧНОМУ ДОСЛІДЖЕННІ 42

Стаценко Олена Сергіївна
ОЗНАКИ НЕРУХОМОГО МАЙНА, ПРАВО НА ЯКЕ НАСТАЄ ЗА НАБУВАЛЬНОЮ ДАВНІСТЮ ..49

ПРАКТИЧНА ЦИВІЛІСТИКА

Харитонова Тетяна Євгенівна
Перчеклій Інесса Миколаївна
ОСОБЛИВОСТІ НОТАРІАЛЬНОГО ПОСВІДЧЕННЯ ПРАВОЧИНІВ ЗА УЧАСТЮ МАЛОЛІТНІХ ТА НЕПОВНОЛІТНІХ ДІТЕЙ 54

Бигняк Александр Валентинович
ОСОБЕННОСТИ ОСНОВНЫХ ОРГАНИЗАЦИОННО-ПРАВОВЫХ ФОРМ СОВРЕМЕННЫХ ХОЗЯЙСТВЕННЫХ ОБЩЕСТВ В УКРАИНЕ 60

Бобошко Олександр Олександрович
ДО ПИТАННЯ РОЗІРВАННЯ ДОГОВОРІВ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ 68

Воротинцева Інна Валеріївна
ДЕРЖАВНА РЕЄСТРАЦІЯ ЮРИДИЧНИХ ОСІБ: ДЕЯКІ ПИТАННЯ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ 72

Пономаренко Костянтин Данилович
ПРАВО НА ЗАБУДОВУ: СУЧАСНІСТЬ ТА ПЕРСПЕКТИВИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ 78

ЦИВІЛІСТИЧНІ ПРОБЛЕМИ ІТ-ПРАВА

Харитонов Євген Олегович
ВІТЧИЗНЯНА КОНЦЕПЦІЯ ПРАВА ВЛАСНОСТІ ПЕРЕД ВИКЛИКАМИ ІНФОРМАЦІЙНОГО СУСПІЛЬСТВА 82

Харитонов Євген Олегович
Давидова Ірина Віталіївна
КАТЕГОРІЇ ПРАВОЧИНУ: ВІД РИМСЬКОГО NEGOTIUM ДО «ІТ-ПРАВОЧИНУ» 89

Берназ-Лукавецька Олена Михайлівна
ДЕЯКІ ОСОБЛИВОСТІ ОН-ЛАЙН КРЕДИТУВАННЯ 95

Некіт Катерина Георгіївна
СВІТОВІ ПІДХОДИ ДО ВИЗНАЧЕННЯ ПРАВОВОГО СТАТУСУ КРИПТОВАЛЮТ 100

Токарева Віра Олександрівна
ОНЛАЙН ПЛАТФОРМИ: ВИКЛИК ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВУ У ЦИФРОВУ ДОБУ 107

Радейко Роман Ігорович
ОСОБЛИВОСТІ ВПРОВАДЖЕННЯ ТЕХНОЛОГІЇ БЛОКЧЕЙН У СФЕРІ ПУБЛІЧНИХ ВІДНОСИН В УКРАЇНІ 112

Аліна Сніжана Степанівна
ЕЛЕКТРОННИЙ ЗАПОВІТ В СИСТЕМІ СУЧАСНИХ СПАДКОВИХ ПРАВОВІДНОСИН . 119

Гавриленко Андрій Іванович
ПОНЯТТЯ ТА ПРАВОВА ПРИРОДА ВІРТУАЛЬНИХ ЮРИДИЧНИХ ОСІБ 123

Семенюк Олександр Сергійович
ІНФОРМАЦІЙНЕ СУСПІЛЬСТВО ЯК СФЕРА ІСНУВАННЯ І ЗАСТОСУВАННЯ СКЛАДНИХ ОБ'ЄКТІВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ ... 128

Шагака Олександра Володимирівна
ВІДШКОДУВАННЯ МОРАЛЬНОЇ ШКОДИ ЯК ІНСТРУМЕНТ ЗАХИСТУ ПРАВ У СФЕРІ ІТ-ВІДНОСИН 133

ПОРІВНЯЛЬНА ЦИВІЛІСТИКА

Отраднова Олеся Олександрівна

НОВІТНІ ТРЕНДИ У ДЕЛІКТНОМУ ПРАВІ ЄВРОПЕЙСЬКИХ КРАЇН (РОЗДУМИ ЗА ПІДСУМКАМИ XVI ЩОРІЧНОЇ МІЖНАРОДНОЇ КОНФЕРЕНЦІЇ З ЄВРОПЕЙСЬКОГО ДЕЛІКТНОГО ПРАВА) 138

Гончаренко Влада Олександрівна

ХАРАКТЕРИСТИКА ТРИМАННЯ (DETENTIO) ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ ЗАРУБІЖНИХ КРАЇН (НА ПРИКЛАДІ ЗАКОНОДАВСТВА ФРАНЦІЇ, НІМЕЧЧИНИ ТА АНГЛІЇ) 144

Савицький Андрій Якович

ОРГАНІЗАЦІЯ УПРАВЛІННЯ ТА ОБСЛУГОВУВАННЯ БАГАТОКВАРТИРНИХ ЖИТЛОВИХ БУДИНКІВ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ ФРАНЦІЇ 150

Станкова Ірина Михайлівна

ГРОМАДСЬКІ ОРГАНІЗАЦІЇ ЯК ЕЛЕМЕНТ МЕХАНІЗМУ ЗАХИСТУ ПРАВ СПОЖИВАЧІВ: ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД 155

ПИТАННЯ СІМЕЙНОГО ПРАВА

Черновалюк Юлія Юріївна

ДО ПИТАННЯ ВИЗНАЧЕННЯ ПРАВОВОЇ ПРИРОДИ ТА ПОНЯТТЯ ДИТЯЧОГО БУДИНКУ СІМЕЙНОГО ТИПУ 160

ІСТОРИЧНА ЦИВІЛІСТИКА

Рябоконь Євген Олександрович

РИМСЬКА ДЕЛЕГАЦІЯ ТА ЇЇ ЗНАЧЕННЯ У СТАНОВЛЕННІ ІНСТИТУТУ ПРАВОНАСТУПНИЦТВА У ЗОБОВ'ЯЗАННЯХ. 165

Біцюк Андрій Володимирович

СЕКУНДАРНІ ПРАВА В ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ. ІСТОРИЧНИЙ АСПЕКТ 173

ПРАВА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

Харитонова Олена Іванівна

НОВЕЛИ ЗАХИСТУ ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ: ПРОБЛЕМИ І ПЕРСПЕКТИВИ ... 182

ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО БЕЗ КОРДОНІВ

Соломахіна Олена Миколаївна

ДЕЯКІ ПИТАННЯ СУДОВОЇ ЕКСПЕРТИЗИ ТА ЇХ ВРЕГУЛЮВАННЯ ЗА НОВОЇ РЕДАКЦІЄЮ ЦПК УКРАЇНИ 188

ЗАРУБІЖНІ ЗВ'ЯЗКИ

Piotr Mysiak

DOPUSZCZALNOŚĆ UJAWNIENIA PRAW OSOBISTYCH I ROSZCZEŃW KSIĘDZE WIECZYSTEJ 193

РЕЦЕНЗІЇ

Пащенко Олександр Миколайович

РЕЦЕНЗІЯ НА МОНОГРАФІЮ ГАВРИШ Н.С. «ВИКОРИСТАННЯ, ВІДТВОРЕННЯ ТА ОХОРОНА ҐРУНТІВ В УКРАЇНІ: ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ» 199

Басай Олег Вікторович

РЕЦЕНЗІЯ НА МОНОГРАФІЮ ДАВИДОВОЇ І.В. «ПРАВОЧИНИ ТА ЇХ НЕДІЙСНІСТЬ В ІНФОРМАЦІЙНОМУ СУСПІЛЬСТВІ: ТЕОРІЯ ТА ПРАКТИКА» 201

AD MULTOS ANNOS

ПРИВІТАННЯ ДОКТОРА ЮРИДИЧНИХ НАУК, ПРОФЕСОРА ХАРИТОНОВА ЄВГЕНА ОЛЕГОВИЧА З 70-РІЧЧЯМ 203

ПАМ'ЯТІ ПРОФЕСОРА БАНАШАКА 208

НАУКОВЕ ЖИТТЯ

Piotr Mysiak

ВІЗИТ УКРАЇНСЬКИХ ЦИВІЛІСТІВ ДО ЗЕЛЕНОГУРСЬКОГО УНІВЕРСИТЕТУ 212

CONTENT

FOREWORD 7

THEORETICAL CIVIL LAW

Kostyashkin Ivan
LEGAL NATURE OF CONTRACTS OF THE TRANSLATION OF A DEBT 9

Reznichenko Semion
CONCEPT OF THE CIVIL CONTRACT: CLASSICAL, INSTRUMENTAL AND INTEGRATIVE APPROACHES 14

Matiyko Nikolai
GENERAL CHARACTERISTICS OF PREVENTION OF CIVIL RIGHTS RELATING TO PROTECTION OF THE RIGHTS OF OWNERSHIP 18

Omelychuk Olexandr
SPORT LAW AND SOCIAL CONSCIOUSNESS 22

Fasii Bohdan
THE ESSENCE OF THE CATEGORY «DISCRETION» IN PRIVATE LAW 25

Poliuk Yuliia
THE QUESTION OF THE PRESENTATION OF THE RIGHT TO APPEAL TO THE COURT FOR PROTECTION 29

Katrenko Anastasia
INTEREST AS A CATEGORY OF CIVIL LAW 34

Kucin Anton
GROUNDS, CONDITIONS AND SUBJECTS OF LEGAL RELATIONS FOR COMPENSATION OF DAMAGE CAUSED BY THE LOCAL SELF-GOVERNMENT BODY IN THE FIELD OF RULE-MAKING ACTIVITY 38

Lurye Dmytro
LEGAL NATURE OF INFORMED CONSENT FOR PARTICIPATION IN CLINICAL TRIAL 42

Statsenko Olena
TO THE QUESTION OF DETERMINING THE CHARACTERISTICS OF REAL ESTATE THE RIGHT TO WHICH COMES UNDER THE STATUTE OF LIMITATIONS 49

CIVIL LAW PRACTICE

Kharitonova Tetyana, Perchkliy Inessa
FEATURES NOTARIZATION OF TRANSACTIONS INVOLVING MINORS AND UNDER AGE CHILDREN 54

Bignyak Alexandr
PECULIARITIES OF ORGANIZATIONAL AND LEGAL FORMS OF MODERN ECONOMIC SOCIETIES IN UKRAINE 60

Boboshko Alexander
TO THE QUESTION OF TERMINATION OF CONTRACTS UNDER THE LEGISLATION OF UKRAINE 68

Vorotyntseva Inna
STATE REGISTRATION OF LEGAL ENTITIES: QUESTIONS OF CIVIL LEGAL ADJUSTMENT 72

Ponomarenko Konstantin
THE RIGHT TO INSURANCE: MODERNITY AND PROSPECTS OF LEGAL ADJUSTMENT 78

CIVIL LAW ISSUES OF IT-LAW

Kharitonov Evgen
DOMESTIC CONCEPT OF THE OWNERSHIP RIGHTS IN FRONT OF CHALLENGES OF INFORMATION SOCIETY 82

Kharitonov Evgen, Davydova Iryna
THE CATEGORIES OF DEALS: FROM ROMAN NEGOTIUM TO "IT-DEAL" 89

Bernaz-Lykavetskaya Olena
SOME FEATURES OF ON-LINE CREDIT 95

Nekit Kateryna
WORLD APPROACHES TO THE DEFINITION OF LEGAL NATURE OF CRYPTOCURRENCIES 100

Tokareva Vira
ONLINE PLATFORMS: THE CHALLENGE OF CIVIL LAW IN THE DIGITAL AGE 107

Radeiko Roman
IMPLEMENTING BLOCKCHAIN TECHNOLOGY IN PUBLIC RELATIONS IN UKRAINE 112

Alina Snizhana
ELECTRONIC TESTAMENT IN THE SYSTEM OF MODERN HEREDITARY RELATIONSHIPS 119

Gavrylenko Andriy
THE CONCEPT AND LEGAL NATURE OF VIRTUAL LEGAL ENTITIES 123

Semenyuk Alexander
INFORMATION SOCIETY AS A SCIENCE OF EXISTENCE AND APPLICATION OF COMPLEX INTELLECTUAL PROPERTY OBJECTS 128

Shahaka Oleksandra
REFUND OF MORAL DAMAGE AS AN INSTRUMENT FOR PROTECTION OF THE RIGHTS IN THE FIELD OF IT-RELATIONS 133

COMPARATIVE CIVIL LAW

Otradnova Olesia
NEW TRENDS IN THE TORT LAW OF EUROPEAN COUNTRIES (REFLECTIONS ACCORDING TO THE RESULTS OF XVI ANNUAL INTERNATIONAL CONFERENCE ON EUROPEAN TORT LAW) 138

Goncharenko Vlada

CHARACTERISTICS OF DETENTIO ACCORDING TO THE LEGISLATION OF FOREIGN COUNTRIES (FRANCE, GERMANY AND ENGLAND) 144

Savitsky Andrey

ORGANIZATION OF MANAGEMENT AND MAINTENANCE OF MULTI-QUARTER RESIDENTIAL HOUSES UNDER THE LEGISLATION OF FRANCE 150

Stankova Iryna

PUBLIC ORGANIZATIONS AS ELEMENTS OF THE MECHANISM FOR PROTECTION OF THE RIGHTS OF CONSUMERS 155

FAMILY LAW ISSUES

Chernovaliuk Yuliia

TO THE QUESTION OF LEGAL NATURE AND DEFINITION OF FAMILY-TYPE CHILDREN'S HOME 160

HISTORICAL CIVIL LAW

Riabokon Ievgen

ROMAN DELEGATION AND ITS ROLE IN THE FORMATION OF THE INSTITUTE OF OBLIGATORY SUCCESSION 165

Bitsyuk Andrey

SECONDARY RIGHTS IN CIVIL LAW. HISTORICAL ASPECT 173

INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS

Kharitonova Olena

THE INNOVATIONS IN THE PROTECTION OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS: PROBLEMS AND PROSPECTS 182

CIVIL LAW WITHOUT BORDERS

Solomahina Olena

SOME ISSUES OF FORENSIC EXAMINATION AND THEIR SETTLEMENT UNDER THE NEW EDITION OF THE CIVIL CODE OF UKRAINE 188

INTERNATIONAL CONTACTS

Piotr Mysiak

DOPUSZCZALNOŚĆ UJAWNIENIA PRAW OSOBISTYCH I ROSZCZEŃW KSIĘDZE WIECZYSTEJ 193

REVIEWS

Paschenko Alexander

REVIEW OF THE MONOGRAPH HAVRYSH N.S. "USE, REPRODUCTION AND PROTECTION OF SOILS IN UKRAINE: THEORETICAL AND LEGAL ASPECTS" 199

Basay Oleg

REVIEW OF THE MONOGRAPH DAVIDOVA I.V. "THE RIGHTS AND THEIR NEGLIGENCE IN THE INFORMATIONAL SOCIETY: THEORY AND PRACTICE" 201

AD MULTOS ANNOS

CONGRATULATIONS TO DOCTOR OF LEGAL SCIENCES, PROFESSOR HARITONOV YEVHEN OLEGOVICH FROM THE 70TH ANNIVERSARY 203

MEMORY PROFESSOR BANASHAKA 208

SCIENTIFIC LIFE

Mysiak Piotr

VISIT OF UKRAINIAN CIVILITIES TO UNIVERSITY OF ZIELONA GÓRA 212

ПЕРЕДНЄ СЛОВО

Вже стало доброю традицією присвячувати випуски «Часопису цивілістики» приємним подіям. Так, до 15-річчя Національного університету «Одеська юридична академія» було видано цикл випусків, присвячених науковим школам цивілістичного спрямовування, які діють в Одеському регіоні, в рамках заходів до 20-річчя Національного університету «Одеська юридична академія» випуск журналу було присвячено науковим школам, які сформувались та продовжують свою діяльність в Університеті. Цього разу редколегія «Часопису цивілістики» вирішила присвятити випуск ювілею його ідейного натхненника, наукового редактора, заступника головного редактора, доктора юридичних наук, професора, члена-кореспондента Національної академії правових наук України, Заслуженого діяча науки і техніки, Євгену Олеговичу Харитонову.

Перш, ніж перейти до рубрик журналу, хочеться пригадати біографію людини, яка так багато для нього створила. Євген Олегович Харитонов народився 17 травня 1948 року у м. Кіровоград (нині – Кропивницький). У 1969 – 1974 рр. вчився на юридичному факультеті Одеського державного університету їм. І.І. Мечникова. Після закінчення університету з дипломом з відзнакою з 1974 р. працював на цьому ж факультеті асистентом, старшим викладачем, доцентом.

Після реорганізації юридичного факультету в Юридичний інститут був його доцентом, потім – докторантом і знову доцентом, з 1996 р. – завідувач кафедрою цивільного права та процесу. З грудня 1996 р. після створення на базі Юридичного інституту Одеської державної юридичної академії, працював завідувачем кафедрою цивільного права, і після реорганізації продовжує працювати на посаді завідувача кафедрою цивільного права (спочатку – кафедрою цивільного права та процесу) Національного університету «Одеська юридична академія».

У 1980 р. захистив кандидатську дисертацію на тему: «Зобов'язання, що виникають з ведення чужих справ без доручення, в радянському цивільному праві», а у 1997 р. – докторську дисертацію на тему: «Рецепція римського приватного права (теоретичні та історико-правові аспекти)». У 1983 р. Є. О. Харитонову було присвоєне звання доцента, у 1998 р. – звання професора кафедри цивільного права, з 2011 р. він є членом-кореспондентом Національної академії правових наук України.

Зусиллями професора Є.О. Харитонова була сформована школа римського права та його рецепції. В індивідуальних та колективних монографічних розробках, підручниках, посібниках ставилися та вирішувались актуальні проблеми римського приватного права та його вплив на сучасне законодавство України. Під керівництвом Є.О. Харитонова були написані і захищенні дисертації на здобуття звання кандидата юридичних наук, в яких досліджувались окремі інститути римського права та їх рецепція у сучасному законодавстві України. Причому основний наголос завжди робився на найактуальніших інститутах сучасного цивільного права.

Колектив кафедри цивільного права під керівництвом професора Є.О. Харитонова завжди йшов в ногу з часом – зберігаючи традиції, колектив викладачів-науковців завжди враховував останні тенденції та новації, що відбуваються у галузі права. Тому не дивно, що з настанням змін, обумовлених розвитком інформаційних технологій, університетські вчені миттєво відреагували на запити суспільства та спрямували зусилля на дослідження особливостей правового регулювання відносин у ІТ сфері. Результати цієї праці вже знайшли відображення в кількох наукових виданнях з тематики ІТ-права, це, зокрема, чотири колективні наукові монографії та два навчальні посібники. Лише за минулий рік представниками кафедри цивільного права, які займаються дослідженням проблем у ІТ сфері було проведено дві наукові конференції з проблем ІТ-права, розроблено спеціальний курс з ІТ-права для магістрів. Така плідна робота, що проводиться фахівцями університету вже дає підстави впевнено заявляти про формування та функціонування нової школи ІТ-права у стінах Національного університету «Одеська юридична академія», одним із засновників якої є професор Є.О. Харитонов.

Сьогодні сфера наукових інтересів Є.О. Харитонова досить різноманітна та охоплює дослідження проблем від римського приватного права до ІТ-права. Є. О. Харитонов має понад 780 публікацій, є автором низки монографій, підручників і навчальних посібників: «Приватне право у Стародавньому Римі» (1996), «Рецепція римського приватного права: історико-правові та теоретичні аспекти» (1997), «Основи римського приватного права» (2002, 2008, 2013, 2016), «Історія приватного (цивільного) права Європи. Витоки», «Історія приватного права Європи. Східна традиція», «Історія приватно-

го права Європи. Західна традиція», «Вступ до цивільного права України», «Добровільне представництво у цивільному праві України» (2007), «Цивільні правовідносини» (2008), «Нариси теорії цивілістики (поняття та концепти)» (2008), «Приватне право як концепт: пошук парадигми» (2014), «Україна – Європа: проблеми адаптації у галузі приватного права» (2017), «Концепт приватного права в умовах інтеграції» (2017) тощо. Співавтор та співредактор низки монографій, підручників, навчальних посібників, зокрема, «Цивільне право України (традиції та новації)» (2010), «Гражданское законодательство Республики Молдова и Украины: традиции, современность, перспективы» (2012), «Цивільне законодавство України (основні категорії, принципи та концепти)» (2012), «Цивільне законодавство України» (2013), «ІТ-право: поняття та сутність» (2017), «ІТ-право та інформаційна безпека» (2017), «ІТ-право: теорія і практика» (2017), співавтор і редактор (співредактор) науково-практичних коментарів до ЦК УРСР 1963 р., ЦК України, Сімейного кодексу України, ЖК України, Цивільного процесуального кодексу України та ін.

Під керівництвом Є.О. Харитонова захищено 67 кандидатських дисертацій, він виступив науковим консультантом шести захищених докторських дисертацій. Все це свідчить про його потужний внесок у розвиток вітчизняної правової науки.

Ідея поділу журналу на рубрики також належить Євгену Олеговичу, тому в цьому випуску зберігаються всі його традиційні рубрики – питання теорії, практична цивілістика, порівняльна цивілістика, історична цивілістика, а також журнал включає дві відносно нові рубрики – питання сімейного права та цивілістичні проблеми ІТ-права, які вже також міцно зайняли своє місце в структурі журналу.

Сподіваємося, цей випуск, як і усі попередні, сприятиме ефективному обміну думками між науковцями та практиками, та розвитку правової науки України.

Президент Національного університету
«Одеська юридична академія»,
доктор юридичних наук, професор,
академік Національної Академії
правових наук України

С.В. КІВАЛОВ

ПИТАННЯ ТЕОРІЇ

УДК 347.415

Костяшкін Іван Олександрович,
доктор юридичних наук, доцент, завідувач кафедри трудового, земельного
та господарського права юридичного факультету
Хмельницького університету управління та права

ПРАВОВА ПРИРОДА ДОГОВОРІВ ПЕРЕВЕДЕННЯ БОРГУ

Постановка проблеми. В сучасних умовах в Україні відбувається процес перетворень, який стосується не тільки соціально-політичних, а, в першу чергу, економічних аспектів життя країни. Прискорення політичних і економічних реформ багато в чому залежить від рівня правового регулювання цивільно-правових відносин. Серед іншого для організації і здійсненні господарської діяльності, розвитку бізнесу на сучасному етапі великого значення набуває вдосконалення чинного законодавства. На подальший розвиток цивільно-правових норм в умовах товарного обігу, в тому числі міжнародного, великий вплив мають договірні правовідносини, серед яких певну специфіку і призначення має договір переведення боргу.

Варто зазначити, що зобов'язання з переведення боргу в межах цивільних правовідносин здебільшого виникають на підставі договірних відносин. Значення договору переведення боргу полягає в тому, що сфера застосування цієї правової форми розширюється у всіх галузях економічних відносин. Однак на сьогодні в межах національного законодавства фактично відсутнє окреме регулювання цього інституту, що ускладнює визначення змісту та форми таких договорів, особливостей та наслідків їх укладення, виконання та розірвання.

Стан дослідження теми. Питання договірного регулювання переведення боргу неодноразово ставало предметом наукових розвідок таких вчених, як: С. М. Братусь, І. Р. Калаур, В.М.Касап, Н. С. Кузнецова, Р. А. Майданик, Я.В.Новохатська, В. І. Пушай, Є. О. Суханов, І. В. Спасибо-Фатєєва, В. О. Тархов, Б. Б. Черепахін, та ін. Проте праці згаданих авторів здебільшого стосувались наслідків їх укладення та ролі боржника в таких правовідносинах, тому важливим на сьогодні є визначення особливостей щодо ознак та змісту досліджуваних договорів.

Метою статті є розкриття правової природи договорів переведення боргу.

Виклад основного матеріалу. Значимість договору підтверджена ст.ст. 11, 509 ЦК України [1], якими визначено «невичерпний» перелік підстав виникнення зобов'язань. Договір відіграє основну роль у виникненні зобов'язальних правовідносин. Це обумовлено принципами, на яких будується вся система цивільного права: визнання рівності суб'єктів, свободи договору, автономії волі [2, с. 322].

Ми поділяємо точку зору про те, що призначення договору – в його самостійній підставі виникнення зобов'язання [3, с. 15]. Разом з тим підстава виникнення зобов'язання є основним критерієм відмежування договірних відносин від зобов'язань, що виникають на підставі норми закону. Підстава таких зобов'язань визначається нормою закону (особливо переведення, що виникають у силу закону, розглянуті в попередньому підрозділі дослідження). Договірні ж зобов'язання виникають виключно на підставі правочину осіб, які беруть участь у зобов'язанні.

Підставами виникнення зобов'язань з переведення боргу можуть бути різні договори. ЦК України виділяє окремі види договорів за змістом, що вказують на конкретно-каузальний предмет договору (до прикладу, оренда приміщення, поставка товару тощо). Однак договір переведення боргу не можна прирівнювати з договорами, в яких закріплений конкретно-каузальний предмет, оскільки цивільне законодавство стоїть на позиції абстрактності таких договорів [4, с. 17]. Норми, які регламентують правовідносини з переведення боргу, мають загальне значення для окремих видів договорів. Наприклад, продавець може здійснити передачу товару за договором купівлі-продажу, а потім покупець (початковий боржник) переведе обов'язки іншій особі (новому боржнику); підряд-

ник виконує роботу для замовника, а замовник за згодою підрядника переведе обов'язки по оплаті новому боржнику.

Зміст договірного правовідношення суворо індивідуалізований, тобто права й обов'язки сторін суб'єктивні і характеризують приналежність їх до суб'єкта і залежність від нього. Слід зазначити, що договірне правовідношення, крім юридичного змісту, може мати і матеріальний (фактичний) зміст. Матеріальний зміст передбачає фактичну поведінку, яка опосередковується правом і в якій реалізуються права й обов'язки [5].

Тому в юридичному змісті об'єднуються права й обов'язки сторін, а в матеріальному – їх реалізація. І цілком очевидно, що для утримання договірних правовідносин щодо переведення головним критерієм є наявність і реалізація прав і обов'язків. Основні ознаки такого критерію полягають у такому:

1) межі можливої і необхідної поведінки учасників досліджуваних правовідносин окреслюються проявом вимоги кредитора до боржника, який, у свою чергу, зобов'язаний діяти в інтересах уповноваженої особи. Здійснення суб'єктивного права кредитора забезпечено обов'язком нового боржника. При цьому договір переведення породжує своєрідну структуру зобов'язання: вимагати виконання може особа (кредитор), яка не є стороною за договором між боржниками;

2) зміст договірного правовідношення встановлюється нормами права, закріпленими в ЦК України, а також таким складним юридичним складом, як договір між боржниками (кредитором і новим боржником) і односторонній правочин кредитора (боржника). Особливість і унікальність структури правовідносин, що виникають з договору переведення, – наявність боржника, який на себе обов'язки іншого або ж вступив у солідарне виконання обов'язку;

3) суб'єктивне право однієї сторони й обов'язок іншої сторони взаємопов'язані між собою інтересом. Кредитор, маючи право вимоги, задовольняє свій інтерес. У свою чергу, новий боржник зобов'язаний виконати вимогу не тільки в інтересах кредитора, але і в інтересах первинного боржника, оскільки конструкція договору переведення передбачає включення і виконання різних за змістом цільових вимог – проведення взаєморозрахунків між усіма сторонами правовідносин, залік взаємних вимог, а також забезпечення виконання зобов'язання.

Таким чином, зміст договірного зобов'язання з переведення – це комплекс взаємних прав і обов'язків сторін, що реалізуються ними при заздалегідь обумовленій меті економічного характеру для досягнення певного результату. У зв'язку з цим, логічно припустити, що різні цільові установки вносять практичний сенс у конструкцію договору. Якщо мета економічного характеру стає складовою елементом договору, то їй надається юридичне значення [6, с. 108].

Оскільки норми про переведення боргу розміщені в загальній частині зобов'язального права і мають загальний характер для всієї підгалузі, то і договір переведення боргу завжди буде загальним для всіх видів договорів.

Характеризуючи правову природу досліджуваних договорів, необхідно зосередити увагу на його суб'єктному складі. Варто відзначити, що суб'єктний склад договору переведення як юридичного факту представлений зазвичай двома сторонами, а суб'єктний склад договірного зобов'язання з переведення боргу – трьома, оскільки зміст договірного правовідношення не збігається зі змістом договору. Суб'єктні склади договору й договірного правовідношення також не збігаються. Суб'єктами договірного правочину з переведення боргу можуть бути тільки сторони, що укладають між собою договір: початковий і новий боржники. Значить, кредитор є суб'єктом договірного правовідношення, але не стороною за договором. На нашу думку, в будь-якому договорі сторонами останнього є особи, які створюють умови договору, а сторонами договірного правовідношення є особи, які беруть участь у виконанні договору.

Таким чином, договір переведення боргу, маючи у своїй конструкції двох боржників – сторін за договором, визначає кредитора як особу, яка не зобов'язана брати участь у такому правочині. Кредитор висловлює лише згоду на укладенні договору. Однак закон не забороняє кредитору брати участь в укладення такого договору.

Висновок про те, що кредитор є або не є стороною в договорі переведення як юридичному факті (правочині), має теоретичне і практичне значення, яке виражається в такому:

1) буквальне тлумачення норми закону (ч. 1 ст. 628 ЦК України) визначає правильність зробленого висновку, оскільки зміст договору становлять умови (пункти), визначені на розсуд сторін і погоджені ними, та умови, які є обов'язковими відповідно до актів цивільного законодавства;

2) узгодження як фіксація єдності волі всіх сторін з боку кредитора не припустиме. Кредитор може дати тільки згоду на вчинення правочину між боржниками. Така згода, на наш погляд, виражає волю особи вчинити односторонній правочин.

Факт участі кредитора в якості третьої сторони в договорі буде впливати на здійснення захисту цивільних прав усіх учасників вихідного правовід-

ношення, тому, розглядаючи спори за договорами переведення, необхідно проводити вивчення суті договору між боржниками.

На нашу думку, можливість участі кредитора як сторони в зобов'язанні визначається лише у випадку, коли договір про переведення укладається між кредитором та новим боржником з погодженням цього договору первісним боржником, що притаманно окремим правовим системам.

Договірні умови є способом фіксації взаємних прав і обов'язків. З цієї причини зазначені елементи логічно досліджувати в сукупності єдиного механізму правової конструкції договору переведення боргу. Доцільно вказати, що істотною умовою договору про переведення боргу варто визнати умову про предмет такого договору.

Предмет договору переведення боргу, на нашу думку, складається з двох параметрів, що відповідають на питання: «що?» і «скільки?» [7, с. 40]? Стосовно цієї формули предмет договору переведення боргу буде складатися з послідовної передачі первісним боржником і прийняття обов'язків новим боржником (відповідь на питання «що?»). Предмет договору переведення боргу переважно виражається в грошовому еквіваленті. Цей предмет може відображати і виконання зобов'язання новим боржником кредитору, і вказівку на передачу документів, що засвідчують обов'язки боржника. Однак включення зазначених положень у зміст договору не обов'язкове, оскільки таке виконання само собою зрозуміло. І, крім того, документи, що фіксують право вимоги кредитора, у нього є. З цієї причини не має сенсу вносити в умови договору відповідальність за недійсність переданого боргу.

На нашу думку, предмет договору переведення боргу як істотна умова договору повинен бути закріплений у відповідній нормі цивільного законодавства. Тобто, законодавча конструкція повинна містити наступний нормативний елемент: за договором переведення одна сторона (початковий боржник) переводить обов'язки іншій стороні (новому боржнику).

Крім грошового еквівалента, сторони можуть передбачити в предметі договору переведення виконання робіт, або надання послуг, або повернення майна.

І, якщо при переведенні в якості виконання робіт або надання послуг особливостей фактично немає (тобто, правовідносини складаються ідентично до правовідносин, де предметом виступають гроші), то при переведенні майна слід враховувати питання, що стосується якісної характеристики майна. Воно повинно бути ідентичним, як і в зобов'язанні між кредитором і первісним боржником. Інакше, якщо матеріальна цінність відповідає характеристиці, закладеній у зазначеному зобов'язанні, то тоді потрібно додаткове узгодження між кредитором і новим боржником. А це вже правовідносини, які не пов'язані з переведенням боргу.

Питання «скільки?» характеризує таку ознаку, як обсяг переданих обов'язків. За загальним правилом на нового боржника переходять усі обов'язки, включаючи і відповідальність за зобов'язанням між первісним боржником і кредитором. У цьому контексті варто зупинитись на можливості розподілу предмета зобов'язання відповідно до ЦК і застереження про визначення обсягу початкового боргу самими сторонами.

Кредитор, що дає згоду на заміну осіб при переведенні боргу, має право прийняти таке виконання частинами. Оскільки місце первісного боржника займає новий, а зобов'язання зберігається, то можливість поділу того ж зобов'язання, на наш погляд, можливе. Тому переведення боргу в частині (по відношенню до первісного зобов'язання) в договорі вважаємо допустимим. На нашу думку, закріплення відповідної норми в ЦК України про можливість часткової передачі боргу врегулюють договірні правовідносини щодо переведення і поставлять їх на рівень визначеності.

Від передачі боргу в частині необхідно відрізняти неповну заміну боржника або приєднання боржника як способи переведення. Відмінністю у вказаних випадках буде обсяг відповідальності первісного і нового боржника.

При передачі боргу в частині зобов'язання між кредитором і первісним боржником зберігається. Але ні первісний, ні новий боржники не можуть нести відповідальність у повному обсязі, оскільки зобов'язання «розірвано». Межі відповідальності повинні визначатися відповідно до меж переданого обов'язку. Тому логічним буде «розмежування» між боржниками також обсягу відповідальності, який пропорційно розподіляється відповідно до обсягу переданого боргу.

Тому при частковому переведенні кожен із боржників нестиме відповідальність у межах своїх часток, тоді як при неповній заміні така відповідальність буде субсидіарною, а при приєднанні – солідарною. У зв'язку із цим вважаємо, що в межах предмета договору повинно бути обумовлено спосіб переведення боргу, оскільки це безпосередньо впливатиме на виконання договору та відповідальність за ним.

Викладене дає підставу зробити висновок, що нормативна конструкція договору переведення повинна містити необхідні для такого договору умови в межах предмета договору. На нашу думку, до них належать обсяг переданого боргу і розмір відпові-

дальності, а також розподіл обсягу відповідальності в разі відсутності домовленості щодо цього.

Істотними умовами в договорі переведення можуть також виступати строк виконання зобов'язання і строк отримання згоди кредитора. Умова про строк виконання зобов'язання може бути включена тоді, коли зобов'язання між кредитором і первісним боржником прострочено. В іншому випадку необхідно вказувати на негайність виконання обов'язку перед кредитором, зважаючи на те, що переведення боргу відіграє певну функцію забезпечення виконання зобов'язання, у зв'язку із тим, що останній заінтересований у максимально швидкому виконанні такого зобов'язання. У випадку, коли первісне зобов'язання не прострочене, виконання провадиться відповідно до строків, встановлених у зобов'язанні між кредитором і первісним боржником. Або сторони за згодою кредитора передбачають інший строк виконання.

Включення в ЦК України норми, що акцентує увагу на встановленні сторонами строків виконання зобов'язання, на нашу думку, посилить захист прав кредитора (первісного боржника).

Строк отримання згоди кредитора як договірна умова не має обов'язкового характеру для нього. Договір буде вважатися неукладеним у разі неотримання такої згоди або висловленої пізніше встановленого строку згоди [8, с. 483]. Тому сторони можуть, але не зобов'язані, передбачати вищевказані умови.

Вступаючи в договірні правовідносини, боржники фактично не мають будь-якої вигоди, тобто договір переведення боргу є, по суті, безоплатним. Однак договір формально безоплатний, може принести особі, яка не отримує винагороди, цілком реальні вигоди, які лежать за межами договору. Такі вигоди полягають у тому, що з переведенням боргу боржники вирішують питання, пов'язані з проведенням взаєморозрахунків між собою. Тому визначення договору переведення безоплатним – питання відносне. Оплатність договірного правовідношення засвідчена парою «кредитор – новий боржник», де кредитор очікує оплатне виконання зобов'язання. Критерії оплатності між боржниками (отримання плати і зустрічне виконання), включені в зміст договору переведення, на нашу думку, не матиме впливу на правовий результат договору переведення.

Висновки. Отже, договір переведення боргу об'єднує в собі складний правовий склад, на базі якого виникають нові відносини, які потребують правової регламентації. Важливість вирішення питань, пов'язаних з переведенням, полягає в побудові теоретичної конструкції договору, яка розкриває суть переведення боргу і пов'язана з визначенням правового положення сторін, захистом їх прав, принципу послідовності такого переведення.

Слід підкреслити, що врегульованість прав і обов'язків сторін цих правовідносин не зовсім повно відображає сутність договору переведення боргу. А це призводить до порушення прав сторін при виконанні договорів. Тому очевидно, що регламентація змісту правовідносин щодо переведення боргу вимагає вдосконалення.

Проведене нами дослідження вказує на необхідність закріплення в правових нормах ЦК України дефініції договору переведення боргу та вирішення питання щодо розподілу відповідальності сторін при частковому переведенні, який викликає труднощі при вирішенні справ, пов'язаних з переведенням.

Регламентація таких доповнень, на наш погляд, повинна стосуватись наступного:

1) за договором переведення одна сторона (первісний боржник) переводить обов'язки повністю або в частині другій стороні (новому боржнику) для їх виконання в межах строків, встановлених умовами договору;

2) обсяг переданого боргу так само, як і обсяг відповідальності, передбачений зобов'язанням між кредитором і первісним боржником, встановлюється правочином сторін;

3) при відсутності в договорі умов про переданий обсяг відповідальності така відповідальність враховується пропорційно до розподілених сум боргу.

Зміст і види договорів постійно розширюються, а це тягне за собою і розширення правової бази, що регулює правовідносини щодо переведення. Правові зв'язки між учасниками договірного зобов'язання, що виникають, мають певну відособленість у регулюванні цивільно-правових відносин. Складовими частинами цих відносин є елементи правової конструкції договору, які, залежно від поставленої мети, підлягають дрібненню. Іншими словами, договір переведення боргу є необхідним інститутом цивільного права, економічна сутність якого полягає в цивільно-правовому механізмі, що регулює переважно грошові відносини між суб'єктами цивільних правовідносин.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року. ВВР. 2003. № 40-44. Ст. 356.
2. Гражданское право : учебник для вузов. Часть 1. / под общей ред. Т.И. Илларионовой, Б.М. Гонгало, В.А. Плетнева. М.: Норма-Инфра-М, 1998. 464 с.
3. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право: общие положения. М.: Статут, 1998. 682 с.
4. Степаненко Е. Правовое регулирование института перевода долга. Хозяйство и право. 2000. №10. С.29-35.
5. Гайдук Ю.Н. Договор перевода долга / II (вторая) научная сессия преподавателей и студентов : Сборник материалов (г. Витебск, 2000 г.). Витебск, 2000. С. 25-26
6. Пушай В. І. Уступка права вимоги і переведення боргу в цивільних правовідносинах (на матеріалах судової практики): монографія. Харків: Екограф. 2010. 180 с.
7. Смілянець І. П. Поява інституту переведення боргу або заміни боржника у зобов'язанні // Актуальні проблеми держави і права. 2009. Вип. 51. С. 38-41.
8. Комментарий к Гражданскому кодексу Республики Беларусь: в 2 кн. / отв. ред. В.Ф. Чигир. Мн. : Амалфея, 1999. Кн.1. 544 с.

Костяшкін Іван Олександрович

ПРАВОВА ПРИРОДА ДОГОВОРІВ ПЕРЕВЕДЕННЯ БОРГУ

Розглянуто питання правової природи договорів переведення боргу. Договірні правовідносини, серед яких особливе місце займає договір переведення боргу мають великий вплив на розвиток цивільно-правових норм в умовах товарного обігу. Зобов'язання з переведення боргу в межах цивільних правовідносин, здебільшого, виникають на підставі договірних відносин. Теоретичні положення підкріплені нормативним матеріалом із вітчизняного чинного цивільного законодавства.

Ключові слова: договір, борг, кредитор, боржник, переведення боргу.

Костяшкин Иван Александрович

ПРАВОВАЯ ПРИРОДА ДОГОВОРОВ ПЕРЕВОДА ДОЛГА

Рассмотрены вопросы правовой природы договоров перевода долга. Договорные правоотношения, среди которых особое место занимает договор перевода долга имеют большое влияние на развитие гражданско-правовых норм в условиях товарного обращения. В основном обязательства по переводу долга в пределах гражданских правоотношений возникают на основании договорных отношений. Теоретические положения подкреплены нормативным материалом с отечественного действующего гражданского законодательства.

Ключевые слова: договор, долг, кредитор, должник, перевод до

Kostyashkin Ivan

LEGAL NATURE OF CONTRACTS OF THE TRANSLATION OF A DEBT.

The author considered questions of the legal nature of agreements of the translation of a debt. Contractual legal relationship among which the delegation hold specific place by the agreements and have a great influence on development of civil regulations in the conditions of the goods circulation. By the general rule of the liability on the delegation within civil legal relationship, arise based on contractual relations.

In article, it is proved that the subject structure of the agreement of the delegation as dispositive fact is provided usually by two parties and subject structure of a contractual commitment on the delegation by three as content of contractual legal relationship doesn't match contents of theagreement.

The author notes that the possibility of participation of the creditor as the parties in the liability is determined only in case the agreement on the delegation signed between the creditor and the new debtor with coordination of this agreement by the initial debtor; however, the regulation is characteristic talc to separate systems of law.

The author proves feasibility of fixing of a regulation concerning the subject of the agreement of the delegation as the essential term of the contract in the civil legislation in which rules about amount of the delegation and the extent of responsibility and also distribution of a scope of responsibility in case of lack of the arrangement in this respect will be determined.

In article it is proved that when delegation concerning property it is necessary to consider its quality characteristics as it shall be identical, as well as in the liability between the creditor and the initial debtor.

The author researched a question of a possibility of distribution of a subject of the liability and a clause of scoping of an initial debt by the parties. Reasonably difference of the delegation to parts and incomplete replacement of the debtor or joining of the debtor as methods of the delegation. The scope of responsibility of the initial and new debtor will be difference in the specified cases.

Theoretical provisions supported with standard material from the domestic existing civil legislation.

Key words: contract, debt, creditor, debtor, debt transfer.

УДК 347.44

Резніченко Семен Васильович,
кандидат юридичних наук, професор,
професор кафедри цивільно-правових дисциплін
Одеського державного університету внутрішніх справ

ПОНЯТТЯ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОГО ДОГОВОРУ: КЛАСИЧНИЙ, ІНСТРУМЕНТАЛЬНИЙ ТА ІНТЕГРАТИВНИЙ ПІДХОДИ

Постановка проблеми. В умовах глобалізації, яка охопила собою практично всі сфери суспільного життя (включаючи і сферу права), виникає необхідність формування нових теоретичних уявлень про традиційні інститути цивільного права, серед яких – цивільно-правовий договір. Особлива увага до цього інституту зумовлена тим, що саме він є універсальним правовим засобом узгодження інтересів учасників цивільного обороту.

Стан дослідження теми. Питання, пов'язані з визначенням поняття цивільно-правового договору, досліджували такі вчені, як: М.І. Брагінський, В.В. Вітрянський, С.М. Бервено, Т.В. Боднар, І.В. Беклєніщева, І.С. Канзафарова, С.О. Погрібний, Є.О. Харитонов, Р.Б. Шишка та ін. Проте й до цього часу вони не втрачають своєї актуальності.

Метою статті є визначення поняття цивільно-правового договору з позицій класичного, інструментального та інтегративного підходів.

Виклад основного матеріалу. Згідно з ч. 1 ст. 626 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) договором є домовленість двох або більше сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. Як видно, ЦК України визначає поняття договору через категорію «домовленість», а це означає, що легальне визначення поняття договору ґрунтується на класичній теорії договору, яка розуміє останній як «консенсус». Хоча у сучасній вітчизняній цивілістиці звертається увага на те, що термін «домовленість», який використовується у ЦК України для визначення договору, є «неадекватним» еквівалентом російського терміну «соглашение» [1, с. 39]. Тим більше, що не кожна домовленість набуває ознак договору. Це відбувається лише у тому разі, якщо домовленість досягнута з дотриманням вимог, встановлених для укладення договору. Тому пропонується визначати поняття договору через категорію «правочин» [1, с. 44].

Як відомо, теоретичні уявлення про договір як консенсус були сформовані Ф.К. фон Савіньї у XIX столітті, і саме вони розглядаються як теоретична основа інституту договору у цивільному праві країн романо-германської правової сім'ї. За теорією Савіньї, договір, – це «домовленість кількох осіб, що визначає їх юридичні відносини у формі вираження загальної волі» [12, с. 360].

Визначення поняття договору через категорію «домовленість» у цивільному праві країн романо-германської правової сім'ї протягом багатьох десятиліть сприймалося як природне і таке, що не викликає заперечень. Проте наприкінці XX – початку XXI ст., коли роль договору як регулятора суспільних відносин істотно підвищилась, інтерес до категорії «договір» все частіше стали проявляти теоретики права та представники інших галузевих юридичних наук. При цьому, критикуючи класичне розуміння договору як домовленості, вони звертали увагу на вади такого розуміння.

Так, наприклад, у 2001 році А.Д. Корецький зазначав, що визначення договору через терміни «домовленість», «угода» є формальним, оскільки розкриває поняття договору через описання його форми, а тому не може бути основою серйозного вчення про договір [2, с. 13]. Він запропонував визначати юридичний договір, як «об'єктивовані у встановленому законодавством порядку, добровільно узгоджені наміри кількох осіб укласти один з одним юридичну угоду (або угоди) з метою реалізації особистих інтересів» [2, с. 41].

Вважається, таке визначення поняття договору не можна вважати вдалим, оскільки автор намагається розкрити сутність договору через родове поняття «наміри». Схематично запропоноване

ним визначення виглядає так: договір – це наміри укласти юридичну угоду. Логічна некоректність такого визначення очевидна.

Крім того, враховуючи цивілістичне походження категорії «договір», варто брати до уваги і значення договору як регулятора суспільних відносин, на що неодноразово зверталась увага в юридичній літературі. Так, наприклад, Р.О. Халфіна ще у 1954 році наголошувала на тому, що договір, «виступаючи як підстава виникнення, зміни або припинення правовідносин, визначає і зміст цих правовідносин. Протягом усього часу існування зазначених правовідносин саме договір є критерієм правомірності поведінки сторін у цих правовідносинах, взірцем, якому повинна відповідати поведінка сторін. Проте, на відміну від інших юридичних фактів, він не лише дає підстави для застосування тієї чи іншої норми права до конкретного випадку і для виникнення, зміни чи припинення конкретних правовідносин, але і безпосередньо регулює поведінку сторін, безпосередньо визначає права та обов'язки учасників цих правовідносин. Це випливає із сутності договору як домовленості сторін, як акта їх волі. Своєю угодою, своїм волевиявленням сторони, відповідно до норм об'єктивного права, набувають певних прав і обов'язків» [3, с. 106].

З таким баченням значення договору повною мірою можна погодитись. Вірність позиції Р.О. Халфіної підтверджується і в сучасній юридичній літературі, де акцентується увага на регулятивній функції договору, що прямо передбачена чинним ЦК України. Зокрема, це випливає зі місту ст. 6 ЦК України, згідно з якою сторони мають право врегулювати у договорі, який передбачений актами цивільного законодавства, свої відносини, які не врегульовані цими актами. «Більше того, сторони в договорі можуть відступити від положень актів цивільного законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд, за винятками, передбаченими абзацом 2 ч. 3 ст. 6 ЦК України. Таким чином, цілком правомірно можна стверджувати, що договір є ненормативним засобом індивідуального врегулювання відносин договірних сторін» [1, с. 45].

Як вже зазначалось вище, розгляд договору як «консенсусу» традиційно вважається класичною теорією договору. Проте, на наш погляд, термін «класична» можна вживати і для позначення іншої теорії, згідно з якою договором є обіцянка *(promise)*. Вона є «класичною» для договірного права англосаксонської правової сім'ї. На противагу розгляду договору як домовленості, у даному разі одна сторона договору розраховує на зроблену другою стороною заяву – обіцянку *(promise)*.

У сучасному світі чітке розмежування наведених вище підходів до розуміння договору поступово нівелюється, а сучасні науковці вимушені відмовлятися від «класичного» уявлення про договір. Як вірно зазначає І.В. Беклєніщева, зараз «заперечується не лише вимога *consensus* чи *обіцянки*, але і відповідно і сама ідея договірного зв'язку у вигляді, що сформувався у XX ст. При цьому країни загального права, зберігаючи за традицією вимогу щодо зустрічного надання і у цьому смислі – суворої *privity of contract,* починають включати договірні за правовою природою відносини до предмету розгляду деліктного права, що призводить до поглинання договорів деліктами. У країнах континентального права, навпаки, дія договорів починає розповсюджуватись на відносини, що не є договірними за своєю природою [4].

Враховуючи наведені вище обставини, І.В. Беклєніщева пропонує застосовувати так званий «інтегративний підхід до поняття договору» і визначати останній як «домовленість двох і більше сторін або обіцянку однієї сторони, на яку розраховувала інша сторона, спрямовані на виникнення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків» [11, с. 176].

Можна вважати, що у разі поєднання двох принципово різних підходів (романо-германського та англосаксонського права) при формуванні наукових уявлень про договір, необхідно враховувати ті правові наслідки, які тягне за собою укладення договору та його невиконання.

Так, у романо-германському праві сторони, вступаючи у договірні правовідносини, за загальним правилом, спочатку розраховують на реальне виконання договору з дотриманням правила про його виконання в натурі. В англосаксонському праві, де договір розуміється як «обіцянка або ряд обіцянок», контрагенти одразу можуть розраховувати на отримання компенсації у разі порушення договору.

Це може бути підтверджено положенням, наведеним у § 1 Другого (2) Зводу приватної кодифікації договірного права США, згідно з яким договором є «обіцянка або ряд обіцянок, при порушенні яких застосовуються передбачені законом санкції чи виконання яких в якомусь ступені вважається обов'язком» [10].

Хоча необхідно визнати, що спроби окремих науковців застосовувати інтегративний підхід при визначенні поняття договору в цілому узгоджуються із загальними тенденціями трансформації приватного права в умовах глобалізації.

Як вірно вказується в юридичній літературі, кінець XX – початок XXI ст. є часом трансформації світу на глобалізаційних засадах, яка кардинальним чином вплинула на всі сфери життя людини – політичну, соціально-економічну, духовну, правову. Найактуальнішим питанням, пов'язаним з пробле-

мою глобалізації, є питання трансформації державно-правового простору, що пов'язано з процесом інтеграції правових систем [5, с. 146].

Під впливом процесу глобалізації в обов'язковому порядку будуть «змінюватись» традиційні правові теорії і виникатимуть нові «правові моделі», в основу яких буде «закладено» нову правову культуру, ідеологію, а також нову методологію пізнання природного середовища, що оточує людину [6, с. 167].

Але якщо навіть не враховувати процеси глобалізації, а зосередити увагу на дослідженні поняття договору у національному цивільному праві, необхідно звернути увагу на те, що у вітчизняній цивілістиці договір розглядається не лише як домовленість сторін, а і як правочин (юридичний факт), правовідносини (договірне зобов'язання), документ (в якому закріплені права та обов'язки сторін договору, правовий засіб тощо.

На багатогранність договору як правового феномену звертає увагу В. Мілаш, на думку якої договір *одночасно виступає актом правовстановлення* (у ньому проявляється автономія волі сторін щодо врегулювання їх взаємовідносин на власний розсуд, у межах, дозволених законом — індивідуальне правове регулювання) та *актам правореалізації* (в таких її формах, як додержання, виконання та використання). Отже, обов'язковим елементом договірної конструкції є акт згоди, який поєднує волю його учасників щодо встановлення, зміни або припинення їх взаємних прав та обов'язків у межах, окреслених законом, завдяки чому між ними утворюється правовий зв'язок [9, с. 146-156].

У свою чергу С.М. Бервено намагається поєднати різні аспекти договору в одному визначенні, пропонуючи розуміти під договором «правомірний правочин взаємоузгодженої волі двох і більше сторін, спрямованої на виникнення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків у формі зобов'язального правовідношення та на врегулювання відносин між цими сторонами шляхом закріплення цих прав та обов'язків у визначеній законом формі» [8, с. 29].

Отже, у визначенні, що пропонує С.М. Бервено, йдеться і про «правочин», і про «правовідношення», і про «врегулювання відносин», але при цьому жоден із зазначених аспектів договору не розкривається належним чином (через характерні ознаки), а лише називається.

Вважається, що спроби С.М. Бервено поєднати в одному визначенні кілька аспектів такого правового явища, як договір, є необґрунтованими, оскільки договір, виступаючи як правочин (юридичний факт), як правовідносини та як регулятор суспільних відносин, виконує різні функції, які притаманні йому як певному правовому засобу.

Коли договір виступає як правочин, він виконує функцію юридичного факту, який є підставою виникнення правовідносин. Коли договір виступає як правовідносини, він виконує функцію правової форми, за допомогою якої суб'єкти цивільного права досягають певних юридичних цілей. А якщо договір розглядається як регулятор суспільних відносин, то цілком очевидно, що він є правовим засобом, за допомогою якого у цивільному праві здійснюється саморегулювання горизонтальних відносин між юридично рівними суб'єктами цивільного права.

Розгляд договору як правового засобу відбувається в рамках так званої інструментальної теорії права. Як вірно зазначають В.А. Сапун та К.В. Шундіков, сутність інструментального підходу у правовій науці у стислій формі досить просто виражається на рівні принципової ідеї. Квінтесенцію інструментальної дослідницької програми утворює розуміння того, що однією із істотних властивостей як права в цілому, так і його окремих елементів є їх здатність бути засобами досягнення тих або інших цілей у процесі людської практики [13, с. 16].

Оскільки методологічні підходи передують розробці певних теорій, вважається, що перед юридичною наукою в цілому і цивілістикою зокрема постає завдання розробити таку теорію цивільно-правового договору, яка враховуватиме особливості правового регулювання договірних відносин на національному і наднаціональному рівнях та тенденції трансформації приватного права в умовах глобалізації. Хоча у сучасних міжнародних уніфікованих правових актах (наприклад, Принципах УНІДРУА та Принципах європейського контрактного права) визначення поняття договору взагалі не закріплюється. Відмовившись від чіткого визначення зазначеного поняття, розробники цих актів намагалися абстрагуватися від чинного законодавства конкретних країн і, таким чином, уникнути можливих юридичних колізій.

Висновки. В рамках даної статті було з'ясовано особливості класичного, інструментального та інтегративного підходів до визначення поняття цивільно-правового договору. Доведено, що договір, виступаючи як правочин (юридичний факт), як правовідносини та як регулятор суспільних відносин, виконує різні функції, що притаманні йому як певному правовому засобу, а тому поєднання в одному визначенні кількох аспектів договору є невиправданим. Проте існує потреба у розробці нової теорії цивільно-правового договору, яка буде відповідати сучасним тенденціям трансформації приватного права в умовах глобалізації.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Договірне право України. Загальна частина : навч. посіб. / Т.В. Боднар та ін. ; за заг. ред. О.В. Дзери. К. : Юрінком Інтер, 2008. 896 с.
2. Корецкий А.Д. Теоретико-правовые основы учения о договоре. СПб : Юридический центр пресс, 2001. 211 с.
3. Халфина Р.О. Значение и сущность договора в советском социалистическом гражданском праве. М. : Изд-во Академии наук СССР, 1954. 238 с.
4. Бекленищева И.В. Понятие договора: основные подходы в современном правоведении. *Цивилистические записки*: Межвузовский сборник научных трудов. Выпуск 2. М. : Статут; Екатеринбург: Институт частного права, 2002. С. 298-308.
5. Кресін О., Ткаченко О. Національна держава і право в умовах глобалізації: огляд виступів на методологічному семінарі «Національна держава і право в умовах глобалізації» (Київ, 19 лютого 2007 р.). *Право України*. 2007. № 6. С. 146-149.
6. Хаустова М. Трансформация правовой системы Украины в условиях глобализации: общетеоретические аспекты. *Закон и жизнь*. 2014. № 8. С. 166-171.
7. Римское частное право : учебник / под ред. И. Б. Новицкого, И. С. Перетерского. М. : Новый Юрист, 1998. 512 с.
8. Бервено С.М. Проблеми договірного права України : дис. .. д-ра юрид. наук : 12.00.03. Київ. 2006. 440 с.
9. Мілаш В. Про сутнісні елементи юридичної конструкції «договір». *Вісник Академії правових наук України*. 2006. № 4(47). С. 146-156.
10. Restatement (Second) of the Law of Contracts. American Law Institute. Wash. D. C. 1982. 345 p.
11. Бекленищева И. В. Гражданско-правовой договор: классическая традиция и современные тенденции. М. : Статут. 2006. 204 с.
12. Савиньи Ф.К. Обязательственное право : предисл. В.Ф. Попондопуло; пер. с нем. В. Фукса и Н. Мандро. СПб : Юридический центр Пресс. 2004. 576 с.
13. Сапун В.А., Шундиков К.В. Инструментальная теория права и человеческая деятельность. Правоведение. 2013. № 1 (306). С. 15-32.

Резніченко Семен Васильович

ПОНЯТТЯ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОГО ДОГОВОРУ: КЛАСИЧНИЙ, ІНСТРУМЕНТАЛЬНИЙ ТА ІНТЕГРАТИВНИЙ ПІДХОДИ

У статті досліджується поняття цивільно-правового договору з позицій класичного, інструментального та інтегративного підходів. Акцентується увага на тому, що договір є одним із основних правових засобів, за допомогою яких здійснюється цивільно-правове регулювання, оскільки саме договір дозволяє узгодити інтереси учасників цивільних правовідносин, які ґрунтуються на рівності сторін. Визначається роль договору як правової форми опосередкування відносин цивільного обороту.

Ключові слова: цивільно-правовий договір, поняття цивільно-правового договору, договір як консенсус, договір як обіцянка, інтегративний підхід до розуміння договору.

Резниченко Семен Васильевич

ПОНЯТИЕ ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОГО ДОГОВОРА: КЛАССИЧЕСКИЙ, ИНСТРУМЕНТАЛЬНЫЙ И ИНТЕГРАТИВНЫЙ ПОДХОДЫ

В статье исследуется понятие гражданско-правового договора с позиций классического, инструментального и интегративного подходов. Акцентируется внимание на том, что договор является одним из основных правовых средств, с помощью которых осуществляется гражданско-правовое регулирование, поскольку именно договор позволяет согласовать интересы участников гражданских правоотношений, которые основываются на равенстве сторон. Определяется роль договора как правовой формы опосредования отношений гражданского оборота.

Ключевые слова: гражданско-правовой договор, понятие гражданско-правового договора, договор как консенсус, договор как обещание, интегративный подход к пониманию договора.

Reznichenko Semion

CONCEPT OF THE CIVIL CONTRACT: CLASSICAL, INSTRUMENTAL AND INTEGRATIVE APPROACHES

The concept of the civil contract from positions of classical, instrumental and integrative approaches is investigated in the article. The attention is focused that the contract is one of the main legal means of which civil regulation is carried out as the contract allows aligning interests of participants of civil law relationship which are based on equality of the parties. There is defined the contract role as legal form of the mediation relations of the civil circulation.

It is proved that the contract, acting as the transaction (the legal fact), as legal relationship and as the regulator of the public relations, performs different functions that inherent in him as to a certain legal means, and therefore the combination in one determination of several aspects of the contract is unjustified.

When the contract acts as the transaction, it performs function of the legal fact which is the basis of emergence of legal relationship. When the contract acts as legal relationship, it performs function of a legal form by means of what subjects of civil law achieve definite legal purposes. And if the contract is considered as the regulator of the public relations, then it is obvious that it is legal means by means of which in civil law self-regulation of the horizontal relations between legally equal subjects of civil law is carried out.

However there is a need for development of the new theory of the civil contract which will answer current trends of transformation of private law in the conditions of globalization.

Key words: civil contract, concept of the civil contract, contract as consensus, contract as a promise, integrative approach to understanding of the contract.

УДК 347.122:347.23 (477)

Матійко Микола Володимирович,
кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри цивільного права
Національний університет «Одеська юридична академія»

ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА ПЕРЕДУМОВ ВИНИКНЕННЯ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИН ЩОДО ЗАХИСТУ ПРАВА ВЛАСНОСТІ

Постановка проблеми. Будь-які правовідносини виникають «лише за наявності необхідних передумов (умов)» [1, с. 436]. Авторами розрізняються загальні (матеріальні) та спеціальні (юридичні) передумови виникнення правовідносин. О.Ф. Скакун розрізняє матеріальні (загальні) передумови виникнення правовідносин у вузькому розумінні («певні інтереси чи блага, які пов'язують суб'єктів права (не менше двох) як учасників правовідношення») та у широкому розумінні («система соціальних, економічних, політичних, ідеологічних обставин, які породжують об'єктивну необхідність в правовому регулюванні суспільних відносин; встановлення доцільних відносин між суб'єктами шляхом надання їм юридичних прав, повноважень (посадовим особам), а також покладання обов'язків та відповідальності») [2, с. 379]. Серед юридичних спеціальних передумов виникнення цивільних правовідносин розрізняють «норму права, правосуб'єктність учасників правовідносин та юридичний факт (фактичний склад)»[1, с. 436].

Цивільні правовідносини щодо захисту права власності утворюють окрему групу охоронних цивільних правовідносин та мають особливості щодо передумов їх виникнення.

Метою даної статті є дослідження особливостей передумов виникнення цивільних правовідносин щодо захисту права власності.

Під суспільним відношенням розуміється «реальна взаємодія у соціальному просторі людей, наділених визначеними свідомістю та волею, які мають певні цілі» [3, с. 403]. При цьому ця взаємодія завжди втілюється у вчинках учасників відношення, які спрямовані на досягнення певних результатів. Таким чином відносини щодо захисту права власності також являють собою реальну взаємодію суб'єктів, які за мету мають реалізацію та відновлення права власності [4, с. 92].

Однією з передумов виникнення правовідносин щодо захисту права власності є охоронні цивільно-правові норми, які «встановлюють способи юридичної відповідальності за порушення прав та невиконання обов'язків, закріплених в регулятивних нормах» [2, с. 302]. За допомогою норм-дозволів власник може застосовувати дозволені засоби та форми захисту. Цивільно-правові норми-заборони забороняють порушувати право власності. Цивільно-правові норми-приписи пропонують власнику і правопорушникам модель належної поведінки по усуненню наслідків здійсненого правопорушення і попередженню нових правопорушень.

Особливістю цивільно-правових норм, в тому числі норм, які є передумовами виникнення правовідносин щодо захисту права власності, є те, що встановлення факту їх порушення ще не є підставою відповідальності, якщо того не вимагає зацікавлений суб'єкт, оскільки державний орган не може здійснити цивільно-правовий захист права власності із власної ініціативи [5, с. 17].

При тлумаченні цивільно-правових норм зобов'язального права «не повинно допускатися поширювального тлумачення заборон та обмежувального тлумачення дозволів» [5, с. 17], що в повній мірі не є характерним для норм права власності з огляду на абсолютний характер його захисту та необхідністю, у зв'язку з цим, встановлення в законі чіткого переліку та змісту речових прав.

На думку Є.О. Суханова правосуб'єктність може бути визначена як «соціально-правова можливість суб'єкта бути учасником цивільних правовідносин» а її «передумовами та складовими частинами є правоздатність та дієздатність суб'єктів [6, с. 126-125].

Правоздатність фізичної особи, яка може бути визначена як «здатність людини мати цивільні пра-

ва й обов'язки» [7, с. 95] виникає в момент її народження і припиняється в момент її смерті (ст. 25 Цивільного кодексу України). Отже фізична особа є правоздатною щодо захисту права власності із моменту народження до моменту смерті. До того, з огляду на ч.1 ст. 26 Цивільного кодексу України, усі фізичні особи є рівними у здатності бути учасником відносин щодо захисту права власності.

Щодо правоздатності юридичних осіб, то відповідно до ч. 4 статті 91 Цивільного кодексу України цивільна правоздатність юридичної особи виникає з моменту її створення і припиняється з дня внесення до єдиного державного реєстру запису про її припинення. Юридична особа здатна мати такі ж цивільні права та обов'язки (цивільну правоздатність), як і фізична особа, крім тих, які за своєю природою можуть належати лише людині. Згідно ч. 1 статті 325 Цивільного кодексу України суб'єктами права приватної власності є фізичні та юридичні особи. Отже разом із можливістю набуття права власності юридична особа має можливість його захисту. При цьому «обсяг правоздатності юридичної особи не є безмежним, оскільки визначається її установчими документами» і «якщо, наприклад, статутом юридичної особи визначено вичерпний перелік можливих видів її діяльності – вона наділена спеціальною правоздатністю, виходити за межі якої не має права» [7, с. 225]. Але основною, ознакою юридичних осіб, без якої неможлива участь їх як суб'єктів у цивільному обігу, є наявність у них відокремленого майна та передбачається наявність в них майна на праві власності або на обмежених речових правах оперативного управління та повного господарського відання. При цьому за наявності в юридичної особи майна на права власності, можливість мати таке право та захищати його не може залежати від обсягу її правоздатності, зазначеної у статутних документах.

Правоздатність держави та інших публічно-правових утворень «в цілому носить спеціальний а не загальний (універсальний) характер» [6, с. 377], адже «і в цивільних відносинах держава діє в інтересах людини і для забезпечення цілей своєї діяльності» [7, с. 250]. Є.О. Харитонов звертає увагу на те, що «якщо критерієм визначення цієї специфіки обрати кількість (обсяг) цивільних прав, то він може бути в окремих сферах ширшим, а окремих вужчим, ніж інших суб'єктів цивільного права» [7, с. 250]. Отже, перелік видів майна, що може бути у власності, способи набуття права власності, а також можливість самостійно встановлювати для себе правовий режим захисту права власності суттєво впливають обсяг правоздатності держави щодо можливості захищати своє право власності.

Здатність фізичної особи своїми власними діями здобувати для себе цивільні права і самостійно їх здійснювати, а також здатність своїми діями створювати для себе цивільні обов'язки, самостійно їх виконувати і нести відповідальність у випадку їх невиконання – дієздатність фізичної особи – мають особи які усвідомлюють значення своїх дій та можуть керувати ними.

Стаття 31 Цивільного кодексу України, визначаючи обсяг цивільної дієздатності фізичної особи, яка не досягла чотирнадцяти років, не передбачає для неї можливості самостійно захищати право власності. Разом з тим ч. 2 цієї статті передбачає, те що малолітня особа не несе відповідальності за завдану нею шкоду. Отже законодавець виключає можливість самостійної реалізації захисту права власності для малолітньої особи, а також можливість самостійно відповідати за завдану нею шкоду, в тому числі і у відносинах щодо захисту права власності. «Часткова дієздатність малолітніх включає право вчиняти тільки ті юридичні дії, що перелічені в ст. 31 ЦК» [8, с. 177], при цьому ці можливості «заповнюються у відповідній частині дієздатністю батьків» [8, с. 178].

Власні дії особи спрямовані на захист права власності можуть мати не тільки юридичний характер. Так самозахист прав передбачає «можливість уповноваженої особи використовувати дозволені законом засоби власного примусового впливу на правопорушника, захищати право, що йому належить, власними діями фактичного порядку» [9, с. 107]. Норми цивільного права не забороняють малолітній особі самостійно вчиняти такі дії.

Неповна цивільна дієздатність фізичної особи у віці від чотирнадцяти до вісімнадцяти років передбачає серед інших можливостей можливість самостійно розпоряджатися своїм заробітком, стипендією або іншими доходами, а отже – і самостійно захищати право власності на них.

Щодо можливості самостійно виконувати обов'язки в охоронних правовідносинах щодо захисту права власності, то ч. 2 ст. 1179 Цивільного кодексу України передбачає, що неповнолітня особа відповідає за завдану нею шкоду самостійно на загальних підставах. У разі відсутності у неповнолітньої особи майна, достатнього для відшкодування завданої нею шкоди, ця шкода відшкодовується в частці, якої не вистачає, або в повному обсязі її батьками (усиновлювачами) або піклувальником, якщо вони не доведуть, що шкоди було завдано не з їхньої вини. Якщо неповнолітня особа перебувала у закладі, який за законом здійснює щодо неї функції піклувальника, цей заклад зобов'язаний відшкодувати шкоду в частці, якої не вистачає, або в повному обсязі, якщо він не доведе, що шкоди було завдано не з його вини. Обов'язок батьків (усиновлювачів), піклувальника, закладу, який за законом здійснює щодо неповнолітньої особи

функції піклувальника, відшкодувати шкоду припиняється після досягнення особою, яка завдала шкоди, повноліття або коли вона до досягнення повноліття стане власником майна, достатнього для відшкодування шкоди.

Фізична особа з повною цивільною дієздатністю самостійно може здійснювати захист свого права власності та виконувати обов'язки у відносинах щодо захисту права власності.

Відносно обмежено дієздатних осіб, правочини щодо розпорядження майном та інші правочини, що виходять за межі дрібних побутових, вчиняються особою, цивільна дієздатність якої обмежена, за згодою піклувальника. Одержання заробітку, пенсії, стипендії, інших доходів особи, цивільна дієздатність якої обмежена, та розпоряджання ними здійснюються піклувальником. Відповідно за обмежено дієздатну особу захист права власності здійснює піклувальник. Особа, цивільна дієздатність якої обмежена, самостійно несе відповідальність за порушення нею договору, укладеного за згодою піклувальника, та за шкоду, що завдана нею іншій особі. В цьому аспекті виконання обов'язків у відносинах щодо захисту права власності здійснюється обмежено дієздатною особою самостійно.

Недієздатна фізична особа не має права вчиняти будь-якого правочину. Правочини від імені недієздатної фізичної особи та в її інтересах вчиняє її опікун. Відповідно здійснення захисту права власності недієздатної особи покладається на її опікуна.

Відповідальність за шкоду, завдану недієздатною фізичною особою, несе її опікун. Шкода, завдана недієздатною фізичною особою, відшкодовується опікуном або закладом, який зобов'язаний здійснювати нагляд за нею, якщо він не доведе, що шкода була завдана не з його вини. Таким чином у відносинах щодо захисту права власності від імені недієздатної особи обов'язки виконує опікун або закладом, який зобов'язаний здійснювати нагляд за нею.

Відповідно до ст. 92 Цивільного кодексу України юридична особа набуває цивільних прав та обов'язків і здійснює їх через свої органи, які діють відповідно до установчих документів та закону. Таким чином юридичні особи здійснюють цивільні права та виконують обов'язки у відносинах щодо захисту права власності через свої органи. А відповідно до статей 170, 172 та 173 Цивільного кодексу України держава, Автономна Республіка Крим, територіальні громади набувають і здійснюють права та обов'язки через відповідні органи у межах їх компетенції, встановленої законом. Отже здійснення та набуття прав та виконання обов'язків у відносинах щодо захисту права власності відбувається через ці органи.

Оскільки «охоронні цивільні правовідносини виникають у випадку порушення цивільних прав учасників цивільних відносин, а отже й норм цивільного законодавства» [10, с. 367]. Правопорушення займають в системі юридичних фактів особливе місце. При цьому «правопорушення неможливо повністю ототожнювати з поняттям неправомірних юридичних дій» [11, с. 139]. На думку Є.О. Харитонова найбільш точною характеристикою правопорушення є його визначення як «юридичного факту, що являє собою винне протиправне діяння деліктоздатної особи» при цьому зазначаючи, що «більш вдалим тут було б вживання замість слова «діяння», не дуже типового для української мови, більш адекватних термінів «поведінка», «поводження або ж «вчинок»» [10, с. 382].

Відповідно до статті 386 Цивільного кодексу України власник, який має підстави передбачати можливість порушення свого права власності іншою особою, може звернутися до суду з вимогою про заборону вчинення нею дій, які можуть порушити його право, або з вимогою про вчинення певних дій для запобігання такому порушенню. Тобто існує можливість захисту права власності шляхом подання прогібіторного позову. Умовами подання якого є те, що «річ знаходиться у власника, існує реальна загроза порушення іншими особами права власності в майбутньому та те, що для вчинення дій, які можуть порушити право власності в майбутньому, немає законних підстав (припису закону, договору сторін тощо)» [12, с. 186]. В цій ситуації для виникнення відносин щодо охорони права власності достатньо факту створення загрози, тобто «ризику настання певних негативних майнових наслідків у майбутньому» [13, с. 36].

Висновки. Таким чином підставами виникнення правовідносин щодо захисту права власності норми цивільного права, правоздатність та дієздатність суб'єктів цих відносин та юридичні факти. Особливістю цивільно-правових норм, в тому числі норм, які є передумовами виникнення правовідносин щодо захисту права власності, є те, що встановлення факту їх порушення ще не є підставою відповідальності, якщо того не вимагає зацікавлений суб'єкт, оскільки державний орган не може здійснити цивільно-правовий захист права власності із власної ініціативи. Особливості цивільної правоздатності та дієздатності суб'єктів цивільного права щодо можливості участі у відносинах щодо захисту права власності визначаються цивільним законодавством. Підставами виникнення правовідносин щодо захисту права власності є порушення права власності або наявність реальної загрози порушення іншими особами права власності в майбутньому.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Крестовська Н.М., Матвєєва Л.Г. Теорія держави і права. Підручник. Практикум. Тести: підручник / Н.М. Крестовська, Л.Г. Матвєєва. – К.: Юрінком Інтер, 2015. – 584 с.
2. Скакун О.Ф. Теориягосударства и права: Учебник. – Харьков: Консум; Ун-т внутр. дел, 2000. – 704 с.
3. Общаятеориягосударства и права. Академический курс в 3-х томах. Изд. 2-е, перераб. и доп.,отв. ред. проф. М.Н. Марченко. Том 2. – М.: ИКД «Зерцало-М», 2001. – 528 с.
4. Матійко М.В. Поняття захисту права власності серед інших правових понять // Юридичний вісник, 2014, №1, 88-92 с.
5. БеловВ.А. Гражданское право: Общая и особенная части: Учебник –М.: АО «Центр ЮрИнфоР», 2003.- 960 с.
6. Гражданское право в 4-х томах Т.1: Общаячасть ученик для студентоввузов / отв. ред. Е.А. Суханов. – з-е узд., перераб. и доп. – М.: ВолтерсКлувер, 2006. – 720с.
7. Цивільне право України: Підручник: У 3-х кн. Кн.1 /Є.О Харитонов, Р.О. Стефанчук, А.І. Дрішлюк та ін..;За ред.. Є.О. Харитонова, А.І. Дришлюка. – Одеса: Юридична література, 2005. – 528с.
8. Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України: в 4.т. / А.Г. Ярема, В.Я. Карабань, В.В. Кривенко, В.Г. Ротань. – Т.1. – К.: А.С.К., 2004. – 928 с.
9. Грибанов В.П. Осуществление и защитагражданских прав – М.: «Статут», 2000. – 411 с.
10. Харитонов Є.О. Цивільніправовідносини: моногр./ Є.О. Харитонов, О.І. Харитонова. – 2-ге вид., перероб. і доп. – Одеса: Фенікс, 2011. – 456 с.
11. Бакирова Е. Ю. Юридические факты в жилищных отношениях :Дис. канд. юрид. наук : 12.00.03 Белгород, 2003.- 206 с.
12. Цивільне право України: Підручник: У 3-х кн. Кн.2 /Є.О Харитонов, Р.О. Стефанчук, А.І. Дрішлюк та ін..;За ред.. Є.О. Харитонова, А.І. Дришлюка. – Одеса: Юридична література, 2006. – 440 с.
13. Гнатів О.Б. Захист права власності у цивільному праві – дисертація канд.юр. наук, Львів 2014. – 202 с.

Матійко Микола Володимирович

ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА ПЕРЕДУМОВ ВИНИКНЕННЯ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИН ЩОДО ЗАХИСТУ ПРАВА ВЛАСНОСТІ

Стаття присвячена дослідженню передумов виникнення цивільних правовідносин щодо захисту права власності. В якості передумов розглянуті норми цивільного права, правоздатність та дієздатність суб'єктів та юридичні факти. З огляду на загальнотеоретичне підґрунтя та цивілістичний підхід проаналізовані особливості цивільно-правових норм, правоздатності та дієздатності суб'єктів та юридичних фактів, які є передумовами виникнення правовідносин щодо захисту права власності.

Ключові слова: цивільне право, цивільні правовідносини, право власності, захист права власності, охорона права власності, цивільно-правовий захист права власності.

Матийко Николай Владимирович

ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА ПРЕДПОСЫЛОК ВОЗНИКНОВЕНИЯ ГРАЖДАНСКИХ ПРАВООТНОШЕНИЙ ПО ЗАЩИТЕ ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ

Статья посвящена исследованию предпосылок возникновения гражданских правоотношений по защите права собственности. В качестве предпосылок рассмотрены нормы гражданского права, правоспособность, дееспособность субъектов и юридические факты. С учетом общетеоретических взглядов и цивилистического подхода проанализированы особенности гражданско-правовых норм, правоспособности и дееспособности субъектов и юридических фактов, которые являются предпосылками возникновения гражданских правоотношений.

Ключевые слова: гражданское право, гражданские правоотношения, право собственности, защита права собственности, охрана права собственности, гражданско-правовая защита права собственности.

Matiyko Nikolay

GENERAL CHARACTERISTICS OF PREVENTION OF CIVIL RIGHTS RELATING TO PROTECTION OF THE RIGHTS OF OWNERSHIP

The article is devoted to the investigation of the prerequisites for the emergence of civil legal relations for the protection of property rights. As prerequisites, the norms of civil law, civil status of subjects and legal facts are examined. Taking into account general theoretical views and the civil approach, the features of civil law norms, civil status of subjects and legal facts that are prerequisites for the emergence of civil legal relations are analyzed. The grounds of the legal relationship regarding the protection of property rights by the author are recognized by the norms of civil law, legal capacity and capacity of the subjects of these relations and legal facts. The peculiarity of civil law rules, including the norms that are prerequisites for the establishment of legal relations with regard to the protection of property rights, is that the establishment of the fact of their violation is not yet the basis of liability, unless the interested entity so requires, as the state body can notimplement civil-law protection of property rights on its own initiative. The peculiarities of civil capacity and the ability of civil law subjects to participate in property rights protection are determined by civil law. The grounds for legal relations concerning the protection of property rights are violations of the right of ownership or the existence of a real threat of violation by others of property rights in the future.

Key words: civil law, civil legal relations, property rights, protection of property rights, protection of property rights, civil law protection of property rights.

УДК 347.122:(351.85:796+316.64)

Омельчук Олександр Сергійович,
кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри цивільного права
Національного університету «Одеська юридична академія»

СПОРТИВНЕ ПРАВО ТА СУСПІЛЬНА СВІДОМІСТЬ

Постановка проблеми. Спорт – це надбання людської цивілізації, що суттєво змінювало свої функції в різні епохи. Якщо в давньому світі фізична культура була запорукою виживання, згодом – мирною заміною міждержавним війнам, а в сучасному світі еволюціонує від міжнаціональних змагань до глобального транскордонного явища, що виконує безліч функцій, напряму не пов'язаних з заняттям спортом (таких як інформаційна, економічна, ідеологічна, політична, благодійницька, іміджева, консолідаційна тощо).

Модерна спортивна діяльність – надзвичайно широка сфера людської діяльності як за суб'єктним складом (в заняття спортом, тренувально-виховний процес, забезпечення діяльності спортивних споруд, установ та клубів, участь у спортивних змаганнях так чи інакше залучена більшість населення), так і за складом суспільних відносин, що виникають під час здійснення спортивної діяльності. Надзвичайна розгалуженість сфер суспільних відносин, в яких виникають суспільні відносини щодо здійснення спортивної діяльності, а також факти значимості таких відносин з точки зору необхідності забезпечення прав і свобод осіб, економічної привабливості об'єктів окреслених відносин, потенційної конфліктності інтересів сторін відносин свідчить про важливість правового регулювання спортивних відносин.

Спортивне право – достатньо молода галузь вітчизняного права, що знаходиться на стадії свого формування. Для визначення прогресивних векторів розвитку національного законодавства в галузі спорту, з'ясування найбільш ефективних методів правового регулювання спортивної діяльності необхідно враховувати рівень сприйняття суспільством існуючих та потенційних норм спортивного права, адже від сприйняття залежить і подальша ефективність реалізації даних норм.

Стан дослідження теми. Вітчизняна історія законодавства містить низку прикладів, коли прийняті норми, що були покликані врегулювати окремі сфери відносин, не зустрічали розуміння в суспільстві, тому що приймалися всупереч соціальним реаліям, не відповідали національному менталітету і рівню суспільної правосвідомості. Однак, вукраїнській юриспруденції, як і в інших соціальних науках не проводилися спеціальні дослідження взаємовпливу спортивного права та суспільної свідомості.

Метою даного дослідження є визначення характеру та меж впливу спортивного права на суспільну свідомість.

Виклад основного матеріалу. На сучасному етапі розвитку суспільства спортивні відносини в Україні далекі від повноцінного та ефективного правового регулювання. В той час, як в науковій літературі доводиться самостійність галузі спортивного права, визначається її предмет [1, 2] та джерела [3], чинне законодавство має ряд прогалин та колізій в сфері регулювання спортивної діяльності.

Відносини в сфері спорту мають свою специфіку правового регулювання. Регуляторами таких відносин виступають звичаї, корпоративні норми (правила певних федерацій, асоціацій тощо), етичні (норми спортивної етики, правила «чесної гри») та норми моралі. Відсутність дієвих санкцій за порушення вищеназваних норм призвела до формування тіньового права в сфері вітчизняного спорту. Відсутність протидії таким тенденціям з боку суспільства та держави пояснюється одразу декількома обставинами:

– відсутністю інтересу до проблем спорту на фоні економічних, соціальних та політичних кризових явищ;

– глобальною проблемою корупції в країні;

– формуванням образу спорту, що визначається вторинністю, незначним характером та неважливістю останнього;

– низьким рівнем суспільної свідомості, особливо спортивної спільноти.

Суспільна свідомість зазнає правового впливу підчас здійснення правом соціальних функцій. Соціальні функції – це специфічний ракурс права, де регулятивна і охоронна функції поєднуються у відокремленій якісно однорідній сфері соціальних

відносин, економіці, політиці, ідеології. Право виконує загальну соціальну функцію з формування правових цінностей, принципів та бажаних форм поведінки.

Сприйняття спортивного права суспільством напряму залежить від ставлення суспільства до фізичної культури та спорту взагалі. В спеціалізованій літературі доводиться, що фізична культура – специфічний вид соціальної діяльності, у процесі якої відбувається задоволення фізичних і духовних потреб людини за допомогою цілеспрямованих занять фізичними вправами, засвоєння та застосування відповідних знань, навичок, а також участі в спортивних заходах і змаганнях.

Показниками стану фізичної культури в суспільстві є масовість її розвитку, міра використання засобів фізичної культури у сфері освіти і виховання, рівень здоров'я й усебічного розвитку фізичних здібностей людей, рівень спортивних досягнень, наявність і рівень кваліфікації професійних і громадських фізкультурних кадрів, пропаганда фізичної культури і спорту, міра і характер використання ЗМІ у сфері завдань, що стоять перед фізичною культурою, стан науки і наявність розвиненої системи фізичного виховання [5, с. 139].

Нажаль, сучасний вітчизняний спорт не сприймається суспільством в прогресивному гуманітарному сенсі. Нерідко доводиться чути про «брудний спорт», тобто спорт, в якому заборонені методи використовуються спортсменами, які прагнуть досягти перемоги, високого результату чи отримати грошову винагороду будь-якою ціною [4]. Спортивна діяльність відбивається в суспільній свідомості як комерційна загалом непрозора діяльність, що покликана захищати певні політичні, економічні інтереси, і аж ніяк не вирішувати першочергові соціальні завдання. Розкриття фактів договірних матчів в найвищих дивізіонах українського футболу [6], розкрадання коштів, виділених на тренування національних збірних [7] та інші інформаційні приводи останнього часу поглиблюють негативний образ вітчизняного спорту в суспільній свідомості.

Зрушень в сприйнятті спорту суспільством можна досягти шляхом встановлення правопорядку в сфері спортивних відносин, визначення меж правового регулювання галузі спорту, формування ефективних механізмів захисту прав та інтересів спортсменів та інших суб'єктів спортивних правовідносин. Спортивне право повинно виконати функцію збереження та покращення іміджу вітчизняного спорту.

Як уже зазначалося в попередніх публікаціях, вплив права на суспільну свідомість відображається на двох рівнях – рівні сприйняття права та рівні соціально-юридичних вчинків (поведінки). Саме з цими двома рівнями пов'язані різні напрямки впливу права: інформаційний, аксілогічний, психологічний, культурний.

В межах інформаційного напряму впливу на суспільну свідомість спортивне право формує уявлення про систему вітчизняного спорту, сукупність спортивних дисциплін та змагань, сутність відносин між різними суб'єктами спортивної діяльності – спортсменами, федераціями, клубами, тренерами, агентами і т.д. Формування в суспільній свідомості позитивного образу спорту – переважне завдання впливу спортивного права в межах інформаційного напрямку впливу.

Аксіологічний напрям впливу спортивного права позначається на формуванні в суспільній свідомості системи цінностей, що їх пропагує спорт. Як відзначається в літературі, за сучасної доби основу спортивного принципу, принципу чесної і справедливої гри, становить саме прояв чесності, гуманності і благородства намірів у змаганнях, відповідальності, обов'язку,взаємної поваги спортсменів. Сучасний спорт і фізична культура заслуговують позитивну оцінку з точки зору гуманістичних ідеалів і цінностей. Погоджуємось, що І.Я. Олексиними, що сукупність ціннісних основ спортивної діяльності є прообразом ідеальної форми існування,організованої на принципах рівності можливостей, працьовитості та суспільної справедливості [8, с. 200].

Суспільство являє собою сукупність індивідів, кожен з яких наділений особливим психологічним статусом. Участь індивіда в соціальних відносинах передбачає формування ставлення особистості до діючих юридичних норм, яке не зводиться до простого пристосування, а є складним відношенням дії та впливу існуючих норм, їхнього сприйняття, відторгнення, ігнорування, порушення тощо. В результаті психологічного впливу права формується позитивний образ права в усій сукупності елементів, що до нього включаються, та явищ, що з ним пов'язані.

Культурний напрямок впливу спортивного права знаходить свій прояв в підвищенні загального рівня культури суспільства. Відповідно до статті 1 Закону України «Про фізичну культуру і спорт» фізична культура – це складова частина загальної культури суспільства, що спрямована на зміцнення здоров'я, розвиток фізичних, морально-вольових та інтелектуальних здібностей людини з метою гармонійного формування її особистості [9].

Висновки. Ефективне правове регулювання сфери спортивних відносин – запорука належного здійснення функцій спорту в суспільстві. Право, з одного боку, саме по собі є формальним виявом суспільної свідомості, відображаючи сформовані в суспільстві уявлення та погляди щодо різних явищ дійсності. З іншого боку, право впливає на суспіль-

ну свідомість, формуючи ідеї та думки, уявлення та ціннісні орієнтири суспільства та упереджує поведінку індивідів.

Спортивне право та суспільна свідомість є взаємозалежними, адже будь-яке право є породженням і відображенням суспільної свідомості, в той час як спортивне право впливає на подальші зміни в суспільній свідомості та формуванні правової культури в сфері спорту.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Гаро Г.О.Спортивне право: огляд національного законодавства і міжнародних стандартів / Г.О. Гаро, О.О. Кушнір. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://protokol.com.ua/ua/sportivne_pravo_oglyad_natsionalnogo_zakonodavstva_i_mignarodnih_standartiv/
2. Макогон О.В. Сутність спортивного права України / О.В. Макогон // Вісник Академії адвокатури України. – 2015. – №1(32). – С. 70-78.
3. Моргунов О. А. Поняття та система джерел спортивного права / О. А. Моргунов // Форум права. – 2011. – № 2. – С. 624–629 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2011-2/11moadcp.pdf
4. Медведєв Д.Ю. Спортивно-змагальна відповідальність. Санкції у спортивному праві (національні аспекти та іноземний досвід) / Д.Ю. Медведєв. // Часопис Академії адвокатури України. – 2013. – № 4. – Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Chaau_2013_4_15
5. Вавренюк С.А. Роль виховних функцій фізичної культури і спорту серед студентської молоді: державно-управлінський аспект / С.А. Вавренюк // Інвестиції: практика та досвід. – 2015. – № 2. – С. 138-140.
6. У МВС назвали футбольні клуби, причетні до договірних матчів (список) // УНІАН. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://sport.unian.ua/football/10126658-u-mvs-nazvali-futbolni-klubi-prichetni-do-dogovirnih-matchiv-spisok.html
7. Кто убивает украинский спорт: наглая коррупция на чемпионах (расследование). [Електронний ресурс]. – Режим доступу:https://www.facenews.ua/articles/2018/320835/
8. Олексин І.Я. Цінності спорту в контексті суспільного ідеалу гуманізму / І.Я. Олексин // Мультиверсум. Філософський альманах. – 2015. – Вип. 3-4. – С. 190-203.
9. Про фізичну культуру і спорт : Закон України від 24.12.1993 р. № 3808-XII [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/3808-12

Омельчук Олександр Сергійович

СПОРТИВНЕ ПРАВО ТА СУСПІЛЬНА СВІДОМІСТЬ

Стаття присвячена питанням визначення напрямів впливу спортивного права на суспільну свідомість: інформаційного, аксілогічного, психологічного, культурного. Розглянуто сутність та роль кожного з напрямків впливу. Визначено специфіку нормативного регулювання спортивних відносин. Досліджено тенденції сприйняття спортивних відносин та спортивного правав умовах сучасної України. З'ясовано основні проблеми правового нігілізму в сфері спорту. Окреслено можливі шляхи вирішення даних проблем.

Ключові слова: спортивне право, суспільна свідомість, спортивні правовідносини, фізична культура й спорт.

Омельчук Александр Сергеевич

СПОРТИВНОЕ ПРАВО И ОБЩЕСТВЕННОЕ СОЗНАНИЕ

Статья посвящена вопросам определения направлений влияния спортивного права на общественное сознание: информационного, аксиологического, психологического, культурного. Рассмотрены сущность и роль каждого из направлений воздействия. Определена специфика нормативного регулирования спортивных отношений. Исследованы тенденции восприятия спортивных отношений и спортивного права в условиях современной Украины. Выяснены основные проблемы правового нигилизма в сфере спорта. Определены возможные пути решения данных проблем.

Ключевые слова: спортивное право, общественное сознание, спортивные правоотношения, физическая культура и спорт.

Omelychuk Olexandr

SPORT LAW AND SOCIAL CONSCIOUSNESS

The article is devoted to the problems of determining the directions of the influence of sports law on public consciousness: information, axiological, psychological, culturaldirections. The essence and the role of each of the directions of influence are considered. Specificity of regulatory regulation of sports relations is determined. The tendencies of perception of sports attitudes and the sports right in the conditions of modern Ukraine are investigated. The main problems of legal nihilism in the sphere of sports are clarified. Possible ways of solving these problems are outlined.

Effective legal regulation of the sphere of sports relations is the key to the proper exercise of the functions of sport in society. Right, on the one hand, is in itself a formal manifestation of social consciousness, reflecting the ideas and views that are formed in society about different phenomena of reality. On the other hand, law affects the public consciousness, forming ideas and ideas, representations and values of the society and predisposes the behavior of individuals.

Key words: sports law, public consciousness, sports legal relations, physical culture and sports.

УДК 347.129

Фасій Богдан Володимирович,
кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри цивільного права,
заступник декана факультету цивільної та господарської юстиції
Національного університету «Одеська юридична академія»

СУТНІСТЬ КАТЕГОРІЇ «РОЗСУД» У ПРИВАТНОМУ ПРАВІ

Постановка проблеми. Однією з визнаних сучасних закономірностей правового регулювання в Україні та деяких країнах Європи є його деформалізація. Вона полягає у тому, що у законодавстві підвищується питома вага юридичних норм з відносно визначеним змістом і як наслідок розширюється сфера «розсуду». Це дає можливість повніше й точніше врахувати потреби й інтереси суб'єктів у процесі реалізації своїх прав.

З огляду на це важливо визначити ті галузі приватного права, де надання суб'єктам більшого розсуду сприятиме підвищенню якості й ефективності правового регулювання.

Стан дослідження теми. Проблематика меж категорії «розсуд» в приватному праві досліджена недостатньо. Науковці висвітлюють лише окремі аспекти означеної проблеми, а саме: загальнотеоретичний (А. Барак, М. Рісний), галузеві питання розсуду (В.В. Кубенець, Ю. Старих, Є.О. Харитонов), розсуд в окремих видах судочинства (В. Канцір, Д. Абушенко, О. Папков) тощо.

Метою статті є дослідження сутності категорії «розсуд» у приватному праві України.

Виклад основного матеріалу. Аналіз чинного законодавства дозволяє зазначити, що термін «розсуд» найчастіше зустрічається та використовується в приватному праві. Це пов'язано з тим, що з прийняттям Цивільного кодексу України (далі – ЦК України) законодавець розширив можливість суб'єктів цивільних відносин самостійно визначати варіанти свеї поведінки, врегульовувати взаємовідносини за допомогою диспозитивних норм.

У зв'язку з цим, ЦК України свідчить, що поняття «розсуд» вживається не тільки в статтях, присвячених окремим цивільним правовідносинам (ст. 708 ЦК України), а й у статтях, що мають загальне значення для регулювання правовідносин: ч. 1 ст. 12 ЦК України (особа здійснює свої цивільні права вільно, на власний розсуд); ст. 20 ЦК України (право на захист особа здійснює на власний розсуд); ч. 1 ст. 319 ЦК України (власник володіє, користується, розпоряджається своїм майном на власний розсуд); ч. 1 ст. 628 ЦК України (зміст договору становлять умови (пункти), визначені на розсуд сторін і погоджені ними, та умови, які є обов'язковими відповідно до актів цивільного законодавства); ст. 271 ЦК України (зміст особистого немайнового права становить можливість фізичної особи вільно, на власний розсуд визнавати свою поведінку у сфері приватного життя) (підкреслено мною – Б. Ф.).

Видається, вищевказане застосування поняття «розсуд» переплітає його з категорією «свобода» або навіть є її передумовою, де розсуд ставиться до формування волі, а свобода – до волевиявлення.

Традиційно найбільшу увагу вказаному терміну приділялася вченими при вивченні проблем власності [1]. У сучасній літературі по цивільно-правовим питанням намітилася тенденція аналізу поняття «розсуд» як складової принципу диспозитивності [2] або як одного з елементів принципу автономії волі [3], а також при характеристиці здійснення цивільних прав [4]. При цьому не тільки вчені не відокремлюють «розсуд» суб'єкта приваного права від поняття «свобода», але і законодавець ставиться до них як до взаємопов'язаних, взаємодоповнюючих категорій (ч. 1 ст. 12 ЦК України).

У приватному праві термін «розсуд» можна розглядати в декількох значеннях: рішення, висновок, думка [5]. Розсудити означає: «встановити», «виявити», «визнати» [6]. Згідно позиції В. Даля розсудити, вбачати означає: «побачити», «відкрити», «розпізнати», «окреслити» [7]. Наприклад: він зробив це за своїм власним розсудом, як вважав за краще; переконатися в чому-небудь розумово; спостерігати за чим-небудь, дивитися. Тобто саме значення слова «розсуд» містить у собі суб'єктивну думку, висновок, а також рішення особи діяти згідно свого бажання, в своїх інтересах.

Таким чином, термін «розсуд» поєднується зі словами «прийняття рішення» – розпорядитися, узгодити права та обов'язки, здійснити.

Існує тісний зв'язок між поняттям «розсуд» і поняттям «свобода», оскільки власний розсуд фізичної особи, не може бути іншим, як вільним. Свобода в приватному праві – це здатність людини на свій розсуд діяти у відповідності зі своїми інтересами й цілями, опираючись на пізнання об'єктивної необхідності [5].

Розсуд здійснюється не залежно від тієї чи іншої ситуації (факту), а залежно від того чи іншого варіанту можливої поведінки, визначеного в нормі з оціночним поняттям. Розсуд припускає ряд можливостей, ґрунтується на існуванні кількох варіантів, можливих для правозастосовного суб'єкта. Він заснований на існуванні справжніх варіантів на шляху досягнення мети. Фізична особа змушена обирати, але від нього не вимагається обирати саме той чи інший шлях. «Розсуд» визначається законодавцем як «власний» (ч. 1 ст. 12 ЦК України і т.п.) або «свій» (ч. 1 ст. 20 ЦК України). На цій основі воно сприймається як вільний розсуд, а тому не може бути під примусом, тиском. Рішення суб'єкта також є «своїм, власним», прийнятим за своєю волею, тобто вільним.

Доречно згадати, що професор Є.О. Харитонов приватне право розглядає з позиції «концептного підходу», яке визначається як сукупність уявлень, ідей, засад, правил і норм, що визначають статус приватної особи і забезпечують пріоритетність та захист її інтересів [8].

Втім запропоноване розуміння приватного права не позбавляє необхідності з'ясування питання, наскільки виправданими є побоювання небезпеки невизначеності меж прав приватної особи [9].

Слід зазначити, що визнання за людиною права вільного вибору варіанту поведінки, яка не шкодить іншій людині, сама по собі не створює загрози, оскільки поведінка людини є моральною за своєю природою, а моральна поведінка є однією з найбільш жорстких соціобіологічних демаркацій [10].

Говорячи про цивільне право, його потрібно розуміти як поєднання концепцій, ідей (принципів) та правових норм, що встановлюють на принципах диспозитивності, юридичної рівності та ініціативи сторін підстави набуття та порядок реалізації й захисту прав та обов'язків фізичними та юридичними особами, а також соціальними утвореннями, що виступають як суб'єкти немайнових та майнових (цивільних) відносин, з метою задоволення матеріальних і духовних потреб приватних осіб та захисту їх інтересів.

Доречно згадати, що цивільне право є проявом приватного права, оскільки в ньому переважають приватноправові норми. Особа, яка здійснює своє право та інтерес, вільна у виборі допустимих способів та засобів здійснення. Органи державної влади та інші адміністративні органи, у свою чергу, не можуть втручатися у процес здійснення уповноваженою особою суб'єктивного права, перешкоджати цьому, встановлювати обмеження тощо. Уповноважена особа здійснює своє цивільне право вільно, на власний розсуд, тобто сама вирішує, здійснювати чи не здійснювати право, що їй належить, визначаючи при цьому строк, порядок, характер дій, що вчиняються нею для здійснення права. Вона ж вирішує, чи відмовитися їй від цих прав. Наприклад, спадкоємець може здійснити своє право на прийняття спадщини протягом 6 місяців після його відкриття, звернувшись з відповідною заявою до нотаріальної контори або здійснити дії, які свідчать про те, що він прийняв спадщину. Однак його не можна примусити прийняти спадщину, також не можна примустити прийняти спадщину протягом більш короткого строку, наприклад через один місяць після того, як відкриється спадщина. У цьому випадку мова йде про диспозитивний метод правового регулювання. Диспозитивний метод характерний для регулювання на засадах ініціативності та вільного розсуду учасників відповідних відносин. Зокрема, ст. 1088 ЦК України передбачено, що при здійсненні безготівкових розрахунків допускаються розрахунки із застосуванням платіжних доручень, акредитивів, розрахункових чеків, розрахунки за інкасо, а також інші розрахунки, передбачені законом, банківськими правилами та звичаями ділового обороту. А сторони у договорі мають право обрати будь-який вид безготівкових розрахунків на свій розсуд [12].

Характерними рисами диспозитивного методу цивільно-правового регулювання є: а) юридична рівність сторін; б) ініціатива сторін при встановленні правовідносин; в) можливість вибору учасниками цивільних відносин варіанта поведінки, що не суперечить засадам цивільного законодавства і нормам моралі. Зокрема, ст. 19 ЦК України не вказує на конкретні способи самозахисту, навпаки, надає право уповноваженій особі самій обирати такі способи. Ця правова норма зазначає, що для самозахисту особа може застосовувати протидії, які не заборонені законом і не суперечать моральним засадам суспільства. До способів самозахисту повною мірою можна віднести неустойку, поруку, гарантію, заставу, задаток, попередню оплату та інші способи забезпечення виконання зобов'язання, передбачені законом або договором.

Одним з найбільш вагомих є принцип свободи договору. Сторони на власний розсуд у межах закону вирішують питання укладення договору та його

зміст, керуючись при цьому вимогами справедливості, добросовісності та розумності [13].

Таким чином, вільний вияв особи на вступ у договірні відносини; свобода вибору сторонами форми договору; право сторін укладати як договори, передбачені законом, так і договори, які законом не передбачені, але йому не суперечать, охоплюються свободою укладання договору, а відповідно передбачає наявність у особи розсуду.

Положення щодо вільного розсуду особи міститься також і в Цивільних кодексах деяких країнах Європи. Зокрема, Цивільний кодекс Швейцарії (далі – ЦК Швейцарії) в деяких положеннях передбачає, що: кредитор може на власний розсуд вимагати часткового виконання зобов'язання від кожного спільно або декількох боржника або ж повного виконання від будь-якого з них (ст. 144 ЦК Швейцарії); видавець повинен встановити ціну на свій розсуд, але не настільки високу, щоб перешкоджати продажу роботи (ст. 384 ЦК Швейцарії); сторони можуть визначати на власний розсуд встановити відповідальність за контрактом. На власний розсуд суд може зменшити відповідальність, якщо він вважає таку відповідальність надмірною (ст. 163 ЦК Швейцарії) [14].

Чеське законодавство містить загальну положеня стосовно відповідальності за збитки у розділі 420 Цивільного кодексу. Він має загальну правомочність і, таким чином, застосовується завжди, коли немає спеціального положення про відшкодування шкоди. Якщо можуть бути застосовані як параграф 420, так і спеціальне положення, то на власний розсуд постраждалий може обирати положення, на яке покладається його вимога. Це стосується як фізичних осіб, так і юридичних осіб [15].

Здійснюючи будь-які дії, особа прагне насамперед дотриматися власних інтересів. Однак правові норми, що вимагають добросовісності, фактично спонукають суб'єктів не вчиняти дій, що можуть призвести до настання несприятливих наслідків для інших осіб. Тобто особа повинна діяти таким чином, щоб можливі негативні наслідки для іншої особи були якомога меншими. Межею розумності є дія, що справедливо враховує інтереси обох сторін. Зокрема, ст. 373 ЦК України передбачає, що власник земельної ділянки має право використовувати її на власний розсуд, відповідно до її цільового призначення. Власник земельної ділянки може використовувати на свій розсуд все, що знаходиться над і під поверхнею цієї ділянки, якщо інше не встановлено законом та якщо це не порушує прав інших осіб [12].

З огляду на вищевикладене можна відзначити властивості, що притаманні розсуду в приватному праві в Україні та деяких країнах Європи, полягають в такому: а) мають основним принципом визнання пріоритету інтересів приватної особи (суверенітету індивіда); б) забезпечують приватний інтерес: акцентуються на економічній свободі, вільному самовираженні та рівності товаровиробників, захисті власників від свавілля держави; в) забезпечують ініціативність сторін при встановленні цивільних відносин та вільне волевиявлення суб'єктів при реалізації їх прав; г) припускають широке використання договірної форми регулювання; д) характеризуються переважанням диспозитивних норм, які спрямовані на максимальне врахування вільного розсуду сторін при виборі правил поведінки [16].

Отже, питання про розсуд є досить складним і дискусійним у праві. Протягом багатьох років проблема категорії «розсуд» привертає увагу дослідників, які неоднозначно оцінюють сам розсуд як з теоретичної, так і з практичної точки зору. Розсуд у приватному праві – це застосування правової норми, що полягає у вільному виборі фізичною особою поведінки шляхом оцінки, заснованої на його внутрішньому переконанні у відповідності зі своєю правосвідомістю виходячи із принципів права, норм моралі та обставин правозастосовної ситуації. Можливість реалізації розсуду закладена в законодавстві як України, так і деяких країн Європи. Розсуд виступає як різновид пізнавальної діяльності, що складається з інтелектуального й вольового елементів. Це розумова діяльність фізичної особи, що супроводжується оцінкою й порівнянням, тому розсуд не виникає, а формується.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Скловский К.И. Собственность в гражданском праве. 5-е изд., перераб. М. : Статут, 2010. 893 с.
2. Принципи сучасного зобов'язального права України // Українське комерційне право : Науково-практичний журнал. 01/2003. № 4. С.9-16.
3. Цивільне та сімейне право України : підручник. за ред. Є.О. Харитонов, Н.Ю. Голубєва. К. : Правова єдність, 2009. 967 с.
4. Харитонов Е.О., Саниахметова Н.А. Гражданское право Украины : учебник. Х. :Одиссей, 2004. 960 с.
5. Лукьяненко М.Ф. Оценочные понятия гражданского права: разумность, добросовестность, существенность. М. : Статут, 2010. 423 с.
6. Великий тлумачний словник української мови / Уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. К. ; Ірпінь : Перун, 2005. 1728 с.
7. Даль В. Толковый словарь живого великорусского языка. М., 1994. 2721 с.
8. Харитонов Є.О. Концепт приватного права в умовах інтеграції : навч. посібник. О. : Фенікс, 2017. 260 с.
9. Харитонов Є.О. Приватне право як «європейський концепт»: підґрунтя та кореляти // Часопис цивілістики. 2016. Вип. 20. С. 8-16.

10. Омельчук О.М. Поведінка людини: філософсько-правовий вимір: монографія. Х. : Хмельницький університет управління та права, 2012. 384 с.
11. Горбась Д.В. Визначення меж здійснення суб'єктивного цивільного права // Бюлетень Міністерства юстиції України. 2006. № 2. С. 111-117.
12. Кубинець В.В. Розсуд у цивільному праві / Актуальні проблеми держави і права. 2008. № 42. С. 207-211.
13. Цивільне право України: академічний курс: підруч.: У 2 т. / За заг. ред. Я.М. Шевченко. Вид. 2-ге, доп. і перероб. К. : Видавничий Дім «Ін Юре», 2006.
14. The Federal Assembly of the Swiss Confederation. (1911). Federal Act on the Amendment of the Swiss Civil Code. URL: Retrieved from https://www.admin.ch/opc/en
15. Czech law firm in Prague on liability for damages. (2016). Compensation for damages in czech civil law. URL: http://www.rutlandjezek.com/gb.
16. Фасій Б.В. Розсуд у приватному праві: досвід України та деяких країн Європи / Розвиток сучасного приватного права в країнах Європи. Матеріали VIII Міжнародного цивілістичного форуму, Київ, 19-20 квітня 2018 року. К. : Білоцерківдрук, 2018. С. 246-250.

Фасій Богдан Володимирович

СУТНІСТЬ КАТЕГОРІЇ «РОЗСУД» У ПРИВАТНОМУ ПРАВІ

У статті йдеться про сутність категорії «розсуд» у приватному праві. Розглядаються властивості, що притаманні розсуду в приватному праві. Досліджено положення щодо вільного розсуду особи в Цивільних кодексах деяких країнах Європи. Надання суб'єктам більшого розсуду сприяє підвищенню якості й ефективності правового регулювання. Встановлено, що розсуд є розумовою діяльністю фізичної особи, що супроводжується оцінкою й порівнянням, тому розсуд не виникає, а формується. Розсуд здійснюється не залежно від тієї чи іншої ситуації (факту), а залежно від того чи іншого варіанту можливої поведінки, визначеного в нормі з оціночним поняттям.

Ключові слова: приватне право, цивільне право, розсуд в праві, диспозитивні норми, правова категорія.

Фасий Богдан Владимирович

СУЩНОСТЬ КАТЕГОРИИ «УСМОТРЕНИЕ» В ЧАСТНОМ ПРАВЕ

В статье говорится о сущности категории «усмотрение» в частном праве. Рассматриваются свойства, которые присуще усмотрению в частном праве.

Исследовано положение относительно свободного усмотрения лица в гражданских кодексах некоторых стран Европы. Предоставление субъектам больше усмотрения способствует повышению качества и эффективности правового регулирования. Установлено, что усмотрение является умственной деятельностью физического лица, которая сопровождается оценкой и сравнением, следовательно, усмотрение не возникает, а формируется. Усмотрение осуществляется независимо от той или иной ситуации (факта), а в зависимости от того или иного варианта возможного поведения, определенного в норме с оценочным понятием.

Ключевые слова: частное право, гражданское право, усмотрение в праве, диспозитивные нормы, правовая категория.

Fasii Bohdan

THE ESSENCE OF THE CATEGORY «DISCRETION» IN PRIVATE LAW

The article deals with the essence of the category «discretion» in private law. The article reveals the properties that are inherent in «discretion» in private law. The article investigates the situation of a person's free discretion in the Civil Codes of some European countries. Providing subject at a greater discretion contributes to improving the quality and effectiveness of legal regulation. It is established that discretion is the mental activity of an individual, which is accompanied by an assessment and comparison, therefore discretion does not arise, but is formed. The article investigates the situation of a person's free discretion in the Civil Codes of some European countries. An authorized person exercises his civil right freely, at his own discretion, that is, he decides whether to exercise or not exercise the right which belongs to him, while determining the time period, the procedure, the nature of the actions that are being performed by him for the exercise of his right. She decides whether to deny her rights. Free expression of a person for entering into contractual relations; freedom of choice of the parties to the contract; the right of the parties to conclude contracts as foreseen by law, as well as contracts which are not provided by law, but do not contradict it, are covered by the freedom to enter into an agreement, and, accordingly, presupposes a person's discretion.

Key words: private law, civil law, discretion in law, dispositive norms, legal category.

.

УДК 347.122:347.921.4

Полюк Юлія Іванівна,
асистент кафедри цивільного процесу
Національного університету «Одеська юридична академія»

ЩОДО ПИТАННЯ ПРО ПЕРЕДУМОВИ ПРАВА НА ЗВЕРНЕННЯ ДО СУДУ ЗА ЗАХИСТОМ

Постановка проблеми. Захист суб'єктивних цивільних прав, свобод та інтересів, що охороняються законом, здійснюється в передбаченому законом порядку, тобто за допомогою застосування належної форми, засобів і способів захисту. При цьому юрисдикційна форма захисту передбачає звернення суб'єкта, право якого порушено, до відповідного державного органу за захистом.

Загальновідомо, що судова форма захисту є найефективнішою та найбільш досконалою формою захисту прав, свобод і законних інтересів будь-якої особи, яка потребує такого. Так, Конституція України визнає право на судовий захист як необмежене та невідчужуване право. Право на звернення до суду, в свою чергу, виступає в якості юридичної гарантії захисту інших конституційних прав і свобод людини і громадянина.

Положення про право на звернення до суду за захистом відображено у ч. 1 ст. 4 Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України), відповідно до якої, кожна особа має право в порядку, встановленому цим Кодексом, звернутися до суду за захистом своїх порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи законних інтересів [1]. На перший погляд здається, що будь-хто у будь-якій справі може реалізувати зазначене право, однак така широка можливість звернення до суду, надана законодавством, може бути реалізована тільки при наявності певних правових умов, які в юридичній літературі іменуються передумовами.

На сьогоднішньому етапі розвитку правової науки, у частині цивільного процесуального права, питання про передумови права на звернення до суду (права на пред'явлення позову) набуває актуальності, оскільки у правовій доктрині щодо необхідності їх виділення та подальшого існування висловлюються різні думки, а в деяких випадках і зовсім протилежні.

Стан дослідження теми. Вагомий внесок у дослідженні цієї проблеми належить М. А. Гурвичу, який вперше ввів у науковий обіг та глибоко розробив поняття «передумови» й «умови» права на звернення до суду на прикладі позовного провадження. Ґрунтовні дослідження та висновки стосовно проблеми процесуальних передумов права на пред'явлення позову були запропоновані й Є. Г. Пушкарем, В. Н. Щегловим, Г. Л. Осокіною. Окремі аспекти зазначеної проблематики були висвітлені у працях О. Ф. Клейнмана, С. В. Курильова, М. Й. Штефана, М. С. Шакарян, М. А. Викут, Д. М. Чечота, Н. О. Чечиної, Ю. К. Осипова, К. І. Комісарова та інших. Однак, не зважаючи на достатньо великий інтерес науковців, питання щодо необхідності виділення передумов права на звернення до суду за захистом досі залишається не вирішеним і носить доволі дискусійний характер.

Метою статті є дослідження основних пануючих у юридичній літературі позицій вчених щодо вирішення питання про передумови права на звернення до суду за захистом.

Для досягнення встановленої мети були поставлені такі **завдання**:

– розмежувати такі теоретичні поняття як передумови права на звернення до суду та умови його реалізації (здійснення);

– виокремити основні точки зору науковців стосовно визначення передумов права на звернення до суду за захистом та дослідити кожну з них;

– дослідити існуючі в літературі підходи до класифікації передумов права на звернення до суду;

– проаналізувати нормативні акти у частині, що стосується реалізації права на звернення до суду;

– сформувати власне уявлення про передумови права на звернення до суду.

Виклад основного матеріалу. Чинне цивільне процесуальне законодавство надає широку можливість звернення до суду кожній особі, яка безпосередньо відображена у ст. 4 ЦПК України.

Звернення до суду, процесуальною формою виразу якого є заява, позовна заява, скарга – це надважлива процесуальна дія відповідного суб'єкта. При цьому слід розуміти, що саме по собі звернення до суду шляхом подання певного процесуального документу не призводить до відкриття провадження у справі, виникнення процесу розгляду і вирішення цієї справи. З цього приводу справедливо зауважує М. А. Гурвич, наголошуючи на тому, що широка можливість звернення до суду, забезпечена законами держави, не означає, що будь-яка особа має право, звернувшись з будь-якою справою до суду, порушити її розгляд [2, с. 45]. Відкриття провадження у справі зумовлюється наявністю всіх необхідних умов, встановлених законом. Тобто, можливість практичного здійснення права на звернення до суду за судовим захистом залежить від певних передумов.

Розуміння права на звернення до суду за захистом різниться залежно від епохи розвитку цивільного процесуального права. Відтак одна група вчених наполягає на необхідності збереження системи передумов права на звернення до суду, інша ж навпаки заперечує їх існування.

Традиційно право на звернення до суду за судовим захистом пов'язується з запропонованою уперше М. А. Гурвичем [2, с. 87] **системою передумов та умов права на пред'явлення позову**, яка диференціюється за різноманітними критеріями на загальні та спеціальні, позитивні і негативні. Згідно з зазначеною теорією слід розрізняти передумови права на пред'явлення позову та умови (порядок) здійснення цього права. При цьому сутність та значення цих двох складових права на пред'явлення позову є різними, а отже, не слід ототожнювати чи ігнорувати самостійне існування будь-якої з них.

Так, на відмінність між передумовами виникнення права на звернення за судовим захистом і умовами реалізації цього права вказує Г. Л. Осокіна, яка під передумови права на позов зазначає такі обставини процесуально-правового характеру, які зумовлюють виникнення права на пред'явлення позову. Юридичне значення передумов, за її думкою, полягає в тому, що їх відсутність означає відсутність у зацікавленої особи самого права на пред'явлення позову [3, с. 166]. Однак, для того щоб право на пред'явлення позову стало основою виникнення судової діяльності по здійсненню правосуддя у конкретній цивільній справі, необхідно щоб таке право було реалізоване з додержанням певних умов. Умови реалізації права на звернення за судовим захистом – це такі обставини процесуально-правового характеру (юридичні факти), які на відміну від передумов не впливають на виникнення самого права на звернення до суду, але обумовлюють належний порядок його реалізації [3, с. 167].

Продовжуючи дослідження запропонованої теорії, Д. Д. Луспенник зазначає, що передумови права на звернення до суду за судовим захистом виступають в якості необхідних умов для відкриття провадження у справі в суді першої інстанції [4, с. 21]. Вирішуючи питання про відкриття провадження у справі, суд правомочний постановити ухвалу про залишення заяви без руху, її повернення, відмовити у відкритті провадження або відкрити провадження.

Питання щодо наявності права на пред'явлення позову перевіряється суддею і пов'язується воно з судженнями про наявність чи відсутність процесуального права позивача. В свою чергу питання щодо дотримання умов (порядку) здійснення права на пред'явлення позову не стосується ні матеріального, ні процесуального права і є ніщо іншим як встановлення того, що вимоги які є необхідними для здійснення наявного у позивача права на пред'явлення позову виконані. Відповідно до цього у разі відсутності передумов права на пред'явлення позову та недотримання умов (порядку) його здійснення наступають різні наслідки процесуально-правового характеру.

В першому випадку, ухвалою суду про відмову у відкритті провадження з підстав визначених ч. 1 ст. 186 ЦПК України, визнається відсутність права на пред'явлення позову і подальший розвиток процесу неможливий. Такі наслідки є непереборними. Наприклад, звернення до суду у випадку, коли наявне рішення суду у справі між тими самими сторонами, про той самий предмет і з тих самих підстав, що набрало законної сили, не призведе до виникнення процесу розгляду такої справи. Оскільки право на судовий захист в межах конкретної справи, а відповідно й право на звернення до суду за захистом особа може використати лише один раз. І наявність рішення, що набуло законної сили свідчить про те, що особа використала своє право на судовий захист навіть тоді, коли результат розгляду її не задовольняє. Відтак, під передумовами права на пред'явлення позову слід розуміти ті обставини, від яких залежить можливість виникнення процесу розгляду та вирішення судом спірного питання.

В другому випадку, при невиконанні чи неналежному виконані умов (порядку) здійснення права на пред'явлення позову, які визначені ст. ст. 175, 177 ЦПК України, суд постановляє ухвалу про за-

лишення такої заяви без руху та встановлює певний строк на усунення недоліків. І лише у випадку, якщо недоліки не будуть виправлені вчасно суд повертає таку заяву. При цьому слід пам'ятати, що закон також встановлює й інші підстави для повернення заяви (ч. 4 ст. 185 ЦПК України), які теж слід відносити до умов (порядку) здійснення права на пред'явлення позову. Особливістю є те, що наявність таких ухвал не паралізує процес. При наявності ухвали про залишення позовної заяви без руху – провадження буде відкрито, а відповідно розпочнеться розгляд справи, після виправлення помилок у визначений судом строк. При наявності ухвали про повернення заяви – провадження може бути відкрито при повторному зверненні до суду, яке, в свою чергу, стане можливим лише після того, як перестануть існувати обставини, що спричинили повернення первісної заяви. З наведеного вище вбачається, що з порушенням умов (порядку) здійснення права на пред'явлення позову одночасно надається можливість їх виправлення зі зворотною дією. Тобто при виправлені прогалини звернення до суду відновлюється.

Таким чином, суддя має право відкрити провадження у справі лише при наявності як передумов права на пред'явлення позову, так і при наявності умов, які складають процесуальний порядок реалізації права на звернення до суду.

Разом з тим, доцільним є розглянути й інший один підхід щодо передумов права на звернення до суду за судовим захистом, який був запропонований і обґрунтований К. І. Комісаровим. На його думку, всі особи можуть звертатися до суду з проханням про розгляд спору про цивільне право. Право на звернення до суду як конституційне право надано кожній особі, у зв'язку з чим навряд чи є правильним пов'язувати його зі складною системою передумов.

Свої роздуми вчений викладає виходячи зі змісту ст. 4 ЦПК України та доходить висновку, що система передумов створює уявлення про складне звернення до суду. Разом з тим, вказані передумови виступають в якості виключень, які позбавлять можливості звернення до суду. Тож. К. І. Комісаров вважає, що більш доцільно говорити не про передумови права на позов, а про окремі, передбачені законом, **умови при яких воно виключається** [5, с. 8]. Зазначену позицію продовжує і розвиває М. Ю. Розова. Авторка доходить висновку, що законодавець при визначенні підстав виникнення права на звернення до суду не скористався категорією передумов, а застосував іншу юридичну конструкцію, згідно з якою право на звернення до суду виникає при наявності однієї обставини – припущенні зацікавленості особи. Але додатково в законі встановлено перелік умов, що виключають це право [6, с. 8].

В юридичній літературі критично відноситься до теорії передумов права на звернення за судовим захистом В. В. Ярков. На його думку, при вирішенні питання про порушення справи слід розглядати не передумови, а **умови виникнення права на звернення до суду**, до яких він відноситься дві, а саме: процесуальну правоздатність та підвідомчість [7, с. 102]. Досліджуючи зазначене питання, В. В. Ярков наполягає на можливості існування права на звернення до суду в двох якостях. З одного боку, право на звернення до суду існує як потенційна можливість звернення за судовим захистом. З іншого боку, у разі реалізації цієї потенційної можливості, виникає конкретне право на звернення до суду з конкретної справи [7, с. 102]. Саме умовами виникнення останнього, автор визначає правоздатність та підвідомчість.

Право на звернення до суду І. В. Решетнікова розглядає в якості загального дозволу, який може бути реалізований будь-якою зацікавленою особою. Відповідно до цього, виникнення права на звернення до суду авторка теж пов'язує з двома юридичними умовами (підвідомчістю та правоздатністю). Згідно з її думкою правоздатність визначає суб'єкта права на звернення до суду, а підвідомчість встановлює межі реалізації цього права у співвідношенні з іншими формами судового захисту [8, с. 145].

У той же час дві якості права на звернення до суду, що розглядаються, тісно взаємопов'язані між собою. Потенційна здатність, без можливості бути реалізованою, по суті, втрачає сенс свого існування. В цій ситуації також необхідна наявність потенційної можливості для такого звернення. Тому необхідно розглядати потенційне і фактичне право на звернення до суду лише спільно. В даному випадку, фактичне право – це реалізована можливість звернення за судовим захистом. А ось для того, щоб ця можливість була реалізована, законодавство передбачає певні умови. Отже, при розгляді питання про порушення справи необхідно досліджувати не умови виникнення, а умови реалізації права на звернення до суду. Якщо розглядати право на звернення за судовим захистом як існуюче до і поза процесуальних відносин, то не повинно виникати питання про передумови чи умови його виникнення в процесі. Мабуть, саме через це, пізніше, В. В. Ярков з процесуальною правоздатністю і підвідомчістю пов'язує не виникнення, а саме реалізацію права на звернення до суду [9, с. 198].

В цивільній процесуальній літературі існує й інший підхід щодо вирішення питання про передумови та умови права на звернення до суду за су-

довим захистом. Так, Є. Г. Пушкар **ототожнює поняття умови та передумови права на звернення до суду**, та наполягає на тому, що слід говорити не про передумови права, а про умови його реалізації, оскільки право на звернення до суду є конституційним, гарантується державою і належить всім громадянам і організаціям [10, с. 29]. Позиція вченого ґрунтується на тому, що право на звернення до суду розглядається як об'єктивно існуюча реальність до виникнення процесуальних правових відносин і, в свою чергу, може бути реалізовано шляхом пред'явлення заяви або скарги, відповідно до процесуального принципу диспозитивності [9, с. 20]. До такої думки приєднується й П. І. Радченко [11, с. 3]. Вбачається, що така перспектива заснована на тому, що право на судовий захист є абсолютним, а отже будь-яких передумов для наявності такого права бути не повинно.

Існування таких різнорідних підходів до вирішення питання про передумови та умови права на звернення до суду потребують конкретизації. Тож, спробуємо вирішити це питання, враховуючи позицію Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ).

Право на справедливий суд надається кожному відповідно до ч. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. При цьому ЄСПЛ у рішенні по справі «Голдер проти Сполученого Королівства» (Golder v. the United Kingdom) висловлює позицію, що «право на суд», слід розглядати разом із «правом на доступ до суду», тобто правом звертатися до суду, оскільки вони виступають як єдине ціле. Зазначається, що «право на суд» та «право на доступ до суду» не є абсолютними [12]. Така ж позиція викладена в рішенні ЄСПЛ у справі «Креуз проти Польщі» (Kreuz v. Poland) [13].

При цьому практика ЄСПЛ, акцентує увагу на тому, що право на доступ до суду за своєю природою потребує регулювання з боку держави, тому законом можуть бути встановленні обмеження. Однак, міра таких обмежень не має порушувати зміст цих прав. Право на доступ до суду має бути ефективним. Не повинно бути занадто формального ставлення до передбачених законом вимог, оскільки доступ до правосуддя повинен бути не лише фактичним, але і реальним. Зокрема, зазначене відображається в рішеннях у справі «Жоффр де ля Прадель проти Франції» (De Geouffre de la Pradelle v. France) [14] та Філіс проти Греції (Philis v. Greece) [15].

Висновки. Аналізуючи наведене можна зробити висновок, що процесуальне право на звернення до суду має розглядатися у світлі конституційної норми про право кожного на судовий захист. Регулювання права на звернення за судовим захистом передбачає встановлення правил судової процедури, в тому числі й процесуальної заборони і обмежень, призначення яких полягає в недопущенні судового процесу у безладний рух. До числа перших слід віднести передумови, наявність яких є необхідним і достатнім для визнання права на звернення до суду. Другу категорію формують умови, дотримання яких є необхідним для того, щоб реалізація наявного права на звернення до суду призвела до юридичних наслідків, що становлять його безпосередню мету, тобто до судового розгляду і вирішення цивільного спору.

Однак, на сучасному етапі, враховуючи зміни процесуального законодавства, існуюча теорія передумов права на звернення до суду та умов його реалізації потребує вдосконалення.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Цивільний процесуальний кодекс України [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1618-15
2. Гурвич М. А. Право на иск / М. А. Гурвич; отв. ред. А. Ф. Клейнман. – М.: Изд-во АН СССР, 1949. – 216 с.
3. Осокина Г. Л. Проблемы иска и права на иск / Г. Л. Осокина; под ред.: Грицанов А. С. – Изд-во Том. ун-та, 1989. – 196 с.
4. Луспеник Д. Д. Розгляд цивільних справ судом першої інстанції / Д. Д. Луспеник. – Харків: Харків юридичний, 2006. – 480 с.
5. Комиссаров К. И. Полномочия суда второй инстанции в гражданском процессе: Автореф. дис. . канд. юрид. наук. – М., 1962. – 17 с.
6. Розова М. Ю. Обращение за судебной защитой по советскому гражданскому процессуальному праву. Автореф. дис. … канд. юрид. наук. – Свердловск, 1983. – 12 с.
7. Ярков В. В. Юридические факты в механизме реализации норм гражданского процессуального права. Дис. . докт. юрид. наук: специальность 12.00.15 – гражданский процесс; арбитражный процесс / В. В. Ярков; Свердл. юрид. ин-т. – Екатеринбург, 1992. – 523 с.
8. Решетникова И. В. Гражданский процесс / И. В. Решетникова, В. В. Ярков. Учебник. – 7-е изд., перераб. – М.: Норма: ИНФРА-М, 2016. – 304 с.
9. Ярков В. В. Арбитражный процесс. / Под ред. В. В. Яркова. Учебник. – 4-е изд., перераб. и доп. – М.: 2010. – 880 с.
10. Пушкар Е. Г. Конституционное право на судебную защиту: гражданско-процессуальный аспект / Е. Г.Пушкар. – Львов.: Вища Школа, 1982 – 214 с.
11. Радченко П. И. Процессуальные гарантии судебной защиты конституционного права на труд : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / П. И. Радченко. – Харьков, 1980. – 16 с.
12. Рішення у справі «Голдер проти Сполученого Королівства» 21 лютого 1975 року: Європейський суд з прав людини [Електронний ресурс] – Режим доступу: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57496%22]}

13. Рішення у справі «Креуз проти Польщі» 19 червня 2001 року: Європейський суд з прав людини [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/980_030?nreg=980_030&find=1&text=%E0%E1%F1%EE%EB%FE%F2&x=9&y=7
14. Рішення у справі «Жоффр де ля Прадель проти Франції» 16 грудня 1992 року: Європейський суд з прав людини [Електронний ресурс] – Режим доступу: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{«tabview»:[«document»],»itemid»:[«001-57778»]}
15. Рішення у справі «Філіс проти Греції» 27 серпня 1991 року: Європейський суд з прав людини [Електронний ресурс] – Режим доступу: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{«tabview»:[«document»],»itemid»:[«001-57681»]}

Полюк Юлія Іванівна

ЩОДО ПИТАННЯ ПРО ПЕРЕДУМОВИ ПРАВА НА ЗВЕРНЕННЯ ДО СУДУ ЗА ЗАХИСТОМ

Статтю присвячено дослідженню основних доктринальних підходів до вирішення питання про передумови та умови права на звернення до суду за захистом. Розмежовуються такі теоретичні поняття як передумови права на звернення до суду та умови його реалізації (здійснення). Аналізуються нормативні акти національного законодавства у частині що стосується реалізації права на звернення до суду. Вивчається практика Європейського суду з прав людини в межах предмету дослідження.

Ключові слова: звернення до суду, право на звернення до суду за захистом, передумови права на звернення до суду за захистом, право на пред'явлення позову, передумови права на пред'явлення позову.

Полюк Юлия Ивановна

К ВОПРОСУ О ПРЕДПОСЫЛКАХ ПРАВА НА ОБРАЩЕНИЕ В СУД ЗА ЗАЩИТОЙ

Статья посвящена исследованию основных доктринальных подходов к решению вопроса о предпосылках и условиях права на обращение в суд за защитой. Разграничиваются такие теоретические понятия как предпосылки права на обращение в суд и условия его реализации (осуществления). Анализируются нормативные акты национального законодательства в части касающейся реализации права на обращение в суд. Изучается практика Европейского суда по правам человека в пределах предмета исследования.

Ключевые слова: обращение в суд, право на обращение в суд за защитой, предпосылки права на обращение в суд за защитой, право на предъявление иска, предпосылки права на предъявление иска.

Poliuk Yuliia

THE QUESTION OF THE PRESENTATION OF THE RIGHT TO APPEAL TO THE COURT FOR PROTECTION

The article is devoted to the study of the main doctrinal approaches to the question of the preconditions and conditions for the right to apply to the court for protection. Separate such theoretical concepts as the preconditions for the right to apply to the court and the conditions for its implementation (implementation). The normative provisions of the national legislation in the part concerning the realization of the right to apply to the court are analyzed. The practice of the European Court of Human Rights in the subject of research is studied.

Key words: the right to apply to the court for protection, the precondition for the right to apply to the court for protection, the right to sue, the prerequisite for the right to sue.

УДК 347.122(477)

Катренко Анастасія Андріївна,
аспірантка кафедри цивільного та господарського права і процесу
Міжнародного гуманітарного університету

ІНТЕРЕС ЯК КАТЕГОРІЯ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА

Постановка проблеми. У цивільному праві інтерес є рушійною силою, що визначає напрямок реалізації прав суб'єктів цивільних правовідносин. Тому Цивільний кодекс України [1] (далі – ЦК України) неодноразово у різному контексті згадує поняття «інтерес», однак не надає його визначення. Зокрема, у ч. 2 ст. 15 ЦК України передбачено, що «кожна особа має право на захист свого інтересу, який не суперечить загальним засадам цивільного законодавства». Правова природа поняття «інтерес» неодноразово досліджувалася як у літературі з загальної теорії права, так і у галузевій літературі, зокрема у цивільному праві України, однак, незважаючи на це, вона вимагає подальшої розробки через її особливу складність.

Метою цього дослідження є вирішення комплексу наукових питань, пов'язаних із реалізацією інтересів суб'єктів права за допомогою різних цивільно-правових засобів.

Стан дослідження теми. Теоретичною основою дослідження є праці вітчизняних та зарубіжних фахівців у галузі цивільного права: С. Алексєєва, Ю. Бисаги, І. Венедіктової, Ю. Гамбарова, В. Грибанова, Р. Гукасяна, І. Дзери, А. Дрішлюка, А. Запорожця, Р. Ієринга, О. Іоффе, Д. Керімова, О. Кімова, Н. Кляус, М. Коркунова, О. Малько, С. Михайлова, М. Першина, З. Ромовської, О. Скакун, В. Сєрьогіна, Ю. Тихомирова, Н. Улаєвої, К. Ушинського, А. Хакімуліна, О. Харитонова, О. Чепис, Д. Чечота, Я. Шевченко, Г. Шершеневича, С. Шимон, О. Юрченко та ін.

Ґрунтовні дослідження теоретичного характеру стосовно категорії «інтерес» вже зроблені іншими авторами [2, 3, 4, 5, 6, 7]. Однак, у наукових дослідженнях досі не визначено значення категорії інтересу у цивільних правовідносинах, його правова природа та специфіка за сучасних умов розвитку суспільства.

Виклад основного матеріалу. Суб'єктивні права, які належать учасникам цивільних правовідносин, не завжди забезпечують їх інтереси, які знаходяться у постійній динаміці, а їх реалізація залежить від суб'єктивних й об'єктивних чинників. Таким чином, інтереси, що знаходяться в зоні дії цивільного права, не підпадають під правове регулювання, а отже не підлягають захисту як суб'єктивні права. У разі порушення таких інтересів у їх носія виникає складне завдання встановлення можливості їх захисту. У країнах англо-американської правової системи така проблема вирішується за допомогою застосування доктрини судового прецеденту, коли норма права створюється суддею під час вирішення конкретної справи з метою захисту певного інтересу. Однак, для континентальної правової системи захист інтересів суб'єктів цивільного права не є таким простим завданням через домінування законодавства, як джерела права, над судовою практикою. В Україні лише узагальнена судова практика, а не прецедент, як рішення у конкретній справі, може носити обов'язковий характер при вирішення судових спорів (за виключенням рішень Європейського суду з прав людини). Тому необхідно встановити правову природу та значення інтересу у цивільних правовідносинах.

Вважається, що слово інтерес запозичено з німецького «Interesse» і має значення «користь, вигода» [8, 12]. Характеристику інтересу як правової категорії вперше надав Р.Ієринг, який визначив, що основним соціальним призначенням права є суспільне врегулювання та узгодження інтересів різних суб'єктів [9, 315].

Як вже було зазначено, визначення поняття «інтерес», «законний інтерес» або ж «цивільний інтерес» ЦК України не містить, хоча згадка про інтерес міститься у багатьох його статтях. Але, як справедливо зазначає професор Є.О. Харитонов, у ЦК України відсутнє навіть визначення ключового для цивільного законодавства поняття «цивільне право», яке нерозривно пов'язане із поняттям «інтерес» [7].

У назві глави 3 та у ст. 15 – 17 ЦК України вживається вираз «цивільні права та інтереси». Думається, слід підтримати точку зору професора Є.О. Харитонова, що «в нормах ЦК України, де йдеться про «цивільні права та інтереси», маються на увазі «цивільні права та цивільні інтереси», опускаючи з міркувань економії місця у другому випадку слово «цивільні» [7]. Тому у подальшому ми будемо проводити аналіз не просто категорії інтересу, визначення якого дуже різняться у залежності від галузі наукового пізнання [10, 164] (філософія, психологія, соціологія, економіка тощо), а саме цивільного інтересу.

Спроба визначення поняття «цивільний інтерес» була проведена Конституційним судом України у справі за конституційним поданням 50 народних депутатів щодо офіційного тлумачення окремих положень частини першої статті 4 Цивільного процесуального кодексу України (справа № 18-рп/2004 про охоронюваний законом інтерес). У рішенні від 01.12.2004 р. Конституційний суд України визначив, що інтерес у вузькому розумінні цього слова, означає правовий феномен, який: а) виходить за межі змісту суб'єктивного права; б) є самостійним об'єктом судового захисту та інших засобів правової охорони; в) має на меті задоволення усвідомлених індивідуальних і колективних потреб; г) не може суперечити Конституції і законам України, суспільним інтересам, загальновизнаним принципам права; д) означає прагнення (не юридичну можливість) до користування у межах правового регулювання конкретним матеріальним та/або нематеріальним благом; є) розглядається як простий легітимний дозвіл, тобто такий, що не заборонений законом. Охоронюваний законом інтерес регулює ту сферу відносин, заглиблення в яку для суб'єктивного права законодавець вважає неможливим або недоцільним. Конституційний суд пропонує поняття «охоронюваний законом інтерес» у логічно-смисловому зв'язку з поняттям «права», розуміти як прагнення до користування конкретним матеріальним та/або нематеріальним благом, як зумовлений загальним змістом об'єктивного і прямо не опосередкований у суб'єктивному праві простий легітимний дозвіл, що є самостійним об'єктом судового захисту та інших засобів правової охорони з метою задоволення індивідуальних і колективних потреб, які не суперечать Конституції і законам України, суспільним інтересам, справедливості, добросовісності, розумності та іншим загально-правовим засадам [11].

Однак, для правової науки визначення поняття «інтерес» має менше значення, ніж з'ясування правової природи цієї категорії. У науковій літературі погляди на правову природу інтересу поділяються на три групи. Перша група дослідників вважає інтерес суб'єктивною категорією [12, 15], зазначаючи, що інтереси можуть існувати лише в разі їх усвідомлення суб'єктом правовідносин. Розробники об'єктивного підходу до визначення правової природи інтересу [13, 15; 14, 19; 15] застережуть, що законний інтерес може охоронятися навіть, якщо суб'єкт правовідносин його не усвідомлює (наприклад, згідно ч. 2 ст.1298 ЦК України у відносинах спадкування охороняються інтереси зачатої, але ще не народженої дитини, яка свої спадкові інтереси усвідомлювати зрозуміло що не може). Для третьої групи науковців [2, 16; 8] інтерес є діалектичним поняттям, яке об'єднує як об'єктивний, так і суб'єктивний підхід до визначення природи інтересу.

На нашу думку, суб'єктивна теорія інтересу спростовується тим простим фактом, що правом регулюються об'єктивно існуючі суспільні відносини, в межах яких відбуваються колізії законних інтересів, незалежно від їх усвідомлення конкретним суб'єктом чи усіма суб'єктами права у цілому. При цьому суб'єктивність інтересу має лише один аспект, який не впливає на визначення його правової природи. Цим аспектом є те, що інтерес слід вважати прагненням суб'єкта до задоволення своїх суспільних потреб. У Тому, коли ми вважаємо інтересом лише соціальне прагнення суб'єкта, а не просто його життєві потреби (наприклад, фізіологічні потреби у їжі, відпочинку тощо), слід визнати об'єктивну природу того інтересу, який перебуває у сфері дії права. Зокрема, щодо цього І. Кант зазначав, що тільки розумна істота може виявляти до чогось інтерес, а істоти, позбавлені розуму, мають тільки чуттєві мотиви [17, 242]. Отже, тільки у об'єктивному аспекті дозволяється вести мову про рівність цивільних інтересів усіх суб'єктів правовідносин.

Поряд із тим, слід розрізняти цивільний інтерес як об'єктивну категорію, а процес реалізації інтересу як діалектичну єдність об'єктивних та суб'єктивних складових. Підтримуємо точку зору тих дослідників, які вважають, що ні сам інтерес представляє собою єдність об'єктивного і суб'єктивного, а процес його реалізації [13, 21]. В процесі реалізації цивільного інтересу виявляються, особисті якості людини (суб'єктивний аспект) та суспільні умови задоволення або захисту інтересів (об'єктивний аспект). Отже, прагнення суб'єкта, якщо вони не виражені у діях, не мають юридичного значення.

Додатково зауважимо, що не погоджуємося із думкою деяких авторів щодо визнання блага об'єктом інтересу. Використання для характеристи-

ки цивільного інтересу терміну «благо» є некоректним через низку обставин. По-перше, як зазначає Є.О. Харитонов, в українській мові ще в позаминулому столітті термін «благо» вважався архаїчним запозиченням з церковної мови [7]. По-друге, за допомогою використання методу системно-структурного аналізу та формально-логічного підходу до аналізу норм ЦК України, які містять положення про цивільні інтереси, можна дійти висновку щодо неможливості ототожнення понять «цивільний інтерес» та «благо». Наприклад, якщо у ст. 237 ЦК України, в якій зазначається, що «не є представником особа, яка хоч і діє в чужих інтересах, але від власного імені», замінити слово «інтерес» на слово «блага», то вийде, що особа діє у чужих благах, що звучить некоректно. Такий самий результат буде при спробі зробити відповідні заміни у частинах 2 та 3 ст. 1158, ст. 1159, 1160 ЦК України [18, 128-142]. Отже, ще раз підкреслимо, що цивільний інтерес є саме прагненням суб'єкта до задоволення своїх суспільних потреб.

Об'єктивно-суб'єктивна теорія майже не відрізняється від суб'єктивної, навіть за умови використання не формально-юридичного методу, який не допускає зміну ознак інтересу в залежності від об'єктивного чи суб'єктивного аспекту інтересу, а діалектичного методу пізнання, на використанні якого наполягає, наприклад, О.І. Чепис. Авторка зазначає, що «алгоритм формування інтересу при використанні діалектичного методу виглядає наступним чином: 1 – наявність об'єктивної, реально існуючої потреби соціального характеру; 2 – усвідомлення цієї потреби суб'єктом, проходження нею мотиваційно-орієнтаційної стадії та, як наслідок, формування мети та цілей; 3 – діяльність суб'єкта по задоволенню цієї потреби (саме діяльність об'єктивує інтерес)» [16]. Однак, зрозуміло, що її позиція не витримує критики через абсолютну зайвість ознаки усвідомлення для визнання потреби інтересом. Таким чином, представники діалектичного підходу під інтересом розуміють усвідомлення суб'єктом своїх об'єктивних потреб. Але Л.І. Бондаренко правильно вказує на те, що така позиція означає, що інтерес практично розглядається як феномен свідомості, хоча і з беззмістовним зазначенням на його об'єктивну основу. Отже такий підхід за своєю сутністю не відрізняється від суб'єктивного розуміння інтересу [19, 14].

Таким чином, слід підтримати розробників об'єктивної теорії цивільного інтересу, яка описує інтерес як зв'язок суб'єкта із обставинами реальності. Тобто формою існування інтересу є суспільні відносини (вищезазначений зв'язок), змістом яких є прагнення суб'єкту до задоволення своїх суспільних потреб.

Висновки. Цивільний інтерес слід розглядати як об'єктивну категорію, а процес реалізації інтересу як діалектичну єдність об'єктивних та суб'єктивних аспектів. Формою існування цивільного інтересу є суспільні відносини, змістом яких є прагнення суб'єкту до задоволення своїх суспільних потреб.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Цивільний кодекс України/ / Офіційний вісник України. – 2003. – № 11. – Ст. 461.
2. Грибанов В.П. Интерес в гражданском праве / В.П. Грибанов // Осуществление и защита гражданских прав. – М., 2000.
3. Венедіктова І.В. Захист охоронюваних законом інтересів у цивільному праві // Дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03. – К., 2013. – 430 с.
4. Вінник О.М. Публічні та приватні інтереси в господарських товариствах: проблеми правового забезпечення // О.М. Вінник – К., 2003.
5. Ткачук А.Л., Дрішлюк А.І. Цивільно–правовий захист охоронюваних законом інтересів / Ткачук А.Л., Дрішлюк А.І. // Актуальні проблеми держави і права. – 2003. – Вип. 23.
6. Малько А.В., Субочев В.В. Законные интересы как правовая категория / Малько А.В., Субочев В.В.. – СПб., 2004.
7. Харитонов Є. О. Категорія інтересу в цивільному праві України / Є.О. Харитонов // Актуальні проблеми держави і права: зб. наук. пр. / редкол.: С. В. Ківалов (голов. ред.), Ю. М. Оборотов (заст. голов. ред.), Л. Р. Біла (відп. секр.) [та ін.] ; ОНЮА. – Одеса: Юрид. л-ра, 2005. – Вип. 25.
8. Михайлов С.В. Категория интереса в российском гражданском праве / С.В. Михайлов. – М: «Статут», 2002. – 205 с. – С. 12.
9. Иериг Р. Цель в праве/ Р. Иеринг. Т.1. – СПб, 1881.
10. Здравомыслов А.Г. Интерес как категория исторического материализма / А.Г. Здравомыслов // Вестник ЛГУ. – 1959. – №17. – Вып.3.
11. Рішення Конституційного Суду України від 01.12.2004 № 18-рп/2004 // Офіційний вісник України. – 2004 р. – № 50. – Стор. 67. – Ст. 3288.
12. Гош А. Материальные потребности и интересы / А.Гош // Экономические науки. – 1971. – №7.
13. Глезерман Г.Е. Интерес как социологическая категория / Г.Е. Глезерман // Вопросы философии. – 1966. – № 10. – С. 21.
14. Богатырев Ф.О. О гражданско-правовой защите нематериальных интересов умерших граждан Ф.О. Богатырев // Комментарий судебной практики. – Вып. 7. – 2001.
15. Гукасян Р.Е. Проблема интереса в советском гражданском процессуальном праве/ Р.Е. Гукасян. – Саратов, 1970.
16. Чепис О.І. Інтереси в цивільному праві: сутність, місце та особливості захисту: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Чепис О.І. - Ужгород. – 2010. – 230 с.
17. `Кант И. Сочинения. В 8т.Т.4. – М., 1994.
18. `Харитонов Е.О. Обязательства, возникающие из ведения дел без поручения, в советском гражданском праве. Дис…канд. юрид. наук. – Х., 1980. – С. 128 – 142.
19. Бондаренко Л. Интерес как категория политической економии // Экономические науки. – 1970. – №8.

Катренко Анастасія Андріївна

ІНТЕРЕС ЯК КАТЕГОРІЯ ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА

У статті досліджуються особливості поняття «інтерес», визначається його правова природа та значення у цивільних правовідносинах, виявляються прогалини у цивільному законодавстві України, що ускладнюють захист інтересів суб'єктів цивільних правовідносин. Визначено, що цивільний інтерес є об'єктивною категорією, а процес реалізації інтересу являє собою діалектичну єдність об'єктивних та суб'єктивних аспектів. Формою існування цивільного інтересу є суспільні відносини, змістом яких є прагнення суб'єкту до задоволення своїх суспільних потреб.

Ключові слова: інтерес, цивільний інтерес, цивільне право, суспільні відносини, прагнення, благо, реалізація інтересу.

Катренко Анастасия Андреевна

ИНТЕРЕС КАК КАТЕГОРИЯ ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА

В статье исследуются особенности понятия «интерес», определяется его правовая природа и значение в гражданских правоотношениях, выявляются пробелы в гражданском законодательстве Украины, которые усложняют защиту интересов субъектов гражданских правоотношений. Определено, что гражданский интерес является объективной категорией, а процесс реализации интереса представляет собой диалектическое единство объективных и субъективных аспектов. Формой выражения гражданского интереса являются общественные отношения, содержанием которых является стремление субъекта к удовлетворению своих общественных потребностей.

***Ключевые слова*:** интерес, гражданский интерес, гражданское право, общественные отношения, стремление, благо, реализация интереса.

Katrenko Anastasia

INTEREST AS A CATEGORY OF CIVIL LAW

The article explores the features of the concept of «interest», defines its concept and importance in civil relations, reveals gaps in the civil law of Ukraine, which complicate the protection of the interests of subjects of civil legal relations.

It was analyzed the concept of interest in the scientific literature and various opinions on the nature of civil interest. It is determined that civil interest is an objective category, and the process of realization of interest is a dialectical unity of objective and subjective aspects. The form of expression of civil interest is social relations, the content of which is the desire of the subject to meet his social needs.

It is determined that civil interest is an objective category, and the process of realization of interest is a dialectical unity of objective and subjective aspects. The form of expression of civil interest is social relations, the content of which is the desire of the subject to meet his social needs.

The paper demonstrates that the civil interest is a special legal structure, is an element of a legal mechanism and ensure the harmonization of legal and de facto equality of subjects in civil law.

It was defined that in legal norms it is necessary to fix the real social interests of the individual, society and the state with the aim of proper regulation of the behavior of subjects and achieving a balance of their interests.

Key words: interest, contractual relations, commodatum, depositum, donation, contract of representation, commission, delkredere.

УДК 347.426:(352:340.134)

Куцин Антон Васильович
аспірант кафедри цивільного права
Національного університету «Одеська юридична академія»

ПІДСТАВИ, УМОВИ ТА СУБ'ЄКТИ ПРАВОВІДНОСИН З ВІДШКОДУВАННЯ ШКОДИ, ЗАВДАНОЇ ОРГАНОМ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ У СФЕРІ НОРМОТВОРЧОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

Постановка проблеми. Особливу категорію судових справ складають справи з відшкодування шкоди, завданої владними органами. Розширення повноважень органів місцевого самоврядування в рамках децентралізаційної програми призводить до розширення потенційної сфери зловживань та можливих порушень прав.

Загальновизнаним напрямком діяльності органу влади є нормотворча функція, яка передбачає можливість установлення норм права відповідним суб'єктом. При цьому нормотворчість має триєдиний прояв: установлення, зміна та скасування правових норм. Законність нормативних актів органів місцевого самоврядування проявляється у: 1) прийнятті правових актів повноважним на те органом або посадовою особою в межах її компетенції; 2) дотриманні встановленого процесу вироблення, прийняття та набрання чинності актів; 3) у відповідності форми і змісту.

Стан дослідження теми. Питання відшкодування шкоди, завданої органом місцевого самоврядування піднімалися такими вченими як О.О. Первомайський, М.М. Хоменко, М.С. Демкова, С.С. Коба, І.О. Лавриненко, Д.Я. Український, Р.Ю. Ханик-Посполітак, І.В. Болокан, О.А. Музика-Стефанчук та іншими. Однак питання відшкодування розглядалися у нерозривному зв'язку з відшкодуванням шкоди, завданої органами державної влади.

Серед завдань права загалом та цивільного права зокрема є захист прав від порушень і відновлення порушених прав. Зміни в правовому статусі органів місцевого самоврядування вимагає перегляду існуючих підходів до відшкодування шкоди, завданої органами місцевого самоврядування у сфері нормотворчої діяльності. Саме тому **мета** даної статті – визначення підстав, суб'єктів та змісту

Виклад основного матеріалу. Існує три форми протиправної поведінки, внаслідок якої може бути завдана шкода: а) рішення; б) дії; в) бездіяльність. В контексті нормотворчої діяльності органів місцевого самоврядування законодавець вказує на єдину можливу форму – рішення органів місцевого самоврядування.

Однак, незважаючи на те, що стаття 1175 ЦК України визначає єдиною підставою виникнення деліктних правовідносин з відшкодування шкоди, завданої органом місцевого самоврядування у сфері нормотворчої діяльності, прийняття органом самоврядування нормативно-правового акта, що був визнаний незаконним і скасований, вважаємо, що застосування вузького підходу до визначення підстав виникнення деліктних правовідносин з відшкодування шкоди, завданої органом місцевого самоврядування у сфері нормотворчої діяльності, невиправданим. Задля обґрунтування власної позиції необхідно звернутися до визначення поняття нормотворчої діяльності органів місцевого самоврядування та окреслення сфери такої діяльності.

Під нормотворчою розуміється форма діяльності компетентних суб'єктів з підготовки, розробки, прийняття та офіційного оприлюднення норм права [7, с. 48]. Суб'єктами нормотворчості можуть виступати будь-які уповноважені органи та посадові особи, рішення яких можуть містити в собі норми права. В широкому сенсі до учасників нормотворчого процесу можуть включатися всі залучені особи – аналітики, експерти, представники бізнесу чи громадськості.

Органи місцевого самоврядування безпосередньо здійснюють нормотворчу діяльність, а також можуть приймати участь у правотворчому процесі інших органів держави.

В процесі безпосередньої правотворчості органи місцевого самоврядування готують та приймають підзаконні нормативні акти в межах власної компетенції та делегованих повноважень.

Правові акти органів місцевого самоврядування приймаються безпосередньо територіальною громадою або органами й посадовими особами місцевого самоврядування. До таких правових актів відносяться акти органів місцевого самоврядування (представницьких і виконавчих), рішення, що приймаються на референдумах, зборах, сходах громадян, а також вінших формах та іншими органами, передбаченими законодавством про місцеве самоврядування [5, с. 64].

Участь у правотворчому процесі інших державних органів чи органів місцевого самоврядування іншої громади може полягати в виконанні будь-яких консультативно-допоміжних функцій, таких як розробка, рецензування, експертна оцінка проектів нормативно правових актів; підготовка пропозицій та обґрунтування необхідності прийняття, зміни чи скасування правової норми.

Отже, сфера нормотворчої діяльності органів місцевого самоврядування не обмежується лише прийняттям актів нормативного характеру, а сам процес нормотворчості характеризується стадійністю.

Як вже зазначалося, забезпечення законності нормативних актів органів і посадових осіб місцевого самоврядування передбачає не лише їх відповідність Конституції і законам України, а й прийняття актів визначеними суб'єктами в межах установлених для них законом повноважень із дотриманням правотворчої процедури і вимог юридичної техніки. Законодавчі встановлення із цього питання мають лише рамковий характер, віддаючи право регламентування процесу вироблення рішень органам територіальних громад.

Під стадіями нормотворчого процесу в літературі розуміються окремі завершені етапи діяльності уповноважених суб'єктів, зміст кожного з яких регламентовано так, що тільки безумовне виконання усіх його складових елементів дає можливість логічно перейти до наступного етапу [9, с. 104].

В. Барський пропонує такі стадії нормотворчого процесу в органах місцевого самоврядування:

1) підготовку проекту нормативно-правового акта (визначення предмета регулювання, підготовка тексту, розроблення концепції);

2) офіційне внесення проекту нормативно-правового акта до місцевої ради;

3) проходження проекту нормативно-правового акта в місцевій раді (попереднє обговорення проекту у постійній комісії; обговорення проекту на пленарному засіданні; прийняття рішення щодо проекту);

4) промульгацію нормативно-правового акта (підписання уповноваженою особою; присвоєння реєстраційного номера);

5) офіційне оприлюднення нормативно-правового акта [1, с. 62].

Процес опрацювання рішень різниться в кожній місцевій раді, оскільки регламенти місцевих рад, їх виконавчих комітетів, регламенти діяльності виконавчих органів по-різному окреслюють стадії ініціювання, підготовки, погодження і прийняття рішень. Загалом же будь-яке рішення органів місцевого самоврядування, що містить нормативний характер проходить три стадії:1) ініціювання та підготовка проекту нормативно-правового акта; 2) попередній та офіційний розгляд проекту у місцевій раді; 3) прийняття та офіційне оприлюднення нормативно-правового акта [9, с. 106]. Виникає питання, чи може бути спричинена шкода, що підлягає відшкодуванню, на стадіях нормотворчості, що передують прийняттю нормативно-правового акта.

Ключовим питанням є встановлення можливості завдання шкоди на етапах нормотворчої діяльності, що передують прийняттю нормативно-правового акта. Вважаємо, що діяльність органів місцевого самоврядування на стадіях ініціювання та проектування нормативно-правових актів може завдавати шкоди (як матеріальної, так і моральної). Наприклад, збирання інформації щодо окремих фізичних чи юридичних осіб в межах аналітичної підготовки проекту акта може чинити негативний вплив на особисту чи ділову репутацію даних суб'єктів; висловлювання позицій суб'єктів нормотворчості в межах обговорення проекту може містити ознаки інших порушень цивільних прав осіб тощо.

Вважаємо також, що незаконна бездіяльність органу місцевого самоврядування (утримання від вчинення дій, які вони зобов'язані були вчинити відповідно до своєї компетенції) в сфері нормотворчості, тобто неприйняття необхідного акта може також чинити шкоду, яка може підлягати відшкодуванню. Звуження сфери дії норми статті 1175 лише до прийнятих рішень, що визнанні незаконними, означає недостатній рівень врегульованості даних правовідносин, а отже недостатній рівень їх захищеності.

Невирішеним на законодавчому рівні залишається суб'єктний склад даних правовідносин. Відповідно до ст. 5 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні» до елементів системи

місцевого самоврядування відносяться: 1) територіальна громада; 2) сільська, селищна, міська рада; 3) сільський, селищний, міський голова; 4) виконавчі органи сільської, селищної, міської ради; староста; 5) районні в місті ради, що створюються в містах з районним поділом за рішенням територіальної громади міста або міської ради; 6) районні та обласні ради, що репрезентують спільні інтереси територіальних громад сіл, селищ, міст; 7) органи самоорганізації населення [3].

Повноваження різних елементів системи не є однаковими. Так, наприклад, гілка міського голови побудована за принципами владної вертикалі, яка передбачає, що голова: видає розпорядження, що не є нормативно-правовими актами; призначає і звільняє керівників виконавчих органів, комунальних установ і підприємств; здійснює поточний контроль за їхньою діяльністю; визначає основні напрямки та повноваження тощо [2]. Отже, міський голова самостійно не приймає нормативних рішень, однак це не означає, що міський голова цілком ізольований від нормотворчої діяльності. Повноваження міського голови поширюються на інші стадії нормотворчої діяльності окрім прийняття рішення нормативного характеру, а отже міський голова може виступати суб'єктом завдання шкоди в сфері нормотворчої діяльності.

Умови відшкодування шкоди, завданої органом місцевого самоврядування у сфері нормотворчої діяльності ідентичні загальним умовам відшкодування шкоди, завданої органами державної влади, їх посадовими та (або) службовими особами: необхідними є протиправність дій з прийняття незаконних актів; наявність шкоди; причинно-наслідковий зв'язок між прийнятим незаконним актом та виникненням шкоди; прийняття незаконного акту посадовою особою при виконанні останньою службових обов'язків [8, с. 258].

Отже, виникнення зобов'язання з відшкодування шкоди можливе за умови завдання цієї шкоди. Оскільки завдана шкода може мати майновий характер чи бути тільки моральною, то згідно з п. 3 ч. 2 ст. 11 ЦК України передбачається два різновиди підстав виникнення зобов'язань з відшкодування шкоди: а) завдання майнової (матеріальної) шкоди; б) завдання моральної шкоди іншій особі. Таким чином, підставами виникнення зобов'язання з відшкодування шкоди визнаються факти завдання шкоди майну фізичної або юридичної особи чи завдання моральної шкоди.

Дії чи бездіяльність органів публічної влади, а також прийняття ними незаконних рішень нерідко завдають моральної шкоди. Під моральною шкодою слід розуміти втрати немайнового характеру внаслідок моральних чи фізичних страждань або інших негативних явищ, заподіяних фізичній чи юридичній особі незаконними діями або бездіяльністю інших осіб.

Моральна шкода може полягати, зокрема: у приниженні честі, гідності, престижу або ділової репутації, моральних переживаннях у зв'язку з ушкодженням здоров'я, у порушенні права власності (в тому числі інтелектуальної), прав, наданих споживачам, інших цивільних прав, у зв'язку з незаконним перебуванням під слідством і судом, у порушенні нормальних життєвих зв'язків через неможливість продовження активного громадського життя, порушенні стосунків з оточуючими людьми, при настанні інших негативних наслідків.

Під немайновою шкодою, заподіяною юридичній особі, розуміються втрати немайнового характеру, що настали у зв'язку з приниженням її ділової репутації, посяганням на фірмове найменування, товарний знак, виробничу марку, розголошенням комерційної таємниці, а також вчиненням дій, спрямованих на зниження престижу чи підрив довіри до її діяльності [6].

Слід констатувати, що на сьогоднішній день досить важко в судовому порядку отримати повне задоволення всіх вимог щодо відшкодування шкоди, як матеріальної, так і моральної. З огляду на це позивачі часто завищують суми відшкодування, адже їх, як правило, задовольняють частково [4, с. 90].

Слушним є висловлене в літературі зауваження, що прогалиною вітчизняного законодавства є відсутність норм щодо обов'язкового публічного вибачення з боку органів публічної влади перед особами, що зазнали порушень своїх прав [4, с. 92]. Вважаємо, що відшкодування немайнової шкоди повинно супроводжуватися відновленням порушеного права, моральною компенсацією, невід'ємною складовою яких повинно бути публічне вибачення.

Висновки. Законодавство, що регулює відшкодування шкоди, завданої органами місцевого самоврядування в сфері нормотворчої діяльності потребує розширення кола правовідносин, на які воно поширюється, для забезпечення всебічного захисту цивільних прав інших суб'єктів.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Барський В.Р. Нормотворчість представницьких органів місцевого самоврядування в Україні: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.02 / В.Р. Барський. – Одеса, 2006. – 221 с.
2. Врублевський О. Хто в громаді головний: порівняння повноважень органів місцевого самоврядування та їх посадових осіб / О. Врублевський. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://decentralization.gov.ua/news/8751
3. Закон України «Про місцеве самоврядування в Україні».[Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon5.rada.gov.ua/ laws/show/280/97-%D0%B2%D1%80/
4. Музика-Стефанчук О.А. Фінансово-правові проблеми відшкодування шкоди, завданої незаконними рішеннями, діями чи бездіяльністю органів публічної влади / О.А. Музика-Стефанчук // Право і суспільство. – 2012. – № 3. – С. 89-92.
5. Наумова К.І. Нормативно-правові акти місцевого самоврядування: поняття та види / К.І. Наумова // Науковий вісник Ужгородського національного університету: Серія Право. – 2014. – Вип. 26. – С. 63-66.
6. Постанова Пленуму Верховного Суду України № 4 від 31 березня 1995 р. «Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди».[Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/v0004700-95
7. Судебная практика как источник права / отв. ред. Б. Топорнин. – М.:Изд-во ИГиП РАН, 2011. – 48 с.
8. Хоменко М.М. Відшкодування шкоди, завданої органами державної влади, їх посадовими та (або) службовими особами у сфері нормотворчої діяльності / М. М. Хоменко // Часопис Київського університету права. – 2012. – Вип. 3– С. 256-260.
9. Шпак Ю.А. Стадії нормотворчого процесу в органах місцевого самоврядування: теоретико-правовий аспект / Ю.А. Шпак // Вісник Національного університету «Львівська політехніка». Юридичні науки. – 2014. – № 801. – С. 103-108.

Куцин Антон Васильович

ПІДСТАВИ, УМОВИ ТА СУБ'ЄКТИ ПРАВОВІДНОСИН З ВІДШКОДУВАННЯ ШКОДИ, ЗАВДАНОЇ ОРГАНОМ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ У СФЕРІ НОРМОТВОРЧОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

В статті розглянуті основні вихідні елементи динаміки правовідносин з відшкодування шкоди, завданої органом місцевого самоврядування у сфері нормотворчої діяльності. Визначено поняття нормотворчої діяльності та її сферу, можливі суб'єкти протиправної поведінки в сфері нормотворчої діяльності та види шкоди, що може бути завдана. Розрізнено матеріальну та моральну шкоду, що може бути завдана органом місцевого самоврядування у сфері нормотворчої діяльності.

Ключові слова: відшкодування шкоди, органи місцевого самоврядування, нормотворча діяльність, суб'єкти правовідносин, зміст правовідносин.

Куцин Антон Васильевич

ОСНОВАНИЯ, УСЛОВИЯ И СУБЪЕКТЫ ПРАВООТНОШЕНИЙ ПО ВОЗМЕЩЕНИЮ ВРЕДА, ПРИЧИНЕННОГО ОРГАНОМ МЕСТНОГО САМОУПРАВЛЕНИЯ В СФЕРЕ НОРМОТВОРЧЕСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

В статье рассмотрены основные исходные элементы динамики правоотношений по возмещению вреда, причиненного органом местного самоуправления в сфере нормотворческой деятельности. Определены понятие нормотворческой деятельности и ее сфера, возможные субъекты противоправного поведения в сфере нормотворческой деятельности и виды вреда, который может быть нанесен. Разделены материальный и моральный ущерб, который может быть причинен органом местного самоуправления в сфере нормотворческой деятельности.

Ключевые слова: возмещения вреда, органы местного самоуправления, нормотворческая деятельность, субъекты правоотношений, содержание правоотношений.

Kucin Anton

GROUNDS, CONDITIONS AND SUBJECTS OF LEGAL RELATIONS FOR COMPENSATION OF DAMAGE CAUSED BY THE LOCAL SELF-GOVERNMENT BODY IN THE FIELD OF RULE-MAKING ACTIVITY

The article deals with the main source elements of the dynamics of legal relations for the compensation of damage caused by the local self-government body in the field of normative activity. The concept of norm-setting activity and its sphere are defined, so as potential subjects of illegal behavior in the field of normative activity and types of harm that can be caused. There is a distinction between material and moral damage that may be caused by the local self-government body in the field of rule-making activity.

It is proved that the legislation regulating the compensation of damage caused by the bodies of local self-government in the sphere of rule-making activity requires the expansion of the range of legal relations to which it applies, in order to ensure the comprehensive protection of civil rights of other subjects.

Key words: compensation of harm, local self-government bodies, norm-setting activities, subjects of legal relations, content of legal relations.

УДК 347.45/.47

Лур'є Дмитро Андрійович,
аспірант Інституту держави і права імені В.М. Корецького
Національної академії наук України

ПРАВОВА ПРИРОДА ІНФОРМОВАНОЇ ЗГОДИ НА УЧАСТЬ У КЛІНІЧНОМУ ДОСЛІДЖЕННІ

Постановка проблеми. Надання особою інформованої згоди є загальновизнаною обов'язковою умовою для її залучення в якості випробуваного до будь-якого клінічного дослідження. Вона є ключовим компонентом для розмежування етично та юридично прийнятних медико-наукових експериментів за участі людини, вході яких встановлюється характер впливу новітніх лікарських засобів, методик, виробів медичного призначення на організм людини, наявність побічних реакцій, підтверджується їх безпечність та ефективність, від тих, які були засуджені за результатами Нюрнберзького процесу над нацистськими лікарями.

Центральне місце інформованої згоди у забезпеченні ефективної реалізації механізму захисту прав осіб у такій надзвичайно вразливій сфері вимагає чіткого визначення її статусу у правовій системі держави, що, з одного боку, може слугувати покращенню доступу громадян до новітніх наукових розробок в галузі медицини та привабливості країни для їх впровадження, а з іншого, стане запобіжником від можливих зловживань у даній сфері.

Стан дослідження теми. Проблематика правового регулювання та природи інформованої згоди особи знайшла своє вираження у дослідженнях багатьох вітчизняних та іноземних науковців, таких як, В.М. Корнацький, І.О. Турчак, С.В. Антонов, В.О. Сакало, М.М. Самофал, А.С. Дворіченко, Н.Г. Балібардина, L.C. SéllosSimões, S. Humphreys, U.C. Gupta. В той же час, більшість дослідників приділяють увагу вивченню питань щодо загальномедичної інформованої згоди або зосереджуються на висвітленні специфічних процедурних та змістовних вимог інформованої згоди у сфері клінічних випробувань.

Метою статті є визначення основних характеристик, правової природи та місця у правовій системі інформованої згоди особи на залучення її в якості випробуваного до клінічного дослідження.

Виклад основного матеріалу. Впровадження певних елементів інформованої згоди у правозастосовну практику відоме ще з 1767 року, коли в Англії суд визнав винними лікарів у нанесенні шкоди здоров'ю пацієнту, щодо якого вони застосували нову та нестандартну хірургічну процедуру, на яку він не давав згоди та не був повідомлений, проте вперше термін «інформована згода» використаний у рішенні суду штату Каліфорнія, США, у 1957 році, а через 2 роки Верховний Суд штату Північна Кароліна встановив, що ненадання лікарем інформації щодо ризиків хірургічної процедури, є недбалістю [1]. Ґрунтуючись на положеннях Гельсінської декларації та інших наступних міжнародних актів у сфері біомедичних досліджень, з того часу положення про обов'язковість отримання інформованої згоди отримало загальне визнання та впроваджується у відповідні акти національних правових систем.

Зазначимо, що законодавство України з вказаної сфери прийнято у початкові часи переходу з радянської правової системи (в рамках якої до 70-х років XX сторіччя отримання згоди було передбачене лише щодо хірургічних втручань й наркозу [2], а в подальшому вимагалась й згода хворого у випадках застосування нових, науково обґрунтованих, але ще не допущених до загального застосування методів діагностики, профілактики, лікування та лікарських засобів, й у випадках проведення хірургічних операції і складних методів діагностики [3]), з огляду на це, ані базовий медичний закон – Основи законодавства України про охорону здоров'я [4], ані спеціальний у галузі клінічних випробувань – ЗУ «Про лікарські засоби» [5], не містять терміну інформована згода, використовуючи термінологію «письмова згода», «згода пацієнта», «згода інформованого пацієнта» тощо. На даний час загальне визначення терміну «інформована згода» надається лише на доктринальному рівні, проте, у

галузі, що висвітлюється в даній статті, впроваджений на підзаконному рівні, так, згідно з п.2.1. р.ІІ. Порядку проведення клінічних випробувань, інформована згода – це рішення взяти участь у клінічному випробуванні, яке має бути складено в письмовій формі, датоване та підписане, приймається добровільно після належного поінформування про характер клінічного випробування, його значення, вплив та ризик, відповідним чином документально оформляється особою, яка спроможна дати згоду, або її законним представником (близьким родичем); у виняткових випадках, якщо відповідна особа неспроможна писати, вона може дати усну згоду в присутності щонайменше одного свідка, який засвідчує згоду суб'єкта дослідження в письмовій інформованій згоді [6].

Виходячи з вказаного визначення, інформована згода у клінічних випробуваннях має такі основні характерні ознаки: обов'язковість, добровільність, письмова форма, завчасна поінформованість, юридична уповноваженість. Наявність та регламентація змісту таких компонентів є майже у кожному міжнародному акті з питань клінічних випробувань, а саме: Нюрнберзькому кодексі, Гельсінській декларації Всесвітньої медичної асоціації, Конвенції про права людини та біомедицину, Європейській хартії прав пацієнтів тощо.

Обов'язковість. Відповідно до чинного законодавства України до жодного клінічного випробування не може бути залучена особа, яка не надала інформовану згоду особисто, або у визначених випадках, її законний представник. Зазначимо, що хоча сучасне правове регулювання клінічних досліджень передбачає у виключних випадках, пов'язаних з потребою надання невідкладної (екстреної) медичної допомоги, можливість отримання інформованої згоди після залучення особи до дослідження, дані положення не є виключенням з правила про обов'язковість отримання інформованої згоди, адже в будь-якому випадку таку згоду необхідно одержати в найкоротший термін у такої особи чи її законного представника на продовження випробування, в протилежному випадку така особа виключається з нього та має право заборонити використовувати зібрані за її участі дані (наприклад, коментарі до Рекомендацій №№8, 9, 16 Міжнародних етичних настанов [7], ст.35 Регламенту (ЄС) №536/2014[8]).

Добровільність. По-перше, інформована згода повинна бути вираженням незалежного волевиявлення особи, в ході якого на таку особу заборонено здійснювати будь-який неправомірний вплив, надмірне стимулювання, обман, насильство, чи інші обставини, що можуть викривити дійсні наміри такої особи. Додатковим засобом реалізації вказаного принципу є визначені у міжнародних актах так звані «уразливі категорії», щодо яких необхідно застосовувати особливіположення та гарантії їх прав, задля запобігання порушення принципу добровільності. По-друге, особа має безумовне право в будь-який час відмовитись від подальшої участі у клінічному дослідженні.

Письмова форма інформованої згоди. На відміну від інших видів медичних втручань та міжнародних документів у вказаній галузі (які лише рекомендують письмову форму), законодавство України передбачає виключно письмову форму інформованої згоди. ЗУ «Про лікарські засоби» називає дану згоду «письмовою», а Порядок проведення клінічних випробувань прямо передбачає зазначену вимогу, в той же час, з метою забезпечення прав особливих категорій осіб, що неспроможні писати, вони можуть дати усну згоду, проте передбачається обов'язкова присутність щонайменше одного свідка, який має письмово засвідчити таку згоду.

Поінформованість. Загальновизнано, що надання лише самої документарної форми інформованої згоди не може повністю забезпечити достатнє розуміння інформації, для надання обґрунтованої усвідомленої згоди. З метою забезпечення реалізації цього положення необхідно звернути увагу на той факт, що у перелічених міжнародних документах в першу чергу визначаються процесуальні положення щодо належного порядку надання та отримання інформації потенційними досліджуваними. Так, Управління з санітарного нагляду за якістю харчових продуктів та медикаментів США (FDA) зазначає, що отримання самої згоди є лише частиною усього процесу, до якого також включається: 1) отримання адекватної інформації; 2) допомога у розумінні такої інформації; 3) достатня кількість часу на отримання додаткової інформації, запитання, обговорення; 4) продовження отримання інформації в ході дослідження [9]. Національними та міжнародними актами визначається обов'язковий мінімальний перелік інформації, який повинен бути наданий потенційним учасникам досліджень, зокрема, про дослідницький характер випробування, його мету, завдання, тривалість, приблизну кількість учасників, про досліджуваний засіб та вірогідності побічних реакцій, права та обов'язки, незручності та очікуваний ризик, користь для досліджуваного, альтернативні медичні методи, витрати, виплати та компенсації, право вийти в будь-який час з дослідження тощо. Крім того, дослідникам рекомендується надавати якомога більшу кількість інформації, яку пацієнт може осягнути,в тому числі у випадках недієздатних чи неповнолітніх пацієнтів, й уважно стежити за вказаним процесом [10].

Зазначається, що відповідальність за визначення того, що особа дійсно усвідомлює надану інформацію, яка є повною, зрозумілою та надана без поспіху, несе безпосередньо дослідник [11].

Надання інформації є постійним процесом, що не залежить від надання згоди перед початком дослідження, що в тому числі пов'язане з отриманням нових даних стосовно дослідження в його ході, які можуть істотно впливати на рішення особи щодо її подальшої участі. Тобто така поінформованість є не тільки завчасною, а й постійною, протягом усієї тривалості дослідження.

Юридична уповноваженість. Міжнародні та національні правові норми, в якості загального правила,передбачають можливість участі у клінічних випробуваннях виключно осіб, які мають повну дієздатність, яка конкретизується у законодавстві кожної держави. Виходячи з контексту даного положення, необхідно чітко усвідомлювати різницю між юридичною здатністю особою приймати рішення про участь у клінічному випробуванні та загальним поняттям про її компетентність, яке ґрунтується на тому, що специфіка клінічних досліджень вимагає залучення до них юридично некомпетентних осіб (недієздатних, обмежено дієздатних, неповнолітніх, малолітніх), щодо яких, відповідно до наявної практики, вимагається, в міру їх можливості, отримати погодження на участь у дослідженні з наданням відповідного обсягу інформації та врахуванням їхньої відмови. Проте, не залежно від ступеня їх загальної компетенції, вони не можуть взяти участь у дослідженні без отримання згоди особи, якій надане юридичне повноваження приймати таке рішення (законний представник, близькі родичі, органи опіки та піклування тощо). В той же час, положення про загальну компетенцію є не менш значущими в контексті клінічних досліджень, адже на його основі визначається обсяг інформації, що надається особі, характер процесу її надання та, як пропонується в деяких країнах, можливе ініціювання дослідником необхідності обмеження юридичної уповноваженості такої особи, з огляду на характер її медичного стану, задля отримання додаткового правового захисту через законного представника [12].

Не зважаючи на загальний консенсус щодо базових характеристик інформованої згоди, єдиного підходу у науковців щодо визначення правової природи такої згоди немає. Так, деякі з них визначають інформовану згоду як правочин [13], немайнове право [14], акцепт пацієнтом оферти договору надавача медичних послуг або як попередній договір [15, с. 10], як правочин, проте який не є зобов'язанням [16]та ін.

Зазначимо, що, на нашу думку, під час аналізу цих положень неможна ототожнювати інформовану згоду у клінічних випробуваннях із інформованою добровільною згодою пацієнта на проведення діагностики, лікування, операції та знеболення. Відмінними рисами є:

1) різні сфери діяльності (науково-експериментальна та лікувальна). Зазначена відмінність пов'язана не тільки з самою суттю клінічних випробувань, в рамках яких людина виступає об'єктом експериментування, а й пов'язаній з цим необхідності чіткого розмежування в розумінні таких осіб, що первісною метою є не надання медичної допомоги, в тому числі у терапевтичних дослідженнях, а отримання нових наукових знань, що має слугувати додатковим засобом належного усвідомлення ролі цієї особи та можливих негативних наслідків, на які вона погоджується;

2) обов'язкова письмова форма першої. Чинне законодавство України не вимагає отримувати саме письмову інформовану згоду у медичних втручаннях, на відміну від клінічних випробувань;

3) кардинальна різниця у їх обсягу та відповідних правових наслідках (порівнюючи обов'язкові компоненти згідно з Додатком 2 до Порядку проведення клінічних випробувань лікарських засобів та Формою первинної облікової документації №003-6/о [17]). Тобто, окрім компонентів, які співпадають (підтвердження отримання інформації в повному обсязі, додержання процедури її надання, доступ до персональних даних, іменування очікуваного втручання та обов'язки повідомляти про істотні зміни стану здоров'я та дотримання призначеного лікування), у клінічних випробуваннях в інформованій згоді також визначаються: детальний опис процедури (характер, мета, можливі наслідки та побічні реакції), перелік прав та обов'язків досліджуваного, фінансові зобов'язання (компенсації, виплати, витрати, стимули, страхування), підстави припинення участі тощо;

4) певна додатковість чи приналежність загальномедичної інформованої згоди до договору про надання медичних послуг. З огляду на попередню відмінність обсягу, в результаті розвитку інституту медичної послуги, зростає роль договорів про надання таких послуг, саме в яких визначається переважна кількість умов, що відсутні в даному випадку, проте наявні в інформованій згоді на участь у клінічному випробуванні, через що і виникають обґрунтовані, на нашу думку, твердження про природу такої згоди як акцепту пацієнтом оферти договору надавача медичних послуг або як попереднього договору.

Крім того, у зв'язку з обов'язковістю оформлення письмової інформованої згоди для початку

клінічного випробування, на нашу думку, в даному випадку відсутні інші підстави виникнення вказаних правовідносин, такі як одностороння обіцянка або дії в інтересах третьої особи без доручення, що характерні до іншої медичної діяльності (за виключенням обмеженого проміжку часу в екстрених випадках) [18, с. 53].

Зважаючи на викладені характерні риси, обов'язкові компоненти та відмінності, положення глави 52 ЦК України, вважаємо, що інформовану згоду на участь у клінічному випробуванні необхідно розглядати в якості договору.

Зазначені положення підтверджуються тим, що інформована згода виступає в якості домовленості між випробуваним та дослідником, в результаті якої виникають взаємні права і обов'язки у обох сторін, такі як дотримуватись протоколу дослідження, виконувати рекомендації дослідника, надавати необхідну медичну допомогу чи фінансову винагороду тощо (двосторонній характер);він вважається укладеним з моменту досягнення згоди з усіх істотних умов – є консенсуальним (відповідно до абз.2 ч.1 ст.638 ЦК України істотними є, окрім предмету, умови визначені в законі, тому, згідно з ч.2 ст.44 Основ законодавства України про охорону здоров'я та ст.8 ЗУ «Про лікарські засоби» ними є цілі, методи, побічні ефекти, можливий ризик та наслідки, очікувані результати та ефективність; в той же час, на нашу думку, ними також повинні бути всі положення визначені у додатку 2 до Порядку проведення клінічних випробувань лікарських засобів, але ЦК України не містить посилання на підзаконні акти в цих випадках, що є додатковим аргументом щодо необхідності врегулювання сфери клінічних випробувань на рівні закону); можуть передбачатись різного роду фінансові виплати випробуваним (тобто може бути оплатним чи безоплатним); визначається строк дослідження (строковий характер).

Окреме питання становить предмет такого договору. Зазначимо, що у договорах про проведення клінічного випробування, які укладаються між спонсором (або контрактною дослідною організацією за дорученням спонсора) та лікувально-профілактичним закладом, між спонсором (контрактною дослідницькою організацією за дорученням спонсора) та лікувально-профілактичним закладом і науково-дослідною установою або вищим навчальним медичним закладом, а також окремого з відповідальним дослідником, предметом визначають будь-які послуги (роботу) та інші дії, спрямовані на проведення клінічного випробування, та проводяться з метою встановлення або підтвердження ефективності та нешкідливості лікарського засобу, отримання нової наукової інформації з питань його застосування, дослідження біоеквівалентності/біодоступності [19] або сукупність, що за видом діяльності слід відносити до науково-дослідної роботи, а за направленістю результату – до зобов'язання із надання послуг, серед яких воно займає окреме місце [20]. Зазначені вищі договори стосуються іншого суб'єктного складу та кінцевих отримувачів робіт та послуг, що передбачаються (наприклад, у договорі між спонсором та медичним закладом визначають перелік наукових та медичних процедур, які буде виконувати останній та передавати спонсору, плату за це, а в інформованій згоді буде перелічений майже той же перелік робіт та послуг, але вже за участі випробуваного, проте зміниться напрямок руху отримуваних результатів), проте сам характер діяльності співпадає із зазначеним вище, а тому, вважаємо, що предмет договору також є загалом аналогічним. В той же час, у зв'язку з вже дослідженою відмінністю, пропонуємо не вважати єдиним предметом цього договору медичну послугу (лише як один із компонентів), як це роблять деякі дослідники [18, с. 62]. Сторонами інформованої згоди на участь у клінічному випробуванні як договору,на нашу думку, є: 1) досліджуваний (пацієнт чи здоровий доброволець);2) лікувально-профілактичний заклад або науково-дослідна установа/вищий навчальний медичний заклад (в залежності від визначеного місця проведення дослідження та дослідників); та, в деяких випадках, 3) дослідник (група дослідників на чолі з відповідальним дослідником). Зазначимо, що у договорах про надання медичних послуг сторонами визначають пацієнта та заклад охорони здоров'я, без визначення стороною безпосереднього лікаря, так як останній є представником такого закладу з огляду на трудові відносини, виступає в ролі учасника відносин, проте не надавача відповідних послуг [18, с. 63]. Вважаємо, що, за загальним правилом, це стосується і клінічних випробувань, проте, у Порядку проведення клінічних випробувань визначені випадки, коли дослідник може не бути працівником лікувально-профілактичного закладу, в якому проводиться дослідження, а також прямо передбачена можливість виконання дослідником робіт/послуг, не пов'язаних з відповідними посадовими обов'язками (аналітичної, інформаційної, експертно-консультативної тощо), учасником яких може бути й досліджуваний. У зв'язку з цим, на нашу думку, необхідно в кожному конкретному випадку визначати коло суб'єктів та чітко розмежовувати зобов'язання дослідника як самостійного суб'єкта (у випадку їх передбачення) та ті, які випливають з його посадових обов'язків, що має значення у процесі визначення відповідальної особи у разі нанесення та відшкодування шкоди.

Вважаємо, що особливе значення розгляду інформованої згоди в якості договірного зобов'язання полягає у тому, що це надає право розглядати вказану діяльність у розрізі захисту прав споживачів, що забезпечує додатковий правовий захист його учасників. Зазначений підхід має підтвердження і у міжнародній практиці, так, відповідно до п. XXXII ст.5 Конституції Бразилії та Кодексу захисту прав споживачів, правове регулювання інформованої згоди відноситься до споживчих відносин, а, отже, пацієнти є споживачами, яким надаються послуги, а лікарі – постачальниками, що здійснюють діяльність з надання послуг [1].

Більше того, у США, до впровадження терміну інформована згода, вживався термін «контракт», з часом, від нього почали відмовлятися, в тому числі, у зв'язку з можливим надмірним сприйняттям особою через це певних своїх зобов'язань продовжувати його виконувати, з огляду на загальний принцип можливості розірвання договору лише за згодою сторін, що протирічить принципу безумовногоправа припинити учать у клінічному дослідженні в будь-який момент без настання юридично несприятливих наслідків [21].

На нашу думку, в даному випадку суттєвими є не назва чи форма такого правочину, а його суть, яка співпадає з ознаками договірного зобов'язання (визначеність складу учасників та наявність зобов'язаної та управомоченої осіб, визначення конкретних суб'єктивних прав та обов'язків, що передбачають можливість виставлення вимоги, рівність суб'єктів, можливість виокремлення певного предмету – дій майнового чи немайнового характеру тощо [22, с. 73]). Крім того, наявність законодавчо передбаченого виключення із загального правила про підстави розірвання договору не може бути аргументом про відсутність на цій основі договірної природи взагалі (в тому числі з огляду на ч.1 ст.651 ЦК України).

Також, на нашу думку, у разі визнання договірної природи інформованої згоди, досліджуваний набуває право вимагати, й у судовому порядку, надання належних йому фінансових виплат (якщо такі були передбачені) у випадку завчасного припинення клінічного випробування не з його вини, а у разі наявності лише її часткового обсягу – відповідної пропорційної суми. Судова практика США підтверджує вказану тезу, зокрема у рішенні Апеляційного суду штату Меріленд встановлено, що інформована згода в нетерапевтичних дослідженнях, особливо зважаючи на передбачення у них фінансових виплат та подарунків, може становити собою договір та може створювати особливі відносини, що спричиняють обов'язки, які,в разі порушення, можуть призвести до недбалості [23].

Висновки. Враховуючи викладене, вважаємо, що інформована згода на участь у клінічному випробуванні окрім загальновизнаної природи немайнового права особи та правочину, що виступає в якості підстави для виникнення подальших правовідносин у вказаній сфері, має правову природу договірного зобов'язання. Дане положення обґрунтовується її змістом, юридичними наслідками та основними характеристиками, що відповідають природі договірного зобов'язання. Такий договір є консенсуальним, оплатним чи безоплатним, строковим та двостороннім. Його особливостями є: законодавчо встановлена обов'язкова письмова форма, визначений перелік істотних умов, підвищені вимоги до процесу укладання та додатковий порядок його розірвання – одностороння безумовна відмова досліджуваного, яка не тягне юридичних негативних наслідків для нього. Зазначений підхід забезпечить підвищення рівня усвідомлення особою ризикованості та відповідальності прийнятого рішення про участь у клінічному дослідженні, відмінність останнього від медичної допомоги, додаткові засоби правого захисту цих осіб через застосування відповідного правового регулювання договірних відносин (зокрема, у розрізі законодавства у сфері захисту прав споживачів), можливість використання положень про відшкодування не тільки позадоговірної шкоди у випадку нанесення шкоди здоров'ю, а й тієї, що може бути завдана у зв'язку з невиконанням чи неналежним виконанням зобов'язань, визначених для сторін у інформованій згоді.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Séllos Simões L.C. Informed consent: the medical and legal challenge of our time. *Revista Brasileira de Ortopedia*. 2010. №45(2). P.191-195. DOI: 10.1016/S2255-4971(15)30292-5.
2. Про правила, що регулюють професійну роботу медперсоналу: Постанова РНК УСРРвід17.04.1924 // ЗУ УСРР. 1924. № 10. ст. 94.
3. Об утверждении Основ законодательства Союза ССР и союзных республик о здравоохранении: Закон СССР от 19.12.1969 №4589-VII // Ведомости ВС СССР. 1969. № 52. ст. 466.
4. Основи законодавства України про охорону здоров'я: Закон України від 19.11.1992 №2801-XII.URL: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2801-12 (дата звернення: 01.03.2018).
5. Про лікарські засоби: Закон України від 04.04.1996 №123/96-ВР.URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/123/96-вр (дата звернення: 03.03.2018).
6. Про затвердження Порядку проведення клінічних випробувань лікарських засобів та експертизи матеріалів клінічних випробувань і Типового положення про комісії з питань етики: Наказ Міністерства охорони здоров'я України від 23.09.2009 №690.URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z1010-09 (дата звернення: 07.03.2018).

7. International Ethical Guidelines for Biomedical Research Involving Human Subjects. CIOMS. 2003. URL: https://cioms.ch/shop/product/international-ethical-guidelines-for-biomedical-research-involving-human-subjects-2/ (дата звернення: 03.03.2018).
8. Regulation (EU) №536/2014 of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014 URL: http://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2014/536/oj (дата звернення: 01.03.2018).
9. Informed Consent for Clinical Trials. U.S. Food and Drug Administration. URL: https://www.fda.gov/ForPatients/ClinicalTrials/InformedConsent/default.htm.
10. Gupta U.C. Informed consent in clinical research: Revisiting few concepts and areas. *Perspectives in Clinical Research*. 2013. №4(1). P.26-32. DOI:10.4103/2229-3485.106373.
11. The Belmont Report. National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research, Department of Health, Education and Welfare. 1978.URL:https://videocast.nih.gov/pdf/ohrp_belmont_report.pdf(дата звернення: 01.03.2018).
12. Gainotti S., Fusari Imperatori S., Spila-Alegiani S. How Are the Interests of Incapacitated Research Participants Protected through Legislation? An Italian Study on Legal Agency for Dementia Patients. *PLoS ONE*. 2010. №5(6). DOI:10.1371/journal.pone.0011150.
13. Самофал М.М. Проблеми реалізації права на інформовану згоду при наданні медичних послуг дітям. *Часопис Київського університету права*. 2011. №3. С. 193–196. URL: http://kul.kiev.ua/images/chasop/2011_3/193.pdf (дата звернення: 01.03.2018).
14. Дворніченко А.С. Цивільно-правове регулювання інформованої згоди на медичне втручання : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 2017. 20 с. URL: http://dspace.univd.edu.ua/xmlui/bitstream/handle/123456789/1961/aref_Дворніченко_2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y (дата звернення: 05.03.2018).
15. Антонов С.В. Цивільно-правова відповідальність за заподіяння шкоди здоров'ю при наданні платних медичних послуг: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2006. 19 с.
16. Шиловський, Л. Правові аспекти проведення клінічних випробувань в Україні. *Медична практика: організаційні та правові аспекти* : спеціалізоване видання для медичної практики. Центр медичного права. К., 2010. С. 47-52. URL: http://www.asz.org.ua/index.php/ur/188-legal-aspects-of-clinical-trials.html (дата звернення: 05.03.2018).
17. Інформована добровільна згода пацієнта на проведення діагностики, лікування та на проведення операції та знеболення (Форма №003-6/о): Наказ Міністерства охорони здоров'я України від 14.02.2012 №110. URL: http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/z0697-12 (дата звернення: 07.03.2018).
18. Майданик Р. Договір про надання медичних послуг. *Медичне право*. 2010. №5(1). С. 52-66.
19. Методичні рекомендації щодо принципів укладення договорів при проведенні клінічних випробувань лікарських засобів у контексті сучасного законодавства України. *Український медичний часопис*. 2013. № 3. С. 17-22. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/UMCh_2013_3_6 (дата звернення: 28.02.2018).
20. Балибардина Н.Г. Договор на проведение клинических исследований лекарственных средств:автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Москва, 2006. 22 с.
21. HumphreysS. Entering a clinicaltrial: consent and contract – a consideration. *The Internet Journal of Law, Heal th care and Ethics*. 2008. vol.6.№2. URL: http://ispub.com/IJLHE/6/2/5520 (дата звернення: 05.03.2018).
22. Боднар Т.В. Договірні зобов'язання як категорія цивільного права. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки*. 2004. № 60-62. С. 73-75.
23. Grimes v. Kennedy Krieger Inst, Inc. 366 Md. 29, 782 A.2d 807. 2001. Md. LEXIS 496. URL: https://www.casebriefs.com/blog/law/health-law/health-law-keyed-to-furrow/regulation-of-research-involving-human-subjects/grimes-v-kennedy-krieger-institute-inc/ (дата звернення: 02.03.2018).

Лур'є Дмитро Андрійович

ПРАВОВА ПРИРОДА ІНФОРМОВАНОЇ ЗГОДИ НА УЧАСТЬ У КЛІНІЧНОМУ ДОСЛІДЖЕННІ

Статтю присвячено аналізу характерних ознак та особливостей інформованої згоди на участь особи в якості випробуваного у клінічному дослідженні, визначенню її правової природи та місця в системі цивільних правочинів. Встановлені основні відмінності інформованої згоди у клінічному дослідженні та такої згоди на загальномедичні втручання. Запропоновано розглядати інформовану згоду у клінічному дослідженні в якості договірного зобов'язання. Визначено, що такий договір є консенсуальним, оплатним чи безоплатним, строковим та двостороннім. Окреслено основні наслідки розгляду інформованої згоди у клінічному дослідженні в якості договору.

Ключові слова: клінічне дослідження, інформована згода, правова природа, договірне зобов'язання.

Лурье Дмитрий Андреевич

ПРАВОВАЯ ПРИРОДА ИНФОРМИРОВАННОГО СОГЛАСИЯ НА УЧАСТИЕ В КЛИНИЧЕСКОМ ИССЛЕДОВАНИИ

Статья посвящена анализу характерных признаков и особенностей информированного согласия на участие лица в качестве испытуемого в клиническом исследовании, определению ее правовой природы и места в системе гражданских сделок. Установлены основные различия информированного согласия в клиническом исследовании и такого согласия на общемедицинские вмешательства. Предложено рассматривать информированное согласие в клиническом исследовании в качестве договорного обязательства. Определено, что такой договор является консенсуальным, возмездным или безвозмездным, срочным и двусторонним. Определены основные последствия рассмотрения информированного согласия в клиническом исследовании в качестве договора.

Ключевые слова: клиническое исследование, информированное согласие, правовая природа, договорное обязательство.

Lurye Dmytro

LEGAL NATURE OF INFORMED CONSENT FOR PARTICIPATION IN CLINICAL TRIAL

This article is devoted to the analysis of the characteristic signs and features of the informed consent for participation of the person as a subject in a clinical trial, determination of its legal nature and place in the system of civil transactions. It is determined that the main characteristics of informed consent are the following: compulsory, voluntary, written form, advance information disclosure and legal competence.

The author has researched existing national and foreign approaches to determining the legal nature of informed consent in a clinical study. It is shown that prevailing the majority of scientists consider this issue from the point of view of the general medicine informed consent or focus on highlighting the specific procedural and substantive requirements to informed consent in the area of clinical trials. Therefore, the traditional approaches to the definition of the legal nature of informed consent are the non-property right or acceptation by the patient the offer of the contract be the provider of medical services (as a preliminary contract).

The main differences between the informed consent in the clinical trial and the consent for general medical interventions are established, such as different spheres of activity (scientific-experimental and medical), mandatory written form in Ukraine, the difference in their volume and the corresponding legal consequences, certain additionality or affiliation of the general medical informed consent to the medical service contract.

On this ground, the author has offered to consider informed consent in a clinical trial as a contractual obligation. The author has determined that such a contract is a consensual, payable or free of charge, term and bilateral. The main consequences of the consideration of informed consent in a clinical trial as an agreement are outlined.

Key words: clinical trial, informed consent, legal nature, contractual obligation.

УДК 347.235:347.232.4

Стаценко Олена Сергіївна,
аспірантка кафедри цивільного права
Національного Університету «Одеська юридична академія»

ОЗНАКИ НЕРУХОМОГО МАЙНА, ПРАВО НА ЯКЕ НАСТАЄ ЗА НАБУВАЛЬНОЮ ДАВНІСТЮ

Постановка проблеми. Цивільним кодексом України передбачені підстави набуття права власності на майно. Однією з таких підстав є набуття права власності за набувальною давністю. Обов'язковою умовою набуття права власності за набувальною давністю, зокрема набуття права власності на нерухоме майно за набувальною давністю є ті обставини при яких нерухоме майно на право на яке за набувальною давністю претендує набути особа (фізична або юридична), має мати статус безхазяйного майна і яке не може бути віднесено до майна, право на яке набувається відповідно до положень ст. 330-333 та ст. 336-339, та ст. 343 ЦК України. Таким чином, право власності на нерухоме майно за набувальною давністю базується на певних обставинах, які визначені законодавством України.

Стан дослідження теми. Теоретичну основу дослідження склали наукові праці таких правознавців, як: А.М. Мирошніченка, Н.В. Рабиновича, В.П. Шахматова, О.П. Куцевич, М.С. Федорченко, О.С. Федотова, О.В. Дзери, Є.О. Харитонова, Ф.С. Хейфеца, Н.Д. Шестакової, В.І Гостюка, В. Кучера, І.В. Матвеева, М.В. Шульги та інших.

Метою статті є науковий аналіз, систематизація, оцінка, розробка пріоритетних напрямів цивільного права в галузі набуття права власності на нерухоме майно за набувальною давністю, теоретичних та практичних проблем, що виникають у сфері цивільних правовідносин щодо набуття права власності на нерухоме майно за набувальною давністю.

Виклад основного матеріалу. Набувальна давність регламентується ст. 344 ЦК України, відповідно до положень якої фізичні або юридичні особи набувають права власності на майно, що не належить їм на праві власності, однак яким вказані особи добросовісно, відкрито та безперервно володіють як своїм власним майном, протягом встановленого законодавством строку. Це ж саме відноситься й до набуття права власності за набувальною давністю на нерухоме майно. При цьому, як зазначено в положеннях ст. 344 ЦК України право власності за набувальною давністю на нерухоме майно набувається після державної реєстрації права на нерухоме майно, здійснити яке можливо після відповідного рішення суду, що встановлює право власності особи на нерухоме майно за набувальною давністю. Для застосування набувальної давності з метою набуття права власності на нерухоме майно, необхідно дотриматись усіх умов, які передбачені ЦК України з приводу набуття права власності на нерухоме майно за набувальною давністю. Так, суб'єкт (фізична або юридична особа), який володіє нерухомим майном: не повинен бути його власником; повинен володіти чужим нерухомим майном добросовісно, відкрито та безперервно протягом останніх 10 років; до відносин щодо набуття права власності на нерухоме майно не повинно застосовуватись підстави набуття права власності на нерухоме майно, передбачені ст. ст. 330-333, ст. ст. 336-339 та ст. 343 ЦК України; а також, набуття особою права власності на нерухоме майно за набувальною давністю може бути визнано лише в рішенням суду шляхом визнання цього права. Отже одночасне виконання зазначених умов є підставою застосування набувальної давності до набуття права власності на нерухоме майно. В юридичній літературі, на сьогодні, не має єдиної точки зору щодо змісту кожної з умов набуття права власності на нерухоме майно за набувальною давністю. Зазначене обумовлює необхідність проведення аналізу умов, ознак та підстав набуття права власності на нерухоме майно за набувальною давністю, а також ознак нерухомого майна право на яке набувається за набувальною давністю.

Розгляд питання ознак нерухомого майна право на яке настає за набувальною давністю-

спричинена акцентом нашого дослідження речових прав саме на нерухоме майно та потребами практики, де все частіше виникають проблеми, що тісно пов'язані з необхідністю встановлення приналежності речі до нерухомого майна право на яке набувається за набувальною давністю.

При дослідженні поняття «нерухоме майно», право на яке набувається за набувальною давністю, ми повинні виходити із більш загальної категорії – річ. Річ здатна підкорятися владі людини, але нерухомі речі як цілісні системи мають свої внутрішні закономірності та взаємозв'язки між окремими їх частинами. Нерухомі речі за своєю природою знаходяться в органічному чи механічному зв'язку із земельною ділянкою. Якщо вони втрачають такий зв'язок то одночасно втрачають й своє первісне значення. До нерухомого майна відносять будівлі що побудовані на такій ділянці і мають міцний зв'язок з нею і тим слугують задоволенню потреб людини на постійній основі. При цьому, серед нерухомого майна перше місце відводиться землі як основі всіх інших прав на майно. Ці права досі нерозривно зв'язуються з забезпеченням інших прав людини. Тому придбання й передача нерухомого майна, особливо земельних ділянок, завжди зумовлене складними формальностями, потребують особливого контролю з боку держави.

Звертається увага на те, що нерухоме майно повино бути легалізовано, так як без належної легалізації майно не буде визнано нерухомим. З'ясовуючи особливості нерухомого майна, необхідно зважати на Закон України«Про загальнодержавну программу адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу» від 18.03.2004р. № 1629-5, а отже варто дослідити вирішення питання щодо визначення особливостей та ознак нерухомого майна на законодавчому рівні і в інших країнах (ЄС, США тощо).

У всіх правових системах зарубіжних країн до нерухомого майна в основному відносять землю і безпосередньо пов'язані з нею, невіддільні від неї речі – будівлі, споруди, рослини на корені тощо. Разом з цим в національних системах права є відмінності у кваліфікації. В основному це відноситься до визнання нерухомим майном деяких речей, які за своїм природним властивостями є рухомими.

Німецьке цивільне уложення (BGB) визначає нерухоме майно як землю та складові частини земельної ділянки, під якими розуміються речі, які нерозривно зв'язані із ґрунтом – будівлі, продукти землі, поки вони зв'язані із грунтом, насіння що внесені у землю, рослини (§ 94-96 Цивільного уложення Німеччини) [6].

Подібні ознаки нерухомості легалізовані й у ЦК Італії (ст. 812), ЦК Японії (ст. 86), Цивільному уложенні Швейцарії (ст. 655). Одночасно з тим, цивільним законодавством Італії вода також віднесена до нерухомого майна. За Швейцарським цивільним уложенням майно, яке відноситься до нерухомого поділяється на три види: земельні ділянки, гірські копальні та зареєстровані самостійні та постійні права на нерухомість.

Французьке цивільне законодавство визначає, що майно є нерухомим за своєю природою внаслідок його призначення або внаслідок предмета, приналежність якого воно складає (ст.517 ЦК Франції). Тут, нерухоме майно має досить широке трактування у відповідності до якого, разом із землею, спорудами та лісами до нерухомого майна також, за своєю природою, відносять машини, інструменти, сировину, які використовуються для виробничих потреб, сільськогосподарські знаряддя та інші предмети (ст. 517-526 ЦК Франції) [7].

За Цивільним кодексом Квебека 1991р. Нерухомим майном є земельні ділянки, будівлі, споруди постійного характеру, а також рослини та корисні копалини – до того часу, поки вони не відділені від землі, тобто не добуті з неї [8, С. 260].

Параграфом 119 ЦК Чеської Республіки до нерухомого майна віднесено земельні ділянки та будівлі, які нерозривно зв'язані із земельною ділянкою. Частиною речі є все, що відноситься до неї згідно її сутності й не може бути відокремлене без знецінення речі. Самі будівлі не визнані складовою частиною земельної ділянки [5].

Законодавством Великобританії та багатьох штатів США поділ майна на нерухоме й не рухоме у внутрішніх правовідносинах між суб'єктами права суттєвого значення не має. Терміни рухоме та нерухоме майно використовуються здебільшого судами у випадках коли йдеться про відносини з іноземним елементом, що регулюється міжнародним приватним правом [14].

Для розмежування рухомого та нерухомого майна законодавець здебільше застосовує метод виключення, тобто визначає склад або ознаки нерухомого майна, а все інше – нерухомість. Звідси, якщо річ не визнана нерухомим майном вона однозначно визнається рухомим майном. Вважається, що такий прийом є виправданим оскільки він дозволяє не використовувати надто великі переліки та уточнення нерухомого майна, хоча законодавець надає визначення нерухомого та рухомого майна з метою визначення їх специфіки. Такий підхід разом з тим зумовлює більш чіткі критерії для визнання речей нерухомим майном та його особливого правового режиму.

Таким чином, очевидно що законодавство різних країн по різному деталізує й визначає нерухоме майно, але концептуальних відмінностей

у тлумаченні терміну «нерухоме майно» немає. Спільне у тому що нерухоме майно характеризується: 1) міцним зв'язком із земельною ділянкою; 2) неможливістю переміщення без неспіврозмірної шкоди їх призначенню. Відмінність у персоніфікаціях переліків такого майна: класичний, розширений. В нормативних актах деяких країн такий перелік взагалі відсутній.

У відповідності до положень ЦК України, нерухоме майно має наступні загальні ознаки – майно розташоване на земельній ділянці, а переміщення цього майна не можливе без зміни його призначення та без його знецінення (ст. 181 ЦК України). Зазначені ознаки розглядаються вченими цивілістами у сукупності. Разом з цим, слід також розглядати ознаки нерухомого майна, які висвітлені й у інших нормативно-правових актах. При цьому, звертається увага на те, що більшість спеціальних законодавчих актів не містить конкретних посилань щодо належності того чи іншого об'єктів до нерухомого майна. Викладене дає змогу запропонувати визначення ознак нерухомого майна право на яке набуватиметься за набувальною давністю.

У відповідності до вимог ЦК України, право власності на нерухоме майно набувається за набувальною давністю в разі коли особа володіє цим нерухомим майном добросовісно, відкрито, безперервно протягом визначеного терміну, також окрім цього нерухоме майно повинно бути або безхазяйним, або власнику цього нерухомого майна воно не потрібне та він не звертався та не збирається звертатись до суду із позовом щодо повернення нерухомого майна з чужого володіння. При наявності усіх цих умов, право на нерухоме майно набувається за набувальною давністю за рішенням суду після державної реєстрації цього права.

Висновки. Отже, враховуючи викладене пропонуємо наступні ознаки нерухомого майна, право на яке набувається за набувальною давністю:

1) Майно не може бути переміщено без завдання йому шкоди, що у подальшому призведе до його знецінення;

2) Майно не може бути переміщено без його знищення;

3) Майно не повинно належати на праві власності володільцю цього мана, який виявив бажання набути права власності на нерухоме майно за набувальною давністю;

4) Майно перебуває у володінні невласника безперервно протягом 10 років;

5) Майно перебуває у володінні невласника відкрито та добросовісно;

6) Майно не потрібно власнику, та останній не проявляє до нього жодного інтересу протягом 10 років;

7) Власник майна не звернувся з позовом до суду щодо повернення майна з чужого володіння;

8) Майно має статус безхазяйної речі;

9) Право власності на майно підлягає державній реєстрації після відповідного рішення суду;

Вказані ознаки можна визнати загальними для нерухомого майна, право власності на яке набувається за набувальною давністю.

Разом з наведеним вважається за доцільне визначення груп ознак нерухомого майна, право власності на яке набувається за набувальною давністю: 1) фізичні, тобто майно має міцний зв'язок із земельною ділянкою та не може бути переміщено без завдання шкоди; 2) економічні, тобто майном володіють та користуються тривалий час, майно має цінність, а переміщення цього майна може призвести до знецінювання; 3) юридичні, тобто законодавче регулювання відносин щодо нерухомого майна, право власності на яке набувається за набувальною давністю, застосування до вказаного нерухомого майна режиму державної реєстрації права власності на це майно за набувальною давністю після прийняття відповідного рішення судом.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Конституція України від 28 червня 1996 року // Відомості Верховної Ради України, 1996, №30.
2. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 року // Відомості Верховної Ради України. – 2003. – № 40.
3. Цивільний процесуальний кодекс України: Закон України від 18.03.2004 р. № 1618-IV. *Відомості Верховної Ради України.* 2004. № 40–41, 42. Ст. 492.
4. Земельний кодекс України // Відомості Верховної Ради, 2002, №18.
5. Бостан Л. М., Бостан С. К.. Історія держави і права зарубіжних країн. 2-е вид. перероб. й доп.: Навч. посібник. – К.: Центр учбової літератури, 2008 – 730 с.
6. Гражданское уложение Германии: Вводный закон к Гражданскому уложению = Bürgerliches Gesetzbuch Deutschland smit Einführung sgesetz; пер. с нем. / [В. Бергманн, введ., сост.]; науч. ред. Т.Ф. Яковлева. – 4-е изд., перераб. – М.: Инфотропик Медиа, 2015. – 888 с. – (Серия «Германские и европейскиезаконы» ; кн. 1). – ISBN 978-5-9998-0183-8).
7. Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона) = Codecivildes Français (Code Napoléon) / пер. с фр. В. Н. Захватаева, Москва-Берлин: Инфотропик Медиа, 2012. – 624 с.
8. Харченко Г.Г. Речові права :монографія / Г.Г. Харченко. – К. :ЮрінкомІнтер, 2015. – С. 260.
9. Харитонова Т.Є. Здійснення прав на чужіземельніділянки в Україні: проблемитеорії та практики: монографія / Т.Є. Харитонова. – Одеса: 2016. – 464 с. (С. 330)

10. Цивільне право України: підручник: у 2 кн. / за ред.: О. В. Дзера, Н. С. Кузнєцова. 2-е вид., допов. і перероб. Київ: ЮрінкомІнтер, 2004. 736 с.
11. Цивільне право: підручник: у 2 т. / В. І. Борисов (кер. авт. кол.) та ін.; за ред.: В. І. Борисов, І. В. Спасибо-Фатєєва, В. Л. Яроцький. Харків, 2011. Т. 1. 656 с.
12. Цивільне право України. Підручник: У двох томах // За заг. ред. Я.М. Шевченко, – Т. 2 Особливачастина. – К.: Ін Юре, 2003.
13. Цивільне право України (традиції і новації): Монографія/ За ред. проф. Є.О. Харитонова, Одеса: Фенікс. – 2010. – 700 с.
14. Цивільне та торгове право зарубіжних країн. Шимон С. І. Навч. посіб. (Курс лекцій). — К.: КНЕУ, 2004. — 220 с.
15. Шимон С.І. Майнові права як об'єкти цивільних правовідносин (теоретичні та практичніаспекти): автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Київ, 2014. 40 с.

Стаценко Олена Сергіївна

ДО ПИТАННЯ ВИЗНАЧЕННЯ ОЗНАК НЕРУХОМОГО МАЙНА ПРАВО НА ЯКЕ НАСТАЄ ЗА НАБУВАЛЬНОЮ ДАВНІСТЮ

Стаття присвячена дослідженню актуальних питань визначення ознак нерухомого майна право на яке настає за набувальною давністю. При дослідженні поняття «нерухоме майно», право на яке набувається за набувальною давністю, необхідно виходити із більш загальної категорії – річ. Річ здатна підкорятися владі людини, але нерухомі речі як цілісні системи мають свої внутрішні закономірності та взаємозв'язки між окремими їх частинами. Нерухомі речі за своєю природою знаходяться в органічному чи механічному зв'язку із земельною ділянкою. Якщо вони втрачають такий зв'язок то одночасно втрачають й своє первісне значення. До нерухомого майна відносять будівлі що побудовані на такій ділянці і мають міцний зв'язок з нею і тим слугують задоволенню потреб людини на постійній основі. Придбання й передача нерухомого майна, особливо земельних ділянок, завжди зумовлене складними формальностями, потребують особливого контролю з боку держави.

Звертається увага на те, що нерухоме майно повинно бути легалізовано, так як без належної легалізації майно не буде визнано нерухомим. З'ясовуючи особливості нерухомого майна, необхідно зважати на Закон України «Про загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу» від 18.03.2004р. № 1629-5, а отже досліджено питання щодо визначення особливостей та ознак нерухомого майна на законодавчому рівні і в інших країнах.

Пропонується наступні ознаки нерухомого майна, право на яке набувається за набувальною давністю: майно не може бути переміщено без завдання йому шкоди, що у подальшому призведе до його знецінення або знищення; майно не повинно належати на праві власності володільцю цього мана, який виявив бажання набути права власності на нерухоме майно за набувальною давністю; майно перебуває у володінні не власника безперервно протягом 10 років, відкрито та добросовісно; майно не потрібно власнику, та останній не проявляє до нього жодного інтересу протягом 10 років та не звернувся з позовом до суду щодо повернення майна з чужого володіння; майно має статус безхазяйної речі; право власності на майно підлягає державній реєстрації після відповідного рішення суду.

Ключові слова: нерухоме майно, набувальна давність, ознаки, визначення, володіння, право власності, безперервність, добросовісність, відкритість.

Стаценко Елена Сергеевна

К ВОПРОСУ ОПРЕДЕЛЕНИЯ ПРИЗНАКОВ НЕДВИЖИМОГО ИМУЩЕСТВА ПРАВО НА КОТОРОЕ НАСТУПАЕТ ПО ПРИОБРЕТАТЕЛЬНОЙ ДАВНОСТИ

Статья посвящена исследованию актуальных вопросов определения признаков недвижимого имущества право на которое наступает по приобретательной давности. При исследовании понятия «недвижимое имущество», право на которое приобретается по приобретательной давности, необходимо исходить из более общей категории – вещь. Вещь способна подчиняться власти человека, но недвижимые вещи как целостные системы имеют свои внутренние закономерности и взаимосвязи между отдельными их частями. Недвижимые вещи по своей природе находятся в органической или механической связи с земельным участком. Если они теряют связь то одновременно теряют и свое первоначальное значение. К недвижимому имуществу относят здания, построенные на таком участке и имеют прочную связь с ней и тем служат удовлетворению потребностей человека на постоянной основе. Приобретение и передача недвижимого имущества, особенно земельных участков, всегда обусловлено сложными формальностями, требующие особого контроля со стороны государства.

Обращается внимание на то, что недвижимое имущество должно быть легализовано, так как без надлежащей легализации имущество не будет признано недвижимым. Выясняя особенности недвижимого имущества, необходимо учитывать Закон Украины «Об общегосударственной программе адаптации законодательства Украины к законодательству Европейского Союза» от 18.03.2004 г. № 1629-5, а следовательно исследован вопрос относительно определения особенностей и признаков недвижимого имущества на законодательном уровне и в других странах.

Предлагается следующие признаки недвижимого имущества, право на которое приобретается по приобретательной давности: имущество не может быть перемещено без причинения ему ущерба, что в дальнейшем

приведет к его обесцениванию или уничтожению; имущество не должно принадлежать на праве собственности владельцу этого имущества, который изъявил желание приобрести права собственности на недвижимое имущество по приобретательной давности; имущество находится во владении несобственника непрерывно в течение 10 лет, открыто и добросовестно; имущество не нужно владельцу, и последний не проявляет к нему никакого интереса в течение 10 лет и не обратился с иском в суд о возврате имущества из чужого владения; имущество имеет статус бесхозяйной вещи; право собственности на имущество подлежит государственной регистрации после соответствующего решения суда.

Ключевые слова: недвижимое имущество, приобретательная давность, признаки, определение, владение, право собственности, непрерывность, добросовестность, открытость.

Statsenko Olena

TO THE QUESTION OF DETERMINING THE CHARACTERISTICS OF REAL ESTATE THE RIGHT TO WHICH COMES UNDER THE STATUTE OF LIMITATIONS

The article is devoted to the study of topical issues of determining the characteristics of real estate the right to which comes under the Statute of limitations. In the study of the concept of “real estate”, the right to which is acquired by prescription, it is necessary to proceed from a more General category – the thing. Thing able to submit to the authority of man, but of the immovable thing as holistic systems have their own internal patterns and relationships between the individual parts. Immovable things by their nature are in organic or mechanical connection with the land. If they lose touch, they lose their original meaning at the same time. The real estate includes buildings built on such a site and have a strong connection with it and thus serve to meet the needs of the person on a permanent basis. The acquisition and transfer of immovable property, especially land, is always subject to complex formalities that require special state control.

Attention is drawn to the fact that immovable property should be legalized, since without proper legalization the property will not be recognized immovable. Finding out features of real estate, it is necessary to consider the Law of Ukraine “about the national program of adaptation of the legislation of Ukraine to the legislation of the European Union” of 18.03.2004 No. 1629-5, and therefore the question of determination of features and signs of real estate at the legislative level and in other countries is investigated.

The following characteristics of immovable property, the right to which is acquired by usucapion: the property cannot be moved without causing it damage, which will eventually lead to its devaluation or destruction of property; the property must not belong by right of ownership to the owner of this property who wishes to acquire property rights to immovable property by acquisitive prescription; the property is in the possession of non-owner continuously for 10 years, openly and in good faith; the property is not necessary for the owner, and last not showing him any interest for 10 years and never filed a claim in court for return of property from another’s possession; the property has the status of unowned things; the right of ownership of the property subject to state registration after the relevant court decision.

Key words: real estate, purchase prescription, signs, definition, possession, property right, continuity, integrity, openness.

ПРАКТИЧНА ЦИВІЛІСТИКА

УДК 341.174

Харитонова Тетяна Євгенівна,
доктор юридичних наук, доцент, завідуючий кафедри аграрного, земельного та екологічного права Національного університету
«Одеська юридична академія»
приватний нотаріус Одеського міського нотаріального округу

Перчеклій Інесса Миколаївна,
кандидат юридичних наук, приватний нотаріус Чорноморського
міського нотаріального округу Одеської області

ОСОБЛИВОСТІ НОТАРІАЛЬНОГО ПОСВІДЧЕННЯ ПРАВОЧИНІВ ЗА УЧАСТЮ МАЛОЛІТНІХ ТА НЕПОВНОЛІТНІХ ДІТЕЙ

Постановка проблеми. Враховуючи фактори економічного розвитку, інтереси учасників цивільного обороту, вартість нерухомості, зокрема житла, в Україні існує значний соціальний попит на укладення правочинів із нерухомістю, де однією із сторін можуть виступати діти. Тому вчинення правочинів щодо майнових прав дітей є на сьогоднішній день розповсюдженим явищем.

Згідно зі статтею 1 Конвенції ООН про права дитини від 20 листопада 1989 року [1], дитиною є кожна людська істота до досягнення нею 18-річного віку, якщо за законом, що застосовується до даної особи, вона не досягне повноліття раніше. Українським законодавством, зокрема статтею 6 Сімейного кодексу України [2], встановлено, що правовий статус дитини має особа до досягнення нею повноліття, малолітньою вважається дитина до досягнення нею чотирнадцяти років, неповнолітньою вважається дитина у віці від чотирнадцяти до вісімнадцяти років. Законодавство про охорону дитинства в Україні ґрунтується на Конституції України, Конвенції ООН про права дитини, міжнародних договорах, Цивільному кодексі України, Сімейному кодексі України, Законі України «Про охорону дитинства», Законі України «Про основи соціального захисту бездомних громадян і безпритульних дітей», Законі України «Про забезпечення організаційно-правових умов соціального захисту дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування», Законом України «Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні», а також інших нормативно-правових актах.

Закон України «Про забезпечення організаційно-правових умов соціального захисту дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування» (зі змінами) визначає правові, організаційні, соціальні засади та гарантії державної підтримки дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, а також осіб із їх числа, і є складовою частиною законодавства про охорону дитинства.

Захист прав і законних інтересів дитини відповідно до норм Сімейного кодексу України покладається, в першу чергу, на сім'ю, органи опіки та піклування, прокуратуру, суд. Крім того функція захисту прав дитини покладається також на органи місцевого самоврядування та органи нотаріату.

Здійснюючи захист прав дитини нотаріуси, окрім зазначених вище актів, керуються також Законом України «Про нотаріат» та Порядком вчинення нотаріальних дій нотаріусами України.

Метою статті є дослідження та визначення особливостей нотаріального посвідчення правочинів за участю малолітніх та неповнолітніх дітей згідно чинного законодавства України.

Виклад основного матеріалу. При вчиненні нотаріальної дії нотаріуси встановлюють особу учасників цивільних відносин, які особисто звернулися за вчиненням нотаріальних дій. Встановлення повнолітньої особи здійснюється за паспортом або

іншими документами, які унеможливлюють будь-які сумніви щодо особи громадянина, який звернувся за вчиненням нотаріальної дії (паспорт громадянина України, паспорт громадянина України для виїзду за кордон, дипломатичний чи службовий паспорт, посвідчення особи моряка, посвідчення члена екіпажу, посвідка на проживання особи, яка мешкає в Україні, але не є громадянином України, національний паспорт іноземця або документ, що його замінює, посвідчення інваліда чи учасника Великої Вітчизняної війни, посвідчення, видане за місцем роботи фізичної особи).

У разі перевірки цивільної дієздатності фізичної особи, яка не досягла 18 років, але може бути визнана такою, що має повну цивільну дієздатність, нотаріус витребовує рішення суду, або свідоцтво про одруження щодо факту реєстрації шлюбу особи, яка не досягла повноліття, або свідоцтво про народження дитини, у якому неповнолітня особа записана матір'ю або батьком дитини, або свідоцтво про реєстрацію підприємницької діяльності чи виписку з Єдиного державного реєстру юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців (п. 4 гл. 4 Порядку).

Особа віком до 16 років встановлюється за свідоцтвом про народження за умови підтвердження батьками (одним з батьків) того, що ця особа є їх дитиною.

Паспорт громадянина України видається територіальними підрозділами Державної міграційної служби України за місцем проживання кожному громадянинові України після досягнення 14-річного віку (Порядок оформлення і видачі паспорта громадянина України, затверджений Наказом МВС України від 13 квітня 2012 року № 320, зі змінами) [3].

При укладенні правочину неповнолітньою особою нотаріусом витребовується заява батьків (одного з них – у разі документально підтвердженої смерті, позбавлення батьківських прав або права опіки другого з батьків) про згоду на вчинення правочину неповнолітнім. Текст зазначеної заяви може розміщуватися у тексті самого правочину перед підписом неповнолітнього, якщо батьки (або один із них) присутні при укладенні такою особою правочину. У разі викладення заяви окремо від тексту правочину підпис(и) на такій заяві повинен(ні) бути засвідчений(і) нотаріально (ст. 43 Закону України «Про нотаріат» [4], п. 5 гл. 3, розділ II п. 3.6 гл. 1 Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України[5]). Таким чином, при вчиненні правочину неповнолітньою особою необхідна згода обох батьків, згода одного з батьків допускається тільки в окремих випадках, зазначених у Порядку.

Правочини від імені неповнолітніх можуть бути посвідчені лише за умови, якщо вони вчинені за згодою батьків (усиновлювачів) або піклувальника та з дозволу органу опіки та піклування (розділ II, п. 3.5 гл. 1 Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України) [5].

Правочини за малолітніх, а також від імені фізичних осіб, визнаних у судовому порядку недієздатними, вчиняють батьки (усиновлювачі) або опікуни.

На вчинення одним із батьків правочинів щодо транспортних засобів та нерухомого майна малолітньої дитини повинна бути згода другого з батьків, справжність підпису на якій засвідчується нотаріально. Якщо той із батьків, хто проживає окремо від дитини протягом не менш як шість місяців, не бере участі у вихованні та утриманні дитини або якщо місце його проживання невідоме, правочини, зазначені у цій частині статті, можуть бути вчинені без його згоди.

У разі якщо другий із батьків заперечує проти укладення правочину щодо майна малолітньої дитини, нотаріус відмовляє заінтересованим особам у вчиненні нотаріальної дії і роз`яснює, що зазначений спір може бути вирішений органом опіки та піклування або судом (розділ II п. 3.2, п. 3.3 гл. 1 Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України) [5].

Нотаріус не приймає для посвідчення правочин, що укладається від імені малолітньої дитини представником батьків (усиновлювачів) або одного з них.

Пунктом 3.6 Порядку передбачено, що справжність підпису(ів) батьків (усиновлювачів) або піклувальників на заяві про їх згоду на посвідчення правочинів від імені неповнолітніх, а також від імені осіб, цивільна дієздатність яких обмежена, повинна бути посвідчена нотаріально[5].

У разі укладення правочинів, які підлягають нотаріальному посвідченню та (або) державній реєстрації, у тому числі договорів щодо поділу, обміну житлового будинку, квартири за участю малолітніх осіб, нотаріус перевіряє наявність дозволу органу опіки та піклування на укладення таких правочинів (ч.3 ст. 18 Закону України «Про охорону дитинства» [7], розділ II, п. 3.1. гл. 1 Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України) [5].

Перевірка повноважень представників осіб за законом здійснюється за документом, що підтверджує повноваження законного представника.

Оригінали документів (наприклад, відповідні свідоцтва про факт державної реєстрації актів цивільного стану – про народження, шлюб, смерть) повертаються особам, що їх подали, а у нотаріуса залишаються їх копії (фотокопії) (п. 4 гл.

7 Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України) [5]. Нотаріус під час вчинення нотаріальних дій обов'язково використовує відомості Державного реєстру актів цивільного стану громадян. Інформація з єдиних та державних реєстрів, отримана нотаріусом під час вчинення нотаріальних дій, шляхом безпосереднього доступу до них, залишається у відповідній справі нотаріуса (Стаття 46-1. Закону України «Про нотаріат» [4]).

Прийомні батьки є законними представниками прийомних дітей на підприємствах, в установах та організаціях без спеціальних на те повноважень (п. 17 Положення про прийомну сім'ю, затвердженого Постановою Кабінету Міністрів України від 26 квітня 2002 року № 565) [7]. Рішення про утворення прийомної сім'ї приймається районною, районною у мм. Києві та Севастополі держадміністрацією, виконавчим комітетом міської ради (міст республіканського значення Автономної Республіки Крим і міст обласного значення). На підставі рішення про утворення прийомної сім'ї між прийомними батьками та органом, який прийняв рішення про її утворення, укладається договір про влаштування дітей до прийомної сім'ї на виховання та спільне проживання (далі – договір) за формою згідно з додатком до Положення про прийомну сім'ю. Контроль за виконанням договору, а також за умовами проживання, виховання прийомних дітей здійснюють місцеві служби у справах дітей і органи опіки та піклування районних, районних у м. Києві та Севастополі держадміністрацій, виконавчих комітетів міських рад. Органи опіки та піклування забезпечують збереження житла прийомних дітей за місцем його знаходження і здійснюють контроль за його використанням.

Відповідно до вимог Закону України «Про забезпечення організаційно-правових умов соціального захисту дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування» призначені для таких дітей батьки-вихователі є особами, які замінюють батьків, законними представниками своїх вихованців і захищають їхні права та інтереси в органах державної влади, у тому числі судових, як опікуни та піклувальники без спеціальних на те повноважень [8]. Вони не можуть використовувати надані їм права всупереч інтересам дитини.

Положенням про дитячі будинки і загальноосвітні школи-інтернати для дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування, затвердженим Наказом Міністерства освіти і науки України, Міністерства України у справах сім'ї, дітей та молоді від 10 вересня 2012 року № 995/557, визначено типи інтернатних закладів, порядок утворення та управління інтернатними закладами [9].

Типовим положенням про дитячий будинок-інтернат, затвердженим Наказом Міністерства праці та соціальної політики України від 02 квітня 2008 року № 173 [10], та Положенням про дитячий будинок сімейного типу, затвердженим Постановою Кабінету Міністрів України від 26 квітня 2002 року № 564 [11], визначено повноваження осіб, що представляють інтереси вихованців – дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування.

Батьки-вихователі, зокрема, мають право захищати дитину, її права та інтереси як опікуни або піклувальники без спеціальних на те повноважень, брати участь у вирішенні органами опіки та піклування питання про управління майном дитини.

Крім того, діючим законодавством України, а саме: ст. 401 Цивільного кодексу України [12], Законом України «Про охорону дитинства» [6], Законом України «Про основи соціального захисту бездомних громадян і безпритульних дітей», передбачено умови, виконання яких під час вчинення нотаріальних дій направлене на забезпечення збереження та охорони майнових прав малолітніх та неповнолітніх осіб. Основна ідея Закону України «Про основи соціального захисту бездомних громадян і безпритульних дітей» – це захист саме житлових прав дитини, а не майнових прав взагалі.

Статтею 176 Сімейного кодексу України регламентуються права дітей щодо користування майном [2]. Стаття 18 Закону України «Про охорону дитинства» прямо вказує на те, що діти – члени сім'ї наймача або власника мають право користування майном батьків [6].

Для здійснення будь-яких правочинів стосовно нерухомого майна, право власності на яке або право користування яким мають діти, необхідна згода органів опіки та піклування (ст. 12 Закону України «Про основи соціального захисту бездомних громадян і безпритульних дітей») [13].

Щодо майнових прав неповнолітньої дитини, то батьки мають право дати згоду на вчинення неповнолітньою дитиною зазначених вище правочинів лише з дозволу органів опіки та піклування. Законодавчо закріплений принцип захисту інтересів дитини державою, оскільки дозвіл органу опіки та піклування надається у разі гарантування батьками збереження її права на житло.

Діти мають право користування майном саме батьків, у тому числі житлом незалежно від реєстрації дитини, а не майном інших членів сім'ї та родичів. Міністерство юстиції України в листі № 19-50-556 від 25 липня 2006 року вказало, що дозвіл органу опіки та піклування на відчуження житла необхідний лише у випадках, якщо дитина: а) є власником (співвласником); б) має право на користування житловим приміщенням, що відчу-

жується. При цьому право власності або користування дитиною житлом має вбачатися: а) зі змісту правовстановлювального документа; б) довідки про реєстрацію місця проживання.

Згідно зі ст. 3 Закону України «Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні»: реєстрація – внесення відомостей до паспортного документа про місце проживання або місце перебування із зазначенням адреси житла особи та внесення цих даних до реєстраційного обліку відповідного органу спеціально уповноваженого центрального органу виконавчої влади з питань реєстрації [14]. Статтею 6 вказаного закону наведено вичерпний перелік документів, що надає особа для реєстрації місця проживання в Україні [14]. Статтею 13 вказаного закону вільний вибір місця проживання обмежується щодо осіб, які не досягли 16-річного віку.

Таким чином, з метою перевірки відсутності прав малолітніх та неповнолітніх дітей, на користування відчужуваними житловим будинком, квартирою, кімнатою або їх частиною нотаріус вимагає подачі йому довідки про склад сім'ї житлово-експлуатаційної організації, квартального комітету або іншого уповноваженого органу з питань реєстрації місця проживання.

У разі виявлення з поданих відчужувачем документів, що право власності або право користування відчужуваним житловим будинком, квартирою, кімнатою або їх частиною мають малолітні або неповнолітні діти, нотаріус повинен витребувати у відчужувача дозвіл органу опіки та піклування на вчинення такого правочину у формі витягу з рішення відповідної районної, районної у містах Києві та Севастополі державної адміністрації, відповідного виконавчого органу міських, районних у містах, сільських, селищних рад. (п. 1.9, 1.10 гл. 2 Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України) [5].

Відповідно до п.67 Порядку провадження органами опіки та піклування діяльності, пов'язаної із захистом прав дитини у редакції Постанови Кабінету Міністрів України від 24 вересня 2008 року № 866, дозвіл на вчинення правочинів щодо нерухомого майна, право власності на яке або право користування яким має дитина надається районною, районною у мм. Києві та Севастополі держадміністрацією, виконавчим органом міської, районної в місті ради за поданням служби у справах дітей після проведення зазначеною службою перевірки документів за місцем знаходження майна протягом одного місяця з дня надходження заяви на вчинення правочинів щодо нерухомого майна дитини лише у разі гарантування збереження її права на житло і оформляється рішенням, витяг з якого видається заявникам службою у справах дітей [15]. Виконавчий комітет сільської, селищної, міської, районної у місті (у разі її створення) ради в межах своїх повноважень приймає рішення (п.6 ст.59 Закону України «Про місцеве самоврядування в Україні») [16].

На виконання Конституції України, законів України, актів Президента України, Кабінету Міністрів України, міністерств та інших центральних органів виконавчої влади, власних і делегованих повноважень голова місцевої державної адміністрації в межах своїх повноважень видає розпорядження. Розпорядження голів місцевих державних адміністрацій, що прийняті в межах їх компетенції, є обов'язковими для виконання на відповідній території всіма органами, підприємствами, установами та організаціями, посадовими особами та громадянами (ст.6 Закону України «Про місцеві державні адміністрації») [17].

Відповідно до статті 71 Цивільного кодексу України: Правочини, які вчиняються з дозволу органу опіки та піклування:

1. Опікун не має права без дозволу органу опіки та піклування:

1) відмовитись від майнових прав підопічного;

2) видавати письмові зобов'язання від імені підопічного;

3) укладати договори, які підлягають нотаріальному посвідченню та (або) державній реєстрації, в тому числі договори щодо поділу або обміну житлового будинку, квартири;

4) укладати договори щодо іншого цінного майна.

2. Піклувальник має право дати згоду на вчинення правочинів, передбачених частиною першою цієї статті, лише з дозволу органу опіки та піклування [12].

Правочин, вчинений без дозволу органу опіки та піклування (ст. 71 Цивільного кодексу України), є нікчемним (п.1 статті 224 Цивільного кодексу України) [12].

Що стосується органів опіки та піклування, то ними є державні адміністрації районів, районів міст Києва і Севастополя, виконавчі органи міських чи районних у містах, сільських, селищних рад (ст. 11 Закону України «Про забезпечення організаційно-правових умов соціального захисту дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування») [8].

Відповідно до вимог цього Закону на органи опіки та піклування покладено функції по забезпеченню вирішення питань щодо:

— встановлення статусу дитини-сироти та дитини, позбавленої батьківського піклування;

— надання опіки та піклування над дітьми-сиротами та дітьми, позбавленими батьківського піклування, та застосування інших форм влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування;

— соціального захисту і захисту особистих, майнових, житлових прав та інтересів дітей;

— забезпечення пріоритетних форм влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування;

14. притягнення до відповідальності осіб, які порушують права дитини;

15. надання письмової згоди або заперечення на відчуження нерухомого майна (у тому числі житла) та іншого майна, власником якого є дитина;

16. подання заяв, клопотань, позовів про захист прав дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування.

Таким чином, серед переліку документів, необхідних для вчинення правочину за участю малолітніх, неповнолітніх дітей, та щодо майна, право користування яким мають малолітні, неповнолітні діти, слід назвати: 1) документи, встановлені основними правилами посвідчення договорів відчуження нерухомого майна (правовстановлювальні документи на майно; звіт (акт) про оцінку майна, здійснену уповноваженим суб'єктом оцінювання; 2) довідка про склад сім'ї); 3) паспорти та картки платників податків сторін; 4) свідоцтво про народження дитини та її паспорт (за наявністю), картка платника податків дитини; 5) документи, що підтверджують факт родинних відносин, інші факти (рішення судів), за необхідністю; 6) заява-згода подружжя покупця (продавця) на купівлю (продаж) нерухомого майна (за необхідністю); 7) дозвіл органу опіки і піклування на відчуження майна, належного дітям (придбання на ім'я дитини) та згода на вчинення відповідного правочину (витяг з Рішення відповідного органу виконавчої влади) або: дозвіл органу опіки і піклування на вчинення правочину щодо майна, право користування яким має дитина, та згода на вчинення відповідного правочину (витяг з Рішення відповідного органу виконавчої влади); 8) в залежності від віку дитини або наявності батьків або одного з них необхідна: заява-згода батьків на відчуження майна малолітньої дитини (придбання майна на ім'я малолітньої дитини); заява-згода другого з батьків про дозвіл на вчинення правочину та його підписання іншим з батьків; заява-згода батьків на укладення неповнолітньою дитиною правочину; заява-згода батьків дитини, що має право користування майном, щодо якого вчиняється нотаріальна дія, на укладення правочину.

Висновки. Малолітні та неповнолітні особи як учасники цивільних відносин вже від народження наділені певними майновими правами, серед яких можна назвати: право мати майно в приватній власності; право користуватися житловими приміщеннями та іншим майном; спадкові права; суб'єктивні права на об'єкти інтелектуальної власності; бути учасниками договірних відносин (тобто вчиняти різного роду правочини). Захист їх прав та законних інтересів покладається на сім'ю, органи опіки та піклування, прокуратуру, суд, органи місцевого самоврядування та органи нотаріату. При посвідченні правочинів за участю малолітніх та неповнолітніх дітей, нотаріуси витребовують ряд документів, які надають додаткові гарантії збереження майнових прав дитини.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Конвенція ООН про права дитини: від 20.11.1989 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_021
2. Сімейний кодекс України: Закон України від 10.01.2002 № 2947-III. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2947-14
3. Про затвердження Порядку оформлення і видачі паспорта громадянина України: Наказ МВС України від 13.04.2012 р. № 320[Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z1089-12
4. Про нотаріат: Закон України від 02.09.1993 р. № 3425-XII [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/3425-12
5. Про затвердження порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України: Наказ Міністерства Юстиції України від 22.02.2012 р. № 296/5 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/z0282-12
6. Про охорону дитинства: Закон України від 26.04.2001 р. № 2402-III [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2402-14
7. Про затвердження положення про прийомну сім'ю: Постанова КМУ від 26.04.2002 р. № 565 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/565-2002-п
8. Про забезпечення організаційно-правових умов соціального захисту дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування: Закон України від 13.01.2005 р. № 2342-IV [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2342-15
9. Положенням про дитячі будинки і загальноосвітні школи-інтернати для дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування: Наказ, спільний МОН молодьспорт України та Мінсоцполітики України від 10.09.2012 р. № 995/557 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/z1629-12
10. Про затвердження Типового положення про дитячий будинок-інтернат: Наказ, Міністерства праці України від 02.04.2008 р. № 173 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0675-08

11. Про затвердження Положення про дитячий будинок сімейного типу: Постанова, КМУ від 26.04.2002 р. № 564 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/564-2002-%D0%BF
12. Цивільний кодекс України: Закон України від 16.01.2003 №435-IV. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/435-15
13. Про основи соціального захисту бездомних громадян і безпритульних дітей: Закон України від 02.06.2005 р. № 2623-IV [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2623-15
14. Про свободу пересування та вільний вибір місця проживання в Україні: Закон України від 11.12.2003 р. № 1382-IV [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1382-15
15. Про затвердження порядку провадження органами опіки та піклування діяльності, пов'язаної із захистом прав дитини: Постанова, КМУ від 24.09.2008 р. № 866 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/866-008п.
16. Про місцеве самоврядування в Україні: Закон України від 21.05.1997 р. № 280/97-ВР [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/280/97-вр
17. Про місцеві державні адміністрації: Закон України від 09.04.1999 р. № 586-XIV [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/586-14.

Харитонова Тетяна Євгенівна, Перчеклій Інесса Миколаївна

ОСОБЛИВОСТІ НОТАРІАЛЬНОГО ПОСВІДЧЕННЯ ПРАВОЧИНІВ ЗА УЧАСТЮ МАЛОЛІТНІХ ТА НЕПОВНОЛІТНІХ ДІТЕЙ

Розглянуто актуальні проблеми правового регулювання відносин, які виникають при посвідченні правочинів за участю малолітніх та неповнолітніх дітей. З'ясовано особливості договорів за участю малолітніх та неповнолітніх дітей та надання дозволів органів опіки та піклування. Розглянуто особливості порядку нотаріального посвідчення договорів відчуження майна за участю малолітніх та неповнолітніх дітей відповідно до законодавства України.

Ключові слова: посвідчення правочинів за участю дітей, органи опіки та піклування, речові права на нерухоме майно, нотаріальний процес.

Харитонова Татьяна Евгеньевна, Перчеклий Инесса Николаевна

ОСОБЕННОСТИ НОТАРИАЛЬНОГО УДОСТОВЕРЕНИЯ СДЕЛОК С УЧАСТИЕМ МАЛОЛЕТНИХ И НЕСОВЕРШЕННОЛЕТНИХ ДЕТЕЙ

Рассмотрены актуальные проблемы правового регулирования отношений, возникающих при удостоверении сделок с участием малолетних и несовершеннолетних детей. Выяснены особенности договоров с участием малолетних и несовершеннолетних детей и предоставления разрешения органов опеки и попечительства. Рассмотрены особенности порядка нотариального удостоверения договоров отчуждения имущества с участием малолетних и несовершеннолетних детей в соответствии с законодательством Украины.

Ключевые слова: удостоверение сделок с участием детей, разрешение органов опеки и попечительства, вещные права на недвижимое имущество, нотариальный процесс.

Kharitonova Tetyana Evgenivna, Perchkliy Inessa Mykolaivna

FEATURES NOTARIZATION OF TRANSACTIONS INVOLVING MINORS AND UNDER AGE CHILDREN

The actual problems of legal regulation of relations during the certification of legal actions involving minors and underage children are considered in the article. The article is defined that minors and underage children are the participants of civil relations from birth and already endowed with certain property rights, among which: the right to own private property, the right to use living quarters and other property, hereditary rights, subjective rights to the objects of intellectual property. Minors and underage children can also be the participants in contractual relations (to make different kinds of deals). It is established that the protection of their rights and legitimate interests rests with the family, the authorities of guardianship and guardianship, the prosecutor's office, the court, local self-government bodies and notary bodies.

The specifics of the contracts with the participation of minors and under age children and the granting of permits by the guardianship and custody agencies are clarified.

The list of documents necessary for making a deal with the participation of minors and underage children, as well as the deals, which are related to the property, the right of use of which has minors and underage children, has been determined.

The peculiarities of the procedure for notarization of Alienation Agreements with participation of minors and under age children in accordance with the legislation of Ukraine are considered.

Key words: Certification of legal actions involving children, Guardianship and Custody Agencies, property rights to Real Estate, notary process.

УДК 334.7

Бигняк Александр Валентинович,
кандидат юридических наук, доцент, доцент
кафедры права интеллектуальной собственности и корпоративного права
Национального университета «Одесская юридическая академия»

ОСОБЕННОСТИ ОСНОВНЫХ ОРГАНИЗАЦИОННО-ПРАВОВЫХ ФОРМ СОВРЕМЕННЫХ ХОЗЯЙСТВЕННЫХ ОБЩЕСТВ В УКРАИНЕ

Постановка проблемы. На протяжении веков развивались оптимальные способы привлечения и сохранения капитала; они были включены в различные юридические формы, известные как компании и корпорации. Важной предпосылкой хозяйственной деятельности следует считать выбор организационно-правовой формы ее осуществления. Каждая из организационно-правовых форм имеет свои особенности, преимущества и ограничения.

Право на выбор организационно-правовой формы является составной принципа свободы предпринимательской деятельности. Это означает, что субъекты при основании предприятия (хозяйственной организации) самостоятельно решают вопросы, связанные с выбором его организационно-правовой формы. Однако это право, как и другие проявления свободы предпринимательской деятельности, не является безграничным. Действующее законодательство в некоторых случаях четко регламентирует, в каких организационно-правовых формах может осуществляться тот или иной вид хозяйственной деятельности, а также предусматривает определенные требования к тем или иным элементам структуры организационно-правовой формы.

С 01.01.2018 года вступил в силу Закон Украины «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Украины относительно упрощения ведения бизнеса и привлечения инвестиций эмитентами ценных бумаг» от 16.11.2017 г. № 2210-VIII[1]. Среди прочего, указанным законом были внесены изменения и в Закон Украины «Об акционерных обществах». На некоторые из них стоит обратить внимание. Так, Законом №2210-VIII, введены изменения, вводят европейские принципы в вопросе определения и регулирования публичных компаний. В частности, меняется подход к отнесению акционерных обществ к публичным и частным,теперь не нужно фиксировать в наименовании АО его тип; исключается требование, по которому банки могут быть только в форме ПАО, при этом на банки распространяются требования по раскрытию информации, как и на публичные компании, и устанавливаются повышенные требования к корпоративному управлению, в частности, в части формирования наблюдательного совета и его комитетов; увеличивается объем информации и способы ее раскрытия для ПАО и банков; отменяется обязанность публиковать информацию в одном из официальных изданий; ужесточаются требования к прозрачности деятельности наблюдательного совета АО, избрание независимых членов, расширяются их полномочия.

06 февраля 2018 года Верховная Рада Украины приняла Закон Украины «Об обществах с ограниченной и дополнительной ответственностью», который вступил в силу 17.06.2018 года [2] и является частью реализации Дорожной карты законодательного обеспечения выполнения Соглашения об ассоциации между Украиной и Европейским Союзом на 2018-2019 годы [5]. Вслед за вступлением в силу данного Закона, положения Закона Украины «О хозяйственных обществах» относительно обществ с ограниченной ответственностью и обществ с дополнительной ответственностью утратили силу.

Состояние исследования темы. На страницах юридической литературы существует множество исследований относительно юридических

лиц с различными организационно-правовыми формами, особенностей их функционирования, их нормативно-правового регулирования и т.п. Так, например, доцент, кандидат юридических наук В.И. Борисова в своей статье рассматривает организационно-правовые формы юридических лиц частного права, в частности акционерные общества, общества с ограниченной ответственностью, и т.д[7].Или, например, С.В. Баранова, С.Ф. Кантур в 2012 году посвятили свое исследование особенностям функционирования общества с ограниченной ответственностью в Украине[8]. Подобных исследований существует много. Однако украинское законодательство претерпело значительных и значимых изменений в последнее время, в связи с чем многие исследования потеряли свою актуальность. Поэтому комплексное рассмотрение особенностей основных организационно-правовых форм современных хозяйственных обществ является актуальным.

Статьей 1 Закона Украины «О хозяйственных обществах» определено, что к хозяйственным обществам относятся: акционерные общества, общества с ограниченной ответственностью, общества с дополнительной ответственностью, полные общества, коммандитные общества.

Целями настоящей статьи являются рассмотрение особенностей акционерных обществ, обществ с ограниченной ответственностью, обществ с дополнительной ответственностью, полных обществ, коммандитных обществ с учетом новейших изменений в законодательстве Украины; проведение сравнительной характеристики вышеуказанных организационно-правовых форм, определение основных плюсов и минусов.

Изложение основного материала. Выбор организационно-правовой формы предприятия требует проведения сравнительного анализа эффективности различных форм организации предприятия, соответствия этой формы избранным целям и стратегии развития предприятия в той или иной сфере деятельности.

По данным Государственной службы статистики Украины по состоянию на 01 июня 2018 года зарегистрировано следующее число юридических лиц по таким организационным формам:

- акционерные общества – 14556, из них публичных АО – 1930, частных АО – 5244;
- общества с ограниченной ответственностью – 595495;
- общества с дополнительной ответственностью – 1472;- полные общества – 1333;
- коммандитные общества – 377 [3].

Как видим, самой популярной организационно-правовой формой юридического лица на сегодняшний день является общество с ограниченной ответственностью. Следует отметить, что акционерные общества еще с 2010 года имеют четкую тенденцию к снижению. Всего в 2010 году было зарегистрировано28 618 акционерных обществ, а в 2015 уже 15 046. Эту закономерность отмечали Иванова А.С., Ковтун С.В., Пигуль Н.Г. в своем исследовании, посвященному особенностям становления и развития акционерных обществ в Украине [9]. Они отмечали многочисленные проблемы функционирования этой организационно-правовой формы хозяйствования и предлагали ряд усовершенствований, способствующих росту эффективности существования акционерных обществ, в частности: обеспечение защищенности прав акционеров путем изменений законодательства, повышение уровня развития фондового рынка и т.д. Ниже автором будут рассмотрены особенности акционерных обществ с учетом последних изменений законодательства.

Характеристики и особенности акционерного общества:

Акционерное общество является одним из видов экономических обществ; его уставный капитал делится на определенное количество акций равной номинальной стоимости, корпоративные права которых подтверждаются акциями.

В зависимости от способа создания и порядка отчуждения акций, АО делятся на два основных типа: публичные и частные акционерные общества.

В частности, публичные и частные АО дифференцируются: порядок распределения акций (в публичных, путем подписки и свободной продажи на фондовом рынке, в частных, путем выделения среди учредителей); порядок перемещения членов (в публичных акционерных обществах он свободен, в частных случаях он несколько ограничен, поскольку акции такой компании не продаются / не покупаются на фондовой бирже); типы акций, выпущенных этими компаниями (ПАО может выпускать как именные акции, так и акции на предъявителя, а частные – только зарегистрированные акции); порядок создания (в публичном АО довольно сложно из-за размещения акций среди явно неопределенного количества лиц по подписке и, следовательно, по этапам, не характерным для частного АО: регистрация информации об акциях (опубликованная), объявление подписки, процедуры подписки, решения, на учредительном собрании, вопросов, связанных с результатами подписки); перечень вопросов, требуемых для рассмотрения на учредительном собрании (в публичном акционерном об-

ществе он более значим по результатам подписки на акции открытого акционерного общества); сумма обязательств и обязанностей учредителей: учредители публичных акционерных обществ имеют более значимые из-за подписки на акции (обязательство вернуть лицам, подписавшимся на акции, сумму, которую они заплатили, при создании публичного акционерного общества не произошло).

Особенности акционерного общества определяют особый характер его правового статуса:

• это экономическая организация корпоративного типа, разнообразная хозяйствующая субъект;

• он принадлежит компаниям, являющимся ассоциациями капитала, в которых элементы собственности доминируют над личными (для участия в акционерном обществе достаточно внести имущественный взнос: выплатить акцию и личное участие в управлении компанией, как правило, не является обязательным);

• уставный капитал компании имеет общий характер, он формируется путем выпуска и продажи акций физическим лицам и / или юридическим лицам;

• имеет публичный статус эмитента ценных бумаг (акций, облигаций), это юридическое лицо, которое от своего имени выпускает акции и соглашается выполнить обязательства, вытекающие из условий их выпуска. При этом, согласно ч.2 ст.5 Закона Украины «Об акционерных обществах» в новой редакции от 17.05.2018г. публичное предложение собственных акций может осуществлять исключительно публичное акционерное общество[4]. Если частное акционерное общество намерено осуществить публичное предложение собственных акций, общее собрание такого общества вместе с принятием решения о проведении публичного предложения своих акций должны принять решение об изменении типа общества с частного на публичное. Изменение типа общества с частного на публичное или с публичного на частное не является его преобразованием.

• физические и юридические лица, приобретающие акции акционерных обществ, получают статус акционеров, права и обязанности которых установлены законом;

• Особенностью акционерного общества является ограниченная ответственность его акционеров: они несут ответственность за обязательства компании только в пределах своих акций.

К положительным характеристикам АО относятся:

• легкость создания значительного капитала;

• ограниченный риск акционера в пределах суммы, уплаченной за акции, что способствует привлечению значительного числа членов (акционеров) и концентрации капиталов;

• стабильность имущественной базы АО, как это обычно не влияет на отзыв акционера (это делается путем отчуждения акций другим лицам, что не приводит к уменьшению имущественной базы компании);

• не обязательное личное участие акционеров в деятельности АО, которое облегчает членство в нем и, таким образом, привлекает новых акционеров и их средства;

• способность привлекать большие массы людей к участию в АО открытого типа и, соответственно, распределение прибыли между ними;

• применимость в различных областях экономики (банковское дело, страхование, инвестиции, промышленность, сельское хозяйство, транспорт и т. Д.) И во всех секторах экономики: государственная, муниципальная, частная, а также создание смешанных АО;

• использование формы АО в процессе дерегулирования и приватизации;

• способность контролировать АО путем владения контрольным пакетом акций (для стратегического инвестора), не тратя средств на покупку всех акций.

Однако у этих компаний есть много негативных особенностей, которые требуют государственного регулирования, чтобы уменьшить опасные проявления таких функций для общественности.

Отрицательные особенности АО:

• сложность и длительность (особенно для публичного АО) создания;

• существенные требования к минимальному уставному фонду и сложности изменения этого фонда. Минимальный размер уставного капитала акционерного общества составляет 1250 минимальных заработных плат исходя из ставки минимальной заработной платы, действующей на момент создания (регистрации) акционерного общества. Например, для создания АО в июне 2018 года минимальный размер уставного капитала составит 4 653 750 гривен (1250*3723), это примерно 180 000 долларов США. Следует отметить, что согласно ч.2 статьи 4 Регламента Совета(ЕС) об Уставе европейского общества 2157/2001от 08.10.2001[6] установлен минимальный размер уставного капитала для создания Европейского акционерного общества, который составляет 120 000 евро (3 600 000 гривен).

• игнорирование интересов меньшинства;

• способность сформировать исполнительный орган работников и необязательные требования к личному участию акционеров приводят к отчуждению последнего от руководства АО;

• сложность управления и контроля АО на его исполнительном органе со стороны акционеров в связи с наличием системы органов: общих собраний акционеров, совета директоров, наблюдательного совета, комитета по аудиту;

• способность злоупотреблений со стороны учредителей в связи с легкостью накопления средств;

• привлечение монополии;

• способность контролировать АО посредством владения контрольным пакетом акций, если такой контроль осуществляется в ущерб АО и его акционерам;

• значительная степень государственного регулирования компании.

Характеристика и особенности общества с ограниченной ответственностью

Общество с ограниченной ответственностью – это компания с уставным капиталом, разделенная на доли, размер которых определяется учредительными документами.

Как уже отмечалось выше, 6 февраля 2018 года Верховная Рада Украины приняла Закон «Об обществах с ограниченной и дополнительной ответственностью». Данный Закон направлен на существенное реформирование законодательного регулирования указанных компаний.

Ранее законодательством было определено, что максимальное количество членов общества с ограниченной ответственностью может достигать 100 человек. Новый Закон регулирует этот вопрос уже иначе: теперь количество членов ООО неограниченно. Это важно для компаний, часть долей или акций в которых распределена среди огромного количества миноритарных акционеров или участников (зачастую в связи с процедурой приватизации). Теперь такие компании могут существовать в форме ООО, а не трансформироваться как раньше в обязательном порядке в акционерные общества в связи с ограничением количества участников.

Размер уставного капитала общества составляется из номинальной стоимости долей его участников, выраженных в национальной валюте Украины. Размер доли участника общества в уставном капитале общества может дополнительно определяться в процентах. Уставом общества могут быть предусмотрены ограничения по изменению соотношения долей участников. Соответствующие положения могут быть внесены в устав, изменены или исключены из него единогласным решением общего собрания участников, в которых приняли участие все участники общества.

Одним из нововведений является институт корпоративных договоров («shareholder agreements»), что является стандартной практикой в других развитых странах. Корпоративный договор – это договор, согласно которому участники ООО обязуются реализовывать свои права и полномочия определенным образом или воздержаться от их реализации. Важно то, что корпоративные договоры являются конфиденциальными.

Корпоративный договор позволяет участникам договориться о том, как именно они будут себя вести и/или голосовать в той или иной ситуации. Кроме того, таким договором может быть предусмотрена обязанность миноритарного участника продать свою долю третьему лицу или мажоритарному участнику в определенный момент (например, в случае привлечения внешнего инвестора). Такая возможность позволяет участникам привлекать разных инвесторов, реализовывать различные проекты и структурировать бизнес так, что холдинговая (материнская) компания будет находиться в Украине.

Также важно отметить, чтосрок для полного внесения вклада участником ООО уменьшился с одного года до шести месяцев с даты государственной регистрации общества. Теперь каждый участник общества должен полностью внести свой вклад в течение шести месяцев с даты государственной регистрации общества, если иное не предусмотрено уставом. Если участник просрочил внесение вклада или его части, исполнительный орган общества должен направить ему письменное предупреждение о просрочке. Дополнительный срок, предоставленный для погашения задолженности, устанавливается исполнительным органом общества или уставом общества, но не может превышать 30 дней.

Если участник общества не внес вклад в течение предоставленного дополнительного срока, исполнительный орган общества должен созвать общее собрание участников, которые могут принять одно из следующих решений:

– исключить участника общества, имеющего задолженность по внесению вклада;

– уменьшить уставной капитал общества на размер неоплаченной части доли участника общества;

– перераспределить неоплаченную долю (части доли) между другими участниками общества без изменения размера уставного капитала общества, тем самым уплата такой задолженности должны будет осуществлена соответствующими участниками;

– принять решение о ликвидации общества.

При этом голоса, приходящиеся на долю участника, имеющего задолженность перед обществом, не учитываются при определении

результатов голосования для принятия такого решения.

Органами общества является общее собрание участников, наблюдательный совет (в случае образования) и исполнительный орган. Кстати, возможность создавать наблюдательный совет появилась с принятием нового закона. Цель наблюдательного совета – контроль над деятельностью директора (дирекции) ООО. Введение такого органа существенно повышает привлекательность такой формы бизнеса, как ООО, для инвесторов, особенно – иностранных. Порядок деятельности наблюдательного совета, его компетенция, количество членов и порядок их избрания, размер вознаграждения и другие вопросы регулируются в уставе ООО, то есть могут определяться участниками самостоятельно. Важно отметить, что создание наблюдательного совета для ООО – это возможность, право, но не обязанностьОбщее собрание участников созывается исполнительным органом общества. Уставом общества может быть определен иной орган, уполномоченный на созыв общего собрания участников.

Члены наблюдательного совета и члены исполнительного органа ООО несут ответственность перед обществом за убытки, нанесенные компании их виновными действиями или бездействием.

Выход участника из ООО. Участник с долей до 50% может выйти из ООО в любое время без согласия других участников, однако участник с долей 50% и более может выйти из общества по согласию других участников. Решение о предоставлении согласия на выход участника из общества может быть принято в течение одного месяца со дня подачи участником заявления, если иной срок не предусмотрен уставом. Важно, что стоимость доли участника определяется, исходя из рыночной стоимости совокупности всех долей участников ООО пропорционально размеру доли такого участника. Срок для выплаты стоимости доли – один год с дня, когда ООО узнало или должно было узнать о выходе участника (если иной строк не установлен уставом общества на момент выхода). Общество обязано предоставлять участнику, который вышел из общества, доступ к документам финансовой отчетности, других документов, необходимых для определения стоимости его доли. Такие же правила применяются также к отношениям по выходу из общества наследника или правопреемника участника.

Выплата дивидендов осуществляется за счет чистой прибыли общества лицам, которые были участниками общества на день принятия решения о выплате дивидендов, пропорционально размеру их долей. Дивиденды могут выплачиваться за любой период, который является кратным кварталу, если иное не предусмотрено уставом.

Выплата дивидендов осуществляется в срок, не превышающий шесть месяцев со дня принятия решения об их выплате, если иной срок не установлен уставом общества или решением общего собрания участников.

Акционерные общества и общества с ограниченной ответственностью, их сходства и различия.

Сходство АТ и ООО проявляется в нескольких аспектах:

- ограниченная ответственность акционеров (участников) по обязательствам общества в пределах принадлежащих им акций (вкладов);
- наличие разделенного на доли (акции) уставного капитала;
- зависимость отношений участников, размера их дохода (дивидендов) от размера их вкладов (количества акций).

Различия между АО и ООО оказывается, прежде всего в способе формирования уставного фонда. Акция является ценной бумагой, она удостоверяет право ее владельца на получение дивидендов от деятельности общества, однако не дает права требовать возврата средств (уплаченных за акцию), в том числе при выходе акционера из состава АО.

Особенности общества с дополнительной ответственностью.

Одним из видов хозяйствующих субъектов, имеющих статус юридического лица частного юридического лица, является компания с дополнительной ответственностью.

Компания с дополнительной ответственностью – это компания, уставный (акционерный) капитал которой разделен на акции, размер которых определяется учредительными документами. Особенностью данной организационно-правовой формы является то, что участники общества с дополнительной ответственностью солидарно несут дополнительную (субсидиарную) ответственность по его обязательствам своим имуществом в размере, устанавливается уставом общества с дополнительной ответственностью и одинаково кратным для всех участников к стоимости внесенного каждым из них вклада.

В случае признания банкротом одного из участников общества с дополнительной ответственностью его ответственность по обязательствам общества с дополнительной ответственностью распределяется между остальными участниками этого общества пропорционально размеру принадлежащих им долей в уставном капитале.

На данную организационно-правовую форму распространяются практически все положе-

ния общества с ограниченной ответственностью за исключением ответственности учредителей общества.

Особенности полного общества.

Согласно статье 66 Закона Украины «О хозяйственных обществах» полное общество – это такое общество, все участники которого занимаются совместной предпринимательской деятельностью и несут солидарную ответственность по обязательствам общества всем своим имуществом [10].

Учредительным документом полной компании является учредительный договор.

Название полной компании должно содержать имена (обозначения) всех ее членов, слова «полная компания» или имя (обозначения) одного или нескольких членов с добавлением слов «и компании» и слова «полная Компания». Отсутствие такой информации является основанием для отказа в государственной регистрации.

Количество членов полной компании не ограничено законом.

Ведение дел полного общества осуществляется по общему согласию всех участников.

Ведение дел общества может осуществляться либо всеми участниками, или одним или несколькими из них, которые выступают от имени общества. В последнем случае объем полномочий участников определяется поручением, которое должно быть подписано остальными участников общества.

Передача участником полного общества своей доли (ее части) другим участникам этого общества или третьим лицам может быть осуществлена только с согласия всех участников.

С передачей доли (ее части) третьему лицу осуществляется одновременно переход всей совокупности прав и обязанностей, принадлежавших участнику, выбывшему из полного товарищества или отступившему часть своей доли.

Участники полного товарищества не вправе от своего имени и в своих интересах совершать сделки, однородные с целями деятельности общества, а также участвовать в любых обществах (кроме акционерных обществ), которые имеют однородную с полным обществом цель деятельности.

Участник полного общества, которое было создано на неопределенный срок, может в любое время выйти из общества, заявив об этом не позднее чем за 3 месяца. Выход из общества, которое было создано на определенный срок, допускается только при наличии уважительных причин и при условии, что предупреждение об этом поступило не позднее чем за 6 месяцев.

Преимуществом этой организационно-правовой формы является наличие полной ответственности участников, повышает доверие к этим предприятиям со стороны кредиторов и других партнеров.

К недостаткам можно отнести то, что между полными товарищами должны быть особые доверительные отношения, в иначе это может привести к быстрому распаду этой организации. Полное общество не может быть «компанией одного лица». Каждый член товарищества несет полную и неограниченную солидарную ответственность по обязательствам этой организации, то есть в случае банкротства каждый член отвечает не только вкладом, но и личным имуществом.

Особенности коммандитной компании

Коммандитная компания – это компания, в которой вместе с одним или несколькими членами, занимающимися бизнесом от имени компании и ответственными за обязательства компании по всему их имуществу, существует один или несколько членов, ответственность которых ограничивается его вкладом в имущества компании (инвесторов) и не участвующих в деятельности компании.

Название коммандитной компании должно содержать имена (обозначения) всех его полноправных членов, слова «координирующая компания» или имя (обозначения), по крайней мере, одного из его полноправных членов, с добавлением слов «и компании» и слова «командная компания».

Договор учредителя координирующей компании должен включать размер долей каждого члена с полной ответственностью, размер, состав и порядок внесения взносов, форму их членства в делах компании.

Договор о создании, в отношении участников, указывает только общую сумму акций в собственности компании, а также размер, состав и порядок внесения взносов.

Участник может присоединиться к коммандитной компании, внося денежный или материальный вклад.

Управление коммандитной компанией осуществляется только членами с полной ответственностью.

Вкладчики коммандитного общества должны вносить вклады и дополнительные взносы в размере, способами и в порядке, предусмотренными учредительным договором. Совокупный размер долей вкладчиков не должен превышать 50 процентов имущества общества, указанного в учредительном договоре. Составленный капитал коммандитного общества подлежит уплате его участниками до окончания первого года со дня государственной регистрации общества.

Прибыль и убытки коммандитной компании распределяются между сторонами, как правило, пропорционально их доле в общем капитале.

Коммандитная компания, за исключением общих для всех юридических лиц, также прекращается в случае отзыва всех членов с полной ответственностью.

Хотелось бы отметить, что общества с дополнительной ответственностью, полные общества и коммандитные общества чаще всего используется тогда, когда такая форма требуется в соответствии с законодательными требованиями. Так, только в форме общества с дополнительной ответственностью функционируют доверительные общества в соответствии с Декретом Кабинета Министров Украины «О доверительных обществах», а осуществление деятельности ломбардов возможно только в форме полного общества.

Выводы. Все формы хозяйствования нужны обществу. Для экономического равновесия в различных сферах хозяйства должны работать и действовать различные (разнопрофильные) предприятия и общества различных форм собственности и организационно-правовых форм. Такое разнообразие экономического поля может обеспечить устойчивость развития экономики, нормальную конкуренцию и, следовательно, удовольствие продукцией собственного рынка.

Несмотря на то, что количество акционерных обществ гораздо меньше, чем обществ с ограниченной ответственностью, оборот последних значительно меньше, чем оборот акционерных обществ.

Общество с ограниченной ответственностью относится к числу так называемых «объединений капиталов». По сравнению с акционерными обществами ООО отличаются более тесными отношениями участников, более закрытым характером членства. Как правило, общество с ограниченной ответственностью ориентировано на субъекты малого и среднего бизнеса, в то время как акционерные общества является правовой формой объединения крупного капитала.

Акционерные общества имеют четкую тенденцию к снижению, что обусловлено многочисленными проблемами функционирования этой организационно-правовой формы хозяйствования.

Как видим из приведенной в настоящей статье статистики, наибольшее число зарегистрированных предприятий в Украине существует в форме общества с ограниченной ответственностью. Это обусловлено тем, что такая форма хозяйствования позволяет осуществлять деятельность с небольшим размером уставного капитала, а также избежать ответственности учредителей собственным имуществом в случае банкротства.

Общества с дополнительной ответственностью гораздо менее распространены, поскольку обеспечивают своим участникам менее привлекательный режим, предусматривающий дополнительную ответственность за возможные долги общества при ликвидации. До принятия закона права участников ОДО не были закреплены должным образом или были лишены механизмов реализации и защиты. Им не гарантировался доступ к финансовым документам общества. Также они были лишены возможности своевременно выявить нарушения своих прав и собрать необходимые доказательства для получения судебной защиты.

Общества с дополнительной ответственностью, полные и коммандитные общества являются на сегодняшний день наименее распространенными относительно рассмотренных выше организационно-правовых форм, что обуславливается их спецификой и чаще всего используется тогда, когда такая форма требуется в соответствии с законодательными требованиями.

ЛИТЕРАТУРА:

1. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо спрощення ведення бізнесу та залучення інвестицій емітентами цінних паперів: Закон України від16.11.2017 № 2210-VIII // Відомості Верховної Ради (ВВР), 2018, № 6-7, ст.38
2. Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю: Закон України від 06.02.2018 № 2275-VIII // Офіційний Вісник України (ОВУ) від27.03.2018 р., № 24стор. 5, стаття 850
3. Кількість юридичних осіб за організаційними формами станом на 01 червня 2018 року. Держстат України. Электронный ресурс. Режим доступа:http://www.ukrstat.gov.ua/edrpoy/ukr/EDRPU_2018/ks_opfg/ks_opfg_0618.htm
4. Про акціонерні товариства: Закон України від 17.09.2008 № 514-VI // Офіційний Вісник України (ОВУ) від 03.11.2008 р., № 81, стор. 7, стаття 2727
5. Дорожня карта законодавчого забезпечення виконання Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони на 2018 – 2019 роки. Электронный ресурс. Режим доступа:https://www.kmu.gov.ua/storage/app/media/uploaded-files/karta-prioritetnikh-zakonoproektiv-u-sferi-evropeyskoi-integratsii.pdf
6. COUNCIL REGULATION (EC) No 2157/2001 of 8 October 2001 on the Statute for a European company (SE). Электронный ресурс. Режим доступа:https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32001R2157
7. В.І. Борисова.Організаційно-правові форми юридичних осіб приватного права // Державне будівництво та місцеве самоврядування. – 2004. – випуск № 7, С.97-102
8. С.В. Баранова, С.Ф. Кантур. Особливості функціонування товариства з обмеженою відповідальністю в Україні // Культура народов Причерноморья. — 2012. — № 222. — С. 28-30

9. Иванова А.С., Ковтун С.В., Пигуль Н.Г. ОСОБЕННОСТИ СТАНОВЛЕНИЯ И РАЗВИТИЯ АКЦИОНЕРНЫХ ОБЩЕСТВ В УКРАИНЕ // МУКАЧІВСЬКИЙ ДЕРЖАВНИЙ УНІВЕРСИТЕТ. ЕКОНОМІКА І СУСПІЛЬСТВО. – 2017. – Випуск № 10. – С.256-261.
10. Про господарські товариства: Закон України від 19.09.1991 № 1576-XII в останній редакції. Электронный ресурс. Режим доступа:http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1576-12/page

Бигняк Александр Валентинович

ОСОБЕННОСТИ ОРГАНИЗАЦИОННО-ПРАВОВЫХ ФОРМ СОВРЕМЕННЫХ ХОЗЯЙСТВЕННЫХ ОБЩЕСТВ В УКРАИНЕ

В статье проведено сравнение акционерного общества и общества с ограниченной ответственностью, отмечены тенденции к снижению количества акционерных обществ и увеличению обществ с ограниченной ответственностью, рассмотрены особенности общества с дополнительной ответственностью, полного общества и коммандитного общества, отмечены их преимущества и недостатки.

Ключевые слова: организационно-правовая форма, акционерные общества, общества с ограниченной ответственностью, общества с дополнительной ответственностью, полные общества, коммандитные общества.

Бігняк Олександр Валентинович

ОСОБЛИВОСТІ ОРГАНІЗАЦІЙНО-ПРАВОВИХ ФОРМ СУЧАСНИХ ГОСПОДАРСЬКИХ ТОВАРИСТВ В УКРАЇНІ

У статті проведено порівняння акціонерного товариства і товариства з обмеженою відповідальністю, відзначені тенденції до зниження кількості акціонерних товариств і збільшення товариств з обмеженою відповідальністю, розглянуті особливості товариства з додатковою відповідальністю, повного товариства і командитного товариства, відзначені їх переваги та недоліки.

Ключові слова: організаційно – правова форма, акціонерні товариства, товариства з обмеженою відповідальністю, товариства з додатковою відповідальністю, повні товариства, командитні товариства.

Bignyak Alexandr

PECULIARITIES OF ORGANIZATIONAL AND LEGAL FORMS OF MODERN ECONOMIC SOCIETIES IN UKRAINE

An important prerequisite for economic activity should be considered the choice of the organizational and legal form of its implementation. Each of the organizational and legal forms has its own peculiarities, advantages and limitations, regulated by the current legislation.

On the pages of the legal literature there is a lot of research concerning legal entities with different organizational and legal forms, peculiarities of their functioning, their regulatory and legal regulation, etc. However, Ukrainian legislation has undergone significant and significant changes in recent years, and many studies have lost their relevance. In January and February of 2018, significant changes were made in some legislative acts of Ukraine that introduced European principles in the issue of defining and regulating public companies, as well as societies with limited and additional responsibilities.

The choice of the organizational and legal form of the enterprise requires a comparative analysis of the effectiveness of various forms of organization of the enterprise, the compliance of this form with selected goals and the strategy of the enterprise development in this or that field of activity.

In the article the features of a modern joint-stock company are considered that determine the special nature of its legal status, positive and negative characteristics of JSCs.

The analysis of the main changes in the legislation on societies with limited and additional responsibilities was carried out, and the features of a modern limited liability company were considered. Innovations in the legislation resolved many issues, in particular, regarding the payment of dividends, the number of participants, the withdrawal from the membership of the LLC, the inheritance of a share, the payment of a share, the concept of a corporate contract was introduced, the possibility to create supervisory council and so on was introduced.

A comparison of the joint-stock company and limited liability company has been made, tendencies to decrease the number of joint-stock companies and increase of limited liability companies have been noted.

In the article features of a society with additional responsibility, full society and a limited partnership are considered, their advantages and disadvantages are noted.

Key words: organizational and legal form, joint – stock companies, limited liability companies, additional liability companies, full companies, limited partnerships.

УДК 347.447.82(477)

Бобошко Олександр Олександрович,
аспірант кафедри цивільного права
Національного університету «Одеська юридична академія»

ДО ПИТАННЯ РОЗІРВАННЯ ДОГОВОРІВ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

Постановка проблеми. Між людьми щоденно відбувається взаємодія, яка у науковому світі має назву цивільні відносини та цивільні правовідносини. Такі відносини між особами відбуваються шляхом укладення правочинів, зокрема угод та/або договорів. Після укладення договору, в осіб, за тих чи інших обставин, може виникнути потреба в зміні умов виконання договору або у його припиненні, або його розірванні. Для цивільних договірних правовідносин, властивою є їх динаміка, складовий елемент якої – зміна або припинення правовідносин. Виконання сторонами договору умов договору завжди пов'язане з ризиком настання непередбачених обставин, які, в подальшому, призведуть до певних правових наслідків – зміни або розірвання договору, а також до унеможливлення виконання умов договору в повному обсязі у зв'язку з тим, що обставини суттєво змінились. Щоб забезпечити стабільність і впевненість сторін договору у непорушності взятих, за договором, зобов'язань, законодавством передбачено, що договір не може бути розірваний в односторонньому порядку, за винятком випадків, передбачених законодавчими актами (ст. 651 ЦК України).

Стан дослідження проблеми. Теоретичну основу дослідження склали наукові праці таких правознавців, як: О. Красавчикова, В. Хропанюка, М.І Брагінського, В.В. Вітрянського, О.В. Дзери, О. Отраднової, Є.О. Харитонова, І.В. Жилінкової, Ф.С. Хейфеца, Н.Д. Шестакової, Е. Грамацького, В.І Гостюка, І. Калаура, В. Кучера, І.В. Матвеева, І. Спасібо-Фатєєвої, М.В. Шульги, В.І. Павлова, А.М. Асаула та інших.

Метою статті є науковий аналіз, систематизація, оцінка, розробка пріоритетних напрямів цивільного права в галузі договірного права, а саме розірвання укладеного договору у зв'язку з істотними змінами обставин, правових наслідків розірвання договорів за істотними обставинами, теоретичних та практичних проблем, що виникають у сфері цивільних правовідносин щодо договорів.

Виклад основного матеріалу. Укладення будь-якого договору відбувається, виходячи з інтересів його учасників. При цьому оцінювання інтересів сторін від укладення договору здійснюється не абстрактно, а виходячи з сукупності існуючих обставин та передбачень їх розвитку у майбутньому. Проте при укладенні договору неможливо передбачити всі можливі варіанти розвитку подій, обставини можуть змінитися настільки, що сторонам стане невигідно продовжувати виконання умов договору. Останнє може призвести до розірвання договору.

Питання розірвання укладеного договору розглядаються, в першу чергу, положеннями цивільного законодавства України. Можливість розірвання договору, навіть за істотних обставин, з одного боку, вносить певний дестабілізуючий фактор у відносини сторін договору, представляючи можливість припинити договір до отримання очікуваного результату, а з іншого боку, надає спосіб уникнути виконання договору у випадках, коли його реалізація не буде відповідати цілям, які стоять перед сторонами. До тих пір, поки всі умови договору не виконані до кінця, зберігається можливість розірвання та зміни договору. Так, якщо при експлуатації придбаної речі, в межах відповідних гарантійних термінів, виявилися недоліки, це дає право особі, яка придбала річ, розірвати договір [9, с. 44]. Зазначене вказує що правовий зв'язок між сторонами зберігся в силу того, що договір не був виконаний належним чином, тобто не було забезпечено належна якість.

Таким чином, розірвання договору можна визначити як дію, направлену на припинення частково або повністю невиконаного договору,

і, тим самим, припинення виниклих з договору зобов'язань на майбутнє. Розірвання договору як особливий спосіб припинення зобов'язань характеризується спеціальною спрямованістю правоприпиняючого юридичного факту. Переривання правовідносин сторін обумовлено припиненням дії договору як підстави зобов'язання. Сутність розірвання договору виражається відмовою від виконання умов договору і від прийняття виконаних умов за цим договором. Розірвання договору спричиняє повне припинення невиконаних зобов'язань сторін договору.

У доктрині країн СНД, розірвання договору зазвичай визначалося як припинення дії договору на майбутнє. З.М. Заменгоф визначала розірвання договору як акт, спрямований на дострокове припинення на майбутнє, час дії договору з метою припинення на цей же час виникав з договору зобов'язання, термін виконання якого ще повністю або частково не настав або виконання якого має триваючий характер [11]. А.В. Венедиктов [12], досліджуючи питання договірної дисципліни в промисловості, писав «для звільнення від відповідальності за невиконання договору необхідно, як правило, саме спеціальну постанову про розірвання ... даного договору, а не просте ухвалу про надання позапланових замовлень або про скорочення виробничої програми».

Таким чином, одним із складових розірвання договору є воля сторін здійснити вказану дію. Зазначене підтверджується і законодавством України, так договір може бути розірваний: за згодою сторін; за ініціативою однієї із сторін; на вимогу третіх осіб відповідно до вимог та положень законодавства.

Щоб розірвати договір за ініціативою однієї з сторін договору, тобто в односторонньому порядку, необхідна наявність ряду умов, а саме: звернення особи з вимогою про розірвання договору до суду та саме задоволення позову про розірвання договору.

Вимога про розірвання договору заявляється стороною договору до суду якщо вона одержала відмову іншої сторони договору на пропозицію змінити або розірвати договір, або при неотриманні відповіді в строк, зазначений у пропозиції, або в строк, встановлений у договорі. Тут необхідно врахувати, що суд буде розглядати справу у випадку надання доказів підтверджуючих прийняття позивачем заходів щодо врегулювання суперечок з відповідачем до звернення до суду. Таким доказом може бути письмова відмова відповідача від зміни або розірвання договору або підтвердження відправлення відповідачеві таких пропозицій;

Позов до суду про розірвання договору може бути задоволений тільки в наступних випадках: істотне порушення договору іншою стороною (ч. 2 ст. 651 ЦК України); істотна зміна обставин, якими сторони керувалися при укладенні договору (ст. 652 ЦК України [2]).

Договір може бути розірваний за рішенням суду на вимогу зацікавленої сторони при наявності одночасно наступних умов (ч. 2 ст. 652 ЦК України): в момент укладення договору сторони виходили з того, що така зміна обставин не настане; зміна обставин зумовлена причинами, які заінтересована сторона не могла усунути після їх виникнення при всій турботливості та обачності, які від неї вимагалися; виконання договору порушило б співвідношення майнових інтересів сторін і позбавило б заінтересовану сторону того, на що вона розраховувала при укладенні договору; із суті договору або звичаїв ділового обороту не випливає, що ризик зміни обставин несе заінтересована сторона.

На вимогу кожної зі сторін суд визначає наслідки розірвання договору виходячи зі справедливого розподілу витрат, понесених сторонами у зв'язку з виконанням договору.

Слід звернути увагу, що інститути розірвання та відмови від виконання договорів мають єдину правову природу – припинення договірних відносин, проте відрізняються за способами їх здійснення. Якщо розірвання договору – це спосіб припинення договірних відносин шляхом звернення правомочної особи до зобов'язаної, то відмова від договору – це спосіб припинення договірних зобов'язань правомочною особою в односторонньому порядку (ч. 2 ст. 701, ч. 2 ст. 706 ЦК України). Звідси, моментом зміни чи розірвання договору є момент доведення однією стороною в договорі до іншої сторони в договорі свого волевиявлення [3]. Разом з цим, слід також вказати на момент виконання спеціальних умов, необхідних для розірвання договору (наприклад, погашення заборгованості, повернення майна тощо), а також, момент, у який спливає строк вчинення дій на виконання договору. В усіх інших випадках, коли право на односторонню відмову від виконання договору або його розірвання у сторони договору відсутнє, намір змінити або розірвати договір може бути реалізований за погодженням з іншою стороною. Розірвання договору за згодою сторін може мати місце стосовно будь-якого договору. Власне, це один із напрямів реалізації принципу свободи договору.

Можна виділити основні передумови для розірвання договору шляхом укладення про це відповідної угоди [14]: за відсутності порушень до-

говірного зобов'язання, наприклад у зв'язку з втратою інтересу в обох сторін; за відсутності порушень договірного зобов'язання за ініціативою однієї сторони; у зв'язку з порушенням договірного зобов'язання за ініціативою добросовісної сторони; у зв'язку з наявністю порушень договірного зобов'язання з обох сторін; у зв'язку зі скасуванням державного замовлення.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Конституція України: станом на 1 верес. 2016 р.: відповідає офіц. тексту. Харків: Право, 2016. 82 с.
2. Цивільний кодекс України: Закон України від 16.01.2003 р. Відомості Верховної Ради України. 2003. № 45–46. Ст. 356.
3. Цивільний кодекс України: наук.-практ. комент. (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позиції вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців) / за ред. І. В. Спасибо-Фатєєвої. Харків, 2010. Т. 1: Загальні положення. 320 с.
4. Господарський кодекс України. Науково-практичний коментар -Харків «Одіссей» , 2007.
5. Цивільний процесуальний кодекс України: Закон України від 18.03.2004 р. № 1618-IV. Відомості Верховної Ради України. 2004. № 40–41, 42. Ст. 492.
6. Господарський процесуальний кодекс України від 06.11.1991 № 1798-XII. Електронний ресурс. – Режим доступу : http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=1798-12
7. Цивільне право України: підручник: у 2 т. / за ред. Є. О. Харитонова, Н. Ю. Голубєвої. Харків: ТОВ «Одіссей», 2008. Т. 1. 832 с.
8. Бродовський С.О. Деякі особливості сучасного правового регулювання укладення, зміни і розірвання цивільно-правового договору. Юридична Україна. 2005. № 2. С. 22–27.
9. Бородовський С. Окремі питання зміни і розірвання договору в Цивільному праві України. // Право України. 2005. – № 3. – С. 44
10. Лядецький М.М., Хавронюк М.І. Типові договори, контракти, статути. – К.: Атіка, 2003. – 656с.
11. Изменение и расторжение хозяйственных договоров / Заменгоф З.М. – М.: Юрид. лит., 1967. – 144 с.
12. Избранные труды по гражданскому праву. В 2 т. Т. II. М.: "Статут", 2004. – 557 с.
13. Міхно.О. Поняття та види підстав припинення цивільно-правового договору. //Право України. – 2004.- №5.- С.136
14. Подоляк С.А. Порівняльний аналіз господарського та цивільно-правового договору та проблеми їх юридичних конструкцій / С.А. Подоляк // Держава і право. Юрид. і політ. науки: зб. наук. пр. – 2008. – Вип. 42. – С. 495-499.
15. Харитонов Є.О., Харитонова О.І. Цивільні правовідносини: Навч. посіб. – К.: Істина, 2008. – 304 с.
16. Цивільне право України (традиції і новації): монографія / за ред. Є. О. Харитонова. Одеса: Фенікс, 2010. 700 с.

Бобошко Олександр Олександрович

ДО ПИТАННЯ РОЗІРВАННЯ ДОГОВОРІВ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

В запропонованій статті надається загальна характеристика розірвання договорів. При цьому наголошується, що зміна або розірвання договору може відбутися лише за угодою між сторонами цього договору, якщо іншого не передбачається договором або нормативно-правовими і законодавчими актами. Питання розірвання укладеного договору розглядаються, в першу чергу, положеннями цивільного законодавства України. Можливість розірвання договору, навіть за істотних обставин, з одного боку, вносить певний дестабілізуючий фактор у відносини сторін договору, представляючи можливість припинити договір до отримання очікуваного результату, а з іншого боку, надає спосіб уникнути виконання договору у випадках, коли його реалізація не буде відповідати цілям, які стоять перед сторонами.

Щоб розірвати договір за ініціативою однієї з сторін договору, тобто в односторонньому порядку, необхідна наявність ряду умов, а саме: звернення особи з вимогою про розірвання договору до суду та саме задоволення позову про розірвання договору.

Звернуто увагу, що інститути розірвання та відмови від виконання договорів мають єдину правову природу – припинення договірних відносин, проте відрізняються за способами їх здійснення. Якщо розірвання договору – це спосіб припинення договірних відносин шляхом звернення правомочної особи до зобов'язаної, то відмова від договору – це спосіб припинення договірних зобов'язань правомочною особою в односторонньому порядку (ч. 2 ст. 701, ч. 2 ст. 706 ЦК України). Звідси, моментом зміни чи розірвання договору є момент доведення однією стороною в договорі до іншої сторони в договорі свого волевиявлення.

Ключові слова: договір, зміна, розірвання, істотні обставини, сторони договору, особа, підстави зміни договору, підстави розірвання договору.

Бобошко Александр Александрович

К ВОПРОСУ РАСТОРЖЕНИЯ ДОГОВОРОВ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ УКРАИНЫ

В предлагаемой статье дается общая характеристика расторжения договоров. При этом отмечается, что изменение или расторжение договора может произойти только по соглашению между сторонами этого договора, если другое не предусматривается договором или нормативно-правовыми и законодательными актами. Вопросы расторжения заключенного договора рассматриваются, в первую очередь, положениями гражданского законодательства Украины. Возможность расторжения договора, даже при существенных обстоятельств, с одной стороны, вносит определенный дестабилизирующий фактор в отношения сторон договора, представляя возможность прекратить договор до получения ожидаемого результата, а с другой стороны, предоставляет способ

избежать исполнения договора в случаях, когда его реализация не будет отвечать целям, которые стоят перед сторонами.

Чтобы расторгнуть договор по инициативе одной из сторон договора, то есть в одностороннем порядке, необходимо наличие ряда условий, а именно: обращение лица с требованием о расторжении договора в суд и именно удовлетворение иска о расторжении договора.

Обращено внимание, что институты расторжения и отказа от исполнения договоров имеют единую правовую природу – прекращение договорных отношений, однако отличаются по способам их осуществления. Если расторжение договора – это способ прекращения договорных отношений путем обращения правомочного лица к обязанной, то отказ от договора – это способ прекращения договорных обязательств правомочным лицом в одностороннем порядке (ч. 2 ст. 701, ч. 2 ст. 706 ГК Украины). Отсюда, моментом изменения или расторжения договора является момент доказательства одной стороной в договоре другой стороне в договоре своего волеизъявления.

Ключевые слова: договор, изменение, расторжение, существенные обстоятельства, стороны договора, лицо, основания изменения договора, основания расторжения договора.

Boboshko Alexander

TO THE QUESTION OF TERMINATION OF CONTRACTS UNDER THE LEGISLATION OF UKRAINE

The proposed article gives a General description of the termination of contracts. It is noted that the change or termination of the contract can occur only by agreement between the parties to this contract, unless otherwise provided by the contract or legal acts and legislative acts. Issues of termination of the contract are considered, first of all, the provisions of the civil legislation of Ukraine. The possibility of termination of the agreement, even under significant circumstances, on the one hand, introduces a certain destabilizing factor in the relations of the parties to the agreement, providing an opportunity to terminate the agreement before the expected result, and on the other hand, provides a way to avoid the execution of the agreement in cases when its implementation will not meet the.

In order to terminate the contract on the initiative of one of the parties to the contract, that is, unilaterally, it is necessary to have a number of conditions, namely: the person's request for termination of the contract to the court and it is the satisfaction of the claim for termination of the contract.

Attention is drawn that the institutions of termination and rejection of the contracts have a common legal nature of termination of the contractual relationship, however, differ in how they are performed. If the termination of the contract is a way of termination of contractual relations by applying to the authorized person to be obliged, the refusal of the contract is a way of termination of contractual obligations by the authorized person unilaterally (part 2 of article 701, part 2 of article 706 of the civil code of Ukraine). Hence, the moment of amendment or termination of the contract is the moment of proof of one party to the contract to the other party in the contract of his will.

Key words: agreement, amendment, termination, significant circumstances of the parties to the contract, the person, grounds for amendment of the agreement, bases of termination of the contract.

УДК 347.724.028:35.075.

Воротинцева Інна Валеріївна,
аспірант кафедри цивільного права
Національного університету «Одеська юридична академія»

ДЕРЖАВНА РЕЄСТРАЦІЯ ЮРИДИЧНИХ ОСІБ: ДЕЯКІ ПИТАННЯ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Постановка проблеми. Зміни в законодавстві та потреби часу вимагають нового погляду на окремі характеристики інституту юридичної особи, який недаремно відведено стільки місця в правовому регулюванні держави. Саме юридичні особи володіють значною кількістю майна в державі, є основними стовпами економіки держави. Інститут юридичної особи як форма управління майном є засобом підвищення підприємницької активності. Збільшення кількості юридичних осіб, їх обігу призводить до збільшення надходження податків до бюджету. Разом із тим у держави є потреба встановити чіткі правила щодо юридичних осіб з метою виведення економіки з тіні. Усі ці питання та чинники зумовлюють актуальність вивчення означеної проблематики.

Верховна Рада України 6 лютого 2018 року схвалила у другому читанні і в цілому довгоочікуваний Закон України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» (далі – Закон), який на теперішній час офіційно опублікований та набуде чинності 17 червня 2018 року.

Як зазначається у пояснювальній записці, метою законопроекту є усунення значних вад, які існують у чинному законодавстві, та приведення його у відповідність із нормами та концептуальними підходами, характерними для законодавчих актів Європейського Союзу та країн-членів ЄС. Також, ухвалення окремого комплексного закону про товариства з обмеженою відповідальністю та споріднені з ними товариства з додатковою відповідальністю надасть можливість врегулювати відповідні відносини із належним ступенем деталізації, забезпечити необхідну гнучкість регулювання, усунути існуючі в чинних актах дублювання та розбіжності, що дозволить значно покращити інвестиційний клімат і умови здійснення підприємницької діяльності.

Серед великої кількості нововведень не можна залишитися без уваги зміни, які торкнулися статуту товариства, актуальності, доцільності яких, повноті усунення ними прогалин в законодавстві і буде присвячена ця стаття.

Стан дослідження теми. Питання правового регулювання здійснення державної реєстрації юридичних осіб висвітлено в наукових дослідження С. Алфьоров, М. Баймуратов, В. Басс, Н. Богданова, М. Долгополов, О. Дробот, В. Коваленко, Р. Мельник, В. Нікітін, І. Окунєв, Я. Романюк, В. Сердюк, О. Старцев, В. Таран, Є. Харитонов, О. Харитонова, К. Чижмарь, Л. Шереметьєва та інші.

Мета статті полягає у визначенні сучасного стану правового регулювання та практики реєстрації бізнесу з урахуванням останніх новацій українського законодавства, виокремленні основних перспектив розвитку системи електронної державної реєстрації юридичних осіб.

Виклад основного матеріалу. ЦК України не дає визначення поняття юридичної особи, натомість, ст.80 «Поняття юридичної особи» містить вказівку на деякі характерні риси цього поняття, зазначаючи, що юридичною особою є організація, створена й зареєстрована у встановленому законом порядку, яка наділяється цивільною правоздатністю і дієздатністю, може бути позивачем і відповідачем у суді.

Традиційно під юридичними особами розуміють організації, наділені певними ознаками, що характерні тільки їм і відрізняють їх від інших організацій та необхідні для наділення учасника конкретних правовідносин відповідним статусом.

Під поняттям «ознаки юридичної особи» у науці розуміють: об'єктивні (реальні) якості особи, про яку йде мова (такі якості належать юридичній особі, а не директору, колективу, членам)

[1, с. 47-55]; характеристики, що складають зміст уявної форми юридичної особи [2]; такі внутрішні характеристики, що їй належать, кожна з яких необхідна, а всі разом – достатні для того, щоб організація могла визнаватися суб'єктом права [3]. За своєю природою всі ознаки юридичної особи є соціальними, оскільки означений суб'єкт права є результатом соціально-історичного розвитку суспільства [4, с. 41-45].

ЦК України має лише вказівки на такі ознаки юридичної особи: «організація», тобто певним чином організаційно і структурно оформлене соціальне утворення; вона має бути створена й зареєстрована у встановленому законом порядку; має цивільну правоздатність і дієздатність (правосуб'єктність), тобто здатна набувати і реалізовувати цивільні права й обов'язки від свого імені; вона може бути позивачем і відповідачем у суді. На думку Є. Харитонова, поміж цих властивостей не вистачає деяких традиційних ознак юридичної особи – наявності відокремленого майна, самостійної відповідальності за зобов'язаннями [5].

На нашу думку Котяш Л.П, юридична особа – це суб'єкт права, який створений (відповідно до норм цивільного права – для приватних осіб, відповідно до норм адміністративного права – для публічних осіб) і зареєстрований у встановленому законом порядку, є об'єднанням осіб, на противагу фізичній «смертній» особі набуває ознак безсмертної особи, життя якої не залежить від життя і смерті фізичної особи, з метою задоволення приватних економічних, політичних, культурних, професійних та ін. інтересів, або публічних інтересів, як організація, установа за рішенням компетентного органу публічної влади, життя якої не припиняється зі смертю одного чи навіть усіх засновників [6, с. 8-9].

Вона наділена правоздатністю та дієздатністю і, за необхідності, може бути відповідачем або позивачем у суді. Крім того цей суб'єкт має відокремлене майно, яке не залежить від наявності та кількості майна фізичних осіб, які входять до складу юридичної. Загалом це відповідним чином оформлене соціальне утворення, що відповідає вимогам організаційної єдності.

Юридичні особи в залежності від порядку їх створення поділяються на: юридичні особи приватного права (створюються на підставі установчих документів) та юридичні особи публічного права (створюються за розпорядчим актом Президента України, органу державної влади чи місцевого самоврядування).

Такий поділ ґрунтується на відомому всьому світі ще з часів римського права поділу права на публічне і приватне і схвалюється дослідниками [7, с. 18]. Деякі автори відзначають, що такий поділ застарів, не відповідає потребам часу, і що не слід розвивати право в напрямку до римського, адже це повернення назад. Не має ніяких підстав для регламентації порядку створення, організаційно-правових форм, правового становища юридичних осіб приватного і публічного права [8, с. 90]. За твердженням Т.В. Блащук такий поділ дає змогу розмежувати правовий статус цих осіб, насамперед з метою захисту приватних інтересів від втручання апарату держави; юридичні особи публічного права створюються державою і при цьому виникають особливі відносини, що зумовлені роллю держави [9, с. 51-56].

Відповідно до ст. 83 ЦК України юридичні особи можуть створюватися у формі товариств, установ та в інших формах, встановлених законом. Зазначимо, що в Україні багато підприємств діють в формі товариств з обмеженою відповідальністю. Проте їхня діяльність регулюється застарілими нормами Закону України «Про господарські товариства», деякими положеннями Цивільного та Господарського кодексу. В результаті законодавство щодо товариств з обмеженою відповідальністю суперечливе та фрагментарне, а деякі питання не врегульовано. Так, правовий статус, порядок створення, діяльності та припинення, права та обов'язки учасників товариства з обмеженою відповідальністю та товариств з додатковою відповідальністю на сьогодні регулюється Законом України «Про господарські товариства», який прийнятий у 1991 році.

З технічної точки зору, правовий режим товариств з додатковою відповідальністю є тотожним правовому режиму регулювання діяльності товариств з обмеженою відповідальністю, за винятком наступного: на товариства з додатковою відповідальністю покладається додаткова відповідальність за можливі борги при ліквідації; згідно чинного законодавства окремі види діяльності можуть здійснюватись виключно товариствами з додатковою відповідальністю. Відповідно всі зміни, що наведені у новому Законі, повною мірою однаково стосуються і товариств з обмеженою відповідальністю і товариств з додатковою відповідальністю.

І. Відповідно до ст. 11 Закону установчим документом товариства є статут. Згідно ч. 5 вказаної статті обов'язковими відомостями, що повинні зазначатись в статуті є:

1. Повне та скорочене (за наявності) найменування товариства.

2. Органи управління товариством, їх компетенція, порядок прийняття ними рішень.

3. Порядок вступу до товариства та виходу з нього.

Проаналізуємо особливості зазначених відомостей, що повинні міститися в статуті, відповідно до вимог нового Закону.

Так, ч. 2 ст. 9 Закону передбачає, що товариство може мати скорочене найменування українською мовою, повне і скорочене найменування іноземними мовами. Згідно вимог діючого законодавства найменування юридичної особи викладається державною мовою та додатково англійської мовою (за наявності).

Таким чином, статут юридичної особи, створеної за новим Законом зможе містити найменування юридичної особи не лише українською та англійською мовами, а й іншими іноземними мовами.

II. Розглядаючи наступний блок інформації, що повинен міститися в статуті необхідно відмітити наступне. За новим Законом, як і за Законом України «Про господарські товариства» вищим органом товариства залишаються загальні збори учасників. Одна з новел Закону – можливість створення наглядової ради товариства (вперше цей інститут було запроваджено Законом України «Про акціонерні товариства»), що визнається Законом як орган управління. Наглядова рада в межах компетенції, визначеної статутом товариства, контролює та регулює діяльність виконавчого органу товариства. Наглядовій раді можуть бути делеговані повноваження загальних зборів учасників товариства, крім тих, що віднесені до виключної компетенції загальних зборів. Ще одна новизна зі сфери управління – можливість взагалі не формувати ревізійну комісію, яку неможливо було сформувати з дотриманням вимог діючого законодавства у випадку, якщо кількість учасників була менше 3 осіб, та яка, навіть у разі її формування, не виконувала жодних контрольних функцій. Щодо виконавчого органу товариства, то все залишилося без змін. Виконавчий орган товариства здійснює управління поточною діяльністю та може бути одноосібним (директор) або колегіальним (рада директорів).

Порядок прийняття рішень загальними зборами також буде відбуватися по-новому. Наразі Закон України «Про господарські товариства» передбачає прийняття рішень кваліфікованою (50 відсотків +1 голосів від загальної кількості усіх учасників)більшістю з виключних питань та простою більшістю (50відстоків +1 голосів від кількості голосів учасників, присутніх на зборах) з решти питань. На відміну від цього, Закон передбачає три категорії питань, прийняття рішень з яких вимагає різної кількості голосів:

– кваліфікована більшість (50 відсотків +1 голосів від загальної кількості усіх учасників);

– ¾ голосів від загальної кількості голосів усіх учасників (внесення змін до статуту, зміна розміру статутного капіталу, прийняття рішень про виділ, злиття, поділ, приєднання);

– одностайне голосування (затвердження грошової оцінки негрошового вкладу, перерозподіл часток між учасниками товариства, створення інших органів товариства, прийняття рішення про придбання товариством частки учасника).

При цьому учасники можуть самостійно встановлювати більшу чи меншу кількість голосів, необхідних для прийняття рішення з того чи іншого питання, але не менше вказаної більшості та за винятком питань, що потребують одностайного голосування.

Закон закріплює норми, які визначають порядок участі у загальних зборах шляхом заочного голосування та прийняття рішення загальних зборів учасників шляхом опитування. При заочному голосуванні справжність підпису учасника товариства засвідчується нотаріально. Закон встановлює обмеження щодо рішень, які приймаються шляхом опитування, зокрема не можуть прийматись шляхом опитування рішення про внесення змін до статуту, про ліквідацію товариства, злиття, приєднання, виключення учасника з товариства та інші рішення визначені статтею 37 Закону. Для прийняття рішення шляхом опитування згода учасника з запропонованим рішенням має бути безумовною. Прийняття рішення шляхом опитування може здійснюватись із застосуванням засобів електронних комунікацій, визначених статутом.

Це положення Закону є доволі прогресивним та може допомогти оперативно прийняти рішення учасниками.

III. Що стосується третього блоку інформації, що є обов'язковим для включення в статут товариства, то Закон пропонує змінити та уточнити порядок виходу учасника з товариства. Якщо зараз учасник може вийти з товариства, повідомивши учасників про свій вихід за три місяці (якщо інший строк не встановлено статутом), то Закон передбачає можливість виходу з товариства і без згоди учасників (якщо учаснику належить менше 50 відсотків) та необхідність такої згоди (якщо розмір частки – 50 відсотків та більше). Відносно виключення учасника з товариства, то Закон чітко передбачає можливість такого виключення у разі невнесення учасником свого вкладу до статутного капіталу, а також у разі смерті фізичної особи-учасника, припинення юридичної особи-учасника, якщо такому учаснику належить менше 50 відсотків у статутному капіталі товариства, у разі незвернення до товариства спадкоємців або правонаступників протягом встановленого строку.

Таким чином, Законом суттєво зменшується обов'язковий перелік відомостей, що зазначаються в статуті. Відтепер, статут юридичної особи фактично може стати короткою інструкцією з порядком формування органів управління, порядком прийняття ними рішень та механізм вступу або виходу з товариства.

Зокрема, аналізуючи положення діючого Закону України «Про господарські товариства» необхідно відмітити, що більше не потрібно буде зазначати в статуті склад учасників та їх персональні дані, розмір статутного капіталу та розмір часток учасників, що є досить суттєвим та актуальним у світі бізнес-спільноти.

Відтепер, інформація про склад учасників товариства, розмір статутного капіталу та розмір часток учасників статутного капіталу товариства буде міститися лише у Єдиному державному реєстрі юридичних осіб, фізичних осіб та громадських формувань та у разі її зміни товариствам не потрібно буде надавати нову редакцію статуту. Зазначене випливає з переліку документів, які законодавець передбачив подавати у разі державної реєстрації внесення змін до відомостей про розмір статутного капіталу, розміру часток у статутному капіталі чи склад учасників товариства, а саме, після набуття Законом чинності, згідно ч. 5 ст. 17 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань» заявником подаються такі документи:заява про державну реєстрацію змін цих відомостей;документ про сплату адміністративного збору;один із таких відповідних документів: рішення загальних зборів учасників товариства про визначення розміру статутного капіталу та розмірів часток учасників; рішення загальних зборів учасників товариства про виключення учасника з товариства; заява про вступ товариства; заява про вихід з товариства тощо.

Враховуюче зазначене, законодавець вказує вичерпний перелік документів, які повинні надаватися на державну реєстрацію та серед якого не передбачено надання статуту у новій редакції.

Розглядаючи практичний аспект зазначеного нововведення можна відмітити, що спрощення проведення державної реєстрації змін до відомостей про юридичну особу є позитивним кроком на шляху сприяння розвитку діяльності товариств та зниження навантаження на зазначених суб'єктів через відсутність необхідності кожного разу при зміні учасника товариства, його місця проживання або інших змін готувати нову редакцію статуту, яка потребує нотаріального засвідчення усіх підписів учасників, що підписали статут.

IV. При цьому, як було зазначено Закон передбачає внесення змін і до Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань». З найбільш істотних нововведень – можливість подання документів державному реєстратору при зміні складу учасників не лише самим товариством (керівником), але й іншими особами (новим учасником, колишнім учасником, позивачем, спадкоємцем), а також – обов'язок державного реєстратора у разі проведення реєстрації зміни складу учасників, співвідношення часток учасників – видати (надіслати) виписку з Єдиного державного реєстру юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань заявнику, товариству, колишнім учасникам та новим учасникам.

V. Серед інших змін до Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань» є також вимоги до оформлення самого статуту. Так, відповідно до ст. 11 Закону перша редакція статуту товариства підписується всіма учасниками товариства, справжність підписів яких засвідчується нотаріально. На теперішній час перша редакція статуту не потребує обов'язкового нотаріального засвідчення підписів учасників та здійснюється виключно за їх бажанням. Зміни до статуту товариства та перша редакція статуту товариства, створеного в результаті реорганізації, підписуються учасниками товариства, які голосували за рішення про внесення таких змін чи про затвердження першої редакції статуту, або особою, уповноваженою на це органом, який прийняв таке рішення, якщо це передбачено статутом. Справжність підписів учасників або уповноваженої особи засвідчується нотаріально. Щодо нотаріального засвідчення підписів учасників при внесенні змін до статуту, то ця норма є діючою і тепер, а стосовно норми порядку підписання першої редакції статуту в результаті реорганізації є абсолютно новою і лише практика зможе показати дієвість цієї норми.

Висновки. Зміни якісного стану чинного законодавства (якості його змісту та форми) охоплюють як створення нових нормативно-правових актів, так і покращення чи усунення недоліків в уже існуючих. Внесення будь-яких змін до чинного законодавства пов'язане з процесом вироблення певних нормативно-правових актів, з одного боку – це свідомі, цілеспрямовані зміни, покращення законодавства, а з іншого – такі зміни в ньому, що мають регресивний характер.

Аналізуючи зміни цивільно-правового характеру в державній реєстрації юридичних осіб,внесені Законом України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю», ми

приходимо до висновків, що Закон передбачає досить багато норм та максимум диспозитивності, в т.ч. не лише змінити, але й взагалі виключити ряд положень з установчого документа товариства. Так, обов'язковими для включення до статуту є лише положення, що визначені ч. 5 ст. 11 Закону. Відомості про учасників товариства, розмір статутного капіталу та розмір часток учасників у статутному капіталі підприємства є інформацією, що міститься лише в ЄДР.

А це означає, що учасникам українських товариств необхідно буде уважніше ставитись до статутів своїх підприємств, які, до речі, до приведення їх у відповідність до Закону, будуть чинними лише у тій частині, в якій вони йому не суперечать.

Зокрема, положення статуту товариства, що не відповідають Закону, будуть чинними протягом року з дня набрання чинності Законом (тобто до 17.06.2019 року). Товариства звільняються від сплати адміністративного збору за реєстрацію змін до статуту товариства у зв'язку з приведенням його у відповідність із новим Законом протягом одного року з дня набрання ним чинності.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Красавчиков О. А. Сущность юридического лица // Советское государство и право. 1976. № 1. С. 47-55.
2. Цирульников. В.Н. Определение юридического лица как субъекта гражданского права : учеб.пособ. Волгоград, 2001. 67с.
3. Сергеев А.П., Толстой Ю.К. Гражданское право : учебник. М., 2002. Т.1. 616с.
4. Блащук Т.В. Організаційна єдність як ознака юридичної особи // Підприємництво, господарство і право. №10. 2005. С. 41-45.
5. Харитонов Є.О., Харитонова О.І., Старцев О.В. Цивільне право України : підручник. – Вид. 3, перероб. і доп. К.: Істина, 2011. 808 с.
6. Котяш Л.П. Адміністративно-правове регулювання державної реєстрації юридичних осіб в Україні : дис. … к.ю.н. : 12.00.07. Київ. 2017. 217 с.
7. Поліщук О. Новий підхід до класифікації юридичних осіб за Цивільним кодексом України // Економіка, фінанси і право. 2003. № 11 С. 18-22.
8. Гайворонський В. Інститут юридичної особи в проекті цивільного кодексу України // Проблеми цивільного права і процесу. Вісник Академії правових наук України. 2000. № 2 (21). С. 89-96.
9. Блащук Т.В. Особливості участі юридичних осіб публічного права у цивільних правовідносинах // Приватне право і підприємництво.2009. Вип. 8. С. 51- 56.
10. Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю : Закон України від 06.02.2018 р. № 2275-VIII (вступає в силу 17.06.2018 р.) // Відомості Верховної Ради. 2018. № 13. Ст. 69.

Воротинцева Інна Валеріївна

ДЕРЖАВНА РЕЄСТРАЦІЯ ЮРИДИЧНИХ ОСІБ: ДЕЯКІ ПИТАННЯ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

В результаті аналізу змін цивільно-правового характеру в державній реєстрації юридичних осіб, внесені Законом України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» робиться висновок про акцент законодавця на диспозитивність, що передбачає не лише зміну, але й виключення ряду положень з установчого документа товариства.

В статті проведено аналіз новел Закону, до яких, зокрема, відносяться питання щодо: можливості створення наглядової ради товариства, яка визнається Законом як орган управління; можливості взагалі не формувати ревізійну комісію; нового порядку прийняття рішень загальними зборами (зокрема, є передбачена можливість участі у загальних зборах шляхом заочного голосування та прийняття рішення загальних зборів учасників шляхом опитування); змін та уточнень порядку виходу учасника з товариства; можливості подання документів державному реєстратору при зміні складу учасників не лише самим товариством (керівником), але й іншими особами (новим учасником, колишнім учасником, позивачем, спадкоємцем; вимог до оформлення самого статуту товариства та ін.

Ключові слова: товариство з обмеженою відповідальністю, товариство з додатковою відповідальністю, реєстрація, статут товариства.

Воротынцева Инна Валерьевна

ГОСУДАРСТВЕННАЯ РЕГИСТРАЦИЯ ЮРИДИЧЕСКИХ ЛИЦ: НЕКОТОРЫЕ ВОПРОСЫ ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

В результате анализа изменений гражданско-правового характера в государственной регистрации юридических лиц, внесенных Законом Украины «Об обществах с ограниченной и дополнительной ответственностью» делается вывод об акценте законодателя на диспозитивности, что предполагает не только изменение, но и исключение ряда положений учредительного документа общества.

В статье проведен анализ новел Закона, к которым, в частности, вопросы относительно: возможности создания наблюдательного совета общества, который признается Законом как орган управления; возможности не формировать ревизионную комиссию; нового порядка принятия решений общим собранием (в частности, пред-

усмотрена возможность участия в общем собрании путем заочного голосования и принятия решения общего собрания участников путем опроса); изменений и уточнений порядка выхода участника из общества; возможности подачи документов государственному регистратору при изменении состава участников не только самим обществом (руководителем), но и другими лицами (новым участником, бывшим участником, истцом, наследником); требований к оформлению самого устава общества и др.

Ключевые слова: общество с ограниченной ответственностью, общество с дополнительной ответственностью, регистрация, устав общества.

Vorotyntseva Inna

STATE REGISTRATION OF LEGAL ENTITIES: QUESTIONS OF CIVIL LEGAL ADJUSTMENT

The Law of Ukraine «On Limited Liability Companies» dated 06.02.2018 provides the number of changes that need to be studied in terms of civil-law regulation. To the innovations of the Law it is possible to attribute the question concerning:

the possibility of establishing a supervisory board of a company recognized by the law as a management body that within its competence, defined by the company's charter, controls and regulates the activities of the executive body of the company; the supervisory board may be delegated powers of the general meeting of the members of the company, except those that are assigned to the exclusive competence of the general meeting;

the possibility not to form a revision commission at all, which could not be formed in compliance with the requirements of the current legislation in the event that the number of participants was less than 3 persons and which, even in the case of its formation, did not perform any control functions;

the new decision-making procedure by the general meeting, for example, the possibility of participation in the general meeting by absentee voting and decision-making of the general meeting of participants through a poll: 1) in case of absentee voting, the authenticity of the signature of the participant of the company is certified notarially; 2) the decision through a poll can not be made on issues of amending the statute, the liquidation of a company, merger, accession, exclusion of a participant in a partnership and other decisions specified in Art. 37 of the Law;

changes and clarifications of the order of the participant's withdrawal from the company, which consists in simplifying the procedure, which is a positive step towards promoting the development of the activity of the companies and reducing the burden on the indicated subjects;

the possibility of submitting documents to the state registrar when the membership is changed not only by the company itself (leader) but also by other persons (new participant, former participant, plaintiff, heir;

requirements for the figuration of the company's statute.

As a result of the analysis of changes in the civil law nature in the state registration of legal entities, introduced by the Law of Ukraine «On Limited Liability Companies», it is concluded that the legislator's accent on dispositiveness, which involves not only the change, but also the exclusion of a number of provisions from the company's foundation document of the partnership.

Key words: limited liability company, additional liability company, registration, company's statute.

УДК 347.25:711.1

Пономаренко Костянтин Данилович
здобувач кафедри цивільного права
Національного університету «Одеська юридична академія»

ПРАВО НА ЗАБУДОВУ: СУЧАСНІСТЬ ТА ПЕРСПЕКТИВИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

Постановка проблеми. Право на забудову є складною юридичною конструкцією, адже з одного боку витікає з іншого суб'єктивного права – права на землю, з іншого – має власні особливості реалізації через потенційну конфліктність з публічними інтересами та інтересами одночасно багатьох інших суб'єктів цивільного права.

У зв'язку з розвитком технологій будування, ускладненням відносин володіння землею та сучасними містобудівними тенденціями еволюціонують і правовідносини, що пов'язані з реалізацією права на забудову. В сучасних українських реаліях такі правовідносини нерідко стають джерелом резонансних новин, запеклих спорів та суспільного невдоволення. Напруженість ситуації повинна бути подолана шляхом встановлення зрозумілого, прозорого та сучасного законодавства в галузі реалізації суб'єктивного права на забудову. Реформування законодавства повинно бути аргументовано на основі наукових досліджень, які враховують перспективу розвитку відносин забудови.

Саме тому **мета** даної статті – на основі сучасних тенденцій розвитку правових відносин з реалізації суб'єктивного права на забудову визначити перспективи правового регулювання даної сфери.

Стан дослідження теми. Питання набуття та здійснення права забудови на сучасному етапі досліджувалися цивілістами Д.М. Яценком, В.О. Кутателадзе, Н.В. Ільківим, Р.Ф. Гонгало, О.О. Михайленком та іншими. Крім того дані питання досліджувалися представниками науки земельного права – Д.В. Бусуйок, Н.В. Черкаською, П.Ф. Кулничем, В.В. Висоцькою, В.М. Коссак, З.В. Ромовською, О.С. Святолуцькою.

Виклад основного матеріалу. Право на забудову – це суб'єктивне право учасника цивільних відносин на побудову будівель і споруд. Згідно ч.1 ст.375 Цивільного кодексу України власник земельної ділянки має право зводити на ній будівлі та споруди, створювати закриті водойми, здійснювати перебудову, а також дозволяти будівництво на своїй ділянці іншим особам. Відповідно до ч.1 ст.413ЦК України, власник земельної ділянкимає право надати її в користування іншій особі для будівництва промислових, побутових, соціально-культурних,житлових та інших споруд і будівель (суперфіцій)[9].

Отже, вітчизняний законодавець виділяє дві правові категорії:

– право на забудову на своїй земельній ділянці
– право на забудову на чужій земельній ділянці.

Обидві категорії охоплюються ширшим за змістом поняттям -право на забудову.

Більш ніж півсторіччя панування радянської правової системи на українських землях спростовувало необхідність дослідження права забудови власної земельної ділянки, а отже сучасна наука цивільного права потребує досліджень саме за цією проблематикою.

Право на забудову знайшло своє місце ще в римському праві.Потреба в регулюванні даного права виникла поряд з практикою побудови споруд на чужих ділянках. Правовий інститут суперфіція фактично врегулював право осіб на забудову на чужій земельній ділянці. Суперфіцій історично виник з інституту оренди, на сьогодні є різновидом ширшого правового інституту «права на забудову» [8, с. 121].

В давні часи право на забудову не потребувало докладної регламентації через примітивні можливості до його реалізації, однак розростання міст, катастрофічне зменшення кількості незабудованої землі, розвиток технологій та еволюція архітектурних форм, зміна парадигми суспільних потреб та зростання кількості суб'єктів, що мають власний ін-

терес в тих чи інших відносинах, актуалізує проблематику врегулювання суспільних відносин в сфері набуття та реалізації права на забудову.

Ще Г.Ф.Шершеневич відносив право забудови до речових, відчужуваних та успадкованих прав [10, с. 411]. Хоча відомий правник мав на увазі саме забудову на чужій ділянці, однак всі властивості даного права є актуальними й для забудови на власній ділянці.

Право на забудову – це суб'єктивне цивільне право (забезпечена законодавчо можливість і реальна здатність особи, наділеної правом) зводити на земельній ділянці будівлі та споруди різного призначення та здійснювати перебудову останніх. Забудову ми можемо розглядати як процес (комплекс юридично значимих дій), а власне зведену споруду чи будівлю як об'єкт відповідних правовідносин.

Академічний словник української мови визначає забудову як «спорудження будівель на якій-небудь ділянці» [1]. Ст. 23 Закону України «Про планування та забудову територій», що втратив чинність, передбачала, що забудова територій є здійсненням нового будівництва, реконструкції, реставрації, капітального ремонту, впорядкування об'єктів містобудування, розширення та технічного переоснащення підприємств [5]. Однак, стрімкий технологічний прогрес постійно змінює уявлення людей про сутність поняття «забудова».

Згідно законодавства право на забудову може здійснюватися власником на земельній ділянці у визначених законом межах, тобто з додержанням цільового призначення земельної ділянки, архітектурних, будівельних, санітарних, екологічних та інших нормі правил (ч.3. ст.375 ЦК України).В попередніх статтях з цією темою ми вже звертали увагу на той факт, що право на забудову український законодавець пов'язує виключно з правами на землю. Це означає, що суб'єкт права, що є власником земельної ділянки одночасно є носієм права на забудову своєї земельної ділянки, однак його реалізація на практиці пов'язана з певними фактичними та процедурними обмеженнями.

Право на забудову крім основного об'єму правомочностей з побудови архітектурних об'єктів на земельній ділянці містить також правомочність передачі даного права іншому суб'єкту цивільного права. Постає закономірне питання, чи є прийнятною довільна передача цього права третій стороні у випадку виникнення даного права на основі суперфіція. Беручи до уваги договірний характер визначення умов реалізації суперфіція, наявність чи відсутність даної правомочності, а також її межі повинні визначатися в договірному порядку. Отже по суті, визначення долі даної правомочності кореспондує з правомочністю власника землі в будь-якому випадку. Дана особливість визначає відмінності в правовому статусі власника землі та суперфіціарія.

Такий підхід вітчизняного законодавця пов'язаний з тим, що сучасні інноваційні тренди побудови житла досить повільно втілюються на теренах нашої держави. Одночасно в зарубіжних країнах,таких як Великобританія, Італіята особливо Нідерландах, все більшою популярністю користуються будівлі на воді. В самій лише Голландії налічується близько 10 тисяч «водних» будинків, що об'єднуються в цілі квартали, а міська адміністрація здійснює планомірну забудову водних об'єктів поблизу Амстердама. Даний тип житла з екзотичного ноу-хау перетворився на цілком буденну практику та бізнес, що стрімко розвивається.

За більш ніж півтора сторіччя будівництво на воді отримало детальну регламентаціюв законодавстві Нідерландів:

– законодавчо були закріплені будівельні норми щодо водних будинків;

– окремо визначені податки та збори за користування будинком на воді;

– встановлені дозволи та заборони на архітектурний вигляд будинків та можливості реконструкції;

– будинки на воді навіть стали об'єктом іпотеки [3].

Чинне законодавство України більш консервативне в регламентації питань будівництва на водних об'єктах. Водний кодекс України закріплює юридичну можливість використання водного об'єкта для будівництва причалів, судно- підіймальних і судноремонтних споруд, гідротехнічних споруд, мостів, підводних і підземних переходів та інших об'єктів. Однак, як зазначається в літературі під об'єктом забудови маються на увазі не водний простір як такий, а земна поверхня, яка покрита поверхневими водами. Це пояснюється стаціонарністю та прикріпленістю подібних споруд [6, с. 223].

Можливість житлової та громадської забудови не передбачена навіть Водним кодексом України. Сучасний господар будинку на воді фактично є судновласником, а сам будинок не є нерухомістю і може бути оформлений лише як плавучий засіб.

Одночасно вітчизняне законодавство не відносить такого роду об'єкти до будівель. В законах України не надається визначення термінів «будівля»або «споруда». Однак ці терміни визначались у підзаконних нормативних актах. Згідно Державного класифікатора будівель та споруд будівлі – це споруди, що складаються з несучих та огороджувальних або сполучених (несучо-огороджувальних) конструкцій, які утворюють наземні або

підземні приміщення, призначені для проживання або перебування людей, розміщення устаткування, тварин, рослин, а також предметів. Споруди – це будівельні системи, пов'язані з землею, які створені з будівельних матеріалів, напівфабрикатів, устаткування та обладнання в результаті виконання різних будівельно-монтажних робіт [2]. Відповідно до п. 2.1.1. Правил визначення вартості будівництва ДБН Д.1.1-1-2000, затверджених Наказом Держбуду України від 27 серпня 2000 р. №174 об'єктом будівництва є кожна відокремлена будівля (виробничий корпус або цех, склад, житловий будинок тощо) або споруда (міст, тунель, платформа тощо).

В юридичній літературізапропоновано таке визначенняпоняття «будівля» – це будь-який штучно збудований на земельній ділянці або під нею (під землею) самостійний об'єкт, що фундаментально пов'язаний з земельною ділянкою, використовується (або може використовуватись) за цільовим призначенням та переміщення якого без незрівнянної шкоди його призначенню неможливе.

Є.Ю. Петров виділяє такі ознаки будівель:

- тісний зв'язок з земельною ділянкою;
- штучне створення об'єкта;
- можливість його використання за призначенням [7, с. 191].

Так, і в законодавстві, і в доктрині ключовою ознакою будь-якої будівлі чи споруди називають її пов'язаність з землею. Про це ж свідчить віднесення останніх до об'єктів нерухомості. Згідно ст.181 ЦК України до нерухомих речей (нерухоме майно, нерухомість) належать земельні ділянки, а також об'єкти, розташовані на земельній ділянці, переміщення яких є неможливим без їх знецінення та зміни їх призначення [9].

Дійсно, переміщення будинків на воді видається доволі простим процесом. Однак, технологія переміщення звичайних будинків відома не перший десяток років [4], а отже, за даним критерієм немає різниці між двома типами будівель. Тим більше, якщо мова йде про переміщення водного будинку в межах «водного кварталу», то складність цієї операції співставна з переміщенням традиційної будівлі.

Висновки. Суб'єктивне право на забудову не є застиглою правовою конструкцією. Розширення технологічних можливостей в галузі будівництва повинно враховуватися законодавством. Перспектива побудови будівель не лише на землі, а й на воді, під землею, у повітрі тощо має бути досліджена і повинна отримати належну регламентацію в законодавстві.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Академічний тлумачний словник української мови. [Електронний ресурс]. – Режим доступу:http://sum.in.ua/s/zabudova
2. Державний класифікатор будівель та споруд. – К.: Держстандарт України, 2000. – 58 с.
3. Дом на воде. Плавучее жилье в Амстердаме. [Електронний ресурс]. – Режим доступу:https://ubr.ua/market/real-estate/dom-na-vode-plavuchee-jile-v-amsterdame-121147
4. Дом оторвался от корней: как переносять здания. [Електронний ресурс]. – Режим доступу:https://www.popmech.ru/technologies/9930-dom-otorvalsya-ot-korney-kak-perenosyat-zdaniya/
5. Закон України «Про планування та забудову територій» від 20.04.2000 р. № 1699-III. [Електронний ресурс]. – Режим доступу:http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1699-14
6. Ігнатенко І.В. Правова охорона водних ресурсів при здійсненні містобудівної діяльності / І. В. Ігнатенко // Публічне право. – 2016. – № 3. – С. 233-240.
7. Петров Е.Ю. Понятие, признаки и виды недвижимости / Е.Ю. Петров // Цивилистические записки: Межвузовский сборник научных трудов. – 2002. – Вып. 2. – С. 179 202.
8. Саврук С.М. Правовий статус забудовника як головного суб'єкта права на забудову: його співвідношення із статусом замовника будівництва / С.М. Саврук // Вісник господарського судочинства. – 2010. – №6. [Електронний ресурс]. – Режим доступу:http://zsu.org.ua/39-2010-11-28-09-45-44/2010-11-28-10-00-17/560-2011-01-24-13-27-14
9. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 № 435-IV. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/435-15
10. Шершеневичъ Г. Ф. Учебникъ русскаго гражданскаго права. Т. 1. Изд. 11. – М.: Изданіе Бр. Башмаковыхъ, 1914. – 483 с.

Пономаренко Костянтин Данилович

ПРАВО НА ЗАБУДОВУ: СУЧАСНІСТЬ ТА ПЕРСПЕКТИВИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

В статті піднімаються питання еволюції правовідносин в сфері реалізації права на забудову в умовах розвитку будівельних технологій та ускладнення суспільних відносин. Визначаються поняття забудови та правова природа права на забудову. Виділяються право на забудову на своїй земельній ділянці та право на забудову на чужій земельній ділянці. Досліджуються питання можливості забудови водних об'єктів та перспектив альтернативної забудови – під землею, у повітрі тощо.

Ключові слова: право на забудову, забудова водних об'єктів, суперфіцій, право на забудову на своїй земельній ділянці, право на забудову на чужій земельній ділянці.

Пономаренко Константин Данилович

ПРАВО НА ЗАСТРОЙКУ: СОВРЕМЕННОСТЬ И ПЕРСПЕКТИВЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

В статье поднимаются вопросы эволюции правоотношений в сфере реализации права на застройку в условиях развития строительных технологий и усложнения общественных отношений. Определяются понятия застройки и правовая природа права на застройку. Выделяются право на застройку на своем земельном участке и право на застройку на чужом земельном участке. Исследуются вопросы возможности застройки водных объектов и перспектив альтернативной застройки – под землей, в воздухе и тому подобное.

Ключевые слова: право на застройку, застройка водных объектов, суперфиций, право на застройку на своем земельном участке, право на застройку на чужом земельном участке.

Ponomarenko Konstantin

THE RIGHT TO INSURANCE: MODERNITY AND PROSPECTS OF LEGAL ADJUSTMENT

The article raises issues of the evolution of legal relations in the sphere of the right to development in the conditions of the development of construction technologies and the complication of social relations. Legal relationships associated with the realization of the right to development change in connection with the development of construction technologies, complications of land ownership relations and modern urban development trends.

The concepts of development and the legal nature of the right to development are determined. The right to build on their land plot and the right to build on a foreign land plot are allocated. It is proved that the subjective right to development is not a constrained legal structure. The expansion of technological opportunities in the field of construction should be taken into account by the legislation. The prospect of building not only on the ground but also on water, underground, in the air, etc. should be explored and should get proper regulation in the legislation.

Key words: the right to development, the construction of water objects, superficiencies, the right to build on their land, the right to build on another's land.

ЦИВІЛІСТИЧНІ ПРОБЛЕМИ ІТ-ПРАВА

УДК 347.23:(007:316.42)

Харитонов Євген Олегович,
доктор юридичних наук, професор, член-кор. НАПрН України,
завідуючий кафедри цивільного права
Національного університету «Одеська юридична академія»

ВІТЧИЗНЯНА КОНЦЕПЦІЯ ПРАВА ВЛАСНОСТІ ПЕРЕД ВИКЛИКАМИ ІНФОРМАЦІЙНОГО СУСПІЛЬСТВА

Постановка проблеми. Право власності належить до головних інститутів цивільного права. Разом із тим, попри більш ніж двохтисячолітню історію розвитку поширеної нині концепції права власності, остання, з огляду на реалії сьогодення, зокрема, формування інформаційного (постіндустріального) суспільства, потребує перегляду.

Стан дослідження теми. Слід зазначити, що проблематика, пов'язана зі з'ясування сутності відносин власності та особливостей їхнього правового регулювання, починаючи з часів класичної римської юриспруденції, привертала пильну увагу дослідників (Марк Тулій Цицерон, К. Маркс, А.В. Венедиктов, А.В. Вінницький, О.В. Дзера, М.В. Домашенко, Я. Лазар, Р.А. Майданик, У. Маттеї, Р. Пайпс, Й.О. Покровський, Р. Ріхтер, В.Є. Рубаник, І. Сабо, К.І. Скловський, І.В. Спасібо-Фатєєва, Є.О. Суханов, Ю.К. Толстой, Е.Г. Фуруботн, О.І. Харитонова, Ю.С. Червоний, Я.М. Шевченко, В.Ф. Яковлєв та ін.). Проте, дослідження трансформацій концепції права (правовідносин) власності в умовах, так званої «цифрової доби», до цього часу, практично, відсутні.

Мета цієї розвідки зумовлена викладеним вище і полягає у аналізу Викликів інформаційного суспільства класичної концепції права власності та можливих відповідей вітчизняної юриспруденції та практики законотворчості і правозастосування на ці Виклики.

Виклад основного матеріалу доцільно почати з викладу головних положень сучасної вітчизняної цивілістичної концепції власності та права власності. Не зловживаючи детальним аналізом точок зору, що існують у цій галузі, згадаємо лише ті, що суттєво вплинули на вітчизняну концепцію права власності, де термін «власність» традиційно вживався для позначення належності комусь (присвоєння кимось) речей. Звідси випливало визначення власності як такого ставлення особи до речі, при якому вона вважає річ своєю, за умови, що інші – ставляться оцієї речі, як до чужої. Власність характеризується такими зовнішніми ознаками як наявність влади особи над річчю, яка визнана суспільством і регламентована соціальними нормами. Власник розпоряджається річчю своєю владою й у своїх інтересах. Для нього річ – своя, для не власників, відповідно – чужа. Оскільки влада над річчю неможлива без того, щоб інші особи, які не є власниками даної речі, ставилися до неї як до чужої, власність означає відношення між людьми з приводу речей. На одному полюсі цього відношення – власник, що ставиться до речі як до своєї, на іншому – не власники, тобто, усі інші особи, що мають ставитися до неї як до чужої. Це означає, що ці особи зобов'язані утримуватися від будь-яких зазіхань на чужу річ, а, отже, і на волю власника мати цю річ.

Таким чином, власність – це суспільні (цивільні) відносини. Без ставлення інших осіб до речі, що належить власнику, як до чужої, не було б і ставлення до неї самого власника як до своєї. Зміст власності як суспільного явища розкривається за допомогою тих зв'язків і стосунків, у які власник вступає з іншими людьми в процесі виробництва, розподілу, обміну і споживання матеріальних благ. Звідси випливає, що власність – це відносини між людьми з приводу речей, у яких одні особи – власники – ставляться до речей як до своїх, а всі інші – не власники – мають ставитися до них як до чужих й утримуватися від будь-яких зазіхань на ці речі.

Відносини власності, як правило, поділяють на економічні і юридичні. Економічні відносини власності є одночасно вольовими і не вольовими. Не вольовими вони є тому, що в умовах існуван-

ня суспільства – об`єктивовані, тобто, існують, певною мірою, незалежно від волі людей: люди не можуть жити, не вступаючи у відносини власності. Водночас відносини власності є вольовими, оскільки без цілеспрямованих, вольових дій людей виникати не можуть. Саме в силу наявності в них вольового елементу відносини власності можуть бути об'єктом правового регулювання.

Власність, як суспільні відносини, характеризують двома основними ознаками: 1) виникають з приводу речей (майна); 2) мають вольовий зміст. З першої ознаки випливає, що власність це завжди майнові відносини, причому поміж майнових відносин вони займають чільне місце. Наявність другої ознаки означає, що власник може чинити стосовно своєї речі усе, що прямо не заборонене законом, або не суперечить соціальній природі власності. Воля власника щодо реалізації влади над річчю, яка йому належить, виражається у посіданні (володінні), користуванні і розпорядженні нею [1, с. 177-179].

У цивілістиці розрізняють право власності в об'єктивному і суб'єктивному сенсі [2, с. 12-13].

Право власності в об'єктивному сенсі – це сукупність правових норм, що регулюють відносини власності і є юридичною підставою існування і реалізації права власності, котре належить певному суб'єкту, тобто, права власності в суб'єктивному сенсі.

Норми інституту права власності гарантують реальність права власності у суб'єктивному сенсі, під яким мається на увазі право особи на річ (майно), котре вона здійснює відповідно до закону за своєю волею, незалежно від волі інших осіб (ст. 316 ЦК України).

Характерними ознаками права власності, як суб'єктивного права, є те, що: 1) це складне за змістом суб'єктивне цивільне право особи, яке охоплює низку правоможностей власника: право володіння, право користування і право розпорядження майном (ст. 317 ЦК України); 2) суб'єктами права власності можуть бути усі учасники цивільних відносин: фізичні особи, юридичні особи (у тому числі юридичні особи публічного права – ст. 82, 329 ЦК України), держава та інші суб'єкти публічного права. Але при цьому коло суб'єктів права власності є ширшим кола учасників цивільних відносин, визначеного у ст. 2 ЦК України. Зокрема, згідно ст. 318 ЦК суб'єктами права власності, крім фізичних осіб, юридичних осіб, суб'єктів публічного права, є також український народ; 3) усі суб'єкти права власності є рівними перед законом (ст. 13 Конституції України, частина 2 ст. 318 ЦК України); 4) об'єктом права власності може бути індивідуально-визначена річ. Родові речі можуть бути таким об'єктом за умови їхньої індивідуалізації (упаковування, маркірування, написи тощо); 5) своє право на річ власник здійснює своєю владою і на свій розсуд (ст. 319 ЦК України).

З такого розуміння права власності як інституту цивільного права та як суб'єктивного цивільного права випливають дві визначальні ознаки цієї правові категорії, без яких її при традиційному охарактеризувати, практично, неможливо: 1) об'єктом регулювання є майнові відносини, що мають предметом, передусім, речі; 2) зазначені відносини мають вольовий зміст, оскільки виникають та існують між суб'єктами цивільних відносин (прав) у вигляді правового зв'язку – правовідносин власності.

Відповідно до такого підходу сформульована законодавча дефініція права власності, що міститься у ст. 316 ЦК України, яка встановлює, що правом власності є право особи на річ (майно), яке вона здійснює відповідно до закону за своєю волею, незалежно від волі інших.

Тут можна згадати, що ст. 314 проекту ЦК України від 25 серпня 1996 р., яка містила таку дефініцію, передбачала, що правом власності є найбільш повне право, що його особа має на майно, а усі інші особи зобов'язані утримуватися від вчинення будь-який дій, що можуть порушувати право власності. Таке визначення здається більш вдалим. Однак законодавцям воно сподобалося менше.

Втім ці розбіжності дещо втратили свою актуальність, оскільки у добу інформаційного суспільства (у цифрову добу) постають нові Виклики традиційній концепції права власності.

Найважливішим з них, думаю, слід вважати формування концепції, так званої, «віртуальної власності», яка своєю появою завдячує іншій категорії – «віртуальна реальність», котру визначають як технічно сконструйоване за допомогою технічних засобів інтерактивне середовище створення і оперування об'єктами, подібними до реальних або уявних, на основі їхнього тривимірного графічного зображення, симуляції їхніх фізичних властивостей (об'єм, рух тощо), симуляції їхньої здатності впливати та бути самостійно присутніми у просторі [3, с. 184]. Фактично віртуальна реальність є сукупністю віртуальних світів, під якими розуміють принципово новий соціально-комунікативний феномен, матеріальною основою якого є сучасні інформаційні технології [4, с. 113].

Методологічним підґрунтям появи та існування концепту «віртуальне середовище» є ідея, згідно якій ми існуємо у віртуальному світі, підставою виникнення якого вважається «комп'ютерна симуляція». У свою чергу, витоками ідеї комп'ютерної симуляції нашого світу вважають погляди стародавніх греків щодо снів, марення, фантазмів. На

такому підґрунті вибудовується висновок, що наше сприйняття реальності відокремлене від власне реальності, котра є електричним імпульсом, що інтерпретується мозком. Людина сприймає світ опосередковано і недосконало (з оптичними ілюзіями тощо).

Ми відчуваємо лише спрощену версію опосередкованої сенсорної інформації, оскільки спостереження нашого світу потребує надто багато обчислювальної потужності – тому й мозок постійно шукає повторювані картинки, моделі, шаблони у нашому світі та підлаштовує їх під наше сприйняття. Звідси випливає, що наше сприйняття від початку відрізняється від власне реальності: це лише спроба мозку обробити вхідний потік сенсорних даних. Відтак, якщо наше сприйняття реальності залежить від спрощеного потоку інформації, не має значення джерело інформації (фізичний світ чи комп'ютерна симуляція) [5].

Аби зараз симулювати Всесвіт, просто не вистачає обчислювальної потужності: при імітації кожної часточки Всесвіту комп'ютер мав би бути більшим, ніж Всесвіт. Однак є велика різниця між моделюванням Всесвіту і створенням віртуального відчуття життя у Всесвіті. Евристика допомагає увести в оману людський розум: розрахунки в режимі реального часу, відеопотоки тощо створюють відчуття, що все існує і не припиняється. Зменшення деталізації призводить до того, що людський розум не здатен відчути різницю. Створюється Всесвіт, який тільки здається величезним. А зменшуючи деталізацію віддалених об'єктів, можна економити величезні обсяги обчислювальної потужності та генерувати об'єкти лише після їхнього виявлення. Наприклад, такий спосіб генерації використовується у грі No Man's Sky, завдяки чому кількість світів у ній практично нескінченна.

Згадані вище ідеї дозволили Ніку Бострому з Оксфорду запропонувати «аргумент моделювання (симуляції) – логічний ланцюжок, що ґрунтується на певних припущеннях, котрі у залежності від точки зору дослідника можуть привести до висновку, що наш Всесвіт, напевне, змодельований.

Це наступні припущення: 1) Всесвіт можна змоделювати; 2) кожна цивілізація або вимирає до того, як стане технічно здатною змоделювати Всесвіт, або втрачає інтерес до розвитку технології симуляції, або прогресує, поки не набуде технічної здатності змоделювати Всесвіт, і моделює його; 3) як тільки це трапиться, таке суспільство створить безліч різних моделей; 4) коли модель досягне певного рівня (розвитку), вона створює власні імітації, котрі продовжують симуляції і збільшують їхню кількість

Звідси випливає, що вірогідність жити у реальному світі для людини є дуже незначною, незрівнянно меншою, ніж шанс на буття у світі віртуальному.

Але, якщо припустити, що Всесвіт є лише комп'ютерною моделлю, то маємо визнати, що: 1) по суті, він є інформацією; 2) визнання Всесвіту інформацією зумовлює висновок, що і ми також є інформацією; 3) якщо ми інформація, то наші тіла є лише відображенням, (втіленням) цієї інформації, на кшталт аватара; 4) оскільки інформація (у тому числі, людина) існує незалежно від певного об'єкту, то за наявності відповідного інструментарію її за бажанням можна копіювати, трансформувати тощо; 5) кожне суспільство здатне створити віртуальний світ, а також у змозі дати «особистісній» інформації новий аватар (позаяк на це необхідно менше ресурсів, ніж на створення Всесвіту).

Таким чином, реальність – це так само інформація, як і ми. Симуляція є частиною реальності, котра її створює, а все, що народжується далі, уже моделюється з точки зору тих, хто був змодельований. Таким чином, реальність – це те, що ми отримуємо разом із чуттєвим досвідом. З погляду фізики, у квантовому просторі немає об'єктивності, лише суб'єктивна перспектива. Отже, усе «реально», поки ви це відчуваєте, бачите, розумієте, усвідомлюєте і засвоюєте з повсякденнім досвідом. Всесвіт, що був змодельованим, так само реальний для своїх мешканців, як і справжній світ для нас [5].

Комп'ютерні світи можуть вважатися породженням комп'ютерних ігор, завдяки яким створюється такий різновид віртуального світу, як віртуальна соціальна реальність, що є не об'єктивним, а суб'єктивно-об'єктивним явищем.

Віртуальна соціальна реальність складається з віртуальних соціальних інститутів. У свою чергу, саме завдяки таким інститутам набуває цінності «віртуальна власність», котра сьогодні у багатьох випадках є предметом вже не віртуальних, а реальних товарно-грошових відносин.

Сутність віртуальної власності полягає навіть не в віртуальності середовища, в якому виникають відповідні відносини, а у звільненні ідей від загальних обмежень простору, часу, матерії, а також цензури. Конкуруючи з книгою, яка за своєю природою матеріальна, Інтернет повернув світу думок його початкову віртуальність. Стихія Інтернету – це інновації і комунікації, а не матеріальні речі. Традиційний світ і його правова система ґрунтуються на матеріальній економіці матеріальних благ, тоді як у Інтернеті основою добробуту є творчість людей, нематеріальна за своєю природою.

Враховуючи викладене вище, можемо вести мову про «двоїстість» права віртуальної власності, розрізняючи таке право віртуальної власності, що існує у реальному світі, і таке, що існує у нереальному (уявному, віртуальному) світі.

Право віртуальної власності у реальному світі – це, передусім, право інтелектуальної власності, сутність котрого полягає у тому, що йдеться не про право на річ, а про «право на права».

Право віртуальної власності у віртуальному світі – це право власності на ігрові предмети, створені або придбані гравцем за віртуальну валюту або реальні гроші, віртуальну нерухомість, і все те, що перебуває у віртуальному світі, і може бути об'єктом правочинів.

Наразі більш поширеним є перший з названих вище феноменів – право віртуальної власності у реальному світі, що, фактично є тотожним концепту «право інтелектуальної власності».

Можна припустити, що саме урахування цієї особливості інтелектуальної власності стало методологічними підґрунтям віднесення прав інтелектуальної власності до права власності (пропріетарна теорія). «Гуманістичною» передумовою формування цього правового інституту (галузі) стало розуміння права на творчість, як природного права людини, що має абсолютний характер. Такий підхід був започаткований у Франції після Великої французької революції і є цілком логічним з точки зору необхідності визнання абсолютного характеру природних прав людини і громадянина.

З позицій пропріетарної теорії сутність права інтелектуальної власності полягає в тому, що за автором результату інтелектуальної, творчої діяльності мають визнаватися дві групи прав: особисті немайнові та майнові. Майнові права інтелектуальної власності, у загальному вигляді є такими ж, як і правоможності «звичайного» права власності: право володіння, право використання та право розпорядження.

Пропріетарна теорія права інтелектуальної власності достатньо послідовно проводиться у чинних міжнародно-правових актах і (на переконання багатьох дослідників), впливає на моделювання національних законодавств.

Отже, інтелектуальна власність за своєю юридичною природою є власністю віртуальною і в такій якості найбільш органічно пристосована до нового світу інформаційних технологій. Основна відмінність між ними полягає в тому, що більшість з віртуальних об'єктів є об'єктами інтелектуальної власності, які учасник віртуального світу використовує на підставі невиключної ліцензії, однак віртуальні предмети все частіше стають предметом правочинів купівлі-продажу, а не уступки прав з ліцензійного договору. Тому віртуальна власність може бути інтелектуальною, а може й не бути такою.

Ведучи мову про віртуальну власність, слід виходити з того, що вона за своєю природою є нематеріальною, як правило, є об'єктом авторського права і виникає у віртуальному середовищі. Застереження про те, що віртуальна власність є, як правило, об'єктом авторського права, свідчить про можливість розподілу всіх об'єктів віртуальної власності на такі, що є об'єктами права інтелектуальної власності і такі, що ними не є.

З точки зору економістів віртуальна власність і власність інтелектуальна не співпадають. Категорія віртуальної власності з економічної точки зору обґрунтована появою відносин між економічними суб'єктами з приводу привласнення-відчуження немайнових (віртуальних) об'єктів, що функціонують переважно у віртуальному просторі та опосередковано представляють реальні відносини з приводу матеріальних і нематеріальних благ. Запропонована категорія є теоретичним відтворенням розвитку відносин власності, на відміну від інтелектуальної власності, характеризує нематеріальні об'єкти, що не є безпосередніми чинниками та результатами інтелектуального виробництва і виступають як відображення окремих властивостей матеріальних чи нематеріальних об'єктів та або можливості певних дій чи утримання від них щодо цих об'єктів [6]. Так, наприклад, уже сьогодні можна придбати ділянку віртуального інформаційного простору [7] або заповідати особисті паролі доступу до сайтів з Інтернету або до особистих акаунтів у соціальних мережах [8].

З цих позицій віртуальна власність може характеризуватися як інформаційний об'єкт, права на який належать одному або декільком власникам. Встановлення права володіння і розпорядження віртуальної власністю можливо двома шляхами: при створенні інформаційного об'єкта (авторське право чи інтелектуальна власність); при передачі (у письмовому вигляді, з укладенням відповідного договору або за згодою користувача з користувальницькою угодою) права володіння і розпорядження на весь інформаційний об'єкт або його частину, від творця (автора) покупцю (користувачеві).

Таким чином, право власності втрачає свою ознаку суто речового права (зберігаючи, втім, певною мірою зв'язок з майновими правами), а відтак має розглядатися як більш широка, ніж нині, категорія [9, с. 335-347].

Другим Викликом традиційному розумінню права власності, як правоможностей суб'єктів цивільних відносин, наразі є, так званий, «Інтернет речей». У найбільш загальному вигляді Інтернет речей характеризують як концепцію комунікації об'єктів

(«речей»), які використовують технології для взаємодії між собою та з навколишнім середовищем, припускаючи при цьому виконання пристроями певних дій без втручання людини. У більш ґрунтовному варіанті Інтернет речей визначають як сукупність взаємодіючих технічних систем і комплексів, призначених для реалізації суспільних відносин, у тому числі, пов'язаних з наданням послуг або проведенням робіт, на основі використання різноманітних даних та Інтернету за безпосередньої участі або без участі суб'єктів цих відносин (юридичних або фізичних осіб) [10, с. 96-103.].

Інтернет речей припускає можливість певної діяльності, спрямованої на певний результат (і очевидно, настання певних не лише фактичних, а й правових наслідків) в інформаційному суспільстві без участі суб'єктів цивільних відносин, що згадуються у ЦК України. І хоча у більшості випадків оцінка Інтернету речей є позитивною (особливо з боку розробників), однак у зв'язку з поширенням цього явища виникає низка ризиків, що потребує впорядкування відповідних суспільних відносин. Разом із тим, не з'ясованим поки що залишається навіть питання, чи виправдано вважати Інтернет речей об'єктом чи суб'єктом правовідносин [11, с. 5-8]. У другому випадку виникає необхідність перегляду суб'єктного складу правовідносин власності та розширення його за рахунок роботів.

Наразі не існує готових відповідей на згадані Виклики. Однак необхідність перегляду традиційної концепції права власності сумнівів не викликає [12, с. 21-25]. Тим більше, що «традиційність» підходу є не надто вагомим аргументом, якщо згадати, що правознавці Стародавнього Риму поряд з «res corporales» називали «res incorporales», а Карл Маркс вів мову про присвоєння індивідом не «предметів природи», як це звучало у російських перекладах «К критике политической экономии», а про «Aneignung der Natur», тобто «присвоєння природи» [13, с. 27]. Можна припустити, що власність не вперше пропонується розуміти ширше, ніж суто права на речі. То, чому б не використати такий прийом і у постіндустріальному суспільстві?

Тут варто згадати, що у проекті DCFR, де визначено перспективи розвитку приватного права в ЄС, а отже й для України, котра прагне до ефективної співпраці з Європейським Союзом, терміно-поняття «property» та «ownership» використовуються у звуженому розумінні – як найбільш повне право на річ. Втім, автори DCFR, прагнучи пом'якшити протиріччя, приймають узвичаєну правопорядком термінологію, допускаючи цим встановлення загальних правил, які встановлюють права на будь-який об'єкт, здатний перебувати у володінні особи.

Права на «property» названі в DCFR «proprietary rights», що охоплює право і на майнові, і на немайнові об'єкти.

Право власності у широкому сенсі належить до майна, право власності у вузькому сенсі – до речей. Зокрема, Книга VIII присвячена «ownership of goods» (ст. VIII.-1:101) – класичному праву власності на речі.

Поняття «property» входить в поняття «assets», буквальний переклад якого має явний економічний відтінок, але це відповідає змісту поняття, яким воно описане у Додатку. «Assets» – це все, що має економічну цінність, в тому числі майно, здатне перебувати у володінні («property»), права, що мають грошову оцінку («rights having a monetary value»), а також клієнтелла і репутація («goodwill»). Із запропонованого розробниками DCFR визначення випливає, що суб'єктивні права є активом, але не розглядаються у якості різновиду «property» – майна, здатного перебувати у володінні.

Таким чином, позиція DCFR з цього питання [14, с. 17-18] не перешкоджає широкому розумінню об'єктів відносин власності, зараховуючи до таких як речі, так і права, що виникають у зв'язку із присвоєнням речей.

Отже, хоча поняття власності пов'язується, головним чином, із присвоєнням речей, однак немає перешкод поширювати відповідні положення на присвоєння інших благ, у тому числі, немайнових. Тому можемо виходити з того, що власність у такому широкому значенні припустимо розуміти як суспільні відносини з приводу речей та інших матеріальних і нематеріальних благ, у яких одні особи (власники) ставляться до певних благ як до своїх, а всі інші особи мають ставитися до цих благ як до чужих і повинні утримуватися від зазіхань на ці блага.

Висновки. Розгляд питань, які були предметом дослідження у цій статті, дає підстави для висновку, що вітчизняна концепція права власності (втім, як і класичне бачення сутності права власності, взагалі), відображена у ст. 316 ЦК України, згідно якій правом власності є право особи на річ (майно), яке вона здійснює відповідно до закону за своєю волею, незалежно від волі інших, не враховує реалій сьогодення, зокрема, Викликів інформаційного суспільства, котре ґрунтується на провідній ролі інформації. Найбільш істотними з цих Викликів є поява віртуальної власності та Інтернету речей. Перший з них зумовлює вимогу визнання об'єктом правовідносин власності нематеріальних благ. У другому випадку виникає необхідність перегляду суб'єктного складу правовідносин власності та розширення його за рахунок роботів.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Харитонов Є.О. Цивільні правовідносини : моногр. / Є.О. Харитонов, О.І. Харитонова. 2-ге вид., перероб. і доп. – Одеса: Фенікс, 2011. – 456 с.
2. Право власності в Україні: Навч.посібник/ О.В.Дзера, Н.С.Кузнєцова, О.А.Підопригора та ін.; За заг.ред.О.В.Дзери, Н.С.Кузнєцової.- К.: Юрінком Інтер, 2000.- 272 с.
3. Иванов А.Е. Виртуальная реальность // История философии: энциклопедия. – Минск: Интерпресс сервис, 2002. – 306 с.
4. Архипов А.В. Виртуальное право: новое направление юридических исследований //Правоведение.- 2013.- № 2. – 307 с.
5. Наш мир виртуален – удивительная теория, которая может стать религией современности. Режим доступу: http://storyfox.ru/post/nash-mir-virtualen-udivitelnaya-teoriya-kotoraya-mozhet-stat-religiej-sovremennosti
6. Степаненко С.В. Трансформація відносин власності у постіндустріальній економіці. Дис.канд.екон.наук. 2009. – Режим доступу: http://www.lib.ua-ru.net/diss/cont/351137.html
7. Собственность в виртуальном мире. – Режим доступу: http://azbukaweb.com/anons/property.html
8. Британці додають до власних заповітів паролі від Facebook. – Режим доступу: http //ache.info/brytantsi-dodayut-do-vlasnyh-zapovitiv-paroli-vid-facebook/
9. Харитонова О.І., Харитонов Є. О. Віртуальна власність та право інтелектуальної власності //Спогади про Людину, Вченого, Цивіліста-епоху (до 85-річчя від Дня народження академіка Ярославни Миколаївни Шевченко) ; за заг. ред. Р.О. Стефанчука. – К.: АртЕк, 2017.
10. Баранов О. «Інтернет речей» як правовий термін // Юридична Україна. – 2016. – № 5-6. – 237 с.
11. Харитонова О.І., Харитонов Є. О. Інтернет речей: об'єкт чи суб'єкт правовідносин // ІТ-право та цифрове суспільство: матеріали Всеукр.конференції (м. Одеса, 24 листопада 2017 р.). / за заг.ред.д.ю.н., проф. Є.О. Харитонова. – Одеса : Юридична література, 2017.
12. Харитонов Є. О., Харитонова О. І. Категорія «право власності» перед викликами цифрового світу //Цивільне судочинство у світлі судової реформи в Україні. Всеукр.наук.-практ.конф.до 90-річчя від дня народження Ю.С. Червоного (м. Одеса, 6 листоп. 2017 р.)/ за заг.ред. Н.Б. Голубєвої. – Одеса : Фенікс, 2017.
13. Венедиктов А.В. Государственная социалистическая собственность// В кн.: Венедиктов А.В. Избранные произведения по гражданскому праву. В 2 т. Т.II. – М.: «Статут», 2004. – 557 с.
14. Бар К. ф., Клив Э., Варул П.. Предисловие к российскому изданию «Модельные правила европейского частного права» / Пер. с англ.; Науч. ред. Н.Ю. Рассказова. – М.: Статут, 2013. – 989 с.

Харитонов Євген Олегович

ВІТЧИЗНЯНА КОНЦЕПЦІЯ ПРАВА ВЛАСНОСТІ ПЕРЕД ВИКЛИКАМИ ІНФОРМАЦІЙНОГО СУСПІЛЬСТВА

У статті розглядаються актуальні проблеми перегляду вітчизняної концепції права власності відповідно до Викликів інформаційного суспільства. Такими Викликами у статті названі поява віртуальної власності та Інтернету речей. Доводиться необхідність визнання об'єктом правовідносин власності нематеріальних благ. Обґрунтовується також необхідність перегляду суб'єктного складу правовідносин власності та розширення його за рахунок роботів.

Ключові слова: право власності, правовідносини власності, інформаційне суспільство, інформація, віртуальна власність, Інтернет речей.

Харитонов Евгений Олегович

ОТЕЧЕСТВЕННАЯ КОНЦЕПЦИЯ ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ ПЕРЕД ВЫЗОВАМИ ИНФОРМАЦИОННОГО ОБЩЕСТВА

В статье рассматриваются актуальные проблемы пересмотра отечественной концепции права собственности в соответствии с Вызовами информационного общества. Такими Вызовами в статье названы появление виртуальной собственности и Интернета вещей. Доказывается необходимость признания объектом правоотношений собственности нематериальных благ. Обосновывается также необходимость пересмотра субъектного состава правоотношений собственности и расширение его за счет роботов.

Ключевые слова: право собственности, правоотношения собственности, информационное общество, информация, виртуальная собственность, Интернет вещей.

Kharitonov Evgen

DOMESTIC CONCEPT OF THE OWNERSHIP RIGHTS IN FRONT OF CHALLENGES OF INFORMATION SOCIETY

The article deals with actual problems of revision of the domestic concept of property right in accordance with the Challenges of the Information Society. Such Challenges in the article called the appearance of virtual property and the Internet of things. The Internet of things are characterized as the concept of communication objects ("things"), which use technology to interact with each other and with the environment, while assuming that the devices perform certain actions without human intervention.

The right to virtual property in the real world is, first of all, the right to epy intellectual property, the essence of which is that it is not about the right to a thing, but about the «right to the rights». The right to virtual property in the virtual world is the ownership of gaming objects created or purchased by the player for a vir-

tual currency or real money, virtual real estate, and all that is in the virtual world, and may be the subject of the deals. Thus, the ownership loses its characteristic of substantive law (but keeping in touch with property rights), and therefore should be considered as a wider category.

It is proved that the object of legal relations is the property of non-material goods. The necessity of reviewing the subject composition of legal relations of property and expanding it due to the robots is also substantiated.

The domestic concept of the ownership (however, as well as the classical vision of the essence of property rights, in general), is reflected in Art. 316 of the Civil Code of Ukraine, according to which the right of ownership is the right of a person to a thing (property) that it carries out in accordance with the law and on its own will, independently of the will of others, does not take into account the realities of the present, in particular, the Challenges of the Information Society, which is based on the leading role of information.

Key words: property right, property rights relations, information society, information, virtual property, Internet of things

УДК 347.133/135.001.73:(007:004.7)

Харитонов Євген Олегович,
доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри цивільного права
Національного університету «Одеська юридична академія»

Давидова Ірина Віталіївна,
кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри цивільного права
Національного університету «Одеська юридична академія»

КАТЕГОРІЇ ПРАВОЧИНУ: ВІД РИМСЬКОГО NEGOTIUM ДО «ІТ-ПРАВОЧИНУ»

Постановка проблеми. Формування інформаційного суспільства, глобалізаційні та інтеграційні процеси зумовлюють необхідність удосконалення правового інструментарію торгового обігу, а відтак – перегляду низки вже відомих цивілістичних категорій. До останніх, зокрема, належать правочини, без яких є неможливим встановлення цивільних правовідносин, набуття цивільних прав та обов'язків тощо.

Актуальності набувають проблеми, пов'язані з використанням інформаційних технологій (ІТ) при підготовці та укладенні правочинів. Аналіз практики свідчить про помітні зрушення в бік спрощення укладення правочинів. Зокрема, з'явилася можливість вчиняти договори та інші правочини в електронній формі, яка передбачає фіксацію умов угоди не на папері, а за допомогою електронних документів, ознайомлення з якими обов'язково має супроводжуватися використанням спеціального обладнання.

Однак внаслідок поширення інформаційних технологій (зокрема, таких як блокчейн) та програм (таких як «смарт-контракт» тощо) та їхніх відчутних переваг йдеться не лише про удосконалення порядку укладення угоду, а про зміну самого розуміння сутності правочинів. Проблема, що постає перед цивілістикою, полягає в адекватному реагуванні на цей Виклик інформаційного суспільства та встановленні засад бачення категорії правочину в умовах сьогодення.

Стан дослідження теми. Питанням правочинів в тій чи іншій мірі були присвячені дослідження великої кількості науковців. Зокрема, дослідженням категорії «правочин» у римському приватному праві в різні часи займалися Д.Д. Грімм, Д.В. Дождєв, О.С. Іоффе, В.А. Мусін, І.Б. Новицький, І.С. Перетерський, О.А. Підопригора, І. Пухан, М. Поленак-Акімовська, Ч. Санфіліппо, Є.О. Харитонов та ін. науковці; проблемам правочинів у радянському цивільному праві були присвячені праці таких правознавців, як: М.М. Агарков, Д.М. Генкін, О.С. Йоффе, І.Б. Новицький, Н.В. Рабинович, В.П. Шахматов та ін.; у сучасній вітчизняній цивілістиці проблеми правочинів досліджували та досліджують І.А. Безклубий, Т.В. Бобко, Л.Є. Гузь, І.В. Давидова, О.В. Дзера, О.І. Длугош, І. Р. Калаур, В.О. Кучер, Я.М. Романюк, Р.А. Майданик, Є.О. Мічурін, З.В. Ромовська, Д. Сахарук, О.В. Семушина, І.В. Спасібо-Фатєєва, Р.І. Таш'ян, Є.О. Харитонов, Н.С. Хатнюк, Г.В. Юрловська та ін.

Разом із тим, до останнього часу практично не ставилось питання про необхідність оновлення комплексної характеристики правочину в інформаційному суспільстві.

Метою статті є аналіз трансформації засад розуміння категорії правочину в сучасній цивілістиці з врахуванням реалій інформаційного суспільства та розширенням можливостей укладення правочинів в умовах поширення інформаційних технологій.

Виклад основного матеріалу. Попри те, що категорія правочину не була відома давньоримській юриспруденції, реально вона широко використовувалася як правова форма опосередкування відносин торгового обігу в Стародавньому Римі. Не використовуючи самого узагальненого терміно-поняття «правочин» [1, с. 134], що є цілком природним з огляду на казуїстичність право-

вої системи Стародавнього Риму [2], правознавці класичної та постклясичної доби, використовуючи можливості преторського права, натомість, створили логічно структуровану систему контрактів, які були найбільш поширеним видом правочинів. Як слушно зазначають вітчизняні дослідники категорії правочину, багато видів договорів були реціповані середньовічними правовими системами, а потім пристосовані до нових умов і збереглися в сучасному праві. [3, с. 41]

Разом із тим, слід зауважити, що вже тоді юридично значущими діями суб'єктів права, які можуть створювати юридичні права та обов'язки (тобто, правочинами в їх сучасному розумінні) визнавалися не лише певні контракти (договори цивільного права), але й інші правомірні цілеспрямовані дії (наприклад, складання заповіту, ведення чужих справ за відсутності доручення тощо), для позначення яких використовувався термін «правочин» [4]. Більш того, деякі відомі романісти, наприклад, І.Б. Новицький вважали, що в римському праві говорилося не про контракти, а саме про правочини, для позначення яких використовувався термін negotium [5].

На підтвердження слушності тези про виникнення та поширення категорії правочину у приватному праві Стародавнього Риму пошлемося далі на методологічні підходи до визначення підстав виникнення зобов'язань за Римським приватним правом.

Як відомо, «головний поділ зобов'язань» у римському приватному праві («Summa divisio») полягав у тому, що в залежності від підстав їхнього виникнення зобов'язання поділялися на чотири групи: а) зобов'язання з контрактів (тобто договорів цивільного права, забезпечених позовним захистом) – ex contractu; б) зобов'язання ніби з контрактів – quasi ex contractu; в) зобов'язання з деліктів – ex delicto, г) зобов'язання ніби з деліктів – quasi ex delicto.

Не торкаючись тут двох останніх видів підстав виникнення зобов'язань, які є неправомірними діями, розглянемо перші дві групи: а) зобов'язання з контрактів (ex contractu); б) зобов'язання ніби з контрактів (quasi ex contractu).

1) Договірні (контрактні) зобов'язання мають підставою договір – узгоджене волевиявлення двох або більше сторін. Договір, як відомо, є двостороннім правочином, а відмінність між правочином і договором полягає в тому, що правочин – поняття ширше, ніж договір, яке включає в себе односторонні і двосторонні правочини. (Принагідно, варто зауважити, що з двосторонніх правочинів (договорів) зобов'язання виникають завжди, а з односторонніх (наприклад із заповіту) – можуть виникати не зобов'язання а інші правовідносини (спадкові тощо.

2) Зобов'язання ніби з контрактів (договорів) виникають з односторонніх дій (зокрема, з 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 дуже подібні до відносин, які виникають з договору. Саме тому їх називають «ніби договірними» або «такими, що виникають ніби з договору» (з нібито договору).

До зобов'язань ніби з договору відносили: зобов'язання з ведення чужих справ без доручення; зобов'язання з безпідставного збагачення (мало три різновиди: помилковий платіж; майнове надання з певною метою, яка не здійснилась; повернення недобросовісно одержаного).

Що стосується ведення чужих справ без доручення (negatiorum gestio), то це правовідносини, які виникають 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. Найчастіше мотивом ведення чужої справи без доручення було прагнення гестора уникнути настання негативних майнових наслідків для іншої особи, наприклад, за його відсутності, безпорадного стану чи збігу інших обставин, за яких сам господар не міг піклуватися про своє майно.

Специфічний характер зобов'язання із ведення чужих справ зумовив його наступні правові ознаки: фактичне ведення чужої справи «без доручення»; турбота про чужу справу мусить мати доцільний, господарсько-виправданий характер. Гестор при цьому повинен виходити із припущення, що господар схвалить його дії; ведення справи здійснюється за рахунок господаря. Витрати гестора, пов'язані з цим, підлягають відшкодуванню; гестор здійснює дії з особистих мотивів, а не на підставі договору чи вимог закону; вкладена у ведення чужої справи праця оплаті не підлягала. Гестор мав вести справу з усією старанністю і ретельністю, як свою власну. Якщо дії гестора не будуть схвалені господарем і визнані доцільними, він зобов'язаний відновити попередній стан майна, яким воно було до початку ведення справи. Після завершення веден-

ня справи гестор зобов'язаний був звітувати перед господарем і передати йому все набуте. Водночас, він міг вимагати відшкодування необхідних та доцільних витрат. Якщо суд визнавав дії доцільними, то господар, навіть не схвалюючи їх, зобов'язаний був прийняти звіт і відшкодувати витрати.

Що стосується зобов'язань з безпідставного збагачення, то вони були сформовані для захисту цивільних прав засобами «кондикційних позовів», до яких належали наступні чотири види зобов'язань.

Condictio indebiti – позов про повернення незаборгованого: якщо одна особа сплатила іншій неіснуючий борг, то ця друга особа має повернути безпідставно одержане. З факту сплати незаборгованого виникало зобов'язання повернути безпідставно отримане. Таке зобов'язання за своїм змістом наближалося до договірного, хоча й не мало в основі договору (швидше, йшлося про правочин, оскільки дії, особи, яка отримувала незаборговане, не могли бути кваліфіковані як делікт). Тому такі зобов'язання було віднесене до групи квазі-контрактних.

Позов condictio causa data causa non datorum можна було подати для повернення передачі майна, мета якої не досягнута (встановлення приданого до шлюбу, дарування на випадок смерті, якщо дарувальник пережив обдарованого). Як і у попередньому випадку, підставою виникнення зобов'язань тут був не договір (оскільки він не укладався), але й не делікти, оскільки дії були за своєю сутністю правомірними. Тому йшлося про квазіконтракти, котрі тут теж, на нашу думку, можуть бути кваліфіковані як односторонні правочини.

Варто зазначити, що існували ще два види кондикційних зобов'язань: condictìo ex causa furtiva – позов про повернення злодієм краденого; condictìo ex causa injusta – позов про повернення одержаного несправедливо чи за неправильною підставою. Однак підставою їхнього виникнення, на відміну від попередніх двох випадків, не можна вважати правочин, оскільки позов тут можна було надати для ліквідації наслідків неправомірних та / або несправедливих дій.

Слід згадати про те, що, поряд зі спеціальними позовами, пізніше набула поширення також загальна кондикція – condictio sine causa, що стала загальним правилом: хто збагатився без правової підстави, зобов'язаний повернути набуте особі, за рахунок якої збагатився [6]. Підставою цієї кондикції могли бути як правомірні дії (правочини), так і делікти, що з часом надало зобов'язанням з безпідставного збагачень подвійного характеру. Але, як би там не було, маємо підстави стверджувати, що у Римському приватному праві існував досить широкий спектр односторонніх правочинів, котрі розглядалися як поняття, більш широке, ніж договір.

Принагідно варто згадати й про ті трансформації, що зазнали у процесі свого розвитку контракти римського права, як вид правочинів.

Способи вираження та закріплення волевиявлення сторін в правочині в римському праві змінювалося з плином історії; залежно від історичних чинників, традицій укладення правочинів тощо. Зокрема, можна відзначити, що спочатку укладення договорів було дуже подібним до укладення двох зустрічних односторонніх правочинів, що було пов'язане зі специфікою старожитніх способів вираження та фіксації волевиявлення сторін контракту: лібральний ритуал (за допомогою міді та терезів) – використовувався для укладення nexum, mantipatio, coemptio, solulio per aes et libram та ін. [4]; стипуляція (stipulatio) – укладення контрактів у формі виголошування урочистих слів; вербальні та літеральні контракти – які були напряму пов'язані змістом і тому вони вважалися контрактами «суворого права», маючи на увазі наявність у сторін для їх реалізації суворих законних позовів (суворість найдавніших договорів виражалася в тому, що сторона не могла посилатися на намір вкласти в договір зовсім не той зміст, який випливав з буквального сенсу договору. Відповідно, не можна було посилатися на будь-які обставини (несправедливість, зловживання тощо), якщо вони були пред'явлені іншою стороною у відповідності з точним текстом договору [7]).

Консенсуальні та реальні контракти, які з'являються пізніше, відповідно до потреб часу та розвитком суспільних відносин були більш гнучкими, менш формалізованими, враховували засади «доброї совісті», забезпечувались позовами преторського права. І хоча римське приватне право так і не визнало юридичної сили за кожною угодою, що не суперечить закону, однак з часом було надано позовний захист навіть тим правочинам (інномінальним контрактам, пактам), які не охоплювалися визнаним переліком контрактів [8].

Варто звернути особливу увагу, зокрема, на інномінальні контракти, укладення яких, знов-таки, нагадувало вчинення сторонами двох зустрічних правочинів: do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias (я даю, щоб ти дав; я даю, щоб ти зробив, і т.д., утворюючи при цьому недоконану синалагму).

На такій методологічній основі в результаті рецепції Римського приватного права протягом століть була сформована сучасна концепція правочинів, котра, у свою чергу, існує вже не одну сотню років.

Однак, на сучасному етапі розвитку людства цивілізаційні, економічні та політичні зміни, реалії постіндустріального суспільства потребують створення нового та оновлення існуючого юридичного інструментарію для опосередкування суспільних відносин у різноманітних сферах людського буття.

Зокрема, це стосується і концепції правочинів, котра в умовах інформатизації суспільства та формування цифрового середовища, може розглядатися, на нашу думку, з двох позицій: традиційного підходу та нового (інформаційного) підходу.

Відтак далі розглянемо можливі наразі концепції правочину під відповідними кутами зору. При цьому для зручності слововживання далі будемо вести мову про «традиційні» правочини та правочини, сутнісно пов'язані з використанням інформаційних технологій («ІТ-правочини»).

Попередньо зазначимо також, що базовими характеристиками загальної категорії правочину є те, що він виступає одним з найбільш поширених юридичних фактів сфери приватного права, будучи головною підставою виникнення цивільних регулятивних правовідносин. Як правова категорія, правочини характеризуються сукупністю ознак, що дають можливість відмежовувати їх від інших юридичних фактів, зокрема, правочин: завжди є вольовим актом; є дією, спеціально спрямованою на досягнення певного правового результату; є дією суб'єктів цивільного (приватного) права; завжди є правомірною дією. Названі ознаки є загальними для усіх типів правочинів, а тому стосуються й правочинів, які укладаються в ІТ-сфері. [9]

Враховуючи викладене, «традиційними», на наш погляд, можна вважати правочини, правове регулювання яких відбувається відповідно до засад, встановлених у чинному цивільному законодавстві (ЦК України), зокрема, чітко визначені умови дійсності, основи тлумачення, наслідки недійсності тощо. Стосовно правочинів такого роду існує цивілістична доктрина, сформована стала судова практика. «Традиційні» правочини можуть укладатися в конклюдентній, усній та письмовій формах; письмові правочини можуть бути завірені нотаріально та підлягати державній реєстрації. Письмові правочини супроводжується підписами сторін, а до недавнього часу для юридичних осіб обов'язковим було й використання печаток. Нещодавно остання вимога була вилучена з редакції ст. 207 ЦК України, що свідчить про прагнення законодавця спростити документообіг у сфері торгового обороту та адаптувати національне законодавство у цій галузі до тенденцій розвитку сучасного приватного права, оскільки в багатьох країнах світу використання печаток вже давно не є обов'язковою вимогою при посвідченні документів. За висновками експертів, альтернативою є застосування подвійного підпису, що зменшує ризики підробки, водночас забезпечує більш кваліфікований підхід до прийняття рішень. [10]

Формування інформаційного, цифрового суспільства справило вплив і на «традиційні» правочини (тобто, правочини у їх традиційному розумінні). Так, наразі існує визнана законодавством можливість укладати правочини не лише традиційним способом, але й за допомогою електронних засобів. Це певною мірою впливає на умови та порядок вчинення правочинів, визначення їх сторін, наслідки невиконання тощо, але, практично, не змінює саме розуміння їхньої сутності. Фактично йдеться про використання традиційної юридичної категорії у нових умовах буття суспільства.

Більш важливі зрушення, але також на базі «традиційного» розуміння категорії правочину, відбуваються у процесі формування інституту електронної комерції. Тут слід зазначити, що, хоча ринок електронної комерції в Україні фактично сформований давно, але за відсутності спеціального правового регулювання, електронні правочини вчинялись, як правило, на основі публічної оферти, до якої приєднується інша сторона договору, зазвичай, шляхом вчинення конклюдентних дій. Наразі продаж товарів, надання послуг у Мережі відбувається саме так. [11, с. 240]. Істотні зміни у цій сфері відбулися у 2015 році, коли було прийнято Закон України «Про електронну комерцію», розроблений з метою гармонізації українського законодавства із законодавством Європейського Союзу – Директивою 1999/93/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 13 грудня 1999 року про рамки Співтовариства для електронних цифрових підписів. Згаданий Закон легалізував такі поняття, як «електронна торгівля», «електронний правочин», «електронний договір» тощо та врегулював порядок укладення електронних договорів. Зокрема, під електронною торгівлею згідно з ним розуміється господарська діяльність у сфері електронної купівлі-продажу, реалізації товарів дистанційним способом покупцю шляхом вчинення електронних правочинів із використанням інформаційно-телекомунікаційних систем; під електронним правочином – дія особи, спрямована на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків, здійснена з використанням інформаційно-телекомунікаційних систем; під електронним договором – домовленість двох або більше сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав і обов'язків та оформлена в електронній формі. Саме порядок вчинення електронних правочинів, визначення умов їхньої дійсності та наслідків – основна мета правового регулювання у

цій сфері. Особливостями укладених правочинів в цифровій (електронній) площині є засоби ідентифікації, як інструменту встановлення особи, яка її вчиняє (можуть бути використані наступні засоби ідентифікації: електронний підпис, електронний цифровий підпис, паспорт громадянина України у формі карти з безконтактним електронним носієм (та електронним цифровим підписом), Bank ID, підпис одноразовим ідентифікатором та аналог власноручного підпису) та форма його вчинення, дотримання якої є однією із загальних вимог, необхідних для забезпечення його чинності.

Варто наголосити, що у всіх перелічених вище випадках, фактично, йдеться про правочини у традиційному їх розумінні, оскільки змінюється лише характер спілкування сторін, спрощення вимог до оформлення правочинів тощо.

Разом із тим, слід звернути увагу на існування наразі нового типу правочинів, що формується в інформаційному суспільстві. До цього типу, на нашу думку, мають бути віднесені правочини, котрі сутнісно пов'язані з використанням інформаційних технологій. Із врахуванням цієї їх особливості вони можуть іменуватися «ІТ-правочини».

«ІТ-правочини» можна визначити як дії суб'єкта цивільного права, що вчиняються у сфері застосування інформаційних технологій та за допомогою останніх, і спрямовані на встановлення, зміну, припинення цивільних прав та обов'язків.

Розглядаючи «ІТ-правочин» у системі правових категорій інформаційного суспільства, до нього, передусім, можна віднести дії вчинені за допомогою платформи блокчейн. У світовій практиці вже є чимало прикладів успішного укладення правочинів (зокрема, договорів) за допомогою технології розподіленого реєстру. Такі договори отримали назву смарт-контрактів (smart contracts). Не зупиняємось тут на їхній характеристиці, оскільки це є темою самостійного дослідження, але скористаємось нагодою зазначити, що це революційна технологія, котра тільки ще починає апробовуватися, однак, на думку експертів, є дуже перспективною.

Висновки. Аналіз походження, формування та перспектив розвитку категорії правочину дає можливість зробити висновок, що, сформувавшись в основних своїх рисах ще у Римському приватному праві, правочини наразі слугують одним з найважливіших елементів правового механізму буття суспільства. Разом із тим, в інформаційному суспільстві концепція правочинів зазнала відчутних змін, фактично розділившись на два розгалуження: «традиційні правочини», які ґрунтуються на класичних засадах розуміння цієї категорії, і ІТ-правочини, котрі сутнісно пов'язані зі сферою буття та використання інформаційних технологій.

У свою чергу, доцільно розрізняти два види ІТ-правочинів: ІТ-правочини, тобто, ті правочини, що є діями суб'єктів цивільного права, але не можливі (не існують) поза ІТ-сферою взагалі, і які можуть бути вчинені за допомогою різних платформ (зокрема, платформи блокчейн), що за своєю природою є цивільно-правовим полем; традиційні за сутністю правочини, які пов'язані з ІТ, вчиняються за допомогою інформаційних технологій, сюди відносимо: електронні за формою правочини та такі, що пов'язані з використанням різного роду електронних засобів для їх вчинення (від цього залежить дійсність тощо, в тому числі ЕЦП).

Загалом категорія правочину переживає нову фазу розвитку, переломний момент, який має відбутися не лише в сфері технічного забезпечення можливостей такого укладення правочинів та правового регулювання останніх, але й у свідомості кожної людини.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Гримм Д.Д. Лекции по догме римского права. – М. : Зерцало, 2003. (воспроизв. по пятому изданию С.-Петербург, 1916 г.)
2. Харитонов Є.О. Історія приватного (цивільного) права Європи. Частина І Витоки. – Одеса, 1999. – 292 с.
3. Жеков В.І. Правочини, які порушують публічний порядок за цивільним законодавством України : дис. … канд.. юрид. наук : 12.00.03. – Одеса, 2006. – 208 с.
4. Муромцев С.А. Гражданское право Древнего Рима: лекции. – М. : Тип. А. И. Мамонтова и К, 1883. – 697 с.
5. Новицкий И. Б. Недействительные сделки // Вопросы советского гражданского права. – Изд-во АН СССР, 1945.
6. Харитонов Є.О. Основи римського приватного права : посібник. – Одеса: видавець Букаєв Вадим Вікторович, 2016. – 396 с.
7. Ильков С.В. Все о сделках. – СПб. : Герда, 2000. – 352 с.
8. Підопригора О.А., Харитонов Є.О. Римське право : підруч. – [2-е вид.]. – К. : Юрінком Інтер, 2009. – 528 с.
9. Давидова І.В. Правочини у ІТ-сфері та інформаційна безпека // ІТ-право та інформаційна безпека : моногр. / За ред. О.І. Харитонової, Є.О. Харитонова. – Одеса : Фенікс, 2017. – С. 74-86.
10. Барщук І. Застосування подвійного підпису документів захистить краще, ніж печатка. – Режим доступу : http://legalans.com/articles/publications/7873-zastosuvannya-podvynogo-pdpisu-dokumentv-zahistit-krasche-nzh-pechatka.html
11. ІТ-право: теорія та практика : навч. посібн. [авт. кол.] ; за заг. ред. Є.О. Харитонова, О.І. Харитонової. – Одеса : Фенікс, 2017. – 472 с.

Харитонов Євген Олегович, Давидова Ірина Віталіївна

КАТЕГОРІЇ ПРАВОЧИНУ: ВІД РИМСЬКОГО NEGOTIUM ДО «ІТ-ПРАВОЧИНУ»

Стаття присвячена аналізу трансформації засад розуміння категорії правочину в сучасній цивілістиці з врахуванням реалій інформаційного суспільства та розширенням можливостей укладення правочинів в умовах поширення інформаційних технологій. Зроблено висновок про існування нового типу правочинів, що формується в інформаційному суспільстві, зокрема, це правочини, котрі сутнісно пов'язані з використанням інформаційних технологій та запропоновано іменувати їх «ІТ-правочинами».

Ключові слова: правочин, договір, волевиявлення, інформаційні технології, інформаційне суспільство, ІТ-правочин.

Харитонов Евгений Олегович, Давыдова Ирина Виталиевна

КАТЕГОРИИ СДЕЛКИ: ОТ РИМСКОГО NEGOTIUM К «ИТ-СДЕЛКЕ»

Статья посвящена анализу трансформации основ понимания категории сделки в современной цивилистике с учетом реалий информационного общества и расширения возможностей заключения сделок в условиях распространения информационных технологий. Сделан вывод о существовании нового типа сделок, который формируется в информационном обществе, в частности, это сделки, которые по сути связаны с использованием информационных технологий, предложено именовать их «ИТ-сделками».

Ключевые слова: сделка, договор, волеизъявления, информационные технологии, информационное общество, ИТ-сделка.

Kharitonov Evgen, Davydova Iryna

THE CATEGORIES OF DEALS: FROM ROMAN NEGOTIUM TO "IT-DEAL"

The article is devoted to the analysis of the transformation of the principles of understanding the category of the deal in modern civil law with taking into account the realities of the information society and the extension of capabilities for making deals s in the conditions of the spread of information technologies.

The analysis of origin, formation and prospects of development of the category of the deal was made and the conclusion is that: having formed in its main features in the Roman private law, the laws currently serve as one of the most important elements of the legal mechanism of society's existence.

It is concluded that in the information society the concept of the deal has undergone significant changes, in fact, divided into two branches: "traditional deals", based on the classical principles of understanding this category, and IT-law, which are essentially related to the sphere of existence and the use of information technologies.

In turn, highlighted two types of IT-deals: IT-deals – is deals that are acts of subjects of civil law, but may not (exist) outside the IT-sphere at all, and which can be accomplished through various platforms (in particular, blockade platforms), which by its nature is a civil law field; deals that are traditional by its nature and which are related to IT, are making with the help of information technology: electronic deals and those related to the use of various electronic resources for its commission (the reality depends on this, etc., including EDS).

The category of the transaction has a new phase of development, a turning point that should take place not only in the field of technical provision of opportunities for such concluding transactions and legal regulation of the latter, but also in the consciousness of each person.

Key words: deals, contract, expression of will, information technologies, information society, IT-deals.

УДК 347.735:004.738.5

Берназ-Лукавецька Олена Михайлівна,
кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри цивільного права
Національного університету «Одеська юридична академія»

ДЕЯКІ ОСОБЛИВОСТІ ОН-ЛАЙН КРЕДИТУВАННЯ

Постановка проблеми. Одною з традиційних форм економічних відносин між людьми є грошова позика у формі кредиту. У сучасному світі кредит може видаватися як банківськими, так і небанківськими фінансовими установами. Однак, найчастіше, оформлення відбувається у приміщенні організації кредитора, але також, останнім часом набирає популярність он-лайн кредитування, тобто кредитування за допомогою інтернету.

Стан дослідження теми. Слід зазначити, що вітчизняні економісти та правознавці зверталися до розгляду окремих питань особливостей банківського кредиту або окремих його різновидів, серед них необхідно відзначити : В.Д. Базилевич, М.Д. Білик, Ф.Ф. Бутинець, З.М. Васильченко, В.В. Вітлінський, А.С. Гальчинський, А.М. Герасимович, Г.О. Кравченко, Н.І. В.М. Коссак, Квітта, В.Д. Лагутін, І.М. Лазепко, С.М. Лепех, Б.Л. Луців, А.М. Мороз, Л.О. Примостка, О.П. Орлюк, Ю.І. Чалий, Г.Ю. Шемшученко, ін. Крім цього, важливий вклад у дослідження інституту банківського кредиту та його роль в економіці зробили такі зарубіжні вчені Дж. М. Кейнс, Д. Рікардо, А. Пігу, А. Сміт, Й. Шумпетер та ін.

Однак практично всі спеціальні публікації з цього питання були результатом аналізу лише загальних питань банківського кредитування, певних їх різновидів, а їх автори не мали метою дослідження саме он-лайн кредитування та його особливостей. Вищевказані дослідження у даній галузі зарубіжних авторів можуть бути використані лише для порівняння, оскільки вони проводилися на іншому законодавчому матеріалі.

Метою даної статті є проведення дослідження особливостей он-лайн кредитування, його переваг серед інших видів кредитування.

Виклад основного матеріалу. Згідно Цивільного кодексу України кредитний договір це договір, за яким банк або інша фінансова установа (кредитодавець) зобов'язується надати грошові кошти (кредит) позичальникові у розмірі та на умовах, встановлених договором, а позичальник зобов'язується повернути кредит та сплатити проценти.

Кредитодавцем за договором кредиту згідно зі ст. 5 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» від 12 липня 2001 р. можуть бути банки та інші фінансові установи (кредитні спілки, ломбарди, лізингові компанії, довірчі товариства, страхові компанії, установи накопичувального пенсійного забезпечення, інвестиційні фонди і компанії та інші юридичні особи, виключним видом діяльності яких є надання фінансових послуг), а також у передбачених законом випадках — фізичні особи-підприємці [1].

Останнім часом стрімко зростає споживчий попит на небанківське кредитування. Цей вид кредитування також представлений в сегментах онлайн та офлайн.

Одним із прикладів небанківського кредитування сегмента офлайн є ломбард. Ця фінансова установа пропонує позичальникові отримати гроші

під заставу цінної речі, а пізніше, з урахуванням відсотків, її викупити. Згідно договору з ломбардом, якщо річ була викуплена в термін, то вона залишається у власності ломбарду.

Кредитна спілка – ще один вид небанківського кредитування сегменту офлайн. Це об'єднання вкладів громадян однієї професійної або ідей- спрямованості, або загального місця проживання з метою надання позик членам спілки при необхідності.

Протягом останніх десятиліть світова банківська індустрія знаходиться в умовах жорсткої конкурентної боротьби. Поява нових інформаційних технологій чинить серйозний вплив на вироблення стратегічної політики банку. Нинішні зміни в банківській сфері пов'язані з впливом ряду факторів,

в числі яких міжнародна тенденція до глобалізації ринку банківських послуг, зміна законодавства, а також розвиток інформаційних технологій.
Можна з упевненістю стверджувати, що процес інформатизації банківської діяльності продовжиться і надалі. У банківському секторі в найближчому майбутньому будуть переважати тенденції до підвищення якості та надійності пропонованих продуктів і послуг, збільшення швидкості проведення розрахункових операцій, організації електронного доступу клієнтів до банківських продуктів. Це обумовлено, перш за все, прагненням банків до досягнення конкурентних переваг на фінансових ринках.

На даний час ринок програмних продуктів для кредитних організацій представлений широким спектром систем, що розрізняються як функціональною частиною, так і технічною реалізацією, апаратною платформою, рівнем системного сервісу, методами захисту інформації і т.д.

Так, в останній рік в Україні зростає популярність небанківського кредитування онлайн. Такий вид кредитування дозволяє оформити кредит через інтернет, не виходячи з дому, або навіть зі смартфона підключенного до мережі, витративши для цього від 5 до 10 хвилин [2].

Далі звернемо увагу на те що, говорячи про інтернет-технології необхідно зазначити, що вони є важливою частиною банківської системи, вони успішно використовуються при обслуговуванні фізичних осіб. Розглянемо різновиди інтернет-технологій, що можуть використовуватися у кредитуванні.

Варто зазначити, що наразі інтернет відіграє важливу роль в сучасному світі, допомагаючи швидко знайти необхідну інформацію. Наприклад, людям, зацікавленим в пошуку житла, і все, що з ним пов'язано, – це і способи державної підтримки при купівлі житла, пошук кредитора та вибір кредитування. Цю інформацію можна отримати на сайтах банків-кредиторів. За допомогою онлайн-видань, що містять інформацію про нерухомість, можна ознайомитися з інтернет-каталогами, що допомагають з вибором іпотечних програм. Також нову інформацію завжди можна знайти на офіційних сайтах державних і муніципальних органів влади.

Ще одним видом інтернет-технологій є іпотечні онлайн-калькулятори. За допомогою такої системи громадянин може розрахувати суму іпотечного кредиту, визначитися з початковим внеском і графіком погашення заборгованості, розрахувати процентну ставку. В основному банки створюють онлайн-калькулятори, включаючи туди умови якоїсь певної іпотечної програми, для полегшення розрахунку різних витрат.

Існує такий вид технологій як інтернет-консультація. Це дуже зручна послуга, яка дозволяє подати заявку на кредит не виходячи з дому. Ще одна перевага цієї функції – можна подавати заявку в кілька банків. Також і для банківських працівників зручне використання цієї системи, вони можуть дистанційно консультувати клієнтів з приводу нових послуг і контролювати їх заборгованість. У період кризи, для деяких клієнтів буде цікава інформація з рефінансування і реструктуризації кредитів.

Також одним з достатньо нових продуктів, що з'явилися на ринку, стала можливість оплати рахунків через Інтернет. Ця технологія дозволяє оплатити рахунки не виходячи з дому. Через Інтернет можна оплатити не тільки іпотеку, а й комунальні платежі, платежі за телефон і багато іншого. Ця система дуже зручна в експлуатації. Але поки вона не зовсім безпечна, оскільки Інтернет володіє низьким рівнем надійності. Тому не рекомендується зберігати дані вашого рахунку на комп'ютері або телефоні.

Ще однією зручною послугою є отримання своєї кредитної історії онлайн. Тобто, особа може замовити кредитний звіт – це документ, в якому відображається його кредитна історія, тобто інформація про поточні та минулі кредити, заборгованість і прострочення. Для перегляду такого кредитного звіту необхідно зайти на офіційний сайт і в спеціальному розділі ввести свої персональні дані [3, с. 45-47].

Таким чином ми бачимо, що наразі інформаційні технології охоплюють все більше сфер людської життєдіяльності та ведення бізнесу. Не є винятком і є сфера надання кредитних послуг, у якій серед основних видів кредиту (банківський, споживчий тощо) з'являється та використовується ще один, а саме кредит он-лайн.

У тому числі, нинішні технології зробили допустимим появу електронного глобального фінансового ринку, який базується на інтеграційних системах, таких як: Телефонний банк, Банк-Клієнт, Інтернет, Інтернет Банк-Клієнт, рекомендовані в якості основних курсів просування банківських послуг. Вітчизняні передові банки, які вивчають досвід, накопичений країнами заходу по застосування комунікаційних електронних систем, які оснащені мережею Інтернет,стали користуватися ним в своїй практиці [4].

Щодо он-лайн кредитування, то воно є послугою, за допомогою якою позичальник може подати он-лайн заявку на отримання кредиту (у тому числі отримати кредитну картку) за допомогою заповнення спеціальної форми на сайті кредитної організації.

Варто акцентувати увагу, що процедура отримання позики достатньо проста. Позичальник захо-

дить на сайт компанії, що надає кредит, вибирає суму кредиту (зазвичай не більше 10 000 грн.), термін його експлуатації і погашення (зазвичай від 1 до 30 днів), заповнює анкету, і отримує гроші на свою платіжну карту. Це зручний і швидкий вид кредитування, де не потрібні ніяких довідок про підтвердження платоспроможності позичальника, а ризик відмови в отриманні кредиту, навіть у випадку негативної кредитної історії в банку, значно нижче банківського.

При першому зверненні за позикою в таких компаніях, як правило можна взяти в борг не більше 1000-2000 гривень. При своєчасному погашенні кредиту клієнт підвищує довіру до себе та може позичити суму до 10 000 гривень за звернення [2].

Прикладом он-лайн кредитування є також дистанційне оформлення товару в кредит в Інтернет магазинах (кредит на он-лайн покупки). Найчастіше такими товарами є телефони, смартфони, побутова техніка. Особа може розраховувати на надання такого кредиту у розмірі від 1000 до 100 000,00 гривень, в залежності від строку надання кредиту, віку позичальника, початкового внеску, приблизного графіку погашення кредиту та ідентифікуючих документів позичальника (паспорта, ІНН, пенсійного посвідчення, тощо) [5].

Ще одним цікавим прикладом он-лайн кредитування є отримання кредиту на короткий термін (наприклад, до моменту отримання заробітної плати). Деякі організації пропонують таку послугу як он-лайн позика. Так, у Республіці Казахстан позичальник повинен виконати наступні дії для отримання позики он-лайн:

1. Подати заявку на отримання позики. Заявник (позичальник) повинен бути громадянином Республіки Казахстан або іноземним громадянином з видом на проживання, який проживає на території Республіки Казахстан та досяг віку 20 років, має постійну реєстрацію на території Республіки Казахстан.

2. При заповненні Заявником Заявки, Заявник надає Товариству (кредитору) наступну інформацію, включаючи, але не обмежуючись: розмір суми і термін видачі позики, який не може перевищувати 30 (тридцяти) календарних днів; фото документа, що посвідчує особу, отримані через Сайт або Мобільний додаток; фотографії Заявника, отримані через Сайт або Мобільний додаток; індивідуальний ідентифікаційний номер (ІІН); адреса проживання заявника; адреса електронної пошти; номер мобільного телефону.

3. Вказати суму Договору в Оферті при виборі суми позики на Сайті або в Мобільному додатку.

4. Позичальник зобов'язується повернути надану суму Позики і сплатити Винагороду за користування позикою в порядку і в терміни, обумовлені Договором.

5. Заявник, який має намір отримати Позику, повинен зареєструватися на Сайті або в Мобільному додатку шляхом заповнення Анкети, викладеної на Сайті і в Мобільному додатку. При цьому Заявник погоджується надати Товариству усю необхідну інформацію (див. п.2)

6. Після отримання необхідної інформації Товариство приймає рішення про видачу або відмову у видачі позики в розмірі та на умовах, зазначених Заявником в Оферті, не пізніше 1 (одного) робочого дня з дати направлення Заявником Заявки. Товариство повідомляє Заявника про прийняте рішення про надання Позики або відмову від укладення Договору з Заявником будь-яким доступним способом.

7. Заявник до прийняття позитивного рішення про видачу позики зобов'язаний на вимогу Товариства пройти процес ідентифікації на Сайті або в Мобільному додатку, шляхом: фотографування документа, що посвідчує особу (лицьовий та зворотний бік); фотографування особи.

8. У разі прийняття Товариством позитивного рішення про видачу Заявнику Позики, Товариство надає Позику Позичальнику у вигляді одноразового перерахування Суми Позики, вказаною в Оферті, на Гаманець Позичальника [6].

Характеризуючи використання он-лайн кредитування , слід згадати його широке застосування у Польщі. Таким видом кредитування є соціальний кредит – позика он-лайн. Звичайно, для того аби надати або отримати соціальну позику необхідно мати при собі посвідчення особи (такі як водійські права або паспорт) і невелику суму грошей, яка буде впливати на субрахунок на сайті. Крім того, можна перевірити номер телефону або місце розташування позичальника – це збільшить авторитет і можливість отримати позику, особливо на самому початку своєї діяльності на сайті.

Після успішного створення облікового запису, особа може виступати як кредитором, так і позичальником. У цих системах є деякі служби безпеки, які захищають інтереси бажаючих інвестувати. Відсотки за позиками оподатковуються як дохід капіталу, а не як дохід від підприємницької діяльності.

Дана компанія підтримує веб-портал, який дозволяє особі зв'язатися з людьми, які мають потребу у кредиті – позичальниками, а також з людьми, у яких є кошти, щоб знайти – кредитора. Позичальник беручі кредит повинен заздалегідь вказати суму кредиту, приблизний термін погашення і процентну

ставку на яку він розраховує. Це клієнт робить через офіційний сайт. Також йому необхідно вказати на сайті особисті дані, включаючи інформацію про щомісячний дохід та кількість осіб, що проживають разом з ним. Дана інформація необхідна для перевірки позичальника в інформаційному бюро кредитів. Якщо у позичальника немає проблем з погашенням інших кредитів така кредитна заявка буде мати позитивний результат.

Щодо самого договору позики, то він направляється замовнику після того, як позичальник проходить процедуру подачі заявки на отримання кредиту та починає діяти після передачі плати за перевірку в розмірі 1 злотих, а також затвердження його умов.

Крім того, позичальник повинен поставити свій електронний підпис на договорі і відправити його через Мережу. Якщо у нього немає цифрового підпису, необхідно надрукувати весь договір з додатками та підписати його. Підпис має бути чітким і складатися з імені та прізвища. Далі система генерує електронний контракт і передає кошти, депоновані усіма кредиторами на рахунок позичальника. Щомісячний платіж відсотків є відповідною частиною капіталу, яку отримає кредитор. Ці відсотки є його єдиною нагородою [7].

Висновки. Таким чином, перевагою он-лайн кредитування, позика мають перевагами спрощений спосіб отримання грошових коштів, що дозволяє позичальникам заощадити час.

Однак, актуальною залишається проблема забезпечення інтересів учасників договору, передусім, інтересів кредитора (кредитодавця), який ризикує, надаючи кредит. Разом із тим, при такому кредитуванні кредитні ризики можуть виявитися вищими, оскільки кредитодавець не завжди має можливості достатньо ретельно перевірити платоспроможність потенційного боржника, його кредитну історію тощо. Такий ризик відноситься також до форми договору он-лайн кредитування.

Ще однією проблемою є те, що жодна з норм в законодавстві України не містить прямого алгоритму дій сторін при підписанні договору з підтвердженням згоди на сайті компанії. При цьому жодна з них не містить заборони саме в такий спосіб підписувати договір, більш того, з системного аналізу вищенаведених норм випливає, що такий спосіб підписання договору є допустимим.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг: Закон України від 12 липня 2001 р. №2664-III // Відомості Верховної Ради України (ВВР).–2002. – № 1. – ст. 1.
2. Небанковское онлайн кредитование в Украине — [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://trustedshops.ua/wp-content/uploads/2015/04/trustedshops-credit-research-out-003.pdf
3. Информационные технологии в ипотечном кредитовании [Текст] / Т. Г. Григорьева, В. О. Кабекова, А. А. Дмитриева // Инновационные технологии в образовании и науке : материалы Междунар. науч.-практ. конф. (Чебоксары, 7 мая 2017 г.) / редкол.: О. Н. Широков [и др.]. — Чебоксары: ЦНС «Интерактив плюс», 2017. — С. 45–47.
4. FEATURES OF APPLICATION OF INFORMATION TECHNOLOGIES FOR DEVELOPMENT OF INTERNET-BANKING IN RUSSIA. — [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://earchive.tpu.ru/bitstream/11683/17163/1/conference_tpu-2015-C24-166.pdf
5. Кредиты на онлайн покупки. За кредитами – в Кредит Маркет. — [Електронний ресурс]. — Режим доступу: https://kreditmarket.ua/rus/credit/kredity-na-onlajn-pokupki.html)
6. Правила предоставления займов. — [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://online-zaem.kz/conditions.php
7. Nikt nie daje gwarancji dla pożyczek w sieci. — [Електронний ресурс]. — Режим доступу: http://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/415270,nikt-nie-daje-gwarancji-dla-pozyczek-w-sieci.html
8. ІТ-право: сутність та поняття : монографія / авт. кол.; за ред. О.І. Харитонової, Є.О. Харитонова. – Одеса, Фенікс, 2017. – 316 с.
9. ІТ-право: теорія та практика : навч. посіб. / авт. кол. ; за ред. О.І. Харитонової, Є.О. Харитонова.– Одеса, Фенікс, 2017. – 472 с.

Берназ-Лукавецька Олена Михайлівна

ДЕЯКІ ОСОБЛИВОСТІ ОН-ЛАЙН КРЕДИТУВАННЯ

В даній статті проведено аналіз окремих особливостей он-лайн кредитування та його переваг серед інших видів кредитування. У статті надано поняття он-лайн кредитування, охарактеризовані інтернет-технології, які можуть використовуватися в кредитуванні. Також розглядаються окремі види інтернет-технології серед яких іпотечні онлайн-калькулятори. За допомогою такої системи громадянин може розрахувати суму іпотечного кредиту, визначитися з початковим внеском і графіком погашення заборгованості, розрахувати процентну ставку. В основному банки створюють онлайн-калькулятори, включаючи туди умови якоїсь певної іпотечної програми, для полегшення розрахунку різних витрат. До різновидів інтернет-технології також відносяться інтернет-консультації, які дозволяють подати заявку на кредит не виходячи з дому. Ще одна перевага цієї функції – можна подавати заявку в кілька банків.

Також окремим видом інтернет-технологій є отримання своєї кредитної історії онлайн. Тобто, особа може замовити кредитний звіт – це документ, в якому відображається його кредитна історія, тобто інформація про по-

точні та минулі кредити, заборгованість і прострочення. Для перегляду такого кредитного звіту необхідно зайти на офіційний сайт і в спеціальному розділі ввести свої персональні дані.

У статті визначається, що он-лайн кредитування є послугою, за допомогою якою позичальник може подати он-лайн заявку на отримання кредиту (у тому числі отримати кредитну картку) за допомогою заповнення спеціальної форми на сайті кредитної організації.

У статті характеризується використання он-лайн кредитування у Польщі, де видом такого кредитування є соціальний кредит – позика он-лайн. Для того аби надати або отримати соціальну позику необхідно мати при собі посвідчення особи і невелику суму грошей, яка буде впливати на субрахунок на сайті.

Ключові слова: он-лайн кредитування, позика, кредитор, інтернет-технології, кредитна послуга, інтернет-заявка.

Берназ-Лукавецкая Елена Михайловна

НЕКОТОРЫЕ ОСОБЕННОСТИ ОН-ЛАЙН КРЕДИТОВАНИЯ

В данной статье проведен анализ отдельных особенностей он-лайн кредитования и его преимущества перед другими видами кредитования. В статье предоставлено понятие он-лайн кредитования, охаракеризованы интернет-технологии, которые могут использоваться в кредитовании. Также рассматриваются отдельные виды интернет-технологий среди которых ипотечные онлайн-калькуляторы. С помощью такой системы гражданин может рассчитать сумму ипотечного кредита, определиться с первоначальным взносом и графиком погашения задолженности, рассчитать процентную ставку. В основном банки создают онлайн-калькуляторы, включая туда условия какой-то определенной ипотечной программы, для облегчения расчета различных расходов. К разновидностям интернет-технологии также относятся интернет-консультации, которые позволяют подать заявку на кредит не выходя из дома. Еще одно преимущество этой функции – можно подавать заявку в несколько банков.

Также отдельным видом интернет-технологий является получение своей кредитной истории онлайн. Таким образом, человек может заказать кредитный отчет – это документ, в котором отражается его кредитная история, то есть информация о текущих и прошлых кредитах, задолженность и просрочки. Для просмотра такого кредитного отчета необходимо зайти на официальный сайт и в специальном разделе ввести свои персональные данные.

В статье определяется, что он-лайн кредитование является услугой, с помощью которой заемщик может подать он-лайн заявку на получение кредита (в том числе получить кредитную карточку) посредством заполнения специальной формы на сайте кредитной организации.

В статье характеризуется использование он-лайн кредитования в Польше, где видом такого кредитования является социальный кредит – ссуда он-лайн. Для того чтобы предоставить или получить социальный заем необходимо иметь при себе удостоверение личности и небольшую сумму денег, которая будет влиять на субсчет на сайте.

Ключевые слова: он-лайн кредитование, кредитор, интернет-технологии, кредитная услуга, интернет-заявка, заем.

Bernaz-Lykavetskaya Olena

SOME FEATURES OF ON-LINE CREDIT

This article analyzes the specific features of on-line lending and its advantages over other types of lending. The article provides the concept of on-line lending, the Internet technologies, which can be used in lending, are characterized. Also considered are certain types of Internet technologies among which are mortgage online calculators. With the help of such a system, a citizen can calculate the amount of a mortgage loan, determine the initial installment and the repayment schedule, calculate the interest rate. Basically, banks create online calculators, including the terms of some specific mortgage program, to facilitate the calculation of various costs. Internet technologies also include Internet consultations, which allow you to apply for a loan without leaving your home. Another advantage of this function is that you can apply to several banks.

Also, a separate type of Internet technology is to get your credit history online. Thus, a person can order a credit report – this is a document that reflects his credit history, that is, information about current and past loans, arrears and delinquencies. To view such a credit report, you need to enter the official site and enter your personal data in a special section.

The article determines that online lending is a service through which a borrower can apply online for a loan (including a credit card) by filling out a special form on the credit institution's website

The article describes the use of on-line lending in Poland, where a type of such lending is a social loan – an online loan. In order to provide or receive a social loan, you need to have an identity card and a small amount of money, which will affect the sub-account on the site.

Key words: on-line lending, creditor, loan, internet technologies, credit service, internet application.

УДК 347.73:(336.743:04.4)

Некіт Катерина Георгіївна,
кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри цивільного права
Національного університету «Одеська юридична академія»

СВІТОВІ ПІДХОДИ ДО ВИЗНАЧЕННЯ ПРАВОВОГО СТАТУСУ КРИПТОВАЛЮТ

Постановка проблеми. Сьогодні у світі складається ситуація, коли обіг криптовалют невпинно зростає, але зі ставленням до цього явища законодавці більшості країн ще не визначились. Це призводить до того, що операції з криптовалютами не виводяться з тіні, що позбавляє держави істотної долі податкових надходжень від такого роду операцій. Очевидною є необхідність офіційного визнання криптовалюти світовими урядами і тому, що є безспірними переваги віртуальної валюти, які здатні задовольнити сучасні потреби цифрового суспільства, а отже впливають на її розвиток і поширення використання. До таких переваг відносять, зокрема, можливість моментальної швидкості розрахунків; нульову комісію за здійснення транзакцій; наявність анонімності в розрахунках; наявність високого ступеня захищеності операцій; безповоротність платежів; відсутність необхідності конвертації у валюту країни виробництва розрахунків; трансграничність [1].

Стан дослідження теми. Серед наукових досліджень проблем правового регулювання криптовалют слід згадати роботи І. Дороніна, С. Щербака, М. Поппера, П. Віньї, М. Кейсі, Д. Джоші, Г. Хильмана, М. Капланова. Питання природи криптовалют підіймаються також у рботах економістів, зокрема, А. Дамодарана, О. Шарова, Р. Яновського.

Метою цього дослідження є аналіз підходів різних країн до визначення правового статусу криптовалют, дослідження спроб правового регулювання криптовалют у різних країнах світу.

Виклад основного матеріалу. На сьогоднішній день угоди з криптовалютами у світі вже непоодинокі: це випадки продажу за біткоїни картини (в Амстердамі), нерухомості (в Індонезії, Нікарагуа й Лас-Вегасі), польотів на місяць (британською компанією Virgin Galactic), автомобілів Tesla S і Lamborghini Gallardo (у Каліфорнії). Щоправда, у вказаних випадках продавці, дотримуючись вимог національного фінансового законодавства, проводили ці угоди через банки, попередньо одержавши на біржі за свої біткоїни реальну національну валюту, що дало підставу деяким дослідникам стверджувати, що криптовалюту можна розглядати як аналог чека або векселя (тратти), за яким можна одержати реальні гроші [2]. На противагу цьому твердженню, інші дослідники, навпаки, зазначають, що криптовалюта не може прирівнюватися до цінних паперів, оскільки «записи у блокчейні представляють собою абсолютні права і за своєю природою схожі на речі: їх кількість відома, вони переходять від володільця до володільця у суворо визначеному порядку, вони не містять будь-яких прав вимоги» [3]. Слід зазначити, що позиція, яка заперечує можливість розглядати криптовалюти як аналог цінних паперів, міститься у Рішенні Європейського суду справедливості по справі С-264/14 від 22.10 2015 р., у п. 55 якого вказано, що віртуальна валюта «біткоїн» не може вважатись цінним папером або інструментом, що посвідчує право на майно [4].

Отже, на сьогодні гостро постає питання щодо визначення статусу криптовалюти, тому зупинимося детальніше на підходах різних країн світу до визначення правової природи криптовалют. Однак відразу зазначимо, що тут на нас очікує певна небезпека – відношення законодавців до криптовалюти змінюється так швидко, що є великий ризик того, що після опублікування роботи про статус криптовалюти в тій чи іншій країні ця інформація вже може бути не актуальною. Тому відразу зауважимо, що будь-яке дослідження статусу криптовалюти є відповідним на момент написання, і не виключено, що після опублікування роботи це буде не актуальною інформацією, а історичним фактом, що, тим не менш, не принизить цінності такого дослідження.

Однією з найбільш передових у питаннях правового регулювання обігу криптовалют країн, є Японія. У квітні 2017 року в Японії було прийнято закон про віртуальну валюту. Поняття криптовалюти було розмежовано із поняттям електронних грошей, криптовалюта була визнана не грошовим засобом, а обігоздатною цінністю, що може бути використана у якості платіжного засобу, а також набуватись як товар без застосування податку на додану вартість [5]. Державне регулювання торкнулося трьох основних напрямів.

По-перше, законом було визначено статус біткоїна і віртуальної валюти. Закон про віртуальну валюту хоча і визнав криптовалюти Bitcoin і Ethereum грошима, такими, що мають «функції, схожі з грошима», але не оголосив їх легалізованою валютою, а лише офіційним платіжним засобом, який може «виконувати функції валюти». Згідно закону, тепер для юридичних осіб дозволяється використання криптовалюти для взаєморозрахунків. Крім того, компанії і приватні особи можуть купувати ці віртуальні гроші як товар. Закон визначає криптовалюти як «прирівняні до активів носії вартості, які можуть використовуватися для здійснення платежів і передаватися в цифровому вигляді».

По-друге, у законі є положення, спрямовані на регулювання криптовалютного ринку. Фактично, відбулося створення цивілізованого ринку криптовалют із зрозумілими правилами і захистом споживачів. Нові японські правила вимагають від криптовалютных бірж отримання ліцензії на торгівлю віртуальними валютами і обов'язкову реєстрацію в Агентстві з фінансових послуг Японії (FSA), яке регулює питання емісії національної валюти. На ухвалення рішення про видачу ліцензії відводиться два місяці. Якщо компанії відмовлено в ліцензії, вона повинна припинити свою діяльність на території Японії. Отримати таку ліцензію можуть тільки компанії-резиденти Японії.

По-третє, у законі визначені деякі питання оподаткування. Податкова реформа з 1 липня 2017 року, звільнила віртуальну валюту від восьмивідсоткового податку на споживання («JCT»), що є аналогом податку на додану вартість (ПДВ). JCT сплачується у разі придбання більшості товарів і послуг в Японії. Разом з тим, дохід від віртуальної валюти розцінюється як інші надходження і вважається доходом від ведення бізнесу, а отже, оподатковується податком на прибуток і приріст капіталу.

Японія також є лідером у питанні регулювання ICO. Хоча у Японії немає спеціалізованих законів щодо первинного розміщення монет, ця область регулюється чинним законодавством. Закон про платіжні послуги у віртуальній валюті регулює випуск токенов. Так, компанія, що випускає монети повинна реєструватися у фінансовому бюро по місцю ICO. Якщо ж ICO передбачаються як інвестиції, то набуває чинності Закон про біржі і фінансові інструменти і первинне розміщення регулюється ним.

Слід зазначити, що такі зрозумілі й практичні кроки японського уряду щодо регулювання криптовалют дозволили укріпити довіру до віртуальних грошей, створити більш стабільний, контрольований ринок, привернути іноземних інвесторів [6].

Схожа ситуація щодо регулювання криптовалют складається на сьогодні в Канаді. У січні 2014 року Міністерство фінансів Канади повідомило, що не визнає Bitcoin платіжним засобом, але представником Банку Канади було вказано на те, що незначні автономні фінансові системи, на зразок Bitcoin, не представляють істотної загрози канадській фінансовій системі.

У червні 2014 року в Канаді був запропонований законопроект, який включив наступні пункти: біржі криптовалют зобов'язані реєструватися в FINTRAC, як фінансові установи; компанії зобов'язуються забезпечувати дотримання законів у сфері легалізації (відмивання) засобів: оповіщати регулятора про підозрілі операції, упровадити верифікацію користувачів і тому подібне; банки не мають права відкривати рахунки біржам криптовалют, які не пройшли реєстрацію в FINTRAC.

Напрями діяльності, де використовується цифрова валюта, в Канаді підлягають оподаткуванню. Оплата товарів або послуг тут може здійснюватися у криптовалюті, проте береться податковий збір, як з бартерної операції. Під час продажу криптовалюти стягується податок на доходи (Income Tax), податок на прибуток (Corporation Income Tax) або податок на приріст капіталу.

Ще одним напрямом діяльності з використанням криптовалюти в Канаді є оплата праці. Це звична практика для канадців, і вона також підлягає оподаткуванню. Податок стягується відповідно до вимог трудового законодавства [7].

У серпні 2017 року канадське об'єднання регуляторів ринку цінних паперів (CSA) поширило правила випуску криптовалют (куди включається й випуск токенів), зокрема критерії віднесення криптовалюти/токенів до цінних паперів чи іншого майна [5].

У США присутнє фрагментарне правове регулювання обігу криптовалют. Податкова служба США у 2014 році визначила, що для цілей федерального оподаткування конвертована віртуальна валюта (що має еквівалент у фіатній валюті, наприклад, Bitcoin) розглядається як майно. Комісія з цінних паперів США (SEC) розглядає криптовалюту як цифрове втілення цінності, яке розповсюджуєть-

ся в цифровій формі і може бути використано як засіб обміну, одиниця обліку або засіб накопичення. До окремих видів діяльності, пов'язаних з використанням криптовалюти (наприклад, діяльність з її продажу та обміну), застосовуються вимоги законодавства про банківську таємницю.

Операції з випуску криптовалюти і токенів у США можуть в окремих випадках бути класифіковані як розміщення цінних паперів, в цьому випадку до процедури їх випуску застосовуються ті ж вимоги, що й до розміщення традиційних цінних паперів [5].

Таким чином, у США цифрова валюта розглядається одночасно як гроші (їх аналог), власність та біржові товари. На федеральному рівні деякі криптовалютні компанії (наприклад, біржі) повинні бути зареєстровані як оператори з переказування коштів. А на рівні штатів діяльність таких компаній підлягає ліцензуванню (в кожному окремому штаті). Як власність цифрові гроші розглядаються з метою оподаткування. Операції з криптовалютою оподатковуються. Наприклад, заробітна плата, що виплачується працівникам у Bitcoin, є об'єктами федерального податку з доходів (Federal Income Tax Withholding) та податку на заробітну плату (Payroll Taxes).

Комісія з цінних паперів та бірж США (SEC) у липні 2017 р. посилила вимоги до компаній, що залучають кошти на стартапи за допомогою ICO. Комісія випустила попередження учасникам ринку, в якому прирівняла первинну пропозицію токенів (ICO) криптовалютних проектів до традиційного розміщення цінних паперів і попередила про необхідність реєструвати такі угоди [8].

У європейських країнах ставлення до криптовалют є дуже неоднозначним.

У Великобританії на даний час криптовалюти не є конкретно певним фінансовим продуктом, а тому знаходяться поза правовим регулюванням. У 2014 р. державний орган Об'єднаного Королівства підтвердив, що Bitcoin – це і не валюта, і не гроші, тому криптовалюта жодним чином не може регулюватися фінансовим законодавством Великобританії. До сьогодні у Великобританії цифрову валюту вважають унікальною комбінацією цифр, що отримана в результаті складних математичних обчислень та алгоритмів. З погляду їх природи, криптовалюти у Великобританії розглядаються як «приватні гроші». Законодавче регулювання знаходиться у процесі становлення, Управління з фінансового регулювання і нагляду (FCA) створило майданчик для запуску й тестування пілотних проектів у сфері обігу криптовалют, тобто надається підтримка стартапам, пов'язаним із цифровою валютою, а також випустила документ щодо технології розподілених регістрів.

У Німеччині впродовж останніх декількох років підхід до визначення віртуальної криптовалюти зазнавав зміни. У грудні 2011 року Федеральне управління фінансового нагляду (BaFin) розповсюдило заяву, згідно якій Bitcoin не є електронними грошовими коштами, оскільки не прив'язані ні до однієї з традиційних валют, і визначило їх як товар. Далі в травні 2014 року Федеральне міністерство фінансів Німеччини опублікувало лист, в якому вказувалося, що комерційний продаж біткоїну – це «інша послуга». Для рітейлерів, які приймають біткоїн як оплату за товари, оподаткуванню повинні підлягати як операції з продажу самого товару, так і операції з продажу біткоїнів, що приймаються при здійсненні покупки. З грудня 2013 року і по теперішній час Bafin рассматривает біткоїн як одиницю розрахунку (Rechnungseinheiten, підвид фінансових інструментів, передбачений Законом про банківську діяльність), що є формою «приватних грошей», які можуть оподатковуватися як капітал. Також вказується на необхідність спеціального дозволу/ліцензії для деяких видів використання криптовалют.

В Ізраїлі Податкова служба розповсюдила проект документа, що відноситься до регулювання оподаткування окремих видів діяльності, пов'язаних з обігом криптовалют в країні. Згідно представленої інтерпретації, криптовалюта є активом, а не грошовими коштами, валютою або цінним папером. Відповідно, пропонується розглядати криптовалюту як актив для цілей бухгалтерського обліку, а також сплачувати податок на капітал і ПДВ.

У Польщі детальне правове регулювання обігу криптовалют відсутнє. У 2013 році Міністерство фінансів Польщі зробило заяву про те, що криптовалюта не вважається протизаконною, проте не є грошовими коштами. Відсутнє законодавче визначення криптовалюти. Разом з тим, діяльність з майнінгу і купівлі-продажу біткоїнів офіційно визнана одним з видів комерційної діяльності і підлягає реєстрації в уповноваженому органі.

Шведська юрисдикція в цілому вельми сприятлива для бізнесу і користувачів криптовалюти у порівнянні з іншими країнами ЄС і світу. Урядовий регулюючий і наглядовий орган Шведського фінансового наглядового органу (Finansinspektionen) узаконив швидкорослу галузь, публічно оголосивши біткоїн та інші цифрові валюти платіжним засобом.

Для певних компаній, що взаємодіють з традиційною валютою (головним чином, обмінних майданчиків, бірж), введено вимогу про ліцензування, а також встановлений обов'язок з дотри-

мання стандартних вимог (зокрема щодо процедур ідентифікації клієнтів), що застосовуються до більш традиційних постачальників фінансових послуг.

Операції з використанням біткоїнів у Швеції не обкладаються ПДВ.

Майнінг оподатковується податком на доходи від трудової діяльності або податком на доходи від підприємницької діяльності.

На рівні Європейського Союзу пряме регулювання криптовалют відсутнє. Криптовалюта кваліфікується Європейським центральним банком як конвертована децентралізована віртуальна валюта. У липні 2014 року Європейський центральний банк рекомендував європейським банкам не проводити операції з використанням віртуальних валют до тих пір, поки не буде встановлений режим регулювання. У жовтні 2015 року Суд Європейського союзу (Court of Justice of the European Union) встановив, що при використанні біткоїнів як засобу платежу, операції з обміну біткоїнів на фіатну валюту не підлягають оподаткуванню ПДВ. У 2017 році в Директиву ЄС про боротьбу з відмиванням грошових коштів були внесені зміни, спрямовані на зниження ризику використання віртуальних валют для відмивання злочинних доходів. Згідно внесеним поправкам, провайдери криптовалютних сервісів і «платформи віртуальних валют» повинні застосовувати ті ж вимоги щодо ідентифікації клієнтів і відстеження підозрілих операцій, як банки та інші кредитні й фінансові організації [5].

Повертаючись до інших країн Азії, зазначимо, що, крім Японії, ще у деяких з них здійснюються заходи, спрямовані на врегулювання відносин, пов'язаних із використанням криптовалют. Так, у В'єтнамі уряд розробляє основні підходи до правового регулювання криптовалют і операцій з ними. Зокрема, в процесі підготовки знаходяться підходи до оподаткування таких операцій і до відповідальності за їх порушення. Очікується, що формування нормативної бази буде завершено до кінця 2018 року, тоді як система оподаткування криптовалюти буде сформована до 2019 року.

У Північній Кореї розробляються правила для легалізації основних криптовалют, зокрема Bitcoin. Розглядається можливість переглянути чинний Закон про електронні фінансові транзакції (Electronic Financial Transactions Act), з тим, щоб створити правову основу для здійснення криптовалютних транзакцій. Також обговорюється внесення змін у податкове законодавство, зокрема, розглядається можливість оподаткування криптовалют і операцій з ними ПДВ, податком на капітал і податком на дарування [5].

Особливе місце серед країн Азії у питаннях правового регулювання діяльності, пов'язаної з криптовалютами займають Китай та Сінгапур.

У Китаї, як відомо, сконцентровані найпотужніші майнові ферми, оскільки електроенергія там набагато дешевше, а отже, у Китаї виробляється левова доля криптовалют. Але при цьому з вересня 2017 року в Китаї діє публічна заборона розміщення токенів та створення ICO. Однак дозволене зберігання криптовалюти фізичними особами та операції з криптовалютою між фізичними особами [5].

Законодавчий підхід до правового регулювання криптовалютних відносин у Китаї знаходиться у процесі становлення. Разом із тим, ще наприкінці 2013 року Народний банк разом з іншими регуляторами підготував повідомлення, відповідно до якого: фінансові установи не повинні брати участь у операціях з Bitcoin; Bitcoin є віртуальним товаром (virtual commodity), а не валютою; веб-сайти, пов'язані з Bitcoin (наприклад, криптовалютные біржі), повинні бути зареєстровані в Телекомунікаційному бюро (Telecommunications Bureau).Чинне законодавство Китаю не містить спеціальних правил щодо оподаткування цифрової валюти і операцій з нею. В той же час, оскільки криптовалюта визначена як віртуальний товар (virtual commodity), а не валюта, продаж цифрових грошей може оподатковуватися податком на додану вартість (Value-added tax), а дохід і прибуток в криптовалюті підлягають оподаткуванню податком на прибуток (Corporate Tax), прибутковим податком (Individual Income Tax) і податком на приріст капіталу (Capital Gains Tax) [9].

У Сінгапурі сам статус криптовалюти детально не врегульований, проте існує правове регулювання окремих видів діяльності, пов'язаних з обігом криптовалюти. Зокрема, Валютне управління Сінгапура (MAS) випустило низку нормативних документів, що регулюють публічне розміщення цифрових активів (токенів), а також торгівлю ними. Криптовалютні біржі підлягають реєстрації в MAS і знаходяться під його контролем. Криптовалюти розглядаються як актив, а не як засіб платежу. Операції з криптовалютою можуть оподатковуватися місцевим аналогом ПДВ [5].

Однією з найбільш прогресивних юрисдикцій у сфері криптовалют є Австралія. Спроби визначити правовий статус криптовалюти в Австралії почалися ще в 2013 року, коли Резервний банк Австралії визначив Bitcoin як альтернативи валютам різних країн і платіжної системи. У лютому 2014 року Комісія з цінних паперів та інвестицій Австралії (Australian Securities Investments Commission) заявила, що розглядає можливість врегулювання криптовалютної діяльності. Наприкінці 2014 року

Комісія відзначила, що цифрова валюта не вважається фінансовим продуктом, а отже, її купівля, продаж, зберігання та інші операції (крім криптовалютних операцій, пов'язаних з фіатними грошима або іншими фінансовими продуктами) не підлягають ліцензуванню.

У грудні 2016 року в Австралії набув чинності Кодекс поведінки для гравців індустрії цифрових валют, розроблений Асоціацією цифрових валют і комерції Австралії. Кодекс є обов'язковим лише для членів Асоціації, які відповідно до нього повинні: забезпечити дотримання вимог законодавства у сфері протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, і фінансуванню тероризму; здійснювати перевірку відомостей про директорів, топ-менеджерів та крупних акціонерів компанії; надати клієнтам справедливу можливість добиватися відшкодування за надані неналежним чином послуги. Також в цілях контролю за дотриманням Кодексу існує щорічна процедура аудиту і повторної сертифікації членів Асоціації. Сама організація у разі порушення її членами положень Кодексу може накладати на них штрафні санкції [9].

У жовтні 2017 року отримав королівське схвалення законопроект, згідно якому операції з криптовалютою не оподатковуються місцевим аналогом ПДВ (GST). Таким чином, криптовалюта, по суті, прирівняна до засобів платежу.

У серпні 2017 року уряд Австралії виніс на розгляд законопроект, що регулює обіг віртуальних валют в країні. Пропонований законопроект є частиною законодавчого пакету, спрямованого на доповнення Закону про фінансування боротьби з відмиванням грошей і фінансуванням тероризму в країні і зміцнення авторитету Австралійського центру аналізу транзакцій і звітності (AUSTRAC). Очікується, що законопроект встановить деякі правила обігу криптовалюти. Зокрема, поточна редакція законопроекту припускає створення «Реєстру цифрових валют», ведення якого буде здійснювати AUSTRAC. Криптовалютні біржі, що діють в Австралії, повинні будуть пройти реєстрацію у даному реєстрі, за здійснення операцій з обміну без реєстрації передбачена відповідальність у вигляді штрафів до 200 000 австралійських доларів і тюремного ув'язнення на строк до 7 років [5].

У країнах Південної Америки ставлення до криптовалюти є вкрай протилежним. Так, Аргентина є однією з провідних країн в області використання криптовалюти. Наприклад, з 2016 року в Аргентині допускаються розрахунки біткоїнами за послуги таксі. Віртуальна валюта визначається відповідно до аргентинського законодавства як «цифрове втілення цінності, яка може використовуватися для електронної комерції і чиї функції полягають в тому, щоб сформувати середовище обміну та/або одиницю облікового запису та/або сховища вартості». Разом із тим, у Бразилії та Колумбії криптовалюти не регулюються, а в Еквадорі та Болівії офіційно заборонені [5].

Активна робота в напрямку правового регулювання діяльності, пов'язаної з використанням криптовалют, розгортається сьогодні у Російській Федерації. Якщо ще у 2015 році основне питання, що обговорювалося щодо криптовалют було питання адміністративної чи кримінальної відповідальності за її використання, то вже у 2016 році сприйняття цифрової валюти кардинально змінилося, діяльність з розробки закону, що забороняє обіг криптовалют змінилася на роботу з розробки закону, що забезпечує регулювання обігу криптовалют, яка на даному етапі завершилася представленням на офіційному сайті Міністерства фінансів Російської Федерації законопроекту "Про цифрові фінансові активи". Вказаний законопроект спрямований на врегулювання відносин, що виникають при створенні, випуску, зберіганні та обігу цифрових фінансових активів, які визначаються законопроектом як майно в електронній формі, створене з використанням шифрувальних (криптографічних) засобів. Права власності на дане майно посвідчуються шляхом внесення цифрових записів в реєстр цифрових транзакцій. До цифрових фінансових активів законопроект відносить криптовалюту, токен.

Деталізуються законопроектом і самі поняття криптовалюти й токену. Так, криптовалюта розуміється як вид цифрового фінансового активу, що створюється та враховується в розподіленому реєстрі цифрових транзакцій учасниками цього реєстру відповідно до правил ведення реєстру цифрових транзакцій. Під токеном розуміється вид цифрового фінансового активу, який випускається юридичною особою або індивідуальним підприємцем з метою залучення фінансування і враховується в реєстрі цифрових записів. Дається також визначення поняття майнінгу, що розуміється як підприємницька діяльність, спрямована на створення криптовалюти та/або валідацію з метою отримання винагороди у вигляді криптовалюти.

Законопроектом акцентовано увагу на тому, що цифрові фінансові активи не є законним засобом платежу на території Російської Федерації. Зазначається, що цифрові фінансові активи одного виду можуть обмінюватись на цифрові фінансові активи іншого виду, а також обмінюватись на рублі, іноземну валюту та/або інше майно. Тобто припускається, що цифрові фінансові активи можуть бути лише предметом договору міни, а не купівлі-прода-

жу. При цьому у криптовалютні відносини вводиться ще один суб'єкт – оператор обміну цифрових фінансових активів, усі правочини з такими активами здійснюються лише за його посередництва. Таким оператором може бути лише юридична особа, що створена відповідно до законодавства Російської Федерації і здійснює види діяльності, вказані в статтях 3 – 5 Федерального закону від 22 квітня 1996 р. № 39-ФЗ «Про ринок цінних паперів», або юридичні особи, що є організаторами торгівлі відповідно до Федерального закону від 21 листопаду 2011 р. № 325-ФЗ «Про організовані торги», тобто оператори обміну цифрових фінансових активів повинні відповідати чітко визначеним вимогам. Крім того, законопроектом передбачено, що у разі, якщо операції з обміну цифрових фінансових активів укладаються із залученням оператора обміну цифрових фінансових активів, що є організатором торгівлі відповідно до Федерального закону від 21 листопаду 2011 р. № 325-ФЗ «Про організовані торги», такі операції повинні здійснюватися відповідно до Правил організованих торгів цифровими фінансовими активами, зареєстрованими в Центральному банку Російської Федерації.

Також законопроектом фактично зроблено спробу врегулювати діяльність ICO, а саме ст. 3 законопроекту присвячено особливостям випуску токенів.

У цілому можна відмітити, що законопроект має рамочний характер, у ньому визначено природу криптовалют, основних учасників ринку, основні принципи діяльності крипторинку, більшість норм носить відсилочний характер.

Висновки. Підводячи підсумки зазначимо, що на сьогодні ставлення до криптовалют різниться у залежності від рівня розвитку країни. Як правило, у розвинутих державах ставлення до криптовалют позитивне, відмічаються спроби розробки законів, спрямованих на врегулювання обігу криптовалют. Щодо правового статусу криптовалют позиції складаються дуже різноманітні: криптовалюта у різні часи і у різних країнах розглядалася як грошовий засіб (Італія, пізніше й до сьогодні – Японія), як фінансовий інструмент, як грошовий сурогат (у різні часи таку позицію висловлювали Україна, Російська Федерація, Білорусь, висловлювалася така позиція Єврокомісії), як товар (вперше – в США, сьогодні – у більшості країн світу). Зустрічаються визначення криптовалюти як цифрового еквіваленту цінності, форми цифрової власності, нематеріального активу. Сьогодні в більшості країн світу криптовалюта не вважається грошима або валютою, у абсолютній більшості країн криптовалюта кваліфікується як нематеріальний актив або товар, частіше за все вона не виступає законним платіжним засобом. При цьому операції з криптовалютою прирівнюються к бартерним операціям. Однак, варто зазначити, що така позиція сьогодні вже також піддається критиці, оскільки за таких умов втрачаються фінансові складові криптовалюти, яка переводиться у виробничу сферу, у сферу товарообігу, і таким чином втрачається те, заради чого вона створювалась, що не сприяє розвитку міжбанківського співробітництва та фінансових технологій.

В цілому, усі міжнародні позиції щодо криптовалют можуть бути зведені у три категорії. Так, Європейська банківська адміністрація (EBA), Департамент фінансових послуг Нью-Йорка (NYDFS), Співдружність націй ставляться до криптовалют позитивно, підкреслюючи її переваги. Нейтральне ставлення до криптовалют простежується у позиціях Європейського управління по нагляду за ринком цінних паперів (ESMA), Управління з фінансового регулювання і нагляду Великобританії (FSA), Європарламенту. І негативно до криптовалют ставляться Європол та Центральні банки країн, що пояснюється у першому випадку фактом вчинення злочинів з використанням криптовалюти, у другому – боязню Центральних банків не впоратися із натиском осіб, постраждалих від махінацій з використанням криптовалют.

Що стосується уніфікації позицій щодо криптовалют на рівні національного регулювання у різних країнах світу, то вони можуть також бути зведені у три групи. У деяких країнах криптовалюти та операції з ними прямо заборонені (Бангладеш, Еквадор, Китай – для юридичних осіб). Для більшості країн регулювання криптовалют здійснено на рівні рекомендацій регуляторів, що не мають обов'язкового характеру (на федеральному рівні в США, у Німеччині, Норвегії). І нарешті, у деяких країнах вже існує так зване фрагментарне регулювання операцій з криптовалютами (штат Нью-Йорк у США, Великобританія, Швеція, Австралія, Японія).

Поширюється встановлення законодавчих вимог щодо статусу осіб, які здійснюють діяльність, пов'язану із обігом криптовалют, встановлюються вимоги щодо ліцензування діяльності з торгівлі віртуальними валютами (Японія, США, Швеція). Все частіше спрямовуються зусилля на законодавчому рівні врегулювати діяльність ICO (Японія, Канада, США, Сінгапур, законопроект у Російській Федерації), випуск та розміщення токенів регулюється за аналогією з цінними паперами. У деяких країнах також офіційно визначено поняття майнінгу, який прирівняний до виду підприємницької або трудової діяльності (Польща, Швеція).

ЛІТЕРАТУРА:

1. Образцова В.В. Правовой статус криптовалют в России. – URL: http://web.snauka.ru/issues/2017/01/77180
2. Шаров О. Криптовалюти: глобальні гроші чи глобальна піраміда. – URL: https://dt.ua/finances/kriptovalyuti-globalni-groshi-chi-globalna-piramida-263545_.html
3. Янковский Р. Государства против криптовалют: история регулирования и борьбы. – URL: https://geektimes.ru/post/294871/
4. Верланов С. Правова природа криптовалют у судовій практиці Європейського суду справедливості. – URL: http://advisortax.org/wp-content/uploads/2017/11/Legal-nature-of-cryptocurrencies-Verlanov.pdf
5. Обзор законодательного регулирования криптовалют в отдельных государствах. – URL: https://assets.kpmg.com/content/dam/kpmg/ru/pdf/2017/11/ru-ru-cryptocurrency-legislative-regulation-worldwide-november-2017-upd.pdf
6. Правовой статус криптовалют в Японии. – URL: https://forknews.io/analitics/000304-pravovoj-status-kriptoval.html
7. Правовое регулирование операций с криптовалютами в Канаде. – URL: https://www.eternitylaw.com/blog/2017/10/05/blog-2017-09-29-pravovoe-regulirovanie-kriptovalyutnyh-operatsij-v-kanade/
8. Єпіфанова Н. Криптовалюта: товар, засіб платежу, можливо, об'єкт інтелектуальної власності? – URL: http://yur-gazeta.com/publications/practice/bankivske-ta-finansove-pravo/kriptovalyuta-tovar-zasib-platezhu-mozhlivo-obekt-intelektualnoyi-vlasnosti.html
9. Правовое регулирование криптовалютного бизнеса. – URL: file:///D:/%D0%9C%D0%BE%D0%B8_%D0%B4%D0%BE%D0%BA%D1%83%D0%BC%D0%B5%D0%BD%D1%82%D1%8B/%D0%86%D0%A2-%D0%BF%D1%80%D0%B0%D0%B2%D0%BE/%D0%BA%D1%80%D0%B8%D0%BF%D1%82%D0%BE%D0%B2%D0%B0%D0%BB%D1%8E%D1%82%D0%B0/Global-Issues-of-Bitcoin-Businesses-Regulation.pdf

Некіт Катерина Георгіївна

СВІТОВІ ПІДХОДИ ДО ВИЗНАЧЕННЯ ПРАВОВОГО СТАТУСУ КРИПТОВАЛЮТ

Статтю присвячено дослідженню правового статусу криптовалют у різних країнах світу. Проаналізовано підходи до визначення правової природи криптовалюти у різних державах. Узагальнено світові підходи до визначеня правової природи криптовалюти, регулювання діяльності, пов'язаної з використанням криптовалюти, підходи до оподаткування та ліцензування діяльності у сфері обігу криптовалют. Проаналізовано законодавчі підходи до регулювання діяльності ICO, визначення поняття майнінгу в різних країнах світу.

Ключові слова: криптовалюта, біткоїн, токен, ICO, гроші, валюта, договір міни, бартерні операції, Bitcoin, Ethereum, податки, віртуальна валюта, фіатні гроші, майнінг, криптовалютні біржі, ліцензування, обіг.

Некит Екатерина Георгиевна

МИРОВЫЕ ПОДХОДЫ К ОПРЕДЕЛЕНИЮ ПРАВОВОГО СТАТУСА КРИПТОВАЛЮТ

Статья посвящена исследованию правового статуса криптовалют в разных странах мира. Проанализированы подходы к определению правовой природы криптовалюты в разных государствах. Обобщены мировые подходы к определению правовой природы криптовалюты, регулированию деятельности, связанной с использованием криптовалюты, подходы к налогообложению и лицензированию деятельности в сфере оборота криптовалют. Проанализированы законодательные подходы к регулированию деятельности ICO, определения понятия майнинга в разных странах мира.

Ключевые слова: криптовалюта, биткойн, токен, ICO, деньги, валюта, договор мены, бартерные операции, Bitcoin, Ethereum, налоги, виртуальная валюта, фиатные деньги, майнинг, криптовалютные биржи, лицензирование, оборот.

Nekit Kateryna

WORLD APPROACHES TO THE DEFINITION OF LEGAL NATURE OF CRYPTOCURRENCIES

The article is dedicated to a research of the legal nature of cryptocurrencies. Approaches to definition of the legal nature of cryptocurrency in the different countries of the world are analysed. World approaches to definition of the legal nature of cryptocurrency, regulation of the activity connected with use of cryptocurrency, approaches to the taxation and licensing of activity in the sphere of a turn of cryptocurrencies are generalized. Legislative approaches to regulation of activity of ICO, definition of a concept of mining of the different countries of the world are analysed. The conclusion is drawn that the nature of cryptocurrency can be considered as a kind of property. The conclusion is also drawn that the cryptocurrency can be considered as goods and be a subject of the barter agreement. As for unification of positions concerning cryptocurrencies at the level of national regulation in the different countries of the world, they can be reduced in three groups. In some countries cryptocurrency and operation with them are directly forbidden (Bangladesh, Ecuador, China – for legal entities). For the majority of the countries regulation of cryptocurrencies is carried out at the level of the recommendations of regulators which have no binding character (at the federal level in the USA, in Germany, Norway). And at last, in some countries there is already a so-called fragmentary regulation of operations with cryptocurrencies (the State of New York in the USA, Great Britain, Sweden, Australia, Japan). Legislative requirements concerning the status of persons who carry out the activity connected with a turn of cryptocurrencies (Japan, the USA, Sweden) are established. Attempts at the legislative level to settle activity of ISO are made (Japan, Canada, the USA, Singapore, the bill in the Russian Federation). In some countries the concept of mining is also officially defined (Poland, Sweden).

Key words: cryptocurrency, bitcoin, token, ICO, money, currency, contract of exchange, barter operations, Bitcoin, Ethereum, taxes, virtual currency, mining, cryptocurrency exchanges, licensing, turn.

УДК 347.754:004.738.5+

Токарева Віра Олександрівна,
кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри цивільного права
Національного університету «Одеська юридична академія»

ОНЛАЙН ПЛАТФОРМИ: ВИКЛИК ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВУ У ЦИФРОВУ ДОБУ

Постановка проблеми. Інтернет створив інфраструктуру, яка сприяє більш ефективному розподілу та спільному використанню інноваційної інформації наданої за нижчою вартістю, ніж за допомогою використання традиційних ЗМІ та майданчиків [1]. Система спільного володіння або «часток» при якій власники звертаються до онлайн платформ для отримання додаткового прибутку від невикористаної частини належного їм майна, а споживачі обирають оренду необхідного їм майна, замість придбання, отримала назву sharing economy або «часткової економіки».

Значний інтерес та особливу увагу викликає діяльність популярних онлайн-платформ, таких як UBER – найбільша в світі компанія, із надання послуг таксі, не володіюча жодним автомобілем; Airbnb – найбільша в світі платформа з пошуку та оренди апартаментів, фактично яка ними не володіє; Alibaba.com – одна з найбільших в світі роздрібних мереж, не володіюча фізично товаром; Medicast – онлайн-сервіс для виклику лікарів до на дім; YourMechanic – сервіс із ремонту автомобілів; Handy – сервіс із отримання послуг прибирання будинків та приміщень [2].

Будучи неформальним, не організованими соціальними відносинами у Інтернет просторі, онлайн платформи, завдяки перевагам які відрізняють від традиційних бізнес моделей, змінюють економічне виробництво та культуру, призводячи до підриву існуючих підвалин та викликаючи політичну та соціальну боротьбу щодо положень законодавства про авторське право, забезпечення конфіденційності, тощо [3].

Неминуче постає питання щодо обрання оптимального правового регулювання діяльності таких платформ, обумовлене тим, що вони не мають бути поза правовим полем та діяти за загальними правилами, не створюючи ризиків для зловживання та недобросовісної конкуренції.

Мета статті. Головною метою роботи є дослідження проблемних питань правового регулювання онлайн платформ та визначення засад для удосконалення регулювання їх діяльності.

Стан дослідження теми. Дослідження питань єдиного ринку ЄС та окремих проблем правового регулювання діяльності онлайн платфом присвячені праці Т. Двенадцатової, Є.А. Іщенко, Є. Новіцького, В.М. Прівалової, Н.С. Ревенко. Разом з цим питання правового регулювання діяльності онлайн платфом не полишає своєї актуальності.

Виклад основного матеріалу.Потреба створення умов для ефективної взаємодії та розвитку цифрового ринку обумовлена тим, що світова економіка швидко стає цифровою, а інформаційно-комунікаційні технології стали основою для інновацій і сучасних економічних систем, змінюючи методи роботи людей та компаній. До того ж зміни відбуваються досить швидко. Так, вклад цифрових технологій в економічне зростання в період з 2001 по 2011 р оцінюється на рівні 30%. Оскільки проблеми, з якими стикаються учасники ринку, неможливо вирішити в рамках окремих держави, ЄС поставило нагальним поліпшення координації [4].

Серед проблем називається, недоступність більшості користувачів на ЄС якісного швидкого Інтернету, відставання у впроваджені технологій мобільного зв'язку четвертого покоління 4G, недостатня затребуваність збереження інформації із застуванням хмарних сервісів, відставання ЄС від США у галузі електронної торгівлі в секторі роздрібної торгівлі, невдоволення користувачами Інтернету через надання значної кількості зайвих персональних даних, на окремих сайтах. Залишаються складнощі щодо укладенням транскордонних угоду мережі, що гальмує придбання товарів за кордоном [5].

Водночас, існуюче правове регулювання, у зв'язку з бурхливим розвитком інформаційно-ко-

мунікаційних технологій, навіть найрозвиненіших держав, застаріває швидше, аніж раніше, не встигаючи за постаючими викликами [6].

В 2015 г. Евросоюзі зобранням голови Єврокомісії Жан-Клода Юнкера анонсував программу покликану покращити діяльність єдиного європейського ринку та прийняв «Стратегію єдиного цифрового ринку для Європи», схвалену на засіданні Єврокомісії 6 травня 2015 році[7].

Створення єдиного цифрового ринку передбачається за трьома блоками питань або опор (англ. Pillars), якщо слідувати термінології ЄС: перший блок передбачає забезпечення більш якісного доступу споживачів і бізнесу до товарів і послуг через Інтернет в межах всього Євросоюзу; другий блок – створення сприятливих умов для розвитку цифрових мереж та послуг; третій блок – сприяння максимальному зростанню потенціала європейської цифрової економіки. В рамках кожного з блоків пропонується опрацювання за декількома напрямками.

Другий блок, що пов'язаний зі створенням належних умов і рівних правил для розвитку мереж і інноваційних сервісів передбачає оновлення норм, що регулюють поширення медіа-контенту.

Відповідно до Повідомлення Єврокомісії «Онлайнові платформи – можливості і виклики для Цифрового єдиного ринку в Європі» від 25 травня 2016 року.до онлайнових платформ віднесені такі сервіси, як онлайнові рекламні платформи, торговельні майданчики, пошукові системи, соціальні медіа, магазини творчого контенту, платформи поширення додатків, комунікаційні сервіси, платіжні системи та платформи часткової економіки (sharing / collaborative economy) [8].

Характерні риси онлайнових платформ: створюють нові або змінюють існуючі ринки за рахунок нових форм ведення бізнесу, пов'язаних з обробкою значних обсягів даних; виникають на ринках з багатосторонніми взаємодіями; отримують вигоду від мережевого ефекту (коли цінність сервісу збільшується зі зростанням числа його учасників); активно використовують інформаційні та комунікаційні технології для взаємодії учасників; і тим самим відіграють ключову роль в створенні цифрової цінності [9].

Онлайн платформи набувають значної популярності, наприклад, сервіси оренди житла є доступною альтернативою готелям та власники надають перевагу щодобовій оренді, через отримання надприбутку у порівнянні з довгостроковою. Водночас, брак вільного, якісного та доступного житла, впливає на зростання вартості на ринку довгострокової оренди, що є причиною невдоволення населення та критики онлайнплатформвбагатьохдержавах. Так, Airbnb складає конкуренцію готельному бізнесу, а Uber – компаніям надаючим послуги перевезення пасажирів.

Виникаючі онлайн сервіси вимущені долати перешкоди та протекціоністський підхід в регулюванні. Так, Uber заборонений заборонено в Туречинні та деяких містах США. У Франції був прийнятий спеціальний закон, який 1) забороняє можливість геолокалізації авто транспорту з водіями до попереднього бронювання пасажиром таксі; 2) вимагає від водіїв повернення на базу після кожного рейсу, якщо машина не була заброньована на наступний рейс відразу після доставки пасажира; 3) вимагає від водія відразу інформувати пасажира про вартість поїздки при бронюванні [2].

Послуги короткострокової оренди житла залишаються обмеженими в деяких державах, наприклад, Німечинні. Посилаючись на зростання квартплати та недостатню кількість вільного житла місцева влада Берліна з травня 2016 стала приймати заходи та застосовувати штрафні санкції у відношенні орендодавців житла на короткий час [10].

В 2018 році мерія Парижу звернулася до суду з вимогою заборонити роботу сервісів короткострокової оренди житла, обумовлюючи відсутністю у зданого житла офіційних реєстраційних номерів. З листопада 2017 року номери стали обов'язковим та були впровадженні в Парижі для обмеження щодобової оренди житла 120 днями протягом року. У разі задоволення позову сервіси будуть штрафувати на 1-5 тисяч євро за кожен день порушення [11].

На протязі, майже десятирічної історії існування платформи, Airbnb веде боротьбу з владою Нью-Йорка, яка захищає готельний бізнес та наближені до нього профспілкові організації [12].

У 2018 Міська рада Нью-Йорка має намір прийняти законопроект, який зобов'язує орендодавців Airbnb, проходити реєстрацію в спеціальній базі даних та сплачувати мито. Другий законопроект, передбачає обмеження щодо кількості днів для надання в оренду житла на протязі року та обмеження щодо кількості житла,що може передаватися в оренду на особу або сім'ю.

Так, поява нових моделей виробництва та поширення контенту призводить до політичного та правового конфлікту у сферах телекомунікацій, забезпечення конфіденційності, захисту прав споживачів, антимонопольного законодавства та авторського права, оголошена реформа ЄС передбачає правового регулювання діяльності таких нових сервісів, закріпивши при цьому гарантії вільного поширення контенту.

Як випливає із змісту проектів Директив у сфері часткової економіки, Єврокомісія застережує про введення екстремальних обмежень на діяльність Інтернет сервісів. На її думку прийняття рішень щодо будь-яких обмежень онлайн платформ мають бути виправданими, а повна заборона діяльності допустима лише в якості крайньої міри, коли захист громадських інтересів неможливо домогтися за допомогою інших заходів [13].

Слід зазначити такі дискусійні питання, обумовлені універсальністю (публічною доступність) пропонованих послуг, як податкове регулювання, відповідальність платформ як операторів за дії / бездіяльність кінцевих виконавців за принципом зарубіжної доктрини respondeat superior.

Вбачається що потребує усунення відмінностей у регулюванні національних законодавств держав членів ЄС, та відсутність єдиного підходу у регулюванні традиційних сервіс та онлайн платформ, що є перепоною у підвищення ефективності та їх якості.

Вимоги щодо забезпечення рівня безпеки для онлайн платформ та сервісів із надання послуг відрізняються. Якщо для готелів обов'язковим є наявність вогнегасника, пожежної ковдри, то більшість апартаментів і приватних квартир не дотримуються цих вимог і не мають таких жорстких зобов'язань. Інформація про наявність чи відсутність протипожежного обладнання в квартирі розміщується в рамках онлайн платформи і рішення ризикувати чи ні залишається на розсуд споживача. Проте, єдиних стандартів розкриття такої інформації немає, власники квартир не завжди публікують відповідні відомості. Можливо, в цьому випадку введення норм, що зобов'язували розкривати визначену інформацію та забезпечення заходів захисту [2].

Єврокомісія у Повідомленні «Онлайнові платформи – можливості та виклики для Цифрового єдиного ринку в Європі» визначила низку засад щодо врегулювання діяльності онлайнових платформ.

У зв'зку з тим, що онлайн платформ часто мають переваги перед традиційними сервісами надання послуг, через відсутність будь-яких правил які б обмежували б їх діяльність Єврокомісія вважає необхідним зрівняти конкурентні переваги, передбачивши мінімально необхідне регулювання для платформ (для охорони інтересів споживачів, держави і тощо), та спростити його для традиційних бізнес моделей [14].

Перевагою онлайнових платформ є швидкість та легкість поширення контенту, тому необхідно усунення пов'язаних з цим негативних аспектів. На думку Єврокомісії для захисту неповнолітніх від шкідливих матеріалів, та всіх користувачів – від матеріалів, що містять агресію, внести поправки до Директиви про аудіовізуальні медіа послуги. З огляду на те, що платформи отримують значний прибуток від розміщення кінцевими користувачами контенту, в тому числі, що охороняється авторським правом, потребує запровадження норм які б зобов'язували платформи ділитися цією вигодою з правовласниками і розповсюджувачами, сплачуючи винагороду. Для цього в регулювання онлайнових платформ необхідно додати авторсько-правові настройки.

Також Еврокомісією планується прийняття заходів для поліпшення механізмів примусового здійснення і охорони виключних прав, що підрікплюється у викладеному повідомленні від 01.07.2014 року «Упошуках оновленого консенсусу щодо примусового здійснення прав інтелектуальної власності: європейський пландій» [14].

Тому, онлайн платформи мають бути зацікавлені активніше використовувати добровільні заходи, розробляти кодекси добросовісної практики.Еврокомісією планує внести уточнення до Директиви 2000/31/ЄСпро електронну комерцію [15] про те, що такі добровільні заходи не позбавлять адміністраторів платформ можливості скористатися звільненням від відповідальності, передбаченим для інтернет-посередників.

Так, програмісти застерігають та попереджають Airbnb, що попри їх твердження, про прийняття належних заходів для забезпечення анонімності та конфіденційності, водночас залишаються лазівки щоб отримати реальні імена та адреси мешканців США [16].

Єврокомісією планується прийняття заходів для забезпечення прозорих умови доступу до платформи, використання сервісів, виключення недобросовісних конкурентних практик, забезпечення достовірності рейтингів, відгуків і сервісів порівняння товарів і послуг. Підвищення захищеності оброблюваних персональних даних покликано прийняття Загального регламенту щодо захисту персональних даних 2016/679 (GDPR) набрав чинності 25 травня 2018 року.

Користувачам онлайн платформ має бути надана можливість вільного переходити на іншу платформу та переносення даних. Щоб на вибір платформи впливала лише якість, а не складність переходу.

Один з принципів, за яким розвивається Інтернет в Європі, полягає в імунітеті інформаційних посередників від відповідальності за дії користувачів. Так, відповідно до Директиви про електронну комерцію провайдери послуг через Інтернет посередницьких послуг не несуть відповідальності за поширюваний ними контент, його зберігання та надання дискового простору на своєму сервері,

оскільки їх дії не є активними. Виключення з цього правила стосується інформації, що має відношення до тероризму і дитячої порнографії, що наносить шкоду авторському праву. Однак вилучення інформації має здійснюватися обережно, щоб випадково не видалити легальний контент [4].

Роль яку відіграють пошукові системи, соціальні мережі, магазини електронної торгівлі, додатків і інші платформи в мережі безперервно зростає. Продовжується розробка платформ в туристичній, музичної, аудіовізуальної, фінансової, готельної, кадрової та інших сферах заснованих на принципі дольової (часткової) участі (за ініціативою Міністерства транспорту Франції єдина платформу об'єднання сервісів таксі для конкуренції з Uber) [17].

Тож розвиток діяльності онлайн платформ стримується, відсутністю контролю за доступом до ринку через платформи, збором інформації на шкоду іншим учасникам ринку, що впливає на розмір отримуваного доходу.

Законодавство не може одномоментно піддатися радикальній трансформації, водночас, соціальні практики та норми породжені появою Інтернету та цифровими технологіями, не можна зупинити.

При розробці регулювання повинна враховуватися специфіка цифрового ринку, потенційні ризики і побічні ефекти як прийняття нормативного акта, так і його відсутність. При впровадженні регулювання онлайн платформ слід приймати до уваги можливий спад конкуренції та демотивацію учасників ринку.

Висновок. Необхідно пошук балансу у правовому регулюванні щоб недопустити зловживання з боку онлайн платформ, що може загальмувати впровадження на ринок нових технологій та інновацій.

ЛІТЕРАТУРА:

1. «Давай расшарим это»: как sharingeconomy захватывает мир [Електронний ресурс]. – Режим доступу:https://rb.ru/opinion/sharing-economy/
2. Двенадцатова Т. Онлайн-платформы и единый цифровой рынок ЕС: подводные камни регулирования 20.02.2016 [Електронний ресурс]. – Режим доступу:https://zakon.ru/blog/2016/2/20/onlajnplatformy_i_edinyj_cifrovoj_rynok_es_podvodnye_kamni_regulirovaniya
3. Key Issues in the Arts and Entertainment Industry edited by Ben Walmsley: 2011. – Goodfellow Publishers 156 p.
4. Ревенко Н.С. Европейский союз на пути к единому цифровому рынку / Н.С. Ревенко // Мир новой экономики. – 2016. – № 2. – С. 6-15.
5. Commission proposes modern digital contract rules to simplify and promote access to digital content and online sales across the EU: Press Release of the European Commission. Brussels, the European Commission, 09.12.2015.[Електронний ресурс]. – Режим доступу:http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-6264_en.htm (Accessed 5 March 2016).
6. Привалова В.М.Авторское право на публикацию материалов, как многранная проблема В.М.Привалова, Е.А.Ищенко // Известия Самарского научного центра Российской академии наук. – 2015. – №1(5). – С. 1028-1031.
7. A New Start for Europe: My Agenda for Jobs, Growth, Fairness and Democratic Change. Political Guidelines for the next European Commission. Opening Statement in the European Parliament Plenary Session by Jean-Claude Junker, Candidate for President of the European Commission. Strasbourg, the European Commission, 15.07.2014. 36 p. URL: http://ec.europa.eu/priorities/docs/pg_en.pdf#page=6 (Accessed 05 March 2016).
8. Communication «Online Platforms and the Digital Single Market Opportunities and Challenges for Europe»
9. Обзор реформы европейского права [Електронний ресурс]. – Режим доступу:http://lexdigital.ru/2017/121/#more-1656
10. Airbnb ограничивают по всему миру. В Берлине сервису запретят работать без дополнительного разрешения. За нарушение – штраф €100 тыс. [Електронний ресурс]. – Режим доступу:http://hotelier.pro/news/item/1265-airbnb/1265-airbnb
11. В Париже решили запретить Airbnb 07.04.2018. [Електронний ресурс]. – Режим доступу:https://mirgamarjoba.ru/2018/04/17/v-parizhe-reshili-zapretit-airbnb/
12. Новицкий Е. Власти Нью-Йорка и Airbnb готовяться к решающей битве. 04 Май 2018[Електронний ресурс]. – Режим доступу:http://www.russian-bazaar.com/ru/mnews/245558.htm
13. Ромашенко С. Reuters: Еврокомиссия против запрета Airbnb и Uber 01.02.2016[Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.dw.com/ru/reuters-еврокомиссия-против-запрета-airbnb-и-uber/a-19297151
14. Обзор реформы европейского права [Електронний ресурс]. – Режим доступу:http://lexdigital.ru/2017/121/#more-1656
15. Директива 2000/31/ЄС Європейського парламенту та Ради «Про деякі правові аспекти інформаційних послуг, зокрема, електронної комерції, на внутрішньому ринку» («Директива про електронну комерцію») [Електронний ресурс]. – Режим доступу:http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/994_224/card2#Card
16. Стаценко Н. Исследование: как «дыра» в конфиденциальности Airbnb ставит владельцев домов под угрозу. [Електронний ресурс]. – Режим доступу:https://rb.ru/story/danger/
17. Власти Франции объединили такси-сервисы в единую платформу для конкуренции с Uber.[Електронний ресурс]. – Режим доступу:https://vc.ru/19079-france-letaxi-uber

Токарева Віра Олександрівна

ОНЛАЙН ПЛАТФОРМИ: ВИКЛИК ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВУ У ЦИФРОВУ ДОБУ

У статті розглядаються теоретичні аспекти діяльності онлайн платформ. Інтенсивний розвиток інформаційних технологій вплинув на появу онлайн платформ із надання послуг. Виникнення та поширення онлайн платформ, заснованих на системі спільного володіння або «часток», як Uber, Airbnb викликає не лише інтерес, а й невдо-

волення та критику суспільства. Провідною проблемою є відсутність єдиного підходу у регулюванні традиційних сервіс надання послуг та онлайн платформ, що є перепоною у підвищення ефективності та якості послуг.ЄС обравши пріоритетним напрямком розбудову єдиного цифрового ринку, ставить задачу усунення відмінностей у регулюванні національних законодавств держав членів у сфері надання послуг.

Ключові слова: авторське право, онлайн платформы, єдиний цифровий ринок, електронна комерція.

Токарева Вера Александровна

Онлайн платформы: вызов гражданскому праву в цифровую эпоху

В статье рассматриваются теоретические аспекты деятельности онлайн платформ. Интенсивное развитие информационных технологий повлияло на разработку онлайн платформ предоставляющих услуги. Возникновение и распространение онлайн платформ, основанных на системе совместного владения или «долей», как Uber, Airbnb вызывает не только интерес, но и недовольство и критику общества. Ведущей проблемой является отсутствие единого подхода в регулировании традиционных сервисов предоставления услуг и онлайн платформ, что является препятствием на повышение эффективности и качества услуг. ЕС выбрав приоритетным направлением развитие единого цифрового рынка, ставит задачу устранение различий в регулировании национальных законодательств государств-членов в области предоставления услуг.

Ключевые слова: авторское право, онлайн платформы, единый цифровой рынок, электронная коммерция.

Tokareva Vira

ONLINE PLATFORMS: THE CHALLENGE OF CIVIL LAW IN THE DIGITAL AGE

The article deals with the legal aspects of online platforms activity. The legal regulation of the most developed countries quickly becomes obsolete, not being updated in the digital age. The EU has set the goal of building and a single digital market. The intensive development of information and communiction technologies has affected the emergence of new online platforms of for all known traditional services. The emergence of such services is based on the principle of a system of joint ownership or “sharing” in which owners turn to online platforms to generate additional revenue from the unused part of their property. The emergence and distribution of online platforms like Uber, Airbnb – incresead not only an interest of it platforms activity , but also dissatisfaction and society critique. Moreover, the spread of the Internet and social online platforms have undermined the existing foundations and caused a political, social struggle against the provisions of copyright law, privacy provisions, competition law etc. The lack of a unified approach to the regulation of traditional services and online platforms, is an obstacle to improving efficiency and quality. It is necessary to eliminate the differences in the regulation of the national laws of the EU member states. So the EU passed the “Strategy for a Single Digital Market for Europe”, approved by the European Commission on May 6, 2015. Now EU is gradually implementing a policy in this direction.

Kew words: copyright law, sharing economy, Digital Single Market, online platforms, e-commerce.

УДК 004:342.95

Радейко Роман Ігорович,
кандидат юридичних наук,
асистент кафедри адміністративного та інформаційного права Національного університету «Львівська політехніка»

ОСОБЛИВОСТІ ВПРОВАДЖЕННЯ ТЕХНОЛОГІЇ БЛОКЧЕЙН У СФЕРІ ПУБЛІЧНИХ ВІДНОСИН В УКРАЇНІ

Постановка проблеми. Наприкінці XX ст. розпочалася інформаційна революція, яка «настільки експансивно увійшла в побут та професійну діяльність людей, що вже неможливо уявити собі життя без інформаційних технологій» [1, с. 48].

9 грудня 2014 р. в Лондоні утворено Digital 5 (D5) – об'єднання провідних цифрових держав (Естонія, Ізраїль, Нова Зеландія, Південна Корея, Великобританія) для розвитку цифрової економіки. Уряди цих держав зобов'язалися трансформувати відносини органів влади з технологіями за допомогою підтримки у застосуванні відкритих стандартів і програмного забезпечення з відкритим вихідним кодом, а також підвищення ефективності цифрового уряду. Учасники Digital 5 визначили основні принципи цифрового розвитку: потреби користувача; відкриті стандарти; вихідний код; відкриті ринки; відкритий уряд (прозорість); можливості під'єднання; навчання дітей програмуванню; доступність цифрових послуг; обов'язок ділитися і вчитися [22]. Ці принципи можуть доповнюватися і вдосконалюватися з урахуванням нових викликів та можливостей інформаційних технологій.

Широке застосування новітніх інноваційних підходів і технологій зумовило трансформацію форм і методів діяльності суб'єктів правовідносин для збільшення їхніх функціональних можливостей, захисту даних та зменшення витрат. З кожним роком збільшується кількість суб'єктів публічного і приватного права для підвищення рівня ефективності їх діяльності та результативності застосовують сучасні інформаційно-телекомунікаційні технології (далі – ІКТ), а саме: Internet of Things, Cloud Technology, Blockchain, Mobile ID, Big Data.

У лютому 2018 р. ініціатива «Глобальний договір Організації Об'єднаних Націй» опублікувала «Доповідь про глобальні можливості 2018» (англ. «Global Opportunity Report 2018»), в якій наголошено, що «технологія Blockchain та штучний інтелект є основою двох з чотирьох найкращих можливостей цього року» [24]. Крім цього, у звіті дослідницької організації IBM Institute for Business Value[1] «Зміцнення довіри до уряду» зазначено, що «дев'ять з десяти керівників держав планують в 2018 р. інвестувати в розробку технології Blockchain у сфері фінансових операцій, управління активами, управління договорами і дотримання нормативних вимог» [21].

Впровадження найкращих світових практик електронного урядування дозволило Україні[2] в січні 2018 р. потрапити до списку 14 держав світу (Австралія, Бразилія, Великобританія, Грузія, Естонія, Ізраїль, Канада, Китай, Німеччина, Об'єднані Арабські Емірати, Сполучені Штати Америки, Україна, Франція, Швеція)[3], які визнано лідерами із впровадження технології блокчейн.

Технологію блокчейн застосовують переважно у банківському, фінансовому та страховому секторах. Однак її потенційний вплив і використання у сфері державного управління ще не повністю досліджено. Саме тому спробуємо розглянути особливості використання ІКТ в Україні у сфері публічного права на прикладі технології Blockchain.

---

[1] IBM Institute for Business Value – організація бізнес-досліджень, яка фокусується на управлінських й економічних проблемах, з якими стикаються компанії та уряди в усьому світі.

[2] Кабінет Міністрів України у Концепції розвитку цифрової економіки та суспільства на 2018–2020 рр. визначив, що впровадження ініціатив щодо цифровізації державних установ повинно відбуватися з урахуванням таких технологічних концепцій: «цифрове робоче місце», «багатоканальне інформування та залучення громадян», «відкриті дані», «Інтернет речей», «цифрові державні платформи» та «блокчейн» [15].

[3] Список складено на основі звіту «The Networked Hotbeds of Blockchain», який визначає ключові тенденції в розвитку технології. Автор звіту – організація Blockchain Research Institute [20].

Стан дослідження теми. Вітчизняні наукові дослідження правових аспектів застосування технології блокчейн у сфері публічних відносин практично відсутні. Це питання частково розглянуто в наукових доробках О. А. Баранова, І. В. Давидової, О. Д. Довганя, І. М. Дородіна, Г. Т. Карчевої, Ю. Я. Самогальської, О. Е. Сімсон, Р. О. Стефанчука, Т. Є. Харитонової, Р. В. Чорнолуцького та ін.

Метою статті є аналіз проблем правових засад використання та перспектив застосування технології блокчейн у сфері публічних відносин.

Виклад основного матеріалу. Технологія блокчейн – це децентралізований або розподілений електронний реєстр достовірних та незмінних даних [9], що ґрунтується на криптографічних алгоритмах і фіксує інформацію про всі здійснені транзакції (правочини) у цифровому просторі за допомогою створення блоків-транзакцій [18, с. 41–42]. Blockchain, як відкритий, розподілений публічний реєстр, містить базу даних про всі раніше здійснені операції та дозволяє ефективно й оперативно виконувати операції між двома сторонами в режимі реального часу, де всі транзакції перевіряються і підтримуються децентралізованою мережею комп'ютерів. Важливо, що записи зберігаються в зашифрованому вигляді одночасно у всіх учасників системи й автоматично оновлюються з кожним внесенням змін. Користувачі виконують роль колективного нотаріуса, який підтверджує правдивість інформації в базі даних, і забезпечують захист від маніпуляцій та зловживань. Завдяки технології блокчейн кожен договір, процес, завдання та платежі матимуть цифровий запис, який можна буде ідентифікувати, перевірити, зберегти і поділитися ним.

Британська дослідниця Меланія Свон у книжці «Блокчейн: схема нової економіки» (англ. «Blockchain: Blueprint for a New Economy») [28], враховуючи сучасні та потенційні технологічні аспекти блокчейн, виділяє етапи еволюції технології: *блокчейн 1.0* – це валюта. Криптовалюта використовується для здійснення цифрових переказів і платежів. Найпоширенішою сучасною електронною валютою є Біткоїн, концепція якої викладена 2008 р. Сатоші Накамото у статті «Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System» (англ. «Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System») [34]; *блокчейн 2.0* передбачає можливість діяльності з різними видами фінансових транзакцій, зокрема операції з цінними паперами, акціями і частками компаній, інструментами краунфандингу, борговими зобов'язаннями, пенсійними фондами та похідними фінансовими інструментами (форварди, ф'ючерси, опціони та свопи); *блокчейн 3.0*, сфера якого виходить за межі економічної та фінансової сфери й поширюється на державне управління, охорону здоров'я, науку, освіту, культуру й мистецтво [28].

В ідеальній моделі, на думку О. Сімсон, коли технологія блокчейн вводиться в правове поле, контроль з боку банків, державних органів, аудиторів та інших суб'єктів фінансового ринку непотрібний, зникає необхідність у юристах, нотаріусах і гарантах виконання зобов'язань [17, с. 57]. Однак сучасні держави та великі корпорації лише намагаються активно використовувати блокчейн для поліпшення ефективності надання послуг, контролю й захисту даних у таких сферах, як: цифрова валюта/платежі; реєстрація права власності на землю; вибори; управління персоналом; відстеження постачань; охорона здоров'я; проксі-голосування; корпоративне управління; оподаткування; управління обліковими даними [40].

Використання технології блокчейн має свої переваги й недоліки. Перевагами є: забезпечення високоефективних механізмів захисту цілісності та доступності інформації; створення повністю децентралізованої системи; стійкість системи щодо несанкціонованого втручання та зміни інформації, яка зберігається в реєстрі; економія коштів порівняно зі зберіганням інформації на паперових носіях та із застосуванням традиційних технологій зберігання даних на машинних носіях інформації [7, с. 76]; неможливість внесення змін до реєстру даних попередньою датою; підвищення рівня захисту державних баз даних від несанкціонованого втручання, зокрема від кібератак; зменшення випадків шахрайства, оскільки кожен запис буде унікально закодовано і прив'язано до інтелектуального ключа, який відомий тільки власнику майна; використання розумних контрактів[1], які є програмованими контрактами й виконуються самостійно з дотриманням певних умов.

Водночас при використанні технології блокчейн існують певні ризики: розкриття персональних даних та конфіденційної інформації; низька пропускна здатність і швидкість роботи бази даних; рівень безпеки та децентралізація системи прямо залежать від кількості учасників та обчислювальних потужностей; можливість введення недостовірних даних; людський чинник в управлінні доступом до реєстрів; ідентифікація користувачів бази даних;

[1] Нік Сабо представив цю концепцію 1994 р. і визначив розумний контракт (англ. Smartcontract) як «комп'ютерний протокол транзакцій, який виконує умови контракту» [29]. Сабо запропонував перевести договірні положення в код і впровадити їх в апаратне чи програмне забезпечення, які можуть забезпечити їх примусове виконання [30], щоб мінімізувати необхідність у посередниках між учасниками транзакції, і наявність шкідливих чи випадкових винятків. Тобто розумний контракт – це комп'ютерний алгоритм, призначений для укладання та підтримання комерційних контрактів у технології Blockchain.

глобальна синергія (синхронізація) бази даних; захист системи в інфраструктурі мережі тощо [8].

Однією з найпоширеніших сфер застосування Blockchain є ведення земельних реєстрів. Так, у 2017/2018 р. зросла кількість держав (Бермудські Острови [35], Гондурас [38], Грузія [37], Руанда, [33] Бразилія, [39] Швеція, [36], штат Андхра-Прадеш в Індії [25], місто Саут-Берлінгтон в окрузі Читтенден, штат Вермонт (США) [31], Японія [27], місто Дубай в ОАЕ [23]), які працюють над впровадженням систем реєстрації земельних та майнових прав на основі Blockchain. Однак слід враховувати, що всі випадки побудови реєстрів на основі технології блокчейн поки що функціонують як експериментальні проекти. Урядовці впроваджують цю технологію для вдосконалення процесів реєстрації майнових прав, зменшення часу для укладення й реєстрації угод щодо права власності на земельні ділянки, унеможливлення вчинення шахрайських дій та помилок під час процедури реєстрації відповідних прав.

У сучасних реаліях значна популярність у суспільстві ідеї застосування технології блокчейн для державних реєстрів, на думку І. М. Дороніна, зумовлена насамперед загальною недовірою до діяльності державних органів, які повинні вести такі реєстри, захищати права власників та зберігати інформацію в незмінному стані [7, с. 76–77].

Першими пілотними проектами в Україні, в яких використовується система зберігання та захисту даних Blockchain, є проведення електронних земельних торгів, робота Державного земельного кадастру [5], Державного реєстру речових прав на нерухоме майно і «Системи електронних торгів арештованим майном» («СЕТАМ») [4].

27 травня 2017 р. Кабінет Міністрів України погодив пропозицію Міністерства юстиції і Державного агентства з питань електронного урядування щодо здійснення заходів, спрямованих на впровадження системи зберігання та захисту даних Blockchain у роботі Державного реєстру речових прав на нерухоме майно і «СЕТАМ» [4].

16 червня 2017 р. підписано Меморандум про взаєморозуміння та співробітництво між Міністерством юстиції України, Міністерством аграрної політики та продовольства України, Державним агентством з питань електронного урядування України, громадською організацією Transparency International Україна та Бітфурі Холдінг Б. В. (далі – Меморандум) для формування та ведення земельного кадастру й інших державних реєстрів на основі технології блокчейн [10]. Підписання Меморандуму зумовлено необхідністю впровадження цієї технології як механізму запобігання корупції, сприяння прозорості державних інформаційних ресурсів, формування сприятливого середовища для інформаційного розвитку в Україні, покращення діалогу між бізнесом, громадянами та владою, поліпшення інвестиційного клімату для розвитку й підтримання інноваційних технологій, а також підвищення довіри до публічних послуг в Україні.

Для практичної реалізації положень Меморандуму та впровадження в Україні цифрових перетворень, передбачено: використання блокчейн для формування та ведення пріоритетних державних електронних інформаційних ресурсів, зокрема державних реєстрів та державного земельного кадастру, задля забезпечення захисту від маніпуляцій як зсередини, так і зовні; запровадження електронних сервісів для громадян та бізнесу з використанням технології блокчейн; запровадження електронних аукціонів на базі цієї технології задля забезпечення високого рівня прозорості й довіри до реалізації публічних та приватних активів; формування відкритої та прозорої архітектури державних електронних інформаційних ресурсів і державного земельного кадастру на базі технології блокчейн; розроблення методології індексу розвитку блокчейн у державному секторі [10].

6 вересня 2017 р. в «Системі електронних торгів арештованим майном» проведено перші електронні торги з використанням технології Blockchain [16].

Механізм роботи цієї технології такий: інформація, яка надходить до системи, зберігається на кількох серверах і розміщується на публічному сервері. Тож усі можуть спостерігати за процесом торгів у режимі реального часу без ризику втрати даних. Перевірити інформацію про кожен крок торгів можна, скопіювавши хеш-код транзакції і вставивши його у відповідне поле на сайті www.blockchain.gov.ua. Відтак система видає повний перелік ставок: обсяг, розмір, дату (коли було зроблено ставку) [2].

3 вересня 2017 р. з використанням блокчейн було проведено 24 202 аукціони, серед них успішних – 4471. Загальна сума продажів склала 692 млн грн. Усі ставки по аукціонах було хешовано та збережено [32].

Державний земельний кадастр став другим проектом у державному секторі України, де застосовано технологію блокчейн з вересня 2017 р. [3]. Інформація про кожну проведену операцію, яка відбувається в кадастрі, потрапляє в ланцюжок блоків за заданим алгоритмом. Відтепер кожен документ, що засвідчує право власності на землю, підкріплений QR-кодом, у якому зашифровані всі дані про місцезнаходження, розмір та власника конкретної земельної ділянки. За допомогою коду

можна ідентифікувати справжність того чи іншого документа і просто звірити інформацію в реєстрі. Вносити зміни до кадастру зможуть уповноважені фахівці. Для ідентифікації осіб, які можуть змінювати інформацію про земельні ділянки в кадастрі, використовується електронний підпис або банк-ID.

На початковому етапі використання технології блокчейн у сфері реєстрації земельних контрактів існує ймовірність виникнення проблем з первинною ідентифікацією власників земельних ділянок, оскільки сама по собі інформація, занесена в блокчейн-реєстри, не є достовірною. Блокчейн гарантує незмінність даних, а не їх істинність, оскільки цією системою можна скористатися тільки для перевірки або надання витягів про те, чи є він підробкою. Проте достовірність даних, викладених у такому витягу, немає можливості перевірити [8, с. 27].

Тому для переходу державної системи на блокчейн-технологію важливо розробити юридично вивірений і гранично контрольований механізм перенесення офлайн-даних у держреєстри. Ефективна робота залежить передусім від точності заповнення реєстрів громадян, нерухомості, компаній. Річ у тому, що ні підтримка цілісності даних в ситуації випадкових збоїв або атак, ні запобігання маніпуляціям з уже внесеними даними не є основними викликами для публічних IT-систем. Реальну небезпеку становить практика внесення до реєстрів завідомо недостовірних даних. Очевидно, що тут блокчейн-сервіс безсилий. Він тільки інструмент [19].

У дослідженні «Блокчейн та власність у 2018 році: на кінці початку» (англ. «Blockchain and Property in 2018: at the End of the Beginning») Майкл Граглай та Крістофер Меллон, враховуючи рівень корупції в Україні та тривалий процес реєстрації права власності, зазначають: «Якщо представники вітчизняної влади очікують, що блокчейн – або будь-яка інша технологія – стане панацеєю, то вони цілком можуть бути розчаровані» [26, с. 34]. Попри це, аналітики виділяють «причини для обережного оптимізму щодо того, що цей проект буде ефективно працювати»: впровадження технології блокчейн в Україні здійснює компанія Bitfury[1] яка вже має відповідну практику (у сфері реєстрації земельних прав у Грузії); в Україні тільки недавно запроваджено земельний кадастр, дані якого потрібно впорядкувати та розмістити в реєстрі завдяки блокчейн; в Україні є багато програмістів, які можуть сприяти поліпшенню роботи уряду в системі e-government; уряд України планує впроваджувати технологію блокчейн у різних сферах суспільних відносин [26, с. 35].

Окрім проаналізованих вище практик використання технології блокчейн у сфері публічних відносин, в Україні планується запровадження інформаційно-телекомунікаційних систем підтримки прийняття управлінських рішень та автоматизації адміністративних процесів (зокрема з використанням перспективних геоінформаційних технологій, Інтернету речей, технологій опрацювання даних великих обсягів (Big Data і Blockchain), у різних сферах суспільних відносин: *охорона здоров'я* (створення базових медичних реєстрів, наприклад, медичних працівників, лікарських засобів, установ; запровадження електронної медичної картки пацієнта та електронного рецепту; розвиток інтегрованих медичних інформаційних систем для автоматизації основних процесів роботи закладів охорони здоров'я, зокрема реєстратури, лікарів, лабораторій, діагностування, звітності, управління, фінансування); *екологія та природні ресурси* (запровадження системи екологічного моніторингу; запровадження електронного інтегрованого дозволу у сфері екології та природних ресурсів; запровадження електронної системи водного балансу України); *соціальний захист* (запровадження єдиного державного реєстру соціальної сфери та інтеграція наявних розрізнених баз даних; запровадження електронного лікарняного; запровадження автоматизації перевірки даних під час призначення адресної допомоги, пільг та інших видів соціальної допомоги; запровадження електронних трудових договорів); *виборів* (розвиток та запровадження інформаційної системи проведення виборчого процесу в електронній формі) [14]. Втім, поки не відомо, коли ці інструменти електронного урядування будуть застосовувати на практиці.

При використанні блокчейн як сучасної технологій розподіленої обробки даних, зокрема у сферах державного регулювання та державної реєстрації інформації, рано чи пізно неодмінно доведеться вирішувати низку проблем правового характеру: питання відповідальності держави за функціонування системи (у випадку класичної блокчейн-технології ніхто не контролює всієї системи); питання стимулів для підтримки функціонування системи користувачами; питання захищеності інформації (насамперед від втрати і спотворення та забезпечення довготривалого (практично довічного) зберігання у відкритому для користування стані). У будь-якому разі впровадження технологій розподіленої обробки даних для потреб управління державою потребуватиме значного оновлення законодавства і вирішення дуже серйозних правових проблем [6, с. 63].

[1] Bitfury – багатопрофільна блокчейн-компанія, найбільший за межами Китаю промисловий майнер, розробник програмного і апаратного забезпечення для роботи з Bitcoin.

В Україні є спроби юридично оформити вже наявні правовідносини у сфері використання технології блокчейн. Так, 6 жовтня 2017 р. у Парламенті зареєстровано проект Закону «Про обіг криптовалюти в Україні», мета якого – регулювання правовідносин щодо обігу, зберігання, володіння, використання та проведення операцій за допомогою криптовалюти в Україні. У цьому законопроекті здійснено першу спробу на законодавчому рівні визначити поняття блокчейну, а саме: визначено терміни «система блокчейн» – децентралізований публічний реєстр усіх проведених криптовалютних транзакцій, які були проведені суб'єктом криптовалютних операцій, «користувач системи блокчейн» – будь-яка фізична особа, фізична особа-підприємець або юридична особа, яка за допомогою власного та/або орендованого технічного обладнання підтримує працездатність системи блокчейн, здійснює проведення криптовалютних транзакцій та захисту системи блокчейн [12]. Однак цей проект є загальним, містить тільки термінологічні визначення і поверхово визначає статус і порядок проведення операції з криптовалютами, а не технологію блокчейн. В інших вітчизняних законодавчих ініціативах щодо правового статусу криптовалют [11; 13] питання блокчейну не визначено взагалі.

Висновки. Практика використання технології блокчейн у сферах, що передбачають реєстрацію, зберігання та обробку даних, демонструє значні переваги в порівнянні з традиційними інформаційними технологіями. Блокчейн забезпечує високоефективні механізми захисту цілісності та доступності інформації і дозволяє створювати повністю децентралізовані системи. Інтеграція рішень, основаних на технології блокчейн, у систему електронного урядування дозволяє трансформувати, оптимізувати та навіть автоматизувати адміністративні процедури в державному і муніципальному секторах у таких сферах, як реєстрація майнових прав, функціонування реєстрів документів (дипломи, сертифікати, ліцензії), міграційний контроль, ідентифікація особи та інших сервісів електронного урядування.

Однак на сучасному етапі потребують правового врегулювання: юридичний статус технології блокчейн, питання зберігання, володіння, використання та проведення операцій за допомогою цієї технології, правового статусу відповідальних суб'єктів за її функціонування, порядок доступу до інформації в системі, відносин між володільцями інформації та власником системи (між власником системи та користувачем), умови обробки інформації в системі, забезпечення захисту інформації в системі.

Подальше розширення сфери використання технології блокчейн у сфері публічних відносин сприятиме зменшенню кількості державних службовців, усуненню корупціогенних чинників, дебюрократизації сфери адміністративних послуг, створенню сприятливого середовища для поліпшення інвестиційного клімату для розвитку та підтримання інноваційних технологій, а також поліпшення діалогу між бізнесом, громадянами та владою в Україні.

ЛІТЕРАТУРА

1. Болеста І. Інформація та ентропія у фізиці й суспільному житті. *Обрії науки: збірка нарисів про науку і про вчених* / за ред. Ю. Головача та Я. Грицака. Львів: Вид-во Укр. катол. ун-ту, 2016. С. 47-77.
2. Вишньов Віктор: «Технологія Blockchain запобігає втручанню у процеси електронних торгів». *Міністерство юстиції України: офіц. сайт.* URL: https://minjust.gov.ua/news/ministry/viktor-vishnov-tehnologiya-blockchain-zapobigae-vtruchannyu-u-protses-elektronnih-torgiv.
3. Державний земельний кадастр перейшов на технологію Blockchain. *Держгеокадастр: офіц. сайт.* 2017. 3 жовт. URL: http://land.gov.ua/derzhavnyi-zemelnyi-kadastr-pereishov-na-tekhnolohiiu-blockchain/.
4. Деякі питання посилення безпеки зберігання та захисту відомостей Державного реєстру речових прав на нерухоме майно і системи електронних торгів з реалізації арештованого майна: розпорядження Кабінету Міністрів України від 24 трав. 2017 р. № 353-р. *База даних «Законодавство України»* / ВР України. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/353-2017-%D1%80.
5. Деякі питання реалізації пілотного проекту із запровадження електронних земельних торгів і забезпечення зберігання та захисту даних під час їх проведення: постанова Кабінету Міністрів України від 21 черв. 2017 р. № 688. *Офіційний вісник України*. 2017. № 76. Ст. 2322.
6. Довгань О. Д., Доронін І. М. Ескалація кіберзагроз національним інтересам України та правові аспекти кіберзахисту: монографія. Київ: ВД «АртЕк», 2017. 107 с.
7. Доронін І. М. Блокчейн, суспільство і держава: проблеми правотворчості. *ІТ-право: проблеми та перспективи розвитку в Україні*: зб. матер. ІІ Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Львів, 17 листоп. 2017 р.). Львів: НУ «Львівська політехніка», 2017. С. 73–78.
8. Желтухін Є. Юристи та технології: точки дотику. *Юридична Газета*. 2017. 14 листоп. № 46 (596). С. 26–27. URL: https://aequo.ua/content/news/files/201711_dmukhovskiy_1510845377_en.pdf.
9. Криптовалюта: Зібрати по криптах. *Український юрист*. 2017. 10 жовт. URL: http://jurist.ua/?article%2F1402
10. Меморандум про взаєморозуміння та співробітництво між Міністерством юстиції України, Міністерством аграрної політики та продовольства України, Державним агентством з питань електронного урядування України, громадською організацією Transparency International Україна та Бітфурі Холдінг Б. В. URL: https://ti-ukraine.org/wp-content/uploads/2017/06/MEMO-SIGNED_2017_06_16.pdf.
11. Про внесення змін до Податкового кодексу України (щодо стимулювання ринку криптовалют та їх похідних в Україні): проект Закону України від 30 жовт. 2017 р. № 7246. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=62816.

12. Про обіг криптовалюти в Україні: проект Закону України від 6 жовт. 2017 р. № 7183. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=62684.
13. Про стимулювання ринку криптовалют та їх похідних в Україні: проект Закону України від 10 жовт. 2017 р. № 7183-1. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=62710.
14. Про схвалення Концепції розвитку електронного урядування в Україні від 20 верес. 2017 р. № 649-р. *Офіційний вісник України*. 2017. № 78. Ст. 2402.
15. Про схвалення Концепції розвитку цифрової економіки та суспільства України на 2018–2020 роки та затвердження плану заходів щодо її реалізації: розпорядження Кабінету Міністрів України від 17 січ. 2018 р. № 67-р. *Офіційний вісник України*. 2018. № 16. Ст. 70.
16. «СЕТАМ» перейшла на технологію збереження даних «Blockchain» та змінила назву на «Openmarket», – Мін'юст. *Міністерство юстиції України: офіц. сайт.* 2017. 6 верес. URL: https://minjust.gov.ua/news/ministry/setam-pereyshla-na-tehnologiyu-zberejennya-danih-blockchain-ta-zminila-nazvu-na-openmarket---minyust.
17. Сімсон О. IT-право з позиції теорії та практики, підходи до вивчення і викладання. *Право України*. 2018. № 1. С. 51–62.
18. Стефанчук Р. Інформаційні технології та право: quo vadis? *Право України.* 2018. № 1. С. 30–50.
19. Чернолуцкий Р. Блокчейн в земельном кадастре Украины: положительные моменты и подводные камни. *Forklog*. 2017. October 3. URL: https://forklog.com/blokchejn-v-zemelnom-kadastre-ukrainy-polozhitelnye-momenty-i-podvodnye-kamni/.
20. Blockchain's world map: country leaders in blockchain innovation. URL: https://twitter.com/blockchainRI/status/955865568476848130.
21. Building trust in government Exploring the potential of blockchain. IBM Institute for Business Value. URL: https://www-01.ibm.com/common/ssi/cgi-bin/ssialias?htmlfid=GBE03801USEN.
22. D5 Charter. URL: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/386290/D5Charter_signed.pdf/
23. Dubai Land Department Launches Blockchain Real Estate Initiative. URL: https://www.coindesk.com/dubai-land-department-launches-blockchain-real-estate-initiative/.
24. Global Opportunity Report 2018. URL: https://issuu.com/sustainia/docs/global_opportunity_report_2018_1a5a0c3de3371d.
25. Indian state of Andhra Pradesh signs MOU to develop blockchain stack and set up blockchain university. URL: https://www.opengovasia.com/articles/indian-state-of-andhra-pradesh-signs-mou-to-develop-blockchain-stack-and-set-up-blockchain-university.
26. J. Michael Graglia, Christopher Mellon. Blockchain and property in 2018: at the end of the beginning. URL: https://www.conftool.com/landandpoverty2018/index.php/02-11-Graglia-864_paper.pdf?page=downloadPaper&filename=02-11-Graglia-864_paper.pdf&form_id=864&form_version=final.
27. Japan to tidy up scattered property records. URL: https://asia.nikkei.com/Markets/Property/Japan-to-tidy-up-scattered-property-records.
28. Melanie Swan. Blockchain: Blueprint for a New Economy, 2015. URL: http://w2.blockchain-tec.net/blockchain/blockchain-by-melanie-swan.pdf.
29. N. Szabo. (1994). Smart Contracts. URL: http://szabo.best.vwh.net/smart.contracts.html.
30. N. Szabo. (1997). The Idea of Smart Contracts. URL: http://szabo.best.vwh.net/smart_contracts_idea.html/.
31. Nikhilesh De. Vermont City Pilots Land Registry Record With Blockchain Startup. URL: https://www.coindesk.com/vermont-city-pilots-land-registry-record-with-blockchain-startup/.
32. Openmarket (ДП «СЕТАМ») провів 24 тисячі аукціонів з використанням технології Blockchain на майже 700 млн грн. URL: https://minjust.gov.ua/news/ministry/openmarket-dp-setam-proviv-24-tisyachi-auktsioniv-z-vikoristannyam-tehnologii-blockchain-na-mayje-700-mln-grn.
33. Rwanda Government's Blockchain Project Gains Momentum. URL: https://www.iafrikan.com/2017/10/13/rwanda-government-blockchain-project/.
34. Satoshi Nakamoto. Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System. URL: https://bitcoin.org/bitcoin.pdf.
35. Scott Neil. Bermuda's deeds registry to go on blockchain. URL: http://www.royalgazette.com/business/article/20180124/bermudas-deeds-registry-to-go-on-blockchain&template=mobileart.
36. Sweden officially started using the blockchain for land and real estate registration. URL: https://www.coinmis.com/sweden-officially-started-using-the-blockchain-for-land-and-real-estate-registration/.
37. The Bitfury Group and Government of Republic of Georgia Expand Historic Blockchain Land-Titling Project. URL: http://bitfury.com/content/4-press/the_bitfury_group_republic_of_georgia_expand_blockchain_pilot_2_7_16.pdf.
38. The First Government To Secure Land Titles On The Bitcoin Blockchain Expands Project. URL: https://www.forbes.com/sites/laurashin/2017/02/07/the-first-government-to-secure-land-titles-on-the-bitcoin-blockchain-expands-project/#6d5073684dcd.
39. Ubitquity Used to Test Pilot Blockchain Land Registry in Brazil. URL: https://www.bitsonline.com/ubitquity-test-blockchain-land/.
40. Will blockchain transform the public sector? Blockchain basics for government Mark White, Jason Killmeyer, Bruce Chew. URL: https://www2.deloitte.com/insights/us/en/industry/public-sector/understanding-basics-of-blockchain-in-government.html.

Радейко Роман Ігорович

ОСОБЛИВОСТІ ВПРОВАДЖЕННЯ ТЕХНОЛОГІЇ БЛОКЧЕЙН У СФЕРІ ПУБЛІЧНИХ ВІДНОСИН В УКРАЇНІ

Стаття присвячена аналізу інноваційної інформаційної технології блокчейн, яка використовується в Україні як пілотний проект у сфері реєстрації майнових прав на земельні ділянки, системах проведення земельних торгів та торгів арештованим майном. Проаналізовано переваги та ризики застосування цієї технології у сфері державного управління, проблеми та перспективи правового регулювання у цій царині.

Ключові слова: інформаційні технології, електронне урядування, блокчейн, державний реєстр, публічні відносини.

Радейко Роман Игоревич

ОСОБЕННОСТИ ВНЕДРЕНИЯ ТЕХНОЛОГИИ БЛОКЧЕЙН В СФЕРЕ ПУБЛИЧНЫХ ОТНОШЕНИЙ В УКРАИНЕ

Статья посвящена анализу инновационной информационной технологии блокчейн, которая используется в Украине как пилотный проект в сфере регистрации имущественных прав на земельные участки, системах

проведения земельных торгов и торгов арестованным имуществом. Проанализированы преимущества и риски применения этой технологии в сфере государственного управления, проблемы и перспективы правового регулирования в этой области.

Ключевые слова: информационные технологии, электронное управление, блокчейн, государственный реестр, публичные отношения.

Radeiko Roman

IMPLEMENTING BLOCKCHAIN TECHNOLOGY IN PUBLIC RELATIONS IN UKRAINE

The article is devoted to the analysis of innovative information technology of blockchain, which is used in Ukraine as a pilot project in the field of registration of property rights for land plots, in the systems for conducting land auctions and trading in seized property. It analyzes it advantages and risks of using this technology in the field of public administration, as well as problems and prospects of legal regulation in this area.

Key words: information technologies, E-governance, blockchain, state register, public relations.

УДК 347.65/68:004.77

Аліна Сніжана Степанівна,
аспірант кафедри цивільного права
Національного університет «Одеська юридична академія»

ЕЛЕКТРОННИЙ ЗАПОВІТ В СИСТЕМІ СУЧАСНИХ СПАДКОВИХ ПРАВОВІДНОСИН

Постановка проблеми. Стрімкий розвиток інформаційних технологій у світі призвів до ситуації, за якої значна частина життя людини проходить у віртуальному всесвіті. Соціальні мережі, форуми, месенджери, медіа-платформи, он-лайн розваги, інтернет-магазини та інтернет-портали різної спрямованості стали невід'ємним атрибутом соціального буття сучасної людини.

Інноваційні зміни техніки та програмного забезпечення, розширення меж можливостей для роботи, навчання, підприємництва чи спілкування в мережі стимулюють розвиток суспільних відносин, що виникають в віртуальному просторі. Від незначних, зазвичай анонімних відносин на початку формування інтернет-середовища вони еволюціонували в значну групу цивільних, господарських, адміністративних, фінансових та інших правовідносин, соціально-економічна і навіть політична значимість яких підвищується рік від року. В віртуальному середовищі створюється все більше об'єктів, права щодо яких захищаються правом. Одночасно все більше продуктів, що створюються в межах віртуального середовища або з метою використання в ІТ-середовищі визнаються об'єктами правовідносин. Все частіше доводиться говорити про комерційну вартість того чи іншого ІТ-об'єкта, можливість «монетизації» використання останнього тощо. Одночасно продукти інформаційних технологій мають значний обсяг індивідуальної чи комерційної інформації, що також передбачає особливий правовий режим її захисту.

Збільшення кількості та підвищення цінності електронних об'єктів правовідносин неодмінно призводить до появи нових правовідносин в суміжних галузях суспільного буття. На цьому фоні актуалізуються питання володіння, користування та розпорядження електронними об'єктами після смерті їх розробника або власника. Особливе значення в проблематиці теми набуває питання можливості за життя здійснити розпорядження власним віртуальним майном на випадок смерті.

Стан дослідження теми. Дані питання загалом залишаються поза правовим регулюванням, а наукові розробки з питань спадкування об'єктів ІТ мають фрагментарний характер.Такі вчені, як І. Спасибо-Фатєєва, Н. Когут, О. Криштопа, І. Калаур в своїх дослідженнях торкалися проблеми електронної форми заповіту, розробники підручника «ІТ-право: теорія та практика» розглядали загальні питання спадкування об'єктів ІТ, однак комплексного дослідження з цієї теми не проводилося.

Метою даного дослідження є визначення місця електронного заповіту в системі сучасних спадкових правовідносин.

Виклад основного матеріалу. Під спадкуванням за заповітом в науці цивільного права розуміють перехід прав і обов'язків померлого до осіб, зазначених ним у зробленому за життя розпорядженні на випадок смерті. Згідно чинного цивільного законодавствакожна фізична особаможе за життя на власний розсуд вирішити долю належного їй майна на випадок смерті. Свою волю особа виражає шляхом складання заповіту, особистого розпорядження фізичної особи у встановленій законом формі про передання після своєї смерті належних їй майнових і немайнових прав та обов'язків іншим особам [7, с. 105].

Заповіт є правочином, на який поширюються всі загальні вимоги до правочинів. В якості загальних ознак заповіту виділяються:

- особистий та індивідуальний характер заповіту;
- односторонній характер угоди;
- свободу заповіту [10, с. 145].

До складу спадщини за заповітом можуть входити права й обов'язки, які належать особі на

момент складання заповіту, а також ті права й обов'язки, що можуть належати їй у майбутньому [7, с. 105].

В межах теми дослідження слід звернути особливу увагу на спадкування прав інтелектуальної власності на об'єкти ІТ. Згідно чинного цивільного законодавства за заповітом можуть успадковуватися лише майнові права інтелектуальної власності, чинні на час відкриття спадщини: право на використання об'єкта права інтелектуальної власності; виключне право дозволяти використання об'єкта права інтелектуальної власності; виключне право перешкоджати неправомірному використанню об'єкта права інтелектуальної власності, в тому числі забороняти таке використання; інші майнові права інтелектуальної власності, встановлені законом [3, с. 378].

Однак, слід зауважити, що не всі об'єкти інформаційних технологій належать до об'єктів права інтелектуальної власності, а отже їх спадкування матиме інший правовий режим. На сьогоднішній день існує низка об'єктів віртуального середовища, права на які не включаються до спадкової маси. Так, наприклад, акаунти в соціальних мережах та месенджерах; електронні гаманці з використанням технології «блокчейн»; особисті рахунки в он-лайн іграх, казино чи букмекерських конторах; підписки чи передплати на різноманітних медіа-платформах; профілі ідентифікації персональних комп'ютерів, мобільних пристроїв тощо можуть мати значну цінність (як матеріальну, так і нематеріальну) при житті їх володільця, чи набути цінності у зв'язку з його смертю. Слід зазначити, що коло таких об'єктів розширюється щоденно відповідно до появи нових сервісів, розвитку та глобального поширення інформаційних технологій.

Однак, можна констатувати той факт, що чинне законодавство не визначає механізму спадкування такого майна за заповітом. Крім того не існує єдиного підходу до спадкування «віртуального майна» [3, с. 379].

Відсутність правового регулюванняданої сфери стимулює розробників створювати власні сервіси електронних заповітів без участі держави. Першим подібну послугу своїм користувачам запропонував Google [1], згодом ідею підхопили й інші інтернет-ресурси. Окремі сайти, такі як Legacy Locker [2], Virtual Testament [9] та інші, пропонують на комерційній основі зберігати «електронну спадщину» та зобов'язуються передати її спадкоємцю після смерті свого клієнта.

Для визначення поняття «електронний заповіт» необхідно з'ясувати основні характеристики електронних заповітів. Так, до ознак електронних заповітів можна віднести:

– спадкування особливих об'єктів інформаційних технологій, що зазвичай не мають вираження в матеріальному світі;

– включення до спадкової маси лише інформації в будь-якому вигляді та електронних грошових коштів, а не доступу до ресурсів від імені померлого;

– особливий порядок визначення ступеня публічності інформації, що передається у спадок;

– можливість включення до спадщини крім прав на об'єкти зобов'язань по їх утриманню чи заповідальних розпоряджень щодо третіх осіб.

Отже, електронний заповіт – це односторонній правочин щодо розпорядження правами на віртуальне майно на випадок смерті правовласника.

Від електронних заповітів слід відрізняти заповіти в електронній формі, вчинення яких передбачено в деяких іноземних державах. Використання електронної форми заповіту – прогресивне надбання інформаційного суспільства. Сучасні можливості використання інформаційних технологій однак не знаходять вчасного відображення в законодавстві, а, отже, від цього факту втрачає й юридична практика.

Як уже зазначалося, на заповіти поширюються загальні вимоги, що висуваються до правочинів, в тому числі вимоги щодо форми правочину. Згідно законодавства заповіт складається в письмовій формі й підлягає нотаріальному посвідченню (статті 209 та 1247 Цивільного кодексу України). Письмова форма правочину означає викладання його тексту на паперових носіях з обов'язковістю наявності підпису особи, яка виразила свою волю, вчинивши правочин (сторони правочину, тобто заповідача). Текст заповіту може бути набраний за допомогою технічних засобів, а не написаний власноручно, однак виникає питання можливості електронної непаперової форми заповіту, адже поширення листування електронною поштою, месенджерами чи за допомогою мобільних технологій урізноманітнює способи волевиявлення осіб. Повідомлення, зроблені за допомогою вищеназваних засобів зв'язку, можуть бути використані для позначення власної волі особи у віддалених місцевостях або у надзвичайних ситуаціях.

І. Спасибо-Фатєєва доводить неможливість поширення на заповіт ч. 1 ст. 207 ЦК України, в якій зазначається, що правочин вважається таким, що вчинений у письмовій формі, якщо воля сторін виражена за допомогою технічних засобів. Науковиця вважає неприйнятною цю вимогу до односторонніх правочинів, вчинення яких не припускає ніякого обміну документів, бо не очікується зустрічної волі. Одночасно неможливим є застосування електронного цифрового підпису, який роз-

рахований на використання при укладенні договорів, а не односторонніх правочинів [11].

В літературі також піднімалося питання можливості складання секретного заповіту у спосіб розміщення останнього на певному інтернет-ресурсі. В даному випадку можливе опублікування текстового варіанта волевиявленняабо відеозапису заповідального розпорядження. І.Р. Калаур зазначає, що використання такого способу складання секретного заповіту надає можливість вносити зміни та скасовувати йогобез зайвого звернення до нотаріуса [4, с. 78]. Дана можливість видається досить вдалою, адже заповідач має право вносити до заповіту права й обов'язки, які належать йому на момент складання заповіту, а також ті права й обов'язки, що можуть належати у майбутньому [7, с. 105]. Доступність зміни власного заповіту підвищує рівень гарантованості свободи волевиявлення заповідача, одночасно знижуючи рівень захищеності власного заповіту. Той же таки рівень розвитку інформаційних технологій може зумовити потенційну небезпеку втручання сторонніх осіб та фальсифікації тексту заповіту.

І. Спасибо-Фатєєва доводить, що згідно ст. 1248 ЦК України можливі лише такі варіанти складення заповіту:

– заповідач сам пише текст заповіту (власноручно) і підписує його власноручно;

– заповідач пише текст заповіту за допомогою технічних засобів, а підписує його власноручно;

– нотаріус пише текст заповіту власноручно, а заповідач підписує його власноручно;

– нотаріус пише текст заповіту за допомогою технічних засобів, а заповідач підписує його власноручно [11].

Позитивним кроком по впровадженню інформаційних технологій в правовий режим регулювання спадкових відносин є встановлення обов'язку нотаріуса внесення інформації про заповіт до електронної бази даних – Спадкового реєстру [8]. В літературі доводиться, що централізована база даних про посвідчені заповіти має досить важливе значення для реалізації спадкоємцями їхніх спадкових прав [6, с. 168].

Однак в Спадковому реєстрі міститься лише інформаціяпро те, ким і коли складені заповіти,а зміст заповіту міститься на паперовомуносії у нотаріуса, який йогопосвідчив, або в нотаріальному архіві. Н. Когут вважає, що це перешкоджає дотриманню таємності заповіту, адже для заповідачів більш надійним є зберігання оригіналу заповіту в себе чи передання його спадкоємцю [5, с. 19].

Висновки. Регулювання прав на електронний заповіт як спосіб розпорядження власним віртуальним майном потребує особливої уваги законодавця. Одночасно наука цивільного права повинна виробити та обґрунтувати прогресивний підхід до віртуальних продуктів як об'єктів спадкового права.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Google впровадила «електронний заповіт». [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://dt.ua/TECHNOLOGIES/google-vprovadila-elektronniy-zapovit120347_.html
2. Бізнес-ідеї: від книги, яка читає саму себе до електронних заповітів. [Електронний ресурс] – Режим доступу: https://msb.aval.ua/news/?id=24344
3. ІТ-право: теорія та практика : навч. посіб. / авт. кол. ; за ред. Є.О. Харитонова, О.І. Харитонової. – Одеса: Фенікс, 2017. – 472 с.
4. Калаур І.Р. Сучасні тенденції щодо форми заповіту / І.Р. Калаур // Приватне право і підприємництво. – 2016. – Вип. 16. – С. 76-79.
5. Когут Н. Прогалини та аномалії в правовому регулюванні спадкових відносин / Н. Когут // Юридична Україна. – 2016. – № 1-2. – С. 17-27.
6. Криштопа О.М. Про запровадження в Україні Базельської конвенції щодо системи реєстрації заповітів: актуальні питання / О.М. Криштопа // Вісник Вищої ради юстиції. – 2011. – № 3. – С. 168-177.
7. Писарєва Е. Заповіт як підстава виникнення спадкових відносин: деякі аспекти правового регулювання / Е. Писарєва // Вісник Академії управління МВС. – 2009. – № 3. – С. 104-113.
8. Положення про Спадковий реєстр. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=994_678
9. Пользовательское соглашение VirtualTestament. [Електронний ресурс] – Режим доступу:http://virtualtestament.com/agreement.php
10. Сергеева Е.М. Некоторые правовые особенности наследования по завещанию / Е.М. Сергеева // Труды БГТУ. Сер. 6, История, философия. – 2017. – № 1 (107). – С. 144-147.
11. Спасибо-Фатєєва І. Науково-правовий висновок щодо форми заповіту / І. Спасибо-Фатєєва // Юридичний радник. – 2009. – №2(44). [Електронний ресурс] – Режим доступу: http://yurradnik.com.ua/stati/d0-bd-d0-b0-d1-83-d0-ba-d0-be-d0-b2-d0-be-d0-bf-d1-80-d0-b0-d0-b2-d0-be-d0-b2-d0-b8-d0-b9-d0-b2-d0-b8-d1-81-d0-bd-d0-be-d0-b2-d0-be-d0-ba-d1-89-d0-be-d0-b4-d0-be-d1-84-d0-be-d1-80-d0-bc-d0-b8/

Аліна Сніжана Степанівна

ЕЛЕКТРОННИЙ ЗАПОВІТ В СИСТЕМІ СУЧАСНИХ СПАДКОВИХ ПРАВОВІДНОСИН

Стаття присвячена питанням спадкування віртуальних матеріальних та нематеріальних цінностей за заповітом. Визначено поняття «електронний заповіт», сформульовано ознаки електронних заповітів, виділено особливості електронної форми заповіту. З'ясовано, як інформаційні технології впливають на сучасні спадкові право-

відносини, а також на процедури, що передбачені при спадкуванні за заповітом. Визначено стан законодавчого регулювання відносин спадкування віртуального майна за заповітом, окреслено проблеми, що виникають через брак нормативного матеріалу в цій сфері.

Ключові слова: електронний заповіт, віртуальне майно, спадковий реєстр, електронна форма заповіту.

Алина Снежана Степановна

ЭЛЕКТРОННОЕ ЗАВЕЩАНИЕ В СИСТЕМЕ СОВРЕМЕННЫХ НАСЛЕДСТВЕННЫХ ПРАВООТНОШЕНИЙ

Статья посвящена вопросам наследования виртуальных материальных и нематериальных ценностей по завещанию. Определено понятие «электронное завещание», сформулированы признаки электронных завещаний, выделены особенности электронной формы завещания.Выявлено, как информационные технологии влияют на современные наследственные правоотношения, а также на процедуры, предусмотренные при наследовании по завещанию. Определено состояние законодательного регулирования отношений наследования виртуального имущества по завещанию, обозначены проблемы, возникающие из-за нехватки нормативного материала в этой сфере.

Ключевые слова: электронное завещание, виртуальное имущество, наследственный реестр, электронная форма завещания.

Alina Snizhana

ELECTRONIC TESTAMENT IN THE SYSTEM OF MODERN HEREDITARY RELATIONSHIPS

The article is devoted to questions of inheritance of virtual material and intangible values according to the will. The concept of «electronic testament» is defined. An electronic testament is a unilateral act from the right holderon the disposal of the rights about virtual property in the event of the death. The signs of electronic wills are formulated. They include inheritance of special objects of information technologies, which usually do not have an expression in the material world;the inclusion in the hereditary mass of only information in any form and electronic money, and not access to resources on behalf of the deceased;special procedure for determining the degree of publicity of legally transmitted information;the possibility of including in the inheritance, in addition to the rights to objects of the obligation of their keeping or testamentary orders regarding third parties.

The issue of the possibility of transferring the will in electronic form through e-mail, instant messengers or in the form of a video message is being raised. The features of the electronic form of the will are singled out. It is ascertained how information technology affects modern hereditary relationships, as well as the procedures provided for inheritance by will. The status of legal regulation of inheritance of virtual property was determined.Problems which arise due to lack of normative material in this sphere are outlined.

Key words: electronic testament, virtual property, hereditary register, electronic form of will.

УДК 347.19:(007:004.7)

Гавриленко Андрій Іванович,
аспірант кафедри цивільного права
Національного університету «Одеська юридична академія»

ПОНЯТТЯ ТА ПРАВОВА ПРИРОДА ВІРТУАЛЬНИХ ЮРИДИЧНИХ ОСІБ

Постановка проблеми. З розвитком технологій людство відходить від фізичної форми провадження діяльності та все частіше заміняє усталені реальні конструкції їх аналогами у електронній/віртуальній формі. В час, коли інформація коштує значно більше, ніж носій, на якому вона зберігається, ми все частіше зустрічаємося із явищами, фактично позбавленими матеріального субстрату, які, однак, мають не меншу, а іноді й більшу цінність, ніж предмети матеріального світу. Зміни, що відбуваються в інформаційному суспільстві, торкаються й суб'єктного складу цивільних правовідносин. Зокрема, останнім часом все більше фізична юридична адреса втрачає свою актуальність для суб'єктів господарювання і все частіше згадуються поняття «віртуальна організація», «віртуальний офіс», «віртуальне підприємство». Це викликає необхідність з'ясування суті цих понять та їх співвідношення, а також необхідність або можливість їх правового регулювання.

У зв'язку із виникненням таких форм діяльності, постає питання, чи можливо поширити правила про юридичну особу на віртуальну організацію та чи можливе та чи доцільне існування *віртуальної* юридичної особи.

Стан дослідження теми. Правова природа та особливості правового регулювання діяльності юридичних осіб досліджувалась ще у роботах Г.Ф. Шершеневича, О.О. Покровського, Ю.С. Гамбарова, а згодом Я.М. Шевченко, В.В. Луця, О.О. Сєрової, Н.В. Козлової. Окремі питання правового регулювання віртуальних організацій вивчались Харитоновою О.І., проте питання про природу юридичних осіб залишається дискусійним та недостатньо ґрунтовно висвітленим.

Мета дослідження. Метою представленого дослідження є аналіз розвитку юридичної особи в інформаційному суспільстві та аналіз можливості існування віртуальної юридичної особи та її визначення у час, коли все більше аспектів життєдіяльності переводиться у віртуальну площину і відбувається поступовий перехід від реальної адреси юридичної особи до віртуальної.

Виклад основного матеріалу. Для того, щоб дати відповідь на поставлені питання, необхідно дослідити поняття віртуальної організації у зв'язку із ознаками юридичної особи.

Вперше концепція віртуальної організації була запропонована Дж. Хопландом та Р. Нігелем з фірми DEC, які визначили віртуальну організацію (strategic alliance) як угоду між двома або більше організаціями для досягнення спільних стратегічних цілей для задоволення їх бізнес-потреб [1].

Сьогодні у дослідженнях з економіки віртуальна організація визначається як тимчасове об'єднання незалежних суб'єктів, які поділяють між собою ресурси та функціонують через телекомунікаційні засоби на базі єдиного інформаційного простору. При цьому виділяють такі ознаки віртуальної організації:

- об'єднання економічно незалежних ринкових агентів;
- комбінування ресурсів підприємств для отримання синергетичного ефекту;
- територіальна віддаленість елементів віртуальної організації;
- розподілення функцій між підприємствами-партнерами;
- координація дій через єдиний інформаційний простір [2].

В Україні визначення поняття «віртуальна організація» міститься у Положенні про Український Національний Грід (УНГ), яке було розроблено з метою реалізації Постанови Кабінету Міністрів України від 23.09.2009 № 1020 «Про затвердження Державної цільової науково-технічної програми впровадження і застосування грід-технологій на 2009-2013 роки». Відповідно до цього положення,

Віртуальна Організація (ВО) (Virtual Organization) – це динамічне співтовариство людей і установ, котрі спільно використовують обчислювальні ресурси відповідно до погоджених між ними та власниками ресурсів правилами, що регулюють доступ до всіх типів засобів, включаючи комп'ютери, програмне забезпечення і дані. Для того, щоб мати можливість використовувати послуги і ресурси УНГ, ВО має бути зареєстрована в національній грід-інфрастрактурі, працювати за правилами УНГ і виконувати вимоги елементів централізованого управління УНГ [3].

У літературі також зустрічаються визначення поняття віртуальне підприємство. Як зазначають дослідники, слід розрізняти поняття «віртуальна організація» та «віртуальне підприємство», оскільки поняття «віртуальна організація» є більш широким і охоплює різні види утворень, що існують у віртуальному просторі [4, с. 159].

Можна зустріти різні підходи до визначення поняття «віртуальне підприємство»:

1. Мережева, комп'ютерно-опосередкована організаційна структура, що складається з неоднорідних агентів, що взаємодіють, розташованих у різних місцях (А.І. Ястрєбов).

2. Об'єднання підрозділів різноманітних підприємств на контрактній основі із створенням єдиної інформаційної структури. При цьому віртуальне підприємство є органічно цілісним утворенням, сукупністю визначених форм взаємодії ряду елементів (учасників віртуального підприємства) в інтересах досягнення поставленої мети (С.М. Мітрєєва).

3. Гнучке, інноваційне, глобальне, моментально створене підприємство, орієнтоване на час життєвого циклу продукту або послуги, що ґрунтується на віртуальній мережевій взаємодії агентів, які управлінськи та технічно синхронізуються у вигляді наскрізних бізнес-процесів і можуть бути динамічно включені або виключені із складу підприємства (С.А. Соколовська).

4. Добровільна тимчасова форма об'єднання (кооперації) декількох, як правило, незалежних партнерів (підприємств, інститутів, окремих осіб), що забезпечують найбільшу вигоду клієнтам завдяки підвищенню ефективності виробництва, а також зв'язків між виробниками та споживачами (В.В. Смолянников).

5. Співтовариство незалежних географічно розділених груп працівників і організацій, що виконують спільний проект і взаємодіють за допомогою електронних засобів комунікації (А.С. Крутякова).

Визначають і певні характерні ознаки віртуального підприємства, серед яких вважаємо за необхідне згадати наступні:

- включення до свого складу декількох самостійних різнорідних суб'єктів, які таким чином стають його структурними частинами;
- добровільний характер об'єднання учасників на підставі цивільно-правового договору;
- структурна розпорошеність, через те, що суб'єкти, які його складають географічно знаходяться у різних місцях;
- об'єднання матеріальних капіталів, технологічних, інтелектуальних та інформаційних ресурсів суб'єктів-учасників;
- єдині органи управління з єдиною інформаційно-документальною системою;
- єдина мета створення [5].

Спробуємо порівняти ознаки віртуальної організації та юридичної особи. До ознак юридичної особи, як відомо, відносять: організаційну єдність; майнову відокремленість; самостійну майнову відповідальність; здатність брати участь у цивільному обігу від власного імені; здатність бути позивачем або відповідачем у суді. Початком існування юридичної особи є її державна реєстрація.

Ми можемо знайти спільні риси щодо такої ознаки, як організаційна єдність, зокрема, і юридична особа, і віртуальна організація мають документ, який регулює їх діяльність (для юридичної особи — установчі документи, а для віртуальної організації — договір між учасниками), вони створені для задоволення своєї мети, що є єдиною для їх структурних складових, мають єдиний центр координації прийняття рішень.

Також спільність між юридичними особами та віртуальними організаціями з певною мірою умовності можна убачати у тому факті, що і юридична особа, і віртуальна організація реєструються у встановленому порядку. Так, відповідно до Положення про Український Національний Грід (УНГ), віртуальні організації реєструються у центрі реєстрації віртуальних організацій. Однак така процедура відмінна від реєстрації юридичної особи і проводиться на підставі договору про спільну діяльність [3].

Що стосується інших ознак юридичної особи, очевидною є повна невідповідність таким з боку віртуальних організацій. Так, якщо юридична особа володіє власним відокремленим майном, яким вона відповідає за своїми зобов'язаннями перед кредиторами, то віртуальна організація власного майна не має, майно, що використовується для досягнення мети віртуальної організації залишається у власності її учасників, і, відповідно, вони несуть самостійно відповідальність за зобов'язаннями, що виникають в процесі їх спільної діяльності. Тобто доходимо висновку, що віртуальна організація якщо й має певні схожі елементи із конструкцією юридичної особи, однак не є такою.

В той же час видається, що існування *віртуальної* юридичної особи все ж можливе.

Почнемо з поняття «віртуальності» взагалі. Під нею розуміють: 1) можливий; той, що може або має проявитися; 2) умовний [6].

Отже, якщо ми винесемо до віртуальної реальності певну складову, то зможемо сконструювати віртуальну юридичну особу. Як видається, найбільш привабливою є ідея винесення місцезнаходження юридичної особи до віртуальної реальності задля забезпечення її віртуальності.

Статтею 93 ЦК України визначено, що місцезнаходженням юридичної особи є фактичне місце ведення діяльності чи розташування офісу, з якого проводиться щоденне керування діяльністю юридичної особи (переважно знаходиться керівництво) та здійснення управління і обліку.

Сучасні економічні реалії визначають те, що не завжди для учасників юридичної особи провадження економічної діяльності та й зберігання документації, місце діяльності керівних органів співпадає з юридичною адресою. Іноді, це пов'язано із небажанням орендодавців пов'язувати своє приміщення із місцезнаходженням юридичної особи, іноді це пов'язано із законодавчою забороною, що призвело до поширення реєстрації юридичної адреси за місцем, де насправді ні органів управління, ні майна юридичної особи нема. Таким чином, все більше на часі постає проблема регулювання юридичної особи, яка організовує діяльність поза межами фізичної контори – у віртуальному офісі.

З питання здійснення діяльності юридичною особою поза місцем реєстрації юридичної адреси досить давно постало визначення поняття віртуального офісу, та можливості провадження діяльності через такий офіс. Поняття віртуальний офіс є не досить новим хоча і не є сталим. Воно включає в себе послуги віддаленого адміністратора, віртуального помічника, послуги колл-центру, послуги автовідповідача, послуги голосової пошти, віртуальне офісне приміщення.

Віртуальне офісне приміщення дає можливість користуватись поштовою адресою без необхідності оренди такого приміщення, при цьому кореспонденція, що надходить за такою адресою може бути переадресована на іншу поштову адресу, можуть бути надані послуги із сканування та розміщення на хмарних сервісах таких листів. Додатково можуть надаватись на короткостроковій основі приміщення для проведення ділових зустрічей, та інші послуги, такі як створення та підтримання веб-сайту, візитних карток, бухгалтерський супровід, надання консультацій адвокатів [7].

За різних варіацій використання віртуального офісу (як із орендою поштової адреси так і без неї) ми маємо ситуацію, за якої жодного працівника юридичної особи за офіційною поштовою адресою не знаходиться, і таким чином основне спілкування перенесене у сферу електронної комунікації. Таким чином відпадає необхідність кооперувати людей в одній місцевості. Вони можуть об'єднуватись задля досягнення спільної мети та організації спільної діяльності без забезпечення єдиної фізичної локації для всіх учасників. Але це все ж не є віртуальною юридичною особою, оскільки поштова адреса зберігається, і зв'язок з нею беззаперечний, хоч і з відсутністю працівників такої особи за цією адресою. Така віртуалізація є перехідним етапом до становлення віртуальної юридичної особи.

Слід звернути увагу й на те, що поступово юридична особа за сучасним законодавством вже пересувається у віртуальний простір — законодавець все більше схиляється до використання сучасних технологій. Так, реєстраційна служба на сьогодні провадить зберігання реєстраційних документів юридичних осіб в електронній формі, що ставить під питання необхідність збереження статутних документів в паперовій формі, а з електронними версіями ми маємо можливість ознайомитись за допомогою електронних сервісів. Ще недалекі ті часи, коли невиконання обов'язку для юридичної особи дотримання юридичної адреси було фатальним. Так ст. 52 Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом» у редакції до 22 грудня 2011 року визначала особливості банкрутства відсутнього боржника. Частина 12 ст. 19 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб – підприємців» у редакції до 1 січня 2016 року передбачала внесення до єдиного державного реєстру підприємств та організацій запису про відсутність юридичної особи за її місцезнаходженням, якщо державному реєстратору повернуто поштове відправлення, що тягнуло за собою негативні податкові наслідки для юридичної особи. Такі норми зникають із сучасного правового поля, хоча й здійснити державну реєстрацію юридичної особи без зазначення поштового місцезнаходження на сьогодні ще є неможливим.

В той же час все більше навіть законодавець відходить від необхідності збирати все в одному фізичному місці. Так в ст. 33 Законі України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю», поруч з обов'язком проведення загальних зборів за умови спільної присутності учасників товариства в одному місці для обговорення питань порядку денного, передбачена також можливість проведення загальних зборів учасників товариства у режимі відеоконференції.

Але реалії сьогодення визначають ситуацію, за якої для здійснення діяльності юридичній особі юридична адреса не потрібна і здійснення діяльності юридичної особи може у повному обсязі відбуватись у віртуальній реальності, а тому й місцезнаходження юридичної особи може бути перенесене до Інтернету. Команди програмістів з різних куточків світу можуть утворювати юридичні особи, при цьому не маючи потреби у фізичному офісному приміщенні. Більш того, відсутність такого приміщення значним чином може зекономити кошти для такої юридичної особи та підвищити її економічну доцільність.

До недавнього часу ми не могли уявити спілкування із юридичною особою поза межами поштової (реальної) адреси. Така адреса необхідна була для забезпечення проведення листування із контрагентами, контролюючими органами, отримання судових повісток, тощо. Проте на сьогодні діяльність може здійснюватись без прив'язки до реальної будівлі з будь-якої точки країни, а можливо і світу. Вже сьогодні в певних випадках обов'язковою є здача звітності в електронній формі, прийняття нової редакції процесуальних кодексів спонукає нас до переведення процесуального документообігу із паперового до електронного.

Тож для з'ясування подальшого її існування необхідно проаналізувати, які дії законодавець пов'язує із юридичною адресою та чи можливо на сьогодні, або у майбутньому створення віртуальних юридичних осіб. На перший погляд реєстрація юридичної особи без поштової адреси може призвести до низки проблем, оскільки законодавець пов'язує з місцезнаходженням юридичної особи значні дії. Зокрема юридична адреса важлива для визначення місця укладення договору відповідно до положень ст. 647 ЦК України, місця виконання зобов'язання відповідно до положень ст. 532 ЦК України, вона має значення при визначенні підсудності спору (ч. 2 ст. 27 ЦПК, ст. 27 ГПК, ч. 2 ст. 26 КАС), є обов'язковим рекізитом для виконавчого документу та місцем проведення виконавчих дій (ст. 4 та ст. 24 Закону України «Про виконавче провадження»), визначення органу, який уповноважений отримувати сплату податків (п.п. 168.4.4. Податкового кодексу України).

Як бачимо, за наявності електронних реєстрів, можливості доступу до них, переведення всіх цих дій до мережі не уявляється складним. Перший крок на шляху до цього вже здійснений державою шляхом надання можливості створення спеціальної електронної адреси на сервері mail.gov.ua. Ця адреса вже на сьогодні, як визначено в інструкції користувача, є перепусткою до послуг Електронного суду та Кабінету електронних сервісів. Формування імені поштової скриньки у державній поштовій системі відбувається за допомогою документів, за якими особу можна однозначно ідентифікувати як громадянина або суб'єкта підприємницької діяльності: ідентифікаційного коду або ЄДРПОУ юридичної особи. [9] Таким чином можна звести все офіційне листування до реєстрації юридичної особи за відповідною електронною адресою із набуття електронного підпису. А існування такого ресурсу, який контролюється державою та забезпечується контролем із надання відповідних документів, дозволить уникнути зловживань з боку недобросовісних осіб.

Звичайно ж, що ведення бухгалтерської документації, для можливості здійснення належного контролю, зокрема, податковими органами, повинна вестись також в електронній формі, що виключить необхідність документальної перевірки паперових документів, а звітність вже приймається в електронній формі.

Одночасно варто зазначити, що сучасні технології ще не дозволяють проводити судові засідання та виконавчі дії екстериториально, що з іншого боку може призвести до того, що при реєстрації, засновникам необхідно залишати можливість на власний розсуд визначати регіон, до якого буде прив'язана віртуальна юридична особа. Відповідний регіон, який необхідно визначати на офіційному сайті Єдиного державного реєстру підприємств і організацій, і буде використовуватись при визначенні правил підсудності.

Висновки. Як бачимо, сьогодні як місцезнаходження, так і ведення діяльності юридичної особи може бути перенесено до Всесвітньої Мережі. В той же час для осіб, які мають на меті здійснення, наприклад, підприємницької діяльності, актуальним є можливість провадження такої діяльності у формі юридичної особи, що дозволяє обмежити відповідальність за зобов'язаннями, що виникають під час здійснення такої діяльності, майном юридичної особи, що робить актуальним розроблення та формулювання поняття віртуальної юридичної особи як юридичної особи, яка не має поштової адреси, а свою діяльність здійснює через спеціально створену і контрольовану державою електронну адресу за допомогою електронного підпису.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Lin Chen, Nina Huina Gu, Hai Zhu. Fairness theory applied to strategic alliance negotiations. MCs in Innovation and Entrepreneurship. – Режим доступу: https://www.duo.uio.no/bitstream/handle/10852/12892/Chen_Gu_Zhu.pdf?sequence=3
2. Никоненко А.Г. Формирование виртуальной организации (теоретические и методические аспекты): автореф. дис. … канд. экон. наук. – Москва 2007. – 22 стр. – Режим доступу: http://Economy-lib.com/disser/208724/a#
3. Положення про Український Національний Грід (УНГ). – Режим доступу: http://ung.in.ua/upload/user_files/BCC_Policy/ung_fin.pdf
4. ІТ-право: теорія та практика : навч. Посіб. / авт. Кол. ; за ред. Є.О. Харитонова, О.І. Харитонової. – Одеса : Фенікс, 2017. – 472 с. – стор 159
5. Правовое регулирование деятельности виртуальных предприятий на рынке дистанционной торговли в глобальной компьютерной сети «Интернет». – Режим доступу: https://repetitora.com/pravovoe-regulirovanie-deyatelnosti-virtualnyh-predpriyatij-na-rynke-distancionnoj-torgovli-v-globalnoj-kompyuternoj-seti-internet
6. E-slovnik. Тлумачний словник української мови. – Режим доступу: http://eslovnyk.com/%D0%B2%D1%96%D1%80%D1%82%D1%83%D0%B0%D0%BB%D1%8C%D0%BD%D0%B8%D0%B9
7. Virtual office. – Режим доступу: https://en.wikipedia.org/wiki/Virtual_office
8. Про затвердження форм заяв у сфері державної реєстрації юридичних осіб, фі – Режим доступу:зичних осіб – підприємців та громадських формувань: Наказ Міністерства юстиції України від 18.11.2016 № 3268/5. – Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/z1500-16
9. Сервіс електронної пошти mail.gov.ua Інструкція користувача Версія 1.5.0.0 – Режим доступу:https://e-court.mail.gov.ua/User_Guide_Mail.pdf

Гавриленко Андрій Іванович

ПОНЯТТЯ ТА ПРАВОВА ПРИРОДА ВІРТУАЛЬНИХ ЮРИДИЧНИХ ОСІБ

Статтю присвячено дослідженню еволюції юридичної особи і становлення її у віртуальному просторі. Проаналізовано розвиток від класичної юридичної особи через віртуалізацію офісу до необхідності забезпечення правового регулювання віртуальної юридичної особи.

***Ключові слова*:** юридична особа, віртуальний офіс, віртуальна організація, юридична адреса, реєстрація юридичної особи.

Гавриленко Андрей Иванович

ПОНЯТИЕ И ПРАВОВАЯ ПРИРОДА ВИРТУАЛЬНЫХ ЮРИДИЧЕСКИХ ЛИЦ

Статья посвящена исследованию эволюции юридического лица и становления его в виртуальном пространстве. Проанализировано развитие от классического юридического лица через виртуализацию офису к необходимости обеспечения правового регулирования виртуального юридического лица.

Ключевые слова: юридическое лицо, вирутальный офис, виртуальная организация, юридический адрес, регистрация юридического лица.

Gavrylenko Andriy

THE CONCEPT AND LEGAL NATURE OF VIRTUAL LEGAL ENTITIES

The article is devoted to the study of the evolution of a legal entity in the context of movement to the virtual space. The development from the classical legal entity through virtualization of the office to the necessity of providing legal regulation of the virtual legal entity is analyzed. The gradual formation of virtual organizations, their correlation with legal entities is investigated.

The approaches to the definition of “virtual enterprise”, and its features are also investigated. In the context of the definition of a virtual organization, common features with modern regulation and understanding of a legal entity are determined in view of the classical features of a legal entity, in particular, such features as organizational unity, they are created for the satisfaction of their purpose, which is unique for their structural components, have a single center for the coordination of adoption solutions.

Through the analysis of the understanding of the term “virtual” concluded that it is possible to transfer to the virtual space in the definition of a legal entity in terms of determining its essence. In the context of the virtuality of the activity, an analysis of activity in the virtual office is presented. It was established that the legal address ceased to play an important role for the legal entity to operate. It is also defined the gradual departure of the legislator from the rigid binding of the legal entity to the physical address.

The accents of legislative regulation, which are related to the legal address of the legal entity, are determined, as well as the opinions on the possibility of their replacement by electronic services are outlined. It has been determined that the virtuality of a legal entity may be manifested when leaving the postal address, in connection with which the wording of the concept of a virtual legal entity as a legal entity that does not have a postal address has been proposed, and its activities are carried out through a specially created and controlled state e-mail address for using an electronic signature.

Key words: legal entity, virtual office, virtual organization, legal address, registration of legal entity.

УДК 347.12:341.215.2

Семенюк Олександр Сергійович,
здобувач кафедри
права інтелектуальної власності та корпоративного права
Національного університету «Одеська юридична академія»

ІНФОРМАЦІЙНЕ СУСПІЛЬСТВО ЯК СФЕРА ІСНУВАННЯ І ЗАСТОСУВАННЯ СКЛАДНИХ ОБ'ЄКТІВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

Постановка проблеми. Починаючи з середині XX ст. й до сьогодення світ перейшов в еру інформатизації, в якому інформація, у тому числі й у вигляді складних об'єктів інтелектуальної власності, її використання й захист стали передумовою будь-якого виробництва, а звідси і шляхом економічно-господарського добробуту будь-якої розвиненої країни.

Саме існування інформаційного суспільства надало широкі можливості для повного і всебічного використання об'єктів інтелектуальної власності, як на міжнародному так і на національному рівнях, які є взаємопов'язаними і взаємодіючими, але існують деякі проблемні питання щодо зазначених об'єктів як складових інформаційного суспільства, що обумовлює актуальність наукового дослідження.

Стан дослідження теми. Питання, пов'язані з дослідженням визначення поняття й ознак інформаційного суспільства, місця та ролі в ньому складних об'єктів інтелектуальної власності досліджували вчені різних галузей знань, утому числі й юристи, зокрема: Басв В.В., Даніл'ян О.В., Ізбаш О.О., Еннан Р.Є. Недопитанський М.І., Рубанець О.М., Цимбалюк В.С. та ін. Проте дані дослідження проведені здебільшого в рамках розгляду інформаційного суспільства загалом. Однак, незважаючи на значну кількість досліджень питань щодо інформаційного суспільства як сфери існування й застосування складних об'єктів інтелектуальної власності, науковий пошук виокремлення їх поняття та ознак не втрачає своєї актуальності, враховуючи стрімкий розвиток економічно-інформаційних відносин та умов ведення бізнесу, які вимагають адекватної реакції з боку держави, в тому числі щодо нормативного визначення зазначених понять.

Метою дослідження є визначення поняття, ознак і сутності інформаційного суспільства як сфери існування й застосування складних об'єктів інтелектуальної власності, з урахуванням норм чинного цивільного та іншого законодавства.

Виклад основного матеріалу. Україна, як і більшість розвинених країн, стала частиною світового інформаційного суспільства, яке є майже головною умовою успішного та ефективного існування й розвитку економіки в цілому та бізнесу як складової її частини. Сьогодні перед нашою державою стоїть «нове завдання – будівництво інформаційного суспільства, тобто здобуття вищого соціального рівня. Тяжіння України до інформаційного світу – об'єктивний процес та важко навіть припустити, щоб ми лишилися поза сучасними комунікативними потоками, при цьому світу потрібна інформаційна Україна, нам же не обійтися без комунікативного потенціалу світу. Ця теза варта широкого осмислення, її необхідно сприймати як об'єктивну реальність, яка дедалі більше проявлятиметься в усіх сферах нашого життя. Водночас вона привноситиме і певний дискомфорт, особливо для панівних прошарків суспільства, бо та прозорість, яку містить у собі ідея інформаційності, вимагає радикально іншої стилістики поведінки й управління» [1, с. 45].

Можливо, на сучасному етапі теза про інформаційну Україну виглядає утопічною та ще важко неозброєним оком розгледіти інформаційне наповнення наших реалій. До того ж, не сформовано остаточного визначення поняття «інформаційне суспільство». У літературі по-різному визначається це поняття, але спільним є зв'язок із глобальним процесом інформатизації. Наприклад, родоначальник

комп'ютерної ери Б. Гейтс передусім наголошує на «технологічній складовій: наявність персональних комп'ютерів, під'єднання до мережі Інтернет тощо. Американський соціолог Д. Белл сповідує суто виробничий аспект: поступовий занепад виробництва товарів як основної форми економічної діяльності й заміни його виробництвом послуг, пов'язаних насамперед з охороною здоров'я, освітою, управлінням. Поширеним є також розуміння інформаційного суспільства як відкритої і прозорої соціальної системи» [2, с. 239].

Специфіка образів інформаційного суспільства в свідомості людей полягає в недостатній цивілізаційній, ідеологічній, політичній визначеності місця інформаційної перспективи в розвитку країни. Недостатньо існує розробок у галузі досліджень інформаційного суспільства, а у суспільній свідомості панують стереотипи, що зводять інформаційне суспільство до розвитку інформаційних та телекомунікаційних технологій. Це «своєрідний штамп, що повторюється в усіх без винятку публікаціях та висловлюваннях в ЗМІ. Але на відміну від звичайного стереотипу, що схематизує і догматизує певні риси конкретних суспільних явищ, особливість цього стереотипу полягає в тому, що на його основі схематизують не тільки безпосередній об'єкт, відтворений в стереотипі, – тобто, самі вказані технології, а й технологізують усі системні прояви, перетворюючи політичні, соціальні та культурні процеси управління на ті, які протікають у суспільній свідомості, в справжню арену дії пов'язаних з цими стереотипами уявлень» [3, с. 29].

Усе це свідчить про перехід від стереотипів інформаційних та телекомунікаційних технологій до виникнення технологічної і комунікативної парадигми, що охоплює суспільство як відкриту систему, і розробки нової соцієнтальної парадигми. Вона, «зберігаючи здоровий прагматизм науково-технічних інновацій у розвитку цифрових технологій і засобів зв'язку в Україні, має орієнтуватися на розробку соціальних аспектів використання вже існуючих комп'ютерних систем і мереж та на державну й політичну підтримку розвитку когнітивного освітянського, науково-дослідного потенціалу українського суспільства в напрямку створення все більш досконалих програмних систем із широким спектром виконання ними соціальної функціональності організацій, інституцій, корпоративних структур. Якщо стереотип інформаційних технологій як засобів переробки, зберігання інформації та створення інформаційних продуктів орієнтував на виникнення в суспільстві окремого інформаційного сектору, то соцієнтальна парадигма зорієнтована на розвиток когнітивної операційності програмних систем як основи внутрішньої (управлінські, виробничі функції) і зовнішньої, оберненої до людини та потреб, соціальної функціональності; відтак вона націлює на створення інформаційного суспільства, що охоплює усі підсистеми та елементи. Якщо технологічна і комунікативна парадигма, акцентуючи увагу на інформації як субстанції нового суспільства, розуміла розвиток інформаційного суспільства як віртуалізацию людської життєдіяльності, то соцієнтальна парадигма акцентує на задоволенні реальних потреб людини (освіти, професійної орієнтації, охорони здоров'я, медицини тощо), на наданні їй реальної допомоги. З точки зору технічної й технологічної вже існують передумови для цього: розробляються мультимедійне та дистанційне навчання, експертні системи професійної орієнтації, створені госпітальні інформаційні системи, телемедицина тощо. Необхідні зрушення в парадигмі мислення» [4, с. 9].

Таким чином, на сьогодні «проблема вивчення та гармонізації інформаційного суспільства набуває надзвичайної ваги, при цьому складовим елементом змісту зазначеного поняття є, у тому числі й складні результати права інтелектуальної власності. Також зв'язок зазначених результатів з інформаційним суспільством поєднаний із загальним впливом та взаємодією інформаційного суспільства та права інтелектуальної власності. З цього приводу слушною є думка про те, що існує принцип двоєдності інформації та матеріального носія, на якому наголошує інформаційне право, застосування якого дозволить врегулювати інформаційні відносини в повному обсязі, при цьому актуальним є питання захисту традиційних виключних прав авторів при їх спілкуванні у соціальній мережі, крім того за доцільним є впровадження етичних норм в інформаційних мережах» [5, с. 81].

В Україні є правові засади інформатизації, які визначені нормативними актами різної юридичної сили. Так, діє Закон «Про інформацію» та інші законодавчі акти з питань визначення, використання і захисту інформації, підписано ряд Указів Президента України щодо інформаційного суспільства. В Україні з 2003 року почав працювати єдиний веб-портал Кабінету Міністрів України – уведено в дію першу лінію «електронного уряду». Також в Україні створений Інформаційно-аналітичний центр, який є робочим органом Ради національної безпеки і оборони України [6]. Закон України «Про інформацію» регулює відносини щодо створення, збирання, одержання, зберігання, використання, поширення, охорони, захисту інформації та містить деякі дефініції стосовно зазначених положень. На думку автора доречно доповнити ст. 1 зазначеного Закону поняттям інформаційного суспільства як певного соціально-правового суспільства, що за допомогою мас-медійних засобів (технологій інформаційного

суспільства) на підставі програмування та планування визначає і реалізує пріоритетні економічні потреби держави.

У 2007 році Верховною Радою України було прийнято Закон України № 537-У [7], яким було затверджено основні засади розвитку інформаційного суспільства в Україні на 2007-2015 роки (далі – Основні засади розвитку ІС в Україні), відповідно до яких одним із пріоритетів України відзначається «прагнення побудувати орієнтоване на інтереси людей, відкрите для всіх і спрямоване на розвиток інформаційного суспільства, в якому кожний міг би створювати і накопичувати інформацію та знання, мати до них вільний доступ, користуватися і обмінюватися ними, щоб дати змогу кожній людині повною мірою реалізувати свій потенціал, сприяючи суспільному і особистому розвиткові та підвищуючи якість життя». Перспективи формування інформаційного суспільства, як зазначає О.В. Даніл'ян, полягають у «створенні не лише розвиненого інформаційного середовища, а й мають реалізовуватися шляхом створення напрямів оптимізації розвитку інформаційного суспільства, серед яких виокремлює політико-правовий напрям» [8, с. 15]. Таким чином, можливо підтримати позицію вчених, які виокремлюють інформаційне право в системі права України, яке має «свої власні інститути – інститут масової інформації, інститут документованої інформації, інститути інформації обмеженого доступу, тощо» [9, с. 177].

У літературі слушно зазначається, що «суспільні трансформації з індустріального суспільства в інформаційне полягають у переході до виробництва і використання інформації та теоретичних знань як основних товарів та сприйняття їх як вищих цінностей і, відповідно, формування нової соціальної структури суспільства, нових моделей управління» [10, с. 386]. Відповідно, «основними ціннісними пріоритетами ІС визнаються можливість вільних комунікацій та використання інформаційно-комунікаційних технологій» [11, с. 341] (надалі – ІКТ), «функціонування мережевої економіки» [12, с. 22], «популяризації освіти, актуалізації інтелекту, розвитку знань і технологій» [13, с. 33] (надалі – ІТ).

Безперечним є вплив міжнародного світового процесу інформатизації на національні, при цьому «належне інформаційне забезпечення стає нагальною вимогою часу, адже саме інформація разом з наукою та інтелектом людини, продукуючими нові знання, починають поступово змінювати устої сучасного суспільства, надають йому ознак суспільства нового типу-інформаційного» [14, с. 37]. Звідси вбачається взаємозв'язок та взаємовплив інтелектуальної власності та інформації. Так, на сьогодні вже визначилися «світові моделі розвитку інформаційного суспільства – європейська, латиноамериканська, азіатська. Усе це зумовлює вивчення природи, якісних характеристик і особливо динаміки інформаційного суспільства (надалі – ІС) як об'єкта наукового дослідження» [15, с. 113]. Але представляється, що в майбутньому можливо поглинання і тісна взаємодія зазначених моделей, їх поєднання і симбіоз, на підставі чого виникає міжнародне інформаційне право з відповідними відносинами. Доречною з цього приводу є думка Р.Є. Еннана, який зазначає, що міжнародно-правові інформаційні відносини – врегульовані нормами міжнародного права міждержавні відносини в інформаційній сфері, пов'язані з обігом інформаційних ресурсів в ході міжнародного співробітництва, а також транскордонної передачею інформаційних ресурсів іншими суб'єктами, ніж держава. Виходячи з цього предметом міжнародного інформаційного права є інформаційна сфера, а об'єктом – міжнародно-правові інформаційні відносини. Міжнародне інформаційне право – система норм міжнародного права, яка регулює міжнародно-правові відносини, здійснювані в інформаційній сфері. Міжнародне інформаційне право є комплексною галуззю міжнародного права, до складу якої входять правові норми і інститути базових і суміжних галузей міжнародного права, об'єднані загальним предметом правового регулювання – міжнародно-правовими інформаційними відносинами. Також вчений зазначає, що «існуюча сукупність спеціальних міжнародно-правових норм в інформаційній сфері складається з двох складових частин, зумовлені специфікою видів інформаційних відносин – інформаційних, пов'язаних з внутрішнім змістом (контентом), а також інформаційно-інфраструктурних, що забезпечують обіг (комунікацію) інформаційних ресурсів» [16, с. 662]. До зазначених ресурсів відносяться й складні результати інтелектуальної власності.

ІС – багатоаспектне поняття, що допускає можливість багатьох визначень, понять, категорій. Так, зазначається, що «ІС – об'єктивно зумовлений ступінь розвитку людства, на якому електронні інформаційні ресурси визнаються найбільш значущими ресурсами, виробництво та споживання яких є найважливішим видом суспільної діяльності. Виходячи з цього, виділяються такі основні ознаки ІС як: формування та функціонування інформаційної економіки» [17, с. 152]; високий рівень інформаційних потреб членів суспільства та спроможність їх задоволення для основної маси населення; високий рівень інформаційної культури; вільний доступ кожного члена суспільства до інформації, окрім ситуацій,

пов'язаних із безпекою особистості, суспільних груп та всього суспільства.

Матеріально-технічною основою формування зазначених ознак суспільства є технології інформаційного суспільства (надалі – ТІС) (Інтернет, мобільна телефонія, супутниковий зв'язок, інформаційні та комунікаційні системи та технології). У сучасному світі ТІС відіграють роль універсального та багатофункціонального інструменту розвитку держави і суспільства. ТІС прямо чи опосередковано застосовуються в усіх сферах діяльності. Складні об'єкти інтелектуальної власності є певними самостійними технологіями (елементами, яким потім притаманний матеріально-грошовий вираз) інформаційного суспільства за допомогою яких воно розвивається й удосконалюється.

Сучасний період України пов'язаний з «пошуком стійкого руху до інформаційного суспільства, до початку постіндустріальної цивілізації і проблема цінностей сьогодні стає головною в пошуках нових стратегій цивілізаційного процесу для України. Сценарій цього руху передбачає вироблення нової стратегії реформ, що сьогодні й відбувається» [18, с. 86].

Можливості трансформації, мабуть, лежать більше в площині внутрішнього розвитку нашого суспільства. Тому сьогодні важливо виявити точки прояву нових цінностей, які можуть змінити колишню стратегію розвитку соціуму. Для цього необхідні не лише політичні умови, а й належне правове забезпечення розвитку інформаційного суспільства та в цій площині намітився певний прогрес, так в 1998 року було зроблено один з важливих кроків: прийнято Закон України «Про Національну програму інформатизації», зміни й доповнення до якого внесено 2016 року. Було визнано, що загальна ситуація в галузі інформатизації не може бути визнана задовільною, і не лише через кризові явища в економіці, але ще й тому, що рівень інформатизації українського суспільства порівняно з країнами Заходу становить лише 2 – 2,5 %. Відзначено також технічне відставання телекомунікаційних систем, мереж передачі даних тощо [19]. Згаданий Закон визначив шляхи національної програми інформатизації, а також стратегію розв'язання проблеми забезпечення інформаційних потреб та інформаційної підтримки соціально-економічної, екологічної, науково-технічної, оборонної, національно-культурної та іншої діяльності у сферах загальнодержавного значення. Національна програма включає: Концепцію Національної програми інформатизації; сукупність державних програм з інформатизації; галузеві програми та проекти інформатизації; регіональні програми і проекти інформатизації; програми та проекти інформатизації органів місцевого самоврядування.

Висновки. На підставі вищезазначеного можливо зробити наступні висновки:

– У зв'язку із стрімким сучасним розвитком глобального процесу інформатизації в Україні стрімко поширюються і впроваджуються інформаційно-правові відносини, об'єктом яких, у тому числі є складні об'єкти інтелектуальної власності;

– Складні результати інтелектуальної власності в процесі своєї реалізації в сфері інформаційних технологій приймають грошову-матеріальну форму, що характеризує їх як результати комерціалізації економічних відносин через призму цивільного регулювання (підгрунтя);

– Перспективи розвитку складних результатів інтелектуальної власності можливо поділити на дві групи – загальні та спеціальні, до загальних слід віднести державне регулювання зазначених об'єктів, з відповідними напрямками державної політики і правовим полем; визначенням і характеристикою інформаційного суспільства як форми, простору і території їх застосування, обігу і реалізації, за умов належного технологічного стану; а до спеціальних розміщення складних результатів інтелектуальної власності у спосіб передбачений законодавством, у тому числі у мережі Інтернет у вигляді, доступному для публічного та іншого споживання на підставі цивільно-правових угод за умови паперової, електронної та інших форм;

– Вважається за доцільне доповнити ст. 1 Закону України «Про інформацію» поняттям інформаційного суспільства як певного соціально-правового суспільства, що за допомогою мас-медійних засобів (технологій інформаційного суспільства) на підставі програмування та планування визначає і реалізує пріоритетні економічні потреби держави;

– Матеріально-технічною основою формування інформаційного суспільства є його технології (Інтернет, мобільна телефонія, супутниковий зв'язок, інформаційні та комунікаційні системи та технології), при цьому складні об'єкти інтелектуальної власності є певними самостійними технологіями (елементами, чинниками) інформаційного суспільства за допомогою яких воно розвивається, реалізується й удосконалюється.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Недопитанський М. Україна інформаційна: утопія чи реальність / М. Недопитанський // Віче. – 2003. – № 2 (131). – С. 44-51.
2. Лолл Д. Мас-медіа, комунікація, культура: глобальний підхід. / Д. Лолл – К., 2002. – 264 с.
3. Рубанець О. М. Інформаційне суспільство: від технологічної й комунікативної парадигми до соцієнтальної / О. М. Рубанець // Практична філософія. – 2003. – № 3. – С. 28-34.
4. Гамрецький І. Гармонізація інформаційного суспільства у світлі сучасних освітних концепцій / І. Гамрецький // Рідна школа. – 2006. – № 3. – С. 8-10.
5. Избаш О. О. Взаимосвязь интеллектуального права и информационного права / Правове регулювання суспільних відносин в умовах демократизації Української держави: тези доповідей міжнародної науково-практичної конференції. / О. О. Избаш. – м. Запоріжжя, 3-4 жовтня 2014 р. / За заг. ред. Т.О. Коломоєць. – Запоріжжя: ЗНУ, 2014. – С. 81-83.
6. Про Інформаційно-аналітичний центр: Указ Президента України від 12 квітня 2014 р. // Офіційний вісник України. – 2014. – № 33. – Ст. 878.
7. Про Основні засади розвитку інформаційного суспільства в Україні на 2007-2015 р.: Закон України від 9 січня 2007 року № 537-У // Відомості Верховної Ради України. – 2007. – № 12. – Ст. 511.
8. Даніл'ян О.В. Інформаційне суспільство та перспективи його розвитку в Україні (соціально-філософський аналіз): Автореф. дис... канд. філос. наук: 09.00.03: Харк. ун-т повітр. сил ім. І. Кожедуба. / О. В. Даніл'ян – Х., 2006. – 19 с.
9. Інформаційне право (основи теорій і практики): монографія / В. С. Цимбалюк, НДЦ правової інформатики Акад. прав. наук України. / В. С. Цимбалюк – К.: «Освіта України», 2010. – 388 с.
10. Социология: Энциклопедия / Сост. А. А. Грицанов, В. Л. Абушенко, Г. М. Евелькин, Г. Н. Соколова, О .В. Терещенко. – Мн.: Книжний дом , 2003. – 1312 с.
11. Словарь иностранных слов под общей редакцией И. В. Лехина и проф. Ф. Н. Петрова. – М.: Государственное издательство иностранных и национальных словарей, 1954. – 853 с.
12. Мануель Кастельс та Пекка Хіманен. Інформаційне суспільство та держава добробуту. Фінська модель. Пер. з англ. – К.: Ваклер, 2006. – 256 с.
13. Тоффлер Э. Третья волна: Пер. с англ. / Э. Тоффлер. – М.: АСТ, 2004. – 781 с.
14. Марчук Л. П. сучасна інформатизація суспільства та її вплив на інноваційні процеси / Л. П. Марчук // Вісник аграрної науки Причорномор'я. – 2012. – № 1. – С. 37-44.
15. Винарик Л. С., Берсуцкий Я. Г., Щедрин А.Н. Информационная культура в современном обществе: Учеб. пособие. – Донецк: Институт зкономики промышленности / Л. С. Винарик, Я. Г. Берсуцкий, А. Н. Щедрин. – ДИЗХП, 2003. – 322 с.
16. Еннан Р.Є. Формування міжнародного інформаційного права / Правове життя сучасної України: матер. Міжнар. наук. – практ. конф. (16-17 травня 2013 р.) Т. 2 / відп. за випуск д.ю.н. В.М. Дрьомін; / Р. Є. Еннан. – Націон. Ун-т «Одеська юридична академія». Одеса: Фенікс, 2013. – С. 661-663.
17. Басв В.В. Розуміння нової парадигми електронного врятування на місцевому рівні // Зб. наук, праць УАДУ при Президентові України / За заг. ред. В. І. Лугового, В. М. Князєва. / В. В. Басв – К.: Вид-во УАДУ. 2003 – Вип. 1. – С. 151 -158.
18. Семенюк О.С. Перспективи розвитку інформаційного суспільства в Україні / Політико-правові реформи та становлення громадянського суспільства в Україні: матеріали всеукраїнської науково-практичної конференції, м. Херсон, 9-10 жовтня 2015 р. / О. С. Семенюк – Херсон: Видавничий дім «Гельветика», 2015. – С. 85-89.
19. Про Національну програму інформатизації: Закон України від 04 лютого 1998 р. // Відомості Верховної Ради України. – 1998. – № 27-28. – Ст. 182.

Семенюк Олександр Сергійович

ІНФОРМАЦІЙНЕ СУСПІЛЬСТВО ЯК СФЕРА ІСНУВАННЯ І ЗАСТОСУВАННЯ СКЛАДНИХ ОБ'ЄКТІВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

У статті здійснений аналіз визначення понятійно-правових засад інформаційного суспільства як сфери існування і застосування складних об'єктів інтелектуальної власності, з окресленням основних їх чинників, а також формулюванні висновків і пропозицій, спрямованих на вдосконалення цивільного законодавства щодо зазначеної тематики.

Ключові слова: інформаційне суспільство, складні об'єкти інтелектуальної власності, цивільне законодавство, інформація, інформатизація суспільства.

Семенюк Александр Сергеевич

ИНФОРМАЦИОННОЕ ОБЩЕСТВО КАК СФЕРА СУЩЕСТВОВАНИЯ И ПРИМЕНЕНИЯ СЛОЖНЫХ ОБЪЕКТОВ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ

В статье осуществлен анализ определения понятийно-правовых основ информационного общества как сферы существования и применения сложных объектов интеллектуальной собственности, с описанием основных их факторов, а также сформулированы выводы и предложения, направленные на совершенствование гражданского законодательства по указанной тематике.

Ключевые слова: информационное общество, сложные объекты интеллектуальной собственности, гражданское законодательство, информация, информатизация общества.

Semenyuk Alexander

INFORMATION SOCIETY AS A SCIENCE OF EXISTENCE AND APPLICATION OF COMPLEX INTELLECTUAL PROPERTY OBJECTS

The article analyzes the definition of the conceptual and legal foundations of the information society as areas of existence and application of complex objects of intellectual property, outlining their main factors, as well as formulating conclusions and proposals aimed at improving the civil law in relation to the mentioned topic.

Key words: information society, complex objects of intellectual property, civil law, information, informatization of society.

УДК 347.426.4:(007:004.7)

Шагака Олександра Володимирівна,
аспірантка кафедри цивільного права
Національного університету «Одеська юридична академія»

ВІДШКОДУВАННЯ МОРАЛЬНОЇ ШКОДИ ЯК ІНСТРУМЕНТ ЗАХИСТУ ПРАВ У СФЕРІ ІТ-ВІДНОСИН

Постановка проблеми. Україна – лідер у рейтингу держав-порушників права інтелектуальної власності, такі дані містить опублікований Спеціальний щорічний звіт Міжнародного альянсу інтелектуальної власності щодо захисту прав власності (IIPA – International Intellectual Property Alliance), відомий також як «список 301».

Стрімкий розвиток інформаційних технологій не тільки дозволяє розширювати комунікаційні можливості, але й містить в собі нові загрози. Так, захист авторських прав, використання неліцензованого програмного забезпечення та нелегальної аудіо- та відеопродукції, яка розміщена в мережі Інтернет, стає все важче контролювати. Однак, вже існує ефективний механізм захисту порушених прав у сфері ІТ-відносин – це ініціювання судового розгляду та можливість відшкодування шкоди за збитків, завданих порушенням прав в ІТ сфері.

Стан дослідження теми. Загальнонауковою основою при дослідженні даного питання стали праці фахівців у галузі цивільного права, серед яких: М.Д. Бойко, О.А. Пешкової, О.О. Тихомирова, Є. Фесенко, Є.О. Харитонова, О.І. Харитонової та інших. Разом із тим, наукові дослідження щодо захисту прав у сфері ІТ-відносин та відшкодування моральної шкоди, попри отримані результати і накопичений досвід, потребують подальшого вдосконалення. Інститут відшкодування моральної шкоди є складовою частиною правової системи розвинутої країни і покликаний виконувати важливі функції захисту порушених прав осіб. Сьогодні він посідає чільне місце у правових системах багатьох країн світу.

Мета статті полягає в тому, щоб на основі аналізу чинного законодавства дослідити умови відшкодування моральної шкоди, завданої порушенням прав у сфері ІТ-відносин, і надати обґрунтовані висновки.

Виклад основного матеріалу. Саме суспільні перетворення, що відбуваються у світі, переоцінка суспільних пріоритетів і створюють підвищену зацікавленість для закріплення правових гарантій забезпечення відшкодування збитків, які все більше завдаються цивільними правопорушеннями у сфері ІТ-відносин [1, с. 354].

Як зазначає І. Забара, залежність сучасної людини від суспільства, в якому вона живе, і держави є досить високою і, як наслідок, значною є ймовірність заподіяння їй різної за видом і проявом шкоди. Однією з таких форм шкоди є моральна шкода. Можливість її відшкодування є одним із показників певного рівня захисту прав і свобод людини в демократичному суспільстві та правовій державі, важливим завданням якої є забезпечення справедливого, швидкого і ефективного відновлення порушеного права і адекватного, еквівалентного відшкодування заподіяної шкоди [2].

Право на відшкодування моральної шкоди виникає внаслідок завдання шкоди (майнової, немайнової), незалежно від наявності спеціальних норм цивільного законодавства та не містить ніякого майнового елементу [3, с. 15; 4, с. 62], не має економічного змісту [5, с. 16].

Відповідно до ст. 16 Цивільного кодексу України [6] (далі – ЦК України), кожна особа має право звернутися до суду за захистом свого особистого немайнового або майнового права та інтересу, а одним із способів захисту цивільних прав та інтересів є відшкодування моральної (немайнової) шкоди.

У постанові Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди» [7], вказано наступне: моральну шкоду як втрату немайнового характеру внаслідок моральних чи фізичних страждань або інших негативних явищ, заподіяних неза-

конними діями чи бездіяльністю можуть зазнавати як фізичні так і юридичні особи; немайнову шкоду як втрату немайнового характеру, що настала у зв'язку з приниженням ділової репутації, посяганням на фірмове найменування, товарний знак, виробничу марку, розголошенням комерційної таємниці, а також вчиненням дій на зниження престижу чи підриву довіри до діяльності потерпілого можуть зазнавати лише юридичні особи [8, с. 39].

Слід зазначити, що станом на сьогоднішній день в Україні активно розвивається ІТ-бізнес, з кожним днем зростає кількість користувачів глобальної мережні Інтернет, тим самим збільшуючи простір для ведення бізнесу, продажів будь-яких товарів, розповсюдження інформації [9].

Як зауважує М. Коваль, треба визнати, що в Україні не звикли платити за ліцензоване програмне забезпечення та за легальну аудіо- та відеопродукцію, розміщену в інтернеті. Наприклад, за даними корпорації Microsoft за 2015 рік, майже 85% її продукції, яка використовується в українських державних установах – неліцензійна [10].

Інформація та інформаційні технології сьогодні визначають шляхи та напрями розвитку будь-якого суспільства і держави, докорінно впливають на формування людини як особистості, справляють вирішальний вплив на визначення її ролі та місця в суспільстві, активізують і мотивують її пізнання в науці, історії та інших сферах. У зв'язку з потребами часу інформаційні технології, інформаційна безпека та інформація в цілому усе частіше стають об'єктами наукового дослідження, вони глибоко проникають у всі сфери життєдіяльності людини та стають рушійною силою сучасних соціальних трансформацій. Україна швидкими темпами створює і удосконалює чинне законодавство про інтелектуальну власність, виходячи при цьому із того, що інтелектуальна діяльність та інтелектуальна власність усе більше набувають пріоритетного значення в соціально-економічному розвитку суспільства, активно досліджуються питання захисту майнових та немайнових прав у сфері інформаційних технологій [11].

Відтак зростає значення, так званого, «ІТ-права». Характеризуючи цей феномен, Є.О. Харитонов робить акцент на тому, що у найбільш загальному вигляді під ІТ-правом розуміють сукупність норм та правил, що опосередковують діяльність по забезпеченню безпеки інформаційних технологій та інформаційної активності в Інтернеті. До сфери його правового регулювання відносять широке коло різноманітних відносин, які регулюються нормами цивільного, господарського, адміністративного законодавства. [12, с. 274]. При цьому деякі правознавці ІТ-право характеризують як мультидисциплінарну галузь права, котра поєднує в собі згадані вище та інші галузі.

Як зазначає О.І. Харитонова, виходячи із загального розуміння ІТ-права як сукупності норм і правил, що опосередковують діяльність по забезпеченню безпеки інформаційних технологій та інформаційної активності в Інтернеті, варто встановити структуру останнього. Зараз до сфери його правового регулювання відносять широке коло відносин. А особливо багато різноманітних ІТ-відносин виникає у сфері цивільно-правового регулювання: ІТ-договори надання послуг програмного забезпечення або його розробки; ІТ-договори роботи із ФОП або програмістами; юридичний супровід фрі-лансерів; юридичний аудит ІТ-компаній; правовий захист web-сторінок і контенту; оформлення та захист авторських прав і торгової марки в мережі Інтернет; оформлення договору купівлі-продажу сайту, домену, бренду тощо; правове забезпечення діяльності інтернет-магазинів; створення і реєстрація юридичних осіб у цій галузі; ліцензійні угоди; захист прав інтелектуальної власності; захист інформації тощо [13, с. 280-281].

Характеризуючи коло ІТ-відносин, з яких виникають зобов'язання з відшкодування шкоди, то є необхідність зазначити деякі з них, а саме: відшкодування шкоди за порушення авторських прав в мережі Інтернет; відшкодування шкоди пов'язаних з неправомірним використанням товарних знаків та доменних імен; відшкодування шкоди за розміщення недостовірної інформації на сайті (захист ділової репутації), звинуваченням в «спам», звинуваченням в порушеннях чинного законодавства про зв'язки; відшкодування шкоди завдану покупцям інтернет-магазинів; відшкодування шкоди у зобов'язаннях, що виникають з порушення договорів [14 с. 241-242].

Найбільша проблема в питанні захисту виняткових прав в мережі Інтернет – визначення порушника прав інтелектуальної власності, яким найчастіше є фізична особа. У власників виняткових прав, інтереси і права яких порушуються в мережі, є можливість звернутися до суду з позовом про відшкодування шкоди, завданої в результаті порушення прав в ІТ-сфері. Крім порушень авторського права, актуальним для мережі Інтернет є порушення інтелектуальних прав на товарні знаки (торгові марки) для товарів і послуг.

Одним із найпоширеніших порушень особистих немайнових прав автора є плагіат. Судові справи про плагіат зазвичай дуже складні, тому що довести факт плагіату непросто. Суд не завжди може знайти відповідь на окремі питання, що мають істотне значення для вирішення справи. Для доведення своєї позиції, окрім інших доказів, бажано

надавати висновки компетентних спеціалістів, експертів тощо. Внаслідок плагіату автору завдається як майнова, так і немайнова шкода [15, с. 82].

У спеціальному законодавстві України в сфері інтелектуальної власності згадується чимало способів цивільно-правового захисту авторського права. До таких способів, зокрема, можна віднести: вимогу визнання та поновлення своїх прав, у тому числі заборона дії, що порушує авторське право чи створює загрозу його порушення; звернення до суду з позовом про поновлення порушених прав та (або) припинення дій, що порушують авторське право чи створюють загрозу його порушення; подання позову про відшкодування моральної (немайнової) шкоди; подання позову про відшкодування збитків (матеріальної шкоди), включаючи упущену вигоду, або стягнення доходу, отриманого порушником внаслідок порушення ним авторського права, або виплату компенсацій [16, с. 249]. За захистом авторського права можна звернутись як до порушника з претензією, так і відразу подати позов до суду щодо відшкодування моральної (немайнової) шкоди, завданої порушенням авторського права, з визначенням розміру відшкодування.

Наразі велика можливість порушення прав на об'єкти інтелектуальної власності виникає завдяки стрімким темпам розвитку і розповсюдження цифрової інформації за допомогою мережі Інтернет, а також швидкому і легкому доступу до її джерел. Розміщені в Інтернеті твори переважно належать до творів літератури, науки, тощо і в багатьох випадках є об'єктами, які охороняються авторським правом. Одним з ефективних інструментів захисту порушених прав у мережі Інтернет є звернення до суду з позовом про відшкодування моральної шкоди.

Позитивною тенденцією у розвитку цивільного законодавства та судової практики є відшкодування шкоди, завданої покупцям інтернет-магазинів. Так, наприклад, у рішенні від 16 лютого 2015 року № 129/606/14-ц Апеляційний суд Вінницької області по справі за позовом ОСОБА_3 до ФОП ОСОБА_2 про розірвання договору купівлі-продажу, відшкодування матеріальної та моральної шкоди, встановлено, що задовольняючи позовні вимоги суд врахував вищевказані обставини справи, вимоги закону та виходив з того, що протиправними діями відповідача було порушено права позивача, як споживача, та завдано моральну шкоду, яка полягає в душевних стражданнях у виді негативних переживань через неможливість користуватися кондиціонером в літню пору року, необхідності докладати додаткові зусилля для повернення сплачених за неякісний товар коштів, а тому необхідно розірвати договір купівлі-продажу неякісного товару – мобільного кондиціонеру "Delfa DPMD-12HR" від 29 червня 2013 року, стягнути з ФОП ОСОБА_2 на користь позивача суму вартості мобільного кондиціонеру та моральну шкоду [17].

Інший приклад: рішення Апеляційного суду Донецької області від 09 жовтня 2017 року у справі № 235/1462/17 за позовом про захист прав споживача, який вважав, що інтернет-продавець ввів його в оману і намагався повернути придбаний товар та сплачені кошти керуючись законодавством про захист прав споживачів. Суд, зокрема, встановив відшкодування моральної шкоди, яка завдана була громадянину у зв'язку із порушенням його прав, як споживача, у зв'язку із застосуванням відповідачем щодо нього омани, через яку він вимушений був користуватися своїм старим телефоном з розбитим екраном, що призвело до постійного морального дискомфорту [18].

Разом із тим, слід зазначити, що судова практика розгляду справ щодо відшкодування немайнової шкоди, завданої в результаті порушення прав в сфері ІТ, є неоднозначною. Стрімкий розвиток інформаційних технологій в Україні потребує вдосконалення дієвих способів їх впровадження, діяльності та захисту, оскільки доступність інформації в мережі Інтернет, кількість користувачів, створюють високий ризик порушення майнових та немайнових прав як фізичних так і юридичних осіб.

Висновки. Підсумовуючи викладене вище, слід зазначити, що визначення специфіки умови відшкодування моральної шкоди як способу захисту прав у сфері ІТ-відносин, наразі є актуальним питанням, що потребує подальших досліджень, які, безумовно, сприятимуть підвищенню ефективності захисту прав в ІТ-сфері.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Відшкодування моральної та матеріальної шкоди : навч. посібн. / М.К. Галянтич, А.Б. Гриняк, А.І. Дрішлюк, Т.С. Ківалова [та ін.] ; за ред.. М.К. Галянтича. – К. : Юрінком Інтер, 2011. – 624 с.
2. Забара І.М. Відшкодування моральної (немайнової) шкоди в міжнародному приватному праві 2002 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http:// studrada.com.ua/content/забара-ім-відшкодування- моральної-немайнової-шкоди-в-міжнародному- приватному-праві-2002р
3. Беляцкин С.А. Возмещение морального (неимущественного) вреда / С.А. Беляцкин. – М. : Городец, 2005. – 64 с.
4. Пешкова О.А. Компенсация морального вреда: Защита и ответственность при причинении вреда нематериальным благам и неимущественным правам / О.А. Пешкова. – М. : Ось-89, 2006. – 240 с.
5. Бойко М.Д. Відшкодування шкоди: правовий аспект : навч.-практ. посіб. / М.Д. Бойко. – Київ : Атіка, 2007. – 328 с.

6. Цивільний кодекс України : закон України від 16 січ. 2003 р. № 435-IV [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15.
7. Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди : Постанова Пленуму Верховного Суду України № 4 від 31.03.1995 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v0004700-95.
8. Тихомиров О.О. Цивільно-правова відповідальність за інформаційні правопорушення: загальнотеоретичні аспекти / О.О. Тихомиров // Порівняльно-аналітичне право. – №1. – 2015. – С. 37-40.
9. Соколова Ю.О. Зростання ролі Інтернет-реклами як інструменту рекламного менеджменту / Ю.О. Соколова, А.Ю. Яблуновська // Держава та регіони. Сер. : Соціальні комунікації. – 2014. – № 1-2. – С. 214-218. – Режим доступу : http://nbuv.gov.ua/UJRN/drsk_2014_1-2_44/.
10. Коваль М. Як захистити інтелектуальну власність в сфері ІТ [Електронний ресурс] / М. Коваль. – Режим доступу : https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=bbfd0c2d-69cd-450b-9e41-2519bf70be49.
11. Мороз Н.С. Сутність інформації в контексті загальних принципів інформаційної безпеки/ Мороз Н.С. // збірник матеріалів науково-практичної конференції. – Л. : НУ «Львівська політехніка», 2016. – С. 137-142.
12. Харитонов Є.О. Сутність ІТ-права (ІТ- право як концепт) / Є.О. Харитонов // ІТ право: проблеми і перспективи розвитку в Україні: збірник матеріалів науково-практичної конференції. – Л. : НУ «Львівська політехніка», 2016. – С. 274-280.
13. Харитонова О.І. Проблемні питання визначення системи (структури) ІТ-права / О.І. Харитонова // ІТ право: проблеми і перспективи розвитку в Україні: збірник матеріалів науково-практичної конференції. – Л. : НУ «Львівська політехніка», 2016. – С. 280-285.
14. Спасова К.І. Відшкодування шкоди, завданої цивільними правопорушеннями у сфері ІТ-відносин / К.І. Спасова // ІТ право: проблеми і перспективи розвитку в Україні: збірник матеріалів науково-практичної конференції. – Л. : НУ «Львівська політехніка», 2016. – С. 240-244.
15. Фесенко Є. Проблемні питання теорії та практики захисту особистих немайнових прав автора / Є. Фесенко // Национальный юридический журнал: теория и практика. – 2017. – № 3. – С. 80-84.
16. Рудник Т.В. Відповідальність за порушення авторського права / Т.В. Рудник // Часопис Київського університету права – 2012. – Вип. 2. – С. 248-251.
17. Рішення Апеляційного суду Вінницької області від 16.02.2015 № 129/606/14-ц [Електронний ресурс]. – Режим доступу : https://verdictum.ligazakon.net/document/42790105.
18. Рішення Апеляційного суду Донецької області від 09 жовтня 2017 р. у справі № 235/1462/17 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : http://protokol.com.ua/ua/sud_oformlennya_zamovlennya_tovaru_cherez_sayt_e_otrimannyam_oferti_a_priynyattya_tovaru_cherez_poshtu_e_aktseptom/.

Шагака Олександра Володимирівна

ВІДШКОДУВАННЯ МОРАЛЬНОЇ ШКОДИ ЯК ІНСТРУМЕНТ ЗАХИСТУ ПРАВ У СФЕРІ ІТ-ВІДНОСИН

У статті розглядаються актуальні питання відшкодування моральної (немайнової) шкоди, завданої порушенням прав у сфері ІТ-відносин. Приділено увагу відшкодуванню шкоди завданої покупцям інтернет-магазинів, захисту виняткових прав в мережі Інтернет.

Досліджено судову практику розгляду справ щодо відшкодування немайнової шкоди, завданої в результаті порушення прав в сфері ІТ. Зроблено висновок, що вона є неоднозначною, оскільки доступність інформації в мережі Інтернет створює високий ризик порушення майнових та немайнових прав осіб.

Обґрунтовується необхідність подальшого дослідження умов відшкодування моральної шкоди як способу захисту прав у сфері ІТ-відносин.

Ключові слова: моральна шкода, ІТ-відносини, інформація, інформаційні технології, авторське право, інтернет-магазин.

Шагака Александра Владимировна

ВОЗМЕЩЕНИЕ МОРАЛЬНОГО ВРЕДА КАК ИНСТРУМЕНТ ЗАЩИТЫ ПРАВ В СФЕРЕ ИТ-ОТНОШЕНИЙ

В статье рассматриваются актуальные вопросы возмещения морального (неимущественного) вреда, причиненного нарушением прав в сфере ІТ-отношений. Уделено внимание возмещению вреда причиненного покупателям интернет-магазинов, защиты исключительных прав в сети Интернет.

Исследована судебная практика рассмотрения дел о возмещении морального вреда, причиненного в результате нарушения прав в сфере ІТ. Сделан вывод, что она неоднозначна, поскольку доступность информации в сети Интернет создает высокий риск нарушения имущественных и неимущественных прав человека.

Обосновывается необходимость дальнейшего исследования условий возмещения морального вреда как способа защиты прав в сфере ІТ-отношений.

Ключевые слова: моральный вред, ІТ-отношения, информация, информационные технологии, авторское право, интернет-магазин.

Shahaka Oleksandra

REFUND OF MORAL DAMAGE AS AN INSTRUMENT FOR PROTECTION OF THE RIGHTS IN THE FIELD OF IT-RELATIONS

The article deals with the actual issues of compensation for moral (immaterial) damage inflicted by violations of rights in the field of IT relations. Compensation for immaterial damage is one of the most important instruments in the positive right in Ukraine. Violation of personality rights represents one of the most important fundamental forms for compensation of immaterial (moral) damages. The possibility of its reimbursement is one indicator of a certain

level of protection of human rights and freedoms in a democratic society and a state governed by the rule of law. Compensation for immaterial damage is of great importance for protection of the rights in the field of it-relations.

Attention was paid to the reimbursement of the damage done to buyers of online stores, the protection of exclusive rights on the Internet. The special legislation of Ukraine in the field of intellectual property mentions many ways of civil protection of copyright. At present, the great possibility of infringement of intellectual property rights arises due to the rapid pace of development and distribution of digital information through the Internet, as well as quick and easy access to its sources. The works on the Internet are mainly related to works of literature, science, etc., and in many cases, they are objects protected by copyright. One of the effective means of protecting violated rights on the Internet is to appeal to a court with a claim for non-pecuniary damage.

The judicial practice of dealing with cases of non-pecuniary damage caused by violations of the rights in the field of IT has been researched. It is concluded that it is ambiguous as the availability of information on the Internet creates a high risk of violation of property and non-property rights of individuals.The necessity of further studying the conditions of compensation for moral damage as a way of protection of rights in the field of IT relations is substantiated.

Keywords: moral damage, IT-relations, information, information technologies, copyright, internet-shop.

ПОРІВНЯЛЬНА ЦИВІЛІСТИКА

УДК 347.51

Отраднова Олеся Олександрівна,
доктор юридичних наук, професор кафедри цивільного права,
заступник декана юридичного факультету
Київський національний університет імені Тараса Шевченка

НОВІТНІ ТРЕНДИ У ДЕЛІКТНОМУ ПРАВІ ЄВРОПЕЙСЬКИХ КРАЇН (РОЗДУМИ ЗА ПІДСУМКАМИ XVI ЩОРІЧНОЇ МІЖНАРОДНОЇ КОНФЕРЕНЦІЇ З ЄВРОПЕЙСЬКОГО ДЕЛІКТНОГО ПРАВА)

Постановка проблеми. Сучасний світ стає все більш глобалізованим. Швидкий транспорт, відкриті кордони, швидкий Інтернет надають можливість за короткий період відвідати різні місця або мандрувати, не виходячи із власної оселі. Все це, окрім позитиву, тягне за собою ще й ризик заподіяння шкоди, відшкодування якої підпадатиме під юрисдикцію іншої держави або кількох держав разом. Кожна держава має свої правила відшкодування позадоговірної шкоди, закріплені у внутрішньому цивільному законодавстві. Внутрішньодержавні суди вирішують цікаві справи, здійснюючи тлумачення та застосування норм деліктного права. Разом з тим, і науковцям, і практикам необхідно знати та розуміти, як розвивається практика розгляду деліктних спорів в інших державах. Які проблеми постають перед судами, які рішення приймаються по справах, як тлумачаться класичні норми деліктного права у сучасних умовах.

Україна впевнено взяла курс до Європи. Українське деліктне право, базуючись на німецькій моделі, має всі основні конструкції, що існують та застосовуються при вирішенні деліктних спорів в більшості країн Європейського континенту. У зв'язку з чим українські науковці та практики мають розумітися на сучасних тенденціях розвитку деліктного права Європейських країн та брати їх до уваги при вирішенні деліктних спорів в Україні.

Стан дослідження теми. Дослідження цивільного права і зокрема деліктного права Європейських країн є предметом наукового інтересу багатьох науковців. Питання адаптації України до Європейської спільноти у галузі приватного права досліджувалися проф. Є.О. Харитоновим на сторінках відомої монографії «Україна – Європа: проблеми адаптації у галузі приватного права». Порівняльним аналізом приватного права України та Європейського Союзу займаються працівники Центру адаптації законодавства України до законодавства ЄС юридичного факультету Київського національного університету імені Тарас Шевченка. Деліктне право Європейських держав становить сферу наукового інтересу С.Д. Гринько, М.М. Хоменко, С.В. Куліцької та інших як молодих, так і досвідчених науковців.

Мета статті. Метою даної статті є ознайомлення української наукової спільноти із сучасними тенденціями розвитку деліктних зобов'язань європейських країн,окреслення напрямів розвитку Європейської деліктологічної доктрини. У 2017 році у Відні відбулася XVIЩорічна Міжнародної конференції з Європейського деліктного права. Вже 16-й рік поспіль конференція організовується Інститутом Європейського деліктного права разом із Європейським центром деліктного і страхового права. Конференція об'єднує вчених та практикуючих юристів з майже усіх країн Європи та присвячена обговоренню новітніх тенденцій розвитку деліктного права у країнах Європи, що випливають як із нового регулювання деліктних зобов'язань у тих чи інших країнах, так і з судової практики по деліктних спорах.

Найвідоміші деліктологи з Європейських країн діляться найзначнішими подіями у сфері цивільно-правових деліктів – корколомними рішеннями судів, перспективами законодавчих змін, новітніми

напрямками тлумачення норм деліктного права. Це дозволяє зрозуміти, чим живе сучасна Європа в галузі деліктного права, куди рухається законодавство конкретних Європейських країн та практика Європейського суду справедливості.

Виклад основного матеріалу. Однією з найважливіших тенденцій, яка стосується не тільки деліктного права, але і всього цивільного права Європейських країн, є те, що європейські вчені майже припинили дискутувати щодо необхідності та можливості створення єдиного нормативного акту, який регулював би питання відшкодування позадоговірної шкоди. Вже не йдеться про створення Європейського цивільного кодексу. «Принципи Європейського деліктного права» (PETL), «Проект загальної довідкової схеми. Принципи, визначення та модельні норми Європейського приватного права» (DCFR) ще іноді згадуються як у доповідях, так і у публікаціях, але не як загальні спільні правила, а скоріше як приклад вдалих формулювань, які можна було б запозичити та застосувати у національному законодавстві.

Країни Східної Європи у 2013 – 2016 роках прийняли свої національні Цивільні кодекси та фокусуються на їхньому тлумаченні та виконанні. Західноєвропейські країни, зокрема «законодавці» цивільно-правової кодифікації – Франція та Німеччина, перебувають у процесі оновлення, модернізації цивільного законодавства, зокрема у сфері цивільно-правових деліктів. Отже тенденція до централізації правового регулювання зобов'язань із заподіяння шкоди змінилася протилежним напрямом розвитку – створення національних норм, розвиток національної судової практики та обговорення внутрішніх підходів різних держав до розгляду деліктних справ.

Разом з тим можна зазначити, що у Європейському деліктному праві існують спільні проблеми, адже доповіді представників різних держав часто стосувалися одних і тих саме проблем деліктного права. Серед найбільш «популярних» тем компенсації позадоговірної шкоди можна виділити такі напрями, як компенсація немайнової шкоди, компенсація майнової та немайнової шкоди у разі порушення прав людини, відшкодування шкоди, заподіяної внаслідок недоліків товарів, робіт (послуг) – product liability, окремі випадки відповідальності за дії третіх осіб. Крім того, особливої уваги європейських вчених деліктологів привернули питання відшкодування шкоди, пов'язаної із зміною клімату.

У сфері компенсації немайнової (моральної) шкоди на порядку денному дотепер стоїть все те ж питання про можливість створення єдиної шкали суми компенсації в залежності від характеру скоєного проти потерпілого правопорушення. З однієї сторони наявність будь-якої однозначної шкали компенсації немайнової (моральної) шкоди значною мірою полегшує роботу судді, адже дозволяє йому відштовхуватися від чогось при прийнятті рішення по конкретній справі. Однак з іншої сторони, створення шкали передбачає врахування всіх можливих випадків заподіяння немайнової (моральної) шкоди, що апріорі неможливо. Друга позиція підтримується Конституційним судом Чеської республіки, який розглядав справу про компенсацію моральної шкоди, заподіяної ушкодженням здоров'я [1]. Загальна позиція суду, яку беззастережно можна підтримати, полягає в тому, що будь-яке рішення у справах про компенсацію немайнової шкоди, має бути індивідуальним (ad hoc decision-making). Будь-які спільні правила можуть існувати виключно на високому рівні узагальнень. Так, у справах про компенсацію моральної шкоди, заподіяної здоров'ю варто брати до уваги два основні аспекти страждання потерпілого. По-перше, це біль, яку він відчуває, а по-друге – це погіршення його соціальної позиції (наскільки важко буде потерпілому знайти своє місце у суспільстві після отримання каліцтва або іншого ушкодження здоров'я). Ці два глобальні фактори мають враховуватися при прийнятті рішення про компенсацію моральної шкоди, заподіяної ушкодженням здоров'я та впливають на визначення розміру компенсації. Однак визначення безпосередньої суми залежить від конкретних обставин справи, виду ушкодження здоров'я, тривалості лікування та реабілітації та багатьох інших індивідуальних аспектів кожної справи.

Європейські деліктологи все більше звертають увагу на застосування норм про цивільно-правові делікти до випадків порушення прав людини. У даному контексті цікавою є справа щодо відшкодування шкоди, заподіяної порушенням так званого «права бути забутим» або «права на забуття» (right to oblivion), яке вважається проявом права на приватність. Справа, що розглядалася Верховним судом Бельгії [2], стосувалася вимоги доктора до газети про відшкодування йому шкоди, заподіяної внаслідок відмови газети анонімізувати інформацію про злочин, скоєний доктором 15 років потому.

У 1994 році доктор скоїв смертельне ДТП, інформація про яке із вказівкою його прізвища попала на шпальти газети. Згодом доктор повністю відбув покарання та був реабілітований. У 2008 році газета виклала архів своїх статей он-лайн. У 2010 році доктор звернувся до головного редактора газети із проханням вилучити інформацію про нього із електронного архіву або прибрати його прізвище із електронної версії статті за 1994 р. Головний

редактор відмовився, аргументуючи, що он-лайн викладені всі архівні матеріали газети, які мають відповідати друкованому оригіналу, адже це є реалізацією права на свободу вираження.

Верховний суд Бельгії, приймаючи рішення про задоволення позову доктора, заміну його прізвища в он-лайн версії статті на літеру X та виплату йому грошової компенсації, виходив із того, що у даному випадку має місце порушення права на забуття. Оскільки доктор повністю відбув покарання за скоєне ДТП, був реабілітованим та до того ж не є публічною фігурою, він вправі вимагати забуття цього факту із його життя. Тоді як он-лайн архів газети набагато більшою мірою дозволяє віднайти інформацію про нього та скоєний ним злочин, ніж архів друкованого видання газети. Отже порушення права на приватність у його прояві права на забуття було визнано Верховним судом Бельгії підставою для відшкодування заподіяної цим шкоди.

Що стосується відповідальності за шкоду, заподіяну внаслідок недоліків товарів, робіт, послуг, тут фахівці обговорювали рішення Верховного суду Австрії [3] у якому вирішувалося питання, чи є неналежна упаковка товару окремим дефектним продуктом, за який може бути застосована спеціальні правила відповідальності за недоліки товарів, робіт (послуг) – product liability. Справа, що розглядалася Верховним судом Австрії стосувалася ситуації, коли шкода була заподіяна водію вантажівки внаслідок випадіння із автомобіля палети з вантажем, яка була неякісно закріплена. Позивач наполягав на застосуванні норм product liability щодо відшкодування шкоди, адже product liability є підвищеною та застосовується незалежно від вини виробника.

Перед судом було поставлене питання, чи можна вважати упаковку товару продуктом, недоліки якого тягнуть за собою підвищену відповідальність – product liability. Серед дослідників існують різні позиції з цього приводу. Однак Верховний суд Австрії, на наш погляд, абсолютно коректно дійшов висновку, що пакування товару не може вважатися новим продуктом, якщо упаковка слугує виключно меті перевезення товару та не впливає на його зміст. Верховний суд Австрії наголосив на необхідності розрізняти виробництво та доставку товарів. У разі наявності дефектів товарів, що виникли у разі його виробництва, мають бути застосовані правила product liability. Разом з тим доставка товару (зокрема його транспортування, зберігання тощо) не створює нового продукту. Тому правила product liability не можуть застосовуватися щодо недоліків пакування товару. Виключенням із цього правила є наявність недоліків самої упаковки (якщо пакувальні матеріали мали свої власні дефекти).

Щодо так званої vicarious liability або відповідальності за дії третіх осіб, цікавою є справа, що розглядалася у Великій Британії (справа Cox v. Ministry of Justice). У даній справі постало питання про відповідальність тюрми за шкоду, заподіяну одним ув'язненим іншому під час виконання роботи на тюремній кухні (він випадково уронив важкий мішок з рисом на спину іншому ув'язненому, чим спричинив забій хребта). Чи можна вважати такий випадок заподіянням шкоди під час виконання трудових обов'язків? І чи може тюрма у даній ситуації вважатися роботодавцем та нести відповідальність за шкоду, заподіяну діями працівника. Верховний суд Сполученого королівства стверджувально відповів на поставлені питання. При прийнятті рішення суд виходив із аналізу п'яти критеріїв, за наявності яких можна вважати, що особа діяла як працівник. По-перше, делікт мав місце, коли особа здійснювала діяльність від імені роботодавця. По-друге, діяльність особи є частиною бізнес діяльності роботодавця. По-третє, саме роботодавець створив ризик заподіяння шкоди. По-четверте, особа перебуває під контролем роботодавця. І нарешті, у роботодавця явно є більше коштів для компенсації заподіяної шкоди. Зазначені критерії були сформульовані у справі Various Claimants'. Catholic Child Welfare Society в 2012 р. та застосовані у справі Cox v. Ministry of Justice. Застосування зазначених критеріїв дозволило суду кваліфікувати відносини тюрми та ув'язненого, який працював на тюремній кухні, як трудові та притягнути Міністерство юстиції до відповідальності за заподіяну таким ув'язненим шкоди.

Бодай одним з найдискусійніших питань, яке піднімають європейські дослідники проблем цивільно-правових деліктів, є можливість застосування положень деліктної відповідальності за шкоду, заподіяну зміною клімату.

Зміна клімату, глобальне потепління, танення льодовиків, підняття рівня світового океану – ці питання вже не один рік стоять на порядку денному обговорення світового співтовариства. Вчені різних галузей, журналісти, політики обговорюють проблеми зміни клімату та методів боротьби з нею.

За результатами дослідження Організації Об'єднаних Націй зміна клімату відбувається внаслідок діяльності людини. Використання таких видів палива, як нафта, вугілля, газ, а також масова вирубка лісів призвело до значного збільшення у земній атмосфері вуглекислого газу (CO_2) та інших парникових газів. Парникові гази створюють ефект утримання тепла, не дозволяючи йому уходити в атмосферу. Такий штучний, неконтрольований парниковий ефект є однією з основних причин глобального потепління [4]. Зміна клімату визнається

причиною природних катаклізмів, таких як сильних злив та повенів, засухи, ураганів, бурь тощо, які заподіюють значну шкоду як державам, так і конкретним юридичним та фізичним особам.

Оскільки держави не завжди взмозі повною мірою компенсувати заподіяну внаслідок природних катаклізмів шкоду, в останню декаду з'явилася тенденція подання позовів про відшкодування шкоди до компаній, які здійснюють серйозне виробництво, а отже є винними у викидах парникових газів в атмосферу.

Загальна ідея подання цивільних позовів про відшкодування шкоди з'явилася у США. В останні роки декілька штатів США, товариств та неурядових організацій робили спроби притягнути уряд або корпорації до відповідальності за шкоду, заподіяну внаслідок зміни клімату, за допомогою цивільних позовів (Massachusetts. Environmental Protection Agency, Missouri. Illinois, Connecticut. AEP). Також мали місце цивільні позови про відшкодування заподіяної матеріальної шкоди (California. General Motors, Comer v. Murphy Oil). Подібні значні позови також мали місце і у Європейських країнах (Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co., Urgenda Foundation v. The State of the Netherlands тощо).

Такого роду судові справи підняли ряд важливіших юридичних питань підсудності такого роду справ, вибору права, що застосовується, виконання судових рішень тощо. Однак найбільша кількість правових проблем стосується саме застосування правил цивільно-правових деліктів до справ про відшкодування шкоди, заподіяної внаслідок зміни клімату. Перш за все йдеться про аналіз підстав та умов деліктної відповідальності, зокрема шкоди, протиправності діяння, причинного зв'язку та вини.

Найбільш простою для доведення у судовій справі є наявність майнової та/або немайнової шкоди. Природні катаклізми призводять до знищення та пошкодження майна потерпілих осіб, погіршення природних умов існування, неможливості здійснення нормального господарювання, не говорячи вже про погіршення здоров'я або навіть настання смерті потерпілих. Разом з тим, доведення інших умов настання у держави або у корпорації обов'язку відшкодування заподіяної позадоговірної шкоди, абсолютно не є простою справою.

Так щодо протиправності, постає питання, чи буде протиправною поведінкою будь-які викиди CO2 та інших парникових газів в атмосферу чи тільки здійснення таких викидів поза встановлені норми. З однієї сторони, самі по собі викиди парникових газів в атмосферу можна вважати порушенням прав людини на безпечне навколишнє середовище. Однак з іншої сторони є зрозумілим, що сучасне виробництво не є можливим без викидів, і у зв'язку з цим світове співтовариство приймає міжнародні документи задля досягнення розумного балансу між індустріальними потребами та охороною навколишнього природнього середовища (Рамкова конвенція ООН про зміну клімату 1992 р.; Кіотський протокол 1997 р. (додатковий документ до Рамкової конвенції ООН про зміну клімату, який зобов'язує розвинені країни та країни із перехідною економікою, зменшити або стабілізувати викиди парникових газів);Принципи розподілу зобов'язань по глобальній зміні клімату (Осло, 2015). Отже дія держав та корпорацій у рамках взятих на себе зобов'язань не може вважатися протиправною поведінкою попри те, що викиди у атмосферу можуть впливати на зміну клімату та заподіяну у зв'язку з цим шкоду.

Мабуть найбільш проблематичною умовою деліктної відповідальності у справах про відшкодування шкоди, заподіяної зміною клімату, є причинно-наслідковий зв'язок. Незважаючи на існування різноманітних підходів до визначення причинно-наслідкового зв'язку у різних країнах Європи, жодний з них не може абсолютно застосовуватися у справах про відшкодування шкоди, заподіяної внаслідок зміни клімату.

У більшості Європейських країн задля констатації наявності причинного зв'язку між протиправною діяльністю/бездіяльністю правопорушника і негативними наслідками у виді порушення прав, свобод чи охоронюваних законом інтересів потерпілої особи та/чи заподіяння майнової/немайнової (моральної) шкоди тощо, у першу чергу застосовується теорія condition sine qua non/«the But-For Test», а надалі – один чи декілька «фільтрів» отриманих результатів у вигляді, як правило, теорії адекватного заподіяння [5]. В загальному вигляді теорія condition sine qua non/«the But-For Test» передбачає, що причина – необхідна та достатня умова заподіяння шкоди: необхідна в тому сенсі, що без неї шкода не виникла б; достатня же в тому, що за наявності цієї обставини не потрібно жодного додаткового чинника для того, аби настали шкідливі наслідки. За такого підходу здійснення викидів в атмосферу не є причиною шкоди, заподіяної потерпілому, наприклад, унаслідок урагану або повеню. Між здійсненням викидів та шкодою існує невизначений ряд інших чинників, кожний із яких може також бути, а може і не бути причиною заподіяння шкоди.

Не можна у подібних справах застосовувати і властивий цивільному праву Німеччини та країнам загального права двоскладовий (дворівневий) тест по встановленню причинності. У Німеччині перший рівень називається «hinwegdenken» і включає у себе два послідовні підрівні: «haftungsberündende

Kausalität» (встановлення причинно-наслідкової залежності між діянням порушника і порушенням охоронюваних законом прав потерпілої особи) і «haftungsausfüllende Kausalität» (встановлення причинно-наслідкової залежності між порушенням охоронюваних законом прав потерпілої особи та шкодою у формі, наприклад, втрати заробітку, доходу, витрат на лікування тощо). Практичне значення такого поділу полягає у «полегшенні» тягаря доказування: після того як наявність першого з підрівнів встановлено до міри «ефективної впевненості», наявність другого встановлюється на основі балансу ймовірностей [6, с. 141]. Але навіть дворівневий підхід до визначення причинності не може бути застосовуваний для відшкодування шкоди у зв'язку із зміною клімату за правилами цивільно-правових деліктів. Навіть двох рівнів причинності недостатньо для повного встановлення зв'язку між викидами парникових газів виробниками та шкодою, заподіяною внаслідок стихійних лих або інших катаклізмів. Це, на думку Європейських дослідників унеможливлює застосування класичних правил цивільно-правових деліктів до вищеописаних ситуацій.

Висновки. Підсумовуючи вищевикладене, слід зазначити, що європейське деліктне право розвивається як і у цілому, так і щодо кожної європейської країни зокрема. Вчених деліктологів цікавлять можливості застосування класичних конструкцій деліктного права до сучасних випадків заподіяння позадоговірної шкоди. Здебільш актуальним стає співвідношення цивільного права та доктрини прав людини, зокрема застосування правил про цивільно-правові делікти до випадків порушення прав людини. Багатовікова цивілістична доктрина вимушена пристосовуватися під сучасні реалії. І роль вчених тут важко переоцінити. Адже саме науковці розробляють відповідні рекомендації та надають поради практикам.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Caseno IV US 3122/2015
2. Cour de cassation / Hofvan Cassatie, 29 April, 2016, C.15.0052.F // http://jure.juridat.just.fgov.be
3. Austrian Supreme Court (OGH) 30.11.2016, 7 Ob 176/16
4. http://www.un.org/ru/youthink/climate.shtml
5. Koziol, Helmut (ed.) Basic Questions of Tort Law from a Comparative Perspective, Jan Sramek Verlag, 2015 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.jan-sramek-verlag.at/fileadmin/user_upload/Koziol_ComparaTortLaw_Eng_0040_2_DRUCK_eBook.pdf
6. Куліцька С.В. Зобов'язання відшкодування (компенсації) шкоди, заподіяної органами судової влади. дис… к.ю.н. 12.00.03. рукопис. – Київ, 2017 р. – с. 141

Отраднова Олеся Олександрівна

НОВІТНІ ТРЕНДИ У ДЕЛІКТНОМУ ПРАВІ ЄВРОПЕЙСЬКИХ КРАЇН(РОЗДУМИ ЗА ПІДСУМКАМИ XVIЩОРІЧНОЇ МІЖНАРОДНОЇ КОНФЕРЕНЦІЇ З ЄВРОПЕЙСЬКОГО ДЕЛІКТНОГО ПРАВА)

У статті аналізуються нові тенденції розвитку Європейської доктрини деліктного права, які були окреслені на XVI Щорічній міжнародній конференції з Європейського деліктного права у Відні. Основними напрямами, що цікавлять вчених – деліктологів європейських країн є застосування правил про цивільно-правові делікти до випадків порушення прав людини, до випадків заподіяння шкоди внаслідок зміни клімату, а також можливості застосування класичних конструкції деліктного права до сучасних випадків заподіяння шкоди, пов'язаних із науково-технічним розвитком

Ключові слова: делікт, заподіяння шкоди, права людини, зміна клімату, відповідальність за дії третіх осіб, відповідальність за шкоду, заподіяну внаслідок недоліків товарів, робіт (послуг).

Отраднова Олеся Александровна

НОВЕЙШИЕ ТРЕНДЫ В ДЕЛИКТНОМ ПРАВЕ ЕВРОПЕЙСКИХ СТРАН (РАЗМЫШЛЕНИЯ ПО ИТОГАМ XVI ЕЖЕГОДНОЙ МЕЖДУНАРОДНОЙ КОНФЕРЕНЦИИ ПО ЕВРОПЕЙСКОМУ ДЕЛИКТНОМУ ПРАВУ)

В статье анализируются новые тенденции развития Европейской доктрины деликтного права, очерченные на XVI Ежегодной международной конференции по Европейскому деликтному праву в Вене. Основными направлениями, интересующими ученых-деликтологов европейских стран, являются применение правил о гражданско-правовых деликтах к случаям нарушения прав человека, к случаям причинения вреда вследствие изменения климата, а также возможности применения классических конструкций деликтного права к современным случаям причинения вреда, связанным с научно-техническим развитием.

Ключевые слова: деликт, причинение вреда, изменение климата, ответственность за действия третьих лиц, ответственнотсть за вред, причиненный вследствие недостатков товаров, работ (услуг)

Olesia Otradnova

NEW TRENDS IN THE TORT LAW OF EUROPEAN COUNTRIES (REFLECTIONS ACCORDING TO THE RESULTS OF XVI ANNUAL INTERNATIONAL CONFERENCE ON EUROPEAN TORT LAW)

The paper deals with new trends of the European Tort Law development which were outlined during the XVI Annual International conference on European tort law in Vienna. The main approaches which are of interest of European tort scholars are use of tort rules to the damage caused by human rights infringement, use of tort rules to the damage caused by climate change, as well as a possibility of classic tort constructions to the modern cases of damage causation, bounded with scientific and technical development

Key words: tort, damage causation, human rights, climate change, vicarious liability, product liability

УДК 347.251(44+430+410).001.36

Гончаренко Влада Олександрівна,
кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри цивільного права
Національного університету «Одеська юридична академія»

ХАРАКТЕРИСТИКА ТРИМАННЯ (DETENTIO) ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ ЗАРУБІЖНИХ КРАЇН (НА ПРИКЛАДІ ЗАКОНОДАВСТВА ФРАНЦІЇ, НІМЕЧЧИНИ ТА АНГЛІЇ)

Постановка проблеми. Використання конструкції тримання (detentio) окремо від володіння (possessio) у законодавстві Франції, Німеччини та Англії спрямовано на досягнення цілком практичної мети, яка полягає у виборі допустимого спеціального засобу захисту, що передбачений законом саме для володіння, а не тримання. Особливості захисту інтересів фактичних утримувачів речі у договірних відносинах відповідно до основних систем цивільного права (Франція, Німеччина), що базуються на римському приватному праві, а також звичаєвому праві Англії пов'язані з характером їх прав на передану річ. Удосконалення законодавства в Україні у сфері захисту речових прав неможливе без дослідження властивостей інститутів володіння та тримання, їх витоків, вивчення іноземного законодавства та тенденцій розвитку правового регулювання цих інститутів.

Стан дослідження теми. Теоретичною основу дослідження є праці відомих вітчизняних та зарубіжних фахівців у галузі римського права: М. Бартошека, Барона, Д. Віншейда, Г. Дернбурга, Д. В. Дождьова, Р. Єринга, А. І. Косарєва, В. А. Краснокутського, С. О. Муромцева, І. Б. Новицького, Г. Паделлетті, І. С. Перетерського, І. О. Покровського, М. Поленак-Акімовської, І. Пухана, К. Ф. Савін'ї, В. М. Хвостова та ін., а також таких знаних цивілістів, як: Г. Н. Амфітеатров, М. І. Брагінський, Є. В. Васьковський, В. В. Вітрянський, А. В. Венедиктов, Д. М. Гєнкін, О. В. Дзера, А. С. Довгерт, О. С. Йоффе, К. Д. Кавєлін, А. В. Карасс, Н. В. Кузнєцова, С. Н. Ландкоф, Г. К. Матвєєв, В. П. Маслов, У. Маттеї, З. І. Меєрзон, Д. Г. Мейєр, К. А. Неволін, К. Побєдоносцев, О. А. Підопригора, С. О. Погрібний, А. А. Пушкін, В. І. Сінайський, К. І. Скловський, Є. О. Суханов, Є. О. Харитонов, Я. М. Шевченко, Г. Ф. Шершеневич тощо. Однак, фундаментальні дослідження з питань впровадження інституту тримання у систему цивільного права України майже відсутні.

Метою статті є спеціальне дослідження теоретичних проблем цивільно-правової категорії тримання (detentio) за законодавством зарубіжних країн (на прикладі законодавства Франції, Німеччини та Англії).

Виклад основного матеріалу. У римському праві розрізняли такі категорії речового права, як possessio (володіння чи посідання), jus posidendi (право володіння) та detentio (тримання). Поняття «посідання» (possessio) характеризувалося як фактичне володіння річчю, поєднане з наміром вважати її своєю. Отже, для наявності посідання (possessio) необхідною була наявність фактичного володіння річчю (corpus possessionis – «тіло» посідання) та наміру володіти річчю від свого імені (animus possessionis) [1, с. 75]. Посідання відображало факт володіння річчю та не було засноване на праві власності, тоді як поняття jus posidendi використовувалася саме на позначення однієї з правоможностей власника речі – права володіння. Тримання (detentio) речі за римським правом розглядалося як фактичне володіння нею без наміру вважати її своєю та встановлювалося на підставі договору про передачу речі для певного користування (найм, позичка, зберігання та ін.). Детентор вважався представником, а точніше – помічником особи, яка передала йому річ [2, с. 308]. Володіння наймодавця, комоданта, поклажодавця було опосередковано здійсненням тримання речі від їхнього імені відповідно наймачем, комодатарієм чи зберігачем. Таким чином, воля комодатарія чи інших детенторів була спрямована на користування річчю, а не на володіння нею.

Отже, різниця між посіданням (possessio) та триманням (detentio) за римським приватним правом полягала у наявності наміру володіти відповідно від свого та від чужого імені. Посесор (володілець) міг захищати своє володіння від свого імені, тоді як для детентора (detentor) речі така можливість не передбачалася. Детентор (detentor), у разі порушення третіми особами його права на річ, міг лише звертатися за захистом до особи, яка передала йому річ, однак повноважень на самостійне використання засобів захисту він не мав.

У процесі розвитку римського приватного права детентори речі за договором почали отримувати право самостійно захищати своє фактичне володіння, яке у зв'язку з цим отримало назву похідного володіння. Однак, похідне володіння однаково залишалося триманням (detentio), а детентор лише у порядку виключення наділявся самостійним правовим захистом.

Цивільне право Франції, як і римське приватне право, розрізняє категорії посідання (possesio) та тримання (detentio). Посідання (possesio) відповідно до ст. 2228 Французького цивільного кодексу (далі – ФЦК) [3, с. 944-948] визначається як володіння (тримання) або користування річчю, або правом, якщо ця річ знаходиться у наших руках або якщо це право здійснюється нами особисто або через посередництво іншої особи, яка володіє річчю або здійснює право від нашого імені.

Детентор володіє річчю не від свого імені, а від імені особи, яка йому цю річ передала (ст. 2231 ФЦК). До числа детенторів належать орендарі, зберігачі та всі інші особи, які тимчасово володіють річчю власника (ст. 2236 ФЦК). За французьким правом тримання (detentio) не визнається підставою для придбання речі у власність за давністю володіння, незалежно від строку тримання речі (ст. 2236 ФЦК).

Володіння і тримання за французьким правом є самостійними речовими правами. Крім того, окремо, як і в римському приватному праві, у ФЦК закріплюється право володіння (jus posidendi) як одна з правоможностей власника. Для захисту права володіння передбачаються спеціальні позови – віндикаційний, негаторний та прогібіторний. Для захисту посідання (possesio) передбачена можливість застосування наступних позовів: про усунення перешкод володінню, про відновлення володіння, про відвернення загрози порушення володіння [4, с. 212-213].

Детентор за французьким правом до 1975 р. міг захищати своє право користування річчю лише спираючись на право власника речі. У подальшому, у зв'язку з внесенням змін до ФЦК від 9 липня 1975 р., право на посесійний захист було надано не тільки особам, що володіють «для себе і як власник», але і детенторам (ст. 2282 – 2283 ФЦК).

На відміну від римського приватного та французького права, Німецький цивільний кодекс (далі – НЦК) [5, с. 174-175] взагалі не розрізняє інститути посідання (possesio) та тримання (detentio). Водночас, вплив римсько-правової концепції володіння як самостійного речового права все ж таки присутній у НЦК, оскільки у ньому зазначається про посереднє володіння, як аналог римського похідного володіння (тримання з самостійним володільницьким захистом). Відповідно до параграфу 1 ст. 868 НЦК, якщо хтось володіє річчю як користувач, зберігач, орендатор, наймач, на праві застави або на підставі іншого відношення, внаслідок якого він правомочний та зобов'язаний стосовно іншої особи володіти певною річчю, то ця інша особа теж визнається володільцем (посереднє володіння).

Зазначене об'єднання посідання і тримання в одному понятті «володіння» засновується на характерній для німецького права об'єктивній теорії володіння (теорія Р. Єринга) [6]. Крім об'єктивного підходу до визначення сутності володіння, у цивілістичній науці існує також суб'єктивна теорія (сформульована Ф.К. Савін'ї) [7]. Відповідно до суб'єктивної теорії, володіння має містити об'єктивний (corpus possesionis – фактична наявність речі) та суб'єктивний елементи (animus possesionis – намір вважати річ своєю, володіти від свого імені). Суб'єктивна теорія володіння є характерною для римського та французького права. На відміну від суб'єктивної, в об'єктивній теорії володіння відсутній вольовий (animus possesionis) момент. Володіння відповідно до об'єктивної теорії ґрунтується на самому факті тримання речі, на можливості здійснювати над ній панування. Відповідно до абз. 1 параграфу 854 НЦК «володіння річчю набувається досягненням дійсного панування над річчю» [8, с. 243-245].

НЦК надає володільцеві широкі повноваження здійснювати самозахист. Так, володілець має право чинити опір самоуправству, навіть з боку власника речі. Якщо річ вибула з його володіння, то він може самостійно витребувати її у порушника [4, с. 243].

Англійське право істотно відрізняється від права країн континентальної Європи. Специфікою приватного права Англії є наявність у ньому детально розробленої доктрини зустрічного задоволення (consideration), відповідно до якої обіцянка виконати будь-яке зобов'язання позбавлена зобов'язального характеру у разі відсутності зустрічної послуги з боку особи, якій надана ця обіцянка. З'ясування змісту поняття «зустрічне задово-

лення» є доволі складним питанням та є предметом вишуканої казуїстики. Однак, у будь-якому випадку, цим поняттям у правовому сенсі охоплюється «все, що має цінність з точки зору права» (Thomas v. Thomas (1842) 2 Q.B. 851 (859)). Тому особа, яка отримала обіцянку про виконання на свою користь зобов'язання, має як кредитор з свого боку у відповідь прийняти на себе всі ризики, пов'язані зі шкодою правового чи матеріального характеру, або ж особа, яка обіцяє, як боржник, має отримати певну вигоду, правового чи матеріального характеру, за свою обіцянку.

Усе договірне право Англії знаходиться під істотним впливом доктрини «зустрічного задоволення», якою встановлюються вимоги до чинності правочинів. Відповідно до цієї доктрини, через суд неможливо вимагати виконання односторонніх обіцянок без зустрічного задоволення (у будь-якій формі). Такі обіцянки не тягнуть правових наслідків, навіть якщо вони вчинені у письмовій формі та в них чітко зазначено про намір сторін бути пов'язаними цими обіцянками.

Односторонні договори, в яких виконання зобов'язання покладено на одну з сторін, позбавлені позовного захисту, а особа, на користь якої має бути виконане зобов'язання, не може вимагати примусового його виконання через суд. Це правило стосується також усіх безоплатних договорів в англійському праві.

Взаємні обіцянки про надання послуг вважаються зустрічним задоволенням, тому всі двосторонні договори відповідають у повній мірі доктрині «зустрічного задоволення» [9, с. 354-356].

Як зазначає О.І. Камінська, відповідно до англійської доктрини «зустрічного задоволення» договори позички, дарування та інші безоплатні різновиди договорів, позбавлені необхідної умови чинності правочинів, – зустрічного задоволення. Це було б у повній мірі так, якщо б англійські юристи не обґрунтували доцільність зробити виключення з загального правила щодо відносин, так званого, безоплатного залежного тримання. До категорії правовідносин безоплатного залежного тримання (bailment) в англійському праві, наприклад, належать договори безоплатного зберігання (depositum), позички (commodatum) та безоплатного представництва (mandatum).

Дане обґрунтування полягає у тому, що навіть за умови безоплатного тримання присутнє зустрічне задоволення, яке виражається у тій шкоді, яку зазнає власник внаслідок вибуття майна з його володіння, хоча б і на малий строк (справа Бейнбридж проти Фермстон, 1838 р.). Однак, наведена у зазначеному судовому прецеденті точка зору не була однаково позитивно сприйнята усіма англійськими юристами. Проти цього обґрунтування зазначалося, що воно, по-перше, не охоплює випадків безоплатного тримання на користь власника майна (зберігання), та, по-друге, у випадку безоплатного тримання в інтересах лише утримувача (позичка) цього аргументу не достатньо, оскільки зустрічне задоволення має полягати тут в обіцянці не просто повернути майно власникові після закінчення строку договору або досягнення мети тримання речі, а вчинити якісь позитивні дії відносно майна, окрім збереження його у первісному вигляді, так, наприклад, поліпшити його або відремонтувати.

Договори, які охоплюються інститутом залежного тримання (bailment) мають спільну ознаку. Ці договори опосередковують передачу індивідуально-визначеної рухомої речі її власником (bailor) за умови повернення тієї ж самої речі після закінчення строку залежного тримання або після досягненні його мети. Метою залежного тримання є: або зберігання даної речі, або її використання певним чином.

В англійському прецедентному праві запропонована класифікація видів залежного тримання, яка включає: 1) безоплатне зберігання в інтересах власника (depositum); 2) позичка в інтересах залежного утримувача (commodatum), із виражено фідуціарним характером цього правочину; 3) надання речі утримувачу з метою вчинення ним щодо неї або з її допомогою безоплатно будь-яких дії (mandatum); 4) надання майна у заставу з метою забезпечення виконання зобов'язання його власником (pignus); 5) найм майна за винагороду (locatio rei); 6) найм послуг щодо майна також за винагороду (locatio operis faciendi, locatio custodiae, locatio operis mercium vehendarum – відповідно найм роботи, зберігання та перевезення) [10, с. 296].

Інститут залежного тримання (bailment) об'єднує договори, які опосередковують перехід права володіння на рухоме майно. Оскільки предметом цих договорів є індивідуально-визначені речі, а повернути залежний утримувач зобов'язаний не іншу аналогічну, а ту саму річ, то передбачається особливе піклування з боку утримувача про збереження речі, яку він використовує з користю для себе (безоплатне тримання або позичка – за термінологією українського законодавства).

Для іншого виду залежного тримання, коли власник передає річ у володіння іншої особи з користю тільки для себе самого (безоплатне зберігання), вимога про особливе піклування з боку контрагента не є характерною. Власник, який на свій розсуд знаходить залежного утримувача, має право тільки обумовити у договорі з ним прийнятні для себе умови передачі речі, наприклад, шля-

хом встановлення підвищеної відповідальності утримувача.

Інститут залежного тримання (bailment) включає також випадки залежного тримання в інтересах обох учасників (оплатне тримання), коли сторони мають право самостійно встановлювати міру своєї відповідальності за договором.

За традицією, яка бере початок у римському приватному праві, характер відповідальності, яка покладається на залежного утримувача у випадку порушення умов тримання, знаходиться у прямому зв'язку з видом тримання, а точніше, з тим, хто з учасників правовідносин отримує вигоду.

Однак, в англійському договірному праві підставою відповідальності боржника вважається не його вина (ця правова категорія не використовується в англійському праві), а порушення прямо обумовленого угодою сторін або такого, що мається на увазі, обов'язку здійснювати належне піклування щодо предмета угоди. Залежно від того, яка повинна бути міра цього піклування, звужується чи розширюється перелік підстав для покладення на боржника відповідальності. У випадку залежного тримання ступінь належного піклування утримувача щодо переданого у його володіння майна підвищується зі збільшенням вигоди, яку отримує залежний утримувач. Для безоплатного тримання в інтересах одного лише власника майна (договір безоплатного зберігання) характерний найменший ступінь піклування, найбільший – для безоплатного тримання в інтересах лише утримувача (договір позички), а проміжний між ними ступінь властивий оплатному триманню, вигоду з якого отримують обидва учасника правовідносин (договір найму майна або послуг).

Думається, що відхід в англійському праві від римсько-правової концепції вини як підстави відповідальності, з одного боку, є позитивним моментом, оскільки усувається необхідність доведення наявності чи відсутності такого абстрактного поняття, яким є вина, та наперед у договорі визначена підстава відповідальності залежного утримувача. Хоча, з іншого боку, якщо характер обов'язку по утриманню речі не встановлюється у договорі, а лише мається на увазі, то міра належного піклування визначається виходячи з ще більш абстрактного поняття «доброго господаря».

За порушення умов залежного тримання використовуються, що характерно, не договірні позови, а позови з цивільних правопорушень (actions founded on torts), які за загальним правилом не подаються до судових органів при порушенні умов договору, тоді як залежне тримання у більшості випадків засноване саме на договорі.

При залежному триманні англійське право використовує специфічну категорію володіння – «право на володіння» (the right to possess). Дана категорія володіння пов'язана з знаходженням речі власника (особи, що має «право на володіння») у володінні іншої особи на законних підставах. Право утримувача володіти переданою річчю включає можливість здійснювати контроль над річчю з урахуванням того, що поверненню у майбутньому підлягає та ж сама річ в такому самому стані, якщо не було спеціальної угоди про стан її повернення. Звичайне володіння передбачає, натомість, стан контролю над річчю без будь-яких додаткових умов [11, с. 120].

Таким чином, залежне тримання характеризується певним обсягом повноважень на стороні утримувача відносно переданої йому речі, який є меншим, ніж це характерно для власника (залежний утримувач не має право розпоряджатися переданою річчю та, інколи, користуватися нею), але більший, ніж при звичайному володінні. За договором позички ступінь піклування утримувача щодо переданої йому речі перевищує ступінь піклування з боку звичайного володільця або власника [10, с. 293-295].

Право на подачу позовів із порушення володіння надається як власникові, що має «право на володіння», так і залежному утримувачу [8, 246].

Як було вище з'ясовано, за англійським правом можливість захисту володільницьких прав позичкоотримувача пов'язується не з визнанням його володільцем чи детентором речі, а з такою особливістю інституту залежного тримання, взагалі, як наділення утримувача певним обсягом повноважень відносно переданої йому речі, який водночас є меншим, ніж це характерно для власника (позичкоотримувач не має право розпоряджатися переданою річчю), однак більшим, ніж при звичайному володінні, оскільки позичкоотримувач повинен виявляти підвищений ступінь піклування щодо переданої йому речі.

Дослідження особливостей категорій володіння та тримання за законодавствами західноєвропейських країн дозволяє зробити висновок про наявність прямої рецепції основних засад правового регулювання цих інститутів за римським приватним правом у кодифікації цивільного права Франції. У законодавстві Німеччини було привнесено нові характерні риси у конструкцію тримання з самостійним володільницьким захистом. У праві Англії були сприйняті лише концепція та деякі ознаки володіння та тримання за римським приватним правом.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Новицкий И.Б. Римское право / И.Б. Новицкий / МГУ им. Ломоносова; Отв ред. Е.А. Суханов. – М.: Ассоциация «Гуманитарное издание» «ТЕИС», 1997.
2. Зом Р. Институции. История и система римского гражданского права. Ч. 2. Система. Выпуск I. Общая часть и вещное право: Пер. с 14-го узд. под ред. приват-доцента А.Н. Баликова / Р. Зом. – Сергиев Посад, 1916.
3. Французский гражданский кодекс / Науч. редактирование и предисловие канд. юрид. наук Д.Г. Лаврова, перевод с французского А.А. Жуковой, Г.А. Пашковской. – СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2004.
4. Харитонов Є.О. Історія приватного права Європи: Західна традиція / Є.О.Харитонов. – Одеса: АО «БАХВА». – Юридична література, 2001.
5. Гражданское уложение Германии. Перевод с нем.; Научные редакторы – А.Л. Маковский и др. – М.: Волтерс Клувер, 2004.
6. Иеринг Р. Об основаниях защиты владения. Пересмотр учения о владении: Пер. с нем. второго испр. и доп. изд. / Р. Иеринг. – М.: Типография Мамонтова,1883.
7. Савиньи Ф.К. Обязательственное право / Ф.К. Савиньи. Перевод с нем. В. Фукс и Н. Мандро. – М.: Типография А.В. Кудрявцевой, 1896.
8. Гражданское и торговое право капиталистических государств / Отв. ред. Е.А. Васильев. – М.: Международные отношения, 1993.
9. Кох Х., Магнус У., Винклер фон Моренфельс П. Международное частное право и сравнительное правоведение / Кох Х., Магнус У., Винклер фон Моренфельс П. / Пер. с нем. д-ра юрид. наук Ю.М. Юмашева. – М.: Междунар. отношения, 2003.
10. Основные институты гражданского права зарубежных стран. Сравнительно-правовое исследование. Руководитель авторского коллектива – В.В.Залесский. – М.: НОРМА, 1999.
11. Шимон С.І. Цивільне та торгове право зарубіжних країн: Навч. Посіб. (Курс лекцій) / С.І. Шимон. – К.: КНЕУ, 2004.

Гончаренко Влада Олександрівна

ХАРАКТЕРИСТИКА ТРИМАННЯ (DETENTIO) ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ ЗАРУБІЖНИХ КРАЇН (НА ПРИКЛАДІ ЗАКОНОДАВСТВА ФРАНЦІЇ, НІМЕЧЧИНИ ТА АНГЛІЇ)

У статті досліджуються особливості використання конструкцій тримання (detentio) та володіння (possessio) у законодавстві Франції, Німеччини та Англії. Особливості захисту інтересів фактичних утримувачів речі у договірних відносинах відповідно до основних систем цивільного права (Франція, Німеччина), що базуються на римському приватному праві, а також звичаєвому праві Англії, пов'язані з характером їх прав на передану річ (володіння або тримання). Зазначається, що удосконалення законодавства в Україні у сфері захисту речових прав неможливе без дослідження властивостей інститутів володіння та тримання, їх витоків, вивчення іноземного законодавства та тенденцій розвитку правового регулювання цих інститутів.

Ключові слова: тримання (detentio), володіння (possessio), договірні правовідносини, римське приватне право, цивільне право, звичаєве право, захист речових прав, доктрина зустрічного задоволення (consideration), інститут залежного тримання (bailment).

Гончаренко Влада Александровна

ХАРАКТЕРИСТИКА ДЕРЖАНИЯ (DETENTIO) ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАН (НА ПРИМЕРЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА ФРАНЦИИ, ГЕРМАНИИ И АНГЛИИ)

В статье исследуются особенности использования конструкций держания (detentio) и владения (possessio) в законодательстве Франции, Германии и Англии. Особенности защиты интересов фактических держателей вещи в договорных отношениях в основных системах гражданского права (Франция, Германия), основанных на римском частном праве, а также обычном праве Англии, связаны с характером их прав на передаваемую вещь (владение или держание). Отмечается, что совершенствование законодательства в Украине в сфере защиты вещных прав невозможно без исследования свойств институтов владения и держания, их происхождения, изучения зарубежного законодательства и тенденций развития правового регулирования этих институтов.

Ключевые слова: держание (detentio), владение (possessio), договорные правоотношения, римское частное право, гражданское право, обычное право, защита вещных прав, доктрина встречного удовлетворения (consideration), институт зависимого держания (bailment).

Goncharenko Vlada

CHARACTERISTICS OF DETENTIO ACCORDING TO THE LEGISLATION OF FOREIGN COUNTRIES (FRANCE, GERMANY AND ENGLAND)

The article examines the peculiarities of the use of detentio and possession in the legislation of France, Germany and England. The peculiarities of protecting the interests of the actual holders of things in contractual relations in accordance with the basic systems of civil law (France, Germany), based on Roman private law, as well as common law of England, are related to the nature of their rights to the transferred thing (detenntio or possession). It is noted that improvement of legislation in Ukraine in the field of protection of real rights is impossible without studying the pecularities of institutions of detentio and possession, their origins, the study of foreign legislation and trends in the development of legal regulation of these institutions.

Detentio were considered by Roman law as the actual possession of thing without the intention to regard it as its own and was established on the basis of a contract for the transfer of things for a certain use (hire, commodatum, depositum etc.). The difference between possession and detentio under Roman private law was in presence of the intention to possess, according to one's own and another's name. French civil law, like Roman private law, distinguishes possesio and detentio. Under French law detentio is not recognized as the basis for the acquisition of property by continuous possession, regardless of the term of possession of things. German law in general does not distinguish institutions of possesion and detentio. At the same time, intermediary possession is present in German Law, as an analogue of the Roman derivative possession (holding with independent possession protection). In English law, the institution of bailment combines contracts about the transfer of possession of movable property. Bailment is characterized by a certain amount of authority on the side of the holder relative to the thing given to him, which is smaller than that characteristic of the owner (the dependent holder has no right to transfer thing and sometimes use it), but greater than that of ordinary possession.

Key words: detentio, possession (possessio), contractual relationship, Roman private law, civil law, common law, protection of real rights, doctrine of consideration, bailment.

УДК 347.238.3(44)

Савицький Андрій Якович,
аспірант кафедри права інтелектуальної власності
та корпоративного права
Національного університету «Одеська юридична академія»

ОРГАНІЗАЦІЯ УПРАВЛІННЯ ТА ОБСЛУГОВУВАННЯ БАГАТОКВАРТИРНИХ ЖИТЛОВИХ БУДИНКІВ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ ФРАНЦІЇ

Постановка проблеми. Нині Україна стоїть на шляху численних реформувань законодавства майже в усіх сферах суспільного життя у зв'язку з взяттям євроінтеграційного курсу. Як проголошує Конституція України: «Кожен має право на достатній життєвий рівень для себе і своєї сім'ї, що включає достатнє харчування, одяг, житло».

Забезпечення гідними житловими умовами українське населення є одним з найважливіших питань сьогодення. Адже стан житлових будинків наразі в країні є критичним. Високий процент багатоквартирних житлових будинків потребує капітального ремонту та знаходиться в аварійному стані. Також рівень цін на комунальні послуги є непосильним для більшості українських громадян і більш того надання таких послуг – також неналежної якості. Все це призводить до ситуації коли потрібно без зволікань реформувати та вдосконалювати нормативно-правову базу у даній сфері задля встановлення такої моделі з управління та обслуговування багатоквартирними житловими будинками яка б дозволила привести рівень житлових умов до європейських стандартів.

В Україні питання управління та обслуговування багатоквартирними житловими будинками регулюється двома основними законами, а саме: Законом України «Про об'єднання співвласників багатоквартирного будинку» від 29.11.2001 р. № 2866-III та Законом України «Про особливості здійснення права власності у багатоквартирному будинку» від 14.05.2015 р. № 417-VIII. Згідно з ст. 9 Закону України «Про особливості здійснення права власності у багатоквартирному будинку» управління багатоквартирним житловим будинком можливо здійснювати у декількох формах:

– самостійно;

– шляхом передання всіх функцій – об'єднанню співвласників багатоквартирного будинку (далі – ОСББ) (асоціації ОСББ);

– за допомогою передання всіх або частини функцій на підставі договору фізичній особі – підприємцю чи юридичній особі (управителю) [1].

Проаналізувавши норми закону, можна дійти висновку, що на теперішній час самостійно здійснювати управління та обслуговування багатоквартирного житлового будинку є нелегким завданням для пересічних громадян через наявності складного механізму, прописаного у законодавстві, та відсутності держаної підтримки населення з питань забезпечення належного інформування та здійснення роз'яснювальних заходів.

Що стосується такої форми управління, як шляхом передання всіх функцій ОСББ, то така форма спричинила багато галасу і обговорення в пресі. Вона є певним гібридом між самостійним управління та передання управління професійній організації. Саме здійснення управління багатоквартирними житловими будинками у форматі ОСББ знайшло своє найбільше поширення у такій країні Європейського союзу, як Франція, законодавство якої ми розглянемо.

Остання ж форма управління, а саме шляхом передання всіх або частини функцій на підставі договору фізичній особі – підприємцю чи юридичній особі (управителю), з одного боку надає можливість здійснення професійного управління, але з іншого послабує можливість постійного контролю та впливу співвласників на способи управління та методи досягнення тих чи інших завдань управлін-

ня та обслуговування певним багатоквартирним житловим будинком.

Стан дослідження теми. Питанню висвітлення законодавчого регулювання управління та обслуговування багатоквартирних житлових будинків в зарубіжних країнах та, зокрема, у Франції були присвячені роботи наступних вчених: О.М. Щодра, Б.М. Андрушків, Н.Б. Кирич, О.Б. Погайдак.

Метою статті є дослідження нормативно-правової бази в сфері управління багатоквартирними житловими будинками у Франції, як провідної та однієї з найрозвинутіших країн Європейського Союзу (адже нещодавно – 1 вересня 2016 року було підписано Угоду про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони) та виокремлення позитивного досвіду з метою застосування окремих положень у національному законодавстві.

Виклад основного матеріалу. Франція – одна із найрозвиненіших країн Європейського союзу та світу. У даній країни питання спільного управління багатоквартирними житловими будинками постало ще у XIX ст.

Згідно з інформацією, розміщеною на офіційному сайті, який забезпечує зв'язок органів державної влади з громадськістю «Service-Public -Le site officiel de l'administration française» у Франції існують, так звані, «кондомініуми» або «об'єднання співвласників». Це об'єднання, як і в Україні є юридичною особою і реєструється в порядку, визначеному законодавством. Можна стверджувати що кондомініуми є аналогом ОСББ в Україні.

Ця конкретна форма управління та обслуговування стала більш поширеною ніж інші через зростаючу кількість житлових будинків з великою кількістю співвласників. Такі будинки, як правило, до XIX століття належали одному власнику, але згодом, під впливом зміни політичної ситуації, перейшли у власність політичних партій, а потім передавались у власність громадян. Дане явище набуло масового характеру у XX ст. і змусило законодавця до застосування заходів з метою полегшення управління та надання певної підтримки таких «поділених» будівель. З часом почали поставати нові проблеми управління та обслуговування таких будинків, які раніше були невідомі французькій дійсності, а саме: питання правового режиму спільної власності, проблема розподілу витрати на обслуговування багатоквартирного житлового будинку тощо. У Франції першим нормативно-правовим актом, який почав регулювати такий тип відносин став Закон Франції від 28 червня 1938 року, який згодом був замінений чинним Законом Франції від 10 липня 1965 року.

Кондомініуми зобов'язані бути зареєстровані в Національному реєстрі кондомініумів. Цей реєстр призначений для полегшення доступу до відомостей про об'єднання співвласників багатоквартирних будинків на території країни та запобігання виникненню їх дисфункцій. Зареєструвати кондомініум можна онлайн на Інтернет порталі www.registre-coproprietes.gouv.fr. За достовірністю інформації та доступ до неї відповідає так зване Міністерство територіальної згуртованості. Обов'язок щодо реєстрації об'єднання співвласників відноситься до всіх багатоквартирних житлових будинків, незалежно від кількості квартир в ньому або способу управління (професійний або непрофесійний управитель, кооператив тощо). Реєстрацію кондомініумів здійснює управитель, з яким даний кондомініум підписав відповідний контракт.

Щороку управитель кондомініуму або призначений тимчасовий адміністратор зобов'язаний оновлювати інформацію, що зберігається в Національному реєстрі кондомініумів. Відсутність реєстрації або оновлення заявлених даних перешкоджає об'єднання співвласників отримувати дотації та підтримку з державного бюджету а також оформлення субсидій (наприклад, екологічний кредит за нульовою ставкою).

Говорячи про законодавчу базу, потрібно відмітити, що на теперішній час у Франції сферу управління та обслуговування регулюють два основних законодавчих акти: Закон Франції № 65-557 від 10 липня 1965 р., який декларує порядок здійснення співвласності у багатоквартирних житлових будинках (цей закон є одним із найбільш повних і детально розроблених законодавчих актів у французькому законодавстві) та Указ № 67-223 від 17 березня 1967 р., який закріплює зміни до Закону Франції від 10 липня 1965 р.

Так, згідно з ст. 14 Закону Франції № 65-557 від 10 липня 1965 р. метою кондомініумів є збереження будівлі та управління спільними частинами [2].

Кондомініум у Франції складається з декількох організаційних структур. Перший орган має назву «синдикат» або «загальні збори співвласників», який складається з всіх співвласників багатоквартирного житлового будинку. Загальні збори співвласників обирають управителя спільної власності (він може бути професійний або волонтерський), який відповідає за управління даним багатоквартирним житловим будинком. Професійний управитель повинен мати спеціальний дозвіл на управління нерухомістю, яка видається строком на 10 років. Видача даного дозволу супроводжується наявністю відповідного диплома та/або професійного досвіду, фінансової гарантії та професійного

цивільного страхування. Професійний управитель гарантує, що ОСББ зможе надати необхідні гарантії щодо зобов'язань та відповідальності. З такими управителями укладається відповідний контракт строком не більше ніж на 3 роки, але який у разі необхідності, може бути подовжений. Професійний управитель виступає офіційним представником синдикату у відносинах з третіми особами. Він керує повсякденним управлінням будівлею.

Останнє – це «союзна рада», члени якої обираються з числа співвласників [3]. Даний орган допомагає управителю та контролює його керівництво, висловлює свою думку з будь-якого питання. Перелік питань, з яких обов'язково необхідна консультація чи думка союзної ради, визначається більшістю голосів на загальних зборах співвласників такого кондомініуму. Основна роль союзної ради полягає в тому в полегшенні відносин між всіма співвласниками та управителем. Саме задля здійснення цієї функції, союзна рада має доступ до всіх документів, пов'язаних з управлінням та фінансовими питаннями кондомініуму і може запросити копію будь-якого з цих документів. Для забезпечення такого ефективного зв'язку союзній раді, як правило, пропонуються призначити президента, роль якого полягає саме в доведенні рішень, рекомендацій, висновків членів союзної ради до управителя.

Повертаючись до загальних зборів співвласників, важливо акцентувати увагу, що загальні збори співвласників формуються автоматично, без будь-яких формальностей і тем не менш, на відміну від України, таке об'єднання вже має свою приватну власність, певний капітал [4]. Капітал існує для того, щоб забезпечити страхування кондомініуму від ризиків відповідальності, оскільки об'єднання співвласників несе відповідальність за збитки, спричинені, наприклад, дефектом будівництва або неналежним утриманням такого багатоквартирного житлового будинку. Таку відповідальність об'єднання співвласників несе стосовно: співвласників; штату найманих працівників, який він наймає (наприклад це може бути: сторож будинку, прибиральниця тощо) та третіх сторін (зокрема, орендарі тощо). Наприклад, затримка кондомініуму у відновленні певних елементів будинку може спричинити збитки співвласнику, який тримає в даному будинку офіс і в результаті затримки не може провести ремонт інтер'єру і почати функціонувати: тобто в даному випадку має місце упущена вигода.

Робота всього об'єднання співвласників починається саме з загальних зборів таких співвласників. Перш за все, всі співвласники новоствореного багатоквартирного житлового будинку на загальних зборах приймають, так звані, «Правила спільного володіння» або «Положення про спільну власність». Всі правила можна умовно розділити на три частини, залежно від їх предмету регулювання. До таких правил входять:

– умови та обмеження по використанню приватної власності (наприклад: дозвіл або заборона на вішання одягу на вікнах та балконах, обмеження по здійсненню окремих видів ремонтних робіт в певні дні та графіки таких робіт тощо);

– умови використання приміщень, які знаходяться у спільній власності (наприклад: використання гаражів, велосипедної кімнати або години роботи певних приміщень, таких як пральні тощо);

– визначення призначення будівлі (наприклад: професійне або змішане використання, можливі обмеження на здійснення певних видів підприємницької діяльності тощо) [5].

Дотримання таких правил співвласниками та орендарями забезпечує управитель і за недотримання цими особами таких правил управитель несе відповідальність.

Співвласники повинні зустрічатися щонайменше одного разу на рік, щоб прийняти важливі рішення щодо роботи та напрямів, які вони планують здійснити в майбутньому році стосовно багатоквартирного житлового будинку, який знаходиться у їх спільній власності. Про такі збори співвласників управитель сповіщає індивідуально за 21 день до дати проведення засідання. Невиконання цього терміну призведе до недійсності зустрічі.

Кожне рішення, яке приймається, підлягає голосуванню, правила такого голосування відрізняються залежно від характеру рішення, яке потрібно прийняти.

Існує проста більшість голосів осіб, які присутні під час голосування на загальних зборах, стосовно питань управління та обслуговування багатоквартирного житлового будинку, до яких законом не передбачено особливої процедури прийняття рішення. По таким питанням є можливість голосувати: «за», «проти» та «утримався», при цьому голос осіб, які утримались від голосування не враховується до загального числа голосів при остаточному прийнятті рішення.

Абсолютна більшість голосів вимагається при голосуванні про прийняття рішень, які стосуються важливих питань. Абсолютна більшість складається з більшості голосів усіх співвласників будинку (присутніх, представлених та відсутніх). Коли абсолютна більшість не була отримана, можлива організація другого голосування простою більшістю голосів. Така процедура застосовується в наступних випадках: негайно, якщо проект рішення, яке необхідно прийняти отримає щонайменше 1/3 голосів усіх співвласників (присутніх, представлених та від-

сутніх), або протягом 3 місяців під час наступних позачергових загальних зборів співвласників багатоквартирного житлового будинку, якщо проект рішення не отримав 1/3 голосів.

Як приклади рішень, при прийнятті яких застосовується абсолютна більшість, можна навести наступні:

- призначення або звільнення управителя багатоквартирного житлового будинку;
- виконання робіт, які впливають на конструкцію будівлі, її енергозбереження або викиди парникових газів;
- встановлення або модифікація спільної антени або внутрішньої мережі зв'язку;
- встановлення діючих лічильників холодної води, виконання робіт по вдосконаленню багатоквартирного житлового будинку.

Також потрібно відмітити, що цікавим є нормативний припис про те, що абсолютна більшість необхідна для прийняття рішень щодо безпеки будівлі (наприклад: дати дозвіл на доступ міліції до будівлі та дати дозвіл на передачу зроблених зображень будівлі третім особам тощо).

Одностайне голосуванням співвласників багатоквартирного житлового будинку необхідне для підтвердження найважливіших рішень спільної власності, таких як, наприклад:

– прийняття рішення, яке обмежує права конкретного співвласника або декількох співвласників здійснювати певні дії на території багатоквартирного житлового будинку, що перебуває в його/їх приватній власності;

– рішення про зміну правил користування спільною власністю та правил її адміністрування;

– зміна способу відкриття дверей, які забезпечують доступ до багатоквартирного житлового будинку [6].

Що стосується оскарження рішень прийнятих на загальних зборах, то таке рішення може бути оскаржено, згідно з законодавством Франції, з підстав, які виходять безпосередньо зі змісту рішення (приклад: рішення, яке суперечить правилам користування спільною власністю) або з приводу порушення порядку прийняття такого рішення (приклад: проходило голосування за рішення, яке не було включено до порядку денного). Позов до суду першої інстанції повинен бути поданий протягом 2 місяців з моменту отримання копії такого рішення співвласників багатоквартирного житлового будинку. Якщо суд визнає позов, він скасовує рішення та може призначити відшкодування завданої шкоди співвласнику або особі яка подала позов, права якої були або можуть бути порушити даним рішенням [7]. У випадку відмови у задоволенні позову, наприклад, якщо такий позов було подано співвласником багатоквартирного житлового будинку, суд може прийняти постанову про відшкодування збитків об'єднанню співвласників багатоквартирного житлового будинку, якщо через судовий процес таке об'єднання співвласників понесло збитки (наприклад, через неможливість почати в строк ремонтні роботи).

Висновки. Проаналізувавши деякі положення законодавства Франції, як провідної країни Європейського Союзу, стосовно здійснення управління та обслуговування багатоквартирних житлових будинків, можна зробити висновок, що вони в більшості схожі на нормативно-правові приписи, задекларовані у Законі України «Про об'єднання співвласників багатоквартирного будинку» від 29.11.2001 р. та Законі України «Про особливості здійснення права власності у багатоквартирному будинку» від 14.05.2015 р. стосовно створення та діяльності ОСББ. Але різниці полягає в тому, що інститут з управління та обслуговування багатоквартирних житлових будинків у Франції зародився ще наприкінці XIX – на початку XX ст. ст. і за майже два століття став стабільним та найефективнішим з-поміж інших існуючих форм з управління та обслуговування багатоквартирних житлових будинків, а в Україні така форма з управління та обслуговування багатоквартирних житлових будинків як ОСББ бере початок лише з 2001 р. з прийняття Закону України «Про об'єднання співвласників багатоквартирного будинку». Отже, як бачимо Україна тільки на початку шляху, де співвласникам багатоквартирного житлового будинку держава надала можливість вибору форми управління їх спільним майном.

Потрібно зазначити, що, на відміну від України, у Франції створена потужна інформаційна база по наданню роз'яснень, допомоги, рекомендацій, консультацій громадянам (співвласникам) з даного питання. Також створено численну кількість Інтернет-сайтів з відкритим доступом до реєстрів, інформації стосовно кожного об'єднання співвласників, стану їх будинку, політики управління. Вбачається, що саме в цьому напрямку і варто працювати Україні задля забезпечення належного функціонування такої форми з управління та обслуговування багатоквартирних житлових будинків як ОСББ.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Про особливості здійснення права власності у багатоквартирному будинку : Закон України від 14.05.2015 р. № 417-VIII (ред. від 23.07.2017) [Електронний ресурс]. – 2017 – Режим доступу: http://zakon5.rada.gov.ua/
2. Loi № 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis [Електроний ресурс] // Legifrance. – 2017 – Режим доступу: https://www.legifrance.gouv.fr
3. À quoi sert l'immatriculation des copropriétés? [Електронний ресурс] // Direction de l'information légale et administrative. – 2017. – Режим доступу: https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/ F32058.
4. Syndicat de copropriétaires [Електронний ресурс] // Direction de l'information légale et administrative. – 2017. – Режим доступу: https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/ F2606.
5. Règlement de copropriété [Електронний ресурс] // Direction de l'information légale et administrative. – 2017. – Режим доступу: https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/ F2589.
6. Décisions votées à la double majorité ou à l'unanimité [Електронний ресурс] // Direction de l'information légale et administrative. – 2017. – Режим доступу: https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/ F2137.
7. Copropriété : décisions nécessitant un vote à la majorité simple [Електронний ресурс] // Direction de l'information légale et administrative. – 2017. – Режим доступу: https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/ F32065.

Савицький Андрій Якович

ОРГАНІЗАЦІЯ УПРАВЛІННЯ ТА ОБСЛУГОВУВАННЯ БАГАТОКВАРТИРНИХ ЖИТЛОВИХ БУДИНКІВ ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ ФРАНЦІЇ

У статті досліджуються окремі нормативно-правові положення законодавства Франції стосовно здійснення управління та обслуговування багатоквартирними житловими будинками. Проаналізовано та встановлено які є спільності та розбіжності законодавчого регулювання управління та обслуговування багатоквартирних житлових будинків. Визначено який позитивний досвід може перейняти Україна в рамках нового євроінтеграційного напряму. Встановлено, що Україна тільки на початку шляху, де співвласникам багатоквартирного житлового будинку держава надала можливість вибору форми управління їх спільним майном.

Ключові слова: регулювання, обслуговування, багатоквартирні житлові будинки, ОСББ, об'єднання співвласників.

Савицкий Андрей Яковлевич

ОРГАНИЗАЦИЯ УПРАВЛЕНИЯ И ОБСЛУЖИВАНИЯ МНОГОКВАРТИРНЫХ ЖИЛЫХ ДОМОВ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ ФРАНЦИИ

В статье исследуются отдельные нормативно-правовые положения законодательства Франции относительно осуществления управления и обслуживания многоквартирными жилыми домами. Проанализированы и установлены общие и различные черты законодательного регулирования управления и обслуживания многоквартирных жилых домов. Определен положительный опыт, который может перенять Украина в рамках нового евроинтеграционного направления. Установлено, что Украина только в начале пути, где совладельцам многоквартирного жилого дома государство предоставило возможность выбора формы управления их общим имуществом.

Ключевые слова: регулирование, обслуживание, многоквартирные жилые дома, ОСМД, объединения совладельцев.

Savitsky Andrey

ORGANIZATION OF MANAGEMENT AND MAINTENANCE OF MULTI-QUARTER RESIDENTIAL HOUSES UNDER THE LEGISLATION OF FRANCE

The article deals with some of the legal provisions of French law regarding the management and maintenance of multi-quarter residential houses. Analyzed and established common and various features of legislative regulation of management and maintenance of multi-quarter residential houses. A positive experience has been identified which Ukraine can adopt on the way of a new European integration direction. It was established that Ukraine was only at the beginning of the way, where the co-owners of a multi-apartment house provided the state with an opportunity to choose the form of management of their common property. In contrast to Ukraine, a powerful information base has been created in France to provide explanations, assistance, recommendations, consultations to citizens (co-owners) on this issue. Also, numerous Internet sites with open access to registries, information on each association of co-owners, their homes, and management policies have been created. It is believed that it is precisely in this direction that Ukraine should work in order to ensure the proper functioning of such a form of management and service of multi-apartment houses as condominiums.

Key words: regulation, maintenance, multi-quarter residential houses, associations of co-owners.

УДК 347.122:(061.2:366.5) (4+73).001.36

Станкова Ірина Михайлівна
здобувач кафедри цивільного права
Національного університету «Одеська юридична академія»

ГРОМАДСЬКІ ОРГАНІЗАЦІЇ ЯК ЕЛЕМЕНТ МЕХАНІЗМУ ЗАХИСТУ ПРАВ СПОЖИВАЧІВ: ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД

Постановка проблеми. Право на свободу асоціацій – один із основних елементів динамічної, плюралістичної та представницької демократії. Воно закріплено в основних міжнародно-правових актах загального і регіонального характеру: ст. 20 Загальної декларації прав людини, ст. 21 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права, ст. 11 Європейської конвенції про захист прав людини і основних свобод, ст. 15 і ст. 16 Американської конвенції з прав людини, ст. 5 Декларації прав і обов'язків громадян, груп і громадських організацій на поширення і захист загальних прав людини і основних свобод. У Копенгагенському документі від 1990 р. країни-учасниці ОБСЄ в окремому порядку поклали на себе «зобов'язання «забезпечувати можливість окремим особам здійснювати право на асоціацію, включаючи право створювати, приєднуватися та ефективно приймати участь у діяльності неурядових організацій, які прагнуть заохочувати і захищати права людини і основні свободи» [1].

Значна роль у захисті прав споживачів відводиться інститутам громадянського суспільства. У дефініції громадянського суспільства, наведеної у звіті Координатора проектів ОБСЄ з національних практик по зміцненню довіри між державою та громадянським суспільством від 2011 р., воно розглядається крізь призму соціального простору поза урядовими, бізнес-орієнтованих і сімейних відносин і діяльності, у його рамках люди добровільно приєднуються до різних форм участі в суспільному житті та відповідної діяльності згідно із загальними інтересами, цілями або цінностями [2].

Питання визначення ролі громадських об'єднань у механізмі захисту прав споживачів можна віднести до малодосліджених, що негативно відображається на розвитку правових засобів, за допомогою яких особи можуть захищати свої споживчі права.

Мета статті полягає у дослідженні статусу громадських організацій у площині функціонування механізму захисту прав споживачів у зарубіжних країнах.

Стан дослідження теми. Незважаючи на висвітлення різних проблем функціонування громадських об'єднань у роботах представників різних галузей юридичної науки, таких, як: В. Борденюк, В. Борисова, С. Іщук, М. Ковалів, В. Кочин, О. Літвіна, О. Печений, І. Спасибо-Фатєєва, Н. Філатова, Г. Чорна та ін., майже не розробленою залишається проблематика правового статусу громадських об'єднань як суб'єктів цивільного права та їх значення у захисті прав споживачів.

Виклад основного матеріалу. Дослідники виокремлюються три основні моделі організації захисту прав споживачів залежно від домінування в системі захисту прав споживачів таких суб'єктів впливу, як органи державної влади, органи місцевого самоврядування, та громадські організації на модель з державним домінуванням, модель з муніципальним домінуванням та модель з домінуванням громадських та інших організацій. Україна відноситься до першої моделі [3, с. 18]. Прикладом ефективного функціонування третьої моделі можуть слугувати Сполучені Штати Америки, деякі країни Західної Європи.

Сполучені Штати Америки. Перша країна, у якій у 1899 р. було засновано недержавну організацію із захисту прав споживачів – Національну лігу споживачів (NCL) – це США. Понад 100 років Національна ліга споживачів дотримувалася основоположних принципів діяльності: «Умови праці, які ми приймаємо для наших співгромадян, повинні відображатися нашими покупками і що споживачі повинні вимагати безпеки і надійності від товарів і послуг, які вони купують» [4]. Сьогодні Національна ліга споживачів США зосереджена на чотирьох

ключових пріоритетних сферах: шахрайстві, дитячій праці, Life Smarts та реформі охорони здоров'я, продовжуючи при цьому просувати ряд додаткових спільних заходів щодо захисту для споживачів і працівників. Ця інституція відіграє важливу роль в об'єднанні споживчих і трудових груп з питань, що становлять спільний інтерес, та в об'єднанні зусиль щодо спонукання Конгресу і Президента прийняти політику в інтересах споживачів, включаючи відновлення Управління у справах споживачів в Білому домі.

Однією із найавторитетніших та найвпливовіших некомерційних організацій США, яка захищає права споживачів, є Споживча спілка Сполучених Штатів Америки (заснована у 1936 р., з 2016 р. – «Consumer Reports» чи «CR»). Її основна функцій – сприяння функціонуванню справедливого, безпечного ринку для усіх споживачів і надання споживачам можливості захистити себе. Її статус – незалежна некомерційна організація, що працює пліч-о-пліч зі споживачами на предмет правди, прозорості та справедливості на ринку. Її діяльність базується на використанні серйозних досліджень, споживчих ідей, журналістиці та експертних знаннях у галузі політики [5].

У 1968 р. численні загальнонаціональні та місцеві громади об'єдналися у некомерційну організацію – Американську федерацію споживачів (CFA) зі штаб-квартирою у Вашингтоні. Її було створено для просування інтересів споживачів за допомогою досліджень, пропаганди та освіти. Сьогодні близько 300 із цих груп беруть участь у Міжнародній федерації і управляють нею через своїх представників в Раді директорів організації. Основні цілі CFA – це координація програм захисту споживачів щодо низької якості товарів, високих цін на продукти харчування, а також медичних препаратів, медичного обслуговування, електроенергії та палива [6].

Країни Європи. Громадські споживчі організації – вкрай важливий елемент у механізмі захисту прав споживачів у Європі. Вони мають національну та наднаціональну природу (наприклад, на рівні ЄС – це Консультативна група європейських споживачів.

Система захисту прав споживачів у ЄС та деяких інших європейських країнах, що не є членами ЄС, ґрунтується на трьох важливих елементах, серед яких й активна участь громадських організацій споживачів (до неї також включено такі елементи: 1) гармонізація стандартів щодо якості та безпечності як гарантія вільного руху товарів, послуг, капіталу на ринку ЄС; 2) дотримання встановлених вимог приватним і публічним секторами за принципом «менше контролю – більше відповідальності») [7].

На європейському континенті першою країною, у якій з'явилася організація із захисту прав споживачів, була Норвегія – це Рада споживачів Норвегії (1953 р.). У 1954 р. було створено Голландську раду споживачів.

У Німеччині поряд із державними органами та відомствами ключову роль у сфері захисту прав споживачів відіграють приватні організації (у тому числі з державним фінансуванням). Держава не лише передає частину своїх контрольних повноважень громадському сектору, але й забезпечує відповідне фінансування для виконання цих повноважень (наприклад, майже 2/3 витрат Ради споживачів Німеччини, яка об'єднує 30 організацій, покриваються за рахунок урядових субсидій). Але, незважаючи на велику частку державного фінансування, ці організації є незалежними та діють виключно відповідно до закону в інтересах споживачів.

Важливу роль у системі захисту прав споживачів у ФРН відіграють центри захисту прав споживачів (Verbraucherzentrale), що є громадськими організаціями, які надають консультаційні послуги споживачам та здійснюють представництво їх інтересів. Вони функціонують у кожній із 16 федеральних земель Німеччини і об'єднані у Федеральне об'єднання центрів захисту прав споживачів (Verbraucherzentrale Bundesverband), створене у 2000 р. Мета центрів – інформування споживачів щодо приватного споживання, надання консультацій, підтримки, а також правової допомоги [8].

У Німеччині не прийнято спеціального законодавства, яке б регулювало діяльність недержавних утворень у сфері захисту прав споживачів. Правовою основою їхньої діяльності є загальні положення, що діють і для громадських організацій в інших сферах – нормативно правові приписи, які містяться у § 21–79 Цивільного кодексу Німеччини, § 51-54 Положення про податки, Закон «Про інформування споживачів» (2007 р.) та ін. Поряд із державними органами та відомствами ключову роль у сфері захисту прав споживачів відіграють приватні організації (в тому числі з державним фінансуванням). Держава не лише передає частину своїх контрольних повноважень громадському сектору, але й забезпечує відповідне фінансування для виконання цих повноважень. Незважаючи на велику частку державного фінансування, ці організації є незалежними та діють виключно відповідно до закону в інтересах споживачів [9, с. 16].

Умовою реєстрації громадського об'єднання як союзу захисту споживачів, є відсутність у його статуті пунктів, що дозволяють йому отримувати прибуток від інформування і консультації, в тому

числі з питань захисту прав споживачів, громадян, інтереси яких він представляє. При цьому консультації у цій сфері не можуть бути тимчасовими [10].

Громадські об'єднання у Німеччині, зареєстровані Федеральним відомством юстиції як союзи захисту споживачів, наділені правом, відповідно до законів «Про боротьбу із недобросовісною конкуренцією» і «Про негаторні позови», подавати позови щодо захисту прав споживачів, якщо загальні умови укладання угоди або ділові практики позивача порушують «Загальний закон про рівноправність» (2006 р.).

Прикладом реалізації громадським об'єднанням повноважень представляти інтереси споживачів у суді є рішення Апеляційного суду Берліна від 01.02.2018 р. 2 U 66/17 про визнання антиконкурентним рішення постачальника енергії Enstroga AG у загальному інформаційному листі. У вищеназваному рішенні зазначалося, що проект листа про підвищенні тарифу був спеціально розроблений, щоб відвернути одержувачів від їх спеціального права на припинення і ввести їх в оману. Постачальник енергії Enstroga AG направив лист своїм клієнтам в березні 2016 р. за заголовком «Добре поінформований з ENSTROGA», який називався «Загальна інформація про бізнес і ціноутворення». При найближчому розгляді, однак, виявилося, що інформація про збільшення місячної базової ціни становить з 5,84 євро до 19,99 євро. Тільки в останньому розділі було посилання на спеціальне право припинення споживача в результаті підвищення ціни. Споживчий центр оцінив цю форму розкриття інформації про підвищення тарифів як непрозору і подав позов у районний суд Берліна. Він був задоволений рішенням від 30.06.2017, Az.16 O 483/16, посилаючись на те, що інформаційний лист клієнтам не відповідає чинному законодавству, згідно з яким споживачі повинні бути проінформовані про зміни в контракті та про результат припинення в прозорому і зрозумілому вигляді, щоб вони могли адаптуватися до оголошених змін і реалізувати свої права [11].

Система захисту прав споживачів у країнах Північної Європи є ефективною, доступною. Громадські організації – важлива складова цієї системи.

У Норвегії засновано Раду із захисту прав споживачів, яка надає споживачам необхідну допомогу (юридичну, посередницьку та ін.), лобіює інтереси споживачів в органах влади. З метою визначення якості товарів Рада також здійснює тестування різних товарів, про що публікуються звіти.

Серед некомерційних консультативних органів із захисту прав споживачів у Данії необхідно виділити: Forbruger Europa – консультативний орган, що допомагає споживачам, які купують або вже придбали товар у країнах ЄС, а також у Норвегії та Ісландії; Klagerudenfor EU консультативний орган, що допомагає споживачам, які купують або вже придбали товар у країнах поза межами Євросоюзу, Норвегії та Ісландії.

У Швеції також існує багато організацій, які здійснюють безкоштовну допомогу та консультацію споживачів. Для надання допомоги споживачам при більшості комун (муніципалітетів) організовано Консультаційні центри з питань споживачів, у яких професійно (здебільшого це здійснюють юристи) консультують громадян з питань, пов'язаних з правами споживачів. У деяких комунах або районах міст допомогу з аналогічних питань надають в Інформаційних офісах цивільних прав (Medborgarkontor). Необхідно назвати й інші організації, наприклад, Споживче Банківське та фінансове бюро (Konsumenternas Bankoch finansbyrå), Споживче Бюро з питань страхування (Konsumenternas Försäkringsbyrå). Ці некомерційні організації дають споживачам важливу і незалежну об'єктивну інформацію [12].

Висновки. Понад 100 років потому у США було покладено початок масовому руху споживачів, який сьогодні об'єднує майже дві сотні громадських організацій більшої половини країн світу. Сьогодні цей рух має велике значення в економічній, суспільній та політичній сферах багатьох країн світу. Поступово до нього залучається й Україна. На жаль, в Україні ще не досягнуто належного для сучасної демократичної правової держави рівня партнерства між державою та громадянським суспільством у сфері захисту прав споживачів. Значним кроком, який здійснено в останні роки у цьому напрямку, є прийняття Закону України «Про громадські об'єднання» (2013 р.)., який має допомогти громадським організаціям розкрити свій потенціал повною мірою. У 2017 р. в Україні затверджено Концепцію державної політики у сфері захисту прав споживачів на період до 2020 р. Для реалізації заходів, передбачених цим документом, залучаються багато суб'єктів, у тому числі громадські організації. З метою ефективної реалізації передбачених заходів доцільним є звернення до зарубіжного досвіду участі громадських організацій у створенні високого рівня захисту прав споживачів.

Розглянувши досвід роботи громадських організацій, які займаються захистом прав споживачів у розвинених країнах світу, можна констатувати, що переважно вони займаються інформаційно-просвітницькою діяльністю щодо огляду споживчого ринку та надають консультаційні поради споживачам у цій сфері.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Совещание по рассмотрению выполнения, посвященное человеческому измерению (Варшава, 11-22 сент. 2017 г.) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://www.osce.org/ru/odihr/337866?download=true
2. Гражданское общество и кризис в Украине. Тематический отчет ОБСЕ (11 февр. 2015 г.) [Електроний ресурс]. – Режим доступу: https://www.osce.org/ru/special-monitoring-mission-to-ukraine/217526?download=true
3. Лащак В. В. Система захисту прав споживачів у провідних країнах світу / В. В. Лащак, Т. В. Лащак // Наукові записки Національного університету «Острозька академія. Серія «Економіка». – 2014. – Вип. 25. – С. 15–18.
4. National Consumers League [Национальная лига потребителей США]. Годовой отчет NCL. 2017 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://www.nclnet.org/annual_report
5. Consumer Reports [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://www.consumerreports.org/cro/about-us/what-we-do/index.htm
6. Consumer Federation of America / Федерація споживачів Америки (CFA) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://consumerfed.org/about-cfa/
7. Микуляк В. Від споживацтва до сталого розвитку: зміна парадигми в системі захисту прав споживачів у ЄС [Електронний ресурс] / В. Микуляк. – Режим доступу: http://uz.ligazakon.ua/ua/magazine_article/EA008988
8. Захист прав споживачів у Німеччині [Електронний ресурс] / підготувала Р. Бойко. – Режим доступу: https://feao.org.ua/wp-content/uploads/2016/10/FEAO_text_consumer-rights-in-Germany_UKR.pdf
9. Байко Р. Захист прав споживачів у Німеччині [Електронний ресурс] / Р. Байко. – Режим доступу: https://feao.org.ua/wp-content/uploads/2016/10/FEAO_text_consumer-rights-in-Germany_UKR.pdf
10. Права и возможности участия общественных объединений в судебных процессах и разбирательствах по жалобам, связанным с защитой от дискриминации [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/index.php?id=986
11. Verbraucherzentrale Berlin [Електронний ресурс]. – Режим доступу: https://www.verbraucherzentrale-berlin.de/pressemeldungen/presse-be/kammergericht-berlin-bestaetigt-einschaetzung-der-verbraucherzentrale-24855
12. Права соотечественников. Юридический журнал. – 2016. – № 2.

Станкова Ірина Михалівна

ГРОМАДСЬКІ ОРГАНІЗАЦІЇ ЯК ЕЛЕМЕНТ МЕХАНІЗМУ ЗАХИСТУ ПРАВ СПОЖИВАЧІВ

Охарактеризовано основні моделі організації захисту прав споживачів, які функціонують у різних країнах, в залежності від домінування в ній суб'єктів впливу: органів державної влади, органів місцевого самоврядування, громадських організацій. Зазначено, що рівень забезпечення споживчих прав в Україні не відповідає вимогам, які висуваються до України на шляху інтеграції до Європейського Союзу. Проаналізовано досвід зарубіжних країн (США, країн Європейського Союзу) щодо ролі громадських організацій у механізмі захисту прав споживачів. Сформульовано рекомендації щодо подальшого розвитку зазначеної діяльності в Україні з урахуванням позитивного багаторічного досвіду зарубіжних країн.

Ключові слова: захист прав споживачів, громадські організації, споживче право США, споживче право країн Європи.

Станкова Ирина Михайловна

ОБЩЕСТВЕННЫЕ ОРГАНИЗАЦИИ КАК ЭЛЕМЕНТ МЕХАНИЗМА ЗАЩИТЫ ПРАВ ПОТРЕБИТЕЛЕЙ

В статье охарактеризованы основные модели организации защиты прав потребителей, функционирующие в разных странах, в зависимости от преобладания в ней субъектов влияния: органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных организаций. Отмечено, что уровень обеспечения прав потребителей в Украине не отвечает требованиям, предъявляемым к Украине на пути интеграции в Европейский Союз. Проанализирован опыт зарубежных стран (США, стран Европейского Союза) о роли общественных организаций в механизме защиты прав потребителей. Сформулированы рекомендации по дальнейшему развитию указанной деятельности в Украине с учетом положительного многолетнего опыта зарубежных стран.

Ключевые слова: защита прав потребителей, общественные организации, потребительское право США, потребительское право стран Европы.

Stankova Iryna

PUBLIC ORGANIZATIONS AS ELEMENTS OF THE MECHANISM FOR PROTECTION OF THE RIGHTS OF CONSUMERS

The main models of the organization of consumer rights protection are described depending on the dominance in the system of protection of the rights of consumers of such entities influence, as bodies of state power, bodies of local self-government and NGOs. It is noted that the level of consumer rights in Ukraine is not meets the requirements that are being put forward to Ukraine on the way of integration into the European Union. The experience of foreign countries (USA, European Union countries) regarding the role of public organizations in the mechanism of consumer rights protection is analyzed. The activities of the most numerous and influential non-governmental consumer protection organizations in the USA – the National Consumer League (NCL); Consumer Union of the United States of America (founded in 1936, from 2016 – Consumer Reports or CR); American Consumer Federation (CFA). In Europe,

public consumer organizations have a national and supranational nature (at the EU level, it is the Consultative Group of European consumers).

The main types of consumer organizations existing in the developed countries are distinguished: 1) fully independent non-governmental organizations, most of which were founded in the middle of the 20th century. and are non-profit organizations (the most influential are magazines in the UK, the Netherlands, France, Belgium, Italy, Spain and Portugal); 2) institutions and organizations supported by the government (mostly in Austria, Germany, France and Denmark); 3) government consumer organizations (Sweden, Norway, Germany, United Kingdom). The main areas of activity – consumer policy, magazines with test results, consulting centers, consumer education, ombudsmen services are parts of the government structure.

Recommendations for further development of the mentioned activity in Ukraine are formulated taking into account the positive long-term experience of foreign countries.

Key words: consumer protection, public organizations, US consumer law, consumer rights, consumer law of European countries.

ПИТАННЯ СІМЕЙНОГО ПРАВА

УДК 347.63

Черновалюк Юлія Юріївна,
кандидат юридичних наук, доцент
кафедри галузевих юридичних дисциплін
Бердянського інституту державного та муніципального управління
Класичного приватного університету

ДО ПИТАННЯ ВИЗНАЧЕННЯ ПРАВОВОЇ ПРИРОДИ ТА ПОНЯТТЯ ДИТЯЧОГО БУДИНКУ СІМЕЙНОГО ТИПУ

Постановка проблеми. Сім'я має особливе значення в житті кожної людини, саме тому охорона сім'ї проголошується державою на конституційному рівні. В свою чергу право на сім'ю є невід'ємним природним правом та закріплене 291 статтею Цивільного кодексу України та 4 статтею Сімейного кодексу України. Держава взяла активний курс на розвиток саме сімейних форм влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, адже при створенні нормальних умов догляду та виховання, діти, які раніше виховувались в інтернатних закладах, ростуть без психічних та інтелектуальних відхилень у розвитку.

Згідно з чинним законодавством України існують наступні форми сімейного виховання: усиновлення, опіка (піклування), дитячий будинок сімейного типу, прийомна сім'я, патронат, фактичне виховання.

Як свідчить практика, дитячий будинок сімейного типу є ефективною формою сімейного влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування.

Стан дослідження теми. Дитячий будинок сімейного типу був предметом дослідження деяких науковців (І.М. Доля, І.В. Жилінкова, В.Ю. Євко, О.І. Карпенко, М.В. Логвінова, В.Ю. Москалюк, І.В. Пєша, О.О. Свіжа та ін.). Однак існують розбіжності у поглядах різних вчених на питання визначення поняття «дитячий будинок сімейного типу» та віднесення його до тієї чи іншої форми влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування. Актуальність теми на сьогоднішній день зумовлена й тим, що в українському законодавстві дана форма утримання та виховання дітей з'явилася відносно недавно.

Отже, **метою** статті є виявлення та дослідження слабких сторін існуючих в науці підходів до визначення поняття дитячий будинок сімейного типу, та формулювання найбільш вдалого визначення, яке повною мірою розкриє суть даної форми влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування.

Виклад основного матеріалу. Австрійський педагог Герман Гмайнер розробив систему функціонування дитячих містечок, діяльність яких базується на принципах сімейного виховання. В Радянському Союзі такі містечка для дітей-сиріт були створені у формі дитячих будинків сімейного типу. Їх організатором став Дитячий фонд ім. Леніна. Згідно з постановою ЦК КПРС та Ради Міністрів СРСР «Про заходи щодо корінного поліпшення виховання, навчання та матеріального забезпечення дітей-сиріт та дітей, залишених без батьківського піклування» [1] у 1987 р. розпочалася дослідно-експериментальна робота з визначення оптимального типу закладів для виховання та розвитку дітей, які залишились без піклування батьків, з метою їх влаштування від часу народження до початку трудової діяльності. У 1988 р. було прийнято постанову Ради Міністрів УРСР «Про створення в республіці дитячих будинків сімейного типу», яка юридично закріпила нову форму сімейного влаштування [2].

Діяльність дитячих будинків сімейного типу регулювалась Тимчасовим положення про дитячі будинки сімейного типу від 23.10.1989 р. [3]. З часом виникла потреба у новому, постійному і більш досконалому Положенні про дитячий будинок сімейного типу, яке було затверджене Постановою Кабінету Міністрів України від 27.04.1994 р. № 267 [4]. На сьогодні функціонування даної форми сімейного влаштування регулюється Положенням про дитячий будинок сімейного типу, затвердже-

ним Постановою Кабінету Міністрів України № 564 від 26 квітня 2002 р. [5].

Необхідно відзначити, що з кожним роком кількість дитячих будинків сімейного типу поступово зростає. При цьому особливістю їх функціонування стало те, що спочатку ця форма влаштування створювалася як інститут державної опіки і лише з часом вона переросла у сімейну форму виховання. До того ж протягом досить тривалого часу діяльність дитячих будинків сімейного типу регулювалася підзаконним актом, що протиречило Конституції України

Навіть Сімейний кодекс України [6], прийнятий Верховною Радою України 10.01.2002 р., не передбачив правового регулювання дитячого будинку сімейного типу. На законодавчому рівні його було закріплено Законом України «Про охорону дитинства» від 26.04.2001 р. [7]. І лише Законом України «Про внесення змін до Сімейного кодексу України» від 23.02.2006 р. [8] Розділ IV Кодексу було доповнено главою 20-2 «Дитячий будинок сімейного типу».

Звернемо увагу, що донедавна в українському законодавстві не існувало єдиного визначення, що ж таке дитячий будинок сімейного типу. Так, Закон України «Про освіту» та Закон України «Про дошкільну освіту» тлумачили його як дошкільний навчальний заклад, а Сімейний кодекс України та Закон України «Про забезпечення організаційно-правових умов соціального захисту дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування» зазначають, що будинок сімейного типу – це окрема сім'я.

Проте, Законом України «Про внесення змін до деяких законів України щодо дитячих будинків сімейного типу» [9] дитячий будинок сімейного типу офіційно було визнано сім'єю. Це ще раз підтверджує, що держава визнає найкращою формою виховання дітей-сиріт чи дітей, позбавлених батьківської опіки, саме родину [10, с. 63].

Немає єдиної точки зору на проблему визначення поняття дитячий будинок сімейного типу і серед науковців. Вчені, що підтримують квазісімейну теорію (І. Жилінкова, О. Карпенко, М. Логвінова, В. Москалюк, А. Прихожан та інші), підкреслюючи ознаки як інтернатної, так і сімейної форми влаштування покинутих дітей, визначають дитячий будинок сімейного типу як окремий вид квазісімейної форми влаштування дітей, позбавлених батьківського піклування, за якої подружжя або окрема особа, яка не перебуває у шлюбі, беруть для виховання та спільного проживання на умовах надання грошового утримання не менше п'яти дітей, позбавлених батьківського піклування, на підставі договору про організацію діяльності дитячого будинку сімейного типу, що укладається між зазначеними особами і органом, який ухвалив рішення про створення дитячого будинку сімейного типу [11, с. 6].

Прихильники сімейної теорії дитячого будинку сімейного типу (І. Пєша, Н. Комарова, О. Мороз, Г. Постолюк та інші) вважають, що дитячим будинком сімейного типу є сім'я, в якій поряд з власними дітьми живуть і виховуються діти, позбавлені батьківського піклування [12, с. 73].

В усіх вищенаведених визначеннях, на нашу думку, є певні неточності та недоліки. Так, не можливо повністю пояснити суть дитячого будинку сімейного типу, виключивши таку важливу ознаку як матеріальна підтримка держави. У першому визначенні зазначено лише надання грошової підтримки з боку держави, хоча для належного утримання та виховання дітей батькам-вихователям можуть надаватися також багатокімнатна квартира або обладнаний індивідуальний житловий будинок, земельна ділянка, транспортний засіб. Це в свою чергу є значною відмінністю даної форми влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, від інших. Друге визначення не вказує, що дана форма влаштування діє на підставі договору про організацію діяльності дитячого будинку сімейного типу. До того ж, в обох наукових підходах до поняття дитячого будинку сімейного типу не передбачено здійснення соціального супроводження та контролю з боку держави щодо того, яким чином батьки-вихователі виконують зобов'язання, взяті на себе відносно вихованців.

О. Свіжа акцентує увагу та тому, що дитячому будинку сімейного типу притаманні особливості названого батьківства, державного піклування, змішаного виду влаштування дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування [13, с. 871]. Проте найбільше спільних ознак автор вбачає саме із професійним видом виховання, саме тому визначає дитячий будинок сімейного типу як окремий вид професійної форми виховання, яка є окремою сім'єю, що створюється за бажанням подружжя або окремої особи, яка не перебуває у шлюбі, для забезпечення сімейним вихованням та спільним проживанням не менш як п'яти і не більш як 10 дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування; із отриманням згоди дитини (якщо вона досягла такого віку та рівня розвитку, що може її висловити), із позачерговим наданням їм обладнаного індивідуального житлового будинку або багатокімнатної квартири; що створюється на підставі рішення компетентного органу виконавчої влади та договору про організацію діяльності дитячого будинку сімейного типу; із організацією контролю за виконанням батьками – вихователя-

ми своїх обов'язків щодо виховання та утримання дітей; фінансування якого здійснюється за рахунок видатків державного бюджету [14, с. 312].

На наш погляд, не можна погодитись з тим, що діяльність батьків-вихователів дитячого будинку сімейного типу є окремим видом професійної форми виховання, адже професійна діяльність передбачає оволодіння певним комплексом спеціальних знань, теоретичних та практичних навиків, набутих в результаті спеціальної підготовки, досвіду та стажу роботи. Проте законодавець не висуває вимог щодо наявності у батьків-вихователів стажу роботи та будь-якої, в тому числі і педагогічної, освіти. Створити дитячий будинок сімейного типу і взяти дітей на виховання може кожен громадянин відповідно до вимог, що викладаються в Положенні про дитячий будинок сімейного типу.

До того ж, наведене визначення також не містить вказівки на необхідність здійснення соціального супроводження дитячого будинку сімейного типу [10, с. 64].

Отже, підсумовуючи вищевикладене, необхідно визначити дитячий будинок сімейного типу як окрему сім'ю, що створюється за бажанням подружжя або окремої особи, яка не перебуває у шлюбі, для забезпечення сімейним вихованням та спільного проживання не менш як п'яти дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування, на підставі договору про організацію діяльності дитячого будинку сімейного типу, та передбачає державну матеріальну підтримку, здійснення соціального супроводження, а також організацію контролю за виконанням батьками-вихователями своїх обов'язків.

Дитячий будинок сімейного типу має наступні ознаки, що відрізняють його від інших форм влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування:

1) підставою створення дитячого будинку сімейного типу є складний комплекс юридичних фактів: письмова заява особи або осіб, які виявили бажання створити дитячий будинок сімейного типу; проходження батьками-вихователями курсу підготовки; рішення про створення дитячого будинку сімейного типу; договір про організацію діяльності дитячого будинку сімейного типу;

2) до дитячого будинку сімейного типу на виховання та спільне проживання приймається не менше 5 дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, при цьому загальна кількість дітей у дитячому будинку сімейного типу не повинна перевищувати 10 осіб, враховуючи рідних;

3) дитячий будинок сімейного типу може бути віднесений до категорії багатодітних сімей;

4) батькам-вихователям для потреб дитячого будинку сімейного типу позачергово надається обладнаний індивідуальний житловий будинок або багатокімнатна квартира, також можуть надаватися у користування земельна ділянка для ведення садівництва та городництва, транспортний засіб;

5) за вихованцями зберігаються статус дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування, пільги і державні гарантії, передбачені законодавством для дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування, а також зберігаються раніше призначені аліменти, пенсія, інші види державної допомоги;

6) на дітей, які проживають у дитячому будинку сімейного типу, щомісячно виплачується державна соціальна допомога;

7) при влаштуванні дітей до дитячого будинку сімейного типу особисті та майнові правовідносини з батьками дитини та іншими родичами за походженням не припиняються;

8) вихованці дитячого будинку сімейного типу мають право підтримувати особисті контакти з батьками та іншими родичами, якщо це не суперечить їхнім інтересам і не заборонено рішенням суду;

9) батьки-вихователі є законними представниками дітей і діють без спеціальних на те повноважень як опікуни або піклувальники;

10) батькам-вихователям дитячого будинку сімейного типу виплачується грошове забезпечення;

11) період, протягом якого особи вважалися батьками-вихователями у дитячому будинку сімейного типу, зараховується до їх загального трудового стажу;

12) державна соціальна підтримка дитячого будинку сімейного типу, що реалізується у формі соціального супроводження, яке здійснюється центрами соціальних служб для сім'ї, дітей та молоді;

13) контроль з боку місцевих органів опіки та піклування та служби у справах дітей за умовами проживання вихованців та належним виконанням батьками-вихователями зобов'язань, взятих на себе відносно вихованців.

До того ж, діти в дитячому будинку сімейного типу відвідують різноманітні освітньо-виховні установи та організації: дитячий садок, школу, неформальні дитячі об'єднання, культурно-просвітницькі організації, спортивні секції, гуртки тощо. Виховний вплив на дитячу особистість не обмежується лише умовами замкненого простору, а носить суспільний характер, що відрізняє їх від інтернатних закладів, в яких дитина не тільки проживає, але й навчається [10, с. 66-67].

Необхідно підкреслити, що за своєю суттю дитячий будинок сімейного типу є не дитячим закла-

дом особливого типу, тобто дитячим будинком, а є багатодітною сім'єю, що забезпечує вихованцям сімейне оточення та виховання. Метою створення дитячого будинку сімейного типу є забезпечення належних умов для виховання в сімейному оточенні дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування. Особи, які беруть зобов'язання щодо дітей, набувають статусу батьків-вихователів. Діти, які влаштовуються до дитячого будинку сімейного типу, є вихованцями і не втрачають статусу дитини-сироти або дитини, позбавленої батьківського піклування [5], тому за ними зберігається право на аліменти, пенсію, інші соціальні виплати, а також право на відшкодування шкоди у зв'язку з втратою годувальника, які вони мали до влаштування до дитячого будинку сімейного типу.

Влаштування дитини до дитячого будинку сімейного типу дозволяє повною мірою забезпечити право дитини, яка втратила сім'ю, зростати в сім'ї та мати все необхідне для повноцінного розвитку особистості. Вихованці перебувають в особливій атмосфері сімейного затишку, уваги та любові, яку створюють батьки-вихователі дитячого будинку сімейного типу. Саме тут вони повною мірою можуть реалізувати своє право сім'ю та всі найважливіші його складові. Так, дитячий будинок сімейного типу реалізовує право вихованців на проживання в сім'ї. Право на вибір осіб, які утворюватимуть сім'ю, забезпечується при взаємодоборі вихованців та батьків-вихователів, а також необхідністю отримання згоди дитини на влаштування до дитячого будинку сімейного типу. Також вихованці мають право підтримувати особисті контакти з батьками та іншими родичами, якщо це не суперечить їхнім інтересам і не заборонено рішенням суду.

До того ж, створення дитячого будинку сімейного типу також є одним із способів реалізації права батьків-вихователів на сім'ю. Адже кожна фізична особа має право на вільний вибір способу реалізації права на сім'ю.

Висновки. З викладеного вище можна зробити висновок, що дитячі будинки сімейного типу є дієвим засобом забезпечення та реалізації права дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, на сім'ю та сімейне виховання. За своєю суттю дитячий будинок сімейного типу є багатодітною сім'єю та дає можливість вихованцям зростати в природних умовах, в атмосфері батьківської любові та уваги. В свою чергу держава забезпечує матеріальну підтримку та соціальний супровід вихованців та батьків-вихователів. При цьому дана форма сімейного влаштування має й інші значні особливості та переваги.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Про заходи щодо корінного поліпшення виховання, навчання та матеріального забезпечення дітей-сиріт та дітей, залишених без батьківського піклування: Постанова ЦК КПРС та Ради Міністрів СРСР від 31.07.1987 р. № 872 // СП СССР. – 1987. – № 42. – Ст. 137.
2. Про створення в республіці дитячих будинків сімейного типу: Постанова Ради Міністрів УРСР від 05.10.1988 р. № 318 // ЗП УРСР. – 1988. – № 11. – Ст. 45.
3. Временное положение о детских домах семейного типа, утверждено приказом Государственного комитете СССР по народному образованию от 23.10.1989 г. № 800 // Бюлетень Государственного комитета по образованию СССР. – 1990. – № 2.
4. Положення про дитячий будинок сімейного типу, затверджене Постановою Кабінету Міністрів України від 27.04.1994 року № 267 // ЗП України. – 1994. – № 8. – Ст. 208.
5. Положення про дитячий будинок сімейного типу, затверджене Постановою Кабінету Міністрів України від 26.04.2002 р. №564 // Офіційний вісник України. – 2002. – № 8. – Ст. 925.
6. Сімейний кодекс України від 10.01.2002 р. // ВВР України. – 2002. – № 21–22. – Ст. 135.
7. Про охорону дитинства: Закон України від 26.04.2001 р. // ВВР України. – 2001. – № 30. – Ст. 142.
8. Про внесення змін до Сімейного кодексу України: Закон від 23.02.2006 р. // ВВР України. – 2006. – № 33. – Ст. 277.
9. Про внесення змін до деяких законів України щодо дитячих будинків сімейного типу: Закон України від 20.05.2008 р. // ВВР України. – 2008. – № 27–28. – Ст. 251.
10. Черновалюк Ю.Ю. Реалізація права на сім'ю шляхом створення дитячих будинків сімейного типу: Монографія / Ю.Ю. Черновалюк. – Запоріжжя: «Просвіта», 2011. – 172 с.
11. Москалюк В.Ю. Дитячий будинок сімейного типу як форма улаштування дітей, позбавлених батьківського піклування (цивільно-правовий аспект): автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 «Цивільне право та цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / В.Ю. Москалюк; Нац. ун-т внутр. справ. – Х., 2003. – 20 с.
12. Пєша І.В. Дитячі будинки сімейного типу як особлива форма сімейної опіки над дітьми-сиротами, позбавленими батьківського піклування / І.В. Пєша // Український соціум. – 2003. – № 1 (2). – С. 72–80.
13. Свіжа О.О. Дитячий будинок сімейного типу в системі видів улаштування дітей, позбавлених батьківського піклування [Електронний ресурс] / О.О. Свіжа // Форум права: електрон. наук. фахове вид. – 2011. – № 1. – С. 864-872. – Режим доступу: http://www.nbuv.gov.ua/ejournals/FP/2011-1/11coopbp.pdf
14. Свіжа О.О. Дитячий будинок сімейного типу в системі форм улаштування дітей, позбавлених батьківського піклування / О.О. Свіжа // Актуальні проблеми юридичної науки: Збірник тез міжнародної наукової конференції «Восьмі осінні юридичні читання» (м. Хмельницький, 13-14 листопада 2009 року): У 4-х частинах. – Частина третя: «Цивільне право. Сімейне право. Міжнародне приватне право. Комерційне право. Цивільний, господарський та адміністративний процес». – Хмельницький: В-во ХУУП, 2009. – 507 с.

Черновалюк Юлія Юріївна

ДО ПИТАННЯ ВИЗНАЧЕННЯ ПРАВОВОЇ ПРИРОДИ ТА ПОНЯТТЯ ДИТЯЧОГО БУДИНКУ СІМЕЙНОГО ТИПУ

Стаття присвячена характеристиці та аналізу різних наукових поглядів щодо проблеми визначення поняття дитячого будинку сімейного типу, а також правової природи даної форми влаштування. В результаті сформульовано вдосконалене визначення та зазначені характерні ознаки дитячого будинку сімейного типу.

Ключові слова: діти-сироти, діти, позбавлені батьківського піклування, дитячий будинок сімейного типу, сім'я, сімейне виховання.

Черновалюк Юлия Юрьевна

К ВОПРОСУ ОПРЕДЕЛЕНИЯ ПРАВОВОЙ ПРИРОДЫ И ПОНЯТИЯ ДЕТСКОГО ДОМА СЕМЕЙНОГО ТИПА

Статья посвящена характеристике и анализу разных научных взглядов относительно проблемы определения понятия детского дома семейного типа, а также правовой природы данной формы устройства. В результате сформулировано усовершенствованное определение и отмечены характерные признаки детского дома семейного типа.

Ключевые слова: дети-сироты, дети, лишенные родительского попечения, детский дом семейного типа, семья, семейное воспитание.

Chernovaliuk Yuliia

TO THE QUESTION OF LEGAL NATURE AND DEFINITION OF FAMILY-TYPE CHILDREN'S HOME

Formulation of the problem. The right to have a family is every person's inalienable natural right. Thus,being placed to a family-type children's home allows orphans and children who are deprived of parental care to exercise this right. However, there is no integral definition of the concept and legal nature of a family-type children's home in legal literature. The actuality of the study is due to the fact that until recently Ukrainian legislation did not provide with a single definition of a family-type children's home. The purpose of the article is analysing existing scientific approaches to a near determination of the concept «family-type children's home» and formulating its improved determination which will fully expose essence of this form of arranging orphans and deprived-of- parental-care children.

As a result of the research the author formulates that a family-type children's home is a separate family that is created at will of a married couple or an unmarried individual to provide not less than five orphans or deprived-of-parental-care children with education and cohabitation on the basis of acontract on organization of a family-type children's home activity, envision of the state material support,realization of social accompaniment, and also monitoring performance of parent-educators' duties. In the article the author marks the main features of a family-type children's home and comes to the conclusion that a family-type children's home on its essence is a having many children family that supplies orphans and deprived-of-parental-care children with a family and family education.

Key words: orphans, deprived-of- paternal-care children, family-type children's home, family, family education.

ІСТОРИЧНА ЦИВІЛІСТИКА

УДК 347.416

Рябоконь Євген Олександрович,
кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри цивільного права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка

РИМСЬКА ДЕЛЕГАЦІЯ ТА ЇЇ ЗНАЧЕННЯ У СТАНОВЛЕННІ ІНСТИТУТУ ПРАВОНАСТУПНИЦТВА У ЗОБОВ'ЯЗАННЯХ

Постановка проблеми. Запорукою успішності сучасних досліджень інституту правонаступництва слід вважати звернення до витоків його правового регулювання, що дозволяє вивчати правовідносини у їх динаміці та виявляти ті глибинні чинники, які обумовили формування та удосконалення поглядів щодо похідного набуття прав та обов'язків.

Маючи ключове значення у процесі становлення ідеї щодо самої можливості наступництва у правах та обов'язках учасників зобов'язальних правовідносин, з часом делегація відійшла на другий план, а згодом була фактично заміщена інститутом цесії. Між тим, звернення до делегації є необхідним для належного розуміння сутності правонаступництва, у розвитку якого делегація відіграла важливу роль.

Стан дослідження теми. Серед фундаментальних наукових праць, у яких детально досліджувалися делегаційні правовідносини, слід виділити монографії К. І. Бернштейна «О существе делегации по римскому праву» (1871 р.) [1] та А. С. Крівцова «Абстрактные и материальные обязательства в римском и современном гражданском праве» (1898 р.) [2]. Делегація як важливий етап розвитку правонаступництва у зобов'язаннях, підстава заміни кредитора або боржника розглядається у більшості романістичних дослідженнях дожовтневої доби [3, с. 547-548; 4, с. 241-242; 5, с.122, 231]. Натомість у працях з римського права радянського та сучасного періодів наукова увага до делегації здебільшого зменшується [6, с. 228; 7, с. 407, 408, 410, 425; 8, с. 178; 9, с. 240-242] або навіть зникає [10; 11; 12; 13; 14; 15]; певну увагу приділено хіба що новації як одній із підстав припинення зобов'язань. Серед нинішніх авторів детально делегація досліджується у монографії В. А. Бєлова «Сингулярное правопреемство в обязательствах» [16]. Окремі аспекти делегації розглядалися І. В. Жилінковою [17, с. 124, 125], В. С. Шевченко [18], В. М. Касапом [19], В. І. Пушаєм [20; с. 9, 10]. У інших авторів, навіть тих, хто досліджував проблеми правонаступництва на рівні написання наукових дисертацій, делегація зазвичай не викликає значного наукового інтересу, що обумовлює надмірну лаконічність і текстуальну схожість більшості подібних праць [21, с. 14; 22, с. 12, 13; 23, с. 58, 59; 24, с. 175].

Метою дослідження є з'ясування природи делегації та визначення її місця у розвитку правонаступництва у зобов'язальних правовідносинах, відмежування делегації від суміжних конструкцій, спрямованих на заміну кредитора або боржника.

Виклад основного матеріалу. Давнє римське цивільне право (VI – III ст. до н.е.) було сконцентроване навколо регулювання похідного набуття лише одного з видів суб'єктивних прав – права власності. На цей час юриспруденції ще не було відомо ні наступництво у зобов'язальних правах, ні наступництво у правах спадкування (правах на прийняття спадщини), яке утверджується пізніше під впливом діяльності претора. Зобов'язальне право (право вимоги) за світоглядами римських юристів вважалося суворо особистим, а тому припинялося у зв'язку зі смертю кредитора або боржника.

Водночас поступово зв'язок зобов'язання, існуючого у вигляді права вимоги кредитора або обов'язку боржника, з особою носія послаблювався, що призвело вже у період існування цивільного права до створення правил про збереження зобов'язання в тому самому вигляді і в перенесенні останнього до нових набувачів у складі усієї майнової сфери правопопередника за допомогою конструкції універсального правонаступництва при спадкуванні.

Таким чином, відносини, пов'язані з перенесенням прав попередника на нового суб'єкта, у

римському приватному праві зустрічалися вже в період існування jus civile, однак мали обмежене застосування, адже торкалися лише переходу права власності та інших речових прав, apriori призначених для забезпечення руху та обороту майнових цінностей. Такий стан речей був цілком придатним для давнього суспільства з його нерозвиненими умовами життя та побуту, проте перестав задовольняти суспільні потреби в пізніший період поширення римського владарювання.

Перші спроби здійснення цивільно-правового регулювання передачі зобов'язань здійснюються у вигляді **новації зобов'язання**. Загальна спрямованість новації на оновлення зобов'язання apriori передбачає наділення її широким змістом, що включає кілька значень.

Однією з підстав новації зобов'язання може бути заміна його суб'єктів, яка одержала назву **делегації (delegatio)**. Сутність правовідносин делегації описана Гаєм (Гай, 2. 38): «До зобов'язань, яким би то не було чином укладених, не застосовується жоден із вищезазначених способів набуття власності. Якщо я захочу, щоб те, що належить мені, належало тобі ... необхідно, щоб за моїм бажанням ти стипулював цей борг від мого боржника, внаслідок чого він звільняється від боргу, який належить мені та стає твоїм боржником, що називається оновленням (перетворенням) зобов'язання» [25].

У науковій літературі делегацію позначають як «перевід боргу або обов'язку, неформальна одностороння вказівка кому-небудь виконати ... зобов'язання на користь третьої особи або прийняти від третьої особи виконання ... зобов'язання» [26, с. 104], «наказ, даний однією особою іншій, заплатити борг або прийняти на себе зобов'язання перед третьою особою» [27, p. 429], «вступ у чужий борг за згодою і за дорученням самого боржника» [3, с. 535], «прийняття на себе боргу за іншу особу за наказом третьої особи» [2, с. 206]. Назва «delegatio» походить від дієслова «delegare», що перекладається як «відправляти», «доручати», «покладати» [28, с. 184].

Правовим наслідок делегації може бути вибуття з правовідносин боржника або кредитора. Можна припустити, що первісною конструкцією заміни учасників зобов'язання і передвісником делегаціїбула expromissio, яка в літературі іменується прийняттям чужого боргу. Згодом і, мабуть, паралельно з нею виникло поняття делегації, основна форма якої також передбачала заміну боржника і переведення боргу. У доктрині романістики така форма делегації отримала назву пасивної (delegatiodebiti). Пізніше до неї приєдналася активна форма делегації (delegationominis), правовим наслідком якої стала заміна кредитора.

Інститут делегації, як і експромісії, є одним з найскладніших у сфері римського зобов'язального права. Ні у джерелах римського права, ні у наукових дослідженнях немає єдності у багатьох питаннях делегації, починаючи з її сутності і закінчуючи зв'язком делегації з правонаступництвом у зобов'язаннях. Як справедливо вказувала І. В. Жилінкова, «конструкція делегації не була однорідно визначеною і перебувала в постійному розвитку» [17, с. 125].

Спираючись на зазначений фрагмент Інституцій Гая, можна стверджувати, що делегація являє собою ніщо інше, як вступ у чужі боргові відносини іншої особи за ініціативою і дорученням самого боржника. Іншими словами, боржник за дорученням (проханням, згодою) свого кредитора зобов'язувався виконати те, що останній був винен своєму кредитору. Другим очевидним висновком із наведеного фрагменту є те, що і пасивна, і активна делегація, як правило, засновувалися на тих зобов'язаннях, які вже існували між учасниками делегаційних відносин. Особою, яка ініціює делегацію і вибуває у результаті виникнення делегаційних правовідносин може бути як кредитор, так і боржник (у романістиці він отримав назву «делегант»). Якщо із зобов'язання вибуває кредитор, особа, яка стає на його місце, має назву делегатарія; якщо вибуває боржник – делегата. Тому делегації, як правило, передують зобов'язальні відносини як між делегантом та делегатом, так і між делегантом і делегатарієм.

Незалежно від виду **серцевиною делегації залишається одностороння обіцянка однієї особи (боржника) прийняти на себе борг іншої особи перед її кредитором**.

Аналіз джерел римського права дозволяє стверджувати, що делегація не завжди спиралася на попередні зобов'язання за участю усіх суб'єктів делегації, принаймні, необхідною умовою делегації не є зобов'язання між делегантом і делегатом. Так, у фрагменті 13 титулу 2 Книги 46 Дігестів Юстиніана[29], авторство якого належить Ульпіану, йдеться про випадки делегування боржником кредитору свого не-боржника.

В іншому фрагменті наводиться випадок, коли дружина уповноважує свого боржника сплатити гроші своєму чоловікові-не-кредитору (D. 23. 3. 36). З приводу можливості делегування свого боржника не-кредитору ствердно висловлювався Ульпіан: «делегувати означає надати замість себе іншого боржника кредитору **або тому, кому накаже кредитор** (виділено нами – Є.Р.)» (D. 46. 2. 12).

У спеціальній літературі думка про можливість існування «чистої» делегації, яка не завжди спирається на попередні зобов'язання, одержала

своє визнання й розвиток. З аналізу першого фрагмента Ульпіана можна припустити, що спочатку з'явилася можливість появи делегаційних відносин за відсутності зобов'язання між делегантом і делегатом, але існування зобов'язання між делегантом і делегатарієм розумілася сама собою. Водночас відомий пандектист Ю. Барон наголошував на можливості делегування свого боржника особі, з якою делегант у правовідносинах взагалі не перебував. У такому випадку «в обіцянці делегата міститься або дарування делеганта делегатарію, або попередня дія, за яку делегатарій повинен надати делеганту відповідне відшкодування» [30, с. 769]. К. Бернштейн запропонував компромісний варіант розуміння делегації, відзначивши, що остання не обов'язково потребує для свого здійснення наявності попередніх правовідносин між делегантом і делегатом, з однієї сторони, та між делегантом і делегатарієм з іншої. Достатньо, щоб або делегат був боржником делеганта, або щоб делегатарій був кредитором делегата [1, с. 4]. Саме останню позицію, з огляду на зміст наведених джерел римського права, слід визнати найбільш зваженою.

Узагальнюючи викладене, делегацію не завжди можна вважати новацією існуючого зобов'язання (зобов'язань), однак вона має спиратися хоча б на одне існуюче зобов'язальне правовідношення за участю делеганта: останній або пропонує своєму кредитору виконання від третьої особи, боржником якої він не є (наприклад, у формі встановлення кредиту на суму виконання третьої особи), або наказує своєму боржнику виконати зобов'язання третій особі, яка не є його кредитором (наприклад, у вигляді дарування або позики третій особі).

Викладене дозволяє зайвий раз упевнитися в думці, що саме expromissio була першою правовою конструкцією, спрямованою на заміну зобов'язаної сторони у правовідношенні. Expromissio ґрунтувалася на зобов'язаннях, які вже виникли та існували між делегантом і делегатом та між делегантом і делегатарієм, тому її реалізація завжди викликала новацію зобов'язання. Подальший розвиток цивільного обороту призвів до розширення умов та випадків заміни сторін зобов'язань, що у підсумку обумовило виникнення конструкції, яка хоча і засновувалася, але не була тотожною експромісії, внаслідок чого одержала іншу назву – delegatio. Ті правовідносини, які у літературі традиційно іменують «класичною делегацією», є нічим іншим, як експромісією. У зв'язку з цим зовсім не випадково чимало авторів-класиків говорять **не про пасивну та активну делегацію, а про експромісію та делегацію**[3, с. 534; 4, с. 241-242;31, с. 344], з яких перша є формою заміни боржника у зобов'язанні за згодою кредитора, а друга може передбачати заміну будь-якої сторони; обидві конструкції охоплюється загальним поняттям intercessio» (рідше – «interventio»), втручання.

Під інтерцесією розуміється прийняття на себе чужого боргу за згодою кредитора. Дане поняття є родовим і включає до свого складу неоднакові за своїм змістом інститути, що тим не менш мають єдину мету – взяти на себе зобов'язання за іншого боржника перед третьою особою (кредитором). Причому зобов'язання нового боржника можуть приєднуватися до зобов'язань первісного боржника, що відбувається, наприклад, при вступі у зобов'язанні нового співборжника як солідарного або часткового, породжувати субсидіарну відповідальність (при adpromissio, коли третя особа гарантує виконання зобов'язання основного боржника) або заміщати зобов'язання попереднього боржника, припиняючи його участь у правовідносинах. У останньому випадку якраз і настає експромісія – прийняття третьою особою за згодою кредитора чужого боргу таким чином, що попередній боржник звільнявся від боргу, а на нового натомість цей борг покладався.

Дігести Юстиніана, видані латинською мовою [32], неодноразово оперують поняттям «expromissio» та словоформами, похідними від нього (зокрема, D. 12. 4. 4; 15. 1 . 56; 16. 1. 8. 8; 16. 1. 2. 2; 17. 1. 45. 4; 38. 1. 37. 4.; 39. 6. 31. 3), причому в усіх перелічених випадках цей термін тлумачиться винятково у значенні заміни боржника, а не кредитора, у зв'язку з чим складно погодитися з думкою Ю. Барона, який зазначав про можливість застосування expromissio як підстави і для заміни кредитора (в першу чергу (sic !)), і для заміни боржника[30, с. 650]. Термін «делегація» у джерелах є поліфункціональним, використовується не тільки у значенні новаційної форми припинення зобов'язання, але також як підстава припинення зобов'язання шляхом його виконання, і навіть у публічно-правовому значенні (зокрема, D. 4. 2. 23. 3; 12. 6. 26. 12; 13. 1. 17; 13. 7. 42; 15. 1. 48. 1; 15. 1. 51; 16. 1. 8. 2; 16. 1. 8. 3; 16. 1. 8. 4; 16. 1. 8. 5; 16. 1. 8. 6; 16. 1. 24; 16. 1. 27. 2; 17. 1. 22. 2; 17. 1. 26. 2; 18. 2. 20; 23. 3. 56; 23. 3. 59. 1; 24. 3. 66. 2; 26. 7. 3. 3; 34. 3. 29; 38. 1. 37. 4; 38. 5. 1. 16; 39. 2. 1; 39. 5. 33. 3; 39. 6. 18. 1; 44. 4. 4. 21; 44. 4. 4. 26; 44. 4. 5. 5; 44. 5. 1. 10; 46. 1. 18; 46. 2. 4; 46. 2. 11; 46. 2. 12; 46. 2. 13; 46. 2. 17; 46. 2. 19; 46. 2. 27; 46. 2. 31. 1; 46. 2. 33; 46. 3. 15; 46. 3. 96; 46. 3. 96. 2; 47. 2. 43. 2; 47. 2. 76). У аспекті, важливому для даного дослідження, делегація переважно вживається як форма переведення боргу і заміни боржника, рідше – для передачі вимоги і заміни кредитора.

Можна припустити,що expromissio, націлена винятково на заміну боржника, поступово переста-

ла повною мірою задовольняти потребам обороту. Тому на її фундаменті й, імовірно, поруч з нею виникла конструкція делегації, побудована також на основі ідеї обіцянки боржника кредитору, але яка має метою заміну будь-якої сторони зобов'язання. Тому експромісія та делегація є хоча й однорідними, надзвичайно тісно пов'язаними між собою, але нетотожними правовими інститутами.

Неоднаковим, відповідно, є і правовий ефект, зумовлений expromissio та delegatio. Expromissio, яку умовно (у співвідношенні з делегацією) можна позначити як делегаційну новацію, являє собою лише перший крок на шляху формування інституту правонаступництва у зобов'язаннях, позаяк жодного перенесення обов'язку від первісного боржника до нового, яке б залежало від права первісного, не відбувалося. Натомість мали місце два послідовних акти – припинення попереднього зобов'язального правовідношення і виникнення на його місці нового. На відміну від експромісії, делегація обумовлює новацію зобов'язання лише як загальне правило.

Третьою відмінністю є те, що при експромісії відсутній правовий зв'язок між попереднім і новим борговими зобов'язаннями; тому особливості правовідносин між попереднім і новим боржниками (наприклад, заперечення, який мав новий боржник щодо первісного боржника кредитора) жодним чином не впливають на правовий статус кредитора, обсяг вимоги якого залишається незмінним, незважаючи на заміну боржника. При делегації в окремих випадках нове зобов'язання, як буде показано нижче, розглядалося у тісному взаємозв'язку з попереднім, що свідчить про початок формування ідеї сингулярного правонаступництва у зобов'язаннях.

У юридичній літературі робляться спроби віднайти й інші критерії розмежування експромісії та делегації (пасивної делегації). В. С. Шевченко, думку якої відтворює В. М. Касап, стверджує про те, що у делегації борг може бути переданий новому боржнику лише за угодою нового боржника з попереднім, в той час як експромісія може відбутися незалежно від бажання первісного боржника У експромісії кредитор йде на альянс з новим боржником, чому протиставляється участь трьох учасників делегації[18, с. 175; 19, с. 66]. Відзначимо, що формування позиції автора значною мірою обумовлено посиланням на Б. Віндшейда[18, с. 174], який стверджував, що коли вступ у зобов'язання нового боржника обумовлений власною волею, а не вимогою боржника, це породжує expromissio, проте лише «у новітньому праві», тобто праві, сучасником якого був авторитетний вчений. У джерелах римського праві, навпаки, і expromissio, і створена за її зразком delegatio ґрунтуються на зверненні (наказі) кредитора до боржника щодо виконання на користь кредитора першого. Наприклад, у фрагменті 4 титулу 4 книги 12 Дігестів Юстиніана зазначається: «якщо хтось звільнив свого боржника від виконання зобов'язання, **коли було досягнуто угоди, що боржник надасть експромісора** (виділено нами – Є. Р.), і він не надає його тому, хто був звільнений від виконання боргу, може бути пред'явлено кондикцію». Наведений уривок підтверджує не тільки необхідність згоди первісного боржника на експромісію (у даному випадку – у формі договору з кредитором), який може бути навіть її ініціатором, але й засвідчує можливість звільнення боржника від виконання зобов'язання лише самим фактом надання ним обіцянки доручити свій борг третій особі. У зв'язку з цим не дивними є певні коливання у позиції самої В. М. Шевченко, яка пише, що згода первісного боржника є однієї з умов експромісії, але під впливом літературних джерел до сторін експромісії відносить тільки кредитора і нового боржника[18, с. 173, 174].

На думку І. П. Смілянець, expromissio стосувалася переуступки вимоги, в той час як делегація може бути спрямована на заміну боржника або кредитора[33, с. 14]. Текстуально дана позиція, чи не єдина, у якій експромісія розглядається як спосіб відступлення права вимоги кредитора, а не переведення боргу боржника, не підтверджена посиланнями на джерела римського права.

Крім того, І. П. Смілянець категорично заперечує новацію при делегації зобов'язань, пояснюючи це тим, що «новація передбачає оновлення самого зобов'язання, тоді як делегація – заміна сторони у зобов'язанні»[33, с. 18].До аналогічного висновку приходить і В. М. Касап: «здійснення вказаних правочинів (крім експромісії та пасивної делегації автор розглядає також інтерцесію – Є. Р.) не тягне за собою новації як такої, оскільки передбачає повну або часткову заміну боржника, що саме по собі не означає заміни усього зобов'язання» [19, с. 67].

Подібні міркування є спірними, адже не враховують природу досліджуваних авторами способів заміни боржника. Первісний і новий кредитори не пов'язані між собою правовідносинами: перший продовжує перебувати у правовідношенні з боржником до моменту здійснення останнім стипуляції, після чого він відпадає з їхнього складу і боржник вже перебуває у правовідношенні з другим (новим) кредитором. При цьому право нового кредитора, попри ідентичність суми самого боргу, не є таким, що спирається на право первинного кредитора. Цим якраз і пояснюється те, що заміна учасника зобов'язання – не єдине, чи відрізнятиметься нове (оновлене) зобов'язання від попереднього. Оновлене зобов'язання вже не матиме тих

acessoriaetexceptiones, додаткових забезпечень та гарантій, а також заперечень, які міг би пред'явити попередній учасник (D. 13. 7. 11; 46. 2. 18). Тому новацію помилково ототожнювати лише із заміною боржника або кредитора; вона призводить до знищення попереднього зобов'язання і викликає на його місце нове.

Відкидання впливу делегації та експромісії на новацію зобов'язань породжує питання про природу зазначених конструкцій, їх місце в системі правових понять, що може призвести до суперечностей у наукових поглядах. Такої суперечності, на нашу думку, припускається В. С. Шевченко, яка, поділяючи погляд про віднесення експромісії та делегації (у більшості випадків) до підстав новації зобов'язань, тим не менш підкреслює таку їх ознаку, як перехід попереднього зобов'язання до іншого суб'єкта в порядку окремого наступництва [18, с. 172, 173, 176]. Водночас зарахування експромісії та делегації до підстав новації, оновлення попереднього зобов'язання внаслідок вступу у зобов'язання нового суб'єкта автоматично нівелює думку про ознаки наступництва між попереднім і новим учасниками правовідносин. І навпаки, думка про наявність у нового боржника або кредитора статусу наступника попереднього має виключати новацію таких зобов'язань.

Таким чином, циркуляція зобов'язань в Римі пов'язується зі створенням конструкції expromissio, сама ідея якої, попри імперативність породжуваного нею ефекту новації, ознаменувала докорінні зміни у поглядах на динаміку майнових зобов'язальних правовідносин, істотно послабивши принцип нерозривного зв'язку зобов'язань з особами їх суб'єктів. Попри формальне знищення попереднього зобов'язання, нею визнається можливість заміни боржника, що створює ґрунт для подальшої динаміки зобов'язань за допомогою делегації. Саме в межах останньої і слід шукати зародки сингулярного правонаступництва у зобов'язаннях inter vivos.

Безперечно, найбільш актуальним у контексті питань, що розглядаються, є зв'язок правонаступництва та неноваційної делегації, яка має місце у випадках, коли боржник покладає свій борг перед кредитором на третю особу (не-боржника), або кредитор наділяє належним йому правом вимоги щодо свого боржника особу, яка не є його кредитором. Чи можна у таких випадках, з огляду на відсутність такої підстави заміни сторін, як новація, стверджувати про збереження обов'язку попереднього боржника або права вимоги попереднього кредитора і перехід їх до нових суб'єктів у порядку правонаступництва ?

Незважаючи на відсутність прямих вказівок щодо можливості делегації призводити до правонаступництва у статусі боржника або кредитора у джерелах, прискіпливий їх аналіз дає підстави для твердження про зв'язок між попереднім і новим правовідношенням. У фрагменті 27 титулу 2 46 – ї книги Дігестів Папініаном розглядається випадок здійснення делегації у відносинах купівлі-продажу: «якщо покупець при здійснення продавцем делегації (тобто при делегуванні продавцем свого покупця третій особі – Є. Р.) обіцяє гроші (за стипуляцією) таким чином: «(Обіцяю надати все), що було б необхідним надати (та) здійснити на підставі продажу», то проценти за наступний час він (вже) не винен ні тому, ні іншому». Отже, покупець, боржник за договором купівлі-продажу, обіцяє надати третій особі (новому кредитору, вказаному продавцем) лише те, що є необхідним на підставі договору купівлі-продажу, без процентів, які могли б нараховуватися за прострочку або інші порушення, а не на підставі того зобов'язання, яке склалося між новим кредитором (делегатарієм) і продавцем (делегантом).

Даний приклад свідчить про те, що при прийнятті (у формі стипуляції) боржником обов'язку щодо сплати новому кредитору він міг заявити про сплату суми, яку він заборгував за договором зі своїм кредитором, тобто послатися на підстави виникнення його делегаційної обіцянки. Тим самим боржник ставив своє виконання перед новим кредитором **у залежність від зобов'язання перед первісним кредитором**. Тоді нове зобов'язання боржника стає юридично пов'язаним з попереднім, а дефектність первісного зобов'язання, з якого вибуває боржник, може вплинути на обсяг виконання або на дійсність нового (делегаційного) зобов'язання боржника. Іншими словами, чинне зобов'язання боржника спирається на попереднє і є юридично залежним від нього. Тому можна стверджувати про притаманність подібним делегаційним титулярним зобов'язанням окремих властивостей правонаступництва.

Варто звернути увагу також і на, що заміна суб'єктів зобов'язальних відносин шляхом делегації не завжди призводила до знищення accessories, властивих первісному зобов'язанню. Навпаки, існувала можливість збереження в силі обтяжень, зокрема тих, які випливали із забезпечувальних зобов'язань первісного боржника. За Ульпіаном, «якщо відбулося оновлення зобов'язання того, хто встановив борг, заставне відношення знищується, хіба що була домовленість про те, що заставне відношення поновлюється» (D. 13. 7. 11. 1). Тобто навіть при класичній (новаційній) делегації допускалося збереження деяких accessories, влас-

тивих первісному зобов'язанню, з якого вибуває боржник.

Правонаступницьке значення делегаційних форм подекуди відображається і в термінології Дігестів, виданих латиною. У «Відповідях Марцела» питання, чи може Луций Тіций бути наступником (locumsuccesserit) своїх підопічних на підставі кредитної розписки, розв'язується таким чином: якщо перший приймає на себе їх зобов'язання шляхом стипуляції, він стає наступником (successisse) (D. 13. 5. 24).

Усе наведене свідчить про недоцільність сприйняття римської делегації винятково як форми заміни боржника у зобов'язаннях. З іншої сторони, застаріле уявлення про зобов'язання як про правовий зв'язок між кредитором і боржником суворо особистого характеру сковувало делегацію і не давало можливості розглядати її як підставу для правонаступництва. Разом з тим делегація стала основою для подальшого залучення зобов'язань до цивільного обороту, створення інституту цесії зобов'язань. Може саме тому В. А. Бєлов, дещо перебільшуючи юридичний ефект делегації, але з дослідницькою тонкістю відчуваючи її історико-правове призначення, називає віднесення пасивної делегації до виду правонаступництва «даниною розвитку товарно-грошових відносин, які перетворили у товар навіть борги» [16, с. 54].

Висновки. Проведене дослідження дає підстави для наступних узагальнень:

1) застаріле уявлення про зобов'язання як правовідношення, нерозривно пов'язане з особами його учасників на певному етапі стало гальмувати розвиток соціально-економічних процесів в Римі, що поставило завдання щодо пошуку обхідних форм для перенесення боргів, а згодом – і вимог на іншу особу. Первісно заміна осіб (боржника) у зобов'язаннях здійснювалася за допомогою експромісії, на підставі якої виникла делегація. Сутність делегації полягає в тому, що за розпорядженням первісного кредитора (делеганта) боржник (делегат) приймав на себе у формі стипуляції обов'язок виконати борг на користь іншого (нового) кредитора (делегатарія) замість первісного, який в результаті цього припиняв свою участь у зобов'язальних правовідносинах;

2) незважаючи на спільність ідеї (боржник за розпорядженням (проханням, дорученням) кредитора зобов'язується виплатити борг кредитору останнього), expromissio та delegatio є різними інститутами заміни осіб у зобов'язанні. має метою заміну будь-якої сторони зобов'язання. Експромісія спрямована лише на заміну боржника, в той час як неноваційна делегація може передбачати заміну будь-якої сторони у зобов'язанні.

По-друге, неоднаковим є і правовий ефект, зумовлений expromissio та delegatio. Expromissio, яку умовно (у співвідношенні з делегацією) можна позначити як делегаційну новацію, являє собою лише перший крок на шляху формування інституту правонаступництва у зобов'язаннях, позаяк жодного перенесення обов'язку від первісного боржника до нового, яке б залежало від права первісного, не відбувалося. Натомість мали місце два послідовних акти – припинення попереднього зобов'язального правовідношення і виникнення на його місці нового. На відміну від експромісії, делегація обумовлює новацію зобов'язання лише як загальне правило.

Третьою відмінністю є те, що при експромісії відсутній правовий зв'язок між попереднім і новим борговими зобов'язаннями; тому особливості правовідносин між попереднім і новим боржниками (наприклад, заперечення, який мав новий боржник щодо первісного боржника кредитора) жодним чином не впливають на правовий статус кредитора, обсяг вимоги якого залишається незмінним, незважаючи на заміну боржника. При делегації в окремих випадках нове зобов'язання розглядалося у тісному взаємозв'язку з попереднім, що свідчить про початок формування ідеї сингулярного правонаступництва у зобов'язаннях;

3) незважаючи на відсутність прямих вказівок щодо можливості делегації призводити до правонаступництва у статусі боржника або кредитора у джерелах, прискіпливий їх аналіз дає підстави для твердження про зв'язок між попереднім і новим правовідношенням,що створює засади для формування сингулярного наступництва у зобов'язаннях intervivos. Боржник міг поставити своє виконання перед новим кредитором у залежність від зобов'язання перед первісним кредитором. Тоді нове зобов'язання боржника ставало юридично пов'язаним з попереднім, а дефектність первісного зобов'язання, з якого вибув боржник, могло вплинути на обсяг виконання або на дійсність нового (делегаційного) зобов'язання боржника. Іншими словами, чинне зобов'язання боржника могло спиратися на попереднє і є юридично залежним від нього. Тому можна стверджувати про притаманність подібним делегаційним титулярним зобов'язанням окремих властивостей правонаступництва.

Заміна суб'єктів зобов'язальних відносин шляхом делегації не завжди призводила до знищення accessories, властивих первісному зобов'язанню. Правонаступницьке значення делегаційних форм відображалося і в термінології джерел римського права, у яких делегація нерідко позначалася терміном «successio», наступництво.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Бернштейн К. И. О существе делегации по римскому праву. Санкт-Петербург: Типография товарищества «Общественная польза», 1871. 63 с.
2. Кривцов А. С. Абстрактные и материальные обязательства в римском и современном гражданском праве. Юрьев: Тип. К. Маттисяна, 1898. 256 с.
3. Дорн Л. Б. Догма римского права. Санкт-Петербург: Печ. М. Алисова и А. Григорьева, 1881. 602 с.
4. Митюков К.А. Курс римского права. Киев: Товарищество И. Н. Кушнарев и К°, 1902. 431 с.
5. Хвостов В. М. История римского права. Третье издание (исправленное и дополненное). Москва: Типография Т-ва И. Д. Сытина, 1907. 463 с.
6. Задорожний Ю. А. Основи римського приватного права: навчальний посібник. Київ: Істина, 2012. 344 с.
7. Морев М. П. Римское право: Учебное пособие. Москва: Издательско-торговая корпорация «Дашков и К°», 2008. 720 с.
8. Подопригора А.А. Основы римского гражданского права: Учеб. пособие для студентов юрид. вузов и факультетов. 2-е изд., перераб. Киев: Вентури, 1994. 288 с.
9. Римское частное право: Учебник / Под ред. проф. И. Б. Новицкого и проф. И. С. Перетерского. Москва: Юриспруденция, 2000. 448 с.
10. Вологдин А. А. Римское право: учебник и практикум. Москва: ЮСТИЦИЯ, 2015. 256 с.
11. Иоффе О. С., Мусин В. А. Основы римского гражданского права. Ленинград: Из-во Ленинградского ун-та, 1975. 156 с.
12. Макарчук В. С. Основи римського приватного права: навчальний посібник. Вид. 2-ге, допов. Київ: Атіка; Харків: Право, 2015. 256 с.
13. Омельченко О. А. Римское право: Учебник. Издание второе, исправленное и дополненное. Москва: ТОН – Остожье, 2000. 208 с.
14. Підопригора О. А., Харитонов Є. О. Римське право: підруч. 2-ге вид. Київ: Юрінком Інтер, 2009. 528 с.
15. Яковлев В. Н. Древнеримское частное право и современное российское гражданское право: учебник. Москва: Волтерс Клувер, 2010. 960 с.
16. Белов В. А. Сингулярное правопреемство в обязательстве.Москва: ЮрИнфоР, 2007. 266 с.
17. Жилінкова І. В. Конструкції заміни боржника у цивільно-правовому зобов'язанні. *Вісник Академії правових наук*. Харків. 2010. № 1. С. 123-133.
18. Шевченко В. С. Экспромиссия, пассивная делегация и интерцессия – способы преемства долга. *Вестник Пермского университета. Юридические науки*. Пермь. 2014. Вып. 1 (23). С. 172-178.
19. Касап В. М. Правова природа окремих способів переведення боргу.*Науковий вісник Херсонського державного університету. Збірник наукових праць. Серія «Юридичні науки»*. 2016. Вип. 2. Том 1. С. 64-67.
20. Пушай В. І. Уступка вимоги і перведення боргу в цивільних правовідносинах (за матеріалами судової практики): монографія. – Харків: Екограф, 2010. 180 с.
21. Головачов Я. В. Суброгація у страхових правовідносинах: дис. … канд. юрид. наук.Одеса, 2011. 210 с.
22. Колесников О. А. Переход обязательственного права в цессионном правоотношении: дисс. … канд. юрид. наук. Москва, 2000. 155 с.
23. Кузнецов А. В. Институт уступки права (требования): дисс. … канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2013. 231 с.
24. Тетерин С. В. Проблемы допустимости уступки требования: дисс. … кандидата юрид. наук. Иркутск, 2004. 232 с.
25. Институции Гая. *Памятники римского права: Законы XII таблиц. Институции Гая. ДигестыЮстиниана*. Москва: Зерцало, 1997. С. 15-150.
26. Бартошек М. Римское право. Понятия, термины, определения. Москва: Юридическая литература, 1989. 448 с.
27. Berger A. Encyclopedic Dictionary of Roman Law. Philadelphia: The American Philosophical Society, 1991. 808 p.
28. Краткий латинско-русский словарь. *Пиляева В. В. Римское частное право.* Санкт-Петербург: Питер, 2002. – С. 179-198.
29. Дигесты Юстиниана. Перевод с латинского. Отв. ред. Л. Л. Кофанов. Том 1-7. Книги 1-50.Москва: Статут, 2002-2005.
30. Барон Ю. Система римского гражданского права: В 6 кн. / Предисловие к.ю.н. В.В. Байбака. Санкт-Петербург: Издательство Р. Асланова «Юридический центр «Пресс», 2005. – 1102 с.
31. Покровский И.А. Истории римского права. Издание 3-е, испр. и доп. Петроград: Издание юридического книжного склада «ПРАВО», 1917. – 416 с.
32. OMININOSTRISACRATISSIMIPRINCIPISIUSTINIANIIURISENUCLEATIEXOMNIVETEREIURECOLLECTIDIGESTORUMSEUPANDECTARUM. URL:http://www.thelatinlibrary.com/justinian/digest.html (дата звернення 07.01.2018).
33. Смілянець І. П. Заміна боржника у зобов'язанні за цивільним законодавством України: дис. … канд. юрид. наук. Одеса, 2010. – 192 с.

Рябоконь Євген Олександрович

РИМСЬКА ДЕЛЕГАЦІЯ ТА ЇЇ ЗНАЧЕННЯ У СТАНОВЛЕННІ ІНСТИТУТУ ПРАВОНАСТУПНИЦТВА У ЗОБОВ'ЯЗАННЯХ

У статті аналізується становлення делегації у римському приватному праві, місце делегації серед сумжіних правових конструкцій, спрямованих на прийняття на себе чужого боргу. Проводиться різниця між делегацією та експромісією. З'ясовуються характерні риси делегації, які свідчать про зв'язок між попереднім і новим правовідношенням,що створює засади для формування сингулярного наступництва у зобов'язаннях intervivos.

Ключові слова: делегація, новація, експромісія, правонаступництво, зобов'язання.

Рябоконь Евгений Александрович

РИМСКАЯ ДЕЛЕГАЦИЯ И ЕЕ ЗНАЧЕНИЕ В СТАНОВЛЕНИИ ИНСТИТУ ТА ПРАВОПРЕЕМСТВА В ОБЯЗАТЕЛЬСТВАХ

В статье анализируется становление делегации в римскому частном праве, место делегации среди смежных правовых конструкций, направленных на принятие на себя чужого долга. Проводится разница между делегацией

и экспромиссией. Выявляются характерные черты, свидетельствующие о связи между предыдущим и новым правоотношением, что создает основания для формирования сингулярного преемства в обязательствах intervivos.

Ключевые слова: делегация, новация, экспромиссия, правопреемство, обязательство.

Riabokon Ievgen

ROMAN DELEGATION AND ITS ROLE IN THE FORMATION OF THE INSTITUTE OF OBLIGATORY SUCCESSION

The article analyzes the formation of the delegation in Roman private law, the place of the delegation among related legal constructions aimed at taking on the debt of another person. It is carried out the difference between the delegation and the expromission. Some features that prove the relationship between the previous and the new legal relationshipare identified, which creates the basis for the formation of a singular succession in the obligationsintervivos.

Key words: delegation, novation, expromission, succession, obligation.

УДК 347.122

Біцюк Андрій Володимирович,
аспірант кафедри цивільного права
Національного університету «Одеська юридична академія»,

СЕКУНДАРНІ ПРАВА В ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ. ІСТОРИЧНИЙ АСПЕКТ

Постановка проблеми. Для вітчизняного права адаптаційні механізми торкаються не лише приведення нормативних актів до законодавства Європейського Союзу, а й наближення наукових категорій до єдиного розуміння та тлумачення. Серед таких понять опинилось визначення секундарного права, яке походить із німецького права. Дослідження цієї проблематики було започатковано Емілем Зеккелем, котрий у 1903 році констатував факт існування секундарних прав та відсутність їх теоретичного вивчення. Приватноправові дослідження цього правового феномену активно відбулися у країнах Європейського Союзу. Українська цивілістика частково опиналася поза межами цих наукових тенденцій, однак останнім часом баланс знань у цьому напрямі став відновлюватися.

У сучасній науковій літературі існують діаметрально протилежні точки зору щодо поняття секундарного права. Одні вчені заперечують існування цих прав, інші взагалі не оперують цим поняттям, хоча й погоджуються з тим, що для поступального розвитку цивільного обороту учасникам цивільних правовідносин надаються широкі можливості набувати і реалізовувати ті правомочності, які хоча прямо їм не надані, але й не заборонені законом [1, с. 58, 74, 79]. Проте існує група вчених, які вважають за доцільне ввести категорію секундарних прав в систему категорій цивільного права [2, с. 20-22], по-різному обґрунтовуючи правову природу останніх. Так, одні з них вважають, що це – суб'єктивне цивільне право [3, с. 12]; інші – що це недорозвинене суб'єктивне право [4, с.70-73]; треті відносять секундарні права до правомочностей особи [4, с. 99-112]; четверті – до юридичної можливості одностороннім волевиявленням викликати виникнення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків [5, с. 68-72] і т. ін.

Стан дослідження теми. Дослідженням правової природи секундарних прав займались такі вчені як: Е. Зеккель, Б. Віншайд, Р. Ієрінг, Л. Еннекцерус, Е. Беккер, Е. Цительмана, А. Тон, А. Вормс, Ю. С. Гамбаров, М. М. Агарков, С. М. Братусь, О.С. Іоффе, Г. Певзнер, В. І. Серебровський, Р. Й. Халфіна, В. М. Хвостов, Б. Б. Черепахін, Ч. Н. Азімов, В. О. Білов, Ф. О. Богатирьов, Є. М. Денісевич, Є. Красько, К. І. Скловський

М.П. Баран, В.А. Худавердієва, О.Н. Євтушенко, Ю.І. Ганущак, В.Б. Яловий, С.Г. Серьоогіна, В.С. Журавський, А.В. Кавунець, В.В. Дорох, В.А. Завертайло та інші. Проте не дивлячись на значну кількість наукових праць зазначених вчених, на сьогоднішній день, немає єдиного комплексного дослідження поняття та ознак секундарного права.

Метою цієї статті є дослідження генезису секундарних прав у доктрині цивільного права Німеччини, де вперше зазначений термін був застосований, а також Росії та України, де в останні роки погляди на необхідність виділення цієї категорії отримують усе більшого поширення.

Виклад основного матеріалу. Поняття «секундарне право» виникло в науці цивільного права ще на початку минулого століття завдяки німецькому вченому Е. Зеккелю, однак і дотепер не існує єдиної думки щодо правової природи та місця, яке воно займає у системі цивілістичних категорій. Актуальною у всі часи залишається проблематика доктринального тлумачення у цивільному праві поняття «секундарного права», а з постійним оновленням законодавства України та становленням судової практики зі значного кола питань її значущість у сучасному правовому середовищі постійно підвищується.

Цивілістична категорія «секундарного права» для українського права знаходиться на стадії

започаткування, при цьому у європейських державах наукове обговорення розпочалося значно раніше. Для введення поняття секундарного права у національне правове поле варто визначити його історичний розвиток, що надасть розуміння базису його наукового формування, а досвід, накопичений іншими країнами, як відомо, треба знати, вміти правильно оцінити і застосовувати на практиці відповідно з місцевими реаліями. В ході дослідження різних інститутів цивільного та сімейного права такі вчені, як А.Вормс, Ю. С. Гамбаров, М. М. Агарков, С. М. Братусь, О. С. Іоффе, Г. Певзнер, В. І. Серебровський, Р. Й. Халфіна, В. М. Хвостов, Б. Б. Черепахін, Ч. Н. Азімов, В. О. Білов, Ф. О. Богатирьов, Є. М. Денісевич,Є. Красько, К. І. Скловський та ін., вивчали правову природу секундарних прав, однак всебічно їх не досліджували.

Найважливішою передумовою виникнення конструкції секундарних прав став послідовний аналіз вченими Німеччини матеріальної та процесуальної складової права, їх розрізнення, виокремлення приватного права й процесу, що потягло звільнення матеріально-правових визначень від процесуальних елементів, які входили до них, що було характерно для цивільного права Давнього Риму [7, с. 253]. Такий підхід надав можливість виявити існування певної самостійної категорії прав, які існували безвстановленого обов'язкового механізму реалізації. Виявлення такої конструкції стало певним правовим феноменом.

Наприкінці XIX століття німецькі цивілісти виявляють існування певного феномену прав особи, які не мають паралельного обов'язку. Таке дослідження прав випрацьовувалась поряд із становленням визначення суб'єктивного (конкретного) права, дослідженням сутності якого, а також комплексу правомочностей з якого воно складається. Саме з цього періоду розпочинається генезис вчення про секундарні права.

Такі науковці як Б. Віншайд, Р. Ієрінг, Л. Еннекцерус, Е. Беккер, Е. Цительмана, А.Тон звернулись до виявлення особливостей секундарних прав у правовій матерії приватного права, при цьому недослідженими залишались правомочності суб'єктивного права та співвідношення певних прав та правоздатності особи. У зв'язку з чим склалося декілька точок зору щодо цих понять. Так, одні вчені вважали, що суб'єктивне право – це панування волі управомоченої особи (Б. Віндшайд) [8, с. 99], другі – охоронюваний позитивним правом інтерес окремої особи (Р. Ієринг) [11, с. 301-321, 358], треті, що це панування особи в певних відносинах, яке надано їй правопорядком і слугує задоволенню людських потреб (Л. Еннекцерус, пізніше – Н.А. Зверев) [11, с. 244; 1, с. 230]. Проте, незважаючи на різні концепції, вчені не заперечували того, що суб'єктивні права багатогранні і мають свою специфіку.

У 1886 році Е. Беккер серед суб'єктивних прав виокремив негативні права, відносячи до них: право на оспорювання, право на залік зустрічних вимог, право на відмову від договору, право на розірвання договору, право на розірвання шлюбу тощо. Віднесення негативних прав до суб'єктивних прав вчений пояснював тим, що їх здійснення, як і реалізація будь-яких іншихсуб'єктивних прав, залежить від волі управомоченої особи, але їх особливість проявляється в тому, що вони перешкоджають існуванню прав іншої особи, тобто можуть їх припинити, нейтралізувати, обмежити, а суд може враховувати такі права виключно тоді, коли існує посилання відповідача на оспорюване право [15, с. 7].

Поряд з розвитком теоретичних позицій щодо суб'єктивних прав активно розглядалися питання, пов'язані з окремими правомочностями суб'єктивного права, що частково охоплювало й секундарні права. На початку XX століття, Л. Еннекцерус вважав, що правомочність, а кожну правомочність він називав правом – це форма, в якій може виражатися суб'єктивне право. Він виділяв такі правомочності як: панування (підкорення своїй владі), домагання та можливість правоперетворення (права на встановлення чи зміну права). При цьому вчений зауважував, що хоча правомочності випливають із суб'єктивного права, слугують його здійсненню, тим не менш не всі вони мають однакову цінність для визначення сутності цього права [15, с. 7]. У цій позиції прослідковується взаємозв'язок між правом особи та його правоздатністю.

На початку XX століття активно складається наукова думка щодо правових можливостей суб'єктів, які мають певну специфіку. Так, А. Тон, прихильник теорії імперативів, вважав, що існує особлива група правомочностей по розпорядженню правом, які не охоплюються змістом конкретного суб'єктивного права, оскільки вони не породжують права на позов. Зміст цих правомочностей – здійснення правочинів, особливість яких полягає в тому, що поведінка управомоченого суб'єкта не тягне за собою встановлення кореспондуючого їй обов'язку інших осіб, оскільки спрямована не на панування над певним об'єктом, а на виникнення, зміну або припинення правових наслідків і здійснюється, за правило, діями самого управо мочено госуб'єкта [16, с. 42] Л. Еннекцеруса також цікавило право на розпорядження, але на відміну від А. Тона він вважав, що правомочність по розпорядженню правом – складова права на перетворен-

ня, вказуючи, що це заперечення, тобто зустрічне право, на підставі якого вже визнане право може розглядатися як недійсне [16, с.42].

Пізніше, окремі правові можливості осіб, які були на той час відомі на рівні німецької доктрини, об'єднав Е. Цительман, позначивши їх загальним поняттям – права юридичної можливості. Вчений відніс до них: право на оспорювання правочину, право на спадкування, переважне право купівлі, право на розірвання договору в односторонньому порядку, право схвалення правочину, правомочності договірного представника, право привласнення безхазяйної речі, заставу прав, право очікування тощо [2, с. 20]. Це надало можливість розглядати секундарні права через поняття «правової можливості» [2; 21], забезпеченою законом, яка надавала певну свободу особі у виборі власних дій щодо певного майбутнього правовідношення.

Наведені позиції підкреслюють, що німецька школа цивілістів заклала базовий інструментарій щодо вивчення секундарних прав. Вони змоглидовести існування окремої категорії – особливої правової можливості, від інших приватноправових інституцій, при цьому вчені мали різні погляди на правову природу правових можливостей осіб і їх співвідношення з суб'єктивним правом.

Вищевикладені погляди науковців щодо секундарних прав варто об'єднати в один період генезису секундарних прав та надати йому назву – передумови виникнення вчення про секундарні права (кінець XIX століття). Для вказаного періоду властивим є те, що активні дослідження вчених таких понять як «правоздатність» та «суб'єктивне право» стали поштовхом до подальшого виокремлення категорії «секундарне право».

У 1903 р. Е. Зеккель звернув увагу на особливі правові можливості, які можуть виникати у суб'єктів права і назвав їх секундарними правами [12, с.205]. Із зародженням поняття «секундарне право» настав інший етап його становлення як самостійної правової категорії. На цей момент розвитку, вчення про секундарні права підтримували Е. Зеккель, А. фон Тур, В.М. Хвостов, Ю.С. Гамбаров, А.Е. Вормс, Б.Б. Черепахін.

Вчення про секундарне права, незважаючи на його спірність, стало поширюватися європейськими країнами та природно стало розвиватися і в національному праві. Наприклад, Г.Ф. Шершеневич та В.М. Хвостов терміном «секундарне право» взагалі не оперували, хоча, як і німецькі вчені,вирішували проблеми, пов'язані з визначенням сутності правоздатності, суб'єктивного права та його структурних елементів, сутності правовідношення по-різному, обґрунтовуючи свої погляди. Вони були єдині лише в тому, що правоздатність – це незмінна абстрактна можливість особи мати права й обов'язки, а суб'єктивне право – це міра дозволеної поведінки особи. При цьому Г.Ф. Шершеневич наполягав на тому, що правовідносини можливі тільки між особами, де праву однієї особи завжди кореспондує обов'язок іншої, і вважав елементами правовідносин об'єкт, права і обов'язки суб'єктів [3, с. 22]. З цим не погоджувався В.М. Хвостов, зазначивши, що правовідносини можливі не тільки між особами, але і між особою і річчю [4, с. 99].

Однак дослідження вчених щодо вищезазначених категорій не могли не породити інтерес до з'ясування того, чи існують інші правові можливості у суб'єктів цивільного права. Так, Ю.С. Гамбаров розглядав за можливе виокремлення разом з абстрактною правоздатністю також і конкретної правоздатності з її можливими змінами [5, с.68]. А.Е.Вормс у своїй монографії «Вексельні бланки», характеризуючи можливість бланкодержателя при видачі векселя, порівнював це з категорією прав, які в німецькій доктрині отримали назву «секундарних прав», тобто «прав на зміну юридичного положення суб'єктів», стверджуючи, що можливість бланкодержателя – це надана йому правомочність односторонньою юридичною дією змінити юридичне положення іншого суб'єкта, а отже це право на встановлення правовідносин [5, с. 69].

Саме з працями А.Е. Вормса, який першим з вчених вжив термін «секундарне право», розпочалося його дослідження як цивільно-правової категорії у національній цивілістиці.

Б.Б. Черепахін, аналізуючи первісні способи набуття права власності, прийшов до висновку, що серед фактичних складів таких способів як окупація, знахідка, скарб, головне значення належить юридичній дії – односторонньому волевиявленню набувача. Вчений стверджував, що у всіхвипадках окупації як одностороннього заволодіння річчю з наміром привласнення, що призводить до набуття власності на захоплену річ, підставою набуття є право привласнення як особливе (секундарне право), що слід відносити до суб'єктивних прав [5, с. 70]. Наведений підхід фундаментально вплинув на розвиток національного інституту відумерлості спадщини та з часом став предметом окремого дослідження науковців спадкового права.

З моменту виокремлення категорії секундарних прав у цивілістики сформувався другий етап наукової думки про секундарні права як зародження поняття секундарного права у поглядах цивілістів різних правових сімей (1903-1940 р.р.). Для нього характерним є те, що починають формуватися різні теорії, різні обґрунтування можливості існування секундарних прав.

Наступний період розвитку вчення про секундарні права пов'язаний з їх ґенезою у поглядах національних вчених, які неоднозначно підходили до можливості існування секундарних прав. Більшість з них зайняли позицію негативного підходу, заперечуючи взагалі можливість існування таких прав. Однак були такі, що давали «право на життя» секундарним правам. До категорії правників, які звертались до тлумачення секундарних прав, у цей період, слід віднести: М.М. Агарков, В.А. Дозорцев, С.Ф. Кечек'ян, Г.І.Петров, С.М. Братусь, О.В. Венедиктов, О.С. Йоффе, О.О. Красавчиков, С.С. Алексєєв інших.

М.М. Агарков, зацікавившись проблемою «прав на зміну прав» вважав, що права на зміну юридичного положення – це конкретні суб'єктивні права, дія яких є менш інтенсивною у порівнянні з юридичним ефектом речових, особистих і зобов'язальних прав [7, с. 17], характеризуючи їх як правомочності на вчинення дій, що зачіпають чужу правову сферу [7, с. 8]. Пізніше, досліджуючи можливості суб'єктів на односторонню зміну цивільних правовідносин, зокрема на одностороннє розірвання договору, вчений переглянув свій підхід і запропонував, по-перше, розглядати правоздатність особи у динаміці, стверджуючи, що та змінюється залежно відтих обставин, в яких діє суб'єкт, а, по-друге, визнавати секундарні права проявом динамічності правоздатності [7, с. 284]. Як вбачається, в основу своєї «динамічної теорії правоздатності» М.М. Агарков поклав раніше наведену думку Ю.С. Гамбарова, який і запропонував виокремлення абстрактної і конкретної правоздатності.

За теорією М.М. Агаркова реалізація (прояв) правоздатності в одному випадку породжує суб'єктивне право, яке характеризується тим, що йому протистоїть обов'язок іншої особи, а в іншому – секундарне право, яке не породжує обов'язку у іншої особи здійснити відповідну дію, однак певним чином пов'язує цю особу [7, с. 255]. Така позиція найбільш є близькою до виокремлення самостійності секундарних прав від правоздатності та суб'єктивних прав. Думка науковця стосувалась саме універсального розуміння секундарних прав, які б могли мати прояв у будь-яких інститутах цивільного права.

Концепція динамічної правоздатності, як і будь яка інша наукова теорія, мала (і зараз має) своїх прихильників, зокрема в особі В.А. Дозорцева, С.Ф. Кечек'яна, Г.І. Петрова, які хоча і в різній інтерпретації, але теж поділяли правоздатність на певні складові. Так, для В.А. Дозорцева правоздатність існувала в абстрактному та у конкретному проявах [16, с.42], для С.Ф. Кечекяна – як загальна і конкретна правоздатність [16, с. 43], для Г.І. Петрова – у вигляді абстрактної та конкретної правоздатності [16, с.44].

Теорія динамічної правоздатності М.М. Агаркова розглядала секундарне право як один із наслідків реалізації правоздатності. Відповідно, ті науковці, які були послідовниками вказаної теорії сприймали за можливе існування секундарних прав, обґрунтовуючи їх сутність по-різному.

Проте концепція М.М. Агаркова мала і супротивників, наразі тих науковців, які поділяли традиційний погляд на правоздатність, до яких відносились С.М. Братусь, О.В.Венедиктов, О.С. Йоффе, Ю.К. Толстой, О.О. Красавчиков та інші.

Так, С.М. Братусь, критикуючи М.М. Агаркова, відстоював «концепцію статичної правоздатності», відмежовуючи правоздатність як загальну здатність бути суб'єктом усіх тих прав, котрі визнані і допущені об'єктивним правом, від суб'єктивного права, і не вбачав між ними зв'язуючого ланцюга – секундарних прав, хоча і погоджувався з тим, що ці права все ж існують і відносив їх до суб'єктивних прав, підкреслюючи, що рішення проблеми секундарних прав залежить від розуміння суб'єктивного права, а оскільки слід виходити з більш широкого його розуміння, то секундарні права є суб'єктивними правами [11, с. 5-6, 8, 10]. Сутність суб'єктивного права він пов'язував із можливістю і забезпеченням певної поведінки суб'єкта.

О.С. Йоффе, критикуючи теорію динамічної правоздатності, заперечував існування секундарних прав і підкреслював, що М.М. Агарков змішує процес утворення суб'єктивного права з правосуб'єктністю. Для того, щоб у конкретної особи виникало суб'єктивне право, вона повинна бути правосуб'єктною, однак безпосередньо з правосуб'єктності суб'єктивні права не виникають, необхідно ще настання певних юридичних фактів, у якості яких можуть виступати події, дії і, навіть, самі суб'єктивні права, якими особа вже володіє [7, с. 259].

Окрім О.С. Йоффе до вчених, які не тільки не визнавали існування секундарних прав, а й заперечували саму необхідність використання цього поняття, відносилась Р.О.Халфіна. Аналізуючи проблему припинення договору шляхом одностороннього волевиявлення особи, вчена настоювала на тому, що таке право визначається або домовленістю сторін, або нормою права, яка регулює конкретний вид відносин. В усіх подібних випадках таке право, стверджувала вона, є однією з умов договору, зокрема, як і право вибору в альтернативному зобов'язанні, а тому наполягала на недоречності виокремлювати його із всього комплексу прав та обов'язків осіб та розглядати як особливий вид суб'єктивного права [8, с. 233]. Хоча Р.О.

Халфіна і правильно зазначає з приводу того, що секундарне право визначається абодомовленістю сторін, або нормою права, вважаємо думку вченої помилковою про недоречність виділення категорії секундарних прав з суб'єктивного, оскільки таке право (секундарне), на відміну від інших цивільно-правових категорій, має свої характерні риси, ознаки, властивості тощо.

С.С. Алексєєв, як і О.Г. Певзнер вважав, що секундарні правомочності виникають тільки в існуючих правовідносинах як несамостійні «другорядні» правові можливості (правостворюючі правомочності), що існують у сфері формування зобов'язальних правовідносин, які, немовби, надбудовуються над основним змістом зобов'язання і входять до складу суб'єктивного права особи як додаткові елементи [8, с. 116]. Автор наполягав на тому, що реалізація секундарних правомочностей тягне за собою не виникнення правовідносин, а їх зміну або припинення, і відбувається за допомогою одностороннього правочину [8, с. 58-61]. Він відносив секундарні правомочності до прав на активні дії [8, с. 164]. Однак, на відміну від позиції О.Г. Певзнера, С.С. Алексєєв вважав, що секундарні правомочності існують не тільки в зобов'язальних, але й в інших правовідносинах. Дійсно, секундарні праване обмежуються зобов'язальними правовідносинами, вони існують і в інших цивільних правовідносинах, наприклад, речових.

В.Ф. Яковлєв характеризує секундарні права як правомочності суб'єктів, що входять до змісту зобов'язальних правовідносин і дозволяють на свій розсуд регулювати їх, тобто діями суб'єкта змінювати і припиняти права і обов'язки сторін. Вчений відносить до них такі односторонні дії сторін як дії по виконанню зобов'язання, залік зустрічних вимог тощо [9, с.38]. При цьому він пише, що в «механізмі правового регулювання» [9, с.36;] право на одностороннє волевиявлення, до яких відносяться секундарні права, за правило, включається в процес розвитку складного правостворюючого, правозмінюючого або правоприпиняючого фактичного складу, і є свого роду проміжним юридичним наслідком [22, с. 15].

Теоретики права, зокрема В.Б. Ісаков, вважають, що існує особливий вид прав на власні дії (секундарні правомочності), які виникають «всередині» правовідношення, основне призначення яких полягає в тому, щоб на певному етапі розвитку правового зв'язку тимчасово «розширити» права одного із суб'єктів, надавши йому можливість в односторонньому порядку утворити, змінити або припинити правовідношення [11, с. 54]. Таким чином, у механізмі правового регулювання одностороннє волевиявлення особи виступає одночасно і юридичним фактом, і реалізацією правостворюючої (секундарної) правомочності. Включенням правостворюючої (секундарної) правомочності в фактичний склад досягається її зв'язок з динамікою правовідношення. Попереднє накопичення деяких елементів фактичного складу точно фіксує соціальну ситуацію, в якій в одного із суб'єктів з'являються додаткові правові можливості.Саме тому в науці традиційним є підхід, де найбільшоюцінністювидається тоймеханізмправовогорегулювання, вякому вдинамічній взаємодії знаходятьсяне тількинорми, правовідносини, правата обов'язки, актиреалізації, але й виникненнянорм, юридичні факти, суб'єктиіоб'єктиправовідношення, тобто мають бути виявленіі врахованівсі ланкиіпереходи у цьому процесі [18, с. 252-255], а значить і цивільно-правові можливості суб'єктів. Останні, як зазначається в літературі, не є хаотичним нагромадженням, а, навпаки. пов'язані між собою різноманітними системно-структурними зв'язками.

В.Б. Ісаков пише, що юридична сутність правостворюючої (секундарної) правомочності складається з трьох різнорідних, але тісно взаємопов'язаних елементів:

1) юридична можливість – це право на власну односторонню дію, якому не відповідає конкретний обов'язок іншої сторони правовідношення;

2) поява такої можливості зумовлюється процесом розвитку правостворюючого (правозмінюючого, правоприпиняючого) складу і виступає як його проміжний правовий наслідок;

3)реалізація зазначеної юридичної можливості має значення юридичного факту і елементу фактичного складу [8, с. 60].

Не важко помітити, що підхід В.Б. Ісакова в чомусь співзвучний з підходом В.Ф. Яковлєва, але якщо останній наполягав на тому, що секундарні права бувають тільки правозмінюючими або правоприпиняючими, хоча й можуть включатися в процес розвитку складного правостворюючого, правозмінюючого або правоприпиняючого фактичного складу, то В.Б. Ісаков підкреслює, що вони можуть бути також і правостворюючими.

Описаний період вчення про секундарні права (1940-1991 р.р.) вирізняється з поміж інших й тим, що саме в ньому відбувається поглиблене дослідження секундарних прав як цивільно-правової категорії.

Слід зазначити, що сучасний період розвитку вчення про секундарні права не вирізняється особливим ставленням науковців до цього поняття. Як і раніше є вчені, які дають право на існування секундарним правам, інші ж, взагалі, заперечують таку можливість.

Серед науковців, які звертали увагу на секундарні права у своїх працях можна виділити, зокрема: В.А. Бєлова, О.В. Германова, К.А. Сердюкова, Ю.С. Харитонову, І.Ю. Краська, С. Бородовського, Л.В. Красицьку, Р.А. Майданика та ін.

В.А. Бєлов зазначає, що забезпеченням секундарних прав виступають два засоби: з одного боку – принцип їх непорушності, як і інших елементів правоздатності, а з другого, як і будь-яких абсолютно орієнтованих можливостей – загальний стан безправ'я, тобто відсутність у всіх осіб, які протистоять управомоченій особі, можливості мати належні той/їй суб'єктивні права і будь-яким чином впливати на них [3, с. 16].

Разом із тим, окремі сучасні вчені розглядають існування секундарних правовідносин. Так, О.В. Германов пов'язує їх із станом очікування на стороні одного суб'єкта в силу юридичної можливості іншого зв'язати першого своїм волевиявленням. Очікування розглядається вченим як очікування настання юридичного факту у вигляді чужого волевиявлення [3, с. 15]. На наш погляд, стан пов'язаності вченим штучно підводиться під поняття правовідношення, у зв'язку з чим він і робить застереження, що зазначений стан, стан можливості виникнення прав та обов'язків не слід змішувати з тією пов'язаністю, яка виникає вже в рамках виконання прав і обов'язків, та ще й додає, що по суті термін «секундарне право» тільки лише замінює термін «правова можливість» [3, с. 15].

Інший вчений К.А. Сердюков, досліджуючи проблему правовідносин з множинністю осіб, прийшов до висновку, що правовій формі цих відносин притаманні властивості як традиційних цивільних правовідносин, так і секундарних правовідносин (динамічної правоздатності). На цій підставі відносини співволодільців цивільних прав та обов'язків ним кваліфікуються як «правоутворення» (за О. С. Йоффе), що займають проміжне положення між традиційними цивільними правовідносинами і секундарними правовідносинами (динамічної правоздатності) [23]. Але далі такого ствердження автор не йде, що не дає можливості прийняти або обґрунтовано відхилити такий підхід, оскільки, з одного боку, він поділяє теорію динамічної правоздатності М.М.Агаркова, а з іншого – посилається на О.С. Йоффе, якийкритикував цю теорію, заперечуючи існування секундарних прав, про що буде сказано пізніше.

Підхід М.М. Агаркова розвиває і Ю.С. Харитонова, стверджуючи, що правоздатність особи являє собою сукупність закріплених в законі можливостей, які реалізуються при настанні певних юридичних фактів, а в їх числі присутні різного роду повноваження, які у приватному праві не являються складовими суб'єктивного права, а є проявом правоздатності. Повноваження – це право на односторонню дію, яке випливає з правоздатності та проявляється як секундарне право, пов'язує уповноважену особу, але не зобов'язує її. Реалізація таких повноважень являється юридичним фактом, існуючим в дійсності (укладання договорів комісіонером, фактичні і юридичні дії довірчого керуючого) [19, с. 150-151]. Беззастережно погодитись із цим не можна, враховуюче те, що хоча за змістом – можливістю здійснення юридичних дій щодо набуття суб'єктивних прав і технологією здійснення правоздатність і секундарні права схожі, але правоздатність – абстрактна можливість, а за думкою вченої вона наповнена конкретними повноваженнями.

Думку про те, що секундарне право (правомочність) – «прообраз права» поділяв свого часу І.Ю. Красько. Досліджуючи правову природу шлюбного контракту (за Кодексом про шлюб і сім'ю УРСР шлюбний договір носив назву шлюбний контракт і міг укладатися тільки до моменту укладення самого шлюбу [14]), вчений не заперечував того, що дії сторін при його укладенні спрямовані на встановлення певних прав та обов'язків, але зазначав, що шлюбний контракт – не є повноцінним правочином, оскільки без реєстрації шлюбу він не породжує юридичних прав і обов'язків. Шлюбний контракт – це незавершене правовідношення, в якому право існує в абортивному (усіченому) стані, не породжуючись разом із тим односторонньою дією. Шлюбний контракт – це юридичний факт, який тільки у сполученні з іншим юридичним фактом – укладенням шлюбу як вторинним елементом юридичного складу, секундарною (вторинною) правомочністю,здатний породити конкретні правовідносини [17, с. 81-82]. Крім цього, автор зазначав, що для виникнення окремих правовідносин не досить одиничного юридичного факту, а потрібна їх сукупність або так званий фактичний склад.

Однак окремі вчені навпаки акцентують увагу на тому, що виокремлення досліджуваної категорії прав є надуманою проблемою. Так,С. Бородовський, досліджуючи правову природу односторонніх правочинів, доходить висновку, що оферта і акцепт – юридичні фікції, тобто штучні поняття, які запроваджені лише для спрощення розуміння феномену договору, а тому розвиток доктрини про їх самостійну роль – деструктивний і безпідставний, а шлях до їх ще дальшого віддалення – помилковий [19, с. 182]. Навряд чи беззастережно можна погодитися з таким висновком, особливо, якщо згадати, що договір може укладатися як між особами, які «присутні» в місті його укладення, так і між тими,

що знаходяться на відстані, але один з них прагне укласти договір.

Дійсно фікція – це інструмент правового регулювання і вона може бути введена шляхом прямої вказівки законодавця, що в даному випадку і сталося, оскільки оферта і акцепт – передбачувані законом засоби, що супроводжують виникнення договірних відносин. Однак, безпосередньо, договірне правовідношення не породжується офертою або акцептом, воно породжується договором як самостійним юридичним фактом. Проте і договір не є сумою оферти і акцепту сторін, що домовляються, це результат співпадіння цих воль (згода) сторін, тобто спільний вольовий акт, а оферта і акцепт – вираз зовні волі майбутніх сторін договору. Пропозиція укласти договір (оферта) і згода на його прийняття (акцепт) являються юридичними фактами (односторонніми правочинами), що мають самостійне правове значення. Оферта не породжує договірних відносин, хоча і потенційно створює на майбутнє таку можливість, а особа, якій вона адресована і яка її отримала, може набути певних цивільних прав і обов'язків, якщо акцептує оферту. Така позиція знайшла своє закріплення і в міжнародно-правових нормах [19, с. 176]. Звідси і виникає проблемаз'ясування сутності тієї правової можливості, яка виникає у особи внаслідок отримання нею оферти, здійснення якої супроводжується станом пов'язаності оферента. Вважаємо, що така можливість і є секундарним правом.

Проблеми секундарних прав торкався і Ч. Н. Азімов, досліджуючи такий не юрисдикційний спосіб захисту цивільних прав як самозахист. Науковець стверджував, що самозахист за своєю природою є секундарним правом, оскільки виникає на підставі вже існуючого зобов'язання і реалізується шляхом здійснення самостійних дій [15, с. 9]. Схожого погляду притримувався і А.А. Рудаков.

Погоджуючись частково з точкою зору Ч.Н. Азімова, Р.С. Сідєльніков зауважував, що характеризувати самозахист як секундарне право не можна тільки в сенсі його вторинного характеру відносно вже порушеного права або такого, що знаходиться у стані порушення. Право на самозахист існує і реалізується як правомочність в охоронному правовідношенні, тобто правовідношенні, яке у порівнянні з регулятивним носить вторинний, «секундарний» характер [15, с.10].

О.І. Антонюк, провівши дослідження права учасників цивільних правовідносин на самозахист, прийшла до висновку, що самозахист – це можливість учасників цивільних правовідносин у разі порушення цивільного права застосувати доцільну і адекватну протидію, яка не заборонена законом. Ця можливість є одним з елементів права на захист [9, с. 14].

Таким чином, проаналізувавши цивілістичну літературу, генезис розвитку вчення про секундарні права можна поділити на чотири періоди:

1. Передумови виникнення вчення про секундарні права (кінець XIX століття);

2. Зародження поняття секундарного права у поглядах цивілістів різних правових сімей (1903-1940 р.р.);

3. Розвиток вчення про секундарні права (1940-1991 р.р.);

4. Оновлення доктринального підходу до дослідження секундарних прав (1991 р – по сьогодні).

Слід зазначити, що концепція секундарних прав виникла і сформувалась в цілісне вчення в німецькій цивілістиці. Вона широко поширилася здебільшого в країни романо-германської правової сім'ї, в тому числі і в Росії. Цьому сприяв, ймовірно, досить універсальний і багато в чому теоретично спрямований характер даного вчення. Однак найважливішою передумовою для сприйняття теорії секундарних прав є визнання можливості самозахисту. Зокрема, вітчизняною доктриною були сприйняті основні її положення: секундарні права (SecundareRechte– вторинні) є суб'єктивними цивільними правами; відрізняються від інших суб'єктивних прав (первинних) тим, що призводять до виникнення, зміни та припинення правовідносин; проникають в чужу правову сферу; для більшості різновидів секундарних прав (а саме для Gestaltungsrechte) характерна реалізація за допомогою одностороннього волевиявлення.

Враховуючи вищевикладене, слід наголосити на такому. Класичне визначення секундарного права формулюється як юридична можливість, що надається особі одностороннім волевиявленням привести до виникнення, зміни або припинення цивільного правовідношення. Абстрагуючись від того, що відрізняє на сьогодні різні теорії одна від одної, та узагальнюючи підходи учених до вирішення зазначеної проблеми, зауважимо, що спір точиться відносно того, що ж являє собою секундарне право: юридичну можливість одностороннім волевиявленням привести до виникнення, зміни або припиненняцивільного правовідношення; суб'єктивне цивільне право; недозріле суб'єктивне право, відповідну правомочність тощо. Вважаємо, що під *секундарним правом* необхідно розуміти в одних випадках суб'єктивне цивільне право особи, яке може потенційно виникнути а в інших – правову можливість, що полягає у вчиненні односторонніх дій, наслідком яких є зміна або припинення суб'єктивного цивільного права, з метою задоволення охоронюваних законом інтересів особи.

Висновки. Отже, секундарне право займає особливе місце в регулюванні відносин, що виникають між суб'єктами цивільного права. Воно не є конкретним інституціональним явищем, а відноситься до загальних механізмів регулювання цивільних правовідносин. При цьому, секундарні права завжди впливають на динаміку правовідношення. Самостійність секундарного права полягає у тому, що воно існує незалежно від суб'єктивного права та його правомочностей.

Універсальність секундарного права базується на прояві у будь-яких інститутах цивільного права, а перелік секундарних прав не є вичерпним, оскільки все залежить від обґрунтування їх правової природи, з чим пов'язано і застосування різних термінів для їх позначення.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Поротикова, О. А. Проблема злоупотребления субьективним гражданским правом [Текст]/ О. А. Поротикова. – М.: ВолтерсКлувер, 2007. – 257 с.
2. Азимов, Ч. Н. Самозащита в гражданском праве [Текст]/Ч. Н. Азимов // Актуальніпроблемиформуванняправовоїдержави в Україні: До 50-ї річниціКонвенції про захист прав людини та основних свобод : матеріалиміжнар. наук.-практ. конф.:[у 2ч.]/ за ред. М. І. Панова. – Х., 2000. – ч. 2. – с. 20-22.
3. Бабаев А. Б. Проблема секундарних прав в российской цивилистике [Текст]: автореф. дисс. на соискание учен.степени канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 «Гражданское право; семейное право; международное частное право» / А. Б. Бабаев; МГУ им. М. Ломоносова; – М.: [б.и.], 2006. – 22 с.
4. Скловский К. И. Правомочие и полномочие в механизме возникновения гражданских прав [Текст] / К. И. Скловский // Хозяйство и право. – 2004. – № 11 – с.99-112.
5. Богатырев Ф. О. Секундарное право на примере постановления Президиума Верховного Суда России [Текст] / Ф. О. Богатирев // Журнал российского права. – 2005. – № 2. – с. 68-72.
6. Суханов Е. А. О видах сделок в германском и в российском гражданском праве [Текст] / Е. А. Суханов // Вестник гражданского права. – 2006. – № 2. – с. 5-26.
7. Агарков М. М. Обязательство по советскому гражданскому праву / М. М. Агарков // Избранные труды по гражданскому праву. – М.: Центр ЮрИнфоР, 2002. – Т. 1. – 490 с.
8. Алексеев С.С. Общая теория права : Учебник / С.С. Алексеев. – М.: ТК Велби, Проспект, 2008. – 2-е изд., перераб. и доп. – 576 с.
9. Антонюк О.І. Право учасників цивільних правовідносин на самозахист: дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 «Цивільне право та цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / Антонюк Олена Ігорівна; Національний університет внутрішніх справ. – Х., 2004. – 212 с.
10. Богатирев Ф.О. Интерес в гражданском праве [Электронний ресурс] / Ф.О. Богатирев // Журнал российского права. – 2002. – № 2. // Режим доступа:http://jrpnorma.ru/
11. Братусь С.Н. Курс советского гражданского права. Субьекти гражданского права / С.Н. Братусь. – М.: Гос. изд-во юрид. лит., 1950-367 с.
12. Зеккель 3. Секундарные права в гражданском праве / 3. Зеккель // Вестник гражданского права. – 2007. – № 2. – С. 205-252.
13. Зинченко С.А. Юридические факты в механизме правового регулирования: Монография / С.А. Зинченко. – М. :ВолтерсКлувер, 2007. – 152 с.
14. Кодекс про шлюб і сім'ю УРСР [Електронний ресурс] / Верховна Рада УРСР; Кодекс України, Закон, Кодекс від 20.06.1969 №2006-УІІ// Режим доступу: http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2006-07
15. Козловська Л. Концепція секундарних прав у спадковому праві / Л. Козловська // Підприємство, господарство і право. – 2014. № 6. – С. 6-10.
16. Сидельников Р. Право на самозащитукак «секундарное право» / Р. Сидельников // Підприємництво, господарство і право. – 2005. – № 6. -С. 42-44.
17. Красавчиков О.А. Юридические факты в советском гражданском праве/О.А. Красавчиков. – М.: Госюриздат, 1958. – 184 с.
18. Третьяков С.В. Формирование концепции секундарних прав в германской цивилистической доктрине (к публикации русского перевода работи 3.Зеккеля «Секундарные права в гражданском праве») / С. В. Третьяков// Вестник гражданского права. – 2007. – №2 - С. 252-270.
19. Бородовський С. Проблемиодностороннього правочину / С.Бородовський // Проблеми цивільного та господарського права. Вісник, 2010. – № 3 (62). – С. 178-184.
20. Чеговадзе Л.А. Структура и состояние гражданского правоотношения / Л.А. Чеговадзе. – М., 2004. – 542 с.
21. Шевченко Я.М. Проблеми вдосконалення правового регулювання права приватної власності: Монографія / Я.М. Шевченко, М.В. Венецька, І.М. Кучеренко. – К.: Ін-т держави і права ім. В.М.Корецького НАН України, 2002. – 104 с.
22. Шундиков К.В. Правовые механизмы: основы теории / К.В. Шундиков // Государство и право. – 2006. – № 12. – С. 12-21.
23. Сердюков К.А. Правоотношения с множественностью лиц вроссийском гражданском праве: автореф. дис. на соискание учен.степени канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 «Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право» [Электронний ресурс] / К.А. Сердюков. – Краснодар, 2011//Режим доступа:http://www.dissercat.com/content/pravootnosheniya-s-mnozhestvennostyu-lits-v-rossiiskom-grazhdanskom-prave

Біцюк Андрій Володимирович

СЕКУНДАРНІ ПРАВА В ЦИВІЛЬНОМУ ПРАВІ. ІСТОРИЧНИЙ АСПЕКТ

В статті досліджуються особливості розвитку поняття секундарних прав у доктрині цивільного права. З'ясовується специфіка юридичної природи таких прав.Простежується генеза поняття «секундарне право»; аналізуються точки зору науковців на правову природу секундарних прав; доводиться, що, на відміну від правоздатності, елементом якої є можливість особи своєю дією змінювати лише власну правову сферу, зміст секундарного

права становить можливість в односторонньому порядку змінювати чужу правову сферу; наводиться авторське визначення поняття секундарного права як різновиду суб'єктивної правової можливості втручання в чужу правову сферу з метою досягнення правового результату шляхом одностороннього волевиявлення.

Ключові слова: суб'єктивне право, правоздатність, секундарне право, повноваження, переважні права, правові привілеї, речові права, майнові права.

Бицюк Андрей Владимирович

СЕКУНДАРНОЙ ПРАВА В ГРАЖДАНСКОМ ПРАВЕ. ИСТОРИЧЕСКИЙ АСПЕКТ

В статье исследуются особенности развития понятия секундарных прав в доктрине гражданского права. Выясняется специфика юридической природы таких прав.Простежуеться генеза понятие «секундарной право»; анализируются точки зрения ученых на правовую природу секундарных прав; доказывается, что, в отличие от правоспособности, элементом которой является возможность лица своим действием изменять только собственную правовую сферу, содержание секундарной права составляет возможность в одностороннем порядке изменять чужую правовую сферу; приводится авторское определение понятия секундарной права как разновидности субъективной правовой возможности вмешательства в чужую правовую сферу с целью достижения правового результата путем одностороннего волеизъявления.

Ключевые слова: субъективное право, правоспособность, секундарной право, полномочия, преимущественные права, правовые привилегии, вещные права, имущественные права.

Bitsyuk Andrey Vladimirovich

SECONDARY RIGHTS IN CIVIL LAW. HISTORICAL ASPECT

This article explores the peculiarities of the development of the concept Secondary Rights (Gestaltungsrechte) in the civil law doctrine, the preconditions of the secondary rights occurrence, the civil category Secondary Rights for Ukrainian law, and the basic tools for studying the secondary rights founded by the German School of Civil Law Scholars. It deals with the genesis of the secondary right theory development that can be divided into four periods: 1) Preconditions for the occurrence of the secondary right theory (the late 19th century); 2) The emergence of the concept secondary right in views of civil law scholars of different legal families (1903-1940); 3) The development of the secondary right theory (1940-1991); 4) New doctrinal approach to the study of the secondary rights (1991 till present). The article clears up the specifics of the legal nature of such rights, analyzes the special place of the secondary rights in regulation of relations between subjects of civil law, their independence that lies in the fact that they exist independently of subjective law and its competence, and their universality based on their appearance in any civil law institution. It is identified the genesis of the notion "secondary right" from such concepts as "legal capacity" and "subjective right", which gave an impetus for further separation of the category "secondary right". It is analyzed the views of different scholars on the legal nature of the secondary rights; it is proved that, in contrast to the legal capacity, the element thereof is a possibility for a person to change only his/her own legal sphere by his/her own action, the content of the secondary right makes it possible to change another's legal sphere unilaterally. It is given the author's definition of the concept secondary right as a form of subjective legal possibility to interfere in another's legal sphere with the aim to bring about legal consequences through unilateral will.

Key words: subjective right, legal capacity, secondary rights, powers, priority rights, legal privileges, real rights, property rights.

ПРАВА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

УДК 347.77.028:339.166.5

Харитонова Олена Іванівна,
доктор юридичних наук, професор,
завідуюча кафедрою права інтелектуальної власності та
корпоративного права Національного університету
«Одеська юридична академія», член-кор. НАПрН України

НОВЕЛИ ЗАХИСТУ ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ: ПРОБЛЕМИ І ПЕРСПЕКТИВИ

Постановка проблеми. Рік, що минув, попри всі негаразди і пробуксовування у запровадженні різного роду реформ, для права інтелектуальної власності видався досить продуктивним. Йдеться про новели Угоди про асоціацію з ЄС, судову реформу, удосконалення процесуального законодавства тощо, які безпосередньо вплинули на стан захисту прав інтелектуальної власності в Україні.

Метою статті є аналіз основних новел у захисті прав інтелектуальної власності, які з'явилися в зв'язку з ратифікацією Угоди про Асоціацію з ЄС, а також реформою судової системи і процесуального законодавства.

Виклад основного матеріалу. Глава 9 Угоди про Асоціацію містить зобов'язання України стосовно авторських та інших прав: на кінематографічні та аудіовізуальні твори, комп'ютерні програми, бази даних, суміжні з авторським права, патенти, товарні знаки, фірмові найменування, дизайн, топографії інтегральних мікросхем, географічні зазначення, сорти рослин, зазначення походження, нерозкриту інформацію тощо. Її метою є посилення процесу виробництва та комерціалізації інноваційних товарів та винаходів, а також посилення належного та ефективного рівня охорони та реалізації прав інтелектуальної власності.

Положення відповідають зобов'язанням України в СОТ (а саме Угоді TRIPS), Паризькій конвенції з охорони промислової власності (1967), Міжнародній конвенції про охорону інтересів виконавців, виробників фонограм і організацій мовлення («Римська конвенція», 1961), Бернській конвенції про охорону літературних і художніх творів (1886 року, зі змінами та доповненнями 1979 року), Договору Всесвітньої організації інтелектуальної власності про авторське право (1996) та про виконання і фонограми (1996). Україна зобов'язується обмінюватися інформацією з охорони прав інтелектуальної власності та створювати сприятливі умови для їх дотримання.

Отже, Угода з ЄС, у якій питанням інтелектуальної власності присвячена глава 9, стосується майже всіх об'єктів інтелектуальної власності. Відповідно до цієї Угоди Україна взяла на себе зобов'язання щодо внесення змін в національне законодавство стосовно торговельних марок, географічних зазначень походження товару, авторських і суміжних прав, комп'ютерних програм, промислових зразків тощо.

Так, основним зобов'язанням стосовно торговельних марок є відкриття для загального доступу електронної бази поданих заявок на реєстрацію торгових марок, що дає можливість відстеження заявок, які подаються з порушенням прав, а також своєчасно подавати заперечення проти реєстрації таких марок. Збільшено термін використання торговельної марки для дострокового припинення свідоцтва з 3 до 5 років (у разі її невикористання). Також торговельну марку можуть припинити, якщо торговельна марка за цей час невикористання стала загальною назвою або використовується таким чином, що вводить в оману покупців стосовно природи, якості або географічного походження товару.

У сфері авторського права Угодою окремо визначено термін дії авторських прав на критичні та наукові публікації – не більше 30 років з дня публікації та на оригінальні фотографії – протягом життя автора та 70 років після його смерті.

Угодою також забороняється незаконне видалення або зміна електронної інформації про управління правами, а також розповсюдження об'єктів інтелектуальної власності, електронної

інформації про управління правами, які було змінено або видалено. Вирішена існуюча колізія у законодавстві України стосовно належності прав на службовий твір (комп'ютерну програму), оскільки за Законом України «Про авторське право і суміжні права» виключне майнове право на службовий твір належить роботодавцю, якщо інше не передбачено договором, а відповідно до ст. 429 ЦК України такі права належать працівнику та роботодавцю, якщо інше не встановлено договором. Відповідно до положень Угоди про асоціацію, якщо комп'ютерну програму створив працівник, то всі виключні майнові права на програму належать роботодавцю, якщо інше не встановлено договором.

У сфері захисту географічних зазначень відповідно до ч. 3 ст. 202 Угоди Україна після закінчення процедури протестів зобов'язана охороняти такі зазначення. Зокрема, це стосується таких, як Данаблю, Фета, Брі де Мо, Рокфор, Камамбер, Чеські кмин, Armagnak, Irish Whiskey, Чеське пиво, Кагор тощо. Відповідно до Угоди забороняється використання, а також імітація (у тому числі переклад, додавання слів «стиль», «тип», «спосіб», який вироблений у», «імітація», «подібний», «смак» тощо). Продукти, вироблені та марковані до набуття Угоди про асоціацію, можуть продаватися до закінчення їх на складі. Товари, які були виготовлені після набуття чинності цієї Угоди, можуть продаватися на території України до закінчення перехідного періоду поки не закінчаться на складі. Строки перехідного періоду на торговельні назви встановлені такі: для алкогольних напоїв, у тому числі, шампанське, коньяк, мадера, порто, херес (шеррі), кальвадос, граппа, аніс португальський, арманьяк, марсала, малага, токай тощо – 10 років. Для сирів пармезан, рокфор, фета тощо – 7 років. А взагалі Україна зобов'язується припинити використовувати близько 3000 торговельних назв країн ЄС. Захищені географічні зазначення не можуть ставати загально вживаними назвами. Якщо зазначення звучать однаково, але споживач може бути введений в оману стосовно місця походження товару, то таке зазначення не реєструється. Слід зазначити, що перехід на нові найменування для більш, ніж половини виноробної продукції, що виробляється в Україні, пов'язаний зі значними фінансовими втратами для винарів, тому українська сторона домоглися десятирічного перехідного періоду та компенсаційного пакету.

Угода про асоціацію внесла також зміни в сфері захисту прав на промислові зразки, зокрема, вводиться новий критерій патентоспроможності – індивідуальний характер (на відміну від критерію новизни, який був єдиним критерієм такої патентоздатності і означав, що сукупність суттєвих ознак промислового зразку не стала загальнодоступною у світі до дати подання заявки). Буде забезпечено також захист незареєстрованих промислових зразків (на період 3 років з дати, коли промисловий зразок вперше став доступним на території ЄС без реєстрації).

Угодою про Асоціацію встановлюється захист незалежно створеного нового дизайну. Так, Законом охороняється незалежно створений новий дизайн, який має індивідуальний характер. Дизайн не вважається доступним для громадськості, якщо його повідомили виключно третій особі на умовах конфіденційності, явної чи неявної. Захист зареєстрованого дизайну надається на 5 років, і може продовжуватись до 25 років. Незареєстрований дизайн захищається мінімум 3 роки.

Крім цього, Угодою про Асоціацію передбачені особливі умови захисту для окремих галузей, в тому числі фармацевтичного та аграрного сектору. Зокрема, патентне право на медичні препарати та захист рослин діє на 5 років менше, ніж термін дії звичайного патенту. Патенти на медичні препарати, для яких було проведено педіатричні дослідження, діють на 6 місяців довше, ніж на інші медичні препарати. В Україні права на винаходи охороняються Законом «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі». Строк дії патенту України на винахід становить 20 років від дати подання заявки. Строк дії патенту на винахід, об'єктом якого є лікарський засіб, засіб захисту тварин, рослин тощо, використання якого потребує дозволу відповідного компетентного органу, може бути продовжено за клопотанням власника цього патенту на строк, що дорівнює періоду між датою подання заявки та датою одержання такого дозволу, але не більше ніж на 5 років.

Захист біотехнологічних винаходів має відповідати Конвенції про біологічне розмаїття (1992). Патентом не захищаються: різновиди рослин та тварин; біологічні процеси виробництва рослин та тварин; організм людини на різних етапах його розвитку та становлення, а також просте відкриття одного з його елементів, включаючи послідовність чи часткову послідовність гена. Не підлягають патентуванню: процеси клонування людини; процеси зміни зародкової лінії генетичної ідентичності людини; використання людських ембріонів в промислових та комерційних цілях; процеси зміни генетичної ідентичності тварин, які можуть завдати їм страждань без значних медичних вигод для людини чи тварини, а також тварини, отримані в результаті цього процесу.

Даним, наданим для отримання авторизації з метою випуску медичного препарату на ринок, повинні бути гарантовані конфіденційність та не-

розголошення. Тому протягом 5 років після видачі патенту забороняється випуск на ринок подібних препаратів іншими компаніями (якщо для патенту вимагались результати тестів).

Перед допуском на ринок засобів захисту рослин має бути перевірена їх безпечність та ефективність. Власнику тесту або дослідження надається тимчасове право отримати дозвіл на продаж. За цей час ці дані не можна використовувати на користь інших осіб, які теж претендують на отримання дозволу на продаж засобів захисту рослин. Такий період складає 10 років з дати першого дозволу і може продовжуватися до 13 років для засобів захисту рослин з низьким ризиком. Загальний період захисту даних не може перевищувати 13 років (15 років для продуктів з низьким ризиком). Якщо для поновлення дозволу необхідні дані, вони захищаються 30 місяців. Забороняється дублювання експериментів на хребетних тваринах, тому перед проведенням таких тестів потрібно перевіряти, чи вони вже проводились раніше. Результатами таких експериментів необхідно ділитись.

З прийняттям змін до Конституції України щодо правосуддя та нового Закон Украйни «Про судоустрій та статус суддів» від 29.06.2016 р. [1, с. 7] були започатковані засади стосовно уніфікації судових процесів та відбулася реформа найвищого судового органу, який змінив, окрім своєї назви, ще й структуру, повноваження, кількісний та якісний склад. А з прийняттям Закону України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» від 03.10.2017 р. [2, с. 5] завершилося комплексне реформування процесуального законодавства, суспільство отримало нові правила судового процесу, розширився перелік способів судового захисту, відбулися інституційні зміни для подолання проблем, пов'язаних у тому числі, з інститутом захисту прав інтелектуальної власності.

Основним досягненням судової реформи у сфері захисту прав інтелектуальної власності стало створення Вищого суду з питань інтелектуальної власності. І хоча триває процес формування його складу (на етапі конкурсу), але ще в цьому році він має запрацювати, використовуючи новації процесуального законодавства. До юрисдикції Вищого суду з питань інтелектуальної власності віднесено всі справи про захист інтелектуальної власності у першій та апеляційній інстанціях. Це дозволить підвищити рівень судочинства за рахунок вузької спеціалізації суддів, створення окремої категорії суддів, що розглядатимуть виключно справи стосовно захисту прав інтелектуальної власності. Апеляційний перегляд справ у Вищому суді з питань інтелектуальної власності здійснюватиме апеляційна палата зазначеного суду. Вищий господарський суд є касаційною інстанцією. Такі суди існують і в інших країнах, тому їх досвід має бути придатним і для судової системи України.

Однак, крім позитивних моментів, існують і деякі вади, оскільки, по-перше, певний вплив на динаміку судових рішень може спричинити Палата для розгляду справ про захист інтелектуальної власності Касаційного господарського суду. Інша річ, що малозначні справи не будуть розглядатися у касаційній інстанції, і тому цей вплив не має бути великим. В зв'язку з цим заслуговує на увагу новела господарського, цивільного та адміністративного судових процесів стосовно запровадження категорії малозначних справ, до яких віднесено справи з ціною позову до ста розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб (176200 гривень у 2018 р.), а також справи незначної складності. Такі справи розглядаються судом у спрощеному провадженні і для них не передбачено (за певними винятками) касаційне оскарження. Стосовно захисту прав інтелектуальної власності, всі вони віднесені до складних і можуть розглядатися у спрощеному провадженні лише за критерієм ціни позову (до ста прожиткових мінімумів для працездатних осіб).

Крім того, на думку фахівців, розгляд справ із захисту прав інтелектуальної власності у Києві дещо ускладніть такий захист для правовласників з регіонів, оскільки не всі видатки можуть бути включені до судових, що підлягають відшкодуванню відповідачем [3].

Стосовно процесуальних новел у захисті прав інтелектуальної власності слід зазначити, що відповідно до нової редакції Господарського процесуального кодексу кількість способів захисту права є необмеженою, що має особливе значення при захисті саме прав інтелектуальної власності у зв'язку з нематеріальністю об'єктів таких прав. Тому використання нових способів захисту прав інтелектуальної власності, зокрема, у сфері ІТ стає можливим завдяки саме цим новелам.

Цифрова доба, яка несе полегшення умов праці і життя, також є епохою безперешкодного блискавичного розповсюдження різноманітної інформації в глобальних масштабах, наслідком чого є стрімке формування глобального інформаційного простору та глобального інформаційного протиборства, виникнення принципово нових суспільних відносин за різноманітними напрямами інформаційної діяльності. Розвиток інформаційно-комунікаційних технологій ставить перед правом, як суспільним регулятором, завдання упорядкування відносин у сфері використання інформаційних технологій, володіння інформацією та її поширення.

У процесі вирішення названих завдань відбувається формування низки більш чи менш чітко визначених нормативних масивів.

Проблеми, що виникають у зв'язку з функціонуванням всесвітньої мережі, пов'язані, перш за все, з захистом права інтелектуальної власності, оскільки інформація передається Інтернетом переважно у вигляді творів, які є об'єктами авторського права. Крім того, формування нових відносин, пов'язане з розвитком інформаційно-комунікаційних технологій, спричиняє появу нових, невідомих раніше цивільному праву, категорій. Це стосується, насамперед, таких терміно-понять, як «віртуальна власність», «віртуальні гроші», «віртуальний ринок», «електронна торгівля» тощо. Вони досить наочно демонструють необхідність перегляду певних постулатів правової теорії, наступ нової об'єктивної реальності, яка формується під впливом інформаційного суспільства. Крім появи нових, змінюється сутність вже відомих, наприклад, засоби масової інформації у цифровому середовищі, електронні бібліотеки набувають низки специфічних ознак.

Щодо проблем захисту прав інтелектуальної власності у цифрову добу, то правова основа захисту прав інтелектуальної власності в Україні складається із близько десяти спеціальних законів та понад двадцяти багатосторонніх міжнародних договорів. Проте досі не розроблено нормативно-правового акта, за яким би передбачались способи та методи захисту прав інтелектуальної власності у мережі Інтернет. З метою вирішення цієї проблеми було розроблено проект Концепції механізмів захисту прав на об'єкти авторського та суміжних прав в мережі Інтернет (український сегмент). Передбачалося створення дієвих механізмів захисту прав на об'єкти авторського та суміжних прав в українському сегмент мережі Інтернет у відповідності із директивами ЄС та Угоді про асоціацію з ЄС задля зниження рівня неправомірного використання об'єктів (у тому числі, унеможливлення монетизації ресурсами, що незаконно використовують авторські та(або) суміжні права) з одночасним розвитком легальних платформ розповсюдження об'єктів авторських та суміжних прав.

Останні зміни до законодавства свідчать про певні зрушення у вирішенні проблем захисту прав інтелектуальної власності у мережі. Йдеться про веб-блокування, яке отримало своє законодавче закріплення у Законі України «Про державну підтримку кінематографії в Україні» від 23 березня 2017 року і яким внесено відповідні зміни до низки законодавчих актів: Закон України «Про авторське право і суміжні права», Кодекс України про адміністративні правопорушення, Закон України «Про кінематографію», Цивільний процесуальний кодекс, Господарський процесуальний кодекс тощо.

Так, у разі порушення авторських прав у мережі Інтернет, можуть застосовуватися ті ж способи захисту, що застосовуються у разі їх порушення у реальному середовищі, а положення нової статті 52-1 закріплюють особливості захисту у разі порушень авторських і (або) суміжних прав у цифровому середовищі. Можливість застосування процедури Takedown Notice в нашій країні підкріплена відповідальністю за порушення авторських прав з використанням мережі Інтернет та за Інтернет-тролінг. Сутність процедури Takedown Notice полягає у можливості звернення особи, чиї права було порушено, до конкретного провайдера з вимогою блокування доступу до незаконно розміщеного контенту протягом 48 годин. Крім переваг зазначеної новели (визначення суб'єктів, до яких може бути звернута вимога у формі заяви про усунення порушень, чітка регламентація дій та строків розгляду заяв), у ній міститься також низка вад, що ускладнює процедуру. Так, запроваджено адвокатську монополію на здійснення такої процедури, встановлено закритий перелік об'єктів: порядок захисту авторського права і (або) суміжних прав застосовується до відносин, пов'язаних з використанням аудіовізуальних творів, музичних творів, комп'ютерних програм, відеограм, фонограм, передач (програм) організацій мовлення. За межами опиняються інші об'єкти, перелік яких закріплений у статті 8 цього ж Закону, у разі їх неправомірного використання у мережі: фотографії, літературні твори різного жанрового спрямування, бази даних тощо. Тому процедура потребує вдосконалення.

Проблеми захисту прав інтелектуальної власності у цифрову добу пов'язані також з формуванням доказової бази у процесі судового захисту порушених прав інтелектуальної власності у мережі. Зокрема, з тим, що веб-сторінки з огляду на положення ч. 1 ст. 5 Закону України «Про електронні документи та електронний документообіг» є електронними документами. Електронні докази можуть стати ефективним інструментом захисту. І хоча судова практика у цій сфері ще не сформована, запровадження електронних доказів значно спростить процес доведення порушення прав інтелектуальної власності у суді. Новелою є також можливість огляду судом веб-сайту (сторінки) з метою встановлення і фіксування його змісту. Тому зараз не потрібне надавати докази порушення прав інтелектуальної власності на веб-сайті з завіренням нотаріусами інших країн (зазвичай, РФ), як це мало місце раніше.

Засоби доказування порушення прав інтелектуальної власності поповнилися висновком експерта, який може бути отриманий учасником справи без рішення суду. Таким чином, самостійність учасників процесу у формуванні доказової бази

стала більшою, що має позитивно вплинути на процес розгляд справ. Крім того, експертом з питань права в процесі вже є не лише суддя, а такий новий учасник судового процесу. Хто може бути таким експертом – фахівцем у певній галузі знань, має визнати, очевидно, Верховний Суд України.

Виробляється також судова практика використання засобів інформаційних технологій з метою полегшення судового процесу. Зокрема, на сьогоднішній день додаток Viber досить широко використовується і в судових рішеннях українських судів. Так, суд визнав виклик свідка через додаток Viber належним і таким, що відповідає вимогам закону [4]. Крім того, при розгляді судом справи за позовом про усунення перешкод у спілкуванні з дитиною та її вихованні, визначення способу участі у вихованні дитини та спілкуванні з нею, в т.ч. мати необмежену можливість спілкуватися з дитиною засобами телефонного зв'язку за допомогою додатку Viber, суд з урахуванням всіх обставин надав позивачу необмежену можливість спілкуватися з дитиною за допомогою додатку Viber [5]. Таких прикладів стає все більше.

Новою у процесуальному законодавстві є відмова від забезпечувальних засобів, на заміну яким прийшли забезпечення доказів і забезпечення позову. Заява про витребування доказів до подачі позовної заяви, на відміну від заяви про прийняття засобів, розглядається протягом п'яти днів, а не двох.

Хотілося б торкнутися також такої болючої проблеми, як обмеження доступу на український ринок іноземної друкованої продукції антиукраїнського змісту. І хоча безпосереднього стосунку до права інтелектуальної власності вона не має, але опосередковано впливає на якість інтелектуального продукту, що обертається в Україні. І навіть не лише низька якість такого продукту має значення, але, насамперед, те, що він є елементом гібридної інформаційної війни проти нашої держави. Певні зрушення позитивного характеру є і тут. Так, півроку тому запрацював закон про обмеження доступу на український ринок іноземної друкованої продукції антиукраїнського змісту, що запровадив дозвільну систему на ввезення друкованої продукції з держави-агресора.

Після запровадження системи дозволів лише 7700 назв російських книжок отримали дозволи на ввезення в Україну, тоді як минулого року в Україну завезено близько 50 тисяч. У грошовому еквіваленті вартість ввезених російських книжок навряд чи перевищуватиме півтора мільйона доларів, хоча до початку вторгнення Росії в Україну літератури ввозилось на понад 30 млн доларів на рік. Відповідно до нового закону надано 197 відмов у видачі дозволів на книжки з Росії : 177 відмов – через формальності з документами, 20 відмов надано через антиукраїнський зміст. Імпортери почали відповідально ставитись до поширення російських книг. Також закон створив нові можливості для наших видавців: зараз в Україні є величезний запит на український переклад з європейських мов. Видавці друкують літературу в Україні, українською мовою, створюють робочі місця, сплачують податки.

Крім того, цими днями набув чинності наказ Держкомтелерадіо Про затвердження Порядку накладення Державним комітетом телебачення і радіомовлення України адміністративно-господарських штрафів, котрий вводить в дію ще одну норму вищезгаданого закону. Тепер література з держави агресора, що поширюється нелегально в книгарнях чи на ринках буде вилучатись згідно з законом, а поширювач потраплятиме під штрафні санкції – штраф становить 10 мінімальних заробітних плат – це 32 000 грн, а при повторних випадках суб'єкт підприємницької діяльності отримає штраф уже в 50 мінімальних зарплат – це 160 000 грн, тому поширювати контрабандну книжкову продукцію з Росії стане не лише аморально, а й економічно невигідно [6].

Висновки. Попри значне число новел у законодавстві, які мають метою оптимізацію захисту прав інтелектуальної власності, залишаються проблеми, які потребують уваги законодавця.

Так, не вирішеною досі залишається проблема незаконного розміщення доменних імен з використанням торгівельних марок, проблеми органів колективного управління, проблема визначення юрисдикції спорів, пов'язаних з порушеннями у Інтернеті, оскільки непридатним для цієї категорії справ виявився сам базовий принцип територіальності, за допомогою якого встановлювалися межі юрисдикції будь-якої держави і її судових органів. Застосування колізійної прив'язки lex loci delicti (закон місця здійснення порушення), стосується дій у реальному світі і тому є в даному випадку непридатною. До цих «старих» уже проблем додаються нові: авторство об'єктів, створених штучним інтелектом, відповідальність за шкоду, завдану ним же, Інтернет речей, віртуальна власність, тощо.

Проблем, пов'язаним із захистом прав інтелектуальної власності, поки що набагато більше, ніж засобів, які законодавство може запропонувати для їх вирішення. Тому назріла нагальна необхідність у розробці та прийнятті низки нормативних актів, або єдиного комплексного, яким були б врегульовані зазначені відносини.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Про судоустрій та статус суддів: Закону України від 29.07.2016// Відомості Верховної Ради України — 2016 р. – № 31.
2. Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів: Закон України від 03.10.2017 р.//Відомості Верховної Ради України – 2017 р. – № 48.
3. Калениченко П. Защита прав інтеллектуальной собственности по-новому. Електронний ресурс : http://www.liga.net/opinion/366022_zashchita-prav-intellektualnoy-sobstvennosti-po-novomu.htm
4. Справа № 127/18121/16-к (Вінницький міський суд Вінницької області)
5. Справа № 562/1271/17 (Здолбунівський районний суд Рівненської області)
6. Кириленко В. Потік російського пропагандистського мотлоху зупинено. Електронний ресурс. Режим доступу: https://www.obozrevatel.com/politics/potik-rosijskogo-propagandistskogo-motlohu-zupineno.htm

Харитонова Олена Іванівна

НОВЕЛИ ЗАХИСТУ ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ: ПРОБЛЕМИ І ПЕРСПЕКТИВИ

Стаття присвячена аналізу змін до законодавства у частині захисту прав інтелектуальної власності у зв'язку з ратифікацією Угоди про Асоціацію з ЄС, а також зі змінами до процесуального законодавства і судовою реформою.

Аналізується законодавство і судова практика з урахування змін до процесуального законодавства, обґрунтовуються пропозиції в частині удосконалення національного законодавства.

Ключові слова: права інтелектуальної власності, захист прав інтелектуальної власності, Угода про Асоціацію з ЄС, судова реформа, веб-блокування, процедура Takedown Notice

Харитонова Елена Ивановна

НОВЕЛЛЫ ЗАЩИТЫ ПРАВ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ: ПРОБЛЕМЫ И ПЕРСПЕКТИВЫ

Статья посвящена анализу изменений в законодательствов части защиты прав интеллектуальной собственности в святи с ратификацией Договора об Ассоциации с ЕС, а также с изменениями в процессуальном законодательстве и судебной реформой.

Анализируется судебная практика з учётом изменений в процессуальное законодательство, обосновываются предложения по усовершенствованию национального законодательства.

Ключевые слова: права интеллектуальной собственности, защита прав интеллектуальной собственности, Договор об Ассоциации с ЕС, судебная реформа, веб-блокирование, процедура Takedown Notice.

Kharitonova Olena

THE INNOVATIONS IN THE PROTECTION OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS: PROBLEMS AND PROSPECTS

The article is devoted to the analysis of changes in legislation in the part of protecting intellectual property rights in connection with the ratification of the Association Agreement with the EU, as well as with changes in procedural legislation and judicial reform.

Chapter 9 of the Association Agreement contains the obligations of Ukraine regarding copyright and other rights: cinematographic and audiovisual works, computer programs, databases, copyrights, patents, trademarks, trade names, design, topographies of integrated circuits, geographic indication, plant varieties, indication of origin, undisclosed information, etc. Its aim is to strengthen the production and commercialization of innovative products and inventions, as well as to strengthen the proper and effective level of protection and enforcement of intellectual property rights.

As regards the issues of intellectual property rights protection in the digital era, the legal basis for the protection of intellectual property rights in Ukraine consists of about ten special laws and more than twenty multilateral international treaties. However, a normative legal act has not yet been developed, which would envisage methods for the protection of intellectual property rights on the Internet. Therefore, there was an urgent need for the development and adoption of a number of normative acts, or a single act that would regulate these relations.

The judicial practice is analyzed in the light of changes in the procedural legislation, the proposals on the improvement of national legislation are justified.

Key words: intellectual property rights, protection of intellectual property rights, Association Agreement with the EU, judicial reform, web blocking, Takedown Notice procedure.

ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО БЕЗ КОРДОНІВ

УДК 347.948(477)

Соломахіна Олена Миколаївна,
старший викладач кафедри цивільного процесу
Національного університету «Одеська юридична академія»

ДЕЯКІ ПИТАННЯ СУДОВОЇ ЕКСПЕРТИЗИ ТА ЇХ ВРЕГУЛЮВАННЯ ЗА НОВОЇ РЕДАКЦІЄЮ ЦПК УКРАЇНИ

Постановка проблеми. Деякі зміни значно змінили та оновили сучасну процесуальну модель. У зв'язку з цим з'явилась необхідність переглянути та доповнити ряд положень пов'язаних із розвитком та врегулюванням питань судової експертизи у судовому процесі. Нова редакція Цивільного процесуального кодексу України діє с 15 грудня 2017 року.

Судова експертиза, як і раніше, є однією із форм застосування природничо-наукових, неюридичних знань та науково-технічних досягнень у різних процесах, у тому числі і у цивільному. В результаті експертного дослідження встановлюються фактичні дані, які впливають на правильне вирішення справи.

Судова експертиза – це дослідження на основі спеціальних знань у галузі науки, техніки, мистецтва, ремесла тощо об'єктів, явищ і процесів з метою надання висновку з питань, що є або будуть предметом судового розгляду.

Стан дослідження теми. Необхідно зазначити що проблематика пов'язана із законодавчим врегулюванням призначення та проведенням судових експертиз залежить від змін які осучаснюють діюче законодавство та розвиток спеціальних знань та методик які можуть впливати на правильне вирішення цивільних справ.

В різни роки цю тему досліджували: А.Л. Елісеев, Г.М. Надгорний, Л.Е. Ароцкер, А.Я. Палиашвили, Т.Е. Аверьянова, Н.П. Майлис, Т.В. Сахнова, В.О.Єрмалаєва, Н.В. Волкова.

Мета дослідження полягає в акцентуванні існуючих новел у зміненому законодавстві та можливому застосуванні їх у судовій практиці.

Виклад основного матеріалу доцільно почати із процесу підготовки експертизи, яка містить такі основні елементи:

1) збирання необхідних матеріалів — такими матеріалами насамперед є досліджувані об'єкти (речові докази), щодо яких суд повинен з'ясувати певні питання;

2) вибір моменту призначення експертизи — за загальним правилом судова експертиза повинна бути призначена своєчасно;

3) визначення предмета судової експертизи. Предмет експертизи — це ті обставини, які можуть бути з'ясовані в процесі експертного дослідження, та фактичні дані, що встановлюються на основі спеціальних знань і дослідження матеріалів справи. Предмет експертизи визначається питаннями, поставленими перед експертом, слідчим або судом;

4) формулювання запитань експерту — можуть бути поставлені лише такі питання, для вирішення яких необхідні наукові, технічні або інші спеціальні знання;

5) вибір експертної установи або експерта — здійснюється з урахуванням виду експертизи, об'єктів дослідження та характеру питань, які підлягають вирішенню.

Процесуальний порядок призначення судової експертизи передбачений чинним новою редакцією ЦПК, зокрема згідно зі ст. 103 суд призначає експертизу у справі за сукупності таких умов:

1) для з'ясування обставин, що мають значення для справи, необхідні спеціальні знання у сфері іншій, ніж право, без яких встановити відповідні обставини неможливо;

2) сторонами (стороною) не надані відповідні висновки експертів із цих самих питань або висновки експертів викликають сумніви щодо їх правильності.

У разі необхідності суд може призначити декілька експертиз, додаткову чи повторну експертизу.

Учасники справи мають право запропонувати суду питання, роз'яснення яких, на їхню думку, потребує висновку експерта. У разі відхилення або зміни питань, запропонованих учасниками справи, суд зобов'язаний мотивувати таке відхилення або зміну.

Питання, які ставляться експерту, і його висновок щодо них не можуть виходити за межі спеціальних знань експерта.

Призначений судом експерт невідкладно повинен повідомити суд про неможливість проведення ним експертизи через відсутність у нього необхідних знань або без залучення інших експертів.

Діюче законодавство передбачає можливість обов'язкового призначення експертизи судом у разі заявлення клопотання про призначення експертизи обома сторонами. Призначення експертизи судом є обов'язковим також за клопотанням хоча б однієї із сторін, якщо у справі необхідно встановити:

1) характер і ступінь ушкодження здоров'я;

2) психічний стан особи;

3) вік особи, якщо про це немає відповідних документів і неможливо їх одержати.

Також експертиза призначається у порядку статті 106 ЦПК України на замовлення учасників справи.

1. Учасник справи має право подати до суду висновок експерта, складений на його замовлення.

2. Порядок проведення експертизи та складення висновків експерта за результатами проведеної експертизи визначається відповідно до чинного законодавства України про проведення судових експертиз.

3. Висновок експерта, складений за результатами експертизи, під час якої був повністю або частково знищений об'єкт експертизи, який є доказом у справі, або змінено його властивості, не замінює сам доказ та не є підставою для звільнення від обов'язку доказування.

4. Висновок експерта, складений за результатами експертизи, під час якої був повністю або частково знищений об'єкт експертизи або змінено його властивості, до розгляду судом не приймається, крім випадків, коли особа, яка його подає, доведе можливість проведення додаткової та повторної експертизи з питань, досліджених у висновку експерта.

5. У висновку експерта зазначається, що висновок підготовлено для подання до суду, та що експерт обізнаний про кримінальну відповідальність за завідомо неправдивий висновок.

6. Експерт, який склав висновок за зверненням учасника справи, має ті самі права і обов'язки, що й експерт, який здійснює експертизу на підставі ухвали суду.

7. За заявою учасника справи про наявність підстав для відводу експерта, який підготував висновок на замовлення іншої особи, такий висновок судом до розгляду не приймається, якщо суд визнає наявність таких підстав.

Експертизи та дослідження проводяться експертними установами, як правило, за зонами регіонального обслуговування. За наявності обставин, що зумовлюють неможливість або недоцільність проведення експертизи в установі за зоною обслуговування, особа або орган, які призначають експертизу, зазначивши відповідні мотиви, можуть доручити її виконання експертам іншої установи.

Експертиза призначається ухвалою суду, де зазначаються: підстави та строк для проведення експертизи; з яких питань потрібні висновки експертів, ім'я експерта або найменування експертної установи, експертам якої доручається проведення експертизи; об'єкти, які мають бути досліджені; перелік матеріалів, що передаються для дослідження, а також попередження про відповідальність експерта за завідомо неправдивий висновок та за відмову без поважних причин від виконання покладених на нього обов'язків.

Якщо експертизу призначено експертам кількох установ, в ухвалі про її призначення зазначається найменування провідної установи, на яку покладається проведення експертизи. Якщо проведення експертизи доручається експертній установі та особі, яка не є працівником цієї установи, провідною визнається експертна установа. Ухвала про призначення експертизи направляється в кожну установу — виконавцям, а також особі, яка не є працівником експертної установи. Об'єкти дослідження та матеріали справи направляються провідній установі.

Відповідно до п. 1.13 Інструкції про призначення та проведення судових експертиз та експертних досліджень, затвердженої наказом Міністерства юстиції України від 08.10.1998 № 53/5, строк проведення експертизи встановлюється, у залежності від складності дослідження, з урахуванням експертного навантаження фахівців, керівником експертної установи (або заступником керівника чи керівником структурного підрозділу) у межах:

- 10 календарних днів – щодо матеріалів з невеликою кількістю об'єктів та вирішуваних питань і простих за характером досліджень;

- 30 календарних днів – щодо матеріалів із середньою кількістю об'єктів та вирішуваних питань або середньої складності за характером досліджень;

- 60 календарних днів – щодо матеріалів з великою кількістю об'єктів та вирішуваних питань або складних за характером досліджень;

- понад 60 календарних днів – щодо матеріалів із великою кількістю об'єктів та вирішуваних питань (більше десяти), виходячи з фактично необхідного для експерта часу або особливо складних за характером досліджень (досліджень з використанням криміналістичного обладнання (лазерного, оптичного, електронного), проведення експериментальних досліджень, застосування декількох методів);

- понад 90 календарних днів – якщо експертиза є особливо складною чи багатооб'єктною, потребує вирішення більше десяти питань або вирішення питань, які потребують декількох досліджень, чи налічує понад п'ять томів матеріалів справи або є комплексною чи потребує залучення фахівців з інших установ (у тому числі судово-медичних), підприємств, організацій і не може бути виконана в зазначені строки.

Більший розумний строк установлюється за письмовою домовленістю з органом (особою), який (яка) призначив(ла) експертизу (залучив(ла) експерта), після попереднього вивчення експертом наданих матеріалів.

У разі значного завантаження експерта та знаходження в нього на виконанні одночасно понад десяти експертиз, у тому числі комісійних та комплексних, вказані терміни можуть бути переглянуті або встановлені додатково з урахуванням необхідного реального часу на їх виконання.

Попереднє вивчення матеріалів при проведенні простих та середньої складності досліджень не повинно перевищувати відповідно п'яти та десяти робочих днів; при складних та особливо складних дослідженнях – відповідно п'ятнадцяти та двадцяти робочих днів.

У разі відмови органу (особи), який (яка) призначив(ла) експертизу (залучив(ла) експерта), у погодженні запропонованого розумного строку проведення експертизи матеріали справи повертаються з пропозицією призначити експертизу іншим суб'єктам судово-експертної діяльності, визначеним у статті 7 Закону України "Про судову експертизу".

У випадку невиконання клопотань експерта щодо надання додаткових матеріалів, несплати вартості експертизи протягом 45 календарних днів з дня направлення клопотання в порядку, передбаченому чинним законодавством, незабезпечення прибуття експерта, безперешкодного доступу до об'єкта дослідження, а також належних умов для його роботи (учинення перешкод з боку сторін, що беруть участь у справі, в обстеженні об'єкта) матеріали справи повертаються органу (особі), який (яка) призначив(ла) експертизу (залучив(ла) експерта), із зазначенням мотивованих причин неможливості її проведення.

Строк проведення експертизи починається з робочого дня, наступного за днем надходження матеріалів до експертної установи, і закінчується у день складання висновку експерта (повідомлення про неможливість надання висновку). Якщо закінчення встановленого строку проведення експертизи припадає на неробочий день, то днем закінчення строку вважається наступний за ним робочий день.

У строк проведення експертизи не включається строк виконання клопотань експерта, усунення недоліків, допущених органом (особою), який (яка) призначив(ла) експертизу (залучив(ла) експерта).

Призначення експертизи як правило супроводжується зупиненням провадження у справі. Вилучення об'єктів, що підлягають дослідженню, та відібрання зразків оформлюються протоколами згідно з вимогами цивільного процесуального законодавства. У них, крім загальних реквізитів такого роду документів, зазначається, які саме зразки були вилучені або відібрані, їх кількість, умови відбору або вилучення, а також інші обставини, що мають значення для вирішення поставлених питань. Протокол мають підписати всі особи, які брали участь у вилучені об'єктів, відібранні зразків.

Об'єкти, що надаються на дослідження, відповідно упаковуються та засвідчуються особою у передбаченому законодавством порядку. Для відібрання зразків суд, який призначив експертизу, може залучити спеціаліста.

Якщо в одній ухвалі про призначення експертизи є питання, що стосуються предметів різних видів експертиз, керівник установи визначає питання, які підлягають вирішенню в кожному з підрозділів, кількість виконуваних при цьому експертиз та послідовність їх виконання.

Результатом експертизи є письмовий мотивований висновок експерта, який приєднується до справи. У висновку експерта повинно бути зазначено: коли, де, ким (ім'я, освіта, спеціальність, свідоцтво про присвоєння кваліфікації судового експерта, стаж експертної роботи, науковий ступінь, вчене звання, посада експерта), на якій підставі була проведена експертиза, хто був присутній при проведенні експертизи, питання, що були поставлені експертові, які матеріали експерт використав, докладний опис проведених досліджень, зроблені в результаті їх висновки і обґрунтовані відповіді на поставлені судом питання.

Висновок експерта складається з трьох частин: вступної, досліджувальної та висновків дослі-

дження. У вступній частині висновку вказуються: назва експертизи, її номер і вид (додаткова, повторна і т. ін.); орган чи особа, які призначили її; дані про експерта; дата надходження матеріалів і дата підписання експертизи; питання, які належить вирішити експертові; найменування матеріалів для експертизи, спосіб доставки та вид упаковки об'єктів; обставини справи, які мають значення для висновку; відомості про присутніх під час досліджень; попередження експерта про його відповідальність за завідомо неправдивий висновок; довідково-нормативні документи та методична література, використані експертом.

У досліджувальній частині висновку описується процес дослідження та його результати, а також дається обґрунтування висновку експерта. У заключній частині висновки дослідження викладаються у вигляді відповідей на поставлені питання у тій послідовності, в якій вони викладені у вступній частині.Висновок експерта згідно з ст. 102 діючого Цивільного процесуального кодексу є одним із засобів доказування, тому він оцінюється ним за правилами, встановленими для оцінки усіх доказів. Якщо суд не погоджується з висновком експерта, він все ж повинен мотивувати свою незгоду у рішенні або ухвалі.

Висновок експерта (експертів) оформлюється на бланку експертної установи і підписується експертом (експертами), який проводив дослідження. Підписи у заключній частині засвідчуються відбитком печатки експертної установи на кожній сторінці тексту заключних висновків.

Якщо до висновку експерта додаються фототаблиці, креслення, схеми, діаграми тощо, вони також підписуються експертом (експертами); підписи засвідчуються відбитком печатки експертної установи.

Висновки. Розгляд питань, які були предметом дослідження у цій статті, дає підстави до висновку, що у даному форматі можливо розглянути лише деякі питання пов'язані зі змінами та оновленням законодавства у цивільному процесі. Ці новели потребують подальшого аналізу як практики так законодавчих положень у питаннях пов'язаних з призначенням судової експертизи у цивільному процесі України.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Цивільний процесуальний кодекс України: чинне законодавство із змінами та допов. станом на 18 січня 2018 року: Офіц. текст. – К. : Алерта, 2018. – 240 с. С. – 46-50.
2. Про судову експертизу: Закон України від 22 лютого 1994 р. N° 4038 — С. 5. Із змінами, внесеними згідно із Законами.
3. Інструкція про призначення та проведення судових експертиз: затв. наказом Міністерства юстиції України від 8 жовтня 1998 р. № 53/5. — С. 29. Із змінами та доповненнями
4. Соломахіна О.М. Ознаки судової експертизи та порядок її призначення у цивільному процесі України // Актуальні проблеми держави і права: збірник наукових праць. Випуск 66 / редкол.: С.В. Ківалов (голов.ред.) та ін.., відп. за вип.. В.М. Дрьомін. – Одеса: Юридична література, 2012. – 532 с. – С. – 354-360. – 0,42 д.а.

Соломахіна Олена Миколаївна

ДЕЯКІ ПИТАННЯ СУДОВОЇ ЕКСПЕРТИЗИ ТА ЇХ ВРЕГУЛЮВАННЯ ЗА НОВОЇ РЕДАКЦІЄЮ ЦПК УКРАЇНИ

Стаття присвячена виявленню та дослідженню основних положень судової експертизи у цивільному процесі, а також дослідженню особливостей призначення судової експертизи за правилами оновленого ЦПК України, а також дослідженню деяких положень пов'язаних із строками проведення експертиз у експертних установах та оформленням висновків експертизи згідно існуючим процесуальним кодексом та інструкцією про призначення та проведення судових експертиз.

Ключові слова: спеціальні знання, доказове значення, строки проведення експертиз, експертна установа, висновки експерта.

Соломахина Елена Николаевна

НЕКОТОРЫЕ ВОПРОСЫ СУДЕБНОЙ ЭКСПЕРТИЗЫ И ИХ УРЕГУЛИРОВАНИЯ ПРИ НОВОЙ РЕДАКЦИЕЙ ГПК УКРАИНЫ

Статья посвящена выявлению и исследованию основных положений судебной экспертизы в гражданском процессе, а также исследованию особенностей назначения судебной экспертизы по правилам обновленного ГПК Украины, а также исследованию некоторых положений связанных со сроками проведения экспертиз в экспертных учреждениях и оформлением выводов экспертизы согласно существующим процессуальным кодексом и инструкции о назначении и проведении судебных экспертиз.

Ключевые слова: специальные знания, доказательственное значение, сроки проведения экспертиз, экспертное учреждение, заключения эксперта.

Solomahina Olena

SOME ISSUES OF FORENSIC EXAMINATION AND THEIR SETTLEMENT UNDER THE NEW EDITION OF THE CIVIL CODE OF UKRAINE

The article is devoted to the identification and study of the main provisions of forensic examination in the civil process, as well as the study of the features of the appointment of forensic examination under the rules of the updated CPC of Ukraine, as well as the study of some provisions related to the terms of expert examination in expert institutions and the drawing up of expert examination findings in accordance with the existing procedural code and instruction on the appointment and conduct of forensic examinations.

Some changes have significantly changed and modernized the modern procedural model. In connection with this, there was a need to revise and supplement a number of provisions related to the development and settlement of litigation in court proceedings. The new version of the Civil Procedural Code of Ukraine has been in effect since December 15, 2017.

Forensic examination, as before, is one of the forms of applying natural sciences, non-juridical knowledge and scientific and technical achievements in various processes, including civil ones. As a result of an expert study, actual data is established that affects the correct resolution of the case.

Forensic examination is a specialist research knowledge in the field of science, technology, art, crafts, etc., phenomena and processes in order to give an opinion on what is or will be the subject of the trial.

It should be noted that the problems associated with the legal regulation of the appointment and conduct of forensic examinations depends on changes that modernize the current legislation and the development of special knowledge and techniques that can influence the correct resolution of civil cases.

The purpose of the study is to emphasize the existing stories in the amended legislation and their possible application in judicial practice.

Key words: special knowledge, proof value, terms of conducting of examinations, expert institution, conclusions of the expert.

ЗАРУБІЖНІ ЗВ'ЯЗКИ

Piotr Mysiak,
Prodziekan WPiA Uniwersytetu Zielonogórskiego

DOPUSZCZALNOŚĆ UJAWNIENIA PRAW OSOBISTYCH I ROSZCZEŃW KSIĘDZE WIECZYSTEJ

1. Wprowadzenie

Problematyka praw osobistych i roszczeń ujawnianych w księgach wieczystych budzi szereg kontrowersji w doktrynie i orzecznictwie. Biorąc pod uwagę sporą rozbieżność poglądów prezentowanych w kwestiach szczegółowych oraz szereg nowych stanowisk zaprezentowanych w ostatnich latach, problematyka ta jest warta osobnego opracowania.

Analizując podjęte zagadnienie należy zastanowić się nad pojęciem praw osobistych i roszczeń, sposobem określenia które z nich mogą być ujawnione w księdze wieczystej oraz skutkami takiego ujawnienia.

Pojęcie praw osobistych i roszczeń ujawnianych w księdze wieczystej wprowadza art. 16 ust. 1 ustawy z 6.07.1982 r. o księgach wieczystych i hipotece (cytowana jako u.k.w.h.)[1] stanowiąc – „W wypadkach przewidzianych w przepisach ustawowych w księdze wieczystej, poza prawami rzeczowymi, mogą być ujawnione prawa osobiste i roszczenia." Pojęcia te nie zostały nigdzie w ustawie zdefiniowane. Pewną pomoc stanowi ust. 2 tego przepisu wskazując – „W szczególności mogą być ujawniane:

1) prawo najmu lub dzierżawy, prawo odkupu lub pierwokupu, prawo dożywocia,

2) roszczenie o przeniesienie własności nieruchomości lub użytkowania wieczystego albo o ustanowienie ograniczonego prawa rzeczowego; dotyczy to także roszczeń przyszłych,

3) roszczenie wynikające z określenia zarządu lub sposobu korzystania z nieruchomości przez współwłaścicieli lub wieczystych użytkowników,

4) roszczenie współwłaścicieli wyłączające uprawnienie do zniesienia współwłasności,

5) wierzytelności banku hipotecznego zabezpieczone hipoteką oraz informacje, że zostały one wpisane do rejestru zabezpieczenia listów zastawnych, o którym mowa w ustawie z dnia 29 sierpnia 1997 r. o listach zastawnych i bankach hipotecznych (Dz. U. Nr 140, poz. 940, z 1998 r. Nr 107, poz. 669, z 2000 r. Nr 6, poz. 70 i Nr 60, poz. 702 oraz z 2001 r. Nr 15, poz. 148 i Nr 39, poz. 459),

6) prawo z umowy timeshare, o którym mowa w ustawie z dnia 16 września 2011 r. o timeshare (Dz. U. Nr 230, poz. 1370)."

2. Prawa osobiste w rozumieniu art. 16 u.k.w.h.

Termin prawa osobiste z art. 16 u.k.w.h. może wydawać się niezbyt jasny. W nauce prawa cywilnego w ten sposób określa się prawa związane z dobrami osobistymi, bądź prawa o ograniczonej zbywalności ze względu na osobisty charakter stosunku wobec uprawnionego. Takie też stanowisko zajął SN w postanowieniu z 24 maja 2001 r. (IV CZ 141/00) – „...przez prawa osobiste i roszczenia należy rozumieć wszelkie prawa, w tym majątkowe, ściśle związane z daną osobą. Taki charakter ma roszczenie o zwrot wywłaszczonej nieruchomości, które choć ma charakter majątkowy, to rozporządzenie nim jest ograniczone, a jego realizacja następuje w postępowaniu administracyjnym – art. 142 ustawy o gospodarce nieruchomościami."[2] Stanowisko to należy uznać za nietrafne. Już pobieżna analiza praw wskazanych w art. 16 ust. 2 u.k.w.h. wskazuje w sposób oczywisty, że nie o takie prawa osobiste ustawodawcy chodziło. Faktycznie niektóre z tych praw mają charakter praw osobistych w tym znaczeniu na przykład dożywocie, ale na pewno takiego charakteru nie mają wierzytelności bankowe.

Dla lepszego zrozumienia tego określenia należy odwołać się do wykładni historycznej. Pojęcie praw osobistych w odniesieniu do regulacji ksiąg wieczystych pojawiło się w art. 11 prawa o ustaleniu własności dóbr nieruchomych, o przywilejach i hipotekach z dnia 26 kwietnia 1818 r. (Dz. pr. t. V, str. 295) – „Wszelkie tytuły (art. 1,2 i 4), które wciągnione do ksiąg hipotecznych stanowią prawo rzeczowe (ius reale), dopóki nie zostały wciągnionymi, są tylko prawami osobistymi (ius personale)". Jak wynika z analizy wskazanej ustawy pod pojęciem praw osobistych rozumiała ona prawa

[1] Dz. U. 2001 Nr 124 poz. 1361.

[2] Lex nr 52496.

skuteczne tylko między stronami danego stosunku w odróżnieniu od praw rzeczowych skutecznych erga omnes. Określenie użyte w art. 16 u.k.w.h. stanowi powtórzenie dziewiętnastowiecznej regulacji i tak też należy je rozumieć, czyli jako prawa obligacyjne dotyczące nieruchomości. W czasach powstawania przedwojennych kodyfikacji – prawa osobiste – było określeniem oczywistym dla prawników, później określenie to zostało przeniesione do u.k.w.h., w chwili obecnej, w tym znaczeniu, występuje ono tylko w odniesieniu do ksiąg wieczystych.

3. Roszczenia

Pojęcie roszczenia, w połowie dziewiętnastego wieku wprowadził B. Windscheid, wykazując, w świetle obecnych rozwiązaniach prawnych, nieprzydatność wcześniej używanego pojęcia actio.[1] Roszczenie najprościej można określić jako uprawnienie polegające na możności domagania się od indywidualnie oznaczonych osób, aby zachowywały się w określony sposób, polegający na czynieniu, zaniechaniu lub znoszeniu.[2] Pojęcie roszczenia zostało powszechnie przyjęte w nauce prawa, jednakże jego pojawienie się spowodowało wątpliwości w doktrynie co do przedmiotu postępowania cywilnego. Wyżej przedstawione pojęcie roszczenia zwykło się określać mianem materialnoprawnego (materialnego). Obok niego wyróżnia się pojęcie roszczenia procesowego (formalnego), które przez przeważającą część doktryny uważane jest za przedmiot postępowania cywilnego,[3] – stanowisko to ma również przeciwników.[4] Pomijając spory dotyczące przedmiotu postępowania cywilnego, jako nie związane z tematem opracowania, przyjrzeć należy się poglądom na temat istoty roszczenia procesowego. Autorzy wskazują na wiele niuansów związanych z tym pojęciem. Według M. Waligórskiego roszczenie procesowe to „twierdzenie prawne o określonej bliżej treści, przedstawione w celu uzyskania co do niego bliżej oznaczonej ochrony prawnej".[5] H. Trammer definiuje to jako „twierdzone roszczenie materialne".[6] Natomiast W. Siedlecki – „żądanie pozwu i jego podstawa"[7], a W. Broniewicz – „twierdzenie powoda o istnieniu albo nieistnieniu określonej normy indywidualno-konkretnej, przedstawione sądowi celem wiążącego ustalenia tego istnienia albo nieistnienia".[8] Biorąc pod uwagę cel dalszych rozważań, zauważyć należy że większość autorów wiąże powstanie roszczenia procesowego wraz z wniesieniem pozwu. W takim wypadku pojawia się problem gdy chodzi o postępowanie zabezpieczające. O zabezpieczenie można wnieść jeszcze przed wniesieniem pozwu, dlatego też roszczenie procesowe musi istnieć jeszcze wcześniej. Dlatego też za najtrafniejszą definicje należy uznać te prezentowane przez H. Trammera i M. Waligórskiego. Biorąc pod uwagę stosowanie przez H. Trammera swoistej terminologii znacznie bardziej przejrzysta jest propozycja M. Waligórskiego.

Pomimo sporów, co do przedmiotu procesu cywilnego pojęcie roszczenia procesowego używane jest w rozważaniach doktryny i judykatury. Odnośnie roszczeń z art. 16 ust. 1 u.k.w.h. pojawił się w literaturze pogląd W. Sługiewicza, że chodzi tu tylko i wyłącznie o roszczenia materialnoprawne.[9] Stanowczo należy ten pogląd odrzucić, przepisy wyraźnie przewidują możliwość umieszczania ostrzeżeń, które zabezpieczają roszczenia procesowe (służy temu instytucja ostrzeżeń[10]). Pośrednio trafność tej tezy potwierdza art. 25 ust. 1 pkt. 3 u.k.w.h., zgodnie z którym dział „trzeci przeznaczony jest na wpisy dotyczące ograniczonych praw rzeczowych, z wyjątkiem hipotek, na wpisy ograniczeń w rozporządzaniu nieruchomością lub użytkowaniem wieczystym oraz na wpisy innych praw i roszczeń, z wyjątkiem roszczeń dotyczących hipotek." Wyraźnie widać, że ustawodawca pisząc o wpisach w dziale trzecim nie rozróżnia rodzaju roszczeń, gdyby tak było wyraźnie by wskazał osobno ostrzeżenia (np. z art. 10 ust 2 u.k.w.h.). Niezrozumiała jest krytyka tego stanowiska przedstawiona przez B. Jelonek – Jarco. Autorka wskazuje, że roszczenia procesowe nie są objęte regulacją art. 16 u.k.w.h., twierdząc że skutkiem ujawnienia ostrzeżenia jest tylko

[1] Die Actio des römischen Zivilrechts vom Standpunkt des heutigen Rechts, Düsseldorf 1856

[2] S. Grzybowski, System prawa cywilnego. Część ogólna, Wrocław, Warszawa, Kraków, Gdańsk, Łódź 1985, s. 219 podobnie Z. Radwański, Prawo cywilne – część ogólna, Warszawa 1996, s. 80, M. Waligórski, Kumulacja roszczeń w procesie, Polski Proces Cywilny 1937 nr 18 – 19 s. 548, E. Waśkowski, Uprawnienie, roszczenie, żądanie, skarga. Przegląd Prawa i administracji 1925 s. 421, J. Zajkowski, Krzywda moralna a roszczenie majątkowe, Wileński Przegląd Prawniczy 1931 nr 4 s. 133, W. Siedlecki, Zasady wyrokowania w procesie cywilnym, Warszawa 1957, s. 15,

[3] M. Waligórski, Kumulacja ... s. 548 – 561, H. Trammer, Następcza bezprzedmiotowość procesu cywilnego, Kraków 1950 s. 2 – 15, W. Siedlecki, Zasady... s. 13 – 90, tenże, Przedmiot postępowania cywilnego [w:] Wstęp do systemu prawa procesowego cywilnego, Wrocław, Warszawa, Kraków, Gdańsk 1974 s. 147 – 229, K. Korzan, Roszczenie procesowe jako przedmiot postępowania cywilnego w kontekście prawa dostępu do sądu i prawa do powództwa [w:] Księga pamiątkowa ku czci W. Broniewicza, Łódź 1998 s. 175 – 193, oraz powoływana w tych pozycjach literatura

[4] Z. Resich, Istota procesu cywilnego, Warszawa 1985 s. 61 – 78 oraz powołana tam literatura

[5] M. Waligórski, Kumulacja..., s. 556

[6] H.Trammer, Następcza..., s. 14, przy czym autor pod pojęciem roszczenia materialnego rozumie każdy interes prawnomaterialny mogący być przedmiotem ochrony sądowej

[7] W. Siedlecki, Zasady... s. 33, tenże, Przedmiot... s. 158

[8] W. Broniewicz, Postępowanie cywilne w zarysie, Warszawa 1995 s. 150

[9] W. Sługiewicz, Glosa do postanowienia SN z 24.02.1999 r., Rejent 2000 nr 5 s. 147

[10] Patrz szerzej na temat ostrzeżeń P. Mysiak, Stan prawny ujawniany w księgach wieczystych, Rejent 2006 nr 4 s. 107 – 111.

wyłączenie działania rękojmi (art. 8 u.k.w.h.).[1]Dziwić musi tak autorytatywne pozbawienie ochrony roszczeń procesowych, skoro ustawodawca w analizowanych przepisach tego nie rozróżnia. Ostrzeżenie może przecież dotyczyć dochodzenia roszczenia materialnoprawnego, które po spełnieniu wymogów formalnych nadawałoby się do ujawnienia w księdze wieczystej.

4. Katalog praw osobistych i roszczeń ujawnianych w księgach wieczystych

Co do sposobu określenia katalogu praw osobistych i roszczeń panują w doktrynie dwa rozbieżne poglądy:

1. Ujawnienia danego prawa osobistego lub roszczenia powinien dozwalać jakiś przepis rangi ustawowej.[2]

2. Do ujawnienia danego prawa osobistego lub roszczenia wcale taki przepis nie jest konieczny. Wystarczy, że „przepis ustawy wyposaża dane prawo lub roszczenie w elementy właściwe prawu rzeczowemu i których cel jest zbieżny z celem ujawnienia w księdze wieczystej praw rzeczowych".[3]

Poszerzone uzasadnienie drugiego z poglądów przedstawił SN w w postanowieniu z 26 października 2005 r., (V CK 776/04)[4]. SN w swoich rozważaniach zauważa, że literalne brzmienie omawianego przepisu mogłoby wskazywać, że do ujawnienia prawa osobistego lub roszczenia konieczny jest jakiś przepis rangi ustawowej wyraźnie na to zezwalający, ale do innych wniosków prowadzi wykładnia językowa a w szczególności funkcjonalna. Według SN redakcja tego artykułu wyraźnie wskazuje, że przepisy zezwalające muszą się znajdować poza u.k.w.h..Nie antycypując dalszego toku rozważań można już w tym miejscu wskazać, iż wnioski jakie wyciągnął SN stosując wykładnię o charakterze kreatywnym, nie znajdują oparcia o omawianym przepisie prawa, a zwłaszcza błędne jest posłużenie się wykładnią o takim charakterze, skoro stosowana w pierwszym rzędzie wykładnia językowa do takich wniosków nie prowadzi, a nawet wskazuje na zgoła odmienną interpretację. Przepis art. 16 ust. 1 u.k.w.h. odsyła do wyjątków przewidzianych w przepisach ustawowych, a zatem określa, że wyjątek taki musi być przez ustawodawcę wprost przewidziany a nadto regulacja ta musi być zawarta w akcie prawnym rangi ustawy. W żadnej natomiast mierze nie uprawnia to do interpretacji, że przewidziane w samej u.k.w.h. wyjątki zostały wyłączone spod działania art. 16 ust. 1 u.k.w.h.. O ile zatem znajduje się w u.k.w.h. wyjątek przewidziany od zasady, o tyle jest on zawarty w akcie prawnym rangi ustawy i spełnia wymóg uznania istnienia wyjątku. Określenia „wypadki przewidziane w przepisach ustawowych" nie można inaczej odczytywać jak to, że jakiś przepis rangi ustawowej musi w wyraźny sposób zezwalać na ujawnienie danego uprawnienia. Z błędnej interpretacji art. 16 ust. 1 u.k.w.h., SN wywodzi, że art. 16 ust. 2 u.k.w.h. (przepis ten stwierdza „[w] szczególności mogą być ujawniane" i dalej wymienia różne prawa i roszczenia) nie można traktować jako przepisu zezwalającego na ujawnianie w księdze wieczystej wymienionych w nim praw i roszczeń. Rozumowanie SN jest nie do przyjęcia, jako sprzeczne z powszechnie przyjętymi regułami interpretacji i brzmieniem jasno sformułowanych przepisów. Art. 16 ust. 1 u.k.w.h. wyraźnie stwierdza, że zasadą jest ujawnianie w księgach wieczystych praw rzeczowych, natomiast wyjątkowo dopuszcza się ujawnianie praw osobistych i roszczeń w wypadkach przewidzianych w przepisach ustawowych. Zgodnie z podstawową zasadą prawa, wyjątków nie można interpretować rozszerzająco (exceptiones non suntextentendae), a niewątpliwie tak czyni SN. Przyjąć należy, że nie bez powodu ustawodawca, w kolejnych nowelizacjach, rozszerza art. 16 ust. 2 u.k.w.h., umieszczając tam nowe uprawnienia, które można ujawniać. Potwierdzają tą tezę również przepisy znajdujące się poza u.k.w.h., a wyraźnie zezwalające na ujawnienie określonych praw i roszczeń np. art. 30 ustawy o

[1] B Jelonek-Jarco., Rękojmia wiary publicznej ksiąg wieczystych, Warszawa 2011 s. 128 – 129.

[2] B. Barłowski, E. Janeczko, Księgi wieczyste – rejestr nieruchomości, Warszawa 1988 s. 25 – 26, J. Trześniewski – Kwiecień [w:] P. Borkowski, J. Trześniewski – Kwiecień, Wpisy do ksiąg wieczystych, Warszawa 2002 s. 77, P. Siciński, Zabezpieczenie roszczenia przez wpis ostrzeżenia w księdze wieczystej (ze szczególnym uwzględnieniem wpisu zakazu zbywania i obciążania nieruchomości), Przegląd Sądowy 1999 nr 7/8, s. 27, tenże, Ujawnienie w księdze wieczystej roszczenia o ustanowienie odrębnej własności lokalu cz. I, Nieruchomości C. H. Beck 2001 nr 11 s. 11 – 12, tenże, Ujawnianie w księgach wieczystych praw i roszczeń dotyczących gruntów na obszarze m.st. Warszawy, opartych na przepisach dekretu z dnia 26 października 1946 r., Rejent 2002 nr 10 s. 118 – 121, R. Polak, K. Scheuring, Hipoteka i księgi wieczyste z komentarzem i wzorami pism, Leszno 1995 s. 16, P. Mysiak, Stan prawny… s. 103 – 107, tenże, *Glosa do postanowienia SN z 26 października 2005 r. (V CK 776/04)*, Monitor Prawniczy 2006, nr 17 s. 948, M. Deneka, Księgi wieczyste. Zasady materialnoprawne, Warszawa 2012 s. 314 i 318, B Jelonek-Jarco., Rękojmia wiary… s. 129 – 133, D. Dusanowska, Problematyka praw osobistych i roszczeń podlegających ujawnieniu w księdze wieczystej, Rejent 2009 nr 4 s. 20 – 22, oraz jak się wydaje S. Rudnicki, Ustawa o księgach wieczystych i hipotece. Przepisy o postępowaniu w sprawach wieczystoksięgowych. Komentarz, Warszawa 2010 s. 108 – 109. W stosunku do podobnych przepisów wcześniej obowiązujących stanowisko takie zajmowali: S. Breyer, Prawa i roszczenia ujawnione w księdze wieczystej [w:] Zaoczne studium prawne, Prawo rzeczowe w praktyce nr 12 Warszawa 1960 r. s. 1, J. Wasilkowski, Znaczenie wpisu do księgi wieczystej według prawa rzeczowego, Państwo i Prawo 1947 nr 5/6 s. 44.

[3] H. Ciepła, J. Majewska, Prawa osobiste i roszczenia podlegające ujawnieniu w księdze wieczystej, Nowy Przegląd Notarialny 1999 nr 4 s. 38, tak też P. Borkowski [w:] P. Borkowski, J. Trześniewski – Kwiecień, Wpisy..., s. 26 M. Lemkowski, Znaczenie prawne ujawnienia praw osobistych i roszczeń w księdze wieczystej, Rejent 2010, nr 7–8, s. 46, H. Ciepła, E. Bałan – Gonciarz, Ustawa o księgach wieczystych i hipotece, Warszawa 2011 s. 52; pogląd ten poparł również Sąd Najwyższy w postanowieniu z 26 października 2005 r., V CK 776/04Monitor Prawniczy 2007, nr 3, s. 153.

[4] op. cit.

gospodarce nieruchomościami z 21 sierpnia 1997 r..[1] Wbrew poglądowi SN, że „[j]est bowiem kwestią techniki legislacyjnej mniej lub bardziej czytelne, z punktu widzenia formalnego, wyrażenie zamiaru ustawodawcy", przepisy ustawy redaguje się tak, aby dokładnie i w sposób zrozumiały dla adresatów zawartych w nich norm wyrażały intencje prawodawcy o czym stanowi § 6 zasad techniki prawodawczej[2]. Te przepisy zostały jasno sformułowane i nie ma potrzeby stosować jakichś wymyślnych metod interpretacji. Zgodnie z § 23 ust. 3 zasad techniki prawodawczej, jeżeli od któregoś z elementów przepisu szczegółowego przewiduje się wyjątki lub któryś z elementów tego przepisu wymaga uściślenia, przepis formułujący wyjątki lub uściślenia zamieszcza się bezpośrednio po danym przepisie szczegółowym. Taka sytuacja zachodzi właśnie w art. 16 u.k.w.h., ustęp pierwszy przewiduje wyjątek od zasady, a ustęp drugi formułuje wyjątki, jednakże ze sformułowania tych przepisów jasno wynika, że takie wyjątki mogą również wynikać z innych ustaw i z takimi przypadkami w naszym prawie także mamy do czynienia, wskazując choćby powołany wyżej art. 30 ustawy o gospodarce nieruchomościami.

Jeżeli chodzi o interpretację funkcjonalną należy zauważyć, że skutki wpisu do księgi wieczystej uprawnienia są dosyć daleko idące i dlatego też nie można pozostawiać swobodnej interpretacji, co można a czego nie można wpisać w księdze wieczystej, a do tego zmierza krytykowane tu stanowisko. Prawa osobiste i roszczenia mają wspólną cechę, którą jest skuteczność tylko między uczestnikami tych stosunków prawnych. Ujawnienie ich w księdze wieczystej powoduje rozszerzenie tej skuteczności względem praw nabytych przez czynność prawną po jego ujawnieniu, z wyjątkiem służebności drogi koniecznej albo służebności ustanowionej w związku z przekroczeniem granicy przy wznoszeniu budynku lub innego urządzenia (art. 17 u.k.w.h.). Zgodnie z art. 18 u.k.w.h. równocześnie z wpisem prawa, do którego odnosi się ujawnione w księdze wieczystej roszczenie, wykreśla się z urzędu wpisy praw nabytych po ujawnieniu roszczenia, jeżeli wpisy te są sprzeczne z wpisem prawa, którego roszczenie dotyczyło, albo jeżeli w inny sposób naruszają to prawo. Do pierwszeństwa praw osobistych oraz roszczeń ujawnionych w księdze wieczystej stosuje się odpowiednio przepisy o pierwszeństwie ograniczonych praw rzeczowych. Jednocześnie art. art. 20 ust. 2 przyznaje pierwszeństwo prawom, których ustanowienie było przedmiotem roszczenia ujawnionego w księdze wieczystej, od chwili złożenia wniosku o wpis roszczenia.[3] Na skutek wpisu praw osobistych i roszczeń następuje daleko idące ograniczenie między innymi prawa własności, dlatego też ustawodawca ograniczył możliwość wpisywania tych uprawnień tylko do wyraźnie wskazanych przypadków określonych przepisami rangi ustawowej. Nie można tutaj pominąć także treści art. 64 ust.3 Konstytucji („[w]łasność może być ograniczona tylko w drodze ustawy i tylko w zakresie, w jakim nie narusza ona istoty prawa własności"), co jasno wskazuje w połączeniu z powyżej przedstawionym stanowiskiem znajdującym wsparcie w przepisach prawa, że interpretacja jaką zaprezentował SN jest nie tylko nie do przyjęcia, ale przede wszystkim jest niedopuszczalna, jako że uchybia także podstawowej zasadzie dokonywania wykładni tj. zasadzie pierwszeństwa wykładni językowej, a w rezultacie prowadzi do błędnych skutków wbrew prawnej regulacji. Konsekwencją zasady konstytucyjnej wyrażonej w art. 64 ust. 3 jest jedyne możliwe do przyjęcia w demokratycznym państwie założenie, że ograniczenia prawa własności mają charakter wyjątkowy i jako takie muszą być jasno i wyraźnie sformułowane. Postulatu tego nie spełnia stan, gdy istnieje potrzeba „dokonywania wykładni (...) norm materialno – prawnych pod kątem „zdolności" określonych praw lub roszczeń do ujawnienia w księdze wieczystej",[4]czego dopuścił się SN w omawianym orzeczeniu. Kryteria zaproponowane w tezie orzeczenia są niezwykle ogólne, można właściwie każde prawo obligacyjne dotyczące nieruchomości pod nie podciągnąć. Zgodnie z zasadą wolności umów wyrażoną w art. 353^1 k.c. każdy stosunek prawny, jeżeli jego treść lub cel nie sprzeciwia się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego, ma umocowanie w prawie. Natomiast drugie kryterium proponowane przez SN, pomimo pewnych niuansów, sprowadza się do konieczności związania danego uprawnienia z nieruchomością. Skutków rozszerzenia skuteczności wszystkich takich stosunków prawnych nie można nawet przewidzieć.

Poglądy SN popiera również M. Lemkowski, wskazując odmienną specyfikę prawa zobowiązań (na podstawie którego kreowane są prawa osobiste i roszczenia) w stosunku do prawa rzeczowego, gdzie w pierwszym wypadku istnieje swoboda kreowania stosunków prawnych pomiędzy podmiotami.[5] Jest to dosyć zaskakujący argument, ponieważ

[1] Dz. U. 2004 Nr 261 poz. 2603 z późn. zm. cytowana dalej jako u.g.n.

[2] rozp. Prezesa Rady Ministrów z dnia 20.06.2002 r. w sprawie «Zasad techniki prawodawczej» Dz. U. Nr 100 poz. 908

[3] Szerzej na ten temat P. Mysiak, Stan… s. 112.

[4] z uzasadnienia omawianego orzeczenia – postanowienie SN z 26 października 2005 r.,(V CK 776/04)

[5] M. Łemkowski, Znaczenie prawne… s. 46 – 48. Autor posługuje się nawet dość barwnymi porównaniami pisząc o „dynamice rozwiązań prawa obligacyjnego" i „nieco skostniałych" prawach rzeczowych.

autor powinien sobie zdawać sprawę, że wpisanie określonych uprawnień do księgi wieczystej rozszerza ich skuteczność, przez co bliżej im w swoim charakterze do stosunków prawa rzeczowego. Właśnie ze względu na rozszerzoną skutecznośćograniczono swobodę kreowania tych praw przez ich podmioty, podobnie jak praw rzeczowych.

Art. 16 ust. 1u.k.w.h. wyraźnie stwierdza, że zasadą jest ujawnianie w księgach wieczystych praw rzeczowych, natomiast **wyjątkowo dopuszcza się** ujawnianie praw osobistych i roszczeń w wypadkach przewidzianych w przepisach ustawowych. Zgodnie z podstawową zasadą prawa, wyjątków nie można interpretować rozszerzająco (exceptiones non suntextentendae), a niewątpliwie tak czynią autorzy prezentujący koncepcję krytykowaną powyżej, stąd też należy ją odrzucić jako niedopuszczalną. Można jeszcze wskazać następująceprzepisy znajdujące się poza art. 16 u.k.w.h., które zezwalają na ujawnienie pewnych uprawnień:

1. Zastrzeżenie pierwszeństwa ograniczonych praw rzeczowych (art. 13 ust. 3 u.k.w.h. „Do zastrzeżenia pierwszeństwa ograniczonego prawa rzeczowego niezbędny jest wpis w księdze wieczystej")

2. Roszczenie o ustanowienie odrębnej własności lokalu i przeniesienie tego prawa na drugą stronę umowy bądź inną osobę wskazaną w umowie (art. 9 ust. 2 UWL[1] „(...) a roszczenie o ustanowienie odrębnej własności lokalu i o przeniesienie tego prawa zostało ujawnione w księdze wieczystej")

3. Ograniczenie sposobu korzystania z nieruchomości przez udzielenie zezwolenia na zakładanie i przeprowadzenie na nieruchomości ciągów drenażowych, przewodów i urządzeń służących do przesyłania płynów, pary, gazów i energii elektrycznej oraz urządzeń łączności publicznej i sygnalizacji, a także innych podziemnych, naziemnych lub nadziemnych obiektów i urządzeń niezbędnych do korzystania z tych przewodów i urządzeń. Ograniczenie to następuje na mocy decyzji starosty (art. 124 ust. 7u.g.n. „Decyzja ostateczna, o której mowa w ust. 1, stanowi podstawę do dokonania wpisu w księdze wieczystej. Wpisu dokonuje się na wniosek...") W literaturze pojawiają się kontrowersje, co do charakteru tego prawa. Prezentowane są trzy grupy poglądów. Według pierwszej z nich mamy tu do czynienia z ograniczonym prawem rzeczowym (służebnością gruntową).[2] Według drugiej grupy nie może być tu mowy o ograniczonym prawie rzeczowym ze względu na zamknięty katalog tych praw, określając to jako specyficzne ograniczenie własności.[3] Natomiast trzecia grupa kwalifikuje to jako uprawnienie publicznoprawne – służebność publiczną.[4] Nie bez wątpliwości, uzasadniony wydaje siębyć drugi z poglądów. Ze względu na cel opracowania nie ma potrzeby analizowania racji stron tego sporu. Mając na uwadze wcześniej cytowany przepis (art. 124 ust. 7 u.g.n.), nie może być wątpliwości, że prawo to podlega wpisowi do księgi wieczystej. Jednakże konsekwencją tego sporu jest inny, który ma związek z analizowaną tu problematyką. Ograniczenie, o którym mowa jest ustanawiane w wypadku, jeżeli właściciel lub użytkownik wieczysty nieruchomości nie wyraża zgody na przeprowadzenie instalacji.

4. Wpisanie danej nieruchomości do rejestru zabytków, z czym wiążą się ograniczenia w korzystaniu z nieruchomości.(„Wpisanie zabytku nieruchomego do rejestru ujawnia się w księdze wieczystej danej nieruchomości na wniosek wojewódzkiego konserwatora zabytków, na podstawie decyzji o wpisie do rejestru tego zabytku." art. 9 ust. 4 ustawy z dnia 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami[5])

5. Rozszerzona skuteczność praw osobistych i roszczeń wpisanych do księgi wieczystej

Prawa osobiste i roszczenia mają wspólną cechę są skuteczne tylko między uczestnikami tych stosunków prawnych. Ujawnienie ich w księdze wieczystej powoduje rozszerzenie tej skuteczności względem praw nabytych przez czynność prawną po jego ujawnieniu, z wyjątkiem służebności drogi koniecznej albo służebności ustanowionej w związku z przekroczeniem granicy przy wznoszeniu budynku lub innego urządzenia (art. 17 u.k.w.h.).Dawniej J. Wasilkowski sformułował pogląd, że skutki wpisu praw osobistych i roszczeń są w zasadzie ukształtowane jednolicie dla wszystkich tego typu uprawnień.[6] Później sam autor zrezygnował z tego poglądu, obecnie powszechnie przyjmuje się, że zakres skutków rozszerzenia można podzielić na dwie zasadnicze grupy w zależności od celu ujawnienia uprawnień w księdze wieczystej.[7]

[1] Ustawa z dnia 24 czerwca 1994 r. o własności lokali Dz.U.2000 Nr 80 poz.903 cytowana jako UWL

[2] G. Bieniek [w:]G. Bieniek, A. Hopfer, Z. Marmaj, E. Mzyk, R. Źróbek, Komentarz do ustawy o gospodarce nieruchomościami, Warszawa – Zielona Góra 1998 t. II s. 111 – 113 Spór ten istniał już ż na gruncie nieobowiązującej już ustawy z 29.04.1985 r. o gospodarce gruntami i wywłaszczaniu nieruchomości (Dz. U. 91 Nr 30 poz. 127) patrz Z. Truszkiewicz [w:] E. Drozd, Z. Truszkiewicz, Gospodarka gruntami i wywłaszczanie nieruchomości. Komentarz, Kraków 1995 s. 281

[3] M. Drela, Rozważania na ar. 124 ustawy o gospodarce nieruchomościami, Rejent 2002 nr 4 s. 51 – 52, E. Gniewek, Glosa do uchwały SN z 17.01.2003 III CZP 79/02, Rejent 2003 nr 5 s. 154 – 155

[4] A. Gill, A. Nowak – Far, Korzystanie przez przedsiębiorstwa ciepłownicze z sieci i urządzeń przesyłu energii cieplnej usytuowanych na cudzych gruntach, Prawo spółek 1999 nr 7/8 s. 76.

[5] Dz. U. Nr 162 poz. 1568

[6] J. Wasilkowski, Znaczenie …s. 45-48

[7] tak: J. Wasilkowski, Prawo rzeczowe w zarysie, Warszawa 1957, s. 342-344, R. Moszyński, L. Policha, A. Izdebska, Księgi wieczyste, Warszawa 1960, s. 19-20, H. Ciepła, J. Majewska, op. cit. , s. 38,

Do pierwszej grupy zaliczymy wpisy, które mają na celu umocnienie istniejących uprawnień tj. prawo najmu, dzierżawy i dożywocia oraz roszczenia wynikające z określenia zarządu lub sposobu korzystania z nieruchomości przez współwłaścicieli lub wieczystych użytkowników a także wyłączające uprawnienie do zniesienia współwłasności. Wpis tych uprawnień powoduje ich skuteczność wobec nowego właściciela nieruchomości. Konstrukcja taka jest określana mianem actio vel obligatio in rem scripta.

Drugą grupę stanowią prawa osobiste i roszczenia zmierzające do zmiany istniejących stosunków prawnorzeczowych tj.: prawo odkupu i pierwokupu oraz roszczenie o przeniesienie własności nieruchomości lub użytkowania wieczystego albo o ustanowienie ograniczonego prawa rzeczowego. Wpis w tym wypadku ogranicza skuteczność rozporządzeń, które mogłyby przeszkodzić w realizacji uprawnienia.

Po dokładnej analizie art. 17 u.k.w.h., należy zauważyć, że rozszerzoną skuteczność należy traktować jednolicie wobec wszystkich rodzajów praw osobistych i roszczeń. Tak, więc za trafne należy uznać wcześniejsze wywody J. Wasilkowskiego, autor już wtedy wskazywał na powyższe rozróżnienie.[1] Rozróżnienie powyższe wynika ze specyfiki poszczególnych praw. Uprawnienia z pierwszej grupy dotyczą korzystania z nieruchomości, a z drugiej rozporządzania. Dlatego też prawdziwym jest twierdzenie, że rozszerzona skuteczność ogranicza skuteczność rozporządzeń, które mogłyby przeszkodzić w realizacji uprawnienia. Jest to efektem skuteczności tych uprawnień, a także normy szczególnej zawartej w art. 20 ust. 1 u.k.w.h., która odnosi się również do grupy pierwszej. Na podstawie art. 20 ust. 1 u.k.w.h. do praw osobistych i roszczeń ujawnionych w księdze wieczystej, stosuje się odpowiednio przepisy o pierwszeństwie ograniczonych praw rzeczowych.Jednocześnie art. art. 20 ust. 2 przyznaje pierwszeństwo prawom, których ustanowienie było przedmiotem roszczenia ujawnionego w księdze wieczystej, od chwili złożenia wniosku o wpis roszczenia.

Zgodnie z art. 18 u.k.w.h. równocześnie z wpisem prawa, do którego odnosi się ujawnione w księdze wieczystej roszczenie, wykreśla się z urzędu wpisy praw nabytych po ujawnieniu roszczenia, jeżeli wpisy te są sprzeczne z wpisem prawa, którego roszczenie dotyczyło, albo jeżeli w inny sposób naruszają to prawo. Dosyć zaskakującej wykładni tego przepisu dokonał SN w postanowieniu z dnia 8 lutego 2006 r. (II CSK 146/05), wskazując że „[o]bciążenie hipoteką łączną prawa własności wyodrębnionego lokalu hotelowego nie jest sprzeczne z treścią ujawnionego wcześniej roszczenia". Przy czym SN zauważył, że hipoteka byłaby sprzeczna gdyby w treści roszczenia było wyraźnie zaznaczone że dotyczy ustanowienia własności lokalu bez obciążeń.[2] Z trafną krytyką tego orzeczenia wystąpił M. Lemkowski wskazując, że oczywistym jest, że wolą stron jest nabycie rzeczy wolnej od obciążeń, co nawet wynika z przepisów dotyczących rękojmi za wady prawne rzeczy sprzedanej.[3] Aprobując krytykę wskazanego orzeczenia, podnieść należy jeszcze w tym kontekście kwestię art. 20 ust. 2 u.k.w.h.. Przepis ten, prawom których ustanowienie było przedmiotem roszczenia ujawnionego w księdze wieczystej, przyznaje pierwszeństwo od chwili złożenia wniosku o wpis roszczenia, dlatego niedopuszczalnym wobec prawa z pierwszeństwem przed później wpisaną hipoteką, jest realizowanie uprawnień wynikających z takiej hipoteki, a za takie niewątpliwie należy uznać obciążenie wyodrębnianego lokalu.

W literaturze podniesiono wątpliwość czy powyższe zasady mają zastosowanie do ostrzeżeń.[4] W związku z nowelizacją k.p.c.[5] wątpliwości te muszą przejść do historii. W chwili obecnej nie budzi wątpliwości, że celem wpisywania ostrzeżeń jest zabezpieczenie roszczeń. Ostrzeżenie należy uznać za formę ujawnienia roszczenia ze wszystkimi tego skutkami materialnoprawnymi. O specyfice tej instytucji stanowi tylko przedmiot ostrzeżeń (roszczenie procesowe) i tryb ujawniania.

6. Podsumowanie

Prawa osobiste w rozumieniu art. 16 u.k.w.h. to prawa obligacyjne dotyczące nieruchomości, natomiast pod pojęciem roszczeń w tym przepisie należy rozumieć zarówno roszczenia materialnoprawne jak i procesowe.We wskazanym przepisie wyraźnie stwierdza się, że zasadą jest ujawnianie w księgach wieczystych praw rzeczowych, natomiast **wyjątkowo dopuszcza się** ujawnianie praw osobistych i roszczeń w wypadkach przewidzianych w przepisach ustawowych, a wyjątków nie można interpretować rozszerzająco (exceptiones non suntextentendae).

[1] J. Wasilkowski, Znaczenie…, s. 45 – 48, tak też Z. Radwański, Najem mieszkań w świetle publicznej gospodarki lokalami, Warszawa 1961 s. 205 – 206

[2] LEX nr 192040.

[3] M. Lemkowski, Znaczenie prawne … s. 61 – 62.

[4] E. Gniewek, Wpis ostrzeżenia o niezgodności stanu prawnego nieruchomości ujawnionego w księdze wieczystej z rzeczywistym stanem prawnym, Rejent 2003 nr 10 s. 42, B Jelonek-Jarco., Rękojmia wiary… s. 129.

[5] ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw Dz.U Nr 172 poz. 1804

РЕЦЕНЗІЇ

Пащенко Олександр Миколайович,
кандидат юридичних наук, доцент, завідувач кафедри трудового,
земельного та екологічного права
Одеського державного університету внутрішніх справ

РЕЦЕНЗІЯ НА МОНОГРАФІЮ ГАВРИШ Н.С. «ВИКОРИСТАННЯ, ВІДТВОРЕННЯ ТА ОХОРОНА ҐРУНТІВ В УКРАЇНІ: ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ»

У 2016 році у світ вийшла монографія кандидата юридичних наук, доцента кафедри аграрного, земельного і екологічного права Національного університету «Одеська юридична академія» Н. С. Гавриш «Використання, відтворення та охорона ґрунтів в Україні: теоретико-правові аспекти» (Одеса : Юридична література).

У монографії розглянуто теоретико-правові проблеми використання, відтворення та охорони ґрунтів, їх принципи, методологічні та конституційні основи, особливості правовідносин використання, відтворення та охорони ґрунтів, їх об'єктно-суб'єктний склад, підстави виникнення, зміни та припинення.

За структурою та змістом рецензована монографія розкриває нові підходи до висвітлення державно-правової політики і особливостей юридичної відповідальності за порушення законодавства у галузі використання, відтворення та охорони ґрунтів.

Важливого значення надається надзвичайно важливому аспекту поняття ґрунтів як об’єкта правового регулювання використання, відтворення та охорони. Вперше в науковій юридичній літературі зазначається, що поняття «ґрунти» – юридичне, притаманне лише землям сільськогосподарського призначення і обґрунтовується необхідність визнати ґрунт самостійним об’єктом еколого-правових, земельних, аграрних і природноресурсових відносин. Доречним автор вважає доповнення до ст. 5 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища».

На основі аналізу численних публікацій обґрунтовано використання поняття «ґрунтові ресурси», яке за змістом є значно ширшим, ніж поняття «земельні ресурси», оскільки містить у собі розуміння виконання ґрунтами, окрім родючості, ряду важливих екологічних функцій і тому пропонується в проект Закону України «Про ґрунти та їх родючість» внести окрему статтю законодавчого тлумачення ґрунтових ресурсів.

Автор аналізує роль і значення ґрунтів у системі земельних правовідносин, які виступають об'єктом права власності Українського народу та об’єктом інших не заборонених законом форм права власності і тому з таких позицій ґрунти є об’єктами права, а також їх можна розглядати і як об’єкти цивільних правових відносин.

На належному рівні висвітлено питання правовідносин охорони ґрунтів, що потребує заходів з їхнього збереження та відтворення, із запобігання зниженню їхніх якісних характеристик, а також у разі порушення встановлених вимог – застосовування заходів юридичної відповідальності. Базуючись на кодифікації земельного законодавства України, автор виділяє ґрунти в окремий об’єкт особливої охорони і самостійний об’єкт правових відносин, зокрема охоронних.

Автор констатує, що з урахуванням поглядів і пропозицій природничих і аграрних науковців фахівцям у галузі права необхідно розробити систему правових принципів охорони ґрунтів, які стануть вихідним положенням для розвитку законодавства з охорони ґрунтів і формування ґрунтоохоронної політики держави. Реалізація системи принципів з охорони ґрунтів сприятиме гармонізації природоохоронного законодавства з природно-ресурсним та іншими галузями законодавства.

Важливого значення автор надає використанню ґрунтів: громадяни, які ведуть особисте селянське господарство, сімейні фермерські господарства зі створенням юридичної особи та без статусу юридичної особи, які організовуються на основі діяльності фізичної особи – підприємця, сільськогосподарські кооперативи, агрохолдинги, сільськогосподарські товариства, їх об'єднання тощо. Це насамперед суб'єкти, засновані на приватній формі власності на землю, в тому числі ґрунти.

Заслуговує на увагу твердження автора, що правовою основою використання, відтворення та охорони земель і ґрунтів є Конституція України, однак уявлення про ґрунти як специфічний природний та господарський об'єкт не отримав відображення в Основному Законі України. Тому не буде логічної помилки, коли до переліку об'єктів власності Українського народу після терміна «земля» додати термін «ґрунти», що сприятиме ощадливому ставленню до ґрунтів, раціональному підходу до їхнього використання, а також сприятиме розвиткові законодавства про охорону ґрунтів.

Проголошення ґрунту основним національним багатством дасть змогу концептуально обґрунтувати і практично «сконструювати» правовий механізм покладання на органи державної влади і органи місцевого самоврядування, які на рівні владних структур представляють земельні інтереси Українського народу, обов'язку врегулювання відносин у сфері раціонального використання, відтворення та охорони ґрунтів.

Важливого значення в монографії надається особливій охороні ґрунтів, зокрема особливо цінних ґрунтових об'єктів. Автор слушно наголошує, що одним із способів правової охорони ґрунтів може стати створення Червоної книги ґрунтів. Як зазначається, створення Червоної книги ґрунтів перебуває у зародковому стані.

Аргументовано доводиться, що в Україні відсутній належний державний контроль за використанням ґрунтів і охороною їхньої родючості землевласниками, землекористувачами й орендарями. Практично не сформована методологія, критерії, нормативи і принципи ґрунтоохоронного землевпорядкування сучасних агроландшафтів, а також правові, економічні та соціальні передумови збереження та відтворення родючості ґрунтів. Необхідно надавати субсидії тим землекористувачам, які дотримуються рекомендацій щодо охорони ґрунтів, і застосовувати штрафні санкції та інші покарання для тих, хто по-споживацьки використовує їх з метою отримання надприбутку.

Важливою складовою правової охорони ґрунтів є юридична відповідальність, яка щодо ґрунтів має свої особливості, зумовлені характером, специфікою і правовідносинами в їх використанні. Серед видів юридичної відповідальності значна увага приділена еколого-правовій відповідальності. У монографії на належному рівні характеризуються також інші види юридичної відповідальності – адміністративна, цивільно-правова і кримінально-правова. Запропоновано шляхи вдосконалення правового і організаційного механізмів використання, відтворення та охорони ґрунтів.

Монографія Н. С. Гавриш «Використання, відтворення та охорона ґрунтів в Україні: теоретико-правові аспекти» є актуальним вагомим внеском у розвиток наукових досліджень правового режиму ґрунтів України.

Басай Олег Вікторович,
голова Київського окружного адміністративного суду,
доктор юридичних наук, професор

РЕЦЕНЗІЯ НА МОНОГРАФІЮ ДАВИДОВОЇ І.В. «ПРАВОЧИНИ ТА ЇХ НЕДІЙСНІСТЬ В ІНФОРМАЦІЙНОМУ СУСПІЛЬСТВІ: ТЕОРІЯ ТА ПРАКТИКА» (Одеса : Юридична література, 2018. – 368 с.)

Формування інформаційного суспільства, глобалізаційні та інтеграційні процеси зумовлюють необхідність удосконалення правового інструментарію торгового обігу, і як наслідок, перегляду низки вже відомих цивілістичних категорій. До таких категорій, без сумніву, належать правочини, без яких є неможливим встановлення цивільних правовідносин, набуття цивільних прав та обов'язків тощо. Враховуючи зазначене, видання монографії «Правочини та їх недійсність в інформаційному суспільстві: теорія та практики» (автор – Давидова І.В.) є вчасним та обумовлене потребами сьогодення. Важливою ознакою цієї роботи є запрошення читача до дискусії, постановка питань, на які не може бути єдино правильної відповіді.

Актуальність роботи посилюється також існуванням невирішених на практиці проблем, пов'язаних з використанням інформаційних технологій при підготовці та укладенні правочинів. Аналіз практики свідчить про помітні зрушення в бік спрощення укладення правочинів. Зокрема, з'явилася можливість вчиняти договори та інші правочини в електронній формі, яка передбачає фіксацію умов угоди не на папері, а за допомогою електронних документів, ознайомлення з якими обов'язково має супроводжуватися використанням спеціального обладнання.

Особливістю дослідження є новий підхід до розуміння ролі інформаційних технологій (зокрема, таких як блокчейн), в якості способу захисту цивільних прав шляхом визнання правочинів недійсними. Також увага приділена дослідженню питань електронної комерції, смарт-контрактів та інших нових напрямків розвитку правочинів в сучасних умовах становлення та розвитку інформаційного суспільства в Україні. Важливим є те, що в монографії йдеться не лише про удосконалення порядку укладення правочинів, а про зміну самого розуміння його сутності.

Завдяки вдало обраній методології та належній теоретико-методологічній базі автору монографії вдалося розкрити сутність і зміст сучасного розуміння категорії правочину та його недійсності в системі цивільного права України, а також дати власне бачення даного питання. Заслуговує на увагу й дослідження правових наслідків недійсності правочинів в цивільному праві, їх систематизація та визначення впливу особливостей інформаційного суспільства на наслідки, які можуть виникати при визнанні правочинів недійсними.

Заслуговує на увагу інтерес автора до вивчення співвідношення підстав виникнення, зміни, припинення цивільних прав та обов'язків в інформаційному суспільстві та категорії «юридичні факти», внаслідок чого було зроблено висновок, що хоч зазначені категорії і мають низку спільних рис, разом із тим, підстави виникнення, зміни, припинення цивільних прав та обов'язків в інформаційному суспільстві мають істотні особливості, поміж яких найбільш важливим є надання переваг такій підставі виникнення правовідносин як волевиявлення учасників цивільних відносин (у вигляді правочину, спеціально спрямованого на встановлення юридичних прав і обов'язків, або у вигляді здійснення «вольового вчинку», яким опосередковуються відносини творчості, комунікації тощо).

Слушною, на нашу думку, є твердження автора про те, що в умовах інформатизації суспільства та формування цифрового середовища, концепція правочинів може розглядатися, на нашу думку, з двох позицій: традиційного підходу та нового (інформаційного) підходу.

Цікавою є позиція автора про трансформацію категорії правочину внаслідок розвитку суспіль-

ства та виділення нового типу правочинів, а саме «ІТ-правочинів». Таке твердження є досить сміливим та заслуговує на увагу, враховуючи існування нині проблем, пов'язаних з використанням інформаційних технологій при підготовці та укладенні правочинів.

Також викликає інтерес позиція автора щодо визначення суб'єктного складу правочинів, а саме про його розширення в умовах розвитку інформаційних технологій, формування інформаційного суспільства, не лише за допомогою «традиційних» суб'єктів правовідносин (провайдери, виробники, користувачі/споживачі), але й «віртуальних підприємств», «віртуальних організацій», «віртуальних корпорацій», а також можливості визнання роботів учасниками (квазі-учасниками) даних правовідносин за певних умов (зокрема, у випадках, коли правочини, юридичні дії вчиняються ними на базі попередньої домовленості фізичних осіб-їхніх власників).

Монографія становить також інтерес, враховуючи те, що вона відображає авторську позицію щодо найбільш важливих сьогодні базових проблем впливу інформаційних технологій (Інтернету, блокчейну, смарт-контрактів тощо) на розуміння сутності правочину, визначення підстав та наслідків його недійсності.

Викладення матеріалів монографії характеризується логічністю, структура роботи в достатній мірі оптимальна, і в цілому досягається поставлена мета.

Ємність розкритих Давидовою Іриною Віталівною основних проблем правочинів та їх недійсності в умовах формування інформаційного суспільства дає можливість зробити висновок про досягнення нею поставленої мети написання монографії, зокрема, науковці та практики отримали науково обґрунтоване уявлення про категорію правочину та наслідків його недійсності в умовах формування інформаційного суспільства.

Результати та отримані висновки є достатньо аргументованими, їх достовірність зумовлена тим, що дослідження ґрунтується на широкій джерельній базі, яка включає нормативно-правові акти, спеціальну літературу, судові рішення.

Робота є комплексним дослідженням правочинів та їх недійсності в інформаційному суспільстві, визначаються особливості вчинення таких правочинів, підстави та умови визнання їх недійсними, наслідки недійсності тощо, що, в свою чергу, становить наукову цінність монографії.

Практичне значення результатів і висновків роботи полягає в тому, що вони можуть бути використані для подальших досліджень цивільно-правових проблем категорії правочину та концепції його недійсності в умовах формування інформаційного суспільства.

Отже, можна зробити висновок, що монографія Давидової І.В. «Правочини та їх недійсність в інформаційному суспільстві: теорія та практика» є актуальною, написана на високому професійному рівні, її висновки та положення науково обґрунтовані. Зазначена праця стане в нагоді науковим та науково-педагогічним працівникам, аспірантам, здобувачам вищої юридичної освіти та всім, хто цікавиться проблематикою правочинів та їх недійсності в сучасних умовах.

AD MULTOS ANNOS

ПРИВІТАННЯ ДОКТОРА ЮРИДИЧНИХ НАУК, ПРОФЕСОРА ХАРИТОНОВА ЄВГЕНА ОЛЕГОВИЧА З 70-РІЧЧЯМ

День народження. Наче, черговий, такий як і шерег інших. Але ні – ювілей (хоча і не класичний). І це не сумно, це щастя, прожити стільки років.

Привітання з днем народження передбачає, як правило, перелік гараздів, які бажаємо ювіляру і тих чеснот, які він має. На різних етапах життя ці побажання є різними: спочатку бажають бути слухняним, потім коханим, успішним, мудрим, здоровим... всупереч традиції, не бажатиму того, що вже маєш, що бажатимуть інші. Маю право побажати чудових свіжих промитих ранків, весняних, літніх, осінніх, зимових днів, романтичних вечорів, п'янких ночей, співів солов'я, цвіту бузку і такого гарного каштану, запаху опалого листя, тепла вогню у грубі... і задоволення від кожної хвилини життя в усіх його проявах. Радості, щастя, печалі, щему – бо це життя і воно прекрасне. А я все це поділю навпіл.

О. Харитонова

Булеца Сібілла Богданівна,
доктор юридичних наук, доцент
завідувач кафедри цивільного права та процесу
ДВНЗ «Ужгородський національний університет»

Шановний Євгене Олеговичу,

У цей святковий, світлий день, у цю прекрасну ювілейну днину, коли настав Ваш ювілей, вітання щирі прийміть від мене. Цей ювілей – ще не вечір, хоч 70 лягло на плечі.

Бог посилає у світ когось на страждання, когось – на нудьгу, когось – на сіре існування, а когось на радість усім. Ви належите до таких людей, які принесли радість багатьом людям, у тому числі й мені. Навколо Вас завжди іскриться чарівність і талант. З Вами стає зрозуміло, що життя набагато цікавіше, ніж ми думаємо.

Бажаю вам міцного здоров'я, щастя, благополуччя, подальших успіхів у будь-яких починаннях, щоденних справах, сміливих планах та сподіваннях, щоб надалі Вас підтримували та надихали рідні люди, розуміли та допомагали колеги, минали всі негаразди та непорозуміння. Хай доля збагачує вас життєвою мудрістю, енергією, натхненням та радістю сьогодення.

Хочу Вам подякувати за те, що багато років назад, а саме в 2003 році ви дали мені «путівку в наукове життя». Дякую за всі поради, за Ваш інтелектуальний внесок в моє бачення цивільного права, мабуть, навіть більше подяка Вам за таку моральну та психологічну підтримку протягом усіх років нашого знайомства. Ви для мене завжди були і будете «науковим батьком» і порадником. Продовжуйте нас радіти цікавимбаченням та підходом до теорії цивільного права.

Нехай душа у Вас ніколи не старіє, й слова подяки линуть звідусіль.

Хай буде радісним кожен наступний рік! А життя здається добрим дивом, нехай живеться легко і щасливо з коханою дружиною Оленою Іванівною, яка є підтримкою у всьому.

Благословенні будьте Богом і людьми!

Калаур Іван Романович,
д.ю.н., доцент, завідувач кафедри цивільного права і процесу
Тернопільського національного економічного університету

Вельмишановний Євгене Олеговичу!

Від імені колективу юридичного факультету Тернопільського національного економічного університету та від себе особисто маю честь привітати Вас з нагоди ювілею. Сьогодні квітуча весна золотими літерами у книгу Вашої долі вписала важливу дату – 70 років!

Нам, тернополянам, особливо приємно, що у пантеоні славних синів і дочок, які формують правову культуру української спільноти, першими вказують шлях до утвердження європейських засад у розвитку українського права, закладають підвалини демократичної, правової держави в Україні, виразне місце займаєте Ви, Євгене Олеговичу! Як визначний український правознавець, педагог і організатор вищої юридичної освіти України Ви є вченим широкого творчого діапазону, енциклопедичних знань та великої ерудиції. Своїми численними репрезентативними виданнями, котрі відзначаються високою науковістю, доступністю і методичною досконалістю, Ви розвиваєте національний правовий простір, слугуєте прикладом відданості улюбленій справі.

Понад чотири десятиліття Ваше наукове і творче життя пов'язане з розбудовою української юридичної науки, з педагогічною діяльністю на юридичному факультеті. Не вік визначає людину, а людина своїм життям визначає епоху. Ваше життя є зразком реалізації глибоких моральних принципів та дивовижної духовної організації. Ви сміливо пропагуєте впровадження ідеї європейськості у цивільне право України, філософію мудрості, благородства, високої професійності та відповідальності. Ваша праця – це питання не лише вільного вибору, а й доконечної суспільної потреби, праця в ім'я і благо України.

До свого 70-ліття Ви підійшли із багатим і щедрим ужинком як автор близько 600 наукових, навчально-методичних праць, під Вашим керівництвом підготовлено 6 докторів та понад 50 кандидатів наук. Ваша праця надихає, а чимало науковців та освітян завдячують своєму професійному становленню Вам, Євгене Олеговичу! Ваша багаторічна діяльність заслужено отримала високу оцінку з боку держави та наукової громадськості.

Прийміть слова вдячності за Вашу активну громадянську позицію, високий професіоналізм у підготовці новітніх кадрів для Української держави та за розвиток цивілістичної науки! Нехай невтомно служать людям Ваші розум та серце! Залишайтеся і надалі яскравою зіркою у світовому науковому просторі, незмінним провідником для української правової інтелігенції. Бажаємо Вам міцного здоров'я, невичерпної енергії і наснаги для втілення у життя всіх Ваших творчих задумів, а родинна злагода і добробут Вашої сім'ї дарували душевний спокій та гарний настрій.

Нехай Ваше мудре слово проростає в серцях Ваших учнів і колег квітами добра і любові!

Многая літа Вам, пане Професоре!

Кізлова Олена Сергіївна,
доктор юридичних наук, професор,
завідувач кафедри цивільного та господарського права і процесу
Міжнародного гуманітарного університету

Вельмишановний Євгене Олеговичу! Прийміть щиросердні, сповнені людської шани і поваги привітання з нагоди Вашого ювілею!

Мені дуже пощастило, що у свій час, у далекому 1990 році, доля звела мене з такою людиною як Ви, шановний Євгене Олеговичу. Ви стали для мене, для мого чоловіка і, вже, для мого сина більше ніж просто поважним Вчителем, який є скромною, інтелігентною людиною, талановитим педагогом, науковцем, вмілим організатором, який відкрив шлях в науку і в професійне життя, а й майже дорогим та рідним Чоловіком, з яким пов'язані дуже особисті та важливіші події в нашому житті це – і залік з римського права на першому курсі Одеського державного університету ім. І.І. Мечнікова, це семінарські заняття з цивільного права, які Ви вели в нашій групі, залік та іспит, який Ви приймали у нас разом з Ю.С. Червоним, це підготовка та захист кандидатської дисертації під Вашим керівництвом, це яскраві та інтересні роки

плідної праці на кафедрі цивільного права Юридичної академії, де Ви є завідуючим, це Ваше особливе ставлення до мене, коли в моєї родині сталося горе, що є найважливішим для мене, і, майже, як вишенька на торті, – докторантура, підготовка та захист докторської дисертації, знову такі, під Вашим талановитим керівництвом.

Ваші знання, талант організатора, невичерпна енергія, прагнення досягти досконалості у всьому, надвисоке почуття відповідальності, є прикладом для всіх нас, для студентів, колег, молодого, та і не тільки, покоління.

Ми пишаємося тим, що нам випала можливість працювати з Вами і досягати разом професійних висот.

Ваш ювілей, шановний Євгене Олеговичу, це час підбивати підсумки або, як кажуть, «збирати каміння». Час, коли можна перевести дух і озирнутися назад. Багато чого зроблено, отриманий величезний життєвий досвід, але Ви ще сповнені сил, душа молода, а значить, рано думати про відпочинок!

Бажаємо Вам не зупинятися на досягнутому, йти вперед до нових цілей, вести за собою інших. Нехай Вам щастить! Нехай Вас оточують і в усьому підтримують улюблені, близькі й віддані люди! Бажаємо Вам зберегти свою активну життєву позицію, юнацький запал і зрілу мудрість ще на багато років. Нехай доля шле Вам добро і щастя, міцне здоров'я та достаток, а віра, надія та любов будуть вірними супутниками на Вашому життєвому шляху. Нехай тепло і затишок родинної оселі надійно захищають Вас від негараздів, а в майбутньому на Вас чекає ще багато наповнених корисними справами і земними радощами років. Бажаємо Вам нових здобутків, незгасної енергії та невтомності в повсякденній відповідальній діяльності.

Дякую долі за те, що вона подарувала нам такого приголомшливого одного, який завжди поруч у важку хвилину, а також ділить з нами радості. З ювілеєм!

Майданик Роман Андрійович,
завідувач кафедри цивільного права
Київського національного університету імені Тараса Шевченка,
дійсний член (академік) Національної академії правових наук України,
доктор юридичних наук, профессор

Вельмишановний Євгене Олеговичу!

Від чистого серця вітаємо Вас з ювілеєм!

Ви – поцілована Богом особистість – науковець, поет, щиро люблячий і закоханий чоловік, мудрий наставник, толерантна і душевна людина.

Заслужено вважаємо Вас одним з лідерів і найавторитетніших представників Одеської юридичної школи.

Професіоналізм, відданість справі, працьовитість і наполегливість у досягненні поставлених цілей надали Вам змогу досягти переконливих успіхів у Вашій діяльності, що є вагомим чинником подальшого розвитку і майбутнього вітчизняної юридичної науки.

Ми пишаємося тим, що маємо можливість працювати з Вами. Прийміть слова глибокої вдячності за високий професіоналізм та активну участь у розвитку приватного права України.

Висловлюємо щиру вдячність за Вашу творчу, самовіддану працю та відповідальне ставлення до свого покликання.

Хай Ваше життя буде сповнене подальших перемог і здійснених мрій.

Зичимо Вам особистого щастя, подальших успіхів, життєвої енергії та наснаги у Вашій відповідальній та благородній справі! Нехай доля шле Вам добро і щастя, міцне здоров'я, а віра, надія та любов будуть вірними супутниками на Вашому життєвому шляху!

Русу Світлана Дмитріна,
доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри цивільного права та процесу Хмельницького університету управління та права

Для мене здобуття вищої освіти на юридичному факультеті Одеського державного університету ім. І. І. Мечникова почалося в 1992 р. із вивчення римського приватного права, яке викладав Євген Олегович Харитонов. Особливо запам'яталася методика викладання цієї дисципліни, за якою він нам диктував тестові завдання та записував на дошці римські сентенції, відповіді на які ми повинні були надати письмово наприкінці заняття. Усіх нас вражало досконале знання ним латинської мови та підтвердження кожного поняття сентенціями римських юристів.

Нашій спеціалізації «Правова робота в народному господарстві» пощастило бути першими, кому Євген Олегович почав викладати дисципліну «Рецепція римського приватного права» (1996 р.). Не можна не згадати черги студентів до його кабінету із рефератами з рецепції (на той час він вже очолював кафедру цивільного права і процесу).

Після закінчення Юридичного інституту Одеського державного університету ім. І. І. Мечникова (1997 р.) почався мій шлях науковця, в якому науковим Батьком став Євген Олегович Харитонов. Завдяки йому я навчилася викладати свої наукові думки та аналізувати позиції інших. Його повчання «Пиши так, щоб думка була викладена чітко та доступно для сприйняття іншими» я до сьогодні повторюю вже своїм учням.

Завдяки його цінним порадам та наполегливості до моєї наукової діяльності, нами протягом одного року було підготовлено дисертаційне дослідження на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук. Я була першим учнем, якого захищав Євген Олегович.

Пам'ятаю морозну ніч на 24 грудня 1998 р., коли Євген Олегович і Олена Іванівна приїхали уперше до Хмельницького, щоб підтримати мене на захисті дисертації. До сьогоднішнього дня у моїй пам'яті збереглися їх хвилювання та відчуття підтримки на захисті. Сьогодні це відчуття вже знайомо мені, оскільки на захисті учнів хвилюєшся більше ніж на своєму власному.

Цей день для мене пам'ятний також тим, що трьома цивілістами-романістами (Харитоновим Євгеном Олеговичем, Підопригорою Опанасом Андроновичем, Васильченком Василем Васильовичем) було обговорено тему мого майбутнього докторського дисертаційного дослідження «Рецепція деліктних зобов'язань римського приватного права в Україні».

До сьогодні пройшло п'ять років із дня захисту мною докторської дисертації. А начебто лише учора Євген Олегович і Олена Іванівна приїжджали до Києва; у цей день своїми цінними порадами та батьківською турботою підтримували мене.

Як людина видатних організаторських здібностей, Євген Олегович Харитонов постійно замається організацією написання підручників, посібників, коментарів, енциклопедій. При цьому він завжди запрошує до співпраці своїх учнів. Завдяки йому ми розширюємо свої знання, пізнаємо нові наукові сфери досліджень (від римського права до ІТ-права). Для мене він приклад людини з неабиякою працездатністю, яка постійно збагачує бібліотеки юристів новим науковим продуктом.

Євген Олегович є справжнім Батьком для своїх учнів. Він не лише навчає їх любові до науки, а й започатковує дружні відносини між ними. Його учні проживають у різних куточках України та завдяки йому спілкуються між собою та підтримують один одного.

Шановний Євгене Олеговичу, щиро вітаю Вас з ювілеєм!

Бажаю Вам міцного здоров'я, щастя, благополуччя, подальших успіхів у Ваших починаннях, щоденних справах, сміливих планах та сподіваннях. Хай Господь рясно благословляє Вас і збагачує Вас життєвою мудрістю, енергією, натхненням та радістю сьогодення.

З повагою та вдячністю, Світлана Гринько (Русу)

Шишка Роман Богданович,
д.ю.н., професор,професор кафедри інтелектуальної власностіі права Інституту інтелектуальної власностіта права
Національного університету «Одеська юридична академія»

ВИЗНАЧНА ПОСТАТЬ В ЮРИДИЧНІЙ НАУЦІ УКРАЇНИ

Так сталось, що ювілейна ХХ-та Міжнародна науково-практична конференцію з проблем римського права та його рецепцій , водночас збіглася із шануванням її засновника, видатного вченого цивіліста широкої компетентності та рівня знань і великих звершень, поета, будівничого, вмілого керівника, людини великої душі та букви, професійності, скромності та чуйності, толерантності, доктора юридичних наук, професора, член-кореспондента Національної академії правових наук України, Заслуженого діяча науки і техніки України, Заслуженого юриста України **Євгена Олеговича Харитонова**. Насамперед ще раз маю нагоду його привітати та висловити вдячність цій визначній людині в якої чимало запозичив. Студентом я побував на захисті його кандидатської дисертації , потім в асистентські роки завдяки співдружності харківських та одеських цивілістів мав нагоду зустрічатись на наукових форумах, навіть в один день захищався із однією з його вихованок метра – Н.О. Саніахметовою. Надалі наші наукові стежини пересікались і звертала на себе увагу постійно зростаюча обізнаність і різних проблемах права та цивільного права насамперед, наукова продуктивність: кількість коментарів, посібників, підручників, монографій, довідників постійно зростала не тільки кількісно, але і якісно. Наразі мало хто в Україні та на її теренах має такі результати в науковій та методичній діяльності. Тож не дарма Індекс Кірша і нього чи не один із кращих серед правників України.

В таку діяльність втягнута кафедра та інші цивілісти. З ним пов'язується відродження цивілістичної школи в Одесі де опора була на відомі цивілістичні осередки в Харкові та Києві, а згодом і становлення спеціалізованої вченої ради , у якій я, при підтримці кафедри цивільного права, мав честь у 2004 р. захищати дисертацію на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук і згодом був запрошений членом цієї спецради. Перебуваючи уже четверту каденцію в ній мав нагоду спостерігати більш близько за вихованцями, становленням кафедри, де один час і працював. Можна з впевненістю констатувати, що її керівник на своєму місці і кафедра впевнено розвивається.

Паралельно розвивалась школа римського права та школа цивілістики професора Харитонова. Її результативність вражає : посібники, коментарі, підручники, монографії, цікаві наукові заходи до чого більш потужні колективи цивілістів дійшли значно пізніше. При тому, що поетична натура та закоханість ювіляра радує нас і прекрасними рядками, заставляє переживати та радіти, вчитися словесності.

Тож ще раз із святом, здоров'я, добра, родинного затишку та розквіту Харитонових та подальших звершень.

ПАМ'ЯТІ ПРОФЕСОРА БАНАШАКА

Польська та європейська правова наука зазнали тяжкої втрати : 9 січня 2018 р. передчасно пішов з життя видатний польський правознавець, науковець зі світовим ім'ям професор Богуслав Банашак.

Ця втрата безпосередньо торкнулася й української правознавства, з яким проф. Банашак мав тривалі наукові та освітянські зв'язки, зокрема, будучи, з 2011 р. доктором «honoris causa» Київського університету права, активно сприяючи співпраці науковців та викладачів відділу адміністрації та права Зеленогурського університету, деканом якого він був, і факультету цивільної та господарської юстиції Національного університету «Одеська юридична академія» та ін. Саме за активної підтримки декана проф. Банашака у 2017 р. було започатковане читання студентам відділу адміністрації та права Зеленогурського університету курсу лекцій з цивільного та корпоративного права України, планувалася низка інших перспективних проектів, зокрема, створення Польсько-Українського Центру вивчення проблем цивільного права в умовах європейської інтеграції.

Редколегія «Часопису цивілістики» висловлює глибоке співчуття рідним та близьким, а також колегам, які мали честь бути знайомими, співробітничати з проф. Банашаком. На знак поваги до його пам'яті «Часописцивілістики» вміщує матеріали, присвячені життєвому шляху видатного правознавця.

9 stycznia 2018 r. **zmarł prof. zw. drhab. drh.c. multiBogusławBanaszak – twórcaiDziekanWydziałuPrawaiAdministracjiUniwersytetu Zielonogórskiego.** Wybitny konstytucjonalista, członek Rady Legislacyjnej przy Prezesie Rady Ministrów, członek tytularny Grupy Niezależnych Ekspertów do spraw Europejskiej Karty Samorządu Terytorialnego Rady Europy – Strasburg (Group of Independent Experts on the European Charter of Local Self-Government – Council of Europe), członek Europejskiej Komisji na rzecz Demokracji przez Prawo (tzw. Komisja Wenecka) oraz sędzia Trybunału Stanu.

Od 1992 r. stale współpracował ze służbami legislacyjnymi Parlamentu RP, jest autorem kilkudziesięciu ekspertyz dla Senatu i Sejmu. Był także członkiem Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Rodzinnego działającej przy Rzeczniku Praw Dziecka (od 2013 r.).

Profesor Bogusław Banaszak jest doktorem honoris causa Uniwersytetu w Pecs (Węgry – 2004), Uniwersytetu w Alba Julii (Rumunia – 2009), Uniwersytetu w Pitesti (Rumunia – 2010) i Kijowskiego Uniwersytetu Prawa (Ukraina 2011).

Zielonogórskie środowisko akademickie poniosło ogromną stratę...

Prof. dr hab. Bogusław Banaszak urodził się we Wrocławiu 3 lutego 1955 r. Jego rodzice byli lekarzami. Zainteresowania badawcze profesora to: prawo konstytucyjne, prawo parlamentarne, prawa człowieka. Był profesorem zwyczajnym Uniwersytetu Zielonogórskiego i Dziekanem Wydziału Prawa i Administracji (od 2014 r.) oraz profesorem Państwowej Wyższej Szkoły Zawodowej im. Witelona w Legnicy (od 2005 r.). Od 2014 r. kierował Katedrą Prawa Konstytucyjnego na UZ. W latach 1977-2014 był zatrudniony w charakterze pracownika naukowo-dydaktycznego na Wydziale Prawa Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego. Początkowo przez rok był asystentem stażystą, następnie asystentem i starszym asystentem. W 1983 r. obronił rozprawę doktorską i po uzyskaniu stopnia doktora nauk prawnych został w 1984 r. adiunktem. W 1991 r. zrobił habilitację. W 1994 r. został zatrudniony na stanowisku profesora nadzwyczajnego Uniwersytetu Wrocławskiego. W 1998 r. otrzymał tytuł profesora nauk prawnych. W latach 1999-2014 był profesorem zwyczajnym Uniwersytetu Wrocławskiego. W latach 2002-2014 kierował Katedrą Prawa Konstytucyjnego na Uniwersytecie Wrocławskim. W latach 1998-2008 był profesorem na Wydziale Prawa Europejskiego Uniwersytetu Viadrina (Frankfurt nad Odrą), gdzie kierował Katedrą Polskiego Prawa Publicznego, a w latach 1995–2005 profesorem Wyższej Szkoły Zarządzania i Marketingu we Wrocławiu. Od maja 2006 r. do maja 2010 r. przewodniczył Radzie Legislacyjnej przy Prezesie Rady Ministrów. Od kwietnia 2016 r. jest członkiem tej Rady.

Był redaktorem Przeglądu Prawa i Administracji wydawanego we Wrocławiu (1996-2008), Przewodniczącym komitetu redakcyjnego Przeglądu Legislacyjnego (od czerwca 2006 r. do czerwca 2010 r.), członkiem kolegiów (rad) redakcyjnych: Recht in Ost und West (Niemcy 1991-1998); Osteuropa Recht wydawanego w Kolonii (Niemcy) [od 1998 r.]; Humanistycznych Zeszytów Naukowych – Prawa Człowieka wydawanych w Katowicach (od 2000 r.); Studiów Wyborczych wydawanych w Łodzi (od 2006 r.), Közjogi Szemle kwartalnika wydawanego Budapeszcie (od 2008 r.), Annales Universitatis Apulensis. Series Jurisprudentia w Alba Julii – Rumunia (od 2008 r.), Pravo Ukrainy czasopisma wydawanego w Kijowie – Ukraina (od 2011 r.), Revista da Facultade de Direito de Sao Bernando do Campo – Sao Paulo, Brazylia (od grudnia 2011 r.), Commparative

Law Review (czasopismo Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu M. Kopernika w Toruniu – od czerwca 2013 r.). Radca Prawny. Zeszyty Naukowe (od listopada 2014 r.), Rocznika Stowarzyszenia Naukowców Polaków Litwy (od stycznia 2015 r.).

Był również Koordynatorem Szkoły Prawa Niemieckiego i Prawa Polskiego w latach 2002-2006 (wspólne przedsięwzięcie wydziałów prawa Uniwersytetu Wrocławskiego i Uniwersytetu im. Humboldta w Berlinie), w latach 2006-2014 był pełnomocnikiem Dziekana ds. tej Szkoły. Był członkiem zarządu (Steering Commitee) Euro-Faculty w Rydze (1992-1998). Pełnił funkcję Prorektora Wyższej Szkoły Zarządzania i Bankowości we Wrocławiu (1999-2002), Prodziekana Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii (2002 r.) oraz eksperta Państwowej Komisji Akredytacyjnej (2010-2014).

Był także członkiem korespondentem hiszpańskiej Królewskiej Akademii Nauk Moralnych i Politycznych (od 2010 r.) oraz Europejskiej Akademii Nauki, Sztuki i Literatury w Paryżu (od 2004 r.) oraz członkiem Komitetu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk (od 2011 r.).

Ponadto był członkiem: Rady Doradczej do spraw Praw Człowieka przy Ministrze Spraw Zagranicznych (2000-2001), Rady Programowej Centrum Studiów Wyborczych UŁ i UMK (od października 2008 r.), Międzynarodowego Dyrektoriatu Doradczego (Advisory Directorate International) Amerykańskiego Instytutu Biograficznego (od 2009 r.).

Był członkiem następujących towarzystw naukowych: Polskiego Towarzystwa Prawa Konstytucyjnego (od 2000 r.), Europejskiego Stowarzyszenia Prawa Wyborczego (od 2004 r.), Polskiego Stowarzyszenia Prawa Europejskiego (od 2004 r.), Societas Iuris Publici Europaei (międzynarodowe towarzystwo naukowe, siedziba zarządu – Getynga) (od 2003 r.), Rady Rzecznika Praw Obywatelskich (2006-2010) i członkiem honorowym Instytutu Prawa Interdyscyplinarnego Fakultetu Prawa Uniwersytetu w Porto (Portugalia) (od 2006 r.) oraz (od 2011 r.) członkiem Światowego Stowarzyszenia Prawników (World Jurist Association).

W ciągu ostatnich kilkunastu lat wygłosił ponad 120 wykładów gościnnych na ponad dwudziestu uniwersytetach europejskich (Austria, Niemcy, Portugalia, Szwajcaria, Węgry, Wielka Brytania, Hiszpania, Ukraina) i amerykańskich (USA, Brazylia, Chile, Ekwador, Meksyk), a w semestrze letnim 1994 r. był profesorem gościnnym na Uniwersytecie Wiedeńskim. Jest autorem lub współautorem blisko stu referatów wygłaszanych na międzynarodowych konferencjach naukowych (Austria, Brazylia, Chile, Francja, Litwa, Łotwa, Niemcy, Rumunia, Syria, Szwajcaria, Ukraina, Węgry, Włochy, Tajwan) oraz autorem ponad 300 prac naukowych, wśród których są monografie, podręczniki, komentarze i studia oraz artykuły. Kilkadziesiąt z nich opublikowano za granicą (na Węgrzech, w Austrii, Brazylii, Niemczech, Francji, Chile, Korei Południowej, Holandii, Rumunii, we Włoszech). Tłumaczył na język polski 9 książek prawniczych i kilkadziesiąt artykułów głównie z języka niemieckiego, a kilka z angielskiego.

Został oznaczony: Złotym Krzyżem Zasługi RP (2001 r.) i Krzyżem Kawalerskim Orderu Odrodzenia Polski (2008), niemieckim Federalnym Krzyżem Zasługi na Wstędze (2008) oraz Wielkim Krzyżem Zasługi Republiki Austrii (2000), Wielką Złotą Odznaką Honorową za Zasługi dla Republiki Austrii (2007), Austriackim Krzyżem Honorowym Nauki i Sztuki I klasy, a także Orderem Sprawiedliwości I Stopnia Światowego Stowarzyszenia Prawników (2011).

Został dwukrotnie wyróżniony Nagrodami Indywidualnymi Ministra Edukacji Narodowej: w 2000 r. za podręcznik Prawo konstytucyjne i w 2004 r. za wydane w języku niemieckim Wprowadzenie do polskiego prawa konstytucyjnego. W tym samym roku został też wyróżniony austriacką nagrodą im. Leopolda Kunschaka za badania nad prawem austriackim i prawem konstytucyjnym państw demokratycznych, a ponadto kilkunastoma przyznawanymi co roku nagrodami JM Rektora Uniwersytetu Wrocławskiego za osiągnięcia naukowe, dydaktyczne i organizacyjne.

Wypromował 36 doktorów (w tym 5 w Niemczech) i ponad 400 magistrów.

Piotr Mysiak, doktor prawa, prodziekan WydziałuPrawaiAdministracjiUniwersytetu Zielonogórskiego, Polska

Олена Харитонова, докор юридичних наук, професор, зав. кафедрою права інтелектуальної власності і корпоративного права Національного університету «Одеська юридична академія», Україна

We are deeply saddened to announce that ProfesorBogusławBanaszak – the founder and the Dean of the Faculty of Law and Administration of the University of ZielonaGóra passed away on 9th January, 2018. A distinguished constitutional law expert, a member of the Legislative Council at the Prime Minister's Office, a titular member of the Group of Independent Experts on the European Charter of Local Self-Government – the

Council of Europe- Strasbourg, a member of the European Commission for Democracy through Law (the so called Venice Commission) and a member of the State Tribunal.

Professor Banaszakwas a member of the Committee for Legal Sciences of the Polish Academy of Sciences (since 2011), a corresponding member of the Spanish Royal Academy of Moral and Political Sciences (since 2010) and a member of the European Academy of Sciences, Arts and Literature in Paris (since 2004). Since 1992 the Professor regularly cooperated with legislative services of the Polish Sejm and Senat, he is the author of several dozens of evaluation reports for the Polish Sejm and Senat. Hewas also a member of the Family Law Codification Committee at the Ombudsman for Children (since 2013).

Professor Banaszak was conferred the honorary doctorate (honoriscausa) of the University of Pecs (Hungary-2004), the University of Alba Julia (Romania-2008), the University of Pitesti (Romania-2010) and the Kiev University of Law (Ukraine- 2011).

The ZielonaGóra academic milieu has suffered a tremendous loss....

Professor BogusławBanaszak was born in Wrocław on February 3rd,1955. His parents were doctors. The Professor's research areas comprise: constitutional law, parliamentary law and human rights. Professor Banaszak held the title of full professor of the University of ZielonaGóra where was the Dean of the Faculty of Law and Administration there (since 2014) and the title of professor of the Witelon State Higher Vocational School in Legnica (since 205). Since 2014 He was the Head of the Chair of Constitutional Law of the University of ZielonaGóra. In the years 1977-2014 He worked as a lecturer and a researcher at the Faculty of Law, Administration and Economy of the University of Wrocław. He started as an assistant trainee, than an assistant lecturer and finally a senior assistant lecturer. He defended his doctoral thesis in 1983 and was conferred a degree of PhD at law. In 1984 the Professor was appointed assistant professor. In 1991 He was conferred a habilitation degree (a postdoctoral degree) and then in 1994 He was employed as associate professor at the University of Wrocław. Four years later the Professor crowned formally his academic career by receiving the title of Professor at Law and in 1999 He was nominated full professor of the University of Wrocław. In the years 2002-2014 He was the Head of the Chair of Constitutional Law of the University of Wrocław. In the years 1998-2008 He was Professor at the Faculty of European Law at the European University Viadrina in Frankfurt upon Oder where He was the Head of the Chair of Polish Public Law and from 1995 until 2005 He held the professor position at the Higher School of Management and Marketing in Wrocław. From May 2006 until May 2010 the Professor presided the Legislative Council at the Prime Minister's Office and since 2016 he has been a member of the Council.

From 1996 until 2008 the Professor was the editor of Law and Administration Review, and then from 2006 until 2010 he presided the editorial board of the Legislative Review and was a member of the following editorial boards: Recht in Ost und West (Germany 1991-1998), OsteuropaRecht published in Cologne (Germany) (since 1998), Humanistic-Scientific Fascicles – Human Rights published in Katowice (since 2000), Electoral Studies published in Łódź (since 2006), KozjogiSzemle (a quarterly published in Budapest (since 2008); AnnalesUniversitatisApulensis. Series Jurisprudentia in Alba Julia – Romania (since 2008), PravoUkrainy, a magazine published in Kiev-Ukraine (since 2011), Revista da Facultade de Direito de Sao Bernando do Campo-Sao Paulo, Brazil (since December 2011), Comparative Law Review (a magazine published by the Faculty of Law and Administration at M. Kopernik University of Toruń – since June 2013), Legal Counsel, Scientific Fascicles (since November 2014), Annual set of the Association of Polish Scientists in Lithuania (since January 2015).

Professor Banaszak was also a coordinator at the School of German and Polish Law and He held this function in the years 2002-2006 (a joint undertaking of the law faculties of the University of Wrocław and Humboldt University of Berlin); in the years 2006-2014 He was a the Dean's Proxy in charge of this school. He was a member of the Steering Committee of the Euro-Faculty in Riga (1992-1998) and held the position of the Deputy Rector of the Wrocław School of Management and Banking (1999-2002), the Deputy Dean of the Faculty of Law, Administration and Economy (2002) and an expert of the State Accreditation Committee (2010-2014).

The Professor was also a member of : the Human Rights Advisory Board of the Minister of Internal Affairs (2000-2001), the Program Board of Electoral Studies Centre (since October 2008) and the International Advisory Directorate of the American Biographical Institute (since 2009).

The Professor was a member of the following scientific associations: the Polish Constitutional Law Association(since 2000) , the European Association of Electoral Law (since 2004), the Polish Association of European Law (since 2004), SocietasIurisPubliciEuropaei (an international scientific association with the board's seat in Gottingen (since 2003), the Polish Ombudsman Council (2006-2010), a Honorary Member of

the Institute of Interdisciplinary Law at the Faculty of Law at the University of Porto (Portugal, since 2006), the European Association of Electoral Law (since 2004) and since 2011 a member of the World Jurist Association.

For the past several years the Professor delivered lectures in research facilities in Portugal, Switzerland, Hungary, Great Britain, Spain, Ukraine, Italy and Romania. He was a guest lecturer at universities in the United States of America, Brazil, Chile, Ecuador and Mexico and during the summer term of 1994 he was a guest professor of the University of Vienna. His research record also includes writing and co-writing of almost hundred papers presented at international scientific conferences in Austria, Brazil, Chile, Germany, Romania, Syria, Switzerland and apart from that, in France, Lithuania and Latvia, also in Hungary, Ukraine, Italy and Taiwan and he is the author of over 300 scientific papers including monographs, manuals, commentaries, studies and articles. Several dozens of the Professor's works were published abroad (in Hungary, Austria, Brazil, Germany, France, Chile, South Korea, Holland, Romania and Italy). The Professor has translated into Polish 9 legal books and several dozens papers, first of all from German as well as few from English.

The Professor received the Gold Cross of Merit of the Republic of Poland (2001) and the Knight's Cross of the Order of PoloniaRestituta(Order of Rebirth of Poland) (2008) and the Grand Cross of Merit of the Republic of Austria (2000), the Grand Gold Decoration of Honour for Services to the Republic of Austria (2007), the Austrian Cross of Honour for Services to Science and Arts I class. He was also honoured with the Order of Justice 1 degree by the International Bar Association (2011).

He was twice honoured with Individual Awards by the Minister of National Education. The awards were granted for the manual entitled Constitutional Law (2000) and for the German edition of the Introduction to the Polish Constitutional Law (2004). In the same year he was distinguished with the Leopold Kunschak Prize for His research on the Austrian law and constitutional law of democratic countries and furthermore, He was awarded several dozens awards granted annually by the Rector of the University of Wrocław for scientific, didactic and organizational achievements.

The Professor supervised 36 doctor's degree students (including 5 in Germany) and over 400 master's degree students.

НАУКОВЕ ЖИТТЯ

Piotr Mysiak,
doktor prawa, prodziekan Wydziału Prawai Administracji Uniwersytetu Zielonogórskiego, Polska

ВІЗИТ УКРАЇНСЬКИХ ЦИВІЛІСТІВ ДО ЗЕЛЕНОГУРСЬКОГО УНІВЕРСИТЕТУ

З 4 по 15 червня відбувся візит зав. каф. права інтелектуальної власності та корпоративного права НУ «ОЮА» проф. Олени Харитонової та зав.кафедрою цивільного права проф. Євгена Харитонова до Зеленогурського університету Республіки Польща, спрямований на поглиблення і зміцнення співробітництва у навчальній та науковій сферах між факультетом адміністрації та права згаданого університету і факультетом цивільної та господарської юстиції Національного університету «Одеська юридична академія».

У навчальній сфері на розвиток співробітництва, що почалося з 2017 р.,проф. Оленою Харитоновою, як «запрошеним професором»,було продовжене читання студентам факультету адміністрації та права Зеленогурського університету курсу лекцій з цивільного та корпоративного права України. Зокрема, відповідно до навчального плану були прочитані лекції на теми: «Odpowiedzialnost wladzy publicznej», «Prawo cywilne cz.1», «Prawo cywilne cz.2», «Gospodarka nieuruchomosciami».

Крім того, проф. Оленою Харитоновою та проф. Євгеном Харитоновим були проведені консультації зі студентами 3 року навчання відділу адміністрації та права Зеленогурського університету, які виконують дипломні роботи за наступними темами:1) Dominika Masionek: „Prawo do wypoczynku pracowników dołowych zatrudnionych w KGHM Polska Miedź S.A. w Lubinie”; 2) Kamil Szadiul: „Prawa autorskie twórców gry komputerowej, a Let’splay”; 3) Sandra Motylska: „Ochrona pracownika związana z rodzicielstwem”; 4) Aneta Czapulak: „Zawarcie małżeństwa w formie świeckiej.”; 5) Paulina Krakus: „Umowa o pracę, a umowy cywilnoprawne”; 6) Daniel Strzelecki: ,,Przejęcie długu przez osobę trzecią w polskim systemie prawnym”; 7) Natalia Kosiorowska: „Odszkodowania za błędy medyczne”; 7) Patrycja Marczewska: „Odpowiedzialność cywilna za szkody wyrządzone w okresie prenatalnym”; 8) Klaudia Rolińska: „Ograniczenie władzy rodzicielskiej w prawie polskim”; 9) Marta Bielińska: „Ochrona praw i dobra dziecka przy rozwodzie”; 10) Monika Puła: „Za młody, by pić”. Pozaprawne i prawne aspekty alkoholowego zespołu płodowego; 11) Aleksandra Rapiejko: „Wpływ rozwodu na sytuację prawnądziecka w prawie polskim”; 12) Dominik Bubieńczyk „Ochrona dóbr osobistych dziecka”; 13) Magdalena Brzyśkiewicz: „Odpowiedzialność cywilnoprawna za szkody wyrządzone przez zwierzę”.

Під час візиту відбулася також низка зустрічей українських правознавців з керівництвом факультету адміністрації та права Зеленогурського університету, завідувачем та викладачами кафедри цивільного права цього університету, у процесі яких були обговорені форми співробітництва у науковій та навчальних сферах, відбувся обмін досвідом викладання дисциплін цивілістичного циклу тощо.

ГРУПА ТЕХНІЧНОГО РЕДАГУВАННЯ

1. Гончаренко В.О. – Національний університет «Одеська юридична академія», доцент кафедри цивільного права, к.ю.н., доцент;
2. Давидова І.В – Національний університет «Одеська юридична академія», доцент кафедри цивільного права, к.ю.н., доцент;
3. Некіт К.Г. – Національний університет «Одеська юридична академія», доцент кафедри цивільного права, к.ю.н., доцент;
4. Омельчук О.С. – Національний університет «Одеська юридична академія», доцент кафедри цивільного права, к.ю.н., доцент;
5. Суха Ю.С. – Національний університет «Одеська юридична академія», доцент кафедри цивільного права, к.ю.н.;
6. Спасова К.І. – Національний університет «Одеська юридична академія», асистент кафедри цивільного права.

Відповідальний редактор К.Г. Некіт

Підписано до друку 16.07.2018 р. Формат 60х84/8. Ум.-друк. арк. 24,88.
Наклад 100 прим. Зам. № 1807-03.

Віддруковано у ПП «Фенікс»
(Свідоцтво суб'єкта видавничої справи ДК № 1044 від 17.09.02).
м. Одеса, 65009, вул. Зоопаркова, 25. Тел. (048) 7777-591.