

НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ  
«ОДЕСЬКА ЮРИДИЧНА АКАДЕМІЯ»

# Часопис ЦИВІЛІСТИКИ

НАУКОВО-ПРАКТИЧНИЙ  
ЖУРНАЛ

Випуск **36**



Видавничий дім  
«Гельветика»  
2020

ISSN 2522-4832

## РЕДАКЦІЙНА КОЛЕГІЯ

### ГОЛОВНИЙ РЕДАКТОР

**Харитонов Євген Олегович** – доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри цивільного права, Національний університет «Одеська юридична академія»

### НАУКОВИЙ РЕДАКТОР, ЗАСТУПНИК ГОЛОВНОГО РЕДАКТОРА

**Харитонova Олена Іванівна** – доктор юридичних наук, професор, завідувачка кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права, Національний університет «Одеська юридична академія»

### ВІДПОВІДАЛЬНИЙ СЕКРЕТАР

**Некіт Катерина Георгіївна** – кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри цивільного права, Національний університет «Одеська юридична академія»

## ЧЛЕНИ РЕДАКЦІЙНОЇ КОЛЕГІЇ:

**Голубєва Немі Юріївна** – доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри цивільного процесу, професор кафедри цивільного права, Національний університет «Одеська юридична академія»

**Давидова Ірина Віталіївна** – доктор юридичних наук, доцент, професор кафедри цивільного права, Національний університет «Одеська юридична академія»

**Завальнюк Володимир Васильович** – доктор юридичних наук, професор, проректор з навчально-методичної та виховної роботи, Національний університет «Одеська юридична академія»

**Ківалов Сергій Васильович** – доктор юридичних наук, професор, академік НАПрН України, Заслужений юрист України, професор кафедри адміністративного і фінансового права, Національний університет «Одеська юридична академія»

**Ківалова Тетяна Сергіївна** – доктор юридичних наук, професор, професор кафедри міжнародного права та порівняльного правознавства, Міжнародний гуманітарний університет

**Кізлова Олена Сергіївна** – доктор юридичних наук, професор, завідувач кафедри цивільного та господарського права й процесу, Міжнародний гуманітарний університет

**Колодін Денис Олексійович** – кандидат юридичних наук, доцент, декан факультету цивільної та господарської юстиції, Національний університет «Одеська юридична академія»

**Сафончик Оксана Іванівна** – доктор юридичних наук, доцент, професор кафедри цивільного права, Національний університет «Одеська юридична академія»

**Чанишева Аліна Рашидівна** – кандидат юридичних наук, доцент, професор кафедри цивільного права, Національний університет «Одеська юридична академія»

**Чанишева Галія Інсафівна** – доктор юридичних наук, професор, декан соціально-правового факультету, професор кафедри трудового права та права соціального забезпечення, Національний університет «Одеська юридична академія»

**Чобану Геннадій** – доктор, професор, Національний науково-дослідний інститут праці та соціального захисту (Бухарест, Румунія)

Рекомендовано до друку Вченою радою Національного університету «Одеська юридична академія» (протокол № 6 від 16 березня 2020 р.)

Збірник зареєстровано Міністерством інформації України: свідоцтво про державну реєстрацію друкованого засобу масової інформації КВ № 10996 від 15 лютого 2006 р.  
Включено до категорії «Б» Переліку наукових фахових видань України зі спеціальностей 081, 293 (юридичні науки):  
Наказ № 409 від 17.03.2020 р. Міністерства освіти і науки України.

«Часопис цивілістики» включено до міжнародної наукометричної бази Index Copernicus International (Республіка Польща).

## ЗМІСТ

<b>ПИТАННЯ ТЕОРІЇ</b> .....	5	<b>ЦИВІЛІСТИЧНІ ПРОБЛЕМИ ІТ-ПРАВА</b> .....	57
<i>Гуйван Петро Дмитрович</i> ТЕМПОРАЛЬНІ ХАРАКТЕРИСТИКИ ВОЛОДІННЯ ЧУЖИМ МАЙНОМ.....	5	<i>Некіт Катерина Георгіївна</i> ПЕРСОНАЛЬНІ ДАНІ ТА ІНДУСТРІАЛЬНІ ДАНІ ЯК ОБ'ЄКТИ ПРАВА ВЛАСНОСТІ: ОЦІНКА ПЕРСПЕКТИВ.....	57
<i>Завальнюк Сергій Володимирович</i> КЛАСИФІКАЦІЇ І ВИДИ ПРОГАЛИН У ЦИВІЛЬНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ.....	11	<i>Шульгін Андрій Артурович</i> ПРОБЛЕМИ АНОНІМНОСТІ ВЛАСНИКІВ ЕЛЕКТРОННИХ ГРОШЕЙ: ЮРИДИЧНИЙ АСПЕКТ.....	65
<i>Харитонов Євген Олегович,</i> <i>Харитонова Олена Іванівна</i> ПОЛІТИЧНІ ЦІННОСТІ І РЕКОДИФІКАЦІЯ УКРАЇНСЬКОГО ЦИВІЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА.....	18	<b>ЦИВІЛІСТИКА БЕЗ КОРДОНІВ</b> .....	70
<i>Чечерський Віктор Іванович</i> УДОСКОНАЛЕННЯ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПРИРОДНИХ ПРАВ ЛЮДИНИ НА ЖИТТЯ ТА НА РЕПРОДУКТИВНЕ ВІДТВОРЕННЯ.....	25	<i>Амелічева Лілія Петрівна</i> ЗАБОРОНА ДИСКРИМІНАЦІЇ ЗА ОЗНАКАМИ «ГЕНДЕРНА ІДЕНТИЧНІСТЬ» ТА «СЕКСУАЛЬНА ОРІЄНТАЦІЯ» У СВІТЛІ ТЕОРІЇ ПРАВ ЛЮДИНИ ТА КОНЦЕПЦІЇ ГІДНОЇ ПРАЦІ. 70	
<b>ПРАКТИЧНА ЦИВІЛІСТИКА</b> .....	30	<i>Нестерцова-Собакарь Олександра Володимирівна</i> РОЗУМІННЯ СУТНОСТІ ТА ЗМІСТУ ПРИНЦИПУ ЗМАГАЛЬНОСТІ ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУ ЗА СУДОВОЮ РЕФОРМОЮ 1864 РОКУ ТА ЦИВІЛЬНИМ ПРОЦЕСУАЛЬНИМ КОДЕКСОМ УРСР 1924 РОКУ.....	77
<i>Кушнерук Дмитро Володимирович</i> ПУБЛІЧНІ ЗАКУПІВЛІ ЯК ПІДСТАВА ВИНИКНЕННЯ ПРАВА ДЕРЖАВНОЇ ВЛАСНОСТІ.....	30	<i>Садикова Яна Михайлівна</i> ОСОБЛИВОСТІ ВЗАЄМВПЛИВУ ПРАВ ОСВІДОМОСТІ ТА ВИМОГ ДО ПРАВОВОГО СТАТУСУ СУБ'ЄКТІВ ДОКАЗУВАННЯ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ.....	82
<b>ПОРІВНЯЛЬНА ЦИВІЛІСТИКА</b> .....	35	<b>РЕЦЕНЗІЇ</b> .....	89
<i>Білоус Юрій Ігорович</i> СУБ'ЄКТНИЙ СКЛАД ДОГОВОРУ УМОВНОГО ДЕПОНУВАННЯ (ЕСКРОУ) В УКРАЇНІ ТА ІНОЗЕМНИХ КРАЇНАХ: ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ.....	35	<i>Харитонова Олена Іванівна</i> РЕЦЕНЗІЯ НА МОНОГРАФІЮ ЯКУБІВСЬКОГО ІГОРЯ ЄВГЕНОВИЧА «НАБУТТЯ, ЗДІЙСНЕННЯ ТА ЗАХИСТ МАЙНОВИХ ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ В УКРАЇНІ» <sup>1</sup> .....	89
<b>ПРАВА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ</b> .....	40	<b>ЗАРУБІЖНІ ЗВ'ЯЗКИ</b> .....	91
<i>Колосов Руслан Віталійович</i> КОРПОРАТИВНІ ПРАВА В УКРАЇНСЬКОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ: ПОНЯТТЯ ТА ЗМІСТ.....	40	<i>Ramón Terol Gómez</i> EUROPEAN UNION REGULATION OF STATE AIDS AND PROFESSIONAL FOOTBALL (PART 2).....	91
<i>Коротун Олена Миколаївна</i> ЗАГАЛЬНІ ПІДХОДИ ДО ВИЗНАЧЕННЯ КОЛА СУБ'ЄКТІВ ЮРИДИЧНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ПОРУШЕННЯ ОБ'ЄКТІВ АВТОРСЬКОГО ПРАВА ТА СУМІЖНИХ ПРАВ У МЕРЕЖІ ІНТЕРНЕТ.....	45		
<i>Токарева Віра Олександрівна</i> ЩОДО ПИТАННЯ ЗАХИСТУ ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ.....	51		

## CONTENTS

<b>THEORETICAL ISSUES</b> .....	5	<b>IT LAW CIVIL PROBLEMS</b> .....	57
<i>Guyvan Petro</i>		<i>Nekit Kateryna</i>	
TEMPORAL CHARACTERISTICS		PERSONAL DATA AND INDUSTRIAL DATA	
OF HOLDING ANOTHER'S PROPERTY.....	5	AS OBJECTS OF OWNERSHIP: EVALUATION	
<i>Zavalniuk Serhii</i>		OF PERSPECTIVES.....	57
CLASSIFICATIONS AND TYPES OF GAPS		<i>Shulgin Andrew</i>	
IN CIVIL LEGISLATION.....	11	ANONYMITY OF OWNERS OF DIGITAL	
<i>Kharytonov Yevhen, Kharytonova Olena</i>		CURRENCY PROBLEMS:	
POLITICAL VALUES		LEGAL ASPECT.....	65
AND RECODIFICATION		<b>CIVIL LAW WITHOUT BORDERS</b> .....	70
OF UKRAINIAN CIVIL LEGISLATION.....	18	<i>Amelicheva Liliia</i>	
<i>Checherskiy Viktor</i>		PROHIBITION OF DISCRIMINATION	
IMPROVEMENT OF CIVIL LEGAL		BASED ON "GENDER IDENTITY"	
REGULATION OF NATURAL HUMAN		AND "SEXUAL ORIENTATION"	
RIGHTS TO LIFE AND REPRODUCTIVE		IN THE CONTEXT OF HUMAN	
PROCREATION.....	25	RIGHTS THEORY AND THE CONCEPT	
<b>PRACTICAL CIVIL LAW</b> .....	30	OF DECENT WORK.....	70
<i>Kushneruk Dmytro</i>		<i>Nestertsova-Sobakar Oleksandra</i>	
PUBLIC PROCURMENT		UNDERSTANDING THE ESSENCE	
AS THE BASIS FOR THE EMERGENCE		AND CONTENT OF THE PRINCIPLE	
OF STATE OWNERSHIP.....	30	OF COMPETITIVENESS OF THE CIVIL	
<b>COMPARATIVE CIVIL LAW</b> .....	35	PROCESS UNDER THE JUDICIAL	
<i>Bilous Yuriy</i>		REFORM OF 1864 AND THE CIVIL	
SUBJECT COMPOSITION OF A CONDITION		PROCEDURE CODE OF THE UKRAINIAN	
OF CONDITIONAL DEPOSITION		SSR IN 1924.....	77
AGREEMENT (ESCROW) IN UKRAINE		<i>Sadykova Yana</i>	
AND FOREIGN COUNTRIES:		FEATURES OF INTERACTION	
COMPARATIVE LEGAL ASPECT.....	35	OF LEGAL CONSCIOUSNESS	
<b>INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS</b> .....	40	AND REQUIREMENTS TO THE LEGAL	
<i>Kolosov Ruslan</i>		STATUS OF SUBJECTS OF EVIDENCE	
CORPORATE RIGHTS IN UKRAINIAN		IN THE CIVIL PROCESS.....	82
LEGISLATION: CONCEPT AND CONTENT.	40	<b>REVIEWS</b> .....	89
<i>Korotun Olena</i>		<i>Kharytonova Olena Ivanivna</i>	
COMMON APPROACHES TO DETERMINING		REVIEW OF THE MONOGRAPH	
THE SCOPE OF LEGAL LIABILITY		BY YAKUBIVSKYI IHOR YEVHENOVYCH	
FOR INFRINGEMENT OF COPYRIGHT		"ACQUIRING, IMPLEMENTING	
AND RELATED RIGHTS		AND PROTECTING INTELLECTUAL	
ON THE INTERNET.....	45	PROPERTY RIGHTS IN UKRAINE".....	89
<i>Tokareva Vira</i>		<b>FOREIGN RELATIONS</b> .....	91
FOR THE PROTECTION OF INTELLECTUAL		<i>Ramón Terol Gómez</i>	
PROPERTY RIGHTS.....	51	EUROPEAN UNION REGULATION	
		OF STATE AIDS AND PROFESSIONAL	
		FOOTBALL (PART 2).....	91

## ПИТАННЯ ТЕОРІЇ

УДК 347.4

DOI <https://doi.org/10.32837/chc.v0i36.193>

**Гуйван Петро Дмитрович,**

кандидат юридичних наук, заслужений юрист України,

професор Полтавського інституту бізнесу

ORCID <https://orcid.org/0000-0003-3058-4767>

### ТЕМПОРАЛЬНІ ХАРАКТЕРИСТИКИ ВОЛОДІННЯ ЧУЖИМ МАЙНОМ

**Постановка проблеми.** Багатогранність цивільно-правових відносин породжує різноманітні матеріальні права та обов'язки їхніх учасників. Так, зобов'язання можуть полягати у передачі товару, сплаті грошових коштів, виконанні робіт, наданні послуг, відшкодуванні шкоди тощо. Виконання такого зобов'язання боржником в одних випадках (наприклад, надання послуг) не впливає на речові права сторін, в інших – може відбуватися перехід права власності на товар чи кошти. Навпаки, невиконання зобов'язання досить часто позбавляє кредитора можливості отримати майно. Що ж при цьому відбувається з суб'єктивним речовим правом на таке майно? Законодавство України не акцентує уваги на стані правового титулу такого майна, але наявні цивілістичні дослідження дають підстави вважати, що відповідь на це питання значною мірою залежить від того, чи є особа, котра мусить передати майно, його власником.

З огляду на лаконічність чинного законодавства аналіз сутності повноважень незаконного фактичного володільця сьогодні відбувається переважно в доктринальній площині. Отже, після вибуття із володіння речі від власника або титульного володільця безвідносно до спливу позовної давності майно перебуває у незаконного набувача. Яке право він має на це майно та чи підлягає таке право захисту у разі порушення володіння? На жаль, хоча ці питання і отримали належне висвітлення у цивілістичній науці, однозначної відповіді на них немає, отже, вони потребують подальшого детального дослідження. Відсутність юридичної регламентації такої окупації виведе відповідні відносини за межі правового регулювання, призведе до проявів самоуправства. З іншого боку, необхідно встановити поря-

док та способи здійснення належної поведінки учасників цих відносин.

**Стан дослідження теми.** У наукових роботах цивілістів питання щодо володіння чужим майном зазвичай пов'язується з можливістю набуття певного права в результаті подібної окупації. Зокрема, окремі аспекти набуття права власності за давністю володіння чужим майном детально вивчалися такими науковцями, як Г.Ф. Шершеневич, Д.І. Мейєр, І.Б. Новицький, Б.Б. Черепакін, К.І. Скловський, Г.А. Гаджієв, А.І. Авласевич, В.І. Цікало, В.П. Маковій та інші. Однак окремі питання залишаються не зовсім дослідженими, отже, сучасне законодавство не дає чіткої відповіді на деякі запити реальної практики. До прикладу, не визначено правове становище володільця, коли передача майна передбачена договором, але такого виконання не відбувається. Таким чином, виникає питання: чи можна застосовувати до подібних випадків правовий режим утримання чужої речі? Також не набули однозначної оцінки сутнісні характеристики правопорушення речового права у разі неправомірної, але добросовісної окупації майна. Все це має істотний вплив на результативність нетитульного володіння і визначає належний наслідок – пожвавлення матеріального обороту як елементу побудови ринкового суспільства. Дослідження цього питання та напрацювання концептуальних рекомендацій щодо реальної природи без титульного володіння чужою річчю як одного із способів набуття власності становить мету нашої статті.

**Виклад основного матеріалу дослідження з повним обґрунтуванням отриманих наукових результатів.** В класичній цивілістиці свого часу було запроваджено поняття так званого посесорного володіння, яке характеризує лише сам

процес окупації речі, незалежно від прав на майно та способу його отримання (*possessio*). Для захисту володіння у посесорному порядку застосовувалися три категорії інтердиктів: про утримання існуючого володіння, про повернення насильно чи потай втраченого та про встановлення володіння вперше [1, с. 11]. Древні римляни взагалі відмежовували такий майновий стан від власності, стверджуючи, що між ними немає нічого спільного (*nihil commune habet proprietatis cum possessione*, Ульпіан) [2, с. 78]. Згідно з цією концепцією, якщо річчю володіє її власник, він також має оцінюватися винятково з позицій, які визначають порядок володіння. Тобто йому притаманні ті ж ознаки, що і будь-якій іншій особі, котра у зв'язку з титулом або без такого має владу над певним майном. У дореволюційній Росії теорія посесорного захисту (кожен має право захищати своє володіння судом) набула поширення наприкінці 19 століття [3, с. 531].

Між тим, якщо продовжити дослідження цієї класифікації, можемо зробити висновок, що володіння навіть самим власником річчю, яка йому належить, не завжди має правомірний характер. Так, продавець, який своєчасно не передав товар покупцеві, продовжує утримувати майно, попри те, що він не має такого права. При цьому статус цього суб'єкта не змінився: особа, що не виконала обов'язку передати майно, продовжує бути його власником чи належним володільцем. Навіть той факт, що від часу правопорушення виникає охоронне відношення, за яким носій порушеного суб'єктивного права може, зокрема, вимагати примусового виконання такого обов'язку від боржника, не змінює стану речей. Якщо віритель не здійснить примусовий захист шляхом виконання обов'язку в натурі, то після втрати цієї можливості зі збігом позовної давності майно продовжуватиме перебувати у боржника, а юридичний титул володіння не зміниться. І хоча у боржника залишається обов'язок передати майно кредиторіві (після спливу позовної давності зобов'язання не припиняється, ч. 1 ст. 267 ЦКУ), український закон прямо не кваліфікує подібне утримання майна як набуття чи збереження без достатньої правової підстави (ст. 1212 ЦКУ).

Здавалося б, це не зовсім узгоджується із спрямованістю законодавчого правила. Дійсно, після закінчення строку виконання зобов'язання щодо передачі майна іншій особі у власність перебування речі у боржника не ґрунтується на правових підставах. Якщо вже казати точніше, така підстава у нього була (він набув колись право власності

у встановленому порядку), але із простроченням виконання – відпала. Оскільки закон не каже про набуття чи збереження тільки чужого майна, тож цілком можливо текст цієї норми інтерпретувати і у такий спосіб: неправомірним є збереження свого власного майна у разі невиконання речового зобов'язання, збагатившись таким чином за рахунок іншої особи. Як бачимо, ситуація цілком адекватна поняттю «незаконне збереження майна у себе за рахунок іншої особи».

Однак з такими висновками не погоджується більшість дослідників та судова практика, котрі не вважають можливим застосовувати норми гл. 83 ЦК України у разі невиконання обов'язку щодо передачі майна. І така позиція може бути цілком прийнятною, але за однієї умови: положення статті 1212 Цивільного кодексу не повинні регулювати відносини, що виникли з договорів. І хоча ця норма не у всіх свої проявах має класичний вигляд речового позову *erga omnes* (стосовно всіх), вона, безперечно, покликана забезпечувати захист власності [4, с. 442–443]. З урахуванням викладеного це законодавче правило слід відкоригувати, усунувши розмитість його формулювань. Для цього, по-перше, необхідно замінити «гумовий» термін «за рахунок іншої особи» на більш конкретний «чуже», який точніше характеризує статус майна, по-друге, можна однією фразою сформулювати визначення чужого майна, а по-третє, обов'язково вилучити п. 3) ч. 3. Цієї статті (що дасть можливість не застосовувати положення гл. 83 ЦКУ до таких, наприклад, випадків, коли одна із сторін, виконавши зобов'язання і втративши інтерес чи можливість отримати зустрічне, вимагає повернення свого виконання). Тільки в такому разі коментоване правило буде стосуватися захисту саме речового права, а не дублювати охоронні механізми у зобов'язальних відносинах. Під час здійснення таких нормативних змін отримаємо однозначне правило, яке характеризуватиме правовий стан майна, що було об'єктом виконання зобов'язання, після прострочення. У кредитора в такій ситуації виникає не речове, а зобов'язальне право на майно, яке йому не передали на виконання договору. А речове право продовжує належати несправному боржникові.

Децо по-іншому складається природа взаємин, коли за цивільно-правовим договором боржникові надавалося майно у користування і воно не було своєчасно повернуто, або якщо відбулося порушення речового права володіння. Такі ситуації, що впливають з невиконання цивільно-

правового зобов'язання (скажімо, під час неповернення майна за договором позички) чи порушення речового права власника (наприклад, шляхом вибуття майна від власника проти його волі), є досить поширеними. Тут також утримання майна не має законних підстав і є порушенням права іншої особи: у першому з наведених випадків володіння, що ґрунтувалося на правочині, скінчилося, а подальше утримання речі слід кваліфікувати як таке, що не має правомірного обґрунтування. У другому ж – володіння невластника буде неправомірним від самого початку.

На відміну від ситуації, описаної вище, фактичний володільць неправомірно утримує не свою річ, а чужу, яка належить на певному титулі іншому суб'єктові. При цьому, здавалося б, статус суб'єктів не повинен змінитися: останній із втратою речі не перестає автоматично бути власником, а фактичний володільць і поготів не стає власником майна, попри те, що утримує його. Втім, якби останнє твердження було беззаперечною істиною, суспільство неодмінно зіштовхнулося б з вибуттям значної кількості майна з цивільного обороту. Адже у разі, коли власник з якоїсь причини (не може чи не хоче) не витребує свою річ, особа, що утримує її, буде як завгодно довго здійснювати повноваження володіння та користування, але не зможе вступати у зобов'язальні відносини з приводу цього майна. Такий варіант навряд чи був би на користь стабілізації майнових суспільних відносин, і законодавства різних часів переймалися цією проблемою, намагаючись її розв'язати шляхом мінімізації втрат з боку як власника, так і набувача. Цей підхід виглядає цілком розумним: закон визначає правовий статус втраченої власником речі по-різному, виходячи із наявних чинників, зокрема, суб'єктивного характеру. Тож тут ми вже не можемо казати про незмінність відповідного майнового статусу після правопорушення.

Якщо майно перебуває у особи, що незаконно вилучила його у власника чи титульного володільця або іншим шляхом набула, не маючи належних підстав для даного набуття, прийнято кваліфікувати такого утримувача як незаконного (нетитульного) володільця. Історично поняття незаконного володіння оцінювалося не однозначно. Наприклад, Г.Ф. Шершеневич вважав, що законне володіння ґрунтується на якомусь юридичному факті, котрий за законом зумовлює спосіб набуття власності, але у даному разі, з огляду на відсутність тієї чи іншої передумови, не створив його. Так, зазначив вчений, якщо одна особа отримала від іншої

в якості дарунку річ, але сам дарувальник не мав права власності, тож і не міг її передати, набувач має тільки володіння, а не право власності, але володіння законне, бо в його основі лежить дарування [5, с. 154–155]. Приблизно так же розцінювали придбання майна з дефектом права відчужувача й інші радянські та сучасні цивілісти [6, с. 222–224; 7, с. 17, 21].

Однак така позиція не отримала нормативної підтримки, і в подальшому були напрацьовані точні критерії терміну «незаконне (нетитульне) володіння» [4, с. 445]. При цьому в правовій літературі та цивільному законодавстві вже досить давно проведено розподіл незаконного володіння на добросовісне та недобросовісне. Зокрема, ще у римському праві, кваліфікація володіння як добросовісного чи недобросовісного встановлювалася залежно від того, усвідомлював (мав усвідомлювати) набувач сам факт протиправності володіння річчю чи ні [8, с. 80]. Добросовісним згідно з цією класифікацією є таке володіння (*possessio bonae fidei*), коли суб'єкт не знав і не міг знати про те, що він володіє чужою річчю. Прикладом подібного незаконного володіння майном може бути ситуація, коли покупець не мав жодних підстав вважати, що купує річ, яка не належить продавцеві. Отже, добра совість особи – це такий стан її волі, який характеризується вибачливим незнанням про об'єктивні перешкоди для досягнення поставленої юридичної мети, зокрема придбання приватного права [9, с. 81]. Відповідно, недобросовісний володільць (*malae fidei possessor*) знає або мусить знати, що він володіє чужим майном. Отже, наразі саме критерій добросовісності надає істотного значення претензіям учасників даних взаємин на набуття чи збереження приватного речового права.

Та самого формулювання правових дефініцій ще замало: часто буває необхідно встановити конкретний їхній зміст з урахуванням тих чи інших особливостей певної ситуації, що склалася. Так, із наведених визначень можна припустити, що набувач має вважатися недобросовісним і у випадках, коли він спершу на законних підставах отримав майно (наприклад, за правочином), але потім вказані підстави припинилися і воно не було повернуте. Втім, на нашу думку, доктринальне визначення недобросовісного незаконного володільця не слід тлумачити так широко. І ось чому.

Власник може вимагати повернення йому майна, яке неправомірно знаходиться у інших осіб, з допомогою або зобов'язально-правових,

або спеціальних речово-правових засобів захисту. При цьому реалізується фактично однаковий позовний механізм здійснення охоронної вимоги, адресованої конкретному порушнику. Адже, хоча регулятивні права власності мають абсолютний характер, права та обов'язки, що виникають за умови їхнього порушення, яким притаманні певні вимоги до конкретного порушника, є відносними, тобто управненій особі відповідає визначений зобов'язаний суб'єкт. Таким чином, домагання завжди є відносним суб'єктивним правом. Що ж стосується матеріально-правових показників захисту порушеного права володіння, то вони в окремих випадках можуть суттєво відрізнятися. Фактор незаконного володіння чужим майном визначає лише певну подібність, але не тотожність способів захисту речового права (власності, титульного володіння), що впливають з порушення абсолютного та відносного правовідношення [10, с. 102]. Так, кредитор, якому не повернули належну йому річ після закінчення дії цивільного договору, не може застосовувати ввідикаційні вимоги, а мусить скористатися зобов'язально-правовими способами судового захисту. Натомість особа, право володіння якої припинилося в результаті порушення речового права, здебільшого здійснює захист шляхом витребування свого майна із чужого незаконного володіння (ст. 388 ЦКУ).

Окрім вказаних вище, маємо також різні сутнісні характеристики суб'єктів правопорушення у речовому та зобов'язальному правовідношеннях. За умови неповернення майна, набутого за договором, порушник є чітко відомий від самого початку взаємодії – це контрагент правоволодільця. Саме до нього адресуються позовні вимоги, а давнісний строк за ними починається відразу після невиконання обов'язку повернути річ. Водночас, як впливає із змісту ст. 388 ЦКУ, ввідикаційне домагання спрямовується особі, що без належних правових підстав отримала чуже майно. Тобто порушником речового права закон вважає суб'єкта, котрий добросовісно чи недобросовісно незаконно володіє майном, а не тільки і не стільки особу, яка безпосередньо вчинила дії з припинення можливості реалізації власником своїх речових прав. Остання може розумітися як порушник, лише коли вона продовжує утримувати річ. Таким чином, з урахуванням положення ч.1 ст.261 ЦК про те, що перебіг позовної давності може починатися від дня, коли потерпілий дізнався про особу, яка пору-

шила його право, адресат позовного домагання може не бути відомим на момент порушення.

З огляду на викладене можемо дійти висновку, що класифікаційний поділ осіб, володіння майном яких не спирається на правовий титул, на добросовісних та недобросовісних, реально стосується лише відносин, що регулюються речово-правовими нормами. Що ж стосується статусу незаконного недобросовісного володільця у особи, котра заволоділа чужим майном на підставі договору та не повернула його вчасно, то надання такому суб'єктові додаткової кваліфікаційної ознаки буде зайвим, бо ніяк не вплине на його правове положення. Отже, аби не змішувати його з порушником речового права, вважаємо визначення «незаконний володілець» достатнім для характеристики його як особи, що неправомірно володіє чужим майном в результаті невиконання зобов'язання. Натомість поділ незаконного володіння у речово-правових відносинах на добросовісних та недобросовісних має більш суттєве практичне значення, оскільки від цього залежить можливість застосування відповідних правил цивільного законодавства, наприклад, щодо задоволення ввідикаційних позовів.

Питання про значення, зміст та долю суб'єктивного права протягом перебігу незаконного володіння, в тому числі і після закінчення строків для судового захисту, тісно пов'язане з проблемою визначення титулу майна, яке належить одній особі, але знаходиться у іншій. Правовий титул, за яким перебуває майно у фактичного володільця, вирішує дуже багато. Зокрема, він визначає, чи підлягає взагалі юридичному захисту таке володіння, а якщо так, то з якого моменту, у який спосіб і з яких підстав це має відбуватися.

Свого часу вже були здійснені спроби щодо впорядкування законодавства у зазначеній царині. Щоправда, вони стосувалися лише правового становища речі та особи, котра її утримує, вже після погашення права на позов до неї про відібрання такого майна. У цивілістиці пропонувалося їх визначати з урахуванням відомого правила, котре нині закріплене у ч. 1 ст. 267 ЦКУ. У застосуванні до нашої ситуації воно виглядає так: нетитульний володілець зобов'язаний повернути річ власникові, і цей обов'язок не припиняється із втратою останнім позовного домагання. Якщо таке зобов'язання буде вчинене добровільно, то таке виконання є належним. При цьому вказаний припис зазвичай тлумачився розширено. Аби усунути розмежування між домаганнями із зобов'язального та із речового права,



пропонувалося вживати слово «зобов'язання» в широкому розумінні у сенсі цивільно-правового обов'язку [11, с. 7]. Сьогодні подібна юридична конструкція закріплена, наприклад, у ст. 400 українського Цивільного кодексу.

Водночас розуміння правового статусу нетитульного володільця винятково як цивільного обов'язку очевидно є завузьким. Трапляється, що майно надходить до власника після спливу позовної давності за вимогами про його повернення не в результаті передачі самим володільцем: воно відібране власником, надійшло випадково або від третіх осіб тощо. В такому разі немає правових підстав застосовувати положення ч. 1 ст. 267 ЦКУ. Відбувається припинення фактичного володіння поза волею володільця. Залежно від того, як повинен кваліфікуватися правовий титул незаконного володіння, буде вирішуватися і питання про його юридичні характеристики та наслідки такого припинення володіння. Крім того, відносини щодо безпідставного володіння чужим майном відбуваються не тільки після спливу, а й протягом перебігу тривалості позовного домагання власника, і на них положення коментованої норми взагалі не поширюються.

**Висновки з дослідження та перспективи подальших розвідок у цьому напрямі.** З проведеного дослідження можемо зробити певні висновки. Можна стверджувати про наявність у сучасному українському цивільному законодавстві правової підстави для нетитульного володіння чужою річчю. Це і не дивно. Адже з положень глави 31 ЦКУ, котра веде мову про регулювання нормативно санкціонованого права володіння чужим майном, ніяк не слідє її застосування винятково до титульних володільців. Отже, за великим рахунком, нетитульне володіння чужою річчю може бути віднесене до інших речових прав в контексті змісту статті 395 ЦКУ. А відповідно до ст. 396 Цивільного кодексу вказані у попередній нормі суб'єкти вправі захистити свої права усіма законними способами, в тому числі і від власника. В цьому контексті єдино продуктивним виглядає цивілістичний посил, згідно з яким чинні правові акти покликані регулювати не якесь абстрактно існуюче, випадкове явище, об'єктивний стан матерії, а конкретний соціально допустимий рівень взаємодій, які, хоча і виникли всупереч праву, з огляду на їхню специфіку заслуговують на нормативну забезпеченість та охорону.

#### ЛІТЕРАТУРА:

1. Бочкарев Ю.А. Защита владения и права владения в гражданском праве России : автореф. дисс. .... канд. юрид. наук. 12.00.03 Волгоград, 2007. 22 с.
2. Новицкий И.Б. Римское право. Издание 6-е, стереотипное. Москва : 1997. 245 с.
3. Тютрюмов И.М. Законы гражданские с разъяснениями Правительствующего Сената и комментариями русских юристов. Составил И.М. Тютрюмов. Книга вторая. Москва : Статут, 2004. 603 с.
4. Гражданское право. Учебник. Часть I. Издание второе, переработанное и дополн. / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. Москва : Проспект, 1997. 784 с.
5. Шершеневич Г.Ф. Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.). Москва : Спарк, 1995. 556 с.
6. Черепашин Б.Б. Виндикационные иски в советском праве. Труды по гражданскому праву. Москва, 2001. С. 171–224.
7. Богачева Т.М. Признание добросовестного владения как способ защиты гражданских прав : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Москва, 2007. 22 с.
8. Омельченко О.А. Римское право. Изд. 2-е, исправ. и допол. Москва : ТОН. Остожье, 2000. 208 с.
9. Скловский К.И. Применение норм о доброй совести в гражданском праве России. *Хозяйство и право*. 2002. № 9. С. 79–94.
10. Стоякин Г.Я. Правовосстановительные санкции как меры защиты субъективных гражданских прав. *Гражданское право и способы его защиты. Сборник ученых трудов*. Вып. 33. Свердловск, 1974. С. 101–111.
11. Попов Б.В. Исковая давность. Текст и комментарий к ст. ст. 44-51 Гражданского кодекса РСФСР. Москва : Право и жизнь, 1926. 32 с.

**Гуйван Петро Дмитрович**

#### **ТЕМПОРАЛЬНІ ХАРАКТЕРИСТИКИ ВОЛОДІННЯ ЧУЖИМ МАЙНОМ**

Ця наукова праця присвячена дослідженню актуального питання стосовно правових підстав та результативності нетитульного володіння як належного юридичного явища та оформлення суспільно очікуваного результату – поживавлення матеріального обороту як елементу побудови ринкового суспільства. Проаналізовано різні аспекти сутності повноважень незаконного фактичного володільця. Визначено правове становище володільця, коли передача майна передбачена договором, але такого виконання не відбувається, з'ясовано можливість застосування до подібних випадків правового режиму утримання чужої речі. Запропоновані істотні зміни до чинного українського законодавства, які виключають змішування речових та зобов'язальних механізмів регулювання відносин щодо нетитульного утримання чужого майна. В роботі зроблено висновок про наявність у сучасному українському цивільному законодавстві правової підстави для нетитульного володіння чужою річчю, яке потребує подальшого унормування.

**Ключові слова:** незаконне володіння чужою річчю, добросовісний набувач.

**Гуйван Петр Дмитриевич**

**ТЕМПОРАЛЬНЫЕ ХАРАКТЕРИСТИКИ ВЛАДЕНИЯ ЧУЖИМ ИМУЩЕСТВОМ**

Данная научная работа посвящена исследованию актуального вопроса относительно правовых оснований и результативности нетитульного владения как надлежащего юридического явления и оформления общественно ожидаемого результата – оживления материального оборота как элемента построения рыночного общества. Проанализированы различные аспекты сущности полномочий незаконного фактического владельца. Определено правовое положение владельца, когда передача имущества предусмотрена договором, но такого исполнения не происходит, выяснены возможности применения к подобным случаям правового режима удержания чужой вещи. Предложены существенные изменения в действующее украинское законодательство, исключающие смешение вещных и обязательственных механизмов регулирования отношений по не титульному владению чужим имуществом. В работе сделан вывод о наличии в современном украинском гражданском законодательстве правового основания для нетитульного владения чужой вещью, которое требует дальнейшего нормирования.

**Ключевые слова:** незаконное владение чужой вещью, добросовестный приобретатель.

**Guyvan Petro**

**TEMPORAL CHARACTERISTICS OF HOLDING ANOTHER'S PROPERTY**

The given scientific work is devoted to the research of the actual question concerning the legal grounds and the effectiveness of non-titular possession, as a proper legal phenomenon, and the design of the socially expected result – the revitalization of material turnover as an element of building a market society. Different aspects of the essence of the powers of the unlawful actual owner are analyzed. The legal position of the owner is determined, when the transfer of property is stipulated by the contract, but such fulfillment does not take place, the possibility of applying the legal regime of detention of another's property to such cases is clarified. Substantial changes to the current Ukrainian legislation are proposed, which exclude the mixing of material and binding mechanisms for regulating relations regarding the non-titular maintenance of another's property.

The article investigates the content of the concept of illegal possession as a phenomenon that characterizes the possession of a thing by a person who illegally seized it from the owner or title holder, or otherwise acquired, without having proper grounds for this acquisition. The criteria for the division of such ownership into good faith and bad faith are defined. A specific interpretation of these legal definitions is provided. The author's position on the necessity of narrowing the doctrinal definition of an unscrupulous illegal owner is substantiated. It should not extend to cases where the acquirer first legally obtained the property (for example, by deed), but then the specified grounds ceased and it was not returned, and cover only a circle of purely material relations, such as theft or other seizure of property out of will. the owner. In other words, when the legal protection of the infringed property is possible in material ways, such as vindication. The article also analyzes the issue of determining the title of property belonging to one person but located in another. Such an analysis identifies a key problem: whether such possession is subject to legal protection, and if so, at what point, in what manner and on what grounds it should occur. The paper concludes that there is a legal basis in modern Ukrainian civil law for non-titular possession of someone else's thing that needs further regulation.

**Key words:** illegal possession of someone else's thing, conscientious purchaser.

УДК 347.1:340.132-048.445

DOI <https://doi.org/10.32837/chc.v0i36.194>

**Завальнюк Сергій Володимирович,**

кандидат юридичних наук,

доцент кафедри цивільного права

Національного університету «Одеська юридична академія»

ORCID <https://orcid.org/0000-0002-3146-0216>

## КЛАСИФІКАЦІЇ І ВИДИ ПРОГАЛИН У ЦИВІЛЬНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ

**Постановка проблеми.** Актуальним і практично значущим питанням залишається класифікація прогалин у цивільному законодавстві. Як зазначає О.М. Калашник, виділення окремих видів прогалин з метою їх більш глибокого пізнання, з'ясування причин їх появи, а згодом їх подолання чи усунення дозволить удосконалити законодавчий процес, покращити нормотворчу техніку актів законодавства, забезпечити законність у процесі реалізації норм [8, с. 196]. З погляду вдосконалення правового регулювання важливе значення має вирішення питання про класифікацію прогалин у законодавстві та їх критерії, тому що залежно від приналежності прогалини до певного класу (виду) по-різному вирішуються питання, методи та способи їх подолання суб'єктами правозастосування, зокрема органами державної влади.

**Стан дослідження теми.** Дослідження питання правової природи класифікацій видів прогалин у цивільному законодавстві так чи інакше в своїх працях досліджували такі вчені, як В.І. Акімов, С.С. Алексеев, С.І. Вільнянський, В.К. Забігайло, О.С. Іоффе, О.М. Калашник, О.М. Капля, С.І. Клім, О.Е. Кутафін, В.В. Лазарев, І.В. Михайловський, К.М. Поляник, Д.Н. Рябова, О.Ф. Скакун, О.М. Тарнопольська, Ю.А. Тихоміров, Ю.Н. Тодика, В.Д. Яворський, Ф.Р. Уранський, Л.С. Явич та багато інших. Однак більшість із вказаних авторів, досліджуючи питання прогалин, майже завжди ототожнюють поняття «прогалини у праві» і «прогалини у законодавстві». Також більшість із вказаних авторів зовсім не розглядали цивільно-правовий аспект поставленого питання, що надає нашій статті ще більшої актуальності.

**Мета статті.** Оскільки метою статті є дослідження класифікації і види прогалин у цивільному законодавстві, нам варто вирішити такі завдання:

- визначити класифікації і види прогалин у цивільному законодавстві України;
- запропонувати та обґрунтувати виділення окремих класифікацій та видів прогалин у цивільному законодавстві;
- дослідити правову природу, причини виникнення різних видів прогалин у цивільному законодавстві, їхній вплив на динаміку перебігу цивільних правовідносин.

**Виклад основного матеріалу дослідження з повним обґрунтуванням отриманих наукових результатів.** Основою для визначення критеріїв поділу на види прогалин у законодавстві є підстави їх виникнення. Так, можна виділити різновиди прогалин у законодавстві, які зумовлені: неповнотою норм у нормативно-правових актах; протиріччям наявних нормативних приписів (за таких умов прогалини можна віднести до колізійних прогалин); повною відсутністю норми.

Варто враховувати думку В.В. Лазарева, який здебільшого ґрунтує свої погляди на легістському підході (тобто концепція праворозуміння, з якою ототожнюється право і закон, і як наслідок, поняття «прогалини в праві» ототожнюється з поняттям «прогалини в законодавстві») і називає критерії, які можуть бути використані для поділу прогалин на види: зміст і структура правового матеріалу; причини і час виникнення прогалини; ставлення законодавця до прогалин і його вина в їх виникненні; способи встановлення прогалин; засоби усунення [12, с. 30]. Вважаємо доречним до останнього критерію додати способи подолання прогалин.

Враховуючи наведені підстави виникнення прогалин у цивільному законодавстві, розглянемо такі їх класифікації та види. У правовій літературі, відповідно до легістського підходу до трактування прогалини, є традиція виділяти так звані «уявні» і «реальні» (С.І. Клім пропонує «реальні» прогалини називати «дійсними» [10, с. 109]) прогалини [22, с. 48].

Уявні прогалини являють собою обставини, коли певні суспільні відносини чи явища не знаходяться в межах правового регулювання (тобто чинне законодавство не врегулює ці відносини), проте, на погляд окремих осіб, даним відносинам це вкрай необхідно. Таким чином, прогалина називається уявною лише тому, що, на думку прибічників «вузького» підходу до розуміння поняття «прогалини», вона фактично відсутня в нормативно-правових актах. Адже можливі випадки, коли суспільні відносини можуть бути врегульовані гуманістичними, етичними чи моральними нормами, а не лише нормами права, зокрема нормами законодавства. Тому неможливо стверджувати про можливість існування прогалини тоді, коли не вказано у чинному законодавстві про правові наслідки за порушення побутових обіцянок, як наприклад, дитиною винести сміття чи друга про зустріч в кафе. Проте сучасні тенденції змін законодавства вказують на поступове зближення таких категорій, як право і мораль, і прикладом може слугувати те, що порушення норм моралі сьогодні може мати негативні наслідки, зокрема, згідно зі ст. 7 Закону України «Про рекламу» реклама не повинна містити інформації або зображень, які порушують етичні, гуманістичні, моральні норми, нехтують правилами пристойності [16].

Під реальною прогалиною згідно з таким підходом розуміється відсутність норми законодавства чи частини норми, яка б врегульовувала певні суспільні відносини, які перебувають у межах правового регулювання, а саме в межах впливу чинного законодавства [17, с. 23]. Реальну прогалину можна спостерігати у разі, коли певне питання знаходиться в межах правового регулювання і воно потребує вирішення правовими засобами, проте таке врегулювання непередбачене або передбачено не повною мірою [11, с. 610–611]. Прикладом реальної прогалини може слугувати питання стосовно встановлення правового статусу допоміжних приміщень, які розташовані в будинках нежитлового фонду, що чинним законодавством не передбачено, тоді як аналогічна ситуація щодо допоміжних приміщень

у багатоквартирних будинках житлового фонду врегульована на достатньому рівні.

Юристи-науковці також розглядають «прогалини у законі» і «прогалини поза законом», звертаючи увагу на те, що прогалини у законі свідчать про відсутність врегулювання в формальному вираженні права, тоді як «прогалини поза законом» наявні, коли мають місце вади метасистеми, яка входить у сферу наявних нормативно-правових актів [6, с. 58–59]. Аналогічний зміст притаманний внутрішнім і зовнішнім прогалинам, прогалини *de lege lata* (з погляду чинного закону) та *de lege ferenda* (з погляду законодавчого припущення). Левова частина вчених-юристів, характеризуючи прогалини у законодавстві, виокремлюють повні та неповні прогалини. Зокрема, С.І. Вільнянський вказує на те, що не можна зводити прогалини у законодавстві лише до випадків повного нормативно-правового регулювання окремих відносин. Адже прогалини можуть також бути там, де чинні норми не охоплюють повністю весь спектр обставин конкретного випадку, тобто неповні норми, і можуть мати місце там, де наявні декілька норм, які перебувають у протиріччі між собою [5, с. 54]. Отже, С.І. Вільнянський виокремлює повні і неповні прогалини, і такі, що є наслідком протиріч норм між собою.

С.С. Алексеев наполягає на тому, що прогалини являють собою поняття, яке має відношення до неповноти застосування права, і що необхідно відмежовувати неповне врегулювання від випадків повної відсутності правового регулювання певних суспільних відносин [2, с. 261]. Своєю чергою В.В. Лазарєв вважає, що прогалини мають місце у разі цілковитої відсутності нормативно-правових вказівок і в разі неповноти чинних нормативно-правових актів. Щодо повної відсутності нормативно-правових актів, то про таку може йтися у разі, коли нормотворецем не були врегульовані окремі суспільні відносини, які потребують цього. Така неповнота чинного законодавства виражається як у відсутності нормативно-правового акту, що необхідний для врегулювання певних правовідносин, так і у неповноті таких нормативно-правових актів [13, с. 81, 86].

Таким чином, повні прогалини мають місце тоді, коли законодавчі органи не врегулюють конкретні суспільні відносини, коли таким відносинам є необхідним нормативне опосередкування. Доволі часто це зумовлено тим, що орган законодавчої ініціативи не встановлює врегулювання окремим правовідносинам, або таке врегулювання стало необхідне після того, як такий

орган вже встановив певні межі врегулювання вже прийнятими нормативно-правовими актами [19, с. 11].

Велика кількість науковців-правників (С.С. Алексєєв, О.С. Іоффе, В.В. Лазарєв, І.В. Міхайловській, О.Ф. Скакун, М.Д. Шаргородський та інші [3, с. 258–259; 7, с. 368; 12, с. 34; 14, с. 712; 18, с. 402]) виділяють прогалини за часом виникнення: первинні і вторинні. Так, первинні прогалини виникають в момент прийняття нормативно-правового акту. Такі прогалини виникають як наслідок того, що законодавець не мав уявлення про потребу в правовому регулюванні існуючих суспільних відносин або усвідомлював таку необхідність, проте через своє упущення не врегулював їх, приймаючи законодавчий акт [22, с. 53].

В.В. Лазарєв переконаний, що первинні прогалини можна поділити на ті, що підлягають пробаченню, і ті, що не можна пробачити. На його думку, прогалини, які можна пробачити, можливі, коли компетентний законодавчий орган не знав і не міг знати про існування відносин, що вимагають (здатних вимагати) правового регулювання. За умов, коли орган, який приймає нормативно-правові акти, усвідомлював про існування певних явищ або міг передбачити їх появу у близькому майбутньому, знав про необхідність закріплення певних відносин у прийнятому нормативному акті, але упустив їх регулювання, прогалини виявляються такими, що неможливо пробачити [22, с. 53].

Наявність вторинних прогалин зумовлена, по-перше, виникненням цілком нових, які не існували раніше, обставин суспільних відносин, яким необхідне правове регулювання, «нових відносин, які хоча і охоплюються правом, але в деталях не могли бути передбачені законодавцем» [3, с. 258–259; 18, с. 402], по-друге, виникненням потреби нормативного регулювання таких явищ, до яких раніше право було байдужим [22, с. 53–54]. Наприклад, в українському законодавстві відсутній законодавчий акт, у сферу регулювання якого входили б правовідносини щодо використання міжнародної мережі Інтернет у наданні інтернет-послуг фізичними і юридичними особами та у здійсненні своїх повноважень спеціальними органами, в чю юрисдикцію входив би розгляд питань стосовно надання такого виду послуг, з чого виникає проблематика цивільно-правового характеру, яку ще варто буде вирішити у майбутньому [9, с. 83]. Таким чином, цивільні правовідносини, які виникли в ході надання інтернет-послуг, стали поширеними вже

після набуття чинності Цивільним кодексом України, що вказує на їхню вторинність. Зауважимо, що запропонована В.В. Лазарєвим класифікація прогалин є доволі простою і послідовною [19, с. 13].

Залежно від причин виникнення в літературі можна зустріти умовний розподіл прогалин на формальні (суб'єктивні) і матеріальні (об'єктивні) (Е.Ш. Кемуларія, В.В. Лазарєв). До формальних належать ті прогалини в законодавстві, які з'явилися внаслідок недотримання правил законодавчої техніки, ігнорування норм мови, на якій написаний закон, внаслідок неправильного використання відповідних понять і інших недоліків в юридичному оформленні думки законодавця [4, с. 236–237]. В.В. Лазарєв для визначення прогалин цього виду використовує назву «технічні прогалини» [3, с. 258–259; 18, с. 402], під якими він розуміє такі недоліки правових норм, які пов'язані з недосконалістю законодавчої техніки. При цьому саму законодавчу техніку науковець характеризує як сукупність правил для найбільш раціонального і вірного викладу, норм, статей і правових інститутів в нормативно-правових актах з метою доведення їх вираження до максимально ідеальної форми [12, с. 35]. За умови відсутності цих правил, а тим паче за умови їх порушення, в тексті нормативно-правових актів можливо спостерігати безладність впорядкування змісту, багатослівність, непостійність у виразах і так далі, як наслідок – виникнення недоліків і прогалин у законодавстві [22, с. 55].

Під об'єктивними (матеріальними) прогалинами розуміють неповноту тих норм, які були видані вчасно, але з огляду на те, що кодифіковані роботи ведуться тривалий період часу, частково або повністю перестали відповідати суспільним потребам [22, с. 55].

Слід зазначити, що з точки зору «вузького» підходу до визначення сутності прогалини в законодавстві об'єктивні прогалини якраз і є уявними. Ця обставина дозволяє Е.Ш. Кемуларія з усієї сукупності видів прогалин виділяти лише три: формальні (технічні), уявні і реальні [4, с. 239]. При цьому, враховуючи інтереси подальшого усунення прогалини, під формальними прогалинами названий автор розуміє такі, за наявності яких «те чи інше питання законодавством прямо не регламентоване, але відповідь на нього може бути знайдена за допомогою різних прийомів аналізу і тлумачення правових норм» [4, с. 239]. З подібних міркувань виникає дуже примітний практичний висновок: уявні і формальні прогалини виключають використання

аналогії під час вирішення конкретних справ (зокрема, в цивільно-процесуальному праві), тоді як наявність реальної прогалини служить підставою для її застосування [4, с. 242].

Представник «вузького» розуміння прогалини В.І. Акімов, як уже говорилося вище, з посиланням на М.М. Агаркова ділить прогалини на законодавчі (відносини, з якихось причин не врегульовані законодавцем і відповідно такі, які доцільно врегулювати новим законом) і технічні (які вбачають наявність правового врегулювання окремого випадку, проте у разі вирішення спору судом останній не надав потрібні або достатньо повні директиви щодо врегулювання даного спору) [1, с. 111]. На підставі наведеної думки будуть допустимими припущення, що в уявленнях В.І. Акімова [1, с. 112] прогалини, поновлювані в законодавчому порядку, не тотожні прогалинам, заповнення яких може бути здійснено судами за аналогією. Як приклад останніх юрист наводить випадки вирішення судами спорів, пов'язаних з договором про розподіл виграшу грошово-речової лотереї.

Трохи забігаючи вперед, відзначимо, що запропонована В.І. Акімовим класифікація прогалин на законодавчі та технічні може мати своє позитивне значення для визначення способу усунення виявленої прогалини. Зокрема, з неї випливає, що за допомогою правотворчості компетентних (законодавчих) органів можуть бути усунуті будь-які прогалини (як технічні, так і законодавчі).

Якщо ж йдеться про судові органи, то щодо прогалин, які вони повинні будуть заповнювати в процесі своєї практики, можливе використання такого правила: законодавчі прогалини можуть заповнюватись із застосуванням аналогії права, а технічні – аналогії закону. Вищезазначений автор диференціював прогалини за способом їх усунення на такі види: які заповнюються шляхом здійснення законодавцем своєї діяльності, і ті, що підлягають подоланню за допомогою застосування аналогії суб'єктом правозастосування. Прикладом законодавчої прогалини в Цивільному кодексі України може слугувати відсутність врегулювання ним договору купівлі-продажу нерухомості. Договір купівлі-продажу має доволі чітку законодавчу регламентацію, проте законодавцем не враховано особливості врегулювання таких правовідносин з приводу нерухомості, через що в разі вирішення спору стосовно цього виду правовідносин судом в останнього виникає необхідність тлумачити окремі положення Цивільного кодексу України замість того, щоб

вирішувати спір, керуючись конкретно визначеними статтями, які б передбачали специфічні особливості предмету договору, момент переходу права власності, ціни тощо. В науковій літературі неодноразово згадувалась необхідність доповнити ст. 656 ЦК України конкретизованою техніко-юридичною характеристикою нерухомості як предмету договору купівлі-продажу, зокрема: споруди, будівлі земельні ділянки, майнові комплекси підприємств тощо, що містяться у Державному реєстрі речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень [8, с. 190]. Велика кількість технічних прогалин у Цивільному кодексі України проявляються у судовій практиці вирішення спорів за допомогою аналогії закону. Технічні прогалини проявляють якість і рівень використання законодавчої техніки. Вчені-юристи надають таке визначення законодавчій техніці: це система правил максимально правильного і раціонального вираження норм, статей і правових інститутів у нормативних актах для досягнення бездоганності форм їхнього вираження [6, с. 34]. В разі порушення чи відсутності цих правил в нормативно-правових актах можливо зустріти багатослівність, неоднозначність, відсутність логіки у впорядкуванні змісту тощо, що є причиною виникнення прогалин та інших вад. З метою попередження виникнення технічних прогалин варто прийняти Закон України «Про нормативно-правові акти» та Закон України «Про закони і законодавчу діяльність» [19, с. 14].

Ще один різновид прогалин, пов'язаний з наявністю таких вад в законах, які унеможливають їх застосування і ведуть до їх повної бездіяльності, виділяє Л.С. Явіч, які він характеризує як «кваліфіковані дефекти» (також у подальшій літературі можна зустріти таку назву, як «злісні вади») [23, с. 24]. Ф.Р. Уранський також виділяє такий вид прогалин, але називає його «кваліфікованою прогалиною» [22, с. 56].

Крім того, згадка про прогалини, які доцільно врегулювати новим законом, змушує нас поставити питання щодо можливості існування прогалин у законодавстві, які б було неможливо заповнити в процесі правозастосування. На наш погляд, такі прогалини існують. Наведемо конкретний приклад з практики реорганізації акціонерного товариства. Болючим питанням для акціонерних товариств, створених у результаті реорганізації у формі виділення, як і для юридичних осіб будь-яких інших організаційно-правових форм, що виникли в результаті реорганізації, є неможливість здійснювати в перші дні діяльності, що підлягає ліцензуванню відповідно до

чинного законодавства. У тому разі, коли виділеним товариствам за розподільчим балансом передаються підприємства, ці товариства стикаються з необхідністю продовження виробничого процесу без ліцензії, оскільки чинне законодавство про ліцензування встановлює імперативні вимоги щодо необхідності отримання ліцензії на певні види діяльності. Ця проблема, на наш погляд, не може бути ліквідована в судовому порядку, тобто наявна прогалина в праві не може бути заповнена за аналогією. Отже, в цьому разі ми маємо справу з ще одним різновидом прогалини – наявністю в чинному законодавстві норми, формальна присутність якої створює перешкоду на шляху звичайної господарської практики і яка не може бути нейтралізована на підставі судового рішення. Визнаючи великий ступінь відносності зарахування подібної ситуації до прогалин через дії конкретної правової норми, все ж зауважимо, що дія цієї норми за розумного підходу може бути скоригована в процесі законодавчої діяльності; тобто усунення цієї прогалини дійсно можливо тільки в законодавчому порядку. На наш погляд, саме таку ситуацію і слід вважати «кваліфікованою прогалиною» [22, с. 57–58].

Наступний різновид прогалин у законодавстві, який виділяється в літературі, – прогалини «колізійні», про які частково вже йшлося вище. Так, С.І. Вільнянський виділяє прогалини, які виникають внаслідок суперечки норм законодавства, – колізійні норми. Цей вид прогалин полягає у наявності абсолютної суперечливості норм одного або декількох нормативно-правових актів, що спричиняє неможливість їх дії і, власне, породжує прогалину [10, с. 107].

В.В. Лазарєв та О.М. Тарнопольська не заперечують можливість існування такого виду прогалин, як «колізійні прогалини», але вважають, що не варто це поняття ототожнювати з «правовими колізіями». Ці два явища – колізії і прогалини – схожі, проте не тотожні [19, с. 14]. Вони перетинаються, коли йдеться про часткове, неповне врегу-

лювання правовідносин (тут може бути наявною як прогалина, так і колізія) [21]. Ми можемо говорити про присутність прогалини лише у разі повної відсутності регулювання. Прогалина виникає там, де є радикальна суперечливість норм однакової сили, коли одна з них нівелює іншу [20, с. 4].

**Висновки з дослідження та перспективи подальших розвідок у цьому напрямі.** Узагальнюючи все вищенаведене, перерахуємо наявні класифікації і види прогалин у цивільному законодавстві:

- залежно від погляду на необхідність врегулювання правовідносин цивільним законодавством розрізняють уявні (несправжні, тобто прогалини поза законом) і реальні (справжні, тобто в законі) прогалини в цивільному законодавстві,

- залежно від ступеня урегульованості правовідносин цивільним законодавством виділяють повні і неповні прогалини;

- залежно від моменту прийняття нормативно-правового акту цивільного законодавства прогалини поділяють на первинні і вторинні;

- залежно від причин виникнення прогалини можуть бути формальними (суб'єктивними, технічними) і матеріальними (об'єктивними, законодавчими);

- залежно від способу усунення прогалини поділяються на законодавчі і технічні.

Також є прогалини, які не поділені на класи, але виділені в окремі види, оскільки вони мають специфічні ознаки, притаманні саме даному виду. Саме такі прогалини називають «колізійні прогалини», або «кваліфікований дефект», оскільки вони утворюють нормативний вакуум в акті цивільного законодавства та зумовлюють неповноту нормативно-правового акту цивільного законодавства.

Дослідження вищенаведених класифікацій та видів прогалин цивільного законодавства дає можливість зрозуміти природу їх виникнення та надати наукове підґрунтя для визначення, дослідження та створення умов для розвитку практики застосування способів їх подолання.

#### ЛІТЕРАТУРА:

1. Акимов В.И. Понятие пробела в праве. *Правоведение*. 1969. № 3. С. 110–113.
2. Алексеев С.С. Проблемы теории права. Свердловск, 1973. 396 с.
3. Алексеев С.С. Теория права. Москва : Издательство БЕК, 1995. 320 с.
4. Бачиашвили И.М., Зойдзе В.И., Капанадзе Т.Ш. и др. Актуальные проблемы советского права. Тбилиси : Мецниереба, 1988. 357 с.
5. Вильнянский С.И. Толкование и применение гражданско-правовых норм. Методические материалы ВЮЗИ. Москва, 1948. Вып. 2. С. 42–61.
6. Забигаило В.К. Проблема «пробелов в праве» (К критике буржуазной теории). Київ : Наукова думка, 1974. 136 с.
7. Иоффе О.С., Шаргородский М.Д. Вопросы теории права. Москва : Госюриздат, 1961. 381 с.
8. Калашник О.М. Види прогалин у цивільному процесуальному праві. Форум права. 2013. № 2. URL: [http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP\\_index.htm\\_2013\\_2\\_31.pdf](http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP_index.htm_2013_2_31.pdf).
9. Капля О. Юридична природа зобов'язань із надання інтернет-послуг. *Вісник академії управління МВС*. 2010. № 2(14). С. 83–88.

10. Клім С.І. Класифікаційна характеристика прогалін у цивільному праві України. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Сер.: Юриспруденція : зб. наук. праць*. 2010. 2012. Вип. 4. 244 с. С. 106–111.
11. Кутафін О.Е. Пробелы, аналогия и дефекты в конституционном праве. *Lex Russica*. 2007. № 4, С. 610–617.
12. Лазарев В.В. О видах пробелов в праве. *Правоведение*. 1969. № 6. С. 30–37.
13. Лазарев В.В. Пробелы в праве (Вопросы понятия пробелов и критика теорий беспробельности права). Казань : Издательство казанского университета, 1969. 95 с.
14. Михайловский И.В. Очерки философии права. Хропанюк В.Н. Теория государства и права. Хрестоматия. Учеб. пособие. Москва, 1998. С. 412–432.
15. Поляник К. Договір купівлі-продажу як підстава виникнення права власності на нерухомість. *Вісник Львівського університету. Серія юридична*. – 2010. № 50. С. 187–195.
16. Про рекламу : Закон України від 03.07.1996 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 39. С. 181.
17. Рябова Д.Н. Пробелы в праве и способы их восполнения. Становление и развитие научных школ права в государственных университетах России: Материалы Всероссийской студенческой научно-практической конференции, 29-30 апреля 1999 г. СПб. ; Изд-во С.-Петербург, ун-та, 1999. Секционные заседания: Теория и история государства и права. Государственное право. Трудовое право, Ч. 3. С. 22–26.
18. Скакун О.Ф. Теория государства и права. Харків : Консум, 2001. 656 с.
19. Тарнопольська О.М. Види прогалін у праві. *Вісник Академії адвокатури України*. 2008. № 2. С. 10–15.
20. Тихомиров Ю.А. Юридические коллизии: власть и правопорядок // Государство и право. 1994. № 1. С. 3–11.
21. Тодька Ю.Н., Яворский В.Д. Выборы органов местного самоуправления: конституционно-правовой аспект [Текст] / Ю.Н. Тодька, В.Д. Яворский ; Национальная юридическая академия им. Ярослава Мудрого. Харьков : Факт, 1998. 159 с.
22. Уранский Фарид Рубинович. Пробелы в праве и способы их восполнения в правоприменительной деятельности : диссертация ... кандидата юридических наук : 12.00.01. Москва, 2005. 192 с.
23. Явич Л.С. Проблемы правового регулирования советских общественных отношений. Москва : Госюриздат. 1961. 172 с.

#### **Завальнюк Сергій Володимирович**

#### **КЛАСИФІКАЦІЇ І ВИДИ ПРОГАЛІН У ЦИВІЛЬНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ**

У статті визначено класифікації і види прогалін у цивільному законодавстві України. Запропоновано та обґрунтовано виділення окремих класифікацій та видів прогалін у цивільному законодавстві. Також у праці досліджено правову природу, причини виникнення різних видів прогалін у цивільному законодавстві, їхній вплив на динаміку перебігу цивільних правовідносин.

**Ключові слова:** акт цивільного законодавства, законодавство, прогаліни в цивільному законодавстві, цивільне законодавство, уявні прогаліни, реальні прогаліни, повні прогаліни, неповні прогаліни, первинні прогаліни, вторинні прогаліни, формальні прогаліни, матеріальні прогаліни, законодавчі прогаліни, технічні прогаліни, нормативний вакуум в акті цивільного законодавства, неповнота нормативно-правового акту цивільного законодавства, колізійні прогаліни, кваліфікований дефект.

#### **Завальнюк Сергей Владимирович**

#### **КЛАССИФИКАЦИИ И ВИДЫ ПРОБЕЛОВ В ГРАЖДАНСКОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ**

В статье определены классификации и виды пробелов в гражданском законодательстве Украины. Предложено и обосновано выделение отдельных классификаций и видов пробелов в гражданском законодательстве. Также в работе исследована правовая природа, причины возникновения различных видов пробелов в гражданском законодательстве, их влияние на динамику течения гражданских правоотношений.

**Ключевые слова:** акт гражданского законодательства, законодательство, пробелы в гражданском законодательстве, гражданское законодательство, мнимые пробелы, реальные пробелы, полные пробелы, неполные пробелы, первичные пробелы, вторичные пробелы, формальные пробелы, материальные пробелы, законодательные пробелы, технические пробелы, нормативный вакуум в акте гражданского законодательства, неполнота нормативно-правового акта гражданского законодательства, коллизионные пробелы, квалифицированный дефект.

#### **Zavalniuk Serhii**

#### **CLASSIFICATIONS AND TYPES OF GAPS IN CIVIL LEGISLATION**

A relevant and practically significant issue remains the classification of gaps in civil legislation. As noted by A.N. Kalashnik, highlighting certain types of gaps with the aim of understanding them more deeply, finding out the reasons for their appearance, and then overcoming or eliminating them, will improve the legislative process, improve the rule-making technique of legislative acts, and ensure legality in the implementation of norms. From the point of view of improving legal regulation, it is important to solve the problem of classification of gaps in the legislation and their criteria, since depending on whether the gaps belong to a particular class (type), the question, methods and methods of overcoming them by law enforcement entities are solved differently, in particular public authorities.

The research of the legal nature of classifications of types of gaps in civil legislation was investigated one way or another in their works: Akimov V.I., Alekseev S.S., Viliyansky S.I., Zabigailo V.K., Ioffe O.S., Kalashnik V. M., Kaplya A., Klim, S.I., Kutafin O.E., Lazarev V.V., Mikhailovsky I.V., Polyaniuk K., Ryabova D.N., Skakun O.F., Tarnopolskaya, A.N.,



Tikhomirov Yu.A., Todyka Yu.N., Yavorsky V.D., Uransky F.R., Yavich L.S. and many others. However, the vast majority of these authors, exploring the issue of classifications of types of gaps, almost always identify the concept of gaps in law and gaps in legislation. Also, most of these authors almost did not consider the civil law aspect of the question, which makes this article even more relevant.

The article defines the classifications and types of gaps in the civil legislation of Ukraine. The author proposes and substantiates the allocation of individual classifications and types of gaps in civil law. Also, the work explores the legal nature, the causes of various types of gaps in civil law, their impact on the dynamics of the course of civil relations.

**Key words:** civil law act, legislation, gaps in civil legislation, civil legislation, imaginary gaps, real gaps, full gaps, incomplete gaps, primary gaps, secondary gaps, formal gaps, material gaps, legislative gaps, technical gaps, regulatory vacuum in act of civil law, incompleteness of a normative legal act of civil law, conflict gaps, qualified defect.

УДК 347.12:340.136+(321:316.75)(477)  
DOI <https://doi.org/10.32837/chc.v0i36.195>

### **Харитонов Євген Олегович,**

доктор юридичних наук, професор,  
член-кореспондент Національної академії правових наук України,  
заслужений діяч науки і техніки України,  
завідувач кафедри цивільного права  
Національного університету «Одеська юридична академія»  
ORCID [orcid.org/0000-0001-5521-0839](https://orcid.org/0000-0001-5521-0839)

### **Харитонова Олена Іванівна,**

доктор юридичних наук, професор,  
член-кореспондент Національної академії правових наук України,  
заслужений діяч науки і техніки України,  
завідувач кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права  
Національного університету «Одеська юридична академія»  
ORCID [orcid.org/0000-0002-9681-9605](https://orcid.org/0000-0002-9681-9605)

## **ПОЛІТИЧНІ ЦІННОСТІ І РЕКОДИФІКАЦІЯ УКРАЇНСЬКОГО ЦИВІЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА**

**Постановка проблеми.** Курс України на інтеграцію з Європейським Співтовариством зумовлює, зокрема, необхідність адаптації вітчизняного цивільного законодавства до європейського концепту приватного права.

З урахуванням цієї обставини і переведенням зусиль у цій галузі у цивільну площину стали Постанови Кабінету Міністрів України «Про утворення робочої групи щодо рекодифікації (оновлення) цивільного законодавства України» від 17 липня 2019 року № 650 та відповідний Наказ Міністерства юстиції України від 24 липня 2019 року № 2771/7/1.

Оскільки реалізація цих завдань неможлива без належного теоретичного (методологічного) забезпечення, а отже, й активізації досліджень шляхів та способів оптимізації регулювання цивільних відносин.

**Стан дослідження теми.** З огляду на викладене вище протягом останнього півроку у державі відбулися кілька масштабних конференцій, присвячених проблемам оновлення цивільного законодавства України у контексті її євроінтеграційних прагнень: IX Міжнародний цивілістичний

форум «Гармонізація приватно-правового законодавства України із законодавством країн ЄС», м. Харків, 11–12 квітня 2019 року; Всеукраїнська науково-практична конференція «Рекодифікація цивільного законодавства і система права України у контексті євроінтеграційних процесів», Одеса, 8–9 листопада 2019 року (Національний університет «Одеська юридична академія»); Всеукраїнська науково-практична конференція «Шерешевські читання «Рекодифікація договірних умов інтеграційного розвитку України», м. Одеса, 6 грудня 2019 року (Національний університет «Одеська юридична академія»). Активно обговорюються відповідні проблеми також юридичною спільнотою у Мережі [1; 2].

Водночас, попри досить активне обговорення юридичних аспектів оновлення українського цивільного законодавства, поза увагою правознавців залишаються питання його «ментально-ціннісного» забезпечення, без якого, на нашу думку, жодні зміни у сфері приватного права не можуть бути ефективними.

**Виклад основного матеріалу дослідження з повним обґрунтуванням отриманих наукових**

**результатів.** Кодифікації (а тим більше – рекодифікації) завше супроводжувалися дискусіями, зумовленими тим, що певна частина суспільства залишалася відданою колишнім цінностям, тоді як інша – була готова сприйняти цінності оновлені.

Зокрема, вирішальне значення для впровадження ідей приватного права у життя мають політичні цінності, вагомість яких у нашій державі посилюється тим, що цивільне право в Україні, яка належить до цивілізацій фронтиру, формувалося під впливом і Східної, і Західної традицій права.

Зауважимо, що «рекодифікація» є одним з найбільш поширених прийомів модернізації законодавства у цивілізаціях, які належать до «цивілізаційного фронтиру» Це пов'язане з тим, що у процесі взаємодії культур фронтиру переважання тієї з них, котра активніша, виявляється поступово, а тому не завжди виникає необхідність проведення «кодифікації» у повному обсязі, а достатньою виявляється істотна модернізація та перегляд вже існуючих кодексів з використанням накопиченого актуального матеріалу. При цьому підґрунтя кодексів залишається тим самим.

Водночас у цивілізаціях фронтиру зазвичай наявне змагання публічних та приватних засад у регулюванні цивільних відносин, результат яких відображає переважання тих чи інших політичних цінностей – авторитарних чи демократичних. От і зараз пропозиції проведення рекодифікації цивільного законодавства та спроби її обґрунтування [3] викликали бурхливу реакцію прихильників збереження наявної системи «регулятивних» кодексів, на думку яких, «рекодифікація» дорівнює «декодифікації» [4] і здатна зруйнувати правовий лад у сфері економіки.

Розглядаючи у такому контексті політичні цінності, зауважимо, що однією з характерних рис цивілізаційного фронтиру є «рухома» система, тобто нестабільна система суспільних цінностей, що пояснюється, по-перше, «мобільністю» самого фронтиру, а по-друге, нестабільністю цінностей як системи, що зазнає постійних різновекторних впливів, не маючи чітких шансів бути реалізованими. Останнє впливає з розуміння терміно-поняття «цінність» як належного та бажаного, на відміну від реального, дійсного [5, с. 706]. Будучи різною мірою «належними та бажаними» для «порубіжних цивілізацій» прагнення можуть створювати «ціннісний» конфлікт, вирішення якого потребує значних зусиль протягом тривалого часу. «Ціннісний» конфлікт утруднює формування

концепту приватного права, бо останній своєю чергою є правовим відображенням цінностей, з якими у суспільстві пов'язується правовий статус приватної особи.

Отже, далі розуміємо під «цінностями» основи духовного та матеріального життя людини, які визначають мету, сенс, значення, наміри, нормативність і формальні межі її самореалізації, або ж загальноприйняті уявлення людей про цілі й норми поведінки, які втілюють історичний досвід і концентровано виражають смисл культури певного етносу і навіть людства загалом. Цінності «виконують функцію стимулювання до втілення уявлень у реальність: спрямовуючи індивідуальні та колективні дії, вони забезпечують граничні (останні) підстави для дії та діяльності» [6, с. 9].

Особливістю цивілізацій фронтиру є те, що їм властиві цінності, сформовані в результаті взаємодії (компромісу або деформації) цінностей на порубіжжі цивілізацій. Внаслідок такої взаємодії у цивілізації фронтиру можуть загостритися ціннісні протиріччя.

Загальним алгоритмом є те, що змістовний бік нової ціннісної орієнтації у таких випадках часто-густо ігнорує пріоритет загальноновизнаних цінностей у реальній індивідуальній та соціальній практиці. Разом із тим попередня система цінностей зазвичай опирається процесу засвоєння особистістю нових цінностей за принципом від абстрактного до конкретного, а потреби та інтереси є суб'єктивно-об'єктивною основою мотивів і стимулів людської діяльності. Вони ж визначають значною мірою зміст цінностей. На передній план виходять ціннісні орієнтири як мотиви і стимули діяльності, тобто те, що відповідає уявленням про призначення людини з погляду її гідності та самореалізації. У демократичній державі є зазвичай декілька систем ціннісних орієнтації, які динамічно або повільно трансформуються [6, с. 10–11].

Особливість цього алгоритму стосовно цивілізацій фронтиру полягає в тому, що «нова ціннісна орієнтація» у них зазвичай є не стільки результатом внутрішньо цивілізаційних процесів, скільки наслідком зовнішнього цивілізаційного впливу (іноді неусвідомленого – як у разі «зустрічі» (зіткнення) цивілізацій на Дикому Заході чи у Дикому Полі, але часто й цілеспрямованого – як у разі «освоєння» імперіями земель і культурного простору загарбаних держав).

Зауважимо, що важливим також є поділ цінностей на матеріальні (ті, що задовольняють

біологічні потреби людини) і духовні (ті, що стосуються морально-етичних, інтелектуальних тощо потреб людини).

Як показують події останнього часу, такі як успіх популістських партій у багатьох країнах, пов'язана з цим риторика, результати соціологічних опитувань тощо, матеріальні цінності для багатьох людей є або стають визначальними.

У Мережі звертається увага на те, що багато українців у пошуках заробітків, виїжджають за кордон, беруться за роботу сумнівної законності. Поширеними у політиків стали обіцянки поліпшення матеріального становища. При цьому слушно зазначається, що матеріальний тип цінностей – нижча сходинка в розвитку цінностей, порівняно з культурним типом. Він може забезпечувати лише фізичне виживання організму людини, але не може давати хід розвитку. Людьми матеріального типу легко маніпулювати й використовувати завдяки примітивності їхніх потреб. Будучи на первісному рівні цінностей, важко мислити масштабно і перспективно. Тому люди не знають, що для них краще. Обираючи тих, хто обіцяє їм матеріальне, не усвідомлюють, що їх обранці просто не зможуть виконати свої обіцянки, навіть якби й мали такі наміри» [7].

Погоджуючись зі значною частиною викладених міркувань, зауважимо, що їх автор дещо спрощує картину, оскільки матеріальні цінності преважують не тільки у нашій країні і не тільки в етнічних українців. Разом із тим стосовно тієї частини України, де більше 70 років функціонувала радянська влада, дія цього чинника є більш помітною до теперішнього часу.

Проте у контексті нашого дослідження більш важливим є врахування духовних цінностей, поміж яких важливе місце займають цінності політичні, котрі часто є необхідною умовою об'єднання громадян у їх діяльності, для координації взаємодії політичного суб'єкта з об'єктом з погляду критеріїв корисності та бажаності. Система політичних цінностей є тією ланкою, яка об'єднує державу, суспільство з особистістю, залучає її у систему політичних відносин; визначає, заради чого ведеться політична діяльність і якими засобами вона реалізується. Розрізняють три форми функціонування політичних цінностей: 1) політичні ідеї та ідеали; 2) предметне втілення цих ідеалів на рівні суспільно-політичної практики; 3) мотиваційні структури особистості, які спонукають до втілення у діяльності індивідів суспільно-цілісних ідеалів [6, с. 7–9]. Через останню форму,

власне, і відбувається формування концепту приватного права.

Розглянемо далі деякі особливості українських політичних цінностей, зумовлені належністю України до цивілізації фронтиру.

З одного боку, визнання таких цінностей, як свобода, права людини, Конституція, законність, громадянське суспільство тощо, нібито не викликає сумнівів у науковців і політиків. Так, С. Вакарчук зазначає: «Не так важливо, в кого які смаки, не так важливо, які хто дивиться фільми чи музику слухає, але дуже важливо аби всі люди розуміли, що закони, які є в цій країні, вони мають буди однакові для всіх: для президента і домогосподарки, для людей, які захищають нас, і для тих людей, від яких захищають» [8].

Однак таке ставлення до законів є цінністю далеко не усіх українців. Так, 63% українців упевнені: навіть якби Конституційний Суд визнав указ президента Зеленського про дострокове припинення повноважень ВР неконституційним, то дострокові парламентські вибори 21 липня все одно мали б відбутися. Коментуючи це опитування, А. Єрьомін доходить висновку, що «для більшості українських виборців Конституційний Суд – це взагалі не авторитет. Це значить, що в Україні не діє Конституція. А раз так, то Україна вже не держава, а просто територія! Яка лише випадково й тимчасово називається державою» [9].

Слід також зауважити критичні оцінки стану низки демократичних цінностей у нашій державі. Зокрема, має місце те, що називають «переливанням з пустого в порожнє», запит на «нові обличчя», «соціальні ліфти», без урахування того, що без засвоєння азів, вироблення шкали ціннісних характеристик під час відбору людей неможливе взагалі осягнення вищої математики управління державними чи глобальними процесами, неможлива інша якість людей. Звертається увага на те, що минулі президентські вибори – це тривожний симптом стрімкого вгрузання в популізм значних електоральних мас, об'єднаних не чіткою градацією цінностей, а колективним несвідомим, сукупністю вроджених реакцій на подразники, прагненням до задоволення та уникнення болю, а не розумовою діяльністю. У нас цілі покоління виростили під жорстким пресингом комуністичної пропаганди, яка стирала, спотворювала вікові народні цінності. Ми зобов'язані всерйоз <...> замислитися над фундаментальними цінностями, які є необхідною умовою підтримки нормативного порядку в суспільстві і основною

передумовою його розвитку, поступу, прогресу. Без широкого обговорення, досягнення певних домовленостей навколо універсальних постулатів нашого державного будівництва і міжособистісного контактування українці просто не в змозі побудувати стійку політичну конструкцію, а також обрати демократичну, мобільну і тривку систему влади [10].

Соціологи звертають увагу на загрози, пов'язані з привабливістю популізму та некритичним (нерозбірливим) ставленням українців до обіцянок учасників виборів.

Так, директор Фонду «Демократичні ініціативи» І. Бекешкіна звертає увагу на те, що на минулих виборах український народ вперше обрав політичну еліту не зі сфери політики, а президент Володимир Зеленський вперше за історію країни став абсолютним лідером і на заході, і на сході України. Для сучасної демократичної Європи це виняток, крім авторитарних держав, коли президент отримує таку одностайність під час голосування. І це великий досвід для всіх нас.

Таким чином, народ захотів вручити Зеленському і законодавчу, і виконавчу владу. З одного боку, це відкриває перед новим президентом величезні можливості, з іншого – і очікування до нього вищі.

Отже, на її думку, виникає небезпека хаосу і дезорганізації, бо, коли в управління приходять люди, які ніколи з цим не стикалися, які нічого не знають і не вміють, це завжди небезпечно. Великою проблемою нашої держави є структурна недовіра, коли разом із топ-політиками стіни парламенту і президентської адміністрації покидають молоді, сильні і професійні кадри.

При цьому більшість українців вважає, що країна рухається у правильному напрямку. У своїх сподіваннях українці ніяк не можуть подорослішати. Успіхи країни вони не пов'язують із діяльністю державних інститутів, ефективністю бізнесу або суспільства, а тільки з новим обличчям, яке прийшло до влади. Ці настрої підігривають і українські політики, які дають своїм виборцям мало-реальні обіцянки. І роль цих обіцянок в інфантилізації суспільства дуже важлива. Ця установка радянської людини успішно зруйнувалася в 90-х роках, коли кожен розраховував сам на себе, але вже після двох електоральних циклів знову почала зростати.

Незрілість політичних цінностей українців виражається й у тому, що у нас досі немає реальної політичної системи, де партії є не тимчасовою групою підтримки їхнього лідера, а реальними

ідеологічними структурами. Тому на виборах всі стають лівими, а потім проводять праву політику. Це фахівці пояснюють тим, що соціал-демократична політика можлива тільки у відносно заможних суспільствах, а в таких бідних, як Україна, аби країна розбагатіла, політика має бути правою. Ця політика відкриває шлях бізнесу, дозволяє менше перерозподіляти і більше вкладати в розвиток бізнесу. Але нужденний клас хоче, щоб податки були вищими, а бізнес – нижчими. І ті, й інші підтримали партію президента Зеленського, але Слуга народу не зможе проводити політику, знижуючи податки і підвищуючи пільги одночасно. Так не буває... [11].

Віра значної частини українців у можливість здійснення нездійсненого у сфері політики, їхня готовність поступитися заради цього такими цінностями, як Конституція і законність, дає підстави взагалі сумніватися в існуванні для українців такої цінності, як демократичні вибори, соціальна ініціатива тощо.

Варто зауважити існування негативних тенденцій стосовно таких визначальних цінностей, як вільні демократичні вибори, хитання українського суспільства між демократією і авторитаризмом. Свого часу виборність була однією з найважливіших ознак української традиції врядування [12]. При цьому вплив цієї традиції вкупі з можливістю широкого обговорення політичних справ у добу Великого Князівства Литовського був настільки потужними, що, на нашу думку, став вирішальним чинником втрати можливості реалізації потенціалу уній. Традиція обрання гетьманів козацтвом на змагальних засадах значною мірою (укупі з іншими чинниками) призвела до Руїни. Демократичні засади обрання форм, характеру врядування та постатей урядовців (за винятком Гетьманату) значною мірою зумовили слабкість проукраїнських сил у визвольних змаганнях початку ХХ століття.

Але тоді ж сформувалася тривожна тенденція прагнення авторитаризму, патерналізму держави тощо, посиленню якої український фронтір завдячує більшовикам. Саме через ігнорування демократичних цінностей в Україні встановилася радянська влада, котра проіснувала до початку 90-х років ХХ століття.

Після розпаду СРСР нібито поновилося значення демократичних цінностей вільного вибору, ініціативності тощо, але наприкінці 20-х років ХХІ століття з'явилося відчуття «дежа вю». На тлі невдоволення соціальними та економічними процесами, які відбувалися у попередні роки, нових

хвиль популізму тощо повторювався перебіг подій за алгоритмом 100-літньої давнини. Популістські партії набували усе більшої популярності. Відсутність передвиборчої програми та заміна її деклараціями разюче нагадували сумнозвісні «Квітневі тези» 1917 року, де з 10 лише перші п'ять були відносно конкретними, а решта – мали бути доопрацьовані з часом. Гасла були прості, як пісня: «Мир хатам – війна палацам», «Фабрики – робітникам», «Земля – селянам», «Вся влада Радам», «Геть 10 міністрів-капіталістів» та інші. Ідеологічна ж домінанта досягнення загального добробуту взагалі практично не відрізнялася. «Усі цінності, награвані <...> експлуаторами у народу, відбираються <...> з єдиною метою – розподілити потім їх порівну серед усіх трудящих, звільнених віднині від будь-яких видів експлуатації». Чия це обіцянка? Поставимо замість крапок слова «царатом» і «більшовиками», і це буде лєнінська ідеологія; поставимо слова «олігархами» і «ЗеКомандою» і це буде ідеологія «нових сил».

Подібність перебігу подій не зникла після виборів Президента. Верховна Рада була розпущена з мотивуванням у стилі матроса Желєзняка, котрий заявив: «Караул стомився!» (це прозвучало тепер, як «Низький рівень довіри народу до Представницького органу»).

Апеляція до авторитарних цінностей помітна у коментарях користувачів ФБ інаугурації та заяви Президента про розпуск Верховної Ради, у більш пізніх матеріалах усе помітніша агресія стосовно політичних опонентів, вживання виразу «вороги народу» тощо [13].

Звісно, можна було б списати це на бажання «говорити красиво». Аби не історичний досвід, котрий свідчить, що пошук «ворогів народу» починається тоді, коли влада неспроможна виконати нереальні обіцянки і замість того, щоб визнати свою неспроможність, починає перекидати її на «ворогів», «вороже оточення» тощо. Саме так зробив у січні 1933 року Сталін, котрий проголосив: «Сильна і могутня диктатура пролетаріату – ось що нам потрібно тепер, для того щоб зітерти в порох останні рештки вимираючих класів і розбити їхні злодійські махінації» [14]. Це стало підґрунтям переходу від вибіркового терору до терору масового. Ігор Буніч, порівнюючи сталінський терор з нацистським, зауважив: «Якщо порівняти ці події з гітлерівським геноцидом євреїв, то треба визнати, що нацисти були набагато гуманнішими у власній країні. Ворог був визначений чітко. Якщо ти єврей – ти ворог, якщо ні – не ворог. Як пощастило народитися. Такі ж ярлики, як

«буржуй», «ворог народу» <...> та інші могли бути навішені на кого завгодно і в будь-якій кількості. У цьому й полягає головна відмінність масового терору від терору вибраного» [15].

«Народ» в СРСР з ентузіазмом виходив на демонстрації з вимогами смерті «ворогам народу» і словами вдячності «товаришу Єжову». Але це окрема і довга історія. Згадуємо про це, аби зайвий раз нагадати про небезпеку хитань у бік авторитаризму на теренах суспільних політичних цінностей. «Не питай по кому подзвін...».

Варто зауважити, що зазначене зростання популярності «авторитаристських» політичних ідей відбувається на тлі декларування популістськими політичними лідерами впровадження засад «народовладдя». Так, в інтерв'ю Р.О. Стефанчука телеканалу ZIK 15 квітня 2019 року йшлося про «народовладдя» та можливості його реалізації у формі Віче. Зокрема, прозвучала приблизно така теза: «якби у часи Майдану існувала практика затвердження актів Верховної Ради народним Вічем, то, можливо, не було б і «драконівських» актів». Звісно, ідея «Віче» приваблива. Але це вже колись було. Найбільш яскравий (і улюблений позитивний приклад) це Новгородська республіка (якщо не занурюватись у глиб століть і не згадувати Стародавній Рим і не згадувати його куріатні коміції – народні збори).

Але вже у XV столітті була помітна архаїчність вічового ладу Новгороду. На практиці віче перетворилося на арену боротьби між різними боярськими угрупованнями. Нездатність віча забезпечити існування держави виявилася у тому, що поки новгородці обговорювали, як жити далі, Іван Грозний один за одним влаштував їм остаточний погром, вирізавши більшу частину населення Новгороду і припинивши його політичну історію. Таким чином, демократія впала під натиском авторитаризму, що виключило й можливість розвитку традиції приватного права на тамтешніх теренах. Цей урок варто засвоїти і нам.

**Висновки з дослідження та перспективи подальших розвідок у цьому напрямі.** Результати проведеного дослідження дають підстави для висновку, що більшість проблем розвитку традиції приватного права в Україні, а відтак і перспективи оновлення вітчизняного цивільного законодавства відповідно до Європейського концепту приватного права, пов'язані з належністю України до цивілізацій фронтиру.

Зазначена обставина зумовлює необхідність врахування особливостей політичних цінностей,

властивих нашому суспільству, та їхнього впливу на впровадження ідей приватного права у вітчизняне цивільне законодавство, надто під час спроб його рекодифікації.

Зокрема, слід взяти до уваги, що рекодифікація цивільного законодавства, за умови тяжіння більше ніж 60 відсотків населення України до авторитарних форм правління, патерналізму

держави (які суперечать засадам приватного права як такого), може викликати колізію інтересів (цінностей) особистості та загалу, а відтак приватного та публічного засобів правового впливу. Без урахування та усунення таких колізій рекодифікація цивільного законодавства може виявитися не більше, ніж формальним дійством.

#### ЛІТЕРАТУРА:

1. Спасибо-Фатеева І.В. З приводу концепції щодо модернізації Цивільного кодексу України (рекодифікації). URL: <https://sud.ua/ru/news/blog/157375-z-privodu-kontseptsii-schodo-modernizatsiyi-tsvilnogo-kodeksu-ukrayini-rekodifikatsiy>.
2. Спасибо-Фатеева І.В. Щодо реформування окремих інститутів цивільного права. URL: <https://sud.ua/ru/news/publication/157461-schodo-reformuvannya-okremikh-institutiv-tsvilnogo-prava>.
3. Довгерт А. Рекодифікація Цивільного кодексу України: основні чинники і передумови для старту. *Право України*. 2019. № 1. С. 27–41.
4. Ілларіонов О. Рекодифікація = декодифікація? URL: <https://blog.liga.net/user/aillarionov/article/34014>.
5. Лісовий В. Цінність. Філософський енциклопедичний словник. Київ, 2002. 1123 с.
6. Суспільні цінності населення України в теоретичних і практичних вимірах ; Гол. ред. М.І. Михальченко. Київ : ІПіЕНД ім. І.Ф. Кураса НАН України, 2013. 336 с.
7. Цінності сучасних українців. URL: <https://www.hurtom.com/portal/23482/cinnosti-suchasnih-ukrayinciv>.
8. Турлік'ян Т. «Коли говоримо про свободу, забуваємо про закон»: Вакарчук розповів про головні життєві цінності та свої смаки. URL: <https://styler.rbc.ua/ukr/zvyozdy/kogda-govorim-svobode-zabyvaem-zakone-vakarчук-1535186425.html>.
9. Єр'омін А. Власна держава українцям не потрібна? Режим доступу: <https://wz.lviv.ua/blogs/392610-vlasna-derzhava-ukraintsiam-ne-potribna>.
10. Дзюбенко-Мейс Н. Політика і цінності. URL: <https://wz.lviv.ua/blogs/392078-polityka-i-tsinnosti>.
11. Бекешкіна І. Головна пастка для Зеленського. URL: <https://nv.ua/ukr/opinion/pastka-dlya-zelenskogo-chogo-chekayut-ukrajincinovin-ukrajini-50035329.html>.
12. Панкевич І.М. Традиція виборності влади в Україні. 2015. 487 с.
13. Погрози зачистки ведуть до створення руху свідомого опору. URL: <https://enigma.ua/articles/pogrozi-ze-chistki-vedut-do-stvorennya-rukhu-svidomogo-oporu>.
14. Сталінські репресії. URL: [https://uk.wikipedia.org/wiki/Сталінські\\_репресії](https://uk.wikipedia.org/wiki/Сталінські_репресії).
15. Буніч І. Золото партії: историческая хроника. URL: [https://royallib.com/read/bunich\\_igor/zoloto\\_partii\\_istoricheskaya\\_hronika.html#0](https://royallib.com/read/bunich_igor/zoloto_partii_istoricheskaya_hronika.html#0)

**Харитонов Євген Олегович, Харитонova Олена Іванівна**

#### **ПОЛІТИЧНІ ЦІННОСТІ І РЕКОДИФІКАЦІЯ УКРАЇНСЬКОГО ЦИВІЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА**

У статті аналізується значення політичних цінностей для формування традиції приватного права взагалі та в Україні зокрема. У процесі дослідження звертається увага на те, що концепт приватного права є властивим демократичному суспільству і не може повноцінно розвиватися в умовах суспільства авторитарного або такого, що тяжіє до авторитарного. Наголошується на необхідності врахування під час рекодифікації (оновлення) цивільного законодавства значення політичних цінностей, а також усунення колізії приватних та публічних цінностей, без чого рекодифікація цивільного законодавства не може бути успішною.

**Ключові слова:** політичні цінності, демократія, авторитаризм, приватне право, цивільне законодавство, рекодифікація.

**Харитонов Евгений Олегович, Харитонova Елена Ивановна**

#### **ПОЛИТИЧЕСКИЕ ЦЕННОСТИ И РЕКОДИФИКАЦИЯ УКРАИНСКОГО ГРАЖДАНСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА**

В статье анализируется значение политических ценностей для формирования традиции частного права в целом и в Украине в частности. В процессе исследования обращается внимание на то, что концепт частного права свойственен демократическому обществу и не может полноценно развиваться в условиях общества авторитарного или тяготеющего к авторитарному. Подчеркивается необходимость учета при рекодификации (обновлении) гражданского законодательства значения политических ценностей, а также устранение коллизии частных и публичных ценностей, без чего рекодификация гражданского законодательства не может быть успешной.

**Ключевые слова:** политические ценности, демократия, авторитаризм, частное право, гражданское законодательство, рекодификация.

**Kharytonov Yevhen, Kharytonova Olena**

**POLITICAL VALUES AND RECODIFICATION OF UKRAINIAN CIVIL LEGISLATION**

The article analyzes the importance of political values for forming the tradition of private law in general and in Ukraine in particular. In the course of the study, attention is drawn to the fact that the concept of private law is inherent in a democratic society and cannot be fully developed in an authoritarian or similar to it society.

Features of Ukrainian political values are determined by Ukraine's belonging to the frontier civilization. On the one hand, the recognition of such values as freedom, human rights, the Constitution, legality, civil society, etc., allegedly, does not cause doubt for Ukrainian jurists. At the same time, polls show that about two-thirds of Ukrainians are ready to hand over to the president-elect both the legislature and the executive power. Sociologists warn of the danger of chaos and disorganization, because most Ukrainians associate success not with the activities of state institutions, the efficiency of business or society, but only with a new person who has come to power.

The immaturity of the political values of Ukrainians is also reflected in the fact that there is still no real political system in Ukraine. Therefore, in the elections, everyone goes left and then pursues the right policy. Experts explain this by saying that social-democratic politics is only possible in relatively prosperous societies, and in the poor, like Ukraine, for the country to get rich, politics must be right. This policy opens the way for businesses, allows them to redistribute less and invest more in business development. But the needy class wants taxes to be higher and business to be lower. Both supported the Party "Sluga narodu", but it would not be able to pursue politics while reducing taxes and raising benefits at the same time.

The belief of a large part of Ukrainians in the possibility of unfulfilled policy, their willingness to yield for the sake of the Constitution and legality, gives grounds for questioning such values as democratic elections, social initiative and so on.

Given these circumstances, the article emphasizes the need to take into account while recoding (updating) of civil law values the meaning of political values, as well as the elimination of conflicts of private and public values, without which the recoding of civil law cannot be successful.

**Key words:** political values, democracy, authoritarianism, private law, civil law, recodification.



УДК 347.121.1

DOI <https://doi.org/10.32837/chc.v0i36.196>

**Чечерський Віктор Іванович,**

кандидат юридичних наук, доцент,

почесний працівник прокуратури,

прокурор Офісу Генерального прокурора

ORCID <https://orcid.org/0000-0002-4269-1247>

## УДОСКОНАЛЕННЯ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПРИРОДНИХ ПРАВ ЛЮДИНИ НА ЖИТТЯ ТА НА РЕПРОДУКТИВНЕ ВІДТВОРЕННЯ

**Постановка проблеми.** Україна одна з найліберальніших держав світу з позиції комплексу методів, які дозволені для застосування з метою реалізації людиною фундаментального права на репродуктивне відтворення.

Водночас вітчизняне законодавство у цій сфері є одним з найбільш недосконалих, принаймні порівняно з сусідніми державами. З одного боку, це зумовлено відсутню спеціального законодавчого акту, який би комплексно регулював правовідносини у репродуктивній сфері, а з іншого – широкими можливостями (науковими, медичними), у тому числі під час застосування допоміжних репродуктивних технологій, які наразі не охоплені належним чином необхідним нормативним регулюванням. Внаслідок цього зазначене законодавство сповнене прогалин, колізій і суперечностей.

**Стан дослідження теми.** Окремі аспекти цивільно-правового регулювання прав людини у репродуктивній сфері розглянуто Т.І. Длугопольською, Т. Кириченко, Н. Старіковою, Р.О. Стефанчуком та іншими науковцями. Разом з тим здебільшого дані права розглянуто через призму інших прав, а не як похідні від природного права людини на репродуктивне відтворення. Як складову права на життя його висвітлено А.М. Зайцевою, М.А. Мокосєєвою, О.О. Пундою, Г.Б. Романовським та іншими, а як права на охорону здоров'я – А.П. Головащук, Н. Тютій, Е.Е. Мухамєдовою та іншими. Отже, до цього часу не запропоновано та не впроваджено комплексного підходу до цивільно-правової регламентації

репродуктивних прав осіб, у тому числі права на репродуктивне відтворення як фундаментального особистого немайнового права людини, що і викликає актуальність цієї тематики.

**Метою статті** є розкриття особливостей та виявлення прогалин і недоліків у цивільно-правовому регулюванні права на репродуктивне відтворення як фундаментального особистого немайнового права людини та його співвідношення з правом на життя.

**Виклад основного матеріалу дослідження з повним обґрунтуванням отриманих наукових результатів.** Натепер право людини на репродуктивне відтворення регламентовано як на законодавчому рівні, так і на рівні підзаконних нормативно-правових актів.

З позиції охорони репродуктивного здоров'я, лікування безпліддя та можливості прийняття рішення відносно власної фертильності право людини на репродуктивне відтворення стало предметом норм Основ законодавства України про охорону здоров'я.

Як особисті немайнові права особи окремі правомочності, що складають зміст права людини на репродуктивне відтворення, знайшли своє відображення у Цивільному кодексі України (далі – ЦК України).

Зокрема, у ст. 281 цього Кодексу, яка регламентує право на життя, визначено: стерилізація може відбуватися лише за бажанням повнолітньої фізичної особи; штучне переривання вагітності, якщо вона не перевищує дванадцяти тижнів, може здійснюватися за бажанням жінки;

повнолітні жінка або чоловік мають право за медичними показаннями на проведення щодо них лікувальних програм допоміжних репродуктивних технологій згідно з порядком та умовами, встановленими законодавством [1].

Ми підтримуємо позицію щодо необхідності прийняття спеціального закону, який має регламентувати правовідносини у сфері репродуктивного відтворення. Його відсутність не тільки гальмує розвиток цієї групи відносин, що в умовах науково-технічного прогресу навряд чи є виправданим, а й призводить до тінізації діяльності у сфері репродуктивних технологій.

Як слушно зауважує Т. Кириченко і Н. Старикова саме втілений у законі єдиний підхід до регламентації й охорони репродуктивних прав людини дав би можливість подальшої легітимзації репродуктивних прав, розкрив їх зміст та, базуючись на пріоритеті прав і свобод людини та громадянина, закріпив гарантії їх здійснення [2, с. 98].

Окремо слід зупинитися на недоліках цивільно-правового регулювання, яке залишається недосконалим як через застарілі положення, так і через відсутність визначених механізмів, що унеможлиблює легітимне втілення сучасних новацій задля реалізації прав людини.

Врегулювання правомочностей, які охоплюють право людини на репродуктивне відтворення у ст. 281 ЦК України «Право на життя», вже саме по собі створює істотну плутанину в її застосуванні.

На відміну від інших нормативно-правових актів, у тому числі Сімейного та Кримінального кодексів України, які розмежовують ці два види немайнових прав, визнаючи за ними різний об'єкт і предмет правового регулювання, у вищезгаданому Кодексі дані права об'єднані однією статтею – 281. Навіть більше, з огляду на назву статті «Право на життя» можна зробити логічний, хоча і хибний висновок про те, що право на репродуктивне відтворення, яке охоплює стерилізацію, штучне переривання вагітності, а також лікування за допомогою допоміжних репродуктивних технологій, нібито є його складовою частиною.

Не можна погодитися з Г.Б. Романовським, який стверджує: «Правопеведінка в аспекті права на життя включає у себе не тільки забезпечення власного біологічного існування, але і діяльність, спрямовану на продовження власного «Я», через своїх нащадків. Ураховуючи таку передумову, саме з права на життя виділяється такий спектр повноважень, які отримали назву «репродуктивні права». При цьому він же дещо раніше констатує зворотне: «Дійсно, штучна стерилізація, напри-

клад, соціальної групи, призведе через певний час до повного природного вимирання, хоча у такому разі життя громадянина, що прооперований, зберігається» [3].

М.А. Мокосєєва вважає, що здійснення людиною репродуктивної функції є однією з форм реалізації права людини на життя [4, с. 100], а О.О. Пунда відносить репродуктивні права до елементів права на життя [5, с. 61].

Висловимо з цього приводу власні міркування.

Право на життя і право на репродуктивне відтворення безумовно взаємопов'язані, і дійсно в окремих випадках порушення одного права призводить до порушення іншого. Наприклад, позбавлення особи життя, яка не має нащадків, безумовно призведе до порушення одразу двох цих прав. Проте, якщо особа має нащадків, то навіть позбавлення її життя ніяк не вплине на вже реалізоване нею право. У цьому разі може лише йтися про порушення права особи на заплановану кількість нащадків, а зважаючи на сучасні технології, це порушення (у разі кріоконсервації гамет чи ембріонів) можна взагалі вважати досить умовним. Ще більш ілюзорним виглядає порушення права людини на репродуктивне відтворення у разі позбавлення життя стерильної чи нефертильної особи.

І.Я. Сенюта, досліджуючи структуру права на життя як суб'єктивного юридичного права, виводить елементи (можливості), що лежать у площині цього права і системи охорони здоров'я. Серед них він окремо виділяє право на стерилізацію та право жінки на штучне запліднення і перенесення зародку до її організму [6, с. 454]. При цьому не зрозуміло, яким чином стерилізація особи чи штучне запліднення впливають на їхнє право на життя. У такому разі можна зробити висновок, що порушення права людини на стерилізацію чи на застосування допоміжних репродуктивних технологій слід трактувати як порушення її права на життя, що є малоімовірним.

Натомість М.М. Малєїна доводить хибність вищезазначеного підходу, слушно вказуючи, що відносини з приводу штучного запліднення та імплантації ембріона мають відношення до інтересів саме батьків. Зміст права на життя можуть складати тільки ті повноваження, які належать вже існуючому суб'єкту, людині яка народилась. Повноваження на проведення штучного запліднення, імплантації ембріона не належать, а закріплені за майбутніми батьками, але не як складники права на життя [7, с. 107–108].

Підкреслимо, що в окремих випадках право на життя і право на репродуктивне відтворення

можуть перебувати у антагоністичній протилежності одне до одного. У зв'язку з цим дотримання одного з цих прав призведе до порушення іншого. Передусім мається на увазі усвідомлене переривання вагітності (якщо брати у більш вузькому значенні) чи навіть знищення зигот (якщо брати у більш широкому значення). Таким способом особа реалізує своє право через репродуктивний вибір, який полягає у відмові від продовження роду та потенційних нащадків.

Не погоджується з трактуванням репродуктивних прав винятково як складника права на життя і Р.О. Стефанчук, оскільки право на життя має свою чітко визначену структуру щодо володіння та користування життям для задоволення власних потреб та інтересів. І навіть попри те, що в тій чи іншій мірі репродуктивні права забезпечують право на життя, вони не є тотожними, оскільки в такому разі відсутність у особи можливостей здійснення цих прав трактувалася б як порушення права на життя, що є нелогічним. Відмежовувати ці два права слід і за об'єктом. Об'єктом права на життя є особисте немайнове благо – життя особи, носія цього права, а об'єктом права на репродуктивне відтворення є здійснення репродуктивної функції, що спрямована на зачаття іншого життя [8, с. 68].

Т. Длугопольська зазначає, що незважаючи на те, що репродуктивні права якоюсь мірою забезпечують право на життя, вони не можуть бути тотожними тільки через те, що у разі відсутності у особи можливостей здійснення репродуктивних прав це буде трактуватися як порушення права на життя, що є неправильним [9, с. 105].

Не можна залишити поза увагою й ті відмінності, які лежать у основі зазначених прав. Якщо у праві людини на життя перш за все основою є вроджена потреба виживання (самозбереження), то у праві на репродуктивне відтворення – вроджена потреба продовження роду [10].

Взаємозв'язок права на життя з правом на репродуктивне відтворення очевидний, зокрема, під час розгляду правового режиму штучного переривання вагітності, під час визначення моменту виникнення життя, під час визначення правового статусу ембріона. Разом з тим наявність тісного взаємозв'язку аж ніяк не може призвести до об'єднання по суті різних за своїм змістом прав.

Отже, вже давно виникла необхідність нормативно розділити право людини на життя та право людини на репродуктивне відтворення. Зокрема, ЦК України доцільно доповнити статтею 281-1 «Право на репродуктивне відтворення»,

у якій, зважаючи на міжнародну практику, врегулювати основні та принципові питання регламентації цього права людини та виключити відповідні положення зі статті 281 цього Кодексу.

Та й самі норми зазначеної статті є досить дискусійними і не відповідають реаліям часу.

Так, спираючись на ч. 7 ст. 281 ЦК України («повнолітні жінка або чоловік мають право за медичними показаннями на проведення щодо них лікувальних програм допоміжних репродуктивних технологій...»), можна зробити висновок, що допоміжні репродуктивні технології можуть застосовуватись в Україні як лікувальні програми за медичними показаннями, а отже, застосування репродуктивних технологій за соціальними показаннями не передбачено.

Водночас у ст. 48 Основ законодавства України про охорону здоров'я вказано: «Застосування штучного запліднення та імплантації ембріона здійснюється <...> за медичними показаннями повнолітньої жінки, з якою проводиться така дія, за умови наявності письмової згоди подружжя, забезпечення анонімності донора та збереження лікарської таємниці». Ззовні ці норми подібні між собою, проте, вважаємо, містять істотну розбіжність.

На відміну від ЦК України, Основи законодавства розкривають питання, у якому разі може проводитися медична маніпуляція допоміжних репродуктивних технологій за медичними показаннями повнолітньої жінки. Тобто йдеться не про підставу для їх застосування (наявність медичного фактору), а умову для цього (наявність медичних показників, які дозволяють таку маніпуляцію). Адже не дарма застосуванню методу допоміжної репродукції повинні передувати обстеження пацієнтів, результати яких і вирішують чи можуть до них застосовуватися допоміжні репродуктивні технології та якщо так, то якому саме з методів слід надати перевагу.

Таким чином, ЦК України суттєво обмежив підстави, за яких можуть застосовуватися допоміжні репродуктивні технології.

Водночас у багатьох країнах, в тому числі й в Україні, набула поширення практика відкладеного батьківства, сучасні методики дозволяють здійснити постмортальну репродукцію, а в окремих державах кріоконсервація гамет є гарантією продовження роду для осіб, що виконують функції, пов'язані з ризиком для їх життя та/або здоров'я (військовослужбовців, працівників, які задіяні на шкідливому виробництві, тощо).

Навіть більше, у міжнародній практиці все більше з'являється прецедентів необхідності

та можливості народження дитини сурогатною матір'ю не тільки для подружньої пари, але і самотніх осіб, за певних умов. До таких належить – смерть їхнього близького, після якого залишився генетичний матеріал, щодо якого померлий за життя висловлював волю на його використання у разі його смерті, небажання чоловіків-одинаків одружуватися за наявності природної потреби до продовження роду тощо.

Всі ці випадки виходять поза межі вищезгаданої частини ст. 281 ЦК України. Отже, вважаємо, що проведення допоміжних репродуктивних технологій винятково за медичними чинниками (показниками) обмежує право людини на репродуктивне відтворення.

Крім того, відповідно до підзаконних актів у сфері застосування допоміжних репродуктивних технологій не всі методики вимагають наявності тільки медичних показань, що знову ж таки містить розбіжність із чинною редакцією ЦК України.

Так, метод інсемінації спермою донора застосовується не за медичними, а за соціальними показниками. Його може застосувати самотня здорова жінка. Вона вправі звернутися до клініки, вибрати по фенотипу сперму потенційного батька своєї дитини та здійснити процедуру перенесення сперми в порожнину матки, щоб завагітніти.

**Висновки з дослідження та перспективи подальших розвідок у цьому напрямі.** З огляду на викладене доходимо висновку, що діючі положення ЦК України, які регламентують право людини на життя та право на репродуктивне відтворення, вимагають перегляду та істотного оновлення з урахуванням наявної практики та розвитку технологій.

З цією метою доцільно у ст. 281 ЦК України частини 5–6 виключити, оскільки вони не є предметом регулювання права на життя.

Своєю чергою Кодекс доповнити ст. 281-1 «Право на репродуктивне відтворення»,

у якій, зважаючи на міжнародну практику, врегулювати основні та принципові питання регламентації цього фундаментального права людини, в наступній редакції:

«Стаття 281-1. Право на репродуктивне відтворення.

1. Фізична особа має невіддільне право на репродуктивне відтворення, яке полягає у вільному і відповідальному прийнятті рішення щодо народження генетично рідних дітей, їх кількості і тривалості між їх народженням чи відмови від реалізації цього права.

2. Фізична особа не може бути примусово позбавлена права на репродуктивне відтворення, у тому числі за вчинення кримінального правопорушення. Не може вважатися примусовим позбавленням права на репродуктивне відтворення втрата фертильності особою внаслідок медичного втручання, яке здійснено як винятковий захід з метою збереження життя особи, за умови, що особа не висловила чіткої відмови від застосування такого заходу.

3. Стерилізація може відбутися лише за бажанням і письмовою згодою повнолітньої фізичної особи на умовах та з підстав, передбачених законом.

4. Штучне переривання вагітності може здійснюватися у порядку та з підстав, передбачених законом.

5. Чоловік чи жінка, як ті, що перебувають у шлюбі, так і ті, які не перебувають у шлюбі, подружжя мають право на добровільне та вільне використання допоміжних репродуктивних технологій, доїмплантаційного генетичного скрінінгу згідно з порядком та умовами, встановленими законодавством.

6. Порядок отримання та розпорядження репродуктивною клітиною, зиготою, ембріоном та плодом, а також втручання у генетичний матеріал встановлюється законодавством України.

7. Клонування людини заборонено».

#### ЛІТЕРАТУРА:

1. Цивільний кодекс України: Закон України від 16.01.2003 №435-IV URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15> (дата звернення: 22.10.2019).
2. Кириченко Т., Старікова Н. Репродуктивні права як предмет цивільно-правового регулювання. *Історико-правовий часопис*. 2015. № 1(5). С. 95–100.
3. Романовский Г.Б. Гносеология права на жизнь : монография. Санкт-Петербург, Юридический центр Пресс, 2003. 368 с. URL: <http://testlib.meta.ua/book/330298/read/> (дата звернення 07.11.2019).
4. Мокосеева М.А. Проблемы реализации права человека на жизнь. *Марийский юридический вестник*. 2013. № 10. С. 98–108.
5. Пунда О.О. Право на життя. *Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права*. 2003. № 2. С. 58–64.
6. Сенюта И.Я. Права человека в сфере здравоохранения по Конституции Украины. *Конституционные права и свободы личности в контексте взаимодействия гражданского общества и правового государства*: материалы II Международной научно-теоретической конференции (г. Москва, 13–16 апреля 2010 г.). Москва, 2010. С. 453–462.
7. Малеина М.Н. Личные неимущественные права граждан (понятие, осуществление и защита) : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03 / Московская государственная юридическая академия. Москва, 1997. 449 с.

8. Стефанчук Р.О. Поняття, система, особливості здійснення і захисту репродуктивних прав фізичної особи. *Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права*. Хмельницький, 2004. № 1–2. С. 66–72.
9. Длугопольська Т.І. Правова природа репродуктивних прав фізичних осіб. *Актуальні проблеми правознавства*. 2016. Випуск № 6. С. 103–107.
10. Чечерський В.І. Біологічний фактор як фундаментальний базис права людини на репродуктивне відтворення. *Порівняльно-аналітичне право*. 2019. № 2. С. 49–52.

**Чечерський Віктор Іванович**

#### **УДОСКОНАЛЕННЯ ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПРИРОДНИХ ПРАВ ЛЮДИНИ НА ЖИТТЯ ТА НА РЕПРОДУКТИВНЕ ВІДТВОРЕННЯ**

Незважаючи на велику практику застосування репродуктивних технологій, на законодавчому рівні до теперішнього часу не вирішено навіть питання про те, яке місце займає право людини на репродукцію і продовження роду серед інших прав людини.

У статті проаналізовано точки зору на це питання, які висловлені в юридичній літературі, у тому числі з позиції цивільного права. Зроблено висновок, що право на репродуктивне відтворення – це самостійне фундаментальне право людини, яке не є складовою права на життя, а чинна редакція статті 281 ЦК України не відповідає сучасним вимогам. Запропоновано зміни до цього Кодексу з метою належного врегулювання згаданих природних прав людини.

**Ключові слова:** права людини, природні права, право на репродуктивне відтворення, репродуктивні права, право на життя.

**Чечерский Виктор Иванович**

#### **УСОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ЕСТЕСТВЕННЫХ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА НА ЖИЗНЬ И РЕПРОДУКТИВНОЕ ВОСПРОИЗВЕДЕНИЕ**

Несмотря на широкую практику применения репродуктивных технологий, на законодательном уровне до настоящего времени не решен даже вопрос о том, какое место занимает право человека на репродукцию и продолжение рода среди других прав человека.

В статье проанализированы точки зрения по данному вопросу, высказанные в юридической литературе, в том числе с позиции гражданского права. Сделан вывод, что право на репродуктивное воспроизведение – это самостоятельное фундаментальное право человека, которое не есть составной права на жизнь, а действующая редакция статьи 281 ГК Украины не отвечает современным требованиям. Предложены изменения в этот Кодекс с целью надлежащего урегулирования упомянутых естественных прав человека.

**Ключевые слова:** права человека, естественные права, право на репродуктивное воспроизведение, репродуктивные права, право на жизнь.

**Checherskiy Viktor**

#### **IMPROVEMENT OF CIVIL LEGAL REGULATION OF NATURAL HUMAN RIGHTS TO LIFE AND REPRODUCTIVE PROCREATION**

The regulatory environment lags behind developing social relations is quite natural. However, the lag of legal regulation in the reproductive sphere has become excessive. Despite the extensive practice of using reproductive technologies, even the question of what place the human right to reproduction and procreation occupies among other human rights has not yet been resolved at the legislative level.

It is argued that the right to reproductive procreation, although interconnected with the right to life, has its own object and subject of regulation, and their content is not identical. In some cases, the right to life and the right to reproductive reproduction may be in antagonistic opposition to each other. In this regard, the observance of one of these rights will violate the other.

Moreover, there is a difference in the basis on which these natural rights are based. While in the human right to life, first of all, the basis is the innate need for survival (self-preservation), then in the right for reproductive procreation is the innate need for procreation.

It is indicated that the Civil Code of Ukraine, in comparison with other legislative acts, significantly limited the grounds under which assisted reproductive technologies can be applied.

The article analyzes the approaches to solving this issue expressed in the legal literature. The approaches to solving the problem from the standpoint of civil law are analyzed. It is concluded that the right to reproductive procreation is an independent fundamental human right which is not a composite right to life, and the current version of Article 281 of the Civil Code of Ukraine does not meet modern requirements.

It is proved that an individual has an inalienable right to reproductive procreation, which consists in the free and responsible decision-making on the birth of genetically native children, their number and duration between their birth or refusal to exercise this right.

Changes to Civil Code of Ukraine are proposed with a view to the proper settlement of the mentioned natural human rights. Supplement the Code with article 281-1 "Right to Reproductive procreation" which, inter alia, regulates sterilization, the right to use assisted reproductive technologies, the right to abortion, and human cloning too.

**Key words:** human rights, natural rights, right to reproductive procreation, reproductive rights, the right to life.

# ПРАКТИЧНА ЦИВІЛІСТИКА

УДК 346.22: 351.711

DOI <https://doi.org/10.32837/chc.v0i36.197>

**Кушнерук Дмитро Володимирович,**

аспірант кафедри цивільного права

Національного університету «Одеська юридична академія»

ORCID [orcid.org/0000-0001-6822-8579](https://orcid.org/0000-0001-6822-8579)

## ПУБЛІЧНІ ЗАКУПІВЛІ ЯК ПІДСТАВА ВИНИКНЕННЯ ПРАВА ДЕРЖАВНОЇ ВЛАСНОСТІ

**Постановка проблеми.** Однією з пріоритетних задач, що стоїть перед Україною на шляху до євроінтеграції, є подолання корупції. Одним із найбільш ефективних інструментів боротьби із корупцією вважається впровадження обов'язкової публічної процедури закупівель для державних потреб. Впровадження цієї процедури наближує Україну до загальноєвропейських стандартів у сфері розпорядження бюджетними коштами та набуття державою права власності на певні види майна, необхідні для задоволення державних потреб. Ця процедура забезпечує конкурентоздатність, прозорість відбору постачальників, попереджує можливість зловживань з боку розпорядників державними коштами. Очевидними є позитивні ефекти від запровадження цієї процедури. Однак нещодавно було прийнято нову редакцію закону, що регулює публічні закупівлі, що свідчить про недосконалість положень, які існували раніше. І тепер ми стикаємося із браком досліджень та коментарів щодо особливостей закупівлі державою товарів з використанням електронних процедур. Проте залишається питання, чи були вирішені всі проблеми, що існували у сфері державних закупівель, після прийняття нового нормативного акту.

**Стан дослідження теми.** Державні закупівлі неодноразово привертала увагу вчених, тому у цій сфері досить багато досліджень. Зокрема, варто згадати таких дослідників, як А.О. Олефір, А.С. Овчаренко, Т.В. Мазур, О.П. Орлюк, Н.П. Кучерявенко, В.І. Пашков, А.А. Нечай та інші. Однак у зв'язку з нещодавніми змінами у правовому регулюванні державних закупівель у цій сфері відчувається брак досліджень нових положень нормативних актів.

**Мета дослідження.** Метою цієї статті є аналіз сучасного стану правового регулювання публічних закупівель як підстави виникнення права державної власності на окремі групи товарів, а також порівняння редакцій нормативних актів, що забезпечують правове регулювання державних закупівель та виявлення проблем, що залишаються у цій сфері.

**Виклад основного матеріалу дослідження з повним обґрунтуванням отриманих наукових результатів.** Потреба проводити обов'язкові торги як спосіб виникнення цивільно-правових зобов'язань виникла ще за часів римського приватного права. Так, відповідні правила встановлювалися щодо передання в оренду міських земель (відповідна норма мала публічний характер), а також у деяких інших випадках, що забезпечували приватний інтерес.

На цей час публічні торги є найбільш оптимальним конкурентним способом укладення договорів купівлі-продажу за участі держави, оскільки це дозволяє одночасно забезпечити ефективне використання державних коштів і реалізувати товар за найбільш вигідною для продавця ціною. У такому разі процедура купівлі-продажу є обов'язковою, що є виключенням із загального принципу свободи договору [1, с. 159].

Одним із перших європейських актів, яким було запроваджено основні принципи правового регулювання процедур публічних торгів, була Директива Європейського Парламенту та Ради 2004/18/ЄС про координацію порядків надання державних контрактів щодо виконання робіт, постачання товарів та надання послуг. Проведення електронних закупівель у них особливо відзначене, при цьому особлива увага приділяється

електронним методам закупівель. Директива прямо вказує, що електронні методи здійснення закупівель сприяють підвищенню конкуренції та удосконаленню самого процесу закупівель.

До закупівельних інструментів, які мають пряме відношення до електронних засобів ведення закупівель, насамперед належать: динамічна система закупівель та електронні аукціони.

Загальна система проведення електронного аукціону детально прописана в ст. 54 Директиви 2004/18/ЄС. Звернемо увагу на деякі відмінності проведення електронних аукціонів у країнах Євросоюзу. Проведення електронного аукціону можливе в рамках відкритих, закритих та узгоджувальних процедур. Електронний аукціон може бути проведений після оголошення тендеру на право укладення контракту між сторонами рамочної угоди та після оголошення тендеру на право укладення контракту в рамках динамічної системи закупівель. Таким чином, аукціон є не відокремленою процедурою та може бути проведений у рамках усіх процедур, що передбачені Директивою [2].

Реалізація Директиви у кожній державі – члені ЄС проводиться окремо та опосередковується шляхом прийняття власних законодавчих актів. Наприклад, у Великобританії в 2006 році були прийняті нові правила здійснення державних закупівель, ст. 21 яких передбачає право державних замовників на використання електронних аукціонів як частини закупівельного процесу. Використання цього способу проведення закупівель передбачає і певні зобов'язання для замовника, наприклад, публікація в Офіційному журналі Європейського Союзу наміру про використання електронного аукціону [3, с. 127].

У Німеччині організація і порядок проведення комерційних торгів регламентується Промисловим статутом від 21.06.1869 р. та Постановою «Про продаж з публічних торгів». Відповідно до Промислового статуту Німеччини публічні торги можуть проводитися щодо рухомих речей або прав на них, земельних ділянок або прав на нерухомість. Також аукціон у Німеччині розглядається як форма приватизації, на рівні з інвестиційними конкурсами та прямими продажами [4, с. 4].

В Україні правове регулювання обов'язкової процедури державних закупівель вперше було впроваджено Законом України «Про здійснення державних закупівель» від 01.06.2010 р. Відповідно до вказаного Закону торги застосовувались до всіх замовників та закупівель товарів, робіт і послуг, які повністю або частково здійснюва-

лись за рахунок державних коштів, за умови, що вартість предмета закупівлі товару (товарів), послуги (послуг) дорівнювала або перевищувала 100 тисяч гривень (в будівництві – 300 тисяч гривень), а робіт – 1 мільйон гривень [5]. У подальшому підхід до встановлення граничної суми вартості товарів кілька разів змінювався. Останні зміни відбулися у вересні 2019 р., причому їх було так багато, що за доцільне вирішили видати Закон України «Про публічні закупівлі» у новій редакції, ніж вносити зміни у стару версію Закону.

За сучасним цивільним законодавством України розпорядникам державними коштами доводиться здійснювати закупівлю товарів для державних потреб із застосуванням процедур, передбачених Законом України «Про публічні закупівлі» (далі – Закон) у наступних випадках. По-перше, органам державної влади (законодавчої, виконавчої, судової) та правоохоронним органам держави, органам влади Автономної Республіки Крим, органам місцевого самоврядування, об'єднанням територіальних громад, представникам Пенсійного фонду України, органів соціального страхування, а також юридичним особам, які є підприємствами, установами, організаціями, що забезпечують потреби держави або територіальної громади і є розпорядниками або одержувачами бюджетних коштів, мають у вищому органі управління більшість голосів органів державної влади чи місцевого самоврядування або 50 і більше відсотків державних чи комунальних акцій у статутному капіталі, необхідно звертатися до процедур публічних закупівель у разі, якщо вартість товарів чи послуг, що набуваються за державні кошти, дорівнює або перевищує 200 тисяч гривень, або вартість робіт перевищує 1,5 мільйона гривень. По-друге, для юридичних осіб або суб'єктів господарювання, у яких органам державної влади, органам влади АРК чи органам місцевого самоврядування належить частка у розмірі більше ніж 50 відсотків у статутному капіталі або вищезгаданим органам належить більшість голосів у вищому органі чи право призначати більше половини складу виконавчого органу або наглядової ради, а також для юридичних осіб, у яких наявні спеціальні або ексклюзивні права, необхідність застосування публічних процедур для закупівель настає у разі, якщо вартість предмета закупівлі товару чи послуги дорівнює або перевищує 1 мільйон гривень, а вартість робіт перевищує 5 мільйонів гривень. Під «спеціальними або ексклюзивними правами» слід розуміти права державних

та комунальних, інколи навіть приватних підприємств або частково приватизованих компаній, які забезпечують потреби суспільства в інфраструктурних галузях, на ринках, що характеризуються станом природної монополії. Держава, вважаючи за необхідне гарантувати доступність, стабільність та надійність так званих комунальних послуг населенню, з одного боку, зобов'язує відповідні компанії-оператори надавати їх послуги на певних встановлених державою умовах (регульовані ринки), а з іншого боку, надає цим компаніям монополні, виключні чи спеціальні права і захищає їх від конкурентного тиску. Зокрема, це стосується діяльності у сферах енергозабезпечення, тепло- та водопостачання, транспорту [6].

Необхідно зазначити, що придбання не всіх товарів у власність держави врегульовується зазначеним Законом. Зокрема, дія Закону не поширюється на випадки, якщо предметом закупівлі є товари, роботи і послуги, закупівля яких становить державну таємницю, товари, роботи і послуги, закупівля яких здійснюється закордонними дипломатичними установами України, придбання, оренду землі, будівель, іншого нерухомого майна або майнових прав на землю, будівлі та інше нерухоме майно, товари, роботи і послуги, що закуповуються у воєнній сфері, сферах оборони і військового будівництва, та спеціалізованими організаціями, які здійснюють закупівлі, товари і послуги, пов'язані з розробленням дизайну, виготовленням захищеного паперу, банкнот, монет і державних нагород України, їх зберіганням, транспортуванням та обліком, товари і послуги, пов'язані з операціями Національного банку із забезпечення управління золотовалютними резервами, їх розміщення, купівлі та продажу на вторинному ринку цінних паперів, здійснення валютних інтервенцій шляхом купівлі-продажу валютних цінностей на валютних ринках та інші товари та послуги, передбачені у ч. 5 ст. 3 Закону.

Закон також передбачає можливість застосування спрощених закупівель. Так, під час здійснення закупівель товарів, робіт і послуг, вартість яких не перевищує 50 тисяч гривень, замовник може використовувати електронну систему закупівель. Під час здійснення таких закупівель без використання електронної системи замовник обов'язково оприлюднює звіт про договір про закупівлю, укладений без використання електронної системи.

Таким чином, у новій редакції Закону обов'язковим стало використання електронної системи

ProZorro для державних закупівель вартістю від 50 тис. грн. Отже, поріг безтендерних закупівель новим Законом знижено з 200 тис. грн до 50 тис. грн. До того ж звіт у системі ProZorro потрібно здійснювати за всі закупівлі, тоді як раніше замовники надавали звіт у систему ProZorro лише у разі здійснення закупівель на суму від 50 тис. грн [7].

Зазначимо, що саме регулювання спрощеної процедури закупівель, яка раніше мала назву допорогових закупівель, було одним з найбільш проблемних питань до прийняття нової редакції Закону. Однак і після прийняття нового Закону багато проблем залишилося невирішеними. Зокрема, у Законі залишається низка підстав, що дають можливість не застосовувати електронні торги під час спрощених закупівель. Наприклад, такою підставою є відсутність конкуренції на ринку. Внаслідок відсутності конкуренції договір про закупівлю товарів для державних потреб може бути укладено лише з одним наявним постачальником. Очевидно, що положення про відсутність конкуренції без деталізації способів підтвердження такої ситуації може привести до численних зловживань. На рівні законів не визначено порядку та документів, які мають підтверджувати відсутність конкуренції. Окремі питання врегульовані лише на рівні підзаконних нормативних актів, таких як Листи Мінекономрозвитку, наприклад, Листом Мінекономрозвитку від 22.11.2006 р. «Щодо застосування переговорної процедури» [8]. Однак такі нормативні акти мають лише інформаційний характер та не мають обов'язкової сили, що знову ж таки веде до зловживань на практиці [9, с. 245–246].

З позитивних рис нової редакції Закону можна відмітити також розширення переліку підстав для відмови в участі у процедурі закупівлі. Ст. 17 доповнено такими підставами: учасник процедури закупівлі є особою, до якої застосовано санкцію у виді заборони на здійснення у неї публічних закупівель; уповноважена на участь у закупівлі особа була притягнута до відповідальності за вчинення правопорушення, пов'язаного з використанням дитячої праці чи будь-якими формами торгівлі людьми, учасник процедури закупівлі має заборгованість із сплати податків і зборів (обов'язкових платежів), крім випадку, якщо такий учасник здійснив заходи щодо розстрочення і відстрочення такої заборгованості у порядку та на умовах, визначених законодавством країни реєстрації такого учасника. Такий підхід дозволяє більш надійно захистити інтереси



держави та вводить додаткові покарання за вчинені правопорушення.

Також безумовно позитивним аспектом нової редакції Закону є пряма вказівка на те, що замовник не має права вимагати документального підтвердження публічної інформації, що оприлюднена у формі відкритих даних згідно із Законом України «Про доступ до публічної інформації» та/або міститься у відкритих єдиних державних реєстрах, доступ до яких є вільним, або публічної інформації, що є доступною в електронній системі закупівель. Такий підхід значно зменшує кількість документів, що мають подаватися учасниками процедури закупівель, у яких немає сенсу, оскільки всі дані з них містяться у відкритих реєстрах. Це свідчить про готовність держави відповідати європейським стандартам та бути відкритою.

До інших позитивних аспектів можна віднести введення 24-годинного терміну на усунення технічних недоліків, введення плати за оскарження, введення електронних каталогів тощо [10].

Однак, у Законі все ще залишається багато недоліків. Зокрема, процедура закупівлі може бути уникнута шляхом розбивання суми закупівлі на частини (що однак вже складніше зробити, оскільки сума спрощених закупівель була знижена до 50 тис. грн). Також залишається можливість вимагання додаткових документів, які б підтверджували відповідність пропозиції вимогам тендерної документації, можливість встановлення заздалегідь узгоджених умов, що дозволяє обирати «потрібного» учасника завдяки чітко визначеним параметрам предмета, які можуть бути наявні лише у конкретно визначеного учасника. Також залишається проблема невідповідності продукції представленої тендерній документації.

Для вдосконалення процедури закупівель рекомендується звертатись до положень Директиви 2014/24/ЄС Європейського Парламенту та Ради Європи від 26.02.2014 р. Наприклад, не зовсім правильним видається оцінка товару на підставі ціни або якості, більш оптимальним є запропонований у Директиві підхід до оцінки, спираючись на співвідношення ціни та якості. Також слід узяти до уваги нецінові критерії оцінки товарів, вимоги до технічних специфікацій, наявність інноваційного складника, встановлення екологічних вимог, підтримка середнього та малого підприємства тощо [11, с. 9–12].

**Висновки з дослідження та перспективи подальших розвідок у цьому напрямі.** Таким чином, аналіз процедур публічних закупівель як підстави виникнення державної власності дозволяє зробити висновок про наявність позитивних змін у правовому регулюванні публічних закупівель. Водночас деякі проблеми все ще залишаються невирішеними, що створює можливість зловживань та залишає поле для розквіту корупційних правопорушень. Правове регулювання публічних закупівель потребує особливої уваги з точки зору захисту права державної власності, оскільки є процедурою, що має забезпечити ефективне та прозоре використання бюджетних коштів. Тому важливо взяти до уваги європейські підходи до правового регулювання процедур закупівель для державних потреб та внести необхідні зміни в українські нормативні акти. Зокрема, перегляду потребують критерії оцінки товарів, що підлягають закупівлі, підходи до визначення специфікації. Необхідно також врахувати світові стандарти щодо забезпечення екології та підтримки малого та середнього підприємства. Адже держава повинна не лише дбати про інтереси власності, але й забезпечувати всебічний захист прав своїх громадян.

#### ЛІТЕРАТУРА:

1. Некіт К.Г. Принципи правового регулювання відносин власності за цивільним законодавством України. *Митна справа*. 2013. № 1(85). С. 158–164.
2. Директива 2004/18 ЄС Європейського парламенту та Ради Європи від 31 березня 2004 року стосовно координації порядків надання державних контрактів щодо виконання робіт, постачання товарів та надання послуг. URL: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:blzxcgw9zmrAJ:old.minjust.gov.ua/file/32409.docx+&cd=1&hl=ru&ct=clnk&gl=ua&client=firefox-b-d>
3. Кокарева Л.М. Электронные методы осуществления госзакупок в странах Евросоюза: практика проведения электронных аукционов Великобритании. *Госзаказ: управление, размещение, обеспечение*. 2010. № 22. С. 122–133.
4. Лучникова В.Ю. Приватизация промышленных предприятий в новых федеральных землях Германии : автореф. дис. ... канд. эконом. Наук : 08.00.14 : Мировое хозяйство и международные экономические отношения. Московский государственный университет им. М.В. Ломоносова. Москва, 1995. 19 с.
5. Про здійснення державних закупівель: Закон України від 01.06.2010. *Відомості Верховної Ради України* від 20.08.2010. 2010. № 33. Ст. 471.
6. Шатковський О., Яременко С. Коментарі до законодавства України про публічні закупівлі. URL: <https://infobox.prozorro.org/news-mert/komentari-do-zakonodavstva-ukrajini-pro-publiczni-zakupivli-1>

7. Головні нововведення Закону України «Про публічні закупівлі», які варто знати. URL: <http://jur-gazeta.com/publications/practice/sudova-praktika/golovni-novovvedennya-zakonu-ukrayini-pro-publichni-zakupivli-yaki-var-to-znati.html>.
8. Щодо застосування переговорної процедури: Лист Мінсканомрозвитку від 22.11.2016. URL: [http://online.budstandart.com/ua/catalog/doc-page.html?id\\_doc=68655](http://online.budstandart.com/ua/catalog/doc-page.html?id_doc=68655)
9. Овчаренко А.С. Правове регулювання допорогових закупівель в Україні: проблеми та шляхи вирішення. *Порівняльно-аналітичне право*. 2018. № 2. С. 244–247.
10. Гоголь М. Зміни в Законі про закупівлі: що пропонує законопроект № 8265? URL: [http://uz.ligazakon.ua/ua/magazine\\_article/EA011640](http://uz.ligazakon.ua/ua/magazine_article/EA011640).
11. Олефір А.О. Проблеми публічних закупівель крізь призму європейського досвіду. *Теорія і практика правознавства*. 2017. Вип. 1(11). С. 1–16.

**Кушнерук Дмитро Володимирович**

#### **ПУБЛІЧНІ ЗАКУПІВЛІ ЯК ПІДСТАВА ВИНИКНЕННЯ ПРАВА ДЕРЖАВНОЇ ВЛАСНОСТІ**

У статті досліджуються особливості правового регулювання публічних закупівель як підстави виникнення права державної власності. Проаналізовано, у яких випадках для набуття державою права власності необхідно звертатися до процедури публічних закупівель. Здійснено порівняння старої та нової редакції Закону України «Про публічні закупівлі». Виявлено позитивні зміни у новій редакції Закону, а також недоліки, що залишилися. Запропоновано звертатись до європейського досвіду з метою вдосконалення правового регулювання процедури публічних закупівель.

**Ключові слова:** держава, право власності, публічні закупівлі, електронні закупівлі, тендер, спрощені закупівлі.

**Кушнерук Дмитрий Владимирович**

#### **ПУБЛИЧНЫЕ ЗАКУПКИ КАК ОСНОВАНИЕ ВОЗНИКНОВЕНИЯ ПРАВА ГОСУДАРСТВЕННОЙ СОБСТВЕННОСТИ**

В статье исследуются особенности правового регулирования публичных закупок как основания возникновения права государственной собственности. Проанализировано, в каких случаях для приобретения государством права собственности необходимо обращаться к процедуре публичных закупок. Проведено сравнение старой и новой редакции Закона Украины «О публичных закупках». Выявлены положительные изменения в новой редакции Закона, а также оставшиеся недостатки. Предложено обращаться к европейскому опыту в целях совершенствования правового регулирования процедуры публичных закупок.

**Ключевые слова:** государство, право собственности, публичные закупки, электронные закупки, тендер, упрощенные закупки.

**Kushneruk Dmytro**

#### **PUBLIC PROCUREMENT AS THE BASIS FOR THE EMERGENCE OF STATE OWNERSHIP**

The article explores the features of the legal regulation of public procurement as the basis for the emergence of state ownership. The importance of this procedure is explained by the fact that it was developed to combat corruption when using budget funds. One of the priorities facing Ukraine on the path to European integration is overcoming corruption. Implementation of the public procurement procedure brings Ukraine closer to European standards in the field of managing budget funds and acquiring state ownership of certain types of property which are necessary for the state needs. This procedure ensures competitiveness and transparency in the selection of suppliers, prevents the possibility of abuse by public funds managers. The positive effects of implementing this procedure are obvious. However, a new version of the law regulating public procurement has recently been adopted, which indicates the imperfection of the provisions that existed previously.

In connection with the aforementioned, the article compares the old and new versions of the Law of Ukraine “On Public Procurement”. Positive changes in the new version of the Law, as well as remaining deficiencies were revealed. Among the positive changes can be noted a decrease in the threshold for the mandatory application of public procurement from 200 thousand UAH. up to 50 thousand UAH., the list of grounds for refusing to participate in the public procurement procedure, the introduction of a deadline for eliminating technical errors has been expanded. Among the remaining shortcomings, one can note the imperfection of the criteria for making decisions, the ability to establish requirements for specific suppliers, the ability to supply products that do not meet the requirements of the tender documentation.

As a result of the analysis, it is proposed to turn to European experience in order to improve the legal regulation of public procurement. In particular, to revise the criteria for evaluating the goods to be procured, approaches to determining the specifications, take into account international standards for ensuring the environment and support for small and medium-sized enterprises. This is necessary because the state must not only take care of the efficient use of its property, but also comprehensively protect the rights and interests of its citizens

**Key words:** state, property right, public procurement, electronic procurement, tender, simplified procurement.

# ПОРІВНЯЛЬНА ЦИВІЛІСТИКА

УДК 347.45

DOI <https://doi.org/10.32837/chc.v0i36.198>

**Білоус Юрій Ігорович,**

аспірант кафедри цивільного права

Київського національного університету імені Тараса Шевченка

ORCID <https://orcid.org/0000-0002-0718-9315>

## СУБ'ЄКТНИЙ СКЛАД ДОГОВОРУ УМОВНОГО ДЕПОНУВАННЯ (ЕСКРОУ) В УКРАЇНІ ТА ІНОЗЕМНИХ КРАЇНАХ: ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ

**Постановка проблеми.** З 2017 року внаслідок прийняття Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо підвищення рівня корпоративного управління в акціонерних товариствах» від 23.03.2017 р. № 1983-VIII в законодавстві України з'явилося невідоме раніше поняття «рахунок умовного зберігання» або «ескроу-рахунок».

Хоча в світовій практиці ескроу-рахунки вважаються одним з найбільш ефективних механізмів для безпечного укладання та виконання зобов'язань за угодами, в Україні цей механізм абсолютно новий, тому він вимагає детального розгляду. Зокрема, важливим аспектом для забезпечення максимальної дієвості нового інституту є його суб'єктний склад. Загалом у правовідносинах ескроу виділяють три основні сторони: депонент, бенефіціар і ескроу-агент. Якщо по депоненту і бенефіціару ситуація майже скрізь однакова, то стосовно ескроу-агента є значні відмінності у правових системах різних країн.

**Стан дослідження.** В своїх працях договір ескроу досліджували різні науковці, серед яких В. Батін, М. Башкатов, О. Блінкова, Л. Василевська, В. Калмикова, М. Карпичова, Ю. Конєвінова, О. Мельник, Н. Новікова, І. Степанян, Л. Панова, Р. Майданик та інші. Однак питання суб'єктного складу договору ескроу та його порівняльно-правового аналізу достатньою мірою досліджено не було.

**Мета статті** – провести порівняльно-правовий аналіз суб'єктного складу договору умовного депонування (ескроу) в Україні та інших країнах і виявити відповідні вектори для покращення цього інституту в нашому законодавстві.

**Виклад основного матеріалу дослідження з повним обґрунтуванням отриманих наукових результатів.** У розвинених країнах Заходу як забезпечувальний механізм захисту суб'єктів договору використовується правова конструкція умовного депонування – ескроу (escrow). Ескроу є не тільки ретельно розробленим і врегульованим способом розрахунків, але і гарантією виконання зобов'язань для учасників угоди. Суть цього правового механізму досить точно характеризує таке визначення – «депонування однією особою грошових коштів або інших активів у третій особи для виплати або передачі певній особі під час виконання визначених умов» [1].

Ця конструкція та елементи, що її характеризують присутні в обігу як країн загального права, так і континентального: в США і Англії – escrow, у Франції – fiducia, в Німеччині – treuhand.

В Українському законодавстві інститут ескроу врегульований у параграфі 2 глави 72 ЦК, присвяченої Банківському рахунку:

### **Рахунок умовного зберігання (ескроу)**

**Стаття 1076<sup>1</sup>.** Договір рахунка умовного зберігання (ескроу)

1. За договором рахунка умовного зберігання (ескроу) банк зобов'язується приймати та зараховувати на рахунок умовного зберігання (ескроу), відкритий клієнту (володільцю рахунка), грошові кошти, отримані від володільця рахунка та/або від третіх осіб, та перераховувати такі кошти особі (особам), вказаній володільцем рахунка (бенефіціару або бенефіціарам), або повернути такі кошти володільцю рахунка за настання підстав, передбачених договором рахунка умовного зберігання (ескроу) [2].

При цьому необхідно підкреслити, що згідно з цією статтею ЦК ескроу-агентом може бути тільки банк. Надання виключно банкам права виконувати обов'язки ескроу-агента зумовлено тим, що стаття внесена в главу 72 ЦК «Банківський рахунок». Таким чином, договір ескроу віднесений до різновиду договору банківського рахунку, предметом якого можуть бути тільки гроші.

Отже, за законодавством України ескроу-рахунок – це рахунок, який банк відкриває клієнту **на основі договору** рахунку умовного зберігання. Своєю чергою **договір** рахунку умовного зберігання (ескроу) – це як мінімум тристоронній договір, в якому обов'язково беруть участь такі суб'єкти:

**Ескроу-агент** – утримувач рахунку. За вітчизняним законодавством, ескроу-агентом може бути тільки банк. Варто відмітити, що на відміну від країн континентального права, в нашому законодавстві навіть прямо не передбачена назва «ескроу-агент» як суб'єкт відповідного договору. Гроші передаються (депонуються) банку як гаранту, який має ряд зобов'язань зі здійснення операцій з ними. Однак перш за все зобов'язання банку полягає в тому, щоб відкрити рахунок умовного зберігання, прийняти і зарахувати на нього кошти клієнта. Для порівняння, згідно з положеннями Фінансового кодексу штату Каліфорнія грошові кошти до їх передачі бенефіціару розміщуються на безвідсотковому рахунку в кредитній організації, застрахованій у Федеральній корпорації страхування банківських вкладів (Federal Deposit Insurance Corporation), яка має дозвіл на розміщення таких коштів.

Крім того, Фінансовий кодекс Каліфорнії дозволяє розміщення депонованих коштів на процентних рахунках, якщо ескроу-агент є членом кредитної спілки, а гроші ізольовані від його власних коштів.

Більшість штатів регламентує управління ескроу-рахунками з боку фідуціаріїв (ескроу-агентів), однак відповідні закони про умовне депонування можуть залежати від їх типу. Так, дії юристів врегульовані Адвокатською асоціацією штату Каліфорнія, брокерів по операціям з нерухомістю та агентів – Департаментом нерухомості штату Каліфорнія, незалежних ескроу-компаній – Департаментом корпорацій штату Каліфорнія, титульних компаній – Департаментом страхування штату Каліфорнія. Хоча регулюючі положення щодо кожної професії мають певну схожість, наприклад, в частині заборони на змішання фондів, наявні і певні відмінності.

Закон про умовне депонування (розділ 6 Каліфорнійського фінансового Кодексу) визначає, що Департамент страхування повинен ліцензувати ескроу-агентів.

Приватна особа не може отримати ліцензію на право брати участь в угодах у ролі ескроу-агента. Це має бути юридична особа, яка має ескроу-ліцензію. Претенденти на отримання ліцензії мають бути платоспроможними. Зокрема, вони повинні надати гарантію виконання на суму понад 25 тисяч доларів [3].

**Депонент** – це клієнт, власник рахунку ескроу, який відкриває цей рахунок і передає гроші банку. **Депонування** – це і є передача коштів на зберігання. Депонент здійснює депонування майна, призначене бенефіціару в разі виконання ним певних зобов'язань або реалізації інших подій, зазначених як умови вивільнення депонованого.

**Бенефіціар** – це сторона договору, якій повинні бути перераховані зазначені грошові кошти клієнта, однак тільки в тому разі, якщо настануть умови, зазначені в договорі. Бенефіціар може бути не один. Насамперед необхідно визначитися з поняттям «бенефіціар» стосовно до досліджуваного договору. Законодавець не дає відповіді на зазначене питання, обмежуючись констатацією існування бенефіціара.

Головними завданнями для сторін договору ескроу є: для депонента – забезпечення того, щоб кошти, призначені кредитору за основним зобов'язанням, були виплачені тільки після виконання ним його зустрічного обов'язку, а для кредитора – щоб після виконання ним обов'язків грошові кошти були в будь-якому разі йому перераховані, що знімає ризик невиконання зобов'язань кредитором і, відповідно, неотримання коштів кредитором.

Відповідно до права Англії і США ескроу-агентами можуть бути як фізичні, так і юридичні особи (банк, нотаріус, адвокат), тобто особи, нейтральні до забезпечуваного ескроу зобов'язання [4]. Така особа несе по відношенню до депонента і бенефіціара фідуціарні, тобто особисто-довірчі, зобов'язання і має під час виконання своїх зобов'язань по відношенню до них проявляти належну дбайливість.

Особа, що діє як ескроу-агент, має уникати будь-яких дій, що мають протиріччя з обов'язками ескроу-агента перед боржником і кредитором. Одним з найважливіших складників фідуціарних зобов'язань ескроу-агента по відношенню до боржника і кредитора є зобов'язання повного розкриття інформації (duty of full disclosure).

Відповідно до такого зобов'язання ескроу-агент зобов'язаний проінформувати боржника і кредитора про всі відомі ескроу-агенту істотні обставини і факти, які можуть будь-яким чином вплинути на права осіб, по відношенню до яких ескроу-агент несе таке зобов'язання.

За англійським правом, відповідно до позиції суду ескроу-агентом може бути в тому числі адвокат, співробітник юридичної фірми, а також співробітник страхової компанії. Зобов'язання ескроу-агента включають координування підготовки і підписання документів зі страхування, підписання ескроу-чеків, координацію закриття угоди тощо. Закриття угоди в свою чергу означає, що ескроу-агент повинен дослідити належним чином документи за угодою. Таке дослідження означає, що ескроу-агент повинен визначити виконання таких умов: а) виплати всіх необхідних податків; б) укладення належним чином всіх необхідних документів з передачі права власності, документів із застави тощо; в) факт подачі документів (в разі необхідності) на реєстрацію в державні органи тощо [5].

Таким чином, можна сказати, що ескроу є правовим інструментом, який дозволяє сторонам відповідних правовідносин мінімізувати певні ризики, що виникають під час здійснення сторонами зобов'язань. Крім того, однією з ключових характеристик договору ескроу є фідуціарні зобов'язання ескроу-агента як перед бенефіціаром, так і перед боржником, які складаються з зобов'язання повного розкриття інформації (duty of full disclosure), а також зобов'язання проявляти належну дбайливість (duty of care) – зобов'язаність ескроу-агента діяти з належною обачністю та уважністю під час зберігання документів, грошей або іншого майна в ескроу і передавати майно тільки відповідно до умов і процедури, передбаченої в договорі ескроу [6].

Вважаємо, що в рамках правовідносин за договором ескроу основне виконання здійснюється ескроу-агентом, оскільки саме на нього покладено обов'язок забезпечити збереження майна, переданого ескроу, перевірити надані документи, вирішити в результаті такої перевірки, чи має він право, згідно з договором ескроу, передати предмет ескроу бенефіціару, або, якщо бенефіціар не надав необхідні документи або надав ці документи неналежним чином, ескроу-агент вирішує питання про повернення предмета ескроу депоненту і про продовження терміну подання документів (залежно від умов договору).

Якщо предмет ескроу повертається депоненту, договір ескроу припиняється, що може спричинити за собою інші юридичні наслідки для депонента і бенефіціара, наприклад, припинення договору, в забезпечення якого було укладено договір ескроу. Тому, на наш погляд, якщо в рамках наведеного раніше прикладу суд не зможе провести первинну кваліфікацію юридичних понять «ескроу», «ескроу-агент» відповідно до вітчизняного права і вважатиме за необхідне звернутися до права іноземної держави, то найбільш розумно йому було б звернутися до права країни ескроу-агента як сторони, яка здійснює виконання, яке має вирішальне значення для змісту договору [7].

Крім того, до недавнього часу в рамках вітчизняної правової системи конструкція ескроу взагалі не була врегульована. Незважаючи на принцип свободи договору, закріплений у ст. 627 ЦК, сторони транскордонних комерційних договорів уникали укладання договорів ескроу за нормами вітчизняного права і не вибирали місцем розгляду спорів Україну, що пояснюється ризиком неможливості реалізації важливої забезпечувальної функції сторонами транскордонного договору ескроу.

У тому разі, якщо в рамках транскордонного договору ескроу, щодо якого виник спір, предметом договору є гроші, а, наприклад, цінні папери, а ескроу-агентом – не банк, а інша (фізична або юридична) особа, на наш погляд, виникне ситуація, коли юридичне поняття «договір ескроу» неможливо тлумачити в рамках національного права, оскільки відповідно до українського права договір ескроу – це різновид договору банківського рахунку, а поняття ескроу-агент зводиться до поняття «банк». У такому разі суду доцільно звернутися до іноземного права для тлумачення відповідних юридичних понять на стадії первинної кваліфікації. Вважаємо, що основна складність буде полягати у виборі права тієї держави, до якого повинен буде звернутися суд. Логічно припустити, що суд під час кваліфікації юридичних понять звернеться до англійського права як на етапі первинної кваліфікації, так і на етапі вторинної кваліфікації.

**Висновки з дослідження та перспективи подальших розвідок у цьому напрямі.** Отже, поправки, що вводять правовий інструмент ескроу в ЦК України, регламентують тільки правове регулювання щодо такого договору ескроу, предметом якого можуть бути винятково гроші, а ескроу-агентом – винятково банк. Тобто в українській

правовій системі на цей час немає правового регулювання щодо ескроу-договорів, предметом яких є будь-яке майно і/або ескроу-агентом в яких виступають будь-які особи (крім банку). Вбачаємо за доцільне звернути увагу на можливість розширення кола суб'єктів, котрі можуть виступати ескроу-агентами в Україні. Це необхідно задля того, щоб не виникла ситуація, коли юридичне поняття «договір ескроу» неможливо

тлумачити в рамках національного права, якщо в рамках транскордонного договору ескроу, щодо якого виник спір, предметом договору є не гроші, а, наприклад, цінні папери, а ескроу-агентом – не банк, а інша (фізична або юридична) особа. Стосовно ж інших суб'єктів договору ескроу – депонента і бенефіціара, то вважаємо нинішнє регулювання їх у ЦК достатнім і таким, що відповідає міжнародним потребам і стандартам.

#### ЛІТЕРАТУРА:

1. Маляревская Ю.Н. Банковское дело. Англо-русский толковый словарь. Москва : Олмапресс, 2005. С. 132.
2. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003р. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 40-44. Ст. 356.
3. California Financial Code. URL: <http://leginfo.legislature.ca.gov/faces/cCode=fin>.
4. Чураков Р.С. Эскроу-счет по российскому праву. URL: <http://base.garant.ru/5377102/>.
5. Bell v. Safeco Title Ins. Co., 830 S.W.2d. URL: <https://casetext.com/case/bell-v-safeco-title-ins-co>.
6. Texas First Nat'l Bank v. Ng, 167 S.W.3d 842, 857; Gary E. Patterson & Assoc., P.C. v. Holub, 264 S.W.3d 180, 203.
7. Пак. М.З. Общая характеристика агентского договора. Гражданское право и современность: сборник статей, посвященный памяти М.И. Брагинского под ред. В.Н. Литовкина, К.Б. Ярошенко. Статут. 2013. 766 с.

**Білоус Юрій Ігорович**

#### **СУБ'ЄКТНИЙ СКЛАД ДОГОВОРУ УМОВНОГО ДЕПОНУВАННЯ (ЕСКРОУ) В УКРАЇНІ ТА ІНОЗЕМНИХ КРАЇНАХ: ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ**

Стаття присвячена аналізу суб'єктного складу договору умовного депонування (ескроу) в Україні та іноземних країнах. Досліджено схожі та відмінні риси в суб'єктному складі договору умовного депонування (ескроу) в законодавствах України та іноземних країн. Автором також сформульовано рекомендації щодо врахування зарубіжного досвіду стосовно суб'єктного складу відповідного договору в правовій системі України. Автор вбачає за доцільне звернути увагу на можливість розширення кола суб'єктів, котрі можуть виступати ескроу-агентами в Україні. Це необхідно задля того, щоб не виникла ситуація, коли юридичне поняття «договір ескроу» неможливо було тлумачити в рамках національного права. Стосовно ж інших суб'єктів договору ескроу – депонента і бенефіціара, то вважаємо нинішнє регулювання їх в ЦК достатнім і таким, що відповідає міжнародним потребам і стандартам.

**Ключові слова:** ескроу, суб'єктний склад, депонент, бенефіціар, ескроу-агент, банк, третя сторона.

**Білоус Юрій Ігорович**

#### **СУБЪЕКТНЫЙ СОСТАВ ДОГОВОРА УСЛОВНОГО ДЕПОНИРОВАНИЯ (ЭСКРОУ) В УКРАИНЕ И ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАНАХ: СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ АСПЕКТ**

Статья посвящена анализу субъектного состава договора условного депонирования (эскроу) в Украине и зарубежных странах. Исследованы схожие и отличительные черты в субъектном составе договора условного депонирования (эскроу) в законодательствах Украины и зарубежных стран. Автором также сформулированы рекомендации по учету зарубежного опыта касательно субъектного состава соответствующего договора в правовой системе Украины. Автор считает целесообразным обратить внимание на возможность расширения круга субъектов, которые могут выступать в качестве эскроу-агентов в Украине. Это необходимо для того, чтобы не возникла ситуация, когда юридическое понятие «договор эскроу» невозможно было истолковать в рамках национального права. Что касается других субъектов договора эскроу – депонента и бенефициара, считаем нынешнее регулирование их в ЦК достаточным и соответствующим международным потребностям и стандартам.

**Ключевые слова:** эскроу, субъектный состав, депонент, бенефициар, эскроу-агент, банк, третья сторона.

**Bilous Yuriy**

#### **SUBJECT COMPOSITION OF A CONDITION OF CONDITIONAL DEPOSITION AGREEMENT (ESCROW) IN UKRAINE AND FOREIGN COUNTRIES: COMPARATIVE LEGAL ASPECT**

The article is devoted to the analysis of the subject composition of the escrow agreement in Ukraine and foreign countries. In the developed countries of the West, escrow is used as a security mechanism for the protection of the subjects of the treaty. The escrow is not only a carefully designed and regulated method of calculations, but also a guarantee of fulfillment of obligations for the parties to the transaction. Similar and different features of the subjective composition of the escrow agreement in the legislation of Ukraine and foreign countries are investigated. The author also formulated recommendations for taking into account foreign experience regarding the subject composition of the relevant contract in the legal system of Ukraine.

The author considers it expedient to pay attention to the possibility of expanding the range of entities that may act as escrow agents in Ukraine. This is necessary to avoid situations where the legal concept of an “escrow contract” could not be interpreted within national law. With regard to other subjects of the escrow contract, the depositor and the beneficiary, we consider the current regulation of them in the Civil Code of Ukraine is sufficient and in line with international needs and standards.

The main tasks for the parties to the escrow agreement are: for the depositor – to ensure that the funds assigned to the lender on the principal obligation are paid only after the fulfillment of his counterpart obligation, and for the lender – that after the fulfillment of their obligations the funds in any case, he was listed, which eliminates the risk of default by the lender and, accordingly, failure to obtain funds by the lender.

In addition, until recently, within the domestic legal system, the construction of the escrow was not regulated at all. Despite the principle of freedom of contract, enshrined in Art. 627 of the Civil Code of Ukraine, the parties to cross-border commercial agreements avoided the conclusion of escrow agreements under the rules of Ukrainian law and did not choose the place of dispute settlement in Ukraine, which is explained by the risk of impossibility of exercising an important security function by the parties to the cross-border contract of escrow.

**Key words:** escrow, subject composition, depositor, beneficiary, escrow agent, bank, third party.

# ПРАВА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

УДК 346.1:347.191 (477) (045)

DOI <https://doi.org/10.32837/chc.v0i36.199>

**Колосов Руслан Віталійович,**

кандидат юридичних наук, доцент,

доцент кафедри юридичних дисциплін

Донецького юридичного інституту Міністерства внутрішніх справ України

ORCID <https://orcid.org/0000-0002-3080-729X>

## КОРПОРАТИВНІ ПРАВА В УКРАЇНСЬКОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ: ПОНЯТТЯ ТА ЗМІСТ

**Постановка проблеми.** Однією з самих складних категорій у законодавстві України є корпоративні права. Пов'язане це з тим, що легальне їх визначення міститься у Господарському кодексі України, своєю чергою окремі складники корпоративних прав регулює Цивільний кодекс України, який, зокрема, містить: права учасників господарських товариств, «права на участь у товаристві», «право на частку у статутному капіталі». Таке протиріччя в законодавстві викликало неоднорідність оцінок як в юридичній літературі, так і в судовій практиці. Тому питання правового регулювання корпоративних прав, визначення їх змісту не втрачає своєї актуальності.

**Стан дослідження теми.** Поняття, правова природа та юридичне розуміння корпоративних прав є предметом аналізу таких вчених, як О.Р. Кібенко, С.С. Кравченко, В.М. Кравчук, І.Б. Саракун, І.В. Спасибо-Фатєєва, та багатьох інших. Незважаючи на це, не всі аспекти правового регулювання корпоративних прав є до кінця з'ясованими, оскільки інститут корпоративних прав у законодавстві України представляє собою складний юридичний феномен, який потребує постійної наукової уваги та моніторингу.

**Метою статті є** – розглянути термін «корпоративні права» у суб'єктивному значенні, проаналізувати його законодавчі основи, з'ясувати зміст корпоративних прав та спробувати надати рекомендації із вдосконалення правового регулювання корпоративних відносин у законодавстві України.

**Виклад основного матеріалу дослідження з повним обґрунтуванням отриманих наукових результатів.** Поняття корпоративних прав містить

Господарський кодекс України, хоча в українській спільноті розгорнулися гострі дискусії стосовно законопроекту щодо скасування Господарського кодексу, який має назву «Проект закону про внесення змін і доповнень до деяких законів України з метою вдосконалення цивільного законодавства» № 2635 від 19.12.2019. Важко говорити про його долю, але законодавче визначення корпоративних прав міститься у ч. 1 ст. 167 ГКУ, відповідно до якої корпоративні права – це права особи, частка якої визначається у статутному капіталі (майні) господарської організації, що включають правомочності на участь цієї особи в управлінні господарською організацією, отримання певної частки прибутку (дивідендів) цієї організації та активів у разі ліквідації останньої відповідно до закону, а також інші правомочності, передбачені законом та статутними документами.

Позиція стосовно визначення корпоративних прав як сукупності майнових та немайнових прав закріплена і у профільному корпоративному законодавстві. Так, згідно з п. 8. ст. 2 ЗУ закону України «Про акціонерні товариства» корпоративні права – це сукупність майнових і немайнових прав акціонера – власника акцій товариства, які впливають з права власності на акції, що включають право на участь в управлінні акціонерним товариством, отримання дивідендів та активів акціонерного товариства у разі його ліквідації відповідно до закону, а також інші права та правомочності, передбачені законом чи статутними документами. Проте така позиція не стала догмою в чинному законодавстві.

Так, Податковий кодекс виходить із права власності на корпоративні права, а саме: згідно



з пп. 14.1.49 ст. 14 ПКУ дивіденди – це платіж, що здійснюється юридичною особою, у тому числі емітентом корпоративних прав, інвестиційних сертифікатів чи інших цінних паперів на користь власника таких корпоративних прав, інвестиційних сертифікатів та інших цінних паперів, що засвідчують право власності інвестора на частку (пай) у майні (активах) емітента, у зв'язку з розподілом частини його прибутку, розрахованого за правилами бухгалтерського обліку. Фактично, це положення було запозичено з ЗУ «Про оподаткування прибутку підприємств» (втратив чинність), який аналогічним чином розглядав корпоративні права як право власності на статутний капітал або його частку. Отже, різниця між поняттями, що закріплені у Господарському кодексі України та Податковому кодексі, полягає у тому, що перший розглядає корпоративні права як певну сукупність прав особи, частка якої визначена у статутному капіталі, а другий як право власності інвестора на частку (пай) у майні (активах) юридичної особи корпоративного типу. На такий дуалізм у визначенні корпоративних прав неодноразово зверталась увага в науковій літературі з корпоративного права. У зв'язку з цим виникла потреба у додатковому науковому осмисленні цього поняття. Для цього бажано звернутися до відповідної юридичної літератури.

У науковому середовищі корпоративне право прийнято розглядати в об'єктивному та суб'єктивному значенні. В об'єктивному значенні під корпоративним правом розуміється сукупність юридичних норм, які регулюють відносини між корпорацією та її учасниками (корпоративні правовідносини) і забезпечуються силою державного примусу. Т. Кашаніна вважає, що корпоративне право – це система внутрішньоорганізаційних правил певної організації, яка заснована на членстві та об'єднанні капіталів [1, с. 11].

Звичайно, суб'єктивні права розглядають як міру можливої поведінки [2, с. 7]. Суб'єктивне право у вузькому розумінні розглядається як право (можливість певної поведінки) особи, передбачене правовою нормою [3, с. 93–94]. Зміст суб'єктивного права охоплює три правомочності: 1) право на дію – право уповноваженого суб'єкта на певні дії; 2) право на вимогу – право уповноваженого суб'єкта вимагати певної поведінки від інших осіб; 3) право претендування – право уповноваженого суб'єкта звернутися до державних органів за захистом своїх порушених прав [4, с. 287–288].

Суб'єктивне корпоративне право в науковій літературі визначається по-різному. Найбільш поширеними визначеннями є такі. Так, В. Васильєва вважає, що корпоративне право в суб'єктивному значенні треба розуміти як право особи, об'єднуючи зусилля та капітал, бути учасником корпорації (юридичної особи) [5, с. 10]. На думку І. Спасибо-Фатєєвої, корпоративне право в суб'єктивному розумінні – це право конкретної особи, яка має правовий зв'язок з корпорацією, будучи її учасником, одержувати певні блага [6, с. 188].

На думку С. Кравченка, суб'єктивне корпоративне право – це право особи, яка перебуває у правовідносинах із господарським товариством як її учасник, може одержувати від цього певні блага, для чого їй надаються певні можливості щодо участі в управлінні товариством [7, с. 10]. О. Макарова зазначає, що корпоративні права в суб'єктивному значенні – це сукупність прав, які виникають в акціонера чи учасника корпорації в результаті набуття ними відповідного права власності на акції, права власності на частку в статутному капіталі ТзОВ та ТДВ і які закріплені в чинному законодавстві України та внутрішніх нормативних актах корпорації [8, с. 37]. Загалом погоджуючись з такими твердженнями, ми вважаємо, що все ж таки не варто обмежувати корпоративні права лише правовідносинами, що виникають у господарських товариствах, оскільки цей термін є значно ширшим і охоплює собою деякі інші юридичні особи корпоративного типу.

В. Кравчук визначає корпоративне право як правову можливість учасника певної юридичної особи, зміст якої окреслюється її організаційно-правовою формою. На його погляд, корпоративні права не слід пов'язувати тільки з господарськими товариствами. Вони також виникають у засновника (учасника) щодо будь-яких юридичних осіб незалежно від того, чи формується статутний (складений) капітал [9, с. 261].

На переконання Н. Глусь, корпоративне право в суб'єктивному значенні – це сукупність прав, які виникають в акціонера чи учасника корпорації в результаті набуття ними відповідного права власності на акції, права власності на частку в статутному фонді товариства з обмеженою відповідальністю та товаристві з додатковою відповідальністю і які закріплені в чинному законодавстві України та внутрішніх нормативних актах самої корпорації. Автор пов'язує наявність корпоративних прав

з часткою в статутному капіталі господарського товариства [10, с. 10].

Такої ж точки зору дотримується В.М. Кравчук. Автор вважає, що поняття корпоративного права пов'язане з часткою в статутному капіталі. Одне неможливе без іншого. Частка в капіталі і корпоративні права співвідносяться між собою як причина і наслідок. Первинною є частка в статутному капіталі юридичної особи. Її розмір визначає обсяг належних особі корпоративних прав. Відчуження частки в статутному капіталі однозначно приводить до відчуження корпоративних прав, оскільки вони є невіддільними [9, с. 269].

Як справедливо вказується у юридичній літературі, корпоративні права належать лише особам, частка яких визначається у статутному капіталі юридичної особи. Це означає, що корпоративні права можуть виникати лише щодо юридичних осіб, у статутному капіталі яких визначаються частки (юридичних осіб корпоративного типу).

Цікаво, що поняття корпоративних прав немає в європейському та американському законодавстві. Натомість застосовується поняття права акціонерів чи учасників товариства, при цьому ці поняття не усталені і зазвичай відсутні їх тлумачення в законодавчих актах чи в науковій літературі [11, с. 72]. Як зауважено в юридичній літературі, термін «корпоративні права» було вигадано досить штучно пострадянською наукою, і аналогу його у світі немає. З огляду на штучність терміну «корпоративні права» автор не підтримує позицію його ускладнення. Однак цей термін закріпився не тільки в науковій юридичній літературі та законодавстві України, але й у правосвідомості, тому необхідно надати його просте визначення. За логікою, корпоративні права – це права учасника корпорації. Водночас не можна забувати про те, що фактично корпоративні права часто асоціюються з правом на частку [11, с. 73].

У зв'язку з цим важливо визначитись з ознаками корпоративних прав. Якщо керуватися законодавчим визначенням (ГКУ) корпоративних прав, то можна виокремити три характерні ознаки корпоративних прав: 1) належність будь-якій фізичній або юридичній особі, крім випадків, передбачених законом; 2) зумовленість належністю особі частки в статутному капіталі господарської організації; 3) забезпечення трійки «базових прав»: права на управління господарською організацією, права на отримання певної частки прибутку (дивідендів) цієї господарської організації, права на отримання акти-

вів господарської організації в разі її ліквідації [12, с. 21].

Ця тріада корпоративних прав безумовно може підлягати розширювальному тлумаченню, тому для кращого розуміння їх юридичної природи треба виділяти такі їх складники:

1) право власності на статутний фонд (капітал) юридичної особи;

2) право власності на частку (пай) статутного фонду (капіталу) юридичної особи або його частку (пай);

3) права на управління юридичною особою;

4) право на отримання відповідної частки прибутку такої юридичної особи;

5) право на отримання активів у разі її ліквідації відповідно до чинного законодавства;

6) інші правомочності, передбачені законом та статутними документами [13, с. 188].

Серед інших правомочностей можна виділити – право обирати та бути обраним, право мати частку в статутному фонді (капіталі) інших корпоративних підприємств, право одержувати інформацію про діяльність товариства, у тому числі ознайомлюючись з його річними звітами, балансами та протоколами зборів, право на відчуження частки чи право на вихід з товариства. Тут слід погодитись з С.С. Кравченко, який позначає, що у складі корпоративних прав наявні більш дрібні складники (або правомочності), з яких воно складається, як-от: право на участь в управлінні товариством; право на одержання певної частки прибутку (дивідендів) товариства та активів у разі його ліквідації; інші правомочності, передбачені законом та установчими документами. Кожне з них має самостійні етапи та форми здійснення, охорони та захисту, проте це не надає їм автономності повною мірою, щоб вони стали самостійними суб'єктивними правами [7, с. 10].

У літературі виділяють також такі характерні риси корпоративних прав:

1) виникають у результаті створення юридичної особи;

2) виражають відносини між засновником та юридичною особою;

3) мають організаційно-майновий характер, тобто передбачають право на управління або участь в управлінні, право на доходи;

4) пов'язані із впливом засновника на формування волі юридичної особи;

5) пов'язані з опосередкованим правом на майно юридичної особи в разі її ліквідації [14, с. 87].

Ці властивості корпоративних прав можна доповнити тим, що ці права є неподільними та нерозривними за змістом. Не слід забувати про ще одну рису корпоративних прав. У ч. 2. ст. 167 ГКУ наголошується, що володіння корпоративними правами не вважається підприємництвом і законом можуть бути встановлені обмеження для певних осіб щодо володіння корпоративними правами та/або їх здійснення.

Не менш важливо усвідомлювати, що корпоративні права завжди кореспондують корпоративним обов'язкам і не можуть існувати один без одного. Наприклад, до корпоративних обов'язків належить: зробити внесок до статутного фонду, виконувати рішення органів управління, не розголошувати комерційну таємницю тощо.

**Висновки з дослідження та перспективи подальших розвідок у цьому напрямі.** Враховуючи вищевикладене, можна зробити такі висновки:

1. Корпоративні права у суб'єктивному значенні слід розглядати в економічному та юридичному аспекті.

2. В економічному значенні корпоративні права – це частина капіталу (майна, грошей), яку засновник корпоративного підприємства передає у власність юридичної особи, яка утворюється завдяки діяльності засновника (ів), передусім шляхом створенням майнової бази такого підприємства.

3. В юридичному значенні корпоративні права слід розглядати як сукупність прав та правомочностей особи (фізичної чи юридичної), якими наділяється учасник, після вступу, заснування чи придбання частки у статутному капіталі корпоративного підприємства. Зазвичай обсяг таких прав залежить від організаційної правової форми корпоративного підприємства та розміру частки у статутному капіталі.

4. Корпоративні права мають відносний характер, виникають щодо конкретної юридичної особи, лише за умови і на підставі внесення частки (вкладу, паю) до її статутного капіталу.

#### ЛІТЕРАТУРА:

1. Кашанина Т.В. Хозяйственные товарищества и общества: правовое регулирование внутрифирменной деятельности. Москва : Изд. гр. ИНФРА-М-КОДЕКС, 1995. 554 с.
2. Братусь С.Н. Предмет и система советского гражданского права. Москва : Юстицинформ, 2005. 208с.
3. Колодій А.М. Принципи права України: Монографія. Київ : Юрінком Інтер, 1998. 208с.
4. Крестовская Н.Н., Матвеева Л.Г. Теория государства и права. Элементарный курс. Харків : Одиссей, 2007. 384с
5. Васильева В.А. Щодо питання про поняття корпоративного права: Правове регулювання корпоративних відносин в Україні : матер. науково-практ. Семинару. м. Львів, 28 лютого 2003 р., 2003. С. 8–10.
6. Борисова В., Кібенко О., Спасибо-Фатєєва І. Корпоративне управління : моногр. за ред. проф. І. Спасибо-Фатєєвої. Харків : Право, 2007. 500 с.
7. Кравченко С.С. Юридична природа прав учасників господарських товариств : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2007. 18 с.
8. Макарова О.А. Корпоративное право : учеб. Москва : Волтерс Клувер, 2005. 432 с.
9. Кравчук В.М. Корпоративне право. Науково-практичний коментар законодавства та судової практики. Київ : Істина, 2005. 720 с.
10. Глусь Н.С. Корпорації та корпоративне право: поняття, основні ознаки та особливості захисту : автореф. дис... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2000. 23 с.
11. Лукач І.В. Що відчувається: корпоративні права чи частка в статутному капіталі. *Юридичний електронний науковий журнал*. 2015. №1. С. 71-73
12. Бутрин Н.С. Правочин як підстава виникнення та припинення корпоративних прав : дис. ...канд. юрид. наук : 12.00.03. Івано-Франківськ, 2014. 207 с.
13. Нижний С.В. Правове регулювання застави корпоративних прав. *Університетські наукові записки*. 2006. № 3–4 (19-20). С. 187–192.
14. Здійснення та захист корпоративних прав в Україні (цивільно-правові аспекти) : моногр. / В.В. Луць, В.А. Васильева, Н.Р. Кобецька, та інші ; за заг. ред. В.В. Луця. Тернопіль : 2007. 320 с.

**Колосов Руслан Віталійович**

#### КОРПОРАТИВНІ ПРАВА В УКРАЇНСЬКОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ: ПОНЯТТЯ ТА ЗМІСТ

Стаття присвячена розгляду понятійних засад корпоративних прав та з'ясуванню їх правової природи. У дослідженні робиться спроба розкрити їх поняття та визначити їх місце в системі права України. Для цього були вивчені законодавчі дефініції терміну «корпоративні права» та з'ясовані наукові підходи до його розуміння та тлумачення. Дослідження в такому ракурсі дозволило сформулювати ряд висновків і пропозицій, спрямованих на вдосконалення корпоративного законодавства, які можуть бути підґрунтям для подальших наукових досліджень.

**Ключові слова:** корпоративні права, корпоративні відносини, корпоративне законодавство, статутний капітал, частка у статутному капіталі.

**Колосов Руслан Витальевич**

### **КОРПОРАТИВНЫЕ ПРАВА В УКРАИНСКОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ: ПОНЯТИЕ И СОДЕРЖАНИЕ**

Статья посвящена рассмотрению понятийных основ корпоративных прав и выяснению их правовой природы. В исследовании делается попытка раскрыть понятие «корпоративных прав» и определить их место в системе права Украины. Для этого были изучены законодательные дефиниции термина «корпоративные права» и выяснены научные подходы к его пониманию и толкованию. Работа в таком ракурсе позволила сформировать ряд выводов и предложений, направленных на совершенствование корпоративного законодательства, которые могут быть основой для дальнейших научных исследований.

**Ключевые слова:** корпоративные права, корпоративные отношения, корпоративное законодательство, уставной капитал, доля в уставном капитале.

**Kolosov Ruslan**

### **CORPORATE RIGHTS IN UKRAINIAN LEGISLATION: CONCEPT AND CONTENT**

The article is devoted to the consideration of the conceptual foundations of corporate rights and clarification of their legal nature. The study attempts to reveal the concept of “corporate rights” and determine their place in the Ukrainian legal system. For this purpose, the legislative definitions of the term “corporate rights” were studied and scientific approaches to its understanding and interpretation were clarified. The paper analyzes the concepts of “corporate rights” provided in the Commercial Code of Ukraine, the Law of Ukraine “On Joint Stock Companies” and the Tax Code of Ukraine. As a result, a certain dualism in the interpretation of corporate rights was identified.

In the scientific environment, corporate rights are usually considered in an objective and subjective sense. In the objective sense, corporate law is understood as a set of legal norms, which regulates the relations between the corporation and its participants (corporate legal relations) and is ensured by the force of state coercion. Corporate law in a subjective sense is considered a right (possibility of certain behavior) of a person within the limits provided by law. That is, it is a set of rights (powers), which are given to a person who joins a corporate enterprise.

The study made the following conclusions.

1. Corporate rights in the subjective sense can be considered in economic and legal terms.
2. In the economic sense, corporate rights are part of the capital (property, money), which the founder of a corporate enterprise transfers into the ownership of a legal entity formed as a result of the activities of the founder, primarily the creation of the property base of such enterprise.
3. In the legal sense, corporate rights should be considered as a set of rights and powers of a person (physical or legal) transferred to a participant after entering, creating or acquiring a share in the statutory capital of a corporate enterprise. As a rule, the scope of such powers depends on the organizational legal form of the corporate enterprise and the size of its share in the statutory capital.
4. Corporate rights are relative in nature, arise in relation to a specific legal entity, only on condition and on the basis of making a share (contribution, share) in its statutory capital.

**Key words:** corporate rights, corporate relations, corporate legislation, statutory capital, share in the statutory capital.

УДК 347. (77+78)

DOI <https://doi.org/10.32837/chc.v0i36.200>

**Коротун Олена Миколаївна,**

кандидат юридичних наук, доцент,  
докторант

Науково-дослідного інституту публічного права

ORCID <https://orcid.org/0000-0003-2328-6913>

## ЗАГАЛЬНІ ПІДХОДИ ДО ВИЗНАЧЕННЯ КОЛА СУБ'ЄКТІВ ЮРИДИЧНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ПОРУШЕННЯ ОБ'ЄКТІВ АВТОРСЬКОГО ПРАВА ТА СУМІЖНИХ ПРАВ У МЕРЕЖІ ІНТЕРНЕТ

**Постановка проблеми.** Глобальний розвиток всесвітньої мережі Інтернет дозволяє швидко знаходити, отримувати та обмінюватися необхідною інформацією. Однак поряд із позитивним умовами, які створює мережа Інтернет для людства, варто звернути увагу і на проблеми, зокрема, порушення інтелектуальної власності. Серед значної кількості об'єктів права інтелектуальної власності найбільша кількість порушень у мережі Інтернет здійснюється щодо об'єктів авторського права та суміжних прав. Одним із основних феноменів цих відносин є різноманітність існуючих суб'єктів надання інформації в мережі Інтернет, які виконують посередницькі функції між суб'єктом контенту і тим користувачем такого контенту.

**Стан дослідження теми.** Дослідженню правовідносин у мережі Інтернет присвячено певну низку наукових робіт. Серед науковців, які досліджували цю проблематику, варто відзначити Л. Біловус, О. Битяка, В. Гулкевича, О. Лиска, О. Міцкевич, О. Світличного, О. Харитонову, А. Штефан та інших. Проте і сьогодні ця проблематика залишається недостатньо розробленою для вітчизняної правової доктрини.

**Метою статті** є спроба з'ясувати види правопорушень, відповідальність Інтернет-провайдерів та інших суб'єктів, що здійснюють свою діяльність у мережі Інтернет. Значна кількість порушень щодо об'єктів авторського права, неоднозначні підходи до визначення кола суб'єктів надання інформації в мережі Інтернет зумовлює актуальність цієї статті.

**Виклад основного матеріалу дослідження з повним обґрунтуванням отриманих наукових результатів.** Забезпечення охорони авторського права в мережі Інтернет передбачено низкою міжнародних актів, учасниками яких є Україна, та спеціальним Законом України «Про авторське право і суміжне право» від 23.12.1993 р. № 3792-XII, відповідно до пункту «б» ч. 1 ст. 50 якого опублікування, відтворення, ввезення на митну територію України, вивезення з митної території України і розповсюдження контрафактних примірників творів (у тому числі комп'ютерних програм і баз даних), фонограм, відеограм, незаконне оприлюднення програм організацій мовлення, камкординг та кардшейрінг може здійснюватися у формі піратства, а також Інтернет-піратства, тобто вчинення будь-яких дій, які відповідно до цієї статті визнаються порушенням авторського права і (або) суміжних прав з використанням мережі Інтернет [1].

Недоліком вказаного підходу є те, що надане в пункті «б» частини першої ст. 50 Закону України «Про авторське право і суміжне право» визначення не повною мірою розкриває такий вид правопорушення, як Інтернет-піратство, що має вагомий вплив на кваліфікацію вказаного виду правопорушень.

На думку А. Штефан, законодавча дефініція Інтернет-піратства також викликає зауваження. Якщо вважати Інтернет-піратством кожне і будь-яке порушення, передбачене у ст. 50 Закону, вчинюване із використанням мережі Інтернет, це

призводить до змішування різних понять, об'єднання їх в одну категорію та утворення колізій: оприлюднення чужого твору під іменем іншої особи у друкованому виданні визнаватиметься плагіатом, ці ж дії в мережі Інтернет – піратством; внесення змін до твору всупереч волі автора у реальному світі кваліфікуватиметься як порушення особистих немайнових авторських прав на недоторканність твору, ці ж дії в мережі Інтернет – як піратство [2, с. 16].

Погоджуючись з наведеною думкою, слід зазначити, що основним безпосереднім об'єктом порушення Інтернет-піратства є авторське право, предметом порушення є відповідні об'єкти авторського права, переховані в пункті «б» ст. 50 Закону України «Про авторське право і суміжні права».

Враховуючи існуючі реалії отримання інформації, яка розміщується в Інтернет джерелах, О. Міцкевич звертає увагу, що одним із учасників обміну інформацією в мережі Інтернет є провайдер. Фактично, він виконує функцію посередника між тим, хто «викладає контент», і тим, хто ним користується. Як будь-який посередник, він може знати про те, що він передає, таким чином вчиняти або не вчиняти порушення. Проте, на думку правоволодільців, будь-який контент, який викладений в Інтернеті з порушення авторських і суміжних прав, розміщується на сервері провайдера, а отже, саме провайдер чинить порушення. Це питання й досі є дискусійним [3, с. 54].

Попри відсутність у Законі України «Про авторське право і суміжне право» визначення поняття провайдер, в ньому згадується, що «прийом і одночасна передача кабельної ретрансляції також може здійснюватися провайдерами програмної послуги». До цього варто додати, що ст. 1 вказаного Закону визначає постачальником послуг хостингу особу, яка надає власникам веб-сайтів послуги і (або) ресурси для розміщення веб-сайтів або їх частин у мережі Інтернет та із забезпечення доступу до них через мережу Інтернет. Власник веб-сайту, який розміщує свій веб-сайт або його частину в мережі Інтернет на власних ресурсах і (або) самостійно забезпечує доступ до нього з використанням мережі Інтернет, одночасно є постачальником послуг хостингу.

Наведене свідчить, що посередницькі послуги в мережі Інтернет можуть здійснювати як постачальник послуг хостингу, так і власник веб-сайту. З метою з'ясування, хто є провайдером, звернемося до інших законодавчих актів.

Ст. 1 Закону України «Про телекомунікації» від 18.11.2003 р. № 1280-IV визначає провайдера

телекомунікацій як суб'єкта господарювання, який має право на здійснення діяльності у сфері телекомунікацій без права на технічне обслуговування та експлуатацію телекомунікаційних мереж і надання в користування каналів електрозв'язку [4]. Ст. 1 Закону України «Про телебачення і радіомовлення» від 21.12.1993 р. № 3759-XII визначає провайдера програмної послуги як суб'єкта господарювання, який на підставі ліцензії, виданої Національною радою України з питань телебачення та радіомовлення, на договірних засадах надає абонентам можливість перегляду пакетів програм, використовуючи для передавання цих програм ресурси багатоканальних телемереж [5].

Частина друга ст. 6 Закону України «Про електронну комерцію» від 03.09.2015 р. № 675-VIII визначає, що постачальниками послуг проміжного характеру в інформаційній сфері є оператори (провайдери) телекомунікацій, що забезпечують передачу та зберігання інформації з використанням інформаційно-телекомунікаційних систем [6].

Із наведених визначень випливає, що оператором, провайдером є особа – суб'єкт господарювання (фізична або юридична), яка надає визначені нормативним актом посередницькі послуги. Підтвердження цієї тези знаходимо в п. 3.3. Порядку ведення реєстру операторів, провайдерів телекомунікацій, де зазначено, що реєстровий запис містить дані про повне найменування юридичної особи або прізвище, ім'я, по батькові фізичної особи – підприємця [7].

Вказані особи є суб'єктами надання посередницьких послуг у мережі Інтернет. В Угоді про партнерство і співробітництво між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, від 14.09.2014 р. під суб'єктами посередницьких послуг розуміються: «Просто посередник» – надає послугу, яка полягає в передачі через комунікаційну мережу інформації, наданої одержувачем послуги, або забезпеченні доступу до комунікаційної мережі (ст. 245); «Кешування» – надає послугу, яка полягає в передачі через комунікаційну мережу інформації, наданої одержувачем послуги (ст. 246); «Хостинг» – надає послугу, яка полягає у зберіганні інформації, яка надається одержувачем послуги (ст. 247) [8].

Незважаючи на наявні класифікації Інтернет-провайдерів, слід погодитися з думкою Л. Біловус, що у центрі інформаційного простору стоїть суб'єкт, який створює, накопичує, передає,

зберігає інформацію, тобто всі, хто використовують можливості сучасних інформаційних технологій. Інформаційний простір позбувся усіх обмежень, властивих фізичному простору (державні кордони, океани, велика відстань). Проте він має й певні обмеження, пов'язані з державною чи військовою таємницею, правом на недоторканність приватного життя, так звані конвенціональні межі [9, с. 189].

Саме до провайдерів висуваються найбільші претензії щодо порушення авторського права в Інтернет мережі. На цей час у питанні відповідальності провайдерів слід керуватися не тільки міжнародними актами, але й іншими законодавчими актами. Зокрема, у ст. 75 Закону України «Про телекомунікації», встановлено, що особи, винні в порушенні законодавства про телекомунікації, притягуються до цивільної, адміністративної, кримінальної відповідальності згідно із законом. Водночас, згідно ч. 4 ст. 40 того ж Закону, оператори, провайдери телекомунікацій не несуть відповідальності за зміст інформації, що передається їх мережами [4]. Згідно з ч. 4 ст. 17 Закону України «Про електронну комерцію» постачальник послуг проміжного характеру несе відповідальність за зміст переданої та отриманої інформації та за шкоду, завдану внаслідок використання результатів таких послуг, за умови відсутності в його діях будь-якої з обставин, що звільняють його від відповідальності, встановлених ст. 9 Закону [6].

Із змісту положень вказаного Закону випливає, що провайдери несуть відповідальність за зміст переданої інформації. Вказане підтверджується Постановою Пленуму Верховного Суду України «Про застосування судами норм законодавства у справах про захист авторського права і суміжних прав» № 5 від 04.06.2010 р., в пункті 30 якої зазначається, що у зв'язку з розміщенням у мережі Інтернет об'єктів авторського права порушуються майнові права суб'єкта авторського права, визначені ст. 15 Закону України «Про авторське право і суміжне право». Отже, це дає підстави для судового захисту авторського права (пункт «а» статті 50 Закону). Під час вирішення відповідних спорів суд повинен установити, чи перебуває веб-сайт та розміщена на ньому інформація в розпорядженні особи, якій пред'явлено позовні вимоги, а також чим підтверджується факт порушення нею авторського права. Дані про власника веб-сайту можуть бути витребувані відповідно до положень ЦПК в адміністратора системи реєстрації та обліку доменних назв та адреси українського сегмента мережі

Інтернет. Неправомірне зберігання копії комп'ютерної програми в пам'яті електронного засобу (комп'ютера тощо) є порушенням майнового авторського права [10].

Одним із порушників об'єктів інтелектуальної власності в мережі Інтернет також може бути реєстрант доменного імені. Вказане підтверджується ст. 1 Закону України «Про авторське право і суміжні права», відповідно до якого власником веб-сайту є особа, яка є володільцем облікового запису та встановлює порядок і умови використання веб-сайту. За відсутності доказів іншого власника веб-сайту вважається реєстрант відповідного доменного імені, за яким здійснюється доступ до веб-сайту, і (або) отримувач послуг хостингу [1].

На не повний перелік законодавчих та інших нормативно-правових актів, норми яких регулюють відносини у мережі Інтернет вказує О. Харитонova, яка зазначає, що під час кваліфікації діянь як порушень у мережі Інтернет постає проблема визначення не лише ознак порушення, його галузевої приналежності, але й встановлення належного суб'єкта такого правопорушення. Зазначене зумовлює необхідність розробки чіткого механізму захисту прав авторів у мережі Інтернет з встановленням суб'єктів правовідносин, що виникають, специфіки їх об'єкта [11, с. 226].

Погоджуючись із вищенаведеною думкою, слід звернути увагу на ст. 164-17 КУпАП, нормами якої передбачено, що суб'єктом вказаного правопорушення є власник веб-сайту та постачальник послуг хостингу [12]. Аналіз норм Закону України «Про авторське право і суміжні права» дає підстави зазначити, що крім власника веб-сайту та постачальника послуг хостингу суб'єктом порушення авторського права в мережі Інтернет також може бути і реєстрант відповідного доменного імені.

Загалом питання захисту прав інтелектуальної власності в мережі Інтернет спонукає до вжиття різноманітних заходів боротьби з піратством провідними країнами світу. Зокрема, Франція була першою країною, яка оголосила боротьбу з піратством у мережі Інтернет шляхом прийняття спеціально прийнятого у 2010 році Закону «Про три кроки». Завдяки цьому влада отримала право на повне прослуховування трафіку, а також на сповіщення по електронній пошті тих, хто активно викачує з мережі піратські програми та мультимедійний контент у файлообмінних мережах. Закон передбачив, що «пірати», які ігнорують попередження електронною поштою, втрачають доступ

до мережі терміном на рік. Крім того, в ряді випадків передбачений штраф до 300 тис євро або навіть тюремне ув'язнення. Закон зобов'язав місцевих інтернет-провайдерів перехоплювати і передавати владі дані про людей, які займаються розповсюдженням піратських матеріалів. Щодо цих осіб у подальшому порушуються кримінальні справи [13]. У США діє Закон про авторське право в цифрову епоху (Digital Millennium Copyright Act – DMCA). Вказаний Закон містить детально прописані положення щодо завдань і відповідальності сервіс-провайдерів. У ньому детально виписані процедури, які застосовуються у разі незаконного використання охоронюваних об'єктів [14, с. 80].

Незважаючи на можливість отримання відповідної інформації, не виключається існування такої життєвої обставини, за якої встановити дійсного власника веб-сайту не виявляється можливим. Зокрема, станом на сьогодні ідентифікація особи, яка отримує дисковий простір веб-сайту, належним чином не проводиться. Жодної законодавчої відповідальності за порушення порядку та процедури автентифікації осіб не передбачено. Особа має вільну можливість розповсюджувати відомості анонімно, використовуючи чужі дані та взагалі не надаючи жодного документу, за яким би особу надалі можливо б було ідентифікувати. Хост-провайдери, які надають дисковий простір, не здійснюють відслідковування, перевірку актуальності, достовірності, повноти, точності наданої користувачем інформації, що суттєво ускладнюють виявлення осіб-порушників у мережі Інтернет, а отже, негативно впливають на дійсну реалізацію судового способу захисту прав та інтересів власника об'єктів інтелектуальної власності. На жаль, законодавцем не передбачається відповідальність хост-провайдерів за неперевірку особистих даних особи, якій вони надають послуги, хоча

такий підхід суперечить правовій природі правочину. Укладання правочину може мати місце між фізичними особами, юридичними особами, фізичними – особами підприємцям, але аж ніяк з анонімною, вигаданим ім'ям, не потребуючи документів, що посвідчують особу. Однак, зважаючи на реалії сьогодення, хостпровайдери без жодних санкцій мають змогу надавати послуги цілком анонімною особам [15, с. 904].

**Висновки з дослідження та перспективи подальших розвідок у цьому напрямі.** Здійснений аналіз захисту прав інтелектуальної власності в мережі Інтернет свідчить про відсутність єдиної, цілісної, ефективної і надійної системи правового захисту прав власників об'єктів права інтелектуальної власності. Законодавчо захист прав інтелектуальної власності в мережі Інтернет потребує більш дієвого державного механізму попередження та припинення правопорушень щодо визначення кола об'єктів авторського права і суміжних прав, ніж ті, що вказані в пункті «б» ст. 50 Закону України «Про авторське право і суміжні права». З урахуванням цього спірним є питання про те, що до переліку правопорушень авторського права і (або) суміжних прав в мережі Інтернет, до вказаної статті не включено й інші об'єкти авторського права і суміжних прав, щодо яких можуть вчинятися порушення. Зокрема, це стосується аудіовізуальних творів та електронної (цифрової) інформації, що може мати вагомий вплив на кваліфікацію вказаного виду правопорушень.

Суб'єктами юридичної відповідальності за порушення законодавства у сфері інтелектуальної власності в мережі Інтернет можуть бути власник веб-сайту (володілець облікового запису), постачальник послуг хостингу, провайдер програмної послуги, реєстрант доменного імені, крім фізичної особи – підприємця, ними може бути і юридична особа.

#### ЛІТЕРАТУРА:

1. Про авторське право і суміжне право: Закон України від 23.12.1993 р. № 3792-ХІІ. *Відомості Верховної Ради України*. 1994. № 13. Ст. 64.
2. Штефан А.С. Камкордінг, кардшейрінг, піратство: законодавчі новели щодо видів порушень авторського права і суміжних прав. *Теорія і практика інтелектуальної власності*. 2017. № 3. С. 12–17.
3. Мацкевич О. Загальні підходи до визначення юридичної відповідальності провайдерів за порушення авторських і суміжних прав у мережі Інтернет. *Теорія і практика інтелектуальної власності*. 2012. № 1. С. 54–62.
4. Про телекомунікації: Закон України від 18.11.2003 р. № 1280-ІV. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 12. Ст. 155.
5. Про телебачення і радіомовлення: Закон України від 21.12.1993 р. № 3759-ХІІ. *Відомості Верховної Ради України*. 1994. № 10. Ст. 43.
6. Про електронну комерцію: Закон України від 03.09.2015 р. № 675-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2015. № 45. Ст. 410.
7. Порядок ведення реєстру операторів, провайдерів телекомунікацій. Рішення Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сфері зв'язку та інформатизації від 01.11.2012 р. № 560. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1958-12>.
8. Про ратифікацію Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони: Закон України від 16.09.2014 р. № 1678-VII. *Відомості Верховної Ради України*. 2014. № 40. Ст. 2021.



9. Біловус Л.І. Український інформаційний простір: сьогодення та перспективи. *Український інформаційний простір: Науковий журнал Інституту журналістики і міжнародних відносин КНУКІМ*. Ч. 1. Київ : КНУКІМ, 2013. С. 188–191.
10. Про застосування судами норм законодавства у справах про захист авторського права і суміжних прав: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 04.06. 2010 р. № 5. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0005700-10>.
11. Харитоновна О.І. Порівняльно-правові дослідження піратства, контрафакції та плагіату за законодавством України та Польщі. *Часопис цивілістики*. 2014. № 16. С. 222–226.
12. Кодекс України про адміністративні правопорушення: Закон України від 07.12.1984 р. № 8073-Х. *Відомості Верховної Ради Української РСР*. 1984. № 51. Ст. 1122.
13. Ріппа П.С. Забезпечення авторських прав у мережі Інтернет. URL: <http://www.nbu.gov.ua>.
14. Стрижов А.Е. К вопросу обеспечения защиты субъектов авторских прав на рынке контента в практике российского и международного права. *Юридическая наука*. 2011. № 3. С. 78–81.
15. Лиска П.О. Захист прав інтелектуальної власності у всесвітній мережі. *Young Scientist*. 2017. № 11(51). С. 901–907.

**Коротун Олена Миколаївна**

### **ЗАГАЛЬНІ ПІДХОДИ ДО ВИЗНАЧЕННЯ КОЛА СУБ'ЄКТІВ ЮРИДИЧНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ПОРУШЕННЯ ОБ'ЄКТІВ АВТОРСЬКОГО ПРАВА ТА СУМІЖНИХ ПРАВ У МЕРЕЖІ ІНТЕРНЕТ**

У статті досліджуються проблемні питання щодо визначення видів порушень та кола суб'єктів юридичної відповідальності за порушення об'єктів авторського права та суміжних прав у мережі Інтернет. Звертається увага, що одним із найбільш поширених видів порушень у мережі Інтернет є порушення авторських прав. На підставі аналізу вітчизняних та міжнародних нормативно-правових актів визначено коло суб'єктів надання інформації (посередницьких послуг) у мережі Інтернет та вчинення ними порушень, за які вони можуть нести юридичну відповідальність, пропонуються шляхи удосконалення законодавства у сфері охорони авторського права.

**Ключові слова:** захист, об'єкти, інтелектуальна власність, авторське право, порушення, Інтернет.

**Коротун Елена Николаевна**

### **ОБЩИЕ ПОДХОДЫ К ОПРЕДЕЛЕНИЮ КРУГА СУБЪЕКТОВ ЮРИДИЧЕСКОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ЗА НАРУШЕНИЕ ОБЪЕКТОВ АВТОРСКОГО ПРАВА И СМЕЖНЫХ ПРАВ В СЕТИ ИНТЕРНЕТ**

В статье исследуются проблемные вопросы определения видов нарушений и круга субъектов юридической ответственности за нарушение объектов авторского права и смежных прав в сети Интернет. Обращается внимание, что одним из самых распространенных видов нарушений в сети Интернет является нарушение авторских прав. На основании анализа отечественных и международных нормативно-правовых актов определен круг субъектов предоставления информации (посреднических услуг) в сети Интернет и учение ими нарушений, за которые они могут нести юридическую ответственность, предлагаются пути совершенствования законодательства в сфере охраны авторского права.

**Ключевые слова:** защита, объекты, интеллектуальная собственность, авторское право, нарушения, Интернет.

**Korotun Olena**

### **COMMON APPROACHES TO DETERMINING THE SCOPE OF LEGAL LIABILITY FOR INFRINGEMENT OF COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS ON THE INTERNET**

The article analyzes the problematic issues of committing various offenses against a significant number of intellectual property objects committed on the Internet based on the analysis of scientific publications of domestic and foreign scientists, the current legislation and other legal acts in the field of protection of intellectual property rights objects. An analysis of the offenses committed on the Internet provides grounds for finding that such infringements are committed against a significant number of intellectual property objects. In particular, the means of individualization of participants in the economic circulation of goods and services (trademarks, business names, geographical indications) and other objects of intellectual creative activity, however, the greatest number of violations of the Internet is committed in respect of copyright and related rights.

Various definitions of the definition of Internet piracy, a range of subjects of offenses are analyzed. Attention is drawn to the fact that one of the most common types of infringement on the Internet is copyright infringement. Types of offenses are analyzed and an attempt is made to identify the subject of legal liability for infringement of copyright and related rights on the Internet. In particular, it is noted that the Law of Ukraine "On Copyright and Related Law" lacks a logical definition of the term "provider", and concludes that intermediary services on the Internet can be provided by both the hosting service provider and the owner of the website.

Emphasis is placed on the lack of a single, complete, effective and reliable system of legal protection of intellectual property on the Internet, leading to a large number of offenses and the formation of evidence for the effective protection of intellectual property and prosecution. The author concludes that the legislative protection of intellectual property rights on the Internet requires a more effective state mechanism for the prevention and cessation of offenses and the definition of the range of copyright and related rights than those defined in clause "b" of Art. 50 of the Law of Ukraine "On Copyright and Related Rights". In view of this, it is controversial that the

list of copyright and / or related rights violations on the Internet does not include other copyright and related rights that may be infringed.

An analysis of national and international legal acts determines the range of entities providing information (intermediary services) on the Internet. They can be the website owner (account owner), hosting provider, software vendor, domain name registrar. In addition to the sole proprietor, they may also be a legal entity that may accordingly be held liable for infringement of intellectual property law. The author's vision of ways to improve copyright laws is suggested.

**Key words:** protection, objects, intellectual property, copyright, infringement, Internet.

УДК 347.77

DOI <https://doi.org/10.32837/chc.v0i36.201>

**Токарева Віра Олександрівна,**

кандидат юридичних наук,

доцент кафедри цивільного права

Національного університету «Одеська юридична академія»

ORCID [orcid.org/0000-0002-8409-1477](https://orcid.org/0000-0002-8409-1477)

## ЩОДО ПИТАННЯ ЗАХИСТУ ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

**Постановка проблеми.** Історично розвиток людства свідчить, що одним із найважливіших чинників соціально-економічного прогресу держави у підвищенні рівня добробуту її громадян є творча діяльність особистості. За сучасних умов творчість залишається найпотужнішою рушійною силою подальшого розвитку цивілізації. Людині властива потреба до вираження творчості, пошуку кращих умов життя та засобів його поліпшення. Значення свободи вираження творчості та результатів творчої діяльності у розвитку сучасного суспільства невинно зростає, що актуалізує потребу забезпечення ефективної охорони та захисту результатів інтелектуальної діяльності.

Вступ України в СОТ вплинув на інтенсифікацію обігу та переміщення результатів інтелектуальної діяльності, що зумовило зростання кількості суперечок. Спори в сфері інтелектуальної власності можуть бути пов'язані з порушенням прав авторів та правовласників, випадками зловживання правами [1].

Необхідність впровадження ефективної охорони та захисту прав об'єктів інтелектуальної власності зумовлена такими потребами: забезпечення інтересів творців шляхом надання їм обмежених у часі прав для контролю за використанням творів; стимулювання, заохочення творчості та впровадження її результатів у інтересах соціально-економічного прогресу суспільства; активізації інвестиційної та інноваційної привабливості; створення цивілізованого ринкового середовища, надійного захисту суб'єктів господарювання від недобросовісної конкуренції, пов'язаної з неправомірним використанням об'єктів

інтелектуальної власності; захист економічної безпеки держав за умов глобалізації; поширення інформації, результатів творчості та забезпечення інтересів суспільства у доступі до об'єктів інтелектуальної власності [2].

До того ж у сучасному світі максимальний прибуток набувають компанії та держави, що володіють знаннями і новітніми розробками, а в умовах глобалізації це питання загострюється, тому держави, які забезпечують ефективний захист прав інтелектуальної власності, входять до числа високорозвинених, таких, володіють технологіями [3].

**Стан дослідження теми.** Правові питання охорони та захисту інтелектуальної власності в Україні ставали предметом досліджень таких науковців, як О.М. Мельник, О.В. Дзера, О.А. Підпригора, Р.Б. Шишка, О.І. Харитоновна, Є.О. Харитонов та інші.

**Метою статті** є дослідження питань захисту майнових прав інтелектуальної власності та визначення ефективних шляхів реформування законодавства.

**Виклад основного матеріалу дослідження з повним обґрунтуванням отриманих наукових результатів.** Конституція України у ст. 54 передбачає, що громадянам гарантується свобода літературної, художньої, наукової і технічної творчості, захист інтелектуальної власності, їхніх авторських прав, моральних і матеріальних інтересів, що виникають у зв'язку з різними видами інтелектуальної діяльності. Кожен громадянин має право на результати своєї інтелектуальної, творчої діяльності; ніхто не може використовувати або поширювати їх без його згоди, за винятками, встановленими законом. Держава сприяє розвиткові

науки, встановленню наукових зв'язків України зі світовим співтовариством.

Правові аспекти захисту права інтелектуальної власності не втрачають актуальності, що зумовлено зростанням випадків порушення прав на використання об'єктів інтелектуальної власності у мережі Інтернет.

За визначенням О.В. Дзери, захист законних прав громадян є одним із найголовніших завдань держави, адже кожна цивілізована держава закріплює за своїми громадянами та юридичними особами певні права й намагається створити найсприятливіші умови для їх реалізації. Так, відповідно до ст. 13 Конституції України держава забезпечує захист прав усіх суб'єктів права власності і господарювання. Виступаючи гарантом реалізації законних прав, держава тим самим забезпечує одночасно і виконання громадянами обов'язків, покладених на них державою, а також власними договірними та іншими зобов'язаннями [4].

Порушення прав інтелектуальної власності може відбутися через недотримання умов договорів про розпорядження майновими правами інтелектуальної власності та недоговорне порушення прав на використання об'єктів інтелектуальної власності.

У разі порушення виключних майнових та особистих немайнових прав захисту підлягають права авторів та правонаступників, через вірогідність порушення прав авторів та після їх смерті, права правонаступників, спадкоємців.

Права інтелектуальної власності можуть захищатися в порядку, встановленому адміністративним, цивільним і кримінальним законодавством, відповідно до ст. 51 Захист особистих немайнових і майнових прав суб'єктів авторського права і (або) суміжних прав. Разом з цим захист порушених авторських прав відбувається переважно із застосуванням норм цивільного права [5].

Цивільний кодекс України не містить визначення таких понять, як захист та охорона цивільних прав, лише передбачаючи у ст. 15 право на захист цивільних прав та інтересів, згідно з яким кожна особа має право на захист свого цивільного права у разі його порушення, невизнання або оспорування. Кожна особа має право на захист свого інтересу, який не суперечить загальним засадам цивільного законодавства.

Будучи суб'єктивним правом, право на захист визначається через «тріаду» таких правомочностей уповноваженої особи: можливість поводитися певним чином; можливість вимагати певної

поведінки від інших осіб; можливість отримати захист порушеного права за допомогою суду, державних органів тощо [6].

Обов'язковою умовою існування суб'єктивного права є можливість захистити порушене чи оскаржене право за допомогою судових або адміністративних органів.

За відсутності державного захисту право не може існувати, а за втрати можливості захистити порушене право воно по суті припиняється. Саме вірогідність виникнення в особи проблеми під час реалізації належного їй права або взагалі його припинення у зв'язку з неправомірними діями третіх осіб призводить до виникнення необхідності захищати відповідне право (інтерес).

Більшість норм із захисту прав інтелектуальної власності зосереджено у главі 3 «Захист цивільних прав та інтересів». Відповідно до ст. 431 ЦК України порушення права інтелектуальної власності, в тому числі невизнання права чи посягання на нього, тягне за собою відповідальність, встановлену Кодексом, іншим законом чи договором. Стаття 432 ЦК України передбачає, що кожна особа має право звернутися до суду за захистом своїх порушених прав інтелектуальної власності відповідно до ст. 16 ЦК Кодексу.

Основною метою захисту прав інтелектуальної власності є створення правових механізмів законного запобігання можливості безоплатного використання об'єктів права інтелектуальної власності третіми особами з комерційною метою.

Матеріально-правовий аспект захисту цивільних прав визначається як система заходів правового впливу на правопорушника, які застосовуються у разі порушення прав та інтересів постраждалої особи та спрямовані на відновлення порушеного положення. У літературі захист цивільних прав визначається як передбачена законом система заходів, спрямованих на забезпечення недоторканності права, поновлення порушеного права та припинення дій, які порушують право [7].

Реалізація таких заходів відбувається в охоронному цивільному правовідношенні, спрямованому на відновлення (захист) цивільних прав та інтересів. Примусові заходи, охоронне правовідношення і охоронні норми утворюють механізм захисту цивільних прав та інтересів [8].

Незважаючи на значну роль, яку відіграє в захисті суб'єктивних цивільних прав і охоронюваних законом інтересів спеціальний механізм її реалізації, вивченню цього правового явища в науці цивільного права не приділялося багато

уваги. Досі не сформульовано у законодавстві визначення механізму захисту суб'єктивних цивільних прав.

Можна стверджувати, що традиційно визначення механізму захисту суб'єктивних цивільних прав здійснюється відповідно до позиції, запропонованої С.С. Алексеєвим, за аналогією із механізмом правового регулювання, як узятя в єдності система правових засобів, застосування яких забезпечує ефективний вплив норм прав на певні суспільні відносини [9].

Ця думка була розвинена у працях В.В. Бутнева, Д.Н. Кархалева та Є.В. Вавіліна, [11] які співвідносили механізм захисту із механізмом цивільно-правового регулювання відносин як частина і ціле [10].

Під механізмом правового захисту, за твердженням, зазвичай розуміється узятя в єдності система правових засобів, за допомогою якої забезпечується відновлення порушених суб'єктивних прав, захист охоронюваних законом інтересів, вирішення правових суперечок та усунення інших перешкод у реалізації суб'єктивних прав [11].

В.В. Дунаєв говорить про місце і роль в механізмі правового захисту суб'єктивних прав, таких як форма захисту, спосіб захисту, порядок захисту і засіб захисту [12].

За визначенням Р.Б. Шишки, правове регулювання, доповнене санкціями, забезпечує захист суб'єктивних цивільних прав і законних інтересів сторін у разі їх порушення [13].

Для правильного використання такої категорії, як «механізм захисту цивільних прав», необхідно розмежувати сутнісні та змістовні аспекти таких правових явищ, як «форма захисту права», «способи захисту», «засоби захисту».

Захист прав інтелектуальної власності та охоронюваних законом інтересів здійснюється у передбаченому законодавством порядку, тобто із застосуванням належних форм, засобів і способів захисту.

Трактування, класифікація, типологія форм, засобів, способів захисту в науковій літературі характеризуються відсутністю термінологічної строгості, широким плюралізмом поглядів різних авторів, що не може не перешкоджати чіткому засвоєнню змісту і юридичної природи цих категорій як під час їх вивчення, так і під час їх практичного застосування [9].

Істотним елементом механізму правового захисту є форма захисту суб'єктивних цивільних прав і охоронюваних законом інтересів, яка вказує на суб'єкта, який здійснює захист права.

Найбільш поширеною є класифікація форм захисту авторських прав, відповідно до якої розрізняють дві основні форми захисту – юрисдикційну та неюрисдикційну форму захисту результатів інтелектуальної власності.

Під юрисдикційною формою захисту розуміється діяльність уповноважених державних органів відповідно до визначеної компетенції щодо захисту порушених або оспорюваних суб'єктивних авторських і суміжних прав. У межах юрисдикційної форми захисту виділяють загальний і спеціальний порядок захисту порушених прав. За загальним правилом, захист цивільних прав і охоронюваних законом інтересів здійснюється в судовому порядку. Спеціальний порядок захисту порушених або оскаржуваних суб'єктивних цивільних прав та інтересів здійснюється уповноваженими на це державними органами [14].

Спеціальна форма захисту прав інтелектуальної власності є винятком із загального правила та застосовується лише в прямо передбачених законодавством випадках, коли законодавством передбачена можливість потерпілого звернутися за захистом порушених прав до уповноваженого державного органу, органу місцевого самоврядування, нотаріусу [2; 15].

Неюрисдикційна форма захисту охоплює собою дії громадян і організацій із захисту авторських і суміжних прав і охоронюваних законом інтересів, які здійснюються ними самостійно, без звернення за допомогою до державних або інших компетентних органів. Зрозуміло, що в такому разі маються на увазі лише законні засоби захисту, які слід відрізнити від довільних самоврядних дій, заборонених законодавством. Типовим прикладом таких засобів самозахисту виступають у цивільному праві дії, що здійснюються в порядку необхідної оборони і крайньої необхідності. У галузі інтелектуальної власності застосування можливих неюрисдикційних заходів є обмеженим та зводиться до можливості відмови вчиняти певні дії в інтересах несправного контрагента, наприклад, право автора відмовитися від внесення змін та доповнень до твору, не передбачених авторським договором, або від виконання договору в цілому в разі визнання його недійсним [16].

До неюрисдикційної форми захисту належить самозахист цивільних прав. Відповідно до ст. 19 ЦК України особа має право на самозахист свого цивільного права та права іншої особи від порушень і протиправних посягань. Самозахистом є застосування особою засобів протидії, які

не заборонені законом та не суперечать моральним засадам суспільства. ЦК України передбачає вимогу, що способи самозахисту мають відповідати змісту права, що порушене, характеру дій, якими воно порушене, а також наслідкам, що спричинені цим порушенням. Способи самозахисту можуть обиратися самою особою чи встановлюватися договором або актами цивільного законодавства.

Особа, права інтелектуальної власності якої порушені, може сама обирати законні способи самозахисту, або такі способи можуть передбачатися договором. Як, наприклад, відмова від здійснення певних дій, передбачених укладеним договором про передачу майнових прав інтелектуальної власності або ліцензійним договором, відмова від виконання недійсного договору тощо [17].

Реалізація права на захист, поряд із їх формою захисту, здійснюється за допомогою способів захисту прав інтелектуальної власності, орієнтовний перелік яких передбачений у ч. 2 ст. 16 ЦК України, яка не виключає можливість суду захистити права іншим способом, передбаченим умовами договору, законом чи судом у визначених законом випадках. Закон передбачає такі способи захисту: визнання права; визнання правочину недійсним; припинення дії, яка порушує право; відновлення становища, яке існувало до порушення; примусове виконання обов'язку в натурі; зміна правовідношення; припинення правовідношення; відшкодування збитків та інші способи відшкодування майнової шкоди; відшкодування моральної (немайнової) шкоди; визнання незаконними рішення, дій чи бездіяльності органу державної влади або органу місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб.

Спеціальні способи цивільно-правового захисту авторського права і суміжних прав передбачені у ст. 52 Закону України «Про авторське право та суміжні права», серед яких слід назвати право: вимагати припинення підготовчих дій до порушення авторського права, у тому числі призупинення митних процедур, якщо є підозра, що можуть бути пропущені на митну територію України примірники творів, фонограм, відеограм, засоби обходу технічних засобів захисту, в порядку, передбаченому Митним кодексом

України; брати участь в інспектуванні виробничих приміщень, складів, технологічних процесів і господарських операцій, пов'язаних з виготовленням примірників творів, фонограм і відеограм, щодо яких є підстави для підозри про порушення законодавства; вимагати, в тому числі у судовому порядку, публікації в засобах масової інформації даних про порушення авторського права та судові рішення щодо цих порушень; вимагати від осіб, які порушують авторське право, надання інформації про третіх осіб, задіяних у виробництві та розповсюдженні контрафактних примірників творів, а також засобів обходу технічних засобів захисту, та про канали їх розповсюдження.

Відповідно ч. 1 ст. 20 ЦК України право на захист особа здійснює на свій розсуд, а вибір способу захисту із числа передбачених у ч. 2 ст. 16 ЦК України залежить не стільки від форми захисту (юрисдикційної чи неюрисдикційна), скільки від специфіки права, яке захищається, характеру порушення та встановлених законом меж здійснення права на захист.

Поряд із способами захисту права, елементом механізму захисту є засоби захисту права, які, незважаючи на близькість понять, є не тотожними поняттями. За визначенням Т.А. Арсанова, способи захисту права є матеріально-правовими заходами, що застосовуються для досягнення цілей захисту, а засоби захисту є знаряддям, що реалізують в межах певної форми обрані способи захисту в дію [9].

Вибір засобів захисту залежить від форми, в межах якої відбувається захист порушеного права. Так, у межах судової форми – це позовна заява, заява, скарга та інші; у межах адміністративної форми – заява, скарга, пропозиція, виконавчий припис нотаріуса, рішення органів державної влади і органів місцевого самоврядування тощо; у межах самозахисту – утримання майна, заява про відмову виконання обов'язку та інші [18].

**Висновки з дослідження та перспективи подальших розвідок у цьому напрямі.** Підсумовуючи викладене, слід зазначити, що питання захисту інтелектуальної власності залишаються досить актуальними, та констатується потреба вдосконалення законодавства про реалізацію права на цивільно-правовий захист.

#### ЛІТЕРАТУРА:

1. Тиханова Н.Е. Сущность и проблемы определения способов защиты интеллектуальных прав. Теория и практика общественного развития. 2017. № 7. С. 80–82.
2. Мельник О.М. Охорона інтелектуальної власності в Україні. *Форум права*. 2014. № 2. С. 258–261.
3. Токарева В.О. Правовое регулирование творчества КНР: от копирования к развитию инноваций. *Legesiviata*. 2019. № 5. С. 182–185.

4. Цивільне право України : Підруч.: У 2 кн. Кн. 1 / О.В. Дзера, Д.В. Боброва, А.С. Довгерт, Н.С. Кузнцова, В.М. Косак, В.В. Луць, О.А. Підпригора, О.О. Підпригора, В.С. Щербина ; Київ. нац. ун-т ім. Т.Шевченка. Київ : Юрінком Інтер, 2002. 719 с.
5. Михайликов В.Л. Формы защиты авторских прав. *Научные ведомости Белгородского государственного университета. Серия: Философия. Социология. Право.* 2010. № 2 (73), вып. 11. С. 136–139.
6. Харитонов Є.О., Старцев О.В. Цивільне право України : підручник. Видання друге. Київ : Видавництво «Істина» 2007. 920 с.
7. Сулейменов М.К. Понятие и способы защиты гражданских прав. Защита гражданских прав / Отв. ред. М.К. Сулейменов. Алматы, 2011. С. 17.
8. Витрянский В.В. Проблемы арбитражно-судебной защиты гражданских прав участников имущественного оборота : дис. ... д-ра юрид. наук в форме научного доклада, выполняющего также функции автореферата. Москва, 1996;
9. Арсанова Т.А. Механизм реализации права на защиту субъективных гражданских прав. *Право и государство: теория и практика.* 2009. № 5 (53). С. 80–83.
10. Бутнев В.В. Понятие механизма защиты субъектов гражданских прав. *Механизм защиты субъективных гражданских прав* : сб. науч. тр. Ярославль, 1990. С. 6.
11. Вавилин Е.В. Некоторые проблемы механизма защиты субъективных гражданских прав. *Правоведение.* 2002. № 3. С. 179.
12. Дунаев В.В. Понятие и виды форм защиты гражданских прав. *Сибирский юридический вестник.* 2003 № 4. С. 33–36.
13. Актуальные проблемы и особенности гражданско-правового регулирования перевозок грузов и пассажиров по законодательству Украины Правовая система и вызовы современной жизни 2011/12 Правовая система и вызовы современной жизни : монография / П68 [авт.кол. : Д.С. Абрикосов, С.В. Голикова, Г.С. Заровнева и др.]. Одесса : КУПРИЕНКО СВ, 2014. 168 с.
14. Соколов О.М. Юрисдикційний захист майнових прав внутрішньо переміщених осіб. *Прикарпатський юридичний вісник.* 2017 Випуск 6(21) том 1. С. 112–115.
15. Дроб'язко В.С., Міндул А.В., Орлюк О.П., Тверезенко О.О., Штефан О.О., та ін. ; за заг. ред. д.ю.н. О.П. Орлюк. *Захист прав інтелектуальної власності в Україні: проблеми законодавчого забезпечення та правозастосування: монографія.* Київ : ТОВ «Лазуріт-Поліграф», 2009. 242 с.
16. Макаров Т.Г. Формы защиты авторских прав. *Проблемы экономики и юридической практики.* 2008. № 2. С. 252–253.
17. Гражданское право: учеб. : в 3 т. Т. 3 / Е.Н. Абрамова, Н.Н. Аверченко, Ю.В. Байгушева (и др.) ; под. ред. А.П. Сергеева. Москва : ТК Велби, 2009. 800.
18. Бігняк О.В. Захист корпоративних прав. Співвідношення категорій «форми захисту», «способи захисту» та «засоби захисту». *Юридичний вісник: цюквартальний журнал.* 2013. № 2. С. 43–48.

**Токарева Віра Олександрівна**

#### **ЩОДО ПИТАННЯ ЗАХИСТУ ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ**

У статті проаналізований порядок захисту прав інтелектуальної власності, який здійснюється із застосуванням належних форм, засобів і способів захисту. Встановлено, що порушені права інтелектуальної власності можуть захищатися за допомогою норм різних галузей права та в порядку, встановленому адміністративним, цивільним і кримінальним законодавством. Разом з цим захист порушених авторських прав здійснюється переважно із застосуванням норм цивільного права.

**Ключові слова:** право інтелектуальної власності, захист прав інтелектуальної власності, механізм захисту, форма захисту, способи захисту.

**Токарева Вера Александровна**

#### **К ВОПРОСУ ЗАЩИТЫ ПРАВ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ**

В статье проанализирован порядок защиты прав интеллектуальной собственности, который осуществляется с применением соответствующих формы, средств и способов защиты. Установлено, что в случае нарушения права интеллектуальной собственности могут защищаться с помощью норм различных отраслей права и в порядке, установленном административным, гражданским и криминальным законодательством. Установлено, что защита нарушенных авторских прав осуществляется преимущественно с применением норм гражданского права.

**Ключевые слова:** право интеллектуальной собственности, защита прав интеллектуальной собственности, механизм защиты прав, форма защиты, способы защиты прав.

**Токарева Віра**

#### **FOR THE PROTECTION OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS**

The article analyzes issues for protecting intellectual property rights which is carried out using appropriate forms, means and methods of protection. It is established that intellectual property rights infringement may be protected in accordance with administrative, civil and criminal law. The protection of copyrights mainly is carried out with the application of civil law.

The legal problems of protection of intellectual property rights are relevant, due to the increase of infringement of the intellectual property rights on the Internet and due to information and communication technologies using.

In addition, Ukraine's accession to the WTO has affected on the intensification of goods, services and intellectual property movement and thus the increase in the number of disputes. Intellectual property disputes may be related to infringement of the rights of authors and copyright holders, violation of rights.

It is established that violation of intellectual property rights may occur due to non-compliance with the terms of the agreements on the disposal of intellectual property rights and non-contractual infringement of the rights to use the intellectual property objects. The violated intellectual property rights are subject of protection during the life of the authors and after their death.

The Civil Code of Ukraine does not contain the definition of the concept of civil rights protection. Only Art. 15 provides the protection of civil rights and interests, which every person has the right to defend his civil right in the case of violation, non-recognition or contestation. Everyone has the right to the protection of his interests which is not contrary to the general principles of civil law.

A prerequisite for the existence of a right is the ability to defend a violated right with the help of judicial or administrative authorities.

In the absence of state protection, the right cannot exist, and in case of loss of the opportunity to protect the violated right, it is essentially terminated. The very likelihood of a person having a problem in the exercise of his right or in general termination of it in connection with the misconduct of third parties, leads to the need to protect the right.

**Key words:** intellectual property law, protection of intellectual property rights, mechanism for protecting rights, form of protection, methods of protecting rights.



## ЦИВІЛІСТИЧНІ ПРОБЛЕМИ ІТ-ПРАВА

УДК 347.77

DOI <https://doi.org/10.32837/chc.v0i36.202>

### **Некіт Катерина Георгіївна,**

кандидат юридичних наук, доцент,

доцент кафедри цивільного права

Національного університету «Одеська юридична академія»

ORCID [orcid.org/0000-0002-3540-350X](https://orcid.org/0000-0002-3540-350X)

## ПЕРСОНАЛЬНІ ДАНІ ТА ІНДУСТРІАЛЬНІ ДАНІ ЯК ОБ'ЄКТИ ПРАВА ВЛАСНОСТІ: ОЦІНКА ПЕРСПЕКТИВ

**Постановка проблеми.** Наявність цінності персональних даних визнана вже давно і беззаперечно. Їх називають «нафтою», «новим золотом», «валютою XXI сторіччя». Вже давно ні для кого не секрет, що численні компанії використовують персональні дані користувачів для ведення бізнесу. Настав вже час, коли дедалі більше користувачів починають розуміти цінність своїх персональних даних. Така ситуація збуджує все більше дискусій навколо правового режиму персональних даних. Все частіше висловлюються пропозиції розглядати персональні дані як товар, поширити на них правовий режим власності, надати нарешті користувачам можливість отримувати прибуток від своїх персональних даних. Однак стійке розуміння «невідчужуваності» природи персональних даних, наявність «чутливих» персональних даних та багато інших питань, що залишаються невирішеними у цій сфері, змушують науковців (не кажучи вже про законодавця) обережно ставитись до визначення їх правового режиму.

Останнім часом все частіше підіймаються питання про необхідність виокремлення окремого різновиду даних – так званих індустріальних чи промислових даних. Все частіше зазначається про необхідність відмежування індустріальних даних від персональних та інтелектуальної власності, оскільки перші мають свою специфіку та потребують відповідного правового регулювання. Правовий режим цієї категорії даних сьогодні є невизначеним, так само невизначеним залишається те, кому належать такі дані. Однак все більш очевидно стає наявність цінності такої інформації. Отже, можливо, на часі визначитись, кому належать права на неї і якою є правова природа цих прав.

**Стан дослідження теми.** Проблема захисту персональних даних присвячені численні праці. В тих чи інших аспектах особливості правового регулювання персональних даних висвітлюються у роботах М.В. Бем, І.М. Городиського, Г. Сатона, О.М. Родіоненко, А. Новицького, В. Головченко, К.С. Мельника, С.С. Єсімова та інших. Значно менше робіт присвячено визначенню правової природи персональних та індустріальних даних. Більшою мірою це праці іноземних дослідників, таких як Т. Дж. Фаркас, А. Чандер, К. Яссеранд, Дж. Ріттер, А. Майєр, В. Янецек. І дедалі частіше у цих дослідженнях йдеться про необхідність кваліфікування персональних даних як нового виду майна та поширення на них правового режиму права власності. Серед вітчизняних дослідників правової природи персональних даних можна згадати О.А. Баранова, В.М. Брижко, Ю.К. Базанова.

**Метою статті** є дослідження сучасного стану правового регулювання персональних та індустріальних даних та спроба проаналізувати можливість поширення на персональні та індустріальні дані правового режиму права власності.

**Виклад основного матеріалу дослідження з повним обґрунтуванням отриманих наукових результатів.** Більшість дослідників вагаються під час визначення правової природи та, відповідно, правового режиму даних. Наприклад, Томас Дж. Фаркас, аналізуючи правову природу прав на дані, отримані в сфері Інтернету речей, коливається у виборі норм, які мають бути тут застосовані. Він аналізує такі дані крізь призму теорій авторського права, положень про захист баз даних, ноу-хау та комерційної таємниці, положень

законів про захист персональних даних, але в жодних нормативних актах не знаходять положень, які б повною мірою могли б застосовуватись до них. Більшою мірою він схиляється до поширення положень про право власності на такі дані, але убачає тут проблеми під час визначення, кому саме мають належати дані, отримані у сфері Інтернету речей, а також як забезпечити належний баланс між інтересами окремих індивідів та правом інших осіб на інформацію [1].

У зарубіжних дослідженнях природи даних зустрічаються однак і досі сміливі й несподівані погляди. Наприклад, Дж. Ріттер та А. Майєр зазначають, що базисом поширення на дані правового режиму права власності є той факт, що інформація у будь-якому цифровому чи електронному середовищі є фізичною, матеріальною за своєю суттю [2, с. 220]. Цей факт підтверджується останніми дослідженнями у сфері квантової механіки. Зокрема, дослідники посилаються на статтю Р. Ландауєра «Інформація фізична» [3] і його подальші публікації, де зазначається, що «інформація не абстрактне утворення, а існує лише через фізичне втілення, що зв'язує її всіма обмеженнями та можливостями реального фізичного світу <...> інформація неминуче записується у фізичне середовище» [4]. Дж. Ріттер та А. Майєр стверджують, що фізичні властивості інформації та ідея, що інформація є фізичним складником всесвіту, широко розповсюджені в науковій спільноті. На цьому підґрунті дослідники будують свою теорію про необхідність поширення на будь-які дані, як індустріальні, так і персональні, правового режиму власності. Зокрема, дослідники зазначають, що для цілей їх дослідження будь-які дані, у тому числі персональні, індустріальні, фактичні тощо, існують у матеріальній формі. Цей актив стає матеріальним під час його фіксації. Такий підхід дає й відповідь на питання, коли починають існувати дані. На думку дослідників, дані стають реальними в момент, коли записуються за допомогою електронних чи цифрових засобів [2, с. 257–260].

Не зупиняючись тут на детальному аналізі можливості визнання наявності фізичної сутності інформації, зазначимо, що можливість поширення на дані правового режиму власності не обов'язково потребує наявності в них фізичних властивостей. Вітчизняна концепція права власності не виключає можливості поширення правового режиму власності й на нематеріальні, безтілесні об'єкти. Це пояснюється розширюваним тлумаченням концепції майна, яке включає

в себе не лише матеріальні речі, але й майнові права та обов'язки (ст. 190 ЦК України).

Зазначимо, що питання про можливість поширення на персональні дані правового режиму власності дискутується вже досить давно і у вітчизняній літературі. Так, О.А. Баранов, В.М. Брижко та Ю.К. Базанов у своєму дослідженні «Права людини та захист персональних даних» майже десятиріччя тому підіймали питання про те, що персональні дані можуть розглядатися як товар та виступати об'єктом права власності. Як зазначають дослідники, економічний аспект персональних даних виражається в тому, що зі ставленням та функціонуванням внутрішнього ринку, який передбачає рух товарів, послуг та капіталів, виникає необхідність і в русі персональних даних, дієвому забезпеченні захисту їх споживчої та мінової вартості [5, с. 168].

Прийняття нових нормативних актів актуалізують проблеми визначення правової природи персональних даних. Наприклад, після прийняття GDPR [6] з визначенням у цьому акті деяких повноважень володільців персональних даних, зокрема, можливості отримувати копії своїх даних, передавати дані від одного контролера до іншого, вимагати їх знищення тощо (ст. 17, 20, 26 GDPR), деякі дослідники висловлювались на користь того, що персональні дані можна визнати різновидом власності [7]. Мотивували вони свої міркування тим, що вказані повноваження аналогічні повноваженням власника з користування, розпорядження, отримання доходів від належного їм нематеріального блага [8]. Так, відповідно до ст. 17 GDPR, суб'єкт даних повинен мати «право на забуття», тобто вимагати стирання (знищення) своїх даних, яке має бути здійснено без будь-яких безпідставних затримок, що розглядається як аналогія правомочності власника на розпорядження. Відповідно до ст. 20 GDPR суб'єкт даних має право на мобільність даних, тобто можливість у будь-який момент отримати передані ним контролеру персональні дані в структурованому та такому, що легко зчитується машиною форматі, і передати їх іншому контролеру без жодних перепон з боку попереднього контролера. У цьому углядається паралель з правомочностями власника на володіння та користування своїм майном.

Інші дослідники піддавали критиці можливість розглядати персональні дані як різновид власності. Наприклад, Л. Маурел зазначав, що деякі повноваження, що надаються користувачам у рамках GDPR, помилково прирівнюються до форми

приватної власності. Цей термін не використовується у Регламенті, а дані в ньому захищаються як атрибут особи, а не різновид майна.

Формулювання GDPR, на думку дослідника, дійсно породжують питання про можливість продажу персональних даних третій особі і про те, чи можна вважати такі правочини дійсними. Наприклад, ситуація, коли людина хоче продати свої особисті дані третій особі, є можливою на підставі ст. 6 GDPR, згідно з якою «обробка законна лише в тому разі, якщо суб'єкт погодився на обробку своїх персональних даних», відповідно, зацікавлений у такій обробці суб'єкт може бути готовим сплачувати кошти за надання згоди на обробку. Однак у зазначеній статті вказано, що згода дається «для однієї або кількох певних цілей». Отже, на відміну від продажу товару, що припускає реальну передачу права власності, компанія, яка збирає персональні дані, буде зобов'язана вказувати цілі, з якими вони передаються. Таким чином, на думку автора, така ситуація вже скоріше нагадує не купівлю-продаж, а надання певної ліцензії, схожої з наданням дозволу у питаннях, пов'язаних із авторськими правами, але таке порівняння теж не зовсім актуальне, оскільки цесія прав третій особі є неможливою з точки зору особистих даних [9].

На користь того, що персональні дані не можуть розглядатись як товар, говорить і позиція, відображена у Керівництві 2/2019 щодо обробки персональних даних відповідно до ст. 6(1)(б) GDPR у контексті надання онлайн-послуг суб'єктам даних. Так, у п. 54 вказаного Керівництва зазначено, що з урахуванням того, що захист даних є фундаментальним правом, і приймаючи до уваги, що однією з головних цілей GDPR є забезпечення можливості для суб'єктів даних контролю інформації, що їх стосується, персональні дані не можуть вважатися товаром. Навіть якщо суб'єкт даних може погодитись на обробку персональних даних, вони не можуть відчувувати свої фундаментальні права за такими угодами [10].

Здавалося б, позиція нормотворців є однозначною – персональні дані є невідчужуваними за своєю природою, являються атрибутом особи, а тому не можуть розглядатись як товар чи об'єкт права власності.

Однак революційною у розумінні правової природи персональних даних може стати нещодавно прийнята Директива (ЄС) 2019/770 Європейського парламенту і Ради від 20 травня 2019 р. про певні аспекти стосовно договорів поставки цифрового контенту та надання цифрових послуг (далі – Директива). Ця Директива спрямована на

посилення захисту споживачів в онлайн середовищі і вносить зміни у законодавство ЄС про захист прав споживачів у рамках єдиного цифрового ринку та пакетів «Новий курс для споживачів». Директива охоплює договори між трейдерами та користувачами, у яких трейдер поставляє чи зобов'язується поставити цифровий контент або цифрову послугу в обмін на оплату ціни (яка визначається у Директиві як гроші чи цифрове вираження вартості – електронні купони, ваучери, криптовалюти) або надання персональних даних [11].

Відповідно до п. 24 Директиви, цифровий контент або цифрові послуги часто надаються також там, де споживач не сплачує ціну, а надає персональні дані трейдеру. Такі бізнес-моделі використовуються у різних формах на значній частині ринку. Визнаючи, що захист персональних даних є фундаментальним правом і тому персональні дані не можуть розглядатись як товар, Директива спрямована забезпечити споживачам у контексті таких бізнес-моделей право на договірні засоби правового захисту. Таким чином, Директива має застосовуватися до контрактів, у яких трейдери постачають чи зобов'язуються поставити цифровий контент чи цифрову послугу споживачу, а споживач надає або зобов'язується надати персональні дані. Персональні дані можуть бути надані трейдеру або під час укладення договору, або пізніше, наприклад, коли споживач дає згоду на використання трейдером будь-яких персональних даних, які споживач може завантажити або створити з використанням цифрового контенту або цифрового сервісу. Ця Директива повинна застосовуватися до будь-якого контракту, в якому споживач надає або зобов'язується надавати особисті дані трейдеру. Наприклад, ця Директива повинна застосовуватися в тих випадках, коли споживач відкриває обліковий запис у соціальній мережі і надає ім'я та адресу електронної пошти, які використовуються не тільки для надання цифрового контенту або цифрових послуг, або для виконання вимог законодавства. Вона також повинна застосовуватися в тих випадках, коли споживач дає згоду трейдеру на обробку в маркетингових цілях будь-яких матеріалів, що становлять особисті дані, таких як фотографії або публікації, які завантажує споживач [12].

Таким чином, Директива фактично визнає персональні дані «валютою» в цифровому світі. Поширення сфери дії Директиви на договори, за якими споживач «платить» своїми персональними даними, є революційною для законодавства про

захист прав споживачів та надає захист споживачам у сфері контрактів, які раніше вважалися «безоплатними». Метою розробки концепту «контракту на поставку цифрового контенту та цифрових послуг, за які споживач надає персональні дані замість сплату грошей», було поширення принципів захисту споживачів на так звані «безкоштовні сервіси». В обґрунтуванні такої позиції було вказано, що деякі сервіси не можуть вважатися «безкоштовними» з урахуванням зростаючої економічної цінності персональних даних. Несправедливим є той факт, що у випадках, коли споживачі не сплачують гроші, але все ж таки надають свої персональні дані за користування послугами, вони не отримують належного захисту своїх прав, оскільки така ситуація не підпадає під вимоги законодавства ЄС щодо захисту прав споживачів. Тому запропоновано було поширити захист положення про захист прав споживачів на випадки, коли останні отримують сервіс за надання персональних даних, оскільки це відповідає сучасним економічним реаліям та потребам [13].

У контексті Директиви цифровий контент означає дані, які виробляються і надаються в цифровій формі, незалежно від того, чи використовується матеріальний носій чи ні, наприклад, комп'ютерні програми, додатки, відео- і аудіофайли та електронні книги. Цифрові послуги – це послуги, які: (1) дозволяють створювати, обробляти, отримувати доступ або зберігати дані; або (2) дозволяють ділитися чи іншим чином взаємодіяти з даними в цифровій формі, які завантажені або створені споживачем чи іншими користувачами цих послуг. Прикладами можуть бути платформи для обміну відео і аудіо, послуги хмарних обчислень і соціальні мережі [11].

Фактично наведена Директива визнає можливість обміну персональних даних на цифровий контент та цифрові послуги. Якщо ж за певним явищем визнається цінність та можливість обміну на інші блага (мінова цінність), це є нічим іншим, як введенням цього явища у цивільний обіг. Видається, що положення, передбачені Директивою, є першим кроком на шляху перегляду концепції персональних даних та, можливо, навіть поширення на них правового режиму власності.

Що стосується індустріальних даних, то цей концепт ще не є остаточно розробленим. Згадки про промислові дані з'явилися у дослідженнях не так давно, значною мірою у зв'язку з інтенсивним розвитком Інтернету речей. Підключені до Інтернету пристрої щоденно створюють величезні обсяги

інформації. Багато з цих даних є досить чутливими. Наприклад, смарт-годинники відстежують фізичну активність людини, вимірюють серцевий ритм, кількість шагів, тиск тощо. Підключені до Інтернету автомобілі щоденно збирають найрізноманітнішу інформацію – стосовно трафіку, заторів на дорогах, стану доріг, улюблених маршрутах та звичках власника машини. Частина з цих даних є очевидно персональними, навіть особливо чутливими даними, однак інша частина, яка може бути відділена від конкретної фізичної особи та деперсоніфікована, очевидно, має складати окрему категорію інформації. Така інформація може використовуватися як іншими особами (для розуміння оптимальних маршрутів), виробниками розумних пристроїв (для вдосконалення продуктів свого виробництва), для державних структур (для поліпшення стану доріг та ситуацій на дорогах) тощо. Саме тому останнім часом все частіше говорять про необхідність розробки особливого правового режиму для індустріальних даних.

Для забезпечення використання та охорони таких даних незастосовні концепції права інтелектуальної власності та захисту персональних даних. По-перше, тому що такі бази даних не мають нічого спільного з креативністю та творчим характером, щоб регулюватись положеннями про авторські права. Такі дані є індустріальними за своєю природою, згенерованими численними сенсорами, які спостерігають та записують усі найменші деталі глобального споживчого ланцюга [2, с. 222]. Крім того, сучасне авторське право не визнає можливості захисту об'єктів, створених не людиною, а розумними пристроями / штучним інтелектом.

По-друге, такі дані не мають нічого спільного з персональною інформацією, оскільки такі дані просто відображають функціональність пристроїв, як машини, мережі, системи, пристрої та інформація взаємодіють одне з одним та виконують свої задачі [2, с. 222].

Не можуть застосовуватись до індустріальних даних і положення про захист баз даних, або ноу-хау чи комерційну таємницю. У першому випадку згенеровані розумними пристроями дані мали б бути систематизовані у певному порядку. Однак такі дані є скоріш сирими та індивідуалізованими. Так само і в тому, що стосується можливості підпадиння під положення законів про захист комерційної таємниці: важко погодитись з тим, що інформація, автоматично зібрана підключеними до мережі пристроями, містить в собі комерційну таємницю [1].

Перше питання, яке постає стосовно індустріальних даних: як їх відмежувати від персональних даних? Перетворення персональних даних на індустріальні відбувається шляхом анонімізації, псевдонімізації, токенизації, фільтрації, маскування та подібних технік [14]. Після здійснення анонімізації, отримані дані цілком можуть функціонувати як індустріальні дані. Розмежування персональних та індустріальних даних дасть можливість застосування до правового регулювання володіння, передачі та захисту спеціальних норм. Це також сприятиме досягненню ще надійнішого захисту приватності та контролю за персональною інформацією, що може бути ідентифікована, за допомогою норм щодо захисту персональних даних [2, с. 226]. Крім того, є категорія персональних даних, яка навіть не потребує особливої обробки, спрямованої на відділення даних від особистості. Це, наприклад, дані GPS, IP адреса тощо. У деяких країнах (наприклад, в Австралії) визнається, що IP адреса більшою мірою складається з метаданих, а до метаданих не застосовуються за замовченням норми щодо захисту приватності [15, с. 1043].

Друге питання, що виникає: якщо індустріальні дані є відмінними від персональних і не підпадають під положення про захист авторських прав, баз даних чи комерційної таємниці, які правові норми можуть бути застосовані до регулювання такого виду інформації? Зокрема, чи може бути така інформація регулюватися положеннями про право власності (якщо вже вона має очевидну цінність і на неї існує попит).

Останнім часом все частіше зазначають про те, що «право власності на дані, як персональні, так і згенеровані машинами, є ядром заснованої на даних економіки» [14]. Про це говорять не лише дослідники, але й відомі політики, які все більше схильються до закріплення такого підходу на законодавчому рівні. Так, у Березні 2017 року канцлер Німеччини Ангела Меркель визнала важливість порівняно схожої правової ситуації у всіх європейських країнах стосовно права власності на дані. Вона відмітила стійкий взаємозв'язок між необхідністю положень про право власності на дані та інноваційним потенціалом і міжнародною конкурентоздатністю Німеччини та європейської економіки. Тому необхідними є розробка законів щодо авторських прав, прав власності на дані у всій Європі у найближчий час та у дуже зрозумілій формі [2, с. 228].

Слідуючи заклику канцлера, федеральний міністр транспорту та цифрової інфраструктури

Німеччини А. Добріндт запропонував новий закон, основні положення якого зводились до наступного. По-перше, дані повинні мати такий самий правовий статус, як і матеріальні блага, щоб забезпечити можливість мати дані у власності фізичних осіб чи юридичних. По-друге, дані повинні належати особі, якої вони стосуються. Якщо користувач не приймає використання персоналізованих даних, обробка даних повинна бути анонімізованою та псевдонімізованою. Також користувачам має бути надано право на відклик. По-третє, люди повинні мати можливість робити інформовані рішення щодо користування їхніми даними. Для цієї мети усі надавачі послуг та виробники продуктів мають гарантувати прозору інформацію щодо частоти збору даних, а також щодо користування ними та розкриття таких даних. По-четверте, публічні дані мають вважатися відкритими даними. Всі неперсоналізовані дані, зібрані державою, мають бути відкритим ресурсом для забезпечення створення цифрової вартості [16].

Наступним та найважливішим питанням, пов'язаним із правом власності на дані, є питання, кому саме такі дані повинні належати. Так, Ангела Меркель, говорячи про необхідність регулювання даних як власності, відмітила, що дуже важливо вирішити питання належності даних виробникам машин чи розробникам програмного забезпечення. Оскільки використовуючи дані користувачів, можливо виробляти нові продукти та додатки [2, с. 228]. Крім виробників продуктів та розробників програмного забезпечення, у праві власності на індустріальні дані можуть бути зацікавлені також кінцеві власники таких смарт-речей (які очевидно бажать, щоб дані про їх локацію та поведінку за кермом не були відомі іншим), компанії з надання послуг з навігації та телекомунікації (оскільки хочуть вдосконалити сервіс, тому що використовуючи дані з розумних автомобілів, наприклад, навігаційні сервіси, можуть спрямовувати своїх користувачів слідувати іншими маршрутами, якщо зростає трафік, погіршені дорожні умови чи трапилася дорожня пригода), страховики (які зацікавлені в розумінні ступеня відповідальності водіїв), державні інституції (які можуть вплинути на оптимізацію трафіку або навіть попередження злочинів), провайдери (які можуть використовувати отримані дані для оптимізації реклами на відповідних маршрутах чи обслуговуючих станціях) [1, с. 7–8].

Це питання сьогодні не має чіткої відповіді, але певні розробки в цьому напрямку вже ведуться.

У 2015 році Світовий Економічний Форум провів аналіз щодо належності даних, отриманих від смарт-автомобілів, але не дав на поставлене питання відповіді, обмежившись лише зазначенням, що питання, які постають у цій сфері, є надто тернистими. Складнощі виникають під час визначення, чи належать водію дані, отримані машиною, якщо машина знаходиться у лізингу; чи належить інформація, отримана машиною, виробнику машини, який створив систему управління даними; чи повинні виробники та розробники програмного забезпечення платити водіям за доступ до даних тощо [17].

Незважаючи на те, що до вирішення цієї проблеми на законодавчому рівні ще далеко, конкретні рішення щодо даних, створених смарт-автомобілями, містяться на рівні контрактів. Так, в інструкції до автомобіля Хонда виробник зазначив, що транспортний засіб оснащений пристроями, які фіксують дані. Такі пристрої фіксують використання переднього ременя безпеки, наявність пасажира на передньому сидінні, факт спрацювання подушки безпеки тощо. Такі дані належать власнику транспортного засобу та не можуть бути доступними будь-якій іншій особі, крім випадків, якщо вони витребувані відповідно до закону або за дозволом власника засобу. Оскільки інструкція до транспортного засобу вважається частиною контракту між виробником та покупцем транспортного засобу, це положення можна вважати врегульованим договором. Такий підхід ілюструє, що право власності на дані може бути надано кінцевому споживачеві, тоді як треті особи матимуть доступ до таких даних для чітко визначених цілей. Наприклад, у разі дорожньо-транспортної пригоди законом має бути передбачена можливість для регуляторів, слідчих, страховиків витребувати та отримати доступ до збережених даних [2, с. 244–245].

**Висновки з дослідження та перспективи подальших розвідок у цьому напрямі.** Сьогодні ані персональні, ані індустріальні дані не визначаються як об'єкти права власності на нормативному рівні. Складно робити однозначні висновки щодо можливості поширення правового режиму власності на ці об'єкти. Однак дедалі більше обговорюються перспективи вирішення проблеми визначення правового режиму даних саме шляхом визнання їх об'єктами права власності. Саме право власності на дані, на думку експертів, забезпечує розвиток заснованої на даних економіки. Очевидних перепон для визнання даних об'єктами права власності не містить ані континентальне, ані англо-американське право. Зокрема, українське законодавство визнає можливість поширення режиму права власності на нематеріальні об'єкти, такі як майнові права та обов'язки. Тож не можна заперечувати можливість поширення правового режиму власності на дані лише тому, що вони мають нематеріальну природу. Звичайно, у разі поширення на дані режиму права власності постає багато питань, зокрема, щодо особливостей «відділення» даних від особи без порушення її права на приватність. Забезпечити це можливо шляхом анонімізації, псевдонімізації та інших способів обробки даних, завдяки створюється зв'язок між даними та особою. З урахуванням необхідності захисту приватності особи перспективи визнання права власності на індустріальні дані є більш вірогідними (оскільки такі дані не пов'язані тісно з особою), однак і персональні дані також можуть стати об'єктами права власності, про що свідчить, зокрема, нещодавно прийнята Директива (ЄС) 219/770, яка фактично визнає факт обміну персональних даних на цифровий контент та цифрові послуги.

#### ЛІТЕРАТУРА:

1. Thomas J. Farcas. Data created by the Internet of Things: the new gold without ownership? *Revista la proprietate inmateriala*. 2017. № 23. P. 5–17.
2. Ritter J. and Mayer A. Regulating data as property: a new construct for moving forward. *Duke Law & Technology Review*. 2018. № 16. P. 220–277. URL: <https://scholarship.law.duke.edu/dltr/vol16/iss1/7/>.
3. Landauer R. Information is physical. *Physics Today*. 1991. № 44. P. 23–29.
4. Landauer R. Information is a physical entity. *Physica A: Stat, Mechanics and its Applications*. 1999. № 63. P. 63–64.
5. Баранов А.А., Брыжко В.М., Базанов Ю.К. Права человека и защита персональных данных. Киев : Государственный комитет связи и информатизации Украины, 2000. 280 с.
6. Некит К.Г. Значення GDPR (General Data Protection Regulation) для забезпечення захисту персональних даних у сфері Інтернету речей (IoT). *Правові та інституційні механізми забезпечення розвитку України в умовах європейської інтеграції : матеріали Міжнародної науково-практичної конференції* (м. Одеса, 18 травня 2018 р.) У 2-х т. Т. 2 / відп. ред. Г.О. Ульянова. Одеса : Видавничий дім «Гельветика», 2018. С. 491–493.
7. Некит Е.Г. Право собственности на персональные данные в контексте GDPR: миф или реальность. URL: <https://blog.liga.net/user/%D0%B5nekit/article/31189>.
8. My data are mine. Why we should have ownership rights on our personal data: report. URL: <https://www.generationlibre.eu/wp-content/uploads/2018/01/Rapport-Data-2018-EN-v2.pdf>.

9. Le RGPD interdit-il aux individus de «vendre» leurs données personnelles ? URL: <https://scinfolex.com/2018/05/12/le-rgpd-interdit-il-aux-individus-de-vendre-leurs-donnees-personnelles/>.
10. Guidelines 2/2019 on the processing of personal data under Article 6(1)(b) GDPR in the context of the provision of online services to data subjects. October 8, 2019. URL: [https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb\\_guidelines-art\\_6-1-b-adopted\\_after\\_public\\_consultation\\_en.pdf](https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_guidelines-art_6-1-b-adopted_after_public_consultation_en.pdf).
11. Consumers to be better protected when concluding online contracts. URL: <https://www.altius.com/blog/474/consumers-to-be-better-protected-when-concluding-online-contracts>.
12. Directive (EU) 2019/770 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32019L0770>.
13. EDPS Opinion 8/2018 on the legislative package “A New Deal for Consumers”. October 5, 2018. URL: [https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/18-10-05\\_opinion\\_consumer\\_law\\_en.pdf](https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/18-10-05_opinion_consumer_law_en.pdf).
14. Williamson C. Pseudonymization vs. anonymization and how they help with GDPR. Protegrity blog (Jan 5, 2017). URL: <https://www.protegrity.com/blog/pseudonymization-vs-anonymization-help-gdpr>.
15. Janeczek V. Ownership of personal data in the Internet of Things. *Computer law & security review*. 2018. № 34. P. 1039–1052.
16. Wir brauchen ein Datengesetz in Deutschland! URL: <https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Artikel/DG/datengesetz.html>.
17. DeBord M. Who owns connected car data? URL: <https://www.weforum.org/agenda/2015/09/who-owns-connected-car-data/>

**Некіт Катерина Георгіївна**

**ПЕРСОНАЛЬНІ ДАНІ ТА ІНДУСТРІАЛЬНІ ДАНІ ЯК ОБ'ЄКТИ ПРАВА ВЛАСНОСТІ: ОЦІНКА ПЕРСПЕКТИВ**

Статтю присвячено дослідженню можливості поширення на персональні та індустріальні дані правового режиму власності. Проаналізовано GDPR та Директиву (ЄС) 2019/770 з точки зору правового регулювання персональних даних. Виявлено підстави для кваліфікації персональних даних як об'єкту права власності. У статті досліджено поняття індустріальних даних, їх відмінності від персональних даних. Проаналізовано підходи до правового регулювання індустріальних даних. Визначено аргументи на користь поширення на індустріальні дані правового режиму власності. У статті також досліджується проблема визначення, кому саме мають належати права на індустріальні дані.

**Ключові слова:** персональні дані, індустріальні дані, промислові дані, Інтернет речей, власність, право власності, інформація.

**Некіт Катерина Георгиевна**

**ПЕРСОНАЛЬНЫЕ ДАННЫЕ И ИНДУСТРИАЛЬНЫЕ ДАННЫЕ КАК ОБЪЕКТЫ ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ: ОЦЕНКА ПЕРСПЕКТИВ**

Статья посвящена исследованию возможности распространения на персональные и индустриальные данные правового режима собственности. Проанализированы GDPR и Директива (ЕС) 2019/770 с точки зрения правового регулирования персональных данных. Выявлены основания для квалификации персональных данных как объекта права собственности. В статье исследовано понятие индустриальных данных, их отличия от персональных данных. Проанализированы подходы к правовому регулированию индустриальных данных. Определены аргументы в пользу распространения на индустриальные данные правового режима собственности. В статье также исследуется проблема определения, кому именно должны принадлежать права на индустриальные данные.

**Ключевые слова:** персональные данные, индустриальные данные, промышленные данные, Интернет вещей, собственность, право собственности, информация.

**Nekit Kateryna**

**PERSONAL DATA AND INDUSTRIAL DATA AS OBJECTS OF OWNERSHIP: EVALUATION OF PERSPECTIVES**

The article is devoted to the study of the possibility to extend the legal regime of ownership to personal and industrial data. GDPR and Directive (EU) 2019/770 are analyzed in terms of the legal regulation of personal data. Revolutionary in the content of Directive (EU) 2019/770 is the proposal to consider that in some cases personal data is exchanged for digital content and digital services. In fact, this approach gives reason to consider personal data as a kind of currency.

Reasons have been identified for qualifying personal data as an object of ownership. Thus, personal data obviously has economic value. At the same time, Ukrainian legislation does not deny the possibility to extend the legal regime of property to intangible goods, such as property rights and obligations. Therefore, one cannot exclude the possibility of recognition of personal data as an object of ownership.

The article explores the concept of industrial data, their differences from personal data. The approaches to the legal regulation of industrial data are analyzed. The arguments in favor of extending the legal regime of property to industrial data are determined. In particular, it is noted that industrial data is of economic value and there is a demand for it, therefore, it is increasingly being said that industrial data should become the object of ownership. Such an approach will contribute to the development of a data-based economy. In addition, the provisions on the protection of personal data, intellectual property rights, know-how, databases and so on are not applicable to the legal regulation of industrial data. This requires new solutions.

The article also explores the problem of determining to whom the rights to industrial data should belong. The problem is the determination of the person who should own the industrial data – whether it should be a manufacturer, software developer or end user. At the moment, this issue is settled only at the level of contracts, which stipulates that the right to data received by smart things belongs to the end user.

The conclusion is made that today, neither personal nor industrial data are defined as objects of property rights at the regulatory level. It is difficult to draw unambiguous conclusions about the possibility of extending the legal regime of ownership of these objects. However, the prospects for solving the problem of determining the legal regime of data are being discussed more and more precisely by recognizing them as objects of ownership.

**Key words:** personal data, industrial data, Internet of things, property, ownership, information.



УДК 347.73:336.74:004

DOI <https://doi.org/10.32837/chc.v0i36.203>

**Шульгін Андрій Артурович,**

аспірант

Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва

імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України

ORCID <https://orcid.org/0000-0002-4603-7584>

## ПРОБЛЕМИ АНОНІМНОСТІ ВЛАСНИКІВ ЕЛЕКТРОННИХ ГРОШЕЙ: ЮРИДИЧНИЙ АСПЕКТ

**Постановка проблеми.** Використання електронних грошей є анонімним до настання певних умов, встановлених оператором електронних грошей чи законодавством, наприклад, перевищення лімітів використання електронних грошей, порушення прав інших осіб тощо. Проблема полягає у визначенні конкретної фізичної або юридичної особи як кінцевого власника грошових електронних коштів. У зв'язку із зазначеною обставиною виникає питання щодо можливості захисту прав осіб, які здійснюють реєстрацію облікових записів, на які зараховуються електронні гроші, оскільки надана інформація не дає можливість повною мірою встановити таких осіб як суб'єктів цивільних прав. Саме тому необхідно з'ясувати не тільки проблеми анонімності власників електронних грошей, а й проблеми їх ідентифікації.

**Стан дослідження теми.** Аналіз публікацій свідчить про наявність досліджень електронних грошей як з економічної, так і з правової точки зору, однак дослідження проблем анонімності власників електронних грошей та їх верифікації раніше науковцями не проводилось. Дослідженням у галузі правового регулювання електронних грошей займалися такі вітчизняні та зарубіжні науковці, як А. Берентсен, М. Бернкопф, А. Вільфер, М. Вудфорд, А. Грінспен, Н. Гришук, А. Генкін, Ч. Гудхард, А. Довгерт, М. Кінг, А. Кисіль, С. Кляйн, Б. Коен, Г. Селджін, Р. Майданник, А. Шамраєв, Б. Шміт, Л. Уайт, Б. Фрідмен, С. Шимон та інші.

**Виклад основного матеріалу дослідження з повним обґрунтуванням отриманих наукових результатів.** Досліджуючи проблематику анонімності власників електронних коштів, слід зазна-

чити окремі погляди вчених на саму правову природу електронних грошей, оскільки така ознака, як «анонімність», є ознакою останніх.

Наприклад, В.Ю. Іванов під електронними грошима у вузькому сенсі розглядає «інформацію в електронній формі про суму попередньо наданих емітенту грошових коштів» [1, с. 67]. Е. Соломон також розглядав електронні грошові кошти як інформацію, що передається за допомогою мережі Інтернет та супроводжується передачею інформації про товари, роботи чи послуги, що нерідко призводить до складнощів поділу зазначених потоків інформації про переведення електронних грошових коштів та іншої інформації [2, с. 15]. Б. Коен розглядає електронні грошові кошти як інформацію, існуючу в двох основних формах, – пластикових карт і грошових коштів у мережі Інтернет [3, с. 124].

Таким чином, Інтернет є необхідною умовою для обігу електронних коштів. Логічним є те, що відсутність надійних засобів захисту та контролю з боку держав користувачів Інтернету значною мірою гальмує законодавче регулювання цього феномену. З іншого боку, здійснення розрахунків за допомогою електронних грошей може здійснюватися не інакше як через Інтернет. Наразі контроль, адміністрування та обслуговування Інтернет простору здійснюється недержавними міжнародними організаціями.

Враховуючи те, що власниками електронних грошей є перш за все користувачі мережі Інтернет, ми пропонуємо для дослідження цієї тематики розглянути міжнародний досвід правового регулювання Інтернету.

Як зазначає В.А. Серьогін, право на анонімність є елементом прайвесі, точніше одним з його станів, що може виявлятися в різних аспектах приватного життя і мати просторовий та часовий вимір [4, с. 158]. Право на анонімність не є абсолютним, проте його обмеження може бути встановлено законом чи локальними нормативними актами (договорами).

Таким чином, оскільки саме держава забезпечує та гарантує права громадян та здійснює їх захист, доцільно розглядати питання анонімності в контексті регулятивної діяльності держави.

Наразі організація технічної та організаційної роботи, а значить і контролю, здійснюється міжнародними неурядовими організаціями, такими як ICANN, IANA, ISOC, IETF, IGF та інші.

Повертаючись до ознак електронних грошей, слід зазначити, що таке глибоке дослідження питань контролю Інтернету породжується із такої ознаки електронних грошей, як анонімність. На наш погляд, значне поширення думок та прагнення суспільства залишатися подалі від контролю держави пов'язане із підвищеною урегульованістю та контролем держав. Кожен крок людини відслуговується банком, податковими, митними службами, державними і недержавними органами. Суспільство банально виснажене подібним втручанням з боку суб'єктів владних повноважень, тому прагнення до анонімності є цілком логічним.

Таким чином, не слід стверджувати, що користувачі електронних грошей мають на меті здійснення незаконної діяльності, напрочуд в деяких випадках використання деяких видів електронних грошей анонімно не допускається. Як стверджує Є.С. Утінович, анонімність – це одна з ключових особливостей функціонування Інтернету [5, с. 7].

28 серпня 2015 року відбулось засідання Ради з прав людини ООН, де було підтверджено, що анонімно використання Інтернету і використання шифрування особистих даних і засобів комунікації є невіддільним правом людини [6]. Тим часом слід зазначити, що з 2006 р. в ЄС діяла директива по зберіганню даних користувачів і їх комунікацій, яка зобов'язувала провайдерів зберігати ці дані на термін від 6 до 24 місяців [7]. Однак у квітні 2014 р. директива була скасована. Основною метою директиви було зберігання інформації про користувачів і їх електронних комунікацій для запобігання, розслідування та виявлення серйозних злочинів, в тому числі організованої злочинності і тероризму.

Таким чином, проблема анонімності, меж допустимості анонімної поведінки і визначення випадків, коли анонімність повинна бути законодавчо заборонена, стає сьогодні одним з найважливіших аспектів вирішення питань ідентифікації в Інтернеті (у тому числі й власників облікових записів, на яких знаходяться електронні гроші), а також правового регулювання даних відносин. Аналіз зарубіжного законодавства та судової практики показав, що правові режими використання анонімності в рамках зарубіжного законодавства, загалом зводяться до трьох основних варіантів:

- 1) анонімність дозволяється (допускається) або мається на увазі;
- 2) анонімність пропонується;
- 3) анонімність забороняється (не допускається).

Прикладами останнього варіанту служать таємниця усиновлення, збереження анонімності донорів під час трансплантології і сурогатне материнство; в ряді випадків анонімність взагалі не допускається. Законодавство США окремо не виділяє гарантію дотримання права громадян на анонімність. Зазвичай анонімність у тій чи іншій формі – під захистом Першої поправки до Конституції США. Це було підтверджено в рішенні Верховного суду у справі *NewYorkTimesCo. vs Sullivan*, де суд дійшов висновку, що «рішення автора залишитися невідомим <...> є одним з аспектів свободи слова та захищено першою поправкою», і «анонімність автора не є достатньою підставою виключення результату праці з під захисту Першої поправки».

Таким чином, очевидно є дуалістична природа права на анонімність. З одного боку, право на анонімність виступає складовим елементом законного права на недоторканність приватного життя і в цій якості має визнаватися. Однак абсолютне право на анонімність неможливо.

Тому обмеження права на анонімність має відповідати встановленим національним законам, а також загальним принципам міжнародного права.

Анонімність використання електронних грошей є як їх перевагою, так і недоліком. Провівши аналіз найвідоміших операторів електронних грошей (PayPal, Webmoney, GlobalMoney), можемо стверджувати, що право на анонімність надається операторами користувачам виключно до настання певних обставин, зокрема: досягнення ліміту отримання або відправлення грошових коштів іншим користувачам; скарги від інших

користувачів або третіх осіб на користувача, який, на їх думку, порушує їх права. Зазвичай єдиною санкцією для користувачів, які не проходять процедуру верифікації, є блокування облікового запису або окремого електронного гаманця до моменту проходження верифікації користувача. Важливо зазначити про відмінність понять верифікації та ідентифікації, оскільки перше передбачає процедуру встановлення особи після наданих нею даних про себе, а процедура ідентифікації передбачає встановлення особи під час здійснення будь-яких дій, пов'язаних із обліковим засобом.

Іншою проблемою є вже судовий порядок відновлення прав користувачів у разі вчинення шахрайських дій відносно нього. У такому разі нас цікавить підтвердження права використання облікового запису. Проблема полягає у захисті прав неверифікованого користувача, який під час створення облікового запису надав інформацію, яка з юридичної точки зору не дає встановити (ідентифікувати) такого користувача як суб'єкта цивільних прав.

Чинним законодавством України не встановлено загального переліку документів, що посвідчують особу, зазвичай такий перелік створено для вчинення певних дій, наприклад перелік документів, що посвідчують (ідентифікують) особу під час вчинення нотаріальних дій, або перелік документів, що оформлюється із застосуванням засобів єдиного демографічного реєстру.

Отже, нами встановлено, що першоджерелом появи анонімності під час використання облікового запису власника електронних грошових коштів є надання користувачам неідентифікуючої інформації про себе. Так, наразі оператори мобільного зв'язку та надавачі послуг з відправлення електронних повідомлень надають послуги користувачам як з так і без укладення договору (контракту). Сама ж процедура укладення договору (контракту) із надавачами вищезазначених послуг є загальною під час здійснення такого виду правочинів, який включає у себе процедуру встановлення сторін договору, тобто їх ідентифікацію.

Додатково слід зазначити про те, що оператор електронних грошей отримує не тільки інформацію, яку заповнює користувач під час реєстрації у системі, але й інформацію про пристрій, з якого отримано доступ до ресурсу оператора, наприклад IP-адреса пристрою. Повний перелік інформації, яку отримує оператор про користувачів, розміщується на офіційному веб-сайті та зазначається або у публічній ofertі, або політиці кон-

фіденційності (Privacy Policy), відповідно до положень Закону України «Про захист персональних даних», міжнародної угоди GDPR (для громадян країн ЄС) та інших правил захисту персональних даних, розроблених окремими організаціями (такими як Google, Apple та іншими), у разі використання оператора електронних грошей їх послугами. Отримана оператором електронних грошей інформація дає можливість ідентифікувати власника пристрою із особою, яка здійснювала реєстрацію облікового запису, але у подальшому може постати питання із встановленням власника такого пристрою.

На підставі дослідження вищезазначених систем електронних грошей ми можемо стверджувати про те, що у разі втрати доступу користувача до свого облікового запису оператор електронних грошей дає можливість ідентифікувати особу такими способами: через інструменти реєстрації облікового запису (мобільний телефон, e-mail); зазначення відповіді на секретні питання, які були задані під час реєстрації; резервні коди-доступу.

Таким чином, ми доходимо висновку про те, що оператор електронних грошових коштів самостійно створив спосіб ідентифікації особи, яка надала про себе неідентифікуючу інформацію. Вважаємо, що створення такої системи перевірки особи є доцільним з огляду на те, що право на анонімність забезпечується оператором виключно до настання важливих юридичних подій.

Слід зазначити, що наразі Національний банк України надав на обговорення проект постанови від 27.12.2019 року про примусову ідентифікацію (верифікацію) всіх користувачів електронних коштів [8].

Зокрема, встановлені наступні умови обов'язкової ідентифікації користувачів: електронний гаманець не може поповнюватися з використанням електронних грошей, що надходять від неідентифікованих користувачів; сума платежів за електронним гаманцем не перевищує 5 000 гривень на місяць; електронний гаманець відкривається та використовується виключно для оплати товарів; емітент застосовує достатні заходи щодо виявлення незвичних або підозрілих операцій.

**Висновки з дослідження та перспективи подальших розвідок у цьому напрямі.** Проблема анонімності використання електронних грошей починається з процедури ідентифікації та подальшої верифікації особи – користувача електронних грошей. Перш за все така ідентифікація

здійснюється або в інтересах самого користувача, або в інтересах інших користувачів, права яких було порушено. Проблемою в цьому разі є ототожнення інформації, яку отримав оператор електронних грошей, із особою, яка її надала. Так, у разі непроходження процедури верифікації користувачем електронний гаманець блокується, а грошові кошти не повертаються до моменту верифікації особи. До інших проблем слід віднести процедуру верифікації особи, якій необхідно підтвердити право власності на електронний гаманець. Враховуючи те, що нами були перелічені всі способи ідентифікації власників

електронних коштів, які не можуть повною мірою встановити особу, єдиним способом залишається встановлення особи у судовому порядку. В такому разі користувачу вже у судовому порядку необхідно доводити право власності на електронний рахунок шляхом підтвердження того, що надана користувачем інформація оператору під час реєстрації та створення електронного гаманця може повною мірою ідентифікувати його особу.

Саме тому на теоретичному рівні дослідження проблем встановлення особи – власника облікового запису електронних коштів є важливим та потребує подальшого правового дослідження.

#### ЛІТЕРАТУРА:

1. Иванов В.Ю. Понятие электронных денежных средств в законодательстве России. *Хозяйство и право*. 2012. №8. С. 99
2. Solomon, E.H. *Electronic Money Flows: The Molding of a New Financial Order*. Boston, Mass.: Kluwer Academic Publisher. 1991. 16 p.
3. *Security of Electronic Money*, BIS, 1996. 324 p.
4. Сergygin V.A. Право на анонімність як елемент прайвесі. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. 2014. №24. С. 154–159.
5. Устинович С.С. Зарубежный опыт законодательного регулирования анонимности в интернете и судебная практика. *Теория и история права и государства; история учений о праве и государстве*. 2016. № 2. С. 7–9.
6. ООН признала анонимность в Интернете правом человека. URL: [http://www.gazeta.ru/tech/news/2015/08/25/n\\_7509455.shtml](http://www.gazeta.ru/tech/news/2015/08/25/n_7509455.shtml).
7. Directive 2006/24/EC of the European Parliament and of the Council of 15 March 2006 on the retention of data generated or processed in connection with the provision of publicly available electronic communications services or of public communications networks and amending Directive 2002/58/EC. URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32006L0024>.
8. Проект постанови Національного банку України від 27.12.2019. URL: [https://bank.gov.ua/admin\\_uploads/article/proekt\\_2019-12-27.pdf](https://bank.gov.ua/admin_uploads/article/proekt_2019-12-27.pdf).

#### Шульгін Андрій Артурович

##### ПРОБЛЕМИ АНОНІМНОСТІ ВЛАСНИКІВ ЕЛЕКТРОННИХ ГРОШЕЙ: ЮРИДИЧНИЙ АСПЕКТ

Статтю присвячено проблемі анонімності власників електронних грошових коштів та способам захисту їх прав. Зазначено, що популярність такого питання пов'язана перш за все із криптографічним захистом від підробки електронних грошей, можливістю здійснення транзакцій анонімно, а також можливістю зменшити ризики валютних коливань, які відбуваються на сучасному валютному ринку. Встановлено, що анонімне використання Інтернету і використання шифрування особистих даних і засобів комунікації є невіддільним правом людини.

Встановлено, що чинним законодавством України не передбачено чіткий перелік документів, які могли б встановити особу, зазначено, що такий перелік існує виключно за певних юридичних подій, зокрема вчинення нотаріальних дій.

**Ключові слова:** електронні гроші, гроші, анонімність, ідентифікація, грошовий обіг, теорія грошей, речі, об'єкти цивільних прав, майнові права.

#### Шульгин Андрей Артурович

##### ПРОБЛЕМЫ АНОНИМНОСТИ СОБСТВЕННИКОВ ЭЛЕКТРОННЫХ ДЕНЕГ: ЮРИДИЧЕСКИЙ АСПЕКТ

Статья посвящена проблеме анонимности собственников электронных денежных средств и способам защиты их прав. Отмечено, что популярность таких электронных денег связана прежде всего с криптографической защитой от подделки электронных денег, возможностью осуществления транзакций анонимно, а также возможностью уменьшить риски валютных колебаний, которые происходят на современном валютном рынке. Установлено, что анонимное использование Интернета и использование шифрования личных данных и средств коммуникации является неотъемлемым правом человека.

Установлено, что действующим законодательством Украины не предусмотрен четкий перечень документов, которые могли бы установить личность, указано, что такой перечень существует исключительно при определенных юридических событиях, в частности при совершении нотариальных действий.

**Ключевые слова:** электронные деньги, деньги, анонимность, идентификация, денежный оборот, теория денег, вещи, объекты гражданских прав, имущественные права.

**Shulgin Andrew**

**ANONYMITY OF OWNERS OF DIGITAL CURRENCY PROBLEMS: LEGAL ASPECT**

The article is devoted to the issue of anonymity of electronic money (digital currency) owners and how to protect their rights. It is noted that the popularity of such electronic money is primarily associated with cryptographic protection against counterfeiting electronic money, the ability to conduct transactions anonymously, as well as the ability to reduce the risks of currency fluctuations that occur in the modern foreign exchange market. It has been established that the anonymous use of the Internet and the use of encryption of personal data and means of communication is an inalienable human right. Actual problems of anonymity of Internet users are disclosed, since electronic money users are also Internet users, the main problems are the low level of state control on private entities that actually administer the Internet space; the problem of requesting information from service providers of the corresponding services.

It is proved that the electronic money operator provides users with the right to anonymity until certain legal events occur: reaching a limit when making settlements or storing funds in an account; violation of the rights of other users. It was determined that the main problem of the anonymity of the owners of electronic funds is the impossibility of identifying the person according to the information that was necessary when registering or creating an electronic wallet. It is concluded that it is only in court that it is possible to identify a person by the evidence submitted by the parties to the process. It was determined that electronic money operators, on the basis of internal rules, created an independent system of user identification by analyzing and summarizing approaches to user identification by such international electronic money operators as PayPal, Webmoney, GlobalMoney, in particular, in the same way in which the user performed the initial registration account and e-wallet. In case of loss of access to the account, the user can attribute it in the following ways: providing a permanent or temporary password for access to the account via mobile phone or e-mail; indication of secret access codes.

It is proved that the current legislation of Ukraine does not provide a clear list of documents that could establish an identity, it is indicated that such a list exists only in certain legal events, in particular, notarial acts.

**Key words:** digital currency, money, anonymity, identification, money circulation, money theory, goods, civil rights, property rights.

# ЦИВІЛІСТИКА БЕЗ КОРДОНІВ

УДК 349.2

DOI <https://doi.org/10.32837/chc.v0i36.204>

**Амелічева Лілія Петрівна,**

кандидат юридичних наук, доцент,

доцент кафедри цивільного права і процесу

Донецького національного університету імені Василя Стуса

ORCID <https://orcid.org/0000-0003-0526-5393>

## ЗАБОРОНА ДИСКРИМІНАЦІЇ ЗА ОЗНАКАМИ «ГЕНДЕРНА ІДЕНТИЧНІСТЬ» ТА «СЕСУАЛЬНА ОРІЄНТАЦІЯ» У СВІТЛІ ТЕОРІЇ ПРАВ ЛЮДИНИ ТА КОНЦЕПЦІЇ ГІДНОЇ ПРАЦІ

**Постановка проблеми.** З метою вдосконалення діяльності щодо утвердження та забезпечення прав і свобод людини і громадянина в Україні та посилення імплементації національного антидискримінаційного законодавства до європейських стандартів у 2015 році відбулося прийняття Закону України «Про внесення змін до Кодексу законів про працю України щодо гармонізації законодавства у сфері запобігання та протидії дискримінації з правом Європейського Союзу» від 12.11.2015 № 785-VIII. Зазначеним законом був доповнений перелік ознак, за якими у сфері праці забороняється дискримінація, ще двома новими ознаками – гендерною ідентичністю та сексуальною орієнтацією. Внесення вказаних змін у антидискримінаційне законодавство в сфері праці було не тільки зобов'язанням України як сторони Угоди про асоціацію з ЄС від 27.06.2014, а й ще як країни – члена Міжнародної організації праці, в якій з 2006 року й по теперішній час запроваджується Програма гідної праці МОП для України. Адаже за цією Програмою посилення принципу недискримінації для працюючих за «захищеними» ознаками (ознаками, за якими законом забороняється дискримінація), включаючи гендерну ідентичність і сексуальну орієнтацію, є пріоритетним напрямом її реалізації в нашій державі.

Однак застосування цього безсумнівно важливого закону на практиці виявилось надто складним для фахівців юриспруденції у зв'язку із прогресивністю, малодослідженістю ідеї цього закону та упередженим ставленням до неї українського суспільства. На жаль, в Україні так і не

сформувалася судова практика щодо його застосування. Уповноважений Верховної Ради України з прав людини лише починаючи з 2017 року розпочав здійснювати по декілька проваджень на рік за відомостями про порушення прав людини, принципу недискримінації за ознаками сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності щодо рівного доступу до послуг та реалізації права на працю без дискримінації [1, с. 113–118; 2, с. 526; 3, с. 109–111]. За даними Щорічних доповідей Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини (2017 р., 2018 р., 2019 р.) динаміка на зростання таких звернень не відбувалася.

На думку правозахисника Р. Панухник, дискримінація ЛГБТ-спільноти в Україні достатньо поширена, в тому числі у сфері гідної праці. За статистикою ЛГБТ-організацій до третини представників цієї спільноти зізнавалися, що зазнавали утисків і дискримінації на роботі. Це виявлялося у цькуванні, у відмові вільно спілкуватись у трудовому колективі, у примушуванні написання заяви на звільнення за особистим бажанням, коли керівництво дізнавалося про нетипову сексуальну орієнтацію людини [4]. Часто зазначені особи вимушені працювати неофіційно, щоб не подавати документи для оформлення трудового договору. Отже, стан забезпечення гідних умов праці в Україні для цієї категорії громадян є незадовільним, тому необхідність і актуальність дослідження проблематики щодо заборони дискримінації за ознаками гендерної ідентичності і сексуальної орієнтації у сфері гідної праці не викликає сумнівів.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Розробці понять «гендерна ідентичність» і «сексуальна орієнтація» у світлі теорії прав людини присвячено декілька ґрунтовних досліджень вчених-правознавців різних галузей права, таких як С.М. Бреус [5], В.С. Гербут [6], А.Л. Свящук [7], Я.К. Товпеко [8], М.Д. Ходаківський [9] та інших. Однак у світлі концепції гідної праці зазначеним питанням присвячено не так багато наукових доробків, у яких проводилися одні з перших розвідок за вказаним напрямом дослідження вченими трудового права [10; 11; 12]. У контексті зазначеного важливими є публікації [15; 16; 17; 18] вчених, експертів, фахівців міжнародних правозахисних інституцій Ради Європи, Європейського Союзу та Міжнародної організації праці при ООН (яка нині активно допомагає Україні втілювати країнову Програму гідної праці МОП [13; 14]). У цих публікаціях надається детальний огляд положення у галузі прав людини осіб із спільноти ЛГБТ в світі, Європі та Україні, а також рекомендації з розробки ефективних заходів протидії дискримінації за ознаками гендерної ідентичності і сексуальної орієнтації, зокрема, в сфері гідної праці.

Окремо варто зауважити розроблені і затверджені групою міжнародних авторитетних експертів з прав людини під егідою Міжнародної комісії юристів і Міжнародної служби прав людини Звід юридичних принципів застосування міжнародно-правових норм з прав людини по відношенню до сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності – «Джокьякартські принципи» [19], а також доповнення до них «Джокьякартські принципи плюс 10» (Женева, 10 листопада 2017 р.) [20]. На сьогоднішній день зазначені документи успішно використовуються в правозахисній діяльності Комітетами ООН з прав людини, з ліквідації всіх форм дискримінації по відношенню до жінок, з прав дитини, Спеціальними доповідачами (ООН), міжнародними і регіональними судами у справах із захисту людей від дискримінації за вказаними ознаками. В Україні застосування цих принципів здійснюється Уповноваженим Верховної Ради України з прав людини, але в судовій системі, на жаль, така практика не розповсюджена. Тому сьогодні виникає потреба у сучасних наукових розробках цієї проблематики, дослідженні й ознайомленні всього суспільства із їх результатами в інформаційному просторі з метою підвищення рівня правової культури й посилення протидії дискримінації за зазначеними ознаками.

**Метою статті** є з'ясування змістовного наповнення понять «гендерна ідентичність» і «сексу-

альна орієнтація» у світлі теорії прав людини і концепції гідної праці, виявлення проблем правового забезпечення заборони дискримінації за ознаками гендерної ідентичності і сексуальної орієнтації, розробка деяких пропозицій щодо удосконалення антидискримінаційного законодавства у сфері прав людини, зокрема, в сфері права на гідну працю працівників з числа осіб із ЛГБТ-спільноти.

**Виклад основного матеріалу дослідження з повним обґрунтуванням отриманих наукових результатів.** У «Джокьякартських принципах» проголошується, що кожна людина має право на гідну та продуктивну працю, на справедливий і сприятливий умови праці та на захист від безробіття без дискримінації за ознаками сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності (12-й принцип) [19, с. 19]. Відразу зауважимо, що гідна праця – це поняття складне. Її компонентами виступають: справедлива, повна і продуктивна зайнятість; заборона дискримінації й повага до трудових прав (у сфері оплати праці, безпеки праці, ділової трудової репутації тощо); посилення соціального захисту; підвищення ефективності соціального діалогу під час встановлення умов праці й захисту колективних трудових інтересів [21, с. 6–29]. Як вбачається, заборона дискримінації, зокрема за ознаками гендерної ідентичності та сексуальної орієнтації, є одним із основних вимірів гідної праці. Тому необхідно зазначити два важливих приписи до держав із Джокьякартських принципів, що безпосередньо стосуються вказаного 12-го принципу. А саме, Держави:

А. Приймають всі необхідні заходи законодавчого, адміністративного та іншого характеру з метою викорінення та заборони дискримінації за ознаками сексуальної орієнтації або гендерної ідентичності в області зайнятості в державному і приватному секторі, включаючи професійну підготовку, найм працівників, посадове зростання, звільнення, умови трудового договору та оплати праці;

Б. Усувають будь-яку дискримінацію за ознаками сексуальної орієнтації або гендерної ідентичності, забезпечуючи рівні можливості для вступу на державну службу і просування по службі, в тому числі у всіх органах державної влади і управління, органах охорони правопорядку та збройних силах, та здійснюють відповідні навчально-просвітницькі програми, спрямовані на подолання дискримінаційного ставлення [19, с. 19].

Через складність запровадження в життя цих приписів, особливо в нашій країні, впливає

важливе завдання сучасної юридичної науки – бути своєрідним містком між ідеєю та її реальним втіленням в життя через удосконалення правового регулювання відповідних суспільних відносин.

Варто зауважити, що заборона дискримінації людини, зокрема за гендерної ідентичності та сексуальною орієнтацією, як і принцип рівності у визнанні гідності і прав людини, базуються на Загальній декларації прав людини, ст. ст. 2, 26 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права, ст. 2 Міжнародного пакту про економічні, соціальні й культурні права, ст. 14 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, ст. E частини V Європейської соціальної хартії. Не дивлячись на те, що сексуальна орієнтація і гендерна ідентичність прямо не згадуються як заборонені підстави дискримінації в цих документах, Комітет ООН з прав людини, коли тлумачить пакти в своїх рішеннях за окремими справами або в загальних коментарях, то розглядає сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність у числі відкритого переліку підстав для дискримінації [17, с. 44]. У 1999 році Європейський суд з прав людини підтвердив, що сексуальна орієнтація є підставою для дискримінації відповідно до ст. 14 Конвенції у справі Салгеро Да Сілва Мота (Salgueiro Da Silva Mouta) проти Португалії № 33290/96. У 2010 році цей суд прямо згадав транссексуальність – хоча і не гендерну ідентичність – в числі заборонених підстав дискримінації відповідно до статті 14 Конвенції у справі П.В. проти Іспанії № 35159/09) [17, с. 46].

Отже, в контексті цього дослідження слід з'ясувати істотно-суттєві ознаки понять «гендерна ідентичність» та «сексуальна орієнтація» на доктринальному рівні, їх легітимне закріплення у міжнародних стандартах і в національному антидискримінаційному законодавстві в сфері гідної праці.

Як вірно зауважує В.С. Гербут, якщо ці поняття розглядати як право, то право на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність є універсальним правом і стосовно носія, і стосовно адресата, і правом абсолютним, тобто ним володіють всі люди стосовно всіх людей [6, с. 61].

Визначення цих понять передбачені у «Джорджтаунських принципах», де зазначається, що сексуальна орієнтація і гендерна ідентичність є невіддільними елементами гідності і особистості кожної людини і не повинні служити підставою для дискримінації або порушень. Так, сексуальна орієнтація розуміється як здатність тієї чи іншої особи до глибокої емоційної, приязної і сексуальної

прихильності до осіб протилежної статі або тієї ж статі, або обох статей, а також до вступу з такими особами в інтимні і статеві відносини. Під гендерною ідентичністю розуміється як глибоке усвідомлення тією чи іншою особою внутрішніх і індивідуальних особливостей гендерної приналежності, яка може як збігатися, так і не збігатися зі статтю з народження, включаючи індивідуальне відчуття свого тіла (за наявності вільної волі може супроводжуватися зміною зовнішності або фізіологічних функцій медичними, хірургічними або іншими засобами) та інші прояви, такі як одяг, мова і особливості поведінки [19, с. 6].

На жаль, легальні визначення цих понять у міжнародних стандартах і в національному антидискримінаційному законодавстві в сфері праці не надаються.

Як вже вище зауважувалося у ст. 2-1 КЗпП України гендерна ідентичність та сексуальна орієнтація включені у загальний перелік підстав дискримінації. Однак, на жаль, дієвого механізму правового регулювання протидії дискримінації за такими ознаками у зазначеному документі не передбачено.

Отже, сучасне національне антидискримінаційне законодавство, зокрема в сфері гідної праці, потребує удосконалення.

Нині одним із важливих кроків такого удосконалення є розроблений і зареєстрований на сайті Верховної Ради України проект Закону України «Про працю» № 2708 від 28.12.2019 (далі – проект Закону), поданий на реєстрацію від Кабінету Міністрів України [22]. У ст. 6 проекту Закону «Рівність трудових прав громадян України» гендерна ідентичність і сексуальна орієнтація також входять у загальний перелік підстав дискримінації, як і в чинному КЗпП України. У частині 4 ст. 6 цього проекту Закону, зазначається, що особи, які вважають, що вони зазнали дискримінації, упередженого ставлення у сфері праці, мобінгу, мають право звернутися до суду із заявою про відновлення порушених прав, відшкодування матеріальної та моральної шкоди. Такі особи зобов'язані навести факти наявності дискримінації, упередженого ставлення у сфері праці, мобінгу. Обов'язок доказування відсутності цих фактів покладається на роботодавця. Як вбачається, зазначене правило аналогічно правилу ч. 2 ст. 81 ЦПК України.

Отже, з одного боку, в проекті Закону зауважується чіткий механізм протидії дискримінації за «захищеними» ознаками, що є безумовно позитивним кроком. З іншого ж боку, на наш погляд,



процедура доказування факту дискримінації працівником-жертвою, враховуючи, що документообіг і паперовий, і цифровий знаходиться у веденні роботодавця, не є ефективною і результативною. До того ж і наймані працівники, які були свідками неправомірної поведінки щодо жертви дискримінації на роботі, зазвичай відмовляються свідчити про це у суді, щоб не напружувати індивідуальні відносини зі своїм роботодавцем. Отже, довести факт дискримінації видається надто складним для працівника-жертви, тому, на нашу думку, обов'язок доказування в таких трудових спорах повинен повністю покладатися саме на роботодавця.

Також слід звернути увагу, що на сайті Міністерства соціальної політики України розміщений для громадського обговорення проект наказу Міністерства соціальної політики України від 05.07.2019 [23] «Про затвердження Методичних рекомендацій щодо включення до колективних договорів та угод положень, що забезпечують рівні права та можливості жінок і чоловіків у трудових відносинах» (далі – проект Методичних рекомендацій). Зазначений проект Методичних рекомендацій розроблений відповідно до підпункту 4 пункту 105 Плану заходів з реалізації Національної стратегії у сфері прав людини на період до 2020 року, затвердженого розпорядженням Кабінету Міністрів України від 23.11.2015 № 1393-р, підпункту 2 пункту 41 Національного плану дій з виконання рекомендацій, викладених у заключних зауваженнях Комітету ООН з ліквідації дискримінації щодо жінок до восьмої періодичної доповіді України про виконання Конвенції про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок на період до 2021 року, затвердженого розпорядженням Кабінету Міністрів України від 05.09.2018 № 634-р.

В цьому проекті Методичних рекомендацій слід відмітити як позитивний крок у розвитку антидискримінаційного законодавства в сфері гідної праці закріплення лапідарного визначення гідної праці, під якою слід розуміти забезпечення продуктивної праці для жінок і чоловіків, здійснюваної за умови свободи, справедливості, безпеки та людської гідності. В проекті Методичних рекомендацій також зазначені ознаки, за якими заборонена дискримінація у сфері праці, серед яких вказані гендерна ідентичність і сексуальна орієнтація.

Хоча в цьому документі не закріплені визначення гендерної ідентичності та сексуальної орієнтації, проте передбачається визначення сексизму, розуміння якого є важливим для протидії дискримінації за цими ознаками. Отже,

сексизм – це будь-який акт, жест, візуальний образ, написане або сказане, дія чи поведінка, заснована на ідеї про те, що людина або група осіб неповноцінні через свою стать, які виникають у публічній чи приватній сферах, онлайн або офлайн, з метою: образи гідності людини або прав особи або групи осіб; заподіяння фізичної, сексуальної, психологічної або соціально-економічної шкоди або страждань особі або групі людей; створення середовища залякування, ворожості, приниження та заподіяння шкоди; створення перешкод для незалежності та повної реалізації прав людини особою або групою осіб; підтримки та зміцнення гендерних стереотипів.

Також варто відмітити, що в цих Методичних рекомендаціях є опис типових ситуацій дискримінації за ознакою статі у трудових відносинах, які можуть відбуватися за аналогією і за ознаками гендерної ідентичності і сексуальної орієнтації. Особливо слід звернути увагу на типові ситуації, зазначені у п. п. 3.2 «Дискримінація за кількома ознаками (множинна дискримінація) – за статтю, віком, іншими ознаками», 3.3 «Дискримінація за зовнішністю та сексуальні домагання на робочому місці» і 3.4 «Сексизм». Такі типові ситуації дозволять більш правильно застосовувати антидискримінаційне законодавство в сфері гідної праці під час робочого процесу.

Важливим новим інститутом протидії дискримінації за «захищеними ознаками» на підприємстві, в установі і організації в допомогу роботодавцеві і найманим працівникам – жертвам дискримінації у цьому документі передбачена посада уповноваженого з гендерних питань – радника керівника підприємства, установи та організації. Примірне положення про його функції, права та обов'язки також додається до проекту Методичних рекомендацій.

І наостанок бажано зазначити ще один позитивний аспект щодо удосконалення національного антидискримінаційного законодавства в сфері гідної праці на сьогоднішній день. Це динамічний розвиток законодавства про зміну (корекцію) статевої належності особи в Україні. Право особи на зміну (корекцію) статевої належності врегульовано ст. 51 Закону України «Основи законодавства України про охорону здоров'я». У частині 2 цієї статті зазначено, що особі, якій було здійснено зміну статевої належності, видається медичне свідоцтво, на підставі якого надалі вирішується питання про відповідні зміни в її правовому статусі. Більш детально

цей механізм врегульований наказом Міністерства охорони здоров'я України від 05.10.2016 № 1041 «Про встановлення медико-біологічних та соціально-психологічних показань для зміни (корекції) статевої належності та затвердження форми первинної облікової документації й інструкції щодо її заповнення». Отже, під час протидії дискримінації за ознаками гендерної ідентичності, сексуальної орієнтації в сфері гідної праці, працівник – жертва може зібрати зі свого боку докази – офіційні документи, які підтверджують, що дискримінація відбулася саме за цією ознакою (надати медичне свідоцтво про зміну (корекцію) статевої належності, паспорт тощо) вже без занадто складної бюрократичної і принизливої процедури. Таким чином, в Україні поступово створюються позитивні правові передумови ефективно протидіяти дискримінації за ознаками гендерної ідентичності і сексуальної орієнтації. Нині слід більш активно поширювати знання про це у пізнавальному й правозахисному аспекті в інформаційному просторі серед громадян, передусім працюючих.

**Висновки з дослідження та перспективи подальших розвідок у цьому напрямі.** 1. З'ясовано, що у світлі теорії прав людини і концепції гідної праці зміст понять «гендерна ідентичність» і «сексуальна орієнтація» чітко розкривається у Зводі юридичних принципів застосування міжнародно-правових норм з прав людини по відношенню до сексуальної орієнтації та гендерної ідентичності – «Джокьякартські принципи». За

концепцією гідної праці гендерна ідентичність і сексуальна орієнтація як невіддільні елементи гідності й особистості кожної людини характеризуються ще й тим, що входять в систему понять гідної праці, адже ці ознаки не повинні служити підставою для дискримінації або порушень у трудових відносинах. До того ж заборона дискримінації за «захищеними» ознаками, зокрема за ознаками гендерної ідентичності і сексуальної орієнтації, є важливим виміром або основною компонентою гідної праці. 2. Виявлено проблеми правового забезпечення заборони дискримінації за ознаками гендерної ідентичності і сексуальної орієнтації. Так, в національному антидискримінаційному законодавстві законотворцем не закріплено легальних визначень вказаних «захищених» ознак, не встановлено чіткий правовий механізм протидії дискримінації за цими ознаками в трудових відносинах тощо. 3. Запропоновано у ст. 6 проекту Закону України «Про працю» № 2708 від 28.12.2019 і у проекті «Методичних рекомендацій щодо включення до колективних договорів та угод положень, що забезпечують рівні права та можливості жінок і чоловіків у трудових відносинах» від 05.07.2019 закріпити дефініції гендерної ідентичності і сексуальної орієнтації. У зазначеному проекті Методичних рекомендацій слід також чітко здійснити опис типових ситуацій дискримінації за цими ознаками й розробити алгоритм дій працівника-жертви дискримінації і роботодавця в таких ситуаціях.

#### ЛІТЕРАТУРА:

1. Щорічна доповідь Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини про стан дотримання прав і свобод людини і громадянина в Україні. 2017 р. Офіційний сайт Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини. URL: <https://goo-gl.su/WdTxoS>.
2. Щорічна доповідь Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини про стан дотримання прав і свобод людини і громадянина в Україні. 2018 р. Офіційний сайт Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини. URL: <https://goo-gl.su/TUC89D7>.
3. Щорічна доповідь Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини про стан дотримання прав і свобод людини і громадянина в Україні. 2019 р. Офіційний сайт Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини. URL: <https://goo-gl.su/WdTxoS>.
4. Панухник Р.В. Україні третина представників ЛГБТ спільноти зазнає утисків і дискримінації на робочих місцях. Громадське радіо. 14.09.2015. URL: <https://goo-gl.su/CwbN>
5. Бреус С.М. Міжнародно-правові стандарти і зарубіжний досвід у сфері гендерної ідентичності. *Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України*. № 3. 2014. С. 83–87.
6. Гербут В.С. Право на сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність: сутнісний зміст та гарантії захисту : дис. ... на здобуття наук. ступ. канд. юрид. наук за спеціальністю : 12.00.02 – конституційне право; муніципальне право. ДВНЗ «Ужгородський національний університет». Ужгород, 2018. 268 с.
7. Правовий захист ЛГБТ-спільноти : посібник. Київ : 2018. 212 с.
8. Товпеко Я.К. Реалізація конституційно-правових норм про права людини щодо сексуальних меншин: порівняльно-правове дослідження : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.02 – Конституційне право ; муніципальне право. Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України. Київ. 2017. 20 с.
9. Ходаківський М.Д. Протидія дискримінації за ознакою сексуальної орієнтації та тендерної ідентичності в Україні. *Держава і право. Юридичні і політичні науки*. 2014. Вип. 66. С. 297–307.
10. Амелічева Л.П., Каретнікова В.В. Заборона дискримінації у галузі праці як компонента гідної праці у трудовому праві. *Economic and law paradigm of modern society*. ISSN 2414-0414, 2016. № 1. С. 248–251.

11. Амелічева Л.П. Дискримінація в трудових відносинах як чинник, що гальмує впровадження в життя концепції гідної праці. Актуальні проблеми соціального права. Мат-ли всеукр. «круглого столу», присв. 40-річчю кафедри соціального права (1 квітня 2016 р.). Львів : кафедра соціального права Львів. нац-го ун-ту імені Івана Франка 2016. С. 35–39.
12. Сахарук І.С. Принцип недискримінації як складова концепції гідної праці в Україні. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки*. 2018. № 1. С. 50–58.
13. Програма гідної праці МОП для України на період 2016–2019 рр. від 07.04.2016. URL : <https://goo-gl.su/6sXCiOqP>.
14. Визначено пріоритети Програми гідної праці МОП на 2020–2024 роки. Міжнародний департамент КВПУ. Конфедерація вільних профспілок України. 20.12.2019. URL: <https://goo-gl.su/wfe7svTC>.
15. Права человека и гендерная идентичность: Тем. док. Комиссара по правам человека Совета Европы. Страсбург. 2009. 29 с. URL: <https://goo-gl.su/R03orZAz>.
16. Скорик М.М. Гендерна дискримінація у доступі до праці й послуг: оцінка стану впровадження Україною антидискримінаційних Директив Ради ЄС. Аналітичне дослідження. Київ, Бюро соціальних та політичних розробок, 2017. 78 с. URL: <https://goo-gl.su/d97ocQnh>.
17. Дискриминация по признаку сексуальной ориентации и гендерной идентичности в Европе: доклад о правах человека. Хаммарберг Т. и др. Издательство Совета Европы 2012. URL: <https://rm.coe.int/-/16807b8ae5>.
18. Гендерна рівність у серці гідної праці: довідкова брошура МОП. Спільний Проект ЄС–МБП в Україні «Рівність жінок і чоловіків у світі праці». URL: [/5%20B/Desktop/save%2010.10.2016/статьи/ИзданныеСтатьи/Тридцять%20друга/wcms\\_120509.pdf](https://www.mop.gov.ua/sites/default/files/2019-10/201910102016staty/ИзданныеСтатьи/Тридцять%20друга/wcms_120509.pdf)
19. Джокьякартские принципы. Принципы по применению международно-правовых норм о правах человека в отношении сексуальной ориентации и гендерной идентичности. Университет Гаджа Мада. Джокьякарта, 6-9 ноября 2006 года. 2007. 40 с. URL: <https://goo-gl.su/t0P1Jv1>.
20. The Yogyakarta principles plus 10. 10 November 2017, Geneva. URL: <https://goo-gl.su/7tpKBW>
21. Зыкина Т.А. Обеспечение права работника на достойный труд: современные проблемы : монография. Сев. (Арктич.) федер. ун-т им. М.В. Ломоносова. Арх. ИД САФУ. 2014.108 с.
22. Про працю: проект Закону України № реєстр. 2708 від 28.12.2019. Офіційний сайт Верховної Ради України. URL: <https://goo-gl.su/cWmrc/>.
23. Про затвердження Методичних рекомендацій щодо включення до колективних договорів та угод положень, що забезпечують рівні права та можливості жінок і чоловіків у трудових відносинах: проект наказу Міністерства соціальної політики України від 05.07.2019. Офіційний сайт Міністерства соціальної політики України. URL: <https://goo-gl.su/lgfXX7v4>.

**Амелічева Лілія Петрівна**

#### **ЗАБОРОНА ДИСКРИМІНАЦІЇ ЗА ОЗНАКАМИ «ГЕНДЕРНА ІДЕНТИЧНІСТЬ» ТА «СЕСУАЛЬНА ОРІЄНТАЦІЯ» У СВІТЛІ ТЕОРІЇ ПРАВ ЛЮДИНИ ТА КОНЦЕПЦІЇ ГІДНОЇ ПРАЦІ**

У статті висвітлюються правові засади заборони дискримінації за ознаками «гендерна ідентичність» та «сексуальна орієнтація» в суспільно-трудовах відносинах.

Виявлено проблеми правового забезпечення заборони дискримінації за ознаками гендерної ідентичності і сексуальної орієнтації в трудових відносинах. Так, у національному антидискримінаційному законодавстві не закріплені визначення вказаних «захищених» ознак, не встановлено чіткий правовий механізм протидії дискримінації за цими ознаками в трудових відносинах тощо. Запропоновано в у ст. 6 проекту Закону України «Про працю» № 2708 від 28.12.2019 закріпити дефініції гендерної ідентичності і сексуальної орієнтації.

**Ключові слова:** дискримінація за «захищеними» ознаками, вимір гідної праці, Джокьякартські принципи, сексизм.

**Амеличева Лилия Петровна**

#### **ЗАПРЕТ ДИСКРИМИНАЦИИ ПО ПРИЗНАКАМ «ГЕНДЕРНАЯ ИДЕНТИЧНОСТЬ» И «СЕСУАЛЬНАЯ ОРИЕНТАЦИЯ» В СВЕТЕ ТЕОРИИ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА И КОНЦЕПЦИИ ДОСТОЙНОГО ТРУДА**

В статье освещаются правовые основы запрета дискриминации по признакам «гендерная идентичность» и «сексуальная ориентация» в общественно-трудовых отношениях.

Выявлены проблемы правового обеспечения запрета дискриминации по признакам гендерной идентичности и сексуальной ориентации в трудовых отношениях. Так, в национальном антидискриминационном законодательстве не закреплены определения указанных «защищенных» признаков, не установлен четкий правовой механизм противодействия дискриминации по этим признакам в трудовых отношениях и пр. Предложено в ст. 6 проекта Закона Украины «О труде» № 2708 от 28.12.2019 закрепить дефиниции гендерной идентичности и сексуальной ориентации.

**Ключевые слова:** дискриминация по «защищенным» признакам, измерение достойного труда, Джокьякартские принципы, сексизм.

**Amelicheva Liliia**

#### **PROHIBITION OF DISCRIMINATION BASED ON “GENDER IDENTITY” AND “SEXUAL ORIENTATION” IN THE CONTEXT OF HUMAN RIGHTS THEORY AND THE CONCEPT OF DECENT WORK**

The article highlights the legal basis for prohibiting discrimination on the grounds of “gender identity” and “sexual orientation” in social and labor relations in the light of the theory of human rights and the concept of decent work.

The article is aimed at clarifying the substantive content of the concepts of “gender identity” and “sexual orientation” in the light of the theory of human rights and the concept of decent work, identifying problems of legal support of the prohibition of discrimination on grounds of gender identity and sexual orientation, to develop some proposals for improving anti-discrimination legislation in the field of human rights, in particular in the field of the right to decent work of workers from among persons of the LGBT community.

It was found that in the light of the theory of human rights and the concept of decent work, the content of the concepts of “gender identity” and “sexual orientation” is clearly revealed in the Set of legal principles for the application of international human rights law in relation to sexual orientation and gender identity – “Yogyakarta principles”. In the light of the concept of decent work, gender identity and sexual orientation as integral elements of the dignity and personality of each person are also characterized by the fact that they are included in the system of concepts of decent work, since these characteristics should not serve as a basis for discrimination or violations in labor relations. In addition, the prohibition of discrimination on “protected” grounds, in particular on the grounds of gender identity and sexual orientation, is an important dimension or main component of decent work.

The problems of legal support for the prohibition of discrimination on the grounds of gender identity and sexual orientation in labor relations are identified. Thus, the national anti-discrimination legislation does not contain definitions of these “protected” features, does not establish a clear legal mechanism for countering discrimination on these grounds in labor relations, and so on. It is proposed in article 6 of the draft law of Ukraine “On labor” No. 2708 of 28.12.2019 to provide definitions of gender identity and sexual orientation. The draft Guidelines for inclusion in collective agreements and agreements of provisions that ensure equal rights and opportunities for women and men in labor relations from 05.07.2019 should clearly identify typical situations of discrimination on these grounds and develop an algorithm for the actions of the employee – victim of discrimination and the employer in such situations.

**Key words:** discrimination based on “protected” characteristics, measurement of decent work, the Yogyakarta principles, sexism.

УДК 347.958

DOI <https://doi.org/10.32837/chc.v0i36.205>

**Нестерцова-Собакарь Олександра Володимирівна,**

кандидат юридичних наук, доцент,

професор кафедри цивільно-правових дисциплін

Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ

ORCID <https://orcid.org/0000-0003-0712-4076>

## **РОЗУМІННЯ СУТНОСТІ ТА ЗМІСТУ ПРИНЦИПУ ЗМАГАЛЬНОСТІ ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУ ЗА СУДОВОЮ РЕФОРМОЮ 1864 РОКУ ТА ЦИВІЛЬНИМ ПРОЦЕСУАЛЬНИМ КОДЕКСОМ УРСР 1924 РОКУ**

**Постановка проблеми.** Важливою сутнісною характеристикою цивільного процесу є відповідні принципи, які, по-перше, володіють безпосередньою регулюючою властивістю; по-друге, виступають мірилом праворозуміння і основою правозастосування; по-третє, безпосередньо впливаючи на правосвідомість, на суб'єктивні уявлення, на формування правових ідей опосередковано сприяють розробці нових нормативно-правових актів; по-четверте, здійснюють гарантуючу функцію, оскільки покликані забезпечувати реалізацію цілей і завдань цивільного судочинства.

Саме принципи цивільного процесу складають його стрижневу основу та визначають вихідні засади, відображаючи головні якісні особливості. Без принципів неможливо усвідомити необхідність вдосконалення цивільного процесуального законодавства, з'ясувати сутність процесуального права як специфічного соціального регулятора.

Попри те, що спільним для вчених є трактування принципів права як основних або вихідних засад, у з'ясуванні їх сутності та змісту науковці по-різному конкретизують і визначають це поняття. Особливо проблематичним залишається розуміння сутності та змісту одного з головних принципів цивільного процесу – змагальності, який вперше було законодавчо окреслено судовою реформою 1864 року та конкретизовано Цивільним процесуальним кодексом УРСР 1924 року.

**Стан дослідження теми.** Повсякчас принципи цивільного процесу стають предметом пильної

уваги вчених різних історичних періодів, оскільки саме з них починається цивільне провадження, зароджуються новітні підходи до вирішення проблемних питань процесуальної науки.

З цього приводу слушно наголошує М.П. Курило, що для вітчизняної процесуальної думки проблематика принципів завжди була і залишається однією з центральних у дослідженнях правосуддя у цивільних справах [1, с. 34]. Їм присвячені роботи вчених різних періодів, зокрема: А.Х. Гольмстена, Є.В. Васюковського, І.Є. Енгельмана, К.І. Малишева, Є.О. Нефедьєва, Т.М. Яблочкова, Н.А. Гредескула та інші. В період панування радянської влади на згадану проблему звертали увагу О.П. Клейнман, В.М. Семенов, С.В. Курильов, Р.Е. Гукасян, В.С. Букіна, Й.М. Резніченко, А.А. Ференс-Сороцького. В нинішніх умовах дослідженню сутності, змісту та класифікації принципів цивільного судочинства присвячено роботи В.Ю. Мамницького, М.П. Омельченко, А.В. Андрушко, О.В. Рожнова, О.В. Шутенко, М.М. Ясинок, С.О. Волосенко, Г.П. Тимченко, С.Н. Абрамова, П.П. Гурєва та інших вчених.

Праці вказаних вчених помітно вплинули на формування концептуального уявлення про вихідні засади цивільного судочинства, проте залишається недостатньо дослідженим з'ясування сутності та змісту процесуального принципу змагальності через призму судової реформи 1864 року та положень Цивільного процесуального кодексу УРСР 1924 року.

Отже, **мета статті** полягає у необхідності з'ясування сутності та змісту процесуального принципу змагальності через призму судової реформи 1864 року та положень Цивільного процесуального кодексу УРСР 1924 року.

**Виклад основного матеріалу дослідження з повним обґрунтуванням отриманих наукових результатів.** Отже, розгляд принципу змагальності цивільного процесу у світлі його еволюційного розвитку дозволяє показати і довести: через які причини виник і отримав законодавче визнання названий принцип цивільного процесуального права; під впливом яких чинників відбувалося його формування і розвиток; яку мету переслідував законодавець, висуваючи на передній план ті чи інші принципи; яка роль відводилася принципу змагальності цивільного процесу в різні історичні періоди.

Не зменшуючи ролі римського приватного права на еволюцію відповідних процесуальних принципів та у безпосередньому впливі на сучасне цивільно-процесуальне законодавство України, відправною точкою законодавчого закріплення принципу змагальності в цивільному процесі все ж таки доречно вважати судову реформу 1864 року. Саме цей принцип відображав демократичні засади цивільного судочинства того періоду.

Принципу змагальності відводилося особливе значення в організації цивільного судочинства та підтримувалося усіма відомими на той час вченими-процесуалістами. Так, А. Гольмстен вважав, що «змагальні засади цивільного судочинства є принципом законодавчої політики, згідно з яким права сторін рішуче переважають над офіційними обов'язками суду» [2, с. 130–131].

Статутом цивільного судочинства в основу принципу змагальності було покладено такі елементи: по-перше, суд порушує провадження у справі на підставі позову; по-друге, суд приймає рішення на основі фактів, доказів, представлених сторонами; по-третє, суд за власною ініціативою не запитує будь-які докази, що підтверджують (спростовують) позицію тієї чи іншої сторони [3, с. 197].

Умовою реалізації принципу змагальності виступає процесуальна рівність сторін, оскільки змагатися у відстоюванні своїх прав та інтересів сторони можуть лише в однакових правових умовах. І навпаки, принцип процесуальної рівноправності сторін забезпечується змагальною формою судочинства, яка надає їм можливість рівною мірою «змагатись» перед судом [4].

Як слушно зауважував Ю.С. Гамбаров: «... змагальні засади полягають в тому, що встановлення, продовження і припинення процесу ставиться <...> у залежність від волі сторін, яка обмежується судом лише в рідкісних і виняткових випадках...» [5, с. 73]. Зокрема, сторонам надавалося право на «словесні змагання». Так, у розділі 6 «Про слухання справи» було передбачено, що словесне змагання сторін відбувається завжди після доповіді справи суддею, як у відкритому, так і в закритому засіданні (ст. 324, 329 Статуту цивільного судочинства).

За задумом авторів статуту суд як орган влади не був зацікавлений в результаті справи на користь тієї чи іншої сторони, його зацікавленість повинна була проявлятися тільки в одному – в правильному вирішенні спорів. Зокрема, в коментарі до статті 13 Статуту цивільного судочинства зазначено, що під змагальністю розуміються дії, які «...належать до прав і обов'язків обох сторін, а обов'язок суду полягає лише в тому, щоб вивести з представлених йому доводів та обставин, які саме події повинні вважатися істинними, і застосувати до них точну силу закону...» [6, с. 27].

Розкриваючи сутність змагальної форми, відомий на той час вчений-процесуаліст К.І. Малишев писав, що під назвою «змагальні засади» «відомий принцип цивільного судочинства, за яким різні дії суду в процесі залежать від вимог сторін, від їх ініціативи, і спірні відносини сторін обговорюються лише по тим фактам, які повідомлені суду обома сторонами. Ці засади впливають із суті цивільних прав, які складають приватну сферу особи і складаються зазвичай у вільному розпорядженні власника. Суд як орган публічної влади не зацікавлений у користі тієї чи іншої сторони в цивільному процесі, а зацікавлений тільки в правильному вирішенні спору за тими даними, які йому повідомлені. Він не повинен ставати на будь-яку сторону і розшукувати докази замість її самої на шкоду іншій стороні <...> Суд не повинен розшукувати і брати до уваги такі факти і докази, які не заявлені йому сторонами» [7, с. 352].

Важливе значення принципу змагальності в цивільному процесі також надавав Є.О. Нефедьєв, відзначаючи, що «суд повинен засновувати своє рішення виключно на доказах, представлених сторонами, і ні в якому разі не повинен сам збирати докази» [8, с. 194].

Прямо пов'язував змагальність сторін у процесі з принципом рівноправності Є.В. Васьковський, а саму змагальність він пов'язував з тим,

що у сторін в процесі є протилежні інтереси [9, с. 197–198].

На думку І.М. Тютрюмова, змагальний порядок в цивільному судочинстві «цілком впливає із суті цивільних прав, які складають приватну сферу особи, а тому знаходяться в його вільному розпорядженні...» [10, с. 347].

Переваги такої системи відносин між сторонами і судом, на думку вчених-правознавців, полягали в наступному:

- фактична сторона справи може бути встановлена тим, кому вона знайома, хто знає, які існують докази і де вони знаходяться, а такими особами є позивач і відповідач;

- сторони на відміну від суду більше зацікавлені в з'ясуванні обставин справи, тому позивач і відповідач прагнуть до виграшу процесу, намагаючись відшукати і надати суду всі фактичні обставини і докази;

- підготовка фактичного матеріалу проводиться двома спірними сторонами, кожна з яких підбирає все те, що служить на його користь, причому обидві сторони можуть користуватися допомогою адвокатів, що веде до поділу праці, завжди приносить кращі плоди, ніж виконання всієї складної роботи однією особою (судом);

- змагальність відкриває простір для самодіяльності сторін і спонукає їх до прояву особистої ініціативи [11, с. 69–71].

Фундаментальним явищем у розвитку цивільного процесуального законодавства України став Цивільний процесуальний кодекс УРСР 1924 р., яким проголошувалися принципи диспозитивності, рівності сторін перед судом і законом, рівноправності сторін у процесі, активності суду, що розглядав справу, змагальності, гласності, національної мови судочинства, усності, безпосередності, безперервності тощо.

Попри проголошене розмаїття принципів цивільного судочинства того періоду, розуміння їх сутності та змісту, а також елементарних основ дотримання є неоднозначним. Деякі вчені стверджували, що він закріпив інквізиційну модель цивільного процесу, в якому надається значна роль судді і державному прокурору і в якому превалює державний інтерес на протигагу приватним інтересам сторін. Хоча навряд чи є достатньо підстав для висновку про чисто інквізиційну модель судового процесу за ЦПК УРСР 1924 р. Однак у частині взаємовідносин сторін і суду кодекс дійсно закріплював підвищену роль суду і прокурора в цивільному судочинстві.

Порівняно зі Статутом 1864 р. кодексом дійсно було обмежено диспозитивність цивільного процесу та його змагальний характер, оскільки метою цивільного процесу згідно зі ст. 5 було з'ясування дійсних прав і взаємовідносин його учасників. Тому завдання суду під час вирішення спору про право цивільне полягало в з'ясуванні не формальної, а матеріальної правди. З цією метою статті 5, 118 та інші ЦПК УРСР 1924 року на суд поклали обов'язок не обмежуватися тільки представленими сторонами доказами.

Цивільний процесуальний кодекс УРСР 1924 р. хоча формально й закріпив диспозитивність, але по суті її відкидав. Відповідно до ст. 2 ЦПК 1924 р. суд розпочинав розгляд справи не інакше, як за заявою зацікавленої сторони, але з метою захисту інтересів держави або трудящих мас прокурору надавалося право як починати справу, так і вступати до неї в будь-якій її стадії. Далі, за тією ж статтею, прийняття відмови сторони від належних їй прав та їх судового захисту належало не безумовному і вільному розсуду сторін, а залежало від суду. Під час вирішення питання про прийняття або неприйняття цієї відмови суд вирішував, якою мірою така відмова сторони від належних їй прав не пов'язана з експлуатацією економічно більш слабкої другої сторони економічно більш сильною, чи не виникає за такої відмови обходу закону порушення інтересів держави і трудящих мас.

Нарешті, за ст. 179 ЦПК УРСР 1924 року суду належало право вийти за межі заявлених позивачем вимог, якщо розмір цих вимог не заснований на раніше укладеній угоді сторін або на приписах закону.

Принцип змагальності полягає в тому, що відшукання доказів у справі лежить винятково на тяжущіхся, а суд відіграє пасивну роль, будучи лише посередником між сторонами. З наведеної вище ст. 5 ЦПК ясно, що принцип змагальності в ЦПК не проводився в чистому вигляді, оскільки самодіяльності суду була відведена дуже велика роль. Згідно зі ст. 118 ЦПК суд міг запропонувати сторонам подати додаткові докази, якщо представлені докази, на думку суду, недостатні. Суд за ст. 121 ЦПК також міг здійснювати необхідні перевірочні дії за власною ініціативою. З цього приводу Верховний Суд РРФСР в ухвалі у справі № 31433 1924 р. роз'яснив, що «радянський суд повинен завжди пам'ятати, що процес по ЦПК – не колишній, чисто змагальний процес, і повинен широко застосовувати ст. 5 ЦПК, не зупиняючись під час вирішення справи на формальних моментах, а всіляко з'ясувати справжні взаємовідносини сторін, ліквіду-

ючи позов, по можливості, в межах того ж процесу і усуваючи необхідність для ліквідації відносин у пред'явленні нового позову». В ухвалі справи № 31847 1924 р. цивільної касаційної колегії Верховного Суду УРСР указується, що «радянському цивільному процесу не притаманний принцип змагальності, що застосовувався в дореволюційному суді, і навпаки, закон (ст. 5 ЦПК) проводить начало самодіяльності суду».

Наведені вище фрагменти ЦПК УРСР 1924 р. дозволяють підкреслити ту особливість моделі цивільного судочинства, суть якої полягає в патерналістсько-етатичному її обґрунтуванні в цілому та її фундаментальних принципів зокрема [12, с. 13–19].

Отже, принцип змагальності цивільного процесу, знаходячи прояв в різних історичних періодах розвитку цивільного процесуального законодавства, являє собою складне і багатогранне явище, покриваючи собою весь цивільний процес та визначаючи його систему. Звісно ж, розкриття сутності та змісту даного принципу в нормах Статуту цивільного судочинства 1864 року відповідає ліберальній змагальній моделі цивільного судочинства, тоді як положення ЦПК УРСР 1924 р., успадкувавши все краще, що було в попередньому процесуальному законодавстві, насправді принцип змагальності сторін повною мірою реалізувати не змогли.

**Висновки з дослідження та перспективи подальших розвідок у цьому напрямі.** Таким чином, у різні історичні періоди вітчизняне судочинство будувалося на основі змагальної або слідчої форми, а також на основі поєднання цих форм, з переважанням однієї з них.

Прийняття Статуту цивільного судочинства 1864 року більшою мірою ґрунтувалося на остан-

ніх досягненнях іноземного процесуального законодавства та стало вагомим віхою на шляху створення якісного, швидкого та ефективного цивільного процесу, побудованого на принципах змагальності, гласності, усності, рівності сторін, вільної оцінки доказів судом та можливості апеляції і касації.

Одне з головних завдань, яке було покликане вирішити нове цивільне процесуальне законодавство, полягало в тому, щоб «замість слідчого процесу в цивільних судових справах прийняти процес змагальний». Водночас демократичний характер цивільного процесу, побудований на змагальних засадах, суперечив по суті самодержавній формі правління, якій не відповідала наявність самостійної, відокремленої від адміністрації судової влади. Незважаючи на це, цивільно-процесуальне законодавство другої половини XIX ст. залишалось досить прогресивним і здебільшого відповідало потребам свого часу.

На відміну від Статуту цивільного судочинства, Цивільний процесуальний кодекс УРСР 1924 року, з одного боку, успадкував все краще, що було в попередньому «імперському» законодавстві, а також використав досвід судової реформи 1864 року і цивільного процесуального законодавства зарубіжних, переважно європейських, країн, але з іншого боку, тоталітарні принципи радянської влади унеможливили використання змагальності цивільного процесу. Навіть у радянський період, коли принцип змагальності в цивільному процесі сприймався вченими лише в тісному зв'язку з активністю суду під час доказування, діяльність сторін щодо доведення обставин, на які вони посилаються як на підставу своїх вимог або заперечень, сприймалася як процесуальний обов'язок.

#### ЛІТЕРАТУРА:

1. Курило М.П. Принципи цивільного процесу як концептуальна правова категорія. *Судова апеляція*. 2015. № 4. С. 33–40
2. Гольмстен, А. Х. Учебник русского гражданского судопроизводства / под ред. и с предисловием М.К. Треушникова и Ю.А. Поповой. Краснодар : Совет. кубань, 2004. 484 с.
3. Тарасов В.Н. Преемственность и традиции принципов русского гражданского процесса. *Вестник Нижегородской академии МВД России*. 2015. № 2. С. 196–200.
4. Голубева Н.Ю. Поняття та система принципів цивільного процесуального права. *Актуальні проблеми держави і права*. 2010. Вип. 53. С. 103–114. URL: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/apdp\\_2010\\_53\\_17](http://nbuv.gov.ua/UJRN/apdp_2010_53_17).
5. Гражданский процесс: курс лекций, читанных проф. Ю.С. Гамбаровым. *Гражданский процесс: хрестоматия* / под ред. М.К. Треушникова. Москва, 2005.
6. Судебные Уставы 20 ноября 1864 г., с изложением рассуждений, на которых они основаны, изданные Государственной Канцелярией. Санкт-Петербург, 1866
7. Малышев К. Курс гражданского судопроизводства. Т. 1. Санкт-Петербург, 1874.
8. Нефедьев Е.А. Учебник русского гражданского судопроизводства / Е. А. Нефедьев [печ. по изд.: Нефедьев Е. А. Учебник русского гражданского судопроизводства. Изд. третье. Москва, 1900]. Краснодар : Совет. Кубань, 2005. 480 с.
9. Васьковский Е.В. Учебник гражданского процесса [Текст] / Е. В. Васьковский [печ. по изд.: Васьковский Е. В. Учебник гражданского процесса изд. второе. М., 1917]. Краснодар : Совет. Кубань, 2003. 528 с.
10. Тютрюмов И.М. Рецензия на книгу г. Краевского Практические заметки о свойствах состязательного начала в гражданском судопроизводстве. *Журнал Министерства Юстиции*. Санкт-Петербург, 1897. С. 347.



11. Хрестоматия по гражданскому процессу. Москва, 1996.
12. Комаров В.В. Цивільне процесуальне законодавство у динаміці розвитку та практиці Верховного Суду України. Харків : Право, 2012. 624 с.

**Нестерцова-Собакарь Олександра Володимирівна**  
**РОЗУМІННЯ СУТНОСТІ ТА ЗМІСТУ ПРИНЦИПУ ЗМАГАЛЬНОСТІ ЦИВІЛЬНОГО ПРОЦЕСУ ЗА СУДОВОЮ РЕФОРМОЮ 1864 РОКУ ТА ЦИВІЛЬНИМ ПРОЦЕСУАЛЬНИМ КОДЕКСОМ УРСР 1924 РОКУ**

У статті здійснено ще один крок до поглиблення знань про зміст та особливості реформи цивільного судочинства 1864 року. Особливу увагу приділено Статуту цивільного судочинства та його впливу на розвиток вітчизняного процесуального законодавства як в імперський, так і радянський періоди. З'ясовано сутність та зміст процесуального принципу змагальності через призму судової реформи 1864 року та положення Цивільного процесуального кодексу УРСР 1924 року.

**Ключові слова:** статут цивільного судочинства, судова реформа, цивільний процес, кодифікація, судоустрій.

**Нестерцова-Собакарь Александра Владимировна**  
**ПОНИМАНИЕ СУЩНОСТИ И СОДЕРЖАНИЯ ПРИНЦИПА СОСТЯЗАТЕЛЬНОСТИ ГРАЖДАНСКОГО ПРОЦЕССА ПО СУДЕБНОЙ РЕФОРМЕ 1864 ГОДА И ГРАЖДАНСКОГО ПРОЦЕССУАЛЬНОГО КОДЕКСА УССР 1924 ГОДА**

В статье предпринята еще одна попытка к углублению знаний о содержании и особенностях реформы гражданского судопроизводства 1864 года. Особое внимание уделено Уставу гражданского судопроизводства и его влиянию на развитие отечественного процессуального законодательства как в имперский, так и советский периоды. Уточнены сущность и содержание процессуального принципа состязательности через призму судебной реформы 1864 года и положения Гражданского процессуального кодекса УССР 1924 года.

**Ключевые слова:** устав гражданского судопроизводства, судебная реформа, гражданский процесс, кодификация, судоустройство.

**Nestertsova-Sobakar Oleksandra**  
**UNDERSTANDING THE ESSENCE AND CONTENT OF THE PRINCIPLE OF COMPETITIVENESS OF THE CIVIL PROCESS UNDER THE JUDICIAL REFORM OF 1864 AND THE CIVIL PROCEDURE CODE OF THE UKRAINIAN SSR IN 1924**

The article takes another step to deepening the knowledge of the content and features of the civil justice reform of 1864. Particular attention was paid to the Statute of Civil Procedure and its influence on the development of domestic procedural legislation in both the imperial and Soviet periods. It is proved that the adoption of the Statute of Civil Procedure in 1864 is largely based on the latest achievements of foreign procedural law and was a significant milestone in the way of creating a qualitative, fast and efficient civil process based on the principles of competitiveness, transparency, veracity, equality of parties, free evaluation and appeal and cassation opportunities. The essence and content of the procedural principle of competition through the lens of judicial reform in 1864 and the provisions of the Civil Procedure Code of the Ukrainian SSR in 1924 have been clarified.

The importance of the principle of competitiveness of the civil process, which is manifested in different historical periods of the development of civil procedural legislation, was a complex and multifaceted phenomenon, covering the whole civil process and defining its system. In particular, the principle of competitiveness was given special importance in the organization of civil proceedings and was supported by all known procedural scientists at that time.

Adoption of the Statute of Civil Procedure in 1864 for the first time allowed to consolidate the relevant procedural law, but at the same time gave rise to several contradictions, including the fact that the democratic principles of the civil process, enshrined in the judicial reform, faced with the lack of independence and judicial conditions. .

The democratic nature of the civil process, as well as of the entire judicial system based on the reforms of 1864, contradicted the essence of the autocratic form of government, which was not matched by the existence of an independent, separate from the administration of the judiciary. As a result, counter-reforms have restricted a number of progressive principles of judicial reform, including the elimination of the peace court, replacing it with administrative and judicial institutions.

It emphasized the fundamental differences between the Civil Procedure Code of the Ukrainian SSR of 1924 and the Statute of Civil Procedure, which on the one hand inherited all that was in the previous "imperial" legislation, and used the experience of judicial reform of 1864 and civil procedural legislation of foreign, mainly European countries but on the other, the totalitarian principles of the Soviet power made it impossible to use the competitiveness of the civil process. Even in the Soviet period, when the principle of competitiveness in the civil process was perceived by scientists only in close connection with the activity of the court in evidence, the activities of the parties to prove the circumstances to which they refer as a basis for their claims or objections, were perceived as a procedural obligation.

**Key words:** civil procedure statute, judicial reform, civil process, codification, judiciary.

УДК 347.94

DOI <https://doi.org/10.32837/chc.v0i36.206>

**Садикова Яна Михайлівна,**

кандидат юридичних наук, доцент,  
доцент кафедри юридичних дисциплін  
Сумської філії

Харківського національного університету внутрішніх справ  
ORCID <https://orcid.org/0000-0002-2841-8324>

## **ОСОБЛИВОСТІ ВЗАЄМОВПЛИВУ ПРАВОСВІДОМОСТІ ТА ВИМОГ ДО ПРАВОВОГО СТАТУСУ СУБ'ЄКТІВ ДОКАЗУВАННЯ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ**

**Постановка проблеми.** Судове доказування є складною діяльністю. Складність або комплексність цієї діяльності проявляється у формах, етапах, а також, безумовно, у суб'єктному складі. Останніми роками відбувається реформування сфери судового захисту прав, нові редакції процесуальних законів вже містять ряд положень прогресивного характеру в аспекті наближення здійснення судочинства міжнародним стандартам та принципам. Окремо слід звернути увагу на те, що з'явилися нові учасники процесу, як то експерт з питань права, змінено підхід до судового представництва, в тому числі встановлення адвокатської монополії тощо. Все це свідчить про те, що питання методології встановлення відповідного процесуального статусу учасників судового процесу, і зокрема суб'єктів доказування, формулювання критеріїв або, точніше сказати, виявлення джерел для правотворчості в цьому напрямку, стають дедалі актуальнішими. В світі реформ вбачається за необхідне не тільки розширяти коло прав та обов'язків чи змінювати їх, але робити це виважено.

Доказування як процесуальна діяльність є особливо складною і значущою для будь-якого цивільного провадження, оскільки результати такої діяльності безпосередньо впливають на те, яке рішення буде ухвалено за результатами розгляду справи загалом. Різний науковий підхід до суб'єктів доказування в цивільному процесі зумовлює те, що в основному акцентується увага на правовому статусі конкретного учасника про-

цесу, залежно від того, чи визнається він суб'єктом доказування чи ні. Зайнявши позицію, що кожен учасник процесу тією чи в іншою мірою є суб'єктом процесу доказування, слід дійти висновку, що законодавство дещо презюмує певний рівень правосвідомості конкретного учасника процесу. Законодавство повинно бути послідовним у реалізації тези про те, що учасники справи не обов'язково є юридично обізнаними (грамотними) суб'єктами, скоріше навпаки. Зрозуміло, що рівень правосвідомості юриста-професіонала та неюриста є різним. Законодавство і практика мають це враховувати.

Вочевидь, ситуація, за якої правовий статус учасника визначається в тому числі з позицій презюмованої (ймовірної) правосвідомості, є виправданою. Разом з тим сьогодні немає комплексного наукового дослідження методологічного спрямування в сфері правового регулювання процесуальних статусів учасників судових процесів через призму рівня їх правосвідомості.

**Стан дослідження теми.** Проблеми доказування в цивільному судочинстві стали об'єктом уваги більшості вчених, науковий інтерес яких знаходиться в площині здійснення судочинства та захисту прав. Зокрема, ці питання висвітлюються в роботах таких вчених, як С.В. Васильєв, В.В. Комаров, В.А. Кройтор, Д.Д. Луспенник, М.К. Треушніков, С.Я. Фурса, Т.В. Цюра, М.Й. Штефан [1–5] та багатьох інших. Питання ж правосвідомості здебільшого досліджувалося і продовжує розкриватися в роботах з філософії права

та працях вчених загальнотеоретичного спрямування, зокрема таких як О. Данильян, Ю. Дмитрієнко, О. Деменко, Д. Єрмоленко, Ю. Калиновський, М. Кельман, А. Колодій, В. Коновалова, С. Кравченко, Л. Кушинська, П. Рабинович, І. Омельчук, О. Скакун, С. Сливка, В. Тимошенко, І. Тімуш, М. Цимбалюк, О. Цуркан, А. Штанько та інші. В той же час зауважується, що незначна кількість наукових праць присвячується вивченню саме професійної правосвідомості [8, с. 26].

**Метою статті** є виявлення взаємовпливу правосвідомості та вимог до правового статусу суб'єктів доказування в цивільному процесі. Беручи до уваги ту обставину, що будь-яку процесуальну діяльність можна представити у вигляді послідовних специфічних соціальних зв'язків, найбільш зримо специфіку процесуального доказування можна простежити через призму його суб'єктного складу. Розкрити зміст процесуального правовідношення, його природу поза зв'язком з конкретно визначеними суб'єктами неможливо. З огляду на це окремим завданням дослідження є встановлення специфіки доказової діяльності кожного із суб'єктів цивільного процесу з огляду на ймовірну їх правосвідомість.

**Виклад основного матеріалу дослідження з повним обґрунтуванням отриманих наукових результатів.** Зважаючи на таку загальну засаду сучасних судових процесів, як змагальність, говорячи про суб'єктів доказування, здебільшого мову ведуть про сторін та їх обов'язок доказування. Так, відповідно до ст. 81 ЦПК України, ст. 74 ГПК України, ст. 77 КАСУ кожна сторона повинна довести ті обставини, на які вона посилається як на підставу своїх вимог або заперечень, крім визначених процесуальним законом випадків.

Отже, будучи дещо по-різному сформульованим, обов'язок доказування в судових процесах визначає, що, посилаючись на яку-небудь обставину як на підставу своєї вимоги чи заперечення, сторона має її доказати. Відповідно, може скластися враження, що в доказовому процесі основними суб'єктами є сторони, які заінтересовані в розгляді справи та правильному і справедливому її вирішенні і, звичайно, на користь відповідної сторони. Варто зазначити, що більш підтримуваною позицією є та, відповідно до якої інші учасники цивільного процесу, окрім учасників справи (свідок, експерт, спеціаліст, перекладач тощо), які є суб'єктами цивільних процесуальних правовідносин, не є суб'єктами доказування, оскільки вони тільки сприяють вирішенню справи по суті та не здійснюють ніяких дій щодо доказування [9, с. 5].

Насправді судове доказування представляє собою сукупність процесуальних дій практично усіх учасників процесу. Одні з них безпосередньо приймають участь у доказуванні, вчиняючи дії, які складають зміст цієї діяльності. Інші ж учасники опосередковано приймають участь у доказуванні, сприяючи учасникам і суду у збиранні, дослідженні та оцінці доказів. Таким чином, визначати становище суб'єктів процесу у доказуванні варто через призму структури цієї діяльності та її етапів.

У процесуальних науках класифікація суб'єктів процесуальних правовідносин переважно визначається їх заінтересованістю у результатах розгляду та вирішенні справи, а також функціями, які ними виконуються під час провадження у справі.

Досить умовно можна виділити три основні групи суб'єктів процесуальних відносин: суб'єкти, які здійснюють правосуддя в цивільних справах (суддя, колегія суддів, присяжні); сторони та інші учасники справи, інші учасники процесу. Останніх своєю чергою можна згрупувати за їх процесуальною роллю: а) суб'єкти, які безпосередньо беруть участь у доказуванні (свідок, експерт); б) суб'єкти, які сприяють розгляду і вирішенню справи (спеціаліст, перекладач); в) суб'єкти, які здійснюють організаційно-технічне забезпечення процесу (судовий розпорядник, секретар судового засідання).

Беручи за основу таку класифікацію, варто виходити з розуміння процесуальної психології кожного суб'єкта, його індивідуального відношення до доказування через ймовірну індивідуальну правосвідомість. Одні суб'єкти, маючи свою матеріальну заінтересованість у результатах розгляду справи, будуть оцінювати докази з точки зору підтвердження їх правової позиції, інші суб'єкти, будучи попередженими про кримінальну відповідальність (свідок, експерт), будуть намагатися надати більш об'єктивовану інформацію.

Окрім того, процесуальне законодавство визначає права та обов'язки кожного суб'єкта процесу, обмежуючи в деяких випадках розсуд та свободу дій цього суб'єкта. Таким чином, є певні суб'єктивні кордони діяльності учасників процесу, зумовлені особистими мотивами, заінтересованістю в справі, та об'єктивно-процесуальні кордони, які визначені для цих учасників нормами процесуального законодавства. Перебуваючи у правовому просторі, визначеному цими кордонами, кожен учасник процесу буде відповідно мислити та діяти, оцінюючи правову та доказову дійсність з власних позицій. При

цьому законодавство «приписує» учасникам їх усереднену поведінку.

Суд є основним суб'єктом процесуальних відносин. На нього покладається здійснення правосуддя, вирішення правових конфліктів, йому належить особлива роль у доказуванні.

Неупередженість суддів є однією з основних засад здійснення правосуддя. Статтею 6 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод встановлено, що кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом. Зовнішня незалежність суддів не є прерогативою чи привілеєм, наданим для задоволення власних інтересів суддів. Вона надається в інтересах верховенства права та неупередженого правосуддя. Виходячи з таких передумов, суддя в процесі і в судовому доказуванні, зокрема, має зберігати об'єктивність та неупередженість, використовуючи для цього весь інструментарій, наданий йому процесуальним законодавством. Психологічний стан особи, яка наділена владою, зумовлюється насамперед високим ступенем відповідальності, пов'язаної з її повноваженнями та їхнім застосуванням у кожному конкретному випадку.

Для судді процесуальним законодавством встановлено стандарт поведінки як поведінки юриста високої кваліфікації. Процесуальне законодавство визначає роль суду в сфері доказування здебільшого організаційно-керівною характеристикою. В окремих моментах законодавство надає суду право діяти ініціативно, коли зазвичай така активність є обмеженою принципами змагальності та диспозитивності. Соціальна функція будь-якого виду судочинства полягає у захисті суспільного інтересу, яка реалізується кожного разу, коли виноситься законе та обґрунтоване рішення. В деяких ситуаціях за умови абсолютної змагальності та диспозитивності реалізація такої функції виглядає сумнівно, тому суд наділяється додатковими повноваженнями діяти ініціативно і на власний розсуд. Такі ситуації, як вже зазначалося, виникають, наприклад, коли це необхідно для захисту малолітніх чи неповнолітніх осіб або осіб, які визнані судом недієздатними чи дієздатність яких обмежена.

Учасники справи є заінтересованими суб'єктами справи і їх заінтересованість є прямою, матеріально-правовою. Їх процесуально-правовий інтерес полягає в досягненні цілей з використанням діяльності судових органів. Для позивача заінтересованість полягає в тому, щоб суд

прийняв рішення про задоволення його вимог. Правова вигода позивача в такому разі полягає у підтвердженні правомірності його вимог до відповідача. Інтерес відповідача проявляється у бажанні спростувати всі заявлені до нього вимоги і отримання рішення про відмову в задоволенні позову.

Відображення інтересу в психіці проявляється в його усвідомленні, у виборі способів і видів діяльності суб'єкта щодо досягнення поставлених цілей. Ця обставина кардинально впливає на поведінку таких осіб, яка значно відрізняється від поведінки інших суб'єктів процесу. Особливо така відмінність проявляється в доказуванні. При цьому цивільне процесуальне законодавство не презюмує, що сторони (принаймні позивач) є обізнаними в праві. Їм приписується не професійна правосвідомість, а побутова. Такий висновок напрошується з аналізу ст. 175 ЦПК України, де визначаються вимоги до змісту позовної заяви. Серед обов'язкових змістових елементів відсутня правова підстава позову. Позивач у позовній заяві не зобов'язаний визначати норми, на які він посилається, достатньо вказати обставини, які є підставами звернення до суду.

Ініціатива матеріально заінтересованих осіб слугує головним джерелом руху цивільного процесу, що проявляється в різних аспектах. Звертаючись до суду за захистом порушеного або оспорюваного права, позивач має визначити предмет і підставу позову (вимогу до відповідача і обставини, з яких ці вимоги виникають). Предмет і підстава позову визначають межі судового розгляду. Учасники справи такими своїми діями закладають основи майбутньої судової справи та судового доказування в ній. Змінюючи предмет або підставу позову, позивач тим самим змінює вектор доказової діяльності. Практично до відкриття провадження у справі потенційний позивач визначає обставини, які в подальшому будуть складати предмет доказової діяльності. Позивач має на початку процесу оцінити всі докази, які в нього є, на предмет їх достатності, щоб підтвердити заявлені вимоги.

Учасники справи є заінтересованими і в той же час найбільш обізнаними щодо обставин справи суб'єктами процесу. Для задоволення своїх юридичних інтересів процесуальною формою передбачено право зацікавлених осіб (учасників справи для кожного виду провадження) не тільки брати участь у судовому розгляді, але й обґрунтувати свою правову позицію переважно шляхом надання письмових або усних пояснень.

Заінтересованість сторони в результаті справи однак може означати наявність у неї мотиву для необ'єктивного викладу фактів.

Розглядаючи психологічні характеристики такої діяльності зацікавлених осіб з точки зору з'ясування їх статусу в процесі судового пізнання-доказування, слід встановити, що здебільшого такі особи здійснюють власну правову інтерпретацію обставин справи. Оцінка ними доказів, сприйняття доказової інформації здійснюється ними через бажання досягти своєї правової мети і судового рішення, яке задовольнить їх інтереси. Тому та інформація, яка надається сторонами та іншими учасниками справи, має перевірятися і не сприйматися як достатня для встановлення певної обставини.

Протилежність інтересів сторін зумовлює можливість їх недобросовісної поведінки під час судового доказування. Така недобросовісність може проявлятися у несвоєчасному розкритті доказів, у перешкоджанні встановленню дійсних обставин справи або затягуванні судового процесу, у вибірковому поданні доказів з метою зловживання правом на позов тощо.

Сучасне українське процесуальне законодавство містить норми, які протидіють такій вибірковості та упередженості у доказуванні з боку заінтересованих учасників. Суд може визнати зловживанням процесуальними правами дії, що суперечать завданню судочинства, зокрема вчинення дій, що спрямовані на безпідставне затягування чи перешкоджання розгляду справи чи виконання судового рішення (ст. 44 ЦПК України). Як наслідок, у разі зловживання стороною чи її представником процесуальними правами суд має право покласти на таку сторону судові витрати повністю або частково незалежно від результатів вирішення спору. У разі неподання письмових, речових чи електронних доказів, що витребувані судом, без поважних причин або без повідомлення причин їх неподання суд може постановити ухвалу про тимчасове вилучення цих доказів державним виконавцем для дослідження судом. (ст. 146 ЦПК України). Окрім того, сьогодні запроваджено штрафи як заходи процесуального примусу за зловживання процесуальними правами, в тому числі і в доказуванні.

Щодо інших учасників процесу, то ці суб'єкти залучаються в процес за необхідності і виконують свої функції з огляду на покладений на них процесуальним законодавством обов'язок діяти відповідним чином, з урахуванням можливості застосування до них заходів державного впливу

в разі невиконання або неналежного виконання цього обов'язку. Відповідно, відношення до доказування у цих суб'єктів буде як до процесуального обов'язку.

Щодо процесуальної функції, яка притаманна кожному суб'єкту процесу, то варто визначити етапи доказування та активного суб'єкта цих етапів відповідно до процесуального законодавства.

За основу варто взяти визначення поняття доказування як процесуальної та розумової діяльності, яка врегульована процесуальним законодавством і спрямована на з'ясування обставин справи шляхом збирання, подання, дослідження та оцінки доказів у справі. Етапами доказування, відповідно, є: 1) формування предмету доказування; 2) збір та подача доказів; 3) дослідження доказів; 4) оцінка доказів.

Формування предмета доказування як перший етап доказування визначається як багаточисловий процес послідовного взаємного наближення факту та норми права, що починається на початковій стадії судового процесу (прийняття позовної заяви суддею) і закінчується етапом винесення судового рішення [10, с. 132]. Предмет доказування формується суддею (судом). Вважається, що суд, орієнтуючись на обставини, що є фактичними підставами позову, віднаходить правову підставу. Це є дещо неточним, оскільки формування предмету починається з визначення вимог позивача і одночасно обставин, що є підставами цих вимог. Формування предмету доказування починається з встановлення (уточнення) предмету позову (заяви), віднайдення загальних умов застосування обраного способу захисту прав та інтересів.

Відповідно до цивільного процесуального законодавства, здійснюючи правосуддя, суд захищає права, свободи та інтереси фізичних осіб, права та інтереси юридичних осіб, державні та суспільні інтереси у спосіб, визначений законом або договором. Якщо ж закон або договір не визначають ефективного способу захисту порушеного, невідомого або оспореного права, свободи чи інтересу особи, яка звернулася до суду, суд, відповідно до викладеної в позові вимоги такої особи, може визначити у своєму рішенні такий спосіб захисту, який не суперечить закону.

Суд, орієнтуючись на вимоги учасників справи та на обставини, викладені ними, визначає предмет доказування у справі і в подальшому здійснює оцінку доказів через призму цього предмету, відсіюючи неналежні докази. В той же час процесуальне законодавство зобов'язує учасників

справи до початку судового розгляду (а для позивачів – на стадії відкриття провадження у справі) подати докази на підтвердження обставин, що стали підставою для вимог та заперечень. Учасники справи, інколи не будучи обізнаними в нюансах судового процесу, самостійно визначають обставини, які вони повинні і будуть доказувати. Іншими словами попереднє формування предмету доказування здійснюється учасниками справи з подальшим корегуванням і остаточним визначенням його судом як суб'єктом, наділеним професійною правосвідомістю.

Наступним етапом доказування є збір та подача доказів. У різних видах судочинства на цьому етапі в будь-якому разі основними суб'єктами є учасники справи. Через призму визначеного ними самостійно, а дещо пізніше через предмет доказування, сформований судом, ці суб'єкти здійснюють збір та подачу доказів суду. Основний акцент під час розгляду питання про суб'єктів збору та подачі доказів варто зробити на тому, наскільки активним є суд у різних видах судочинства.

Найменш залученим до процесу збору та подачі доказів є суд в цивільному та господарському процесі. Відповідно до ч. 2 ст. 13 ЦПК України збирання доказів у цивільних справах не є обов'язком суду, крім випадків, встановлених цим Кодексом. Суд має право збирати докази, що стосуються предмета спору, з власної ініціативи в цивільному судочинстві лише у випадках, коли це необхідно для захисту малолітніх чи неповнолітніх осіб або осіб, які визнані судом недієздатними чи дієздатність яких обмежена, а також в інших випадках, передбачених ЦПК України. Суд виконує організаційні функції, як-от: визначає строки подачі доказів (ст. 83 ЦПК України), застосовує санкції у разі недобросовісності учасників справи (ст. 148 ЦПК України), сприяє у виконанні сторонами їх обов'язків, в тому числі шляхом витребування доказів (ст. 84 ЦПК України) тощо. Лише в окремому провадженні роль суду як суб'єкта збору та подачі доказів змінюється через особливості розгляду таких справ. Відповідно до ч. 3 ст. 294 ЦПК України справи окремого провадження розглядаються судом з додержанням загальних правил, за винятком положень щодо змагальності та меж судового розгляду. З метою з'ясування обставин справи суд може за власною ініціативою витребувати необхідні докази.

Тобто в будь-якому разі законодавець відшукує баланс між змагальним процесом та процесом слідчим. З урахуванням характеру судочин-

ства, значущості справ, їх складності, суб'єктного складу, доцільності та справедливості ваги активності в процесі збирання та подачі доказів схиляються або в бік учасників справи, покладаючи на них юридичні наслідки невиконання обов'язків доказування, або в бік суду, зобов'язуючи останнього діяти з власної ініціативи.

Існувала позиція вчених-процесуалістів, що дослідження, перевірку та оцінку доказів не можна кваліфікувати як судове доведення, бо з них складається судовий розгляд, а суд зобов'язаний дослідити, перевірити і оцінити докази, так як на ньому лежить обов'язок розглянути справу і покласти в основу рішення докази, які були досліджені суддями в судовому засіданні [11, с. 47]. Дослідження та оцінка доказів – це дійсно ті процесуальні дії, які складають суть стадії судового розгляду, однак це не дає жодного логічного обґрунтування, чому такі дії варто виключати з доказування. Крім того, без дослідження та без оцінки доказів доказування не може бути завершеним, оскільки не звершується пізнання обставин за допомогою доказів, на що і спрямоване все доказування.

Оцінка доказів представляє собою розумову діяльність суду, що протікає в логічних формах і включає в себе постановку задачі, процес її вирішення та результат.

**Висновки з дослідження та перспективи подальших розвідок у цьому напрямі.** Таким чином, особливості суб'єктів доказування визначаються не стільки їх правовим статусом, який встановлений законодавством, і який представляє собою сукупність їх прав та обов'язків, скільки іншими характеристиками (психологічними, соціологічними, професійними тощо), які і є першоджерелами для визначення правового статусу певного суб'єкта. Будучи суб'єктом правосвідомості, особа проявляє свою правосвідомість. Законодавство виходить з презумпції високого рівня правосвідомості осіб, якщо кваліфікаційною вимогою до здійснення ними своєї професійної діяльності є наявність вищої юридичної освіти. А це своєю чергою проявляється в правовому статуті через ширше коло обов'язків, більш високі вимоги до виконання такими особами цих обов'язків і, відповідно, встановлення більш суворих санкцій за невиконання або неналежне їх виконання тощо.

Регулятивна функція правосвідомості зумовлена властивістю свідомості не тільки відображати дійсність, а й спрямовувати діяльність людини на перетворення навколишнього світу.

Застосування судом або іншими суб'єктами процесу знань, що виходять за встановлені процесуальним законом рамки, є не що інше, як прояв правосвідомості в судочинстві.

Кожен учасник процесу виконує свою процесуальну роль і проявляє при цьому свою

правосвідомість. У доказуванні можна виявити суб'єкта пізнання, суб'єкта пояснень, суб'єкт інтерпретації тощо. Залежно від мети участі певного суб'єкта в процесі судового доказування законодавством визначено правовий статус такого суб'єкта.

#### ЛІТЕРАТУРА:

1. Васильев С.В. Доказування та докази по справах про відшкодування шкоди, завданої особі : навч. посібн. Харків : Факт, 2000. 200 с.
2. Кройтор В.А., Слипченко А.И. Некоторые процессуальные особенности судебного доказывания и судебных доказательств по делам о возмещении морального (неимущественного) вреда. Современное состояние исследования неимущественных неимущественных правоотношений в науке гражданского права: Сборник тезисов научных докладов и сообщений круглого стола / Под науч. ред. В.А. Кройтора и С. А. Слипченко. Харків : ХНУВД, 2012. С. 20–41.
3. Луспенник Д.Д. Застосування у судовій практиці доказових презумпцій та фікцій у системі розподілу обов'язків з доказування за новим ЦПК України. *Право України*. 2005. № 8. С. 56–60.
4. Луспенник Д.Д. Судочинство у справах про захист честі, гідності та ділової репутації : автореф. дис. на здобуття наук ступеня канд. юрид. наук : 12.00.03. / Дмитро Дмитрович Луспенник. Харків, 2003. 20 с.
5. Комаров В.В. Проблемы науки гражданского процессуального права / В.В. Комаров, В.А. Бигун, В.В. Баранкова ; под ред. проф. В.В. Комарова. Харьков : Право, 2002. 440 с.
6. Фурса С.Я., Цюра Т.В. Докази і доказування у цивільному процесі: науково-практичний посібник. Київ : Видавець Фурса С.Я., КНТ, 2005. 256 с.
7. Штефан М. Й. Цивільний процес : підруч. для студ. юрид. спец. вищ. закл. освіти. Вид. 2-ге, перероб. та допов. Київ : Ін Юре, 2001. 696 с.
8. Куренда Л. Дослідження сутності професійної правосвідомості юриста. *Історико-правовий часопис*. 2014. № 1. 26–29
9. Предмет та суб'єкти доказування у цивільному процесі України та Франції : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Дрогозюк Крістіна Борисівна ; Нац. ун-т «Одес. юрид. акад.». Одеса, 2018. 20 с.
10. Коваленко А.Г. Институт доказывания в гражданском и арбитражном судопроизводстве. Москва : Издательство НОРМА, 2002. 208 с.
11. Клейнман А.Ф. Новейшие течения в советской науке гражданского процессуального права (Очерки по истории). Москва : Изд-во Моск. ун-та, 1967. 119 с.

**Садикова Яна Михайлівна**

#### **ОСОБЛИВОСТІ ВЗАЄМОВПЛИВУ ПРАВОСВІДОМОСТІ ТА ВИМОГ ДО ПРАВОВОГО СТАТУСУ СУБ'ЄКТІВ ДОКАЗУВАННЯ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ**

У статті зроблено спробу в загальному вигляді висвітлити взаємовплив презюмованого рівня правосвідомості конкретного учасника процесуального доказування цивільного процесу з процесуальним статусом цього суб'єкта. Так, законодавство виходить з презумпції високого рівня правосвідомості осіб, якщо кваліфікаційною вимогою до здійснення ними своєї професійної діяльності є наявність вищої юридичної освіти. А це своєю чергою проявляється в правому статуті через ширше коло обов'язків, більш високі вимоги до виконання такими особами цих обов'язків і, відповідно, встановлення більш суворих санкцій за невиконання або неналежне їх виконання тощо.

**Ключові слова:** доказування, суб'єкт доказування, правосвідомість, правовий статус, цивільний процес.

**Садькова Яна Михайлівна**

#### **ОСОБЕННОСТИ ВЗАИМОВЛИЯНИЯ ПРАВОСОЗНАНИЯ И ТРЕБОВАНИЙ К ПРАВОВОМУ СТАТУСУ СУБЪЕКТОВ ДОКАЗЫВАНИЯ В ГРАЖДАНСКОМ ПРОЦЕССЕ**

В статье сделана попытка в общем виде осветить взаимовлияние презюмированного уровня правосознания конкретного участника процессуального доказывания гражданского процесса с процессуальным статусом этого субъекта. Так, законодательство исходит из презумпции высокого уровня правосознания лиц, если квалификационным требованием к осуществлению ими своей профессиональной деятельности является наличие высшего юридического образования. А это в свою очередь проявляется в правовом статусе через более широкий круг обязанностей и более высокие требования к выполнению такими лицами этих обязанностей и, соответственно, установление более строгих санкций за неисполнение или ненадлежащее их выполнение и тому подобное.

**Ключевые слова:** доказывание, субъект доказывания, правосознание, правовой статус, гражданский процесс.

**Sadykova Yana**

#### **FEATURES OF INTERACTION OF LEGAL CONSCIOUSNESS AND REQUIREMENTS TO THE LEGAL STATUS OF SUBJECTS OF EVIDENCE IN THE CIVIL PROCESS**

The article attempts to generalize the interplay of the presumed level of legal consciousness of a particular participant in the process of proving a civil process with the procedural status of this subject.

Taking into account the fact that any procedural activity can be represented in the form of successive specific social ties, the most visible specificity of procedural evidence can be traced through the prism of its subjective composition. It is impossible to characterize the content of the procedural legal relationship and its nature without connection with specific entities. Given this, the objective of the study is to identify the specifics of the evidence-based activities of each of the subjects of the civil process.

Legislation proceeds from the presumption of a high level of legal consciousness of persons if the qualification requirement for their professional activity is the presence of a higher legal education. And this, in turn, is manifested in the legal status through a wider range of duties and higher requirements for such persons to fulfill these duties and, accordingly, the establishment of more stringent sanctions for non-fulfillment or improper fulfillment of them and the like.

The regulatory function of legal consciousness is determined by the property of consciousness not only to reflect reality, but also to direct human activities to transform the surrounding world. The application of knowledge by the court or other entities of the process that go beyond the framework established by the procedural law is nothing more than a manifestation of legal awareness in legal proceedings.

Each participant in the process fulfills its procedural role and at the same time displays its legal consciousness. In proving it is possible to identify the participant of knowledge, the participant of explanations, the participant of interpretation, and the like. Depending on the purpose of participation of a certain subject in the process of judicial proof, the legislation defines the legal status of such a subject.

**Key words:** proof, subject of proof, legal consciousness, legal status, civil process.



## РЕЦЕНЗІЇ

DOI <https://doi.org/10.32837/chc.v0i36.207>

### Харитонова Олена Іванівна

доктор юридичних наук, професор,  
член-кореспондент Національної академії правових наук України,  
завідувач кафедри права інтелектуальної власності та корпоративного права  
Національного університету «Одеська юридична академія»  
ORCID [orcid.org/0000-0002-9681-9605](https://orcid.org/0000-0002-9681-9605)

## РЕЦЕНЗІЯ НА МОНОГРАФІЮ ЯКУБІВСЬКОГО ІГОРЯ ЄВГЕНОВИЧА «НАБУТТЯ, ЗДІЙСНЕННЯ ТА ЗАХИСТ МАЙНОВИХ ПРАВ ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ В УКРАЇНІ»<sup>1</sup>

У сучасних умовах будь-який вид діяльності людини неможливий без відповідного науково-технічного забезпечення, так само як неможливий соціально-економічний прогрес суспільства без духовного розвитку. Світовий досвід переконує, що там, де глибоко усвідомлюють значення і роль цих чинників для суспільного розвитку і приділяють їм належну увагу, країна залучається до держав із високо розвинутою ринковою економікою. Тому очевидним є значення результатів творчої діяльності людини як важливого фактора соціально-економічного та духовного розвитку сучасного суспільства. У зв'язку із цим постає необхідність у забезпеченні із боку держави ефективного механізму правової охорони зазначених результатів творчості як об'єктів права інтелектуальної власності. Для України станом на сьогодні це є особливо актуальним, враховуючи процеси євроінтеграції та пов'язану із цим потребу у гармонізації національного законодавства до стандартів Європейського Союзу. То ж природно, що правові проблеми захисту прав інтелектуальної власності знаходяться у центрі уваги науковців та практиків. Водночас низка важливих теоретичних та прикладних проблем у цій сфері і досі залишаються невирішеними, що зумовлює актуальність рецензованого монографічного дослідження з точки зору сучасної правової доктрини і практики.

У монографії сформульована авторська концепція механізму набуття, здійснення та захи-

сту майнових прав інтелектуальної власності та окреслені напрями подальшого його реформування в умовах правового поля України.

У першому розділі монографії автором проаналізовано ознаки майнових прав інтелектуальної власності та сформульовано їх доктринальне визначення. Також зосереджено увагу на об'єктах майнових прав інтелектуальної власності. Варто визнати методологічно вірним розмежування в рамках загальної категорії об'єктів права інтелектуальної власності результатів інтелектуальної, творчої діяльності та інших визначених у законі об'єктів. Запропоноване авторське бачення змісту майнових прав інтелектуальної власності. Також ґрунтовно проаналізовано питання щодо строків та території чинності досліджуваних прав, а також випадки вільного використання об'єктів права інтелектуальної власності.

Другий розділ монографії містить дослідження підстав набуття майнових прав інтелектуальної власності. Автор сформулював власну дефініцію таких підстав та обґрунтував їх поділ на первісні і похідні. Варто підтримати позицію вченого щодо доцільності аналізу первісних підстав набуття майнових прав інтелектуальної власності окремо щодо об'єктів авторського права і суміжних прав, патентного права та засобів індивідуалізації. Це дозволило виявити особливості у первісних підставах набуття майнових прав на об'єкти, що належать до зазначених груп.

Проблемам здійснення майнових прав інтелектуальної власності присвячено третій розділ монографії. Насамперед проаналізовано саме поняття «здійснення майнових прав інтелектуальної

<sup>1</sup> Якубівський І.Є. Набуття, здійснення та захист майнових прав інтелектуальної власності в Україні : монографія. Львів : ЛНУ ім. І. Франка, 2018. 522 с.



## ЗАРУБІЖНІ ЗВ'ЯЗКИ

UDC 342

DOI <https://doi.org/10.32837/chc.v0i36.208>

**Ramón Terol Gómez,**

Professor of Administrative Law,  
University of Alicante

### EUROPEAN UNION REGULATION OF STATE AIDS AND PROFESSIONAL FOOTBALL (PART 2)

**3. La creciente atención de las autoridades de la Unión Europea a la aplicación del régimen de ayudas de Estado al deporte**

**3.1. Las primeras decisiones**

Dejando de lado lo relativo a la financiación de instalaciones e infraestructuras deportivas, la primera decisión de la Comisión Europea respecto de ayudas públicas a entidades deportivas, la tenemos en la Decisión de 25 de abril de 2001, relativa a ayudas otorgadas a clubes deportivos franceses y vinculadas a la formación de jugadores jóvenes de fútbol, baloncesto, rugby y voleibol, que no apreció incompatibilidad. Tampoco en la posterior Decisión de 6 de abril de 2005 respecto de medidas adoptadas en Holanda a favor de los clubes deportivos Basketball Omniworld Almere y Volleyball Omniworld Almere.

Mayor controversia ocasionó el Decreto-Legge 282 de 24 de diciembre de 2002, promulgado por el Gobierno italiano y que fue conocido como “decreto salva calcio”, ya que permitía mantener en los activos de los clubes hasta durante diez años los derechos de adquisición de jugadores, en lugar de amortizar tales derechos mientras dure el correspondiente contrato con el futbolista. Su efecto consistía, así, en que los clubes podían presentar una contabilidad que nítidamente infravaloraba los costes de adquisición de futbolistas en un año concreto.

El Parlamento italiano validó la norma como Ley el 21 de febrero de 2003, y poco después la Comisión Europea por carta № D/51643, de 12 de marzo de 2003, pidió información sobre las medidas en cuestión pues entendió que la medida adoptada podía considerarse una ayuda de Estado, además de que había sido adoptada en infracción de las Directivas comunitarias sobre contabilidad. Tras el correspondiente cruce de

cartas e informaciones, las autoridades italianas se comprometieron a modificar las disposiciones en cuestión con el fin de excluir de éstas cualquier efecto de tipo tributario, desde luego después de que vez la Comisión adoptara la Decisión de incoar el procedimiento en lo que a las ayudas de Estado se refiere, lo que comunicó en noviembre de 2003.

Tal modificación normativa se produjo con la aprobación de la Ley № 62 de 18 de abril de 2005, entendiéndose a partir de ahí la Comisión Europea que “Al no suponer renuncia alguna a ingresos tributarios, la medida no comporta el uso de recursos estatales. Falta, por consiguiente, uno de los requisitos esenciales para constatar la existencia de ayuda estatal según el artículo 87, apartado 1, del Tratado. Por consiguiente, la Comisión concluye que, tras las modificaciones aportadas a la Ley 62/2005 (“Ley Comunitaria 2004”), la medida no constituye una ayuda”, con lo que “No será, pues, necesario estudiar con detenimiento los comentarios de las autoridades italianas ni las observaciones de los terceros interesados”, procediendo a declarar en consecuencia la no existencia de ayuda estatal, lo que se realizó con la Decisión de 22 de junio de 2005, a la que pertenecen los entrecorillados anteriores [29].

La norma italiana tenía la nítida motivación de favorecer a los clubes de fútbol en dificultades económicas, y resulta aún más claro ahora que en toda Europa se padece la crisis económica, que está agravando seriamente la situación de los clubes profesionales de fútbol. Estando estos tan vinculados a sus comunidades locales, no es de extrañar que los responsables políticos de estas encuentren de inmediato motivos para lanzarse en su ayuda, bien subvencionando o apoyando económicamente de modo directo para paliar su

deuda, lo que puede conseguirse por diversos medios. O bien implicarse mediante distintas fórmulas en la remodelación, optimización, construcción o financiación del estadio en el que el club en cuestión celebra sus encuentros.

Hay que tener presente que una ayuda dirigida de modo directo, es decir, selectiva, para un club profesional es contraria a lo dispuesto en el artículo 107.1 TFUE, siempre y cuando tal club tenga la consideración de empresa. Sobre esta cuestión, de acuerdo con A. Descalzo González [12], debe tenerse en cuenta la STJUE de 1 de julio de 2008, donde a los efectos de la aplicación del Derecho de la UE se entiende que tiene esa condición el Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) a pesar de que es una persona jurídica sin ánimo de lucro que representa a Grecia en la Federación Internacional de Motociclismo. Se señala en el fallo que “una persona jurídica cuyas actividades consisten no sólo en participar en las resoluciones administrativas que autorizan la organización de competiciones de motocicletas, sino también en organizar ella misma tales competiciones y en celebrar en este contexto contratos de patrocinio, publicidad y seguro, está incluida en el ámbito de aplicación de los artículos 82 CE y 86 CE. Estos artículos se oponen a una normativa nacional que confiere a una persona jurídica, que organiza competiciones de motocicletas y celebra en este contexto contratos de patrocinio, publicidad y seguro, la facultad de emitir un dictamen conforme sobre las solicitudes de autorización presentadas para organizar dichas competiciones, sin que dicha potestad esté sometida a límites, obligaciones y control”.

### **3.2. La posición de las instituciones de la Unión Europea y el acuerdo Comisión Europea-UEFA de 21 de marzo de 2012**

Dadas las actuaciones antes indicadas, y partiendo de la base que la especificidad del deporte a que se refiere el artículo 165 TFUE -de lo que se dio cuenta en el Capítulo 8 de la presente obra- no ampara una suerte de exención respecto de las previsiones del TFUE relativas a la libre competencia, merece la pena destacar el Independent European Sport Review, un estudio que se realizó en 2006 por encargo de la Comisión donde directamente se recomienda “reconocer la especificidad del deporte en el contexto de las ayudas de estado”.

Ello se justifica explicando que las ayudas de estado son habituales en este ámbito y que las típicas pueden condensarse en: “i) un tratamiento

impositivo especial; ii) préstamos a interés muy bajo; iii) garantías con menores comisiones; iv) subvenciones directas; v) financiación pública de instalaciones deportivas a través de clubes o cualquier administración pública; vi) adquisición de un estadio municipal por un club o institución privada por un precio simbólico; vii) alquiler de instalaciones deportivas por parte de entidades públicas a un precio bajo; viii) construcción o renovación de estadios pagadas por ayuntamientos; ix) obras públicas en instalaciones deportivas privadas; x) adquisición pública de espacios publicitarios en estadios; xi) venta, donación o permuta de terrenos para infraestructuras deportivas”.

Reconocida esta realidad, el Independent European Sport Review, arguyendo los beneficios de tales ayudas, afirma que las destinadas al deporte podrían entrar dentro de las consideradas compatibles con el mercado interior por las letras c) y d) del artículo 107.2 TFUE cuando se refieren a “las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común” (c), y a “las ayudas destinadas a promover la cultura y la conservación del patrimonio <...>” (d), dado el impacto cultural del deporte. Entiende también que con arreglo a la letra e) del mismo precepto el Consejo a propuesta de la Comisión podría declarar compatibles las ayudas relacionadas con el deporte.

De acuerdo con lo anterior, y como otra solución, propone la modificación del Reglamento (CE) 994/98, del Consejo, de 7 de mayo de 1998, sobre la aplicación de los artículos 92 y 93 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea a determinadas ayudas estatales horizontales, incluyendo el deporte dentro de las categorías de ayudas compatibles con el mercado interior, junto con las relativas a la investigación y el desarrollo, la protección ambiental o la formación y el empleo.

Esta propuesta, como es obvio, no fue plenamente atendida, salvo en lo que se refiere a los estadios e infraestructuras deportivas como ya vimos, pues entendemos que parece que se establece una clara línea divisoria entre la financiación de infraestructuras deportivas, si se cumplen determinadas condiciones, y lo que viene a ser ayudas directas a clubes profesionales.

Sin entrar en otras Resoluciones y Comunicaciones de las instituciones europeas [31], consideramos todo un punto de inflexión el aval que la Comisión Europea otorgó mediante

una declaración conjunta al Financial Fair Play implementado por la UEFA, en un marco de colaboración entre ambas instituciones que está bien consolidado, y que constituye todo un punto de inflexión.

El Financial Fair Play, o “juego limpio financiero”, no es más -ni menos- que la reglamentación aprobada por la UEFA que impone unos requisitos mínimos de solvencia a los clubes de fútbol para poder participar en las competiciones europeas. Prolija regulación adoptada inicialmente en 2010 y que ya está en pleno vigor, que con instrumentos como el denominado “punto de equilibrio” pretende evitar que los clubes adopten “políticas de gasto superiores a lo que permite su situación presupuestaria, erigiéndose dicho instrumento como la principal medida adoptada por la UEFA”. Objetivo este que resulta incompatible con que determinadas autoridades nacionales financien –o ayuden- a los clubes profesionales de su localidad para que a pesar de estar endeudados sigan gastando en fichajes, pues ello altera la igualdad de los competidores en detrimento de la limpieza de la competición. Se trata, así, de que nadie obtenga una ventaja indebida [18].

La declaración conjunta de la UEFA y la Comisión Europea es de 21 de marzo de 2012 y la firmaron el Presidente de la UEFA y el Vicepresidente de Comisión Europea y Comisario de la Competencia, y en ella se señala que los objetivos del Financial Fair Play se comparten por la Unión Europea, y respecto de las ayudas de Estado, esto es lo que se señala en los apartados 7 al 12 del acuerdo:

“7. Estos objetivos son también coherentes con los fines y objetivos de la Unión Europea la política en materia de ayudas estatales.

8. La idea principal detrás de control de las ayudas estatales es que las empresas europeas deben competir en igualdad de condiciones, sin que a ningún operador se le otorguen ventajas especiales por cualquier nivel de gobierno. En este sentido, el reglamento financiero de la UEFA y las normas sobre ayudas estatales de la Comisión persiguen en términos generales el mismo objetivo de preservar la competencia leal entre los clubes de fútbol.

9. Hay un fuerte vínculo entre el Financial Fair Play, que introduce la disciplina y racionalidad en las finanzas de los clubes de fútbol, y las normas sobre ayudas estatales que impiden las intervenciones públicas no autorizadas que muy a menudo se refieren a los clubes de fútbol en dificultades financieras por una mala gestión de sus

finanzas. Dado que las normas del Financial Fair Play imponen estrictas reglas de gestión financiera a los clubes de fútbol, es probable que en el largo plazo pueda reducirse o eliminarse la necesidad de subsidios estatales para una serie de clubes.

10. Las políticas del Financial Fair Play y de ayudas estatales también son compatibles en la medida en cada marco jurídico prevé un tratamiento específico en el caso de los gastos dirigidos a asuntos tales como la juventud, los proyectos de formación y desarrollo, sociales y comunitarios y la inversión en infraestructuras, como se muestra por las decisiones favorables de la reciente de la Comisión en materia de ayudas al deporte aficionado y a equipos juveniles de Francia, así como el apoyo a las infraestructuras deportivas en Hungría.

11. Otro tema de preocupación común es si el tratamiento fiscal del fútbol profesional clubes difiere del tratamiento de otros agentes económicos con el mismo estatus legal. A este respecto, un tratamiento más equitativo de impuestos de los clubes de fútbol también promovería un mayor nivel en los campo de juego.

12. Sin embargo, la cuestión más preocupante es el aumento del endeudamiento, que sigue al alza en los clubes de fútbol profesional de las más importantes ligas. Esto es lo que ha inspirado realmente a la UEFA para establecer su Financial Fair Play. Desde el punto de vista de la ayuda estatal, hay un riesgo significativo de que los clubes de fútbol cada vez soliciten más ayuda financiera a las autoridades públicas nacionales, regionales o locales para poder seguir jugando al fútbol profesional <...>”.

Sin perjuicio de que este reglamento de UEFA pueda llegar a ser escrutado desde el punto de vista del Derecho de la competencia por el TJUE [13], es lo cierto que su motivación es coincidente como vemos con la manifestada por la Comisión en orden a prohibir las ayudas de Estado al deporte profesional.

Y es a partir de la mencionada Declaración Conjunta, en octubre de 2012, cuando la Comisión se dirige por escrito a todos los Estados miembros interesándose por las ayudas que hayan podido otorgar a los clubes de fútbol profesionales, sin perjuicio de que ya antes había comenzado a recibir denuncias de ayudas ilegales y a iniciar los correspondientes procedimientos con arreglo a lo establecido en el Reglamento (CE) 659/1999, del Consejo, por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 108 TFUE.

Ese momento es en el que se inician y comunican expedientes por ayudas de Estado ilegales a determinados clubes de fútbol europeo, y señaladamente españoles, a lo que de inmediato dirigimos nuestra atención.

### **3.3. Los expedientes a clubes de fútbol europeos. Especial referencia al caso de los clubes de fútbol españoles**

#### **3.3.1. Los primeros expedientes. Las ayudas a los clubes de fútbol holandeses**

Puede afirmarse [34] que 2013 fue el año en que se acabó con una tolerancia implícita ante el incumplimiento sistemático de la obligación de los Estados de notificar las ayudas que otorguen a los clubes de fútbol, lo que ha venido siendo una práctica habitual como hemos visto y que, incluso, se reconoció expresamente en el Independent European Sport Review.

Empezó la Comisión Europea ocupándose de las ayudas que determinados municipios holandeses otorgaron a clubes de fútbol de la primera división, conocida como Eredivisie. En este caso, la Comisión Europea, el 6 de marzo de 2013, notificó a Holanda su Decisión de incoar el procedimiento del artículo 108.2 TFUE al apreciar que algunos ayuntamientos habían concedido ayudas a clubes de fútbol profesionales que atravesaban dificultades financieras. Los clubes y ayuntamientos implicados, con las fechas y cuantías en cuestión, eran los que seguidamente señalamos con indicación de año en que se realizó la ayuda en cuestión y del número de referencia del expediente:

- Vitesse (2008), al que el ayuntamiento de Arnhem aceptó el impago de créditos por importe de 11 700 000 euros (SA.33584);

- NEC (2010). El ayuntamiento de Nimega se hizo cargo de un crédito del club por importe de 2 200 000 euros (SA.41617);

- MVV (2010). El ayuntamiento de Maastricht le condonó un crédito de 1 700 000 euros y le compró el estadio por 1 850 000 euros (SA.41612);

- Willem II (2010). El ayuntamiento de Tilburg rebajó el alquiler del estadio con carácter retroactivo, abonando al club 2 400 000 euros (SA.40168);

- PSV (2011). El ayuntamiento de Eindhoven le compró terrenos por 48 385 000 euros y lo volvió a arrendar al club (SA.41613);

- FC Den Bosch (2011). El ayuntamiento de s-Hortenbosh le condonó al club un crédito de 1 650 000 euros y compró instalaciones deportivas para entrenamientos por 1 400 000 euros (SA.41614).

Aquí no medió notificación previa de las ayudas a la Comisión, que actuó motivada por un gran número de denuncias de ciudadanos holandeses, y que en la comunicación del inicio del expediente señaló, respecto de la ayuda otorgada por el ayuntamiento de Ahrhem al Vitesse, señala la Comisión que ésta “<...> se produjo en el marco de una suspensión formal del procedimiento de realización de los pagos relativo a Vitesse. Además, las autoridades de los Países Bajos han demostrado que el ayuntamiento actuó de conformidad con el principio del acreedor privado. Por consiguiente, la Comisión estima que esta medida no es constitutiva de ayuda estatal”.

En cuanto al resto de las ayudas, el procedimiento se inició y cumplimentó todos sus trámites terminando con cinco Decisiones, todas ellas de 4 de julio de 2016, en las que concluyendo que los Países Bajos no han respetado sus obligaciones en virtud del artículo 108.3 TFUE al no notificar con antelación la ayuda estatal, declaraba sin embargo que las ayudas otorgadas eran compatibles con el mercado interior en virtud de lo dispuesto en el artículo 107.3.c) TFUE, esto es, por considerar que son “ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común”.

Se dió aquí además la particularidad de que los ayuntamientos de Nimega el 6 de mayo de 2013 (as. T-251/13) y de Eindhoven el 17 de julio de 2013 (as. T-370/13), interpusieron recurso ante el TGUE solicitando la nulidad de la Decisión de 6 de marzo de 2013 de la Comisión Europea y que, en consecuencia, se archivara el procedimiento incoado.

La demanda que presentó el ayuntamiento de Nimega fue inadmitida, con condena en costas, mediante Auto del TGUE de 3 de marzo de 2015.

En lo que al Ayuntamiento de Eindhoven se refiere, éste desistió de la demanda con fecha 13 de julio de 2016, obteniendo por parte del TGUE la declaración de condena en costas, debiendo correr con sus propios gastos y los ocasionados a la Comisión. En cuanto al club PSV, que se adhirió a la demanda, éste correría con sus propias costas.

#### **3.3.2. Los expedientes contra los clubes de fútbol españoles**

Justo en la misma fecha del 18 de diciembre de 2013, en la que la Comisión Europea comunicaba a Francia que no apreciaba infracción del régimen de ayudas de estado en las actuaciones que se

financiaron para la construcción y remodelación de estadios de fútbol, la Comisión Europea notificó al Reino de España tres Decisiones, con esa fecha, en las que se comunicaba la apertura de expedientes a clubes y SAD de fútbol españoles. Las tres decisiones compartieron la nota de prensa emitida ese día por la Comisión Europea (ref. IP/13/1287), en la que se explicaba lo siguiente:

“En primer lugar, la Comisión va a investigar los posibles privilegios fiscales otorgados al Real Madrid CF, el Barcelona CF, el Athletic Club de Bilbao y el Club Atlético Osasuna. Otra investigación examinará si una permuta de terrenos bien conocida entre el Ayuntamiento de Madrid y el Real Madrid CF incluía algún tipo de ayuda estatal en beneficio del club. Por último, examinará si los avales concedidos por el Instituto Valenciano de Finanzas para préstamos utilizados para financiar a tres clubes de la Comunidad Valenciana, el Valencia CF, el Hércules CF y el Elche CF, cumplieron las normas sobre ayudas estatales de la UE, en un momento en que esos clubes atravesaban aparentemente por dificultades financieras.

Todas estas medidas se financiaron mediante recursos del Estado y confieren ventajas a determinados clubes que realizan actividades económicas en el mercado interior de la UE. Por lo tanto, las medidas pueden afectar a la competencia y a los intercambios comerciales entre los Estados miembros. En consecuencia, parecen entrañar una ayuda de Estado en el sentido de las normas de la UE. Dicha ayuda puede considerarse compatible si fomenta un objetivo común sin falsear de forma indebida la competencia en el mercado interior. Hasta el momento, España no ha aportado prueba alguna a tal efecto.

En la medida en que los clubes de fútbol profesional en cuestión se enfrentaban a dificultades financieras cuando se ejecutaron las citadas medidas, estas deben evaluarse sobre la base de las Directrices que permiten a los Estados miembros conceder ayuda para el salvamento y reestructuración de empresas en crisis, siempre que se cumplan determinadas condiciones. En la fase actual, la Comisión alberga dudas de que las medidas se ajusten a lo dispuesto en las Directrices, en particular debido a que España no ha presentado ningún plan de reestructuración que demuestre cómo los clubes podrían volver a ser rentables al tiempo que limita el falseamiento de la competencia provocado por la ayuda estatal”.

Los tres expedientes se resolvieron con la misma fecha de 4 de julio de 2016, y se hizo en el

sentido de declarar la ilegalidad de las ayudas de Estado otorgadas. Y disponiendo además tanto la obligación del Reino de España de recuperar de los beneficiarios la ayuda otorgada de modo inmediato y efectivo, con el correspondiente devengo de intereses, así como facilitar a información a la Comisión sobre todo ello.

Pasamos seguidamente a hacer referencia sucinta a cada uno de los expedientes, con indicación de su número de referencia.

### 3.3.2.1. *El régimen fiscal de los clubes que no se transformaron en SAD (SA.29769)*

De los tres expedientes a que nos referimos, el que ha tenido una tramitación más dilata es el relativo a las ventajas fiscales que la Comisión Europea se ha apreciado que vienen obteniendo el Real Madrid CF, el FC Barcelona, el Athletic Club de Bilbao y el CA Osasuna de Pamplona, al no verse obligados por la LD a convertirse en SAD y conservar su cualidad de asociación sin ánimo de lucro aunque operan en el mercado del fútbol profesional. Sin entrar en lo que implica la no conversión en SAD, lo que es objeto de tratamiento en el Capítulo 3 de esta obra –allí nos remitimos– tal naturaleza jurídica de asociación sin ánimo de lucro lleva a que tributen en el impuesto de sociedades por un tipo impositivo menor del que les correspondería de ser SAD.

Este expediente, cuya referencia es SA.29769, vino motivado por una denuncia presentada en 2009 por un particular que representa a un grupo de inversores con intereses en clubes de fútbol europeos, que viendo como transcurrían los plazos sin una decisión por parte de la Comisión Europea, acudió el 9 de febrero de 2012 al Defensor del Pueblo Europeo, quien con fecha 16 de diciembre de 2013 acordó recomendar que: “La Comisión debe comprometerse a tomar una decisión sobre si debe o no iniciar un procedimiento de infracción tan pronto como sea posible y, en cualquier caso, no más tarde del 30 de junio de 2014”. La reacción de la Comisión no se hizo esperar e inició el expediente, como se ha indicado, el 18 de diciembre de 2013.

Tras los trámites y alegaciones correspondientes, interviniendo además de los cuatro clubes implicados, la LFP, la Diputación Foral de Bizkaia –dado que es la competente en materia fiscal en lo que al Athletic de Bilbao se refiere– y el Gobierno de España, por Decisión (UE) 216/2391, de 4 de julio de 2016 de la Comisión Europea, ésta resolvió declarar ilegal la ayuda considerada, determinando respecto de la consiguiente

obligación del Estado español de recuperarla que la misma "(93) <...> cubrirá, por tanto, los diez años transcurridos desde que la Comisión solicitó por primera vez a España información sobre la medida de ayuda. Esta solicitud se realizó el 15 de febrero de 2010. En consecuencia, la recuperación de la diferencia impositiva comienza con el ejercicio fiscal de 2000. (94) El importe de la ayuda para los cuatro clubes de fútbol es la diferencia entre el importe del impuesto sobre sociedades que han pagado y el importe del impuesto sobre sociedades que habrían tenido que pagar si hubieran estado sujetos a las normas sobre el impuesto sobre sociedades aplicables a las sociedades anónimas en un año determinado".

En cuanto a la determinación del monto total de la ayuda, señala la Decisión que "(95) <...> La Comisión recuerda, no obstante, que el importe exacto de la ayuda que debe recuperarse se evaluará caso por caso durante el procedimiento de recuperación que llevarán a cabo las autoridades españolas en estrecha cooperación con la Comisión".

Las conclusiones de la Comisión Europea están los párrafos 97 y 98 de la Decisión, que tiene el siguiente tenor literal:

"(97) La Comisión concluye que, mediante la Ley 10/1990, España ha introducido ilegalmente una ayuda en forma de privilegio fiscal en el impuesto sobre sociedades para el Athletic Club Bilbao, el Club Atlético Osasuna, el FC Barcelona y el Real Madrid CF, infringiendo el artículo 108, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

(98) Esa ayuda no es compatible con el mercado interior. En consecuencia, España tendrá que poner fin al trato selectivo de los cuatro clubes y recuperar de ellos la diferencia entre el impuesto sobre sociedades pagado y el impuesto sobre sociedades al que estarían sujetos si hubieran tenido la forma jurídica de sociedad anónima deportiva, a partir del ejercicio fiscal de 2000".

Adoptada esta Decisión, y dado que el régimen tributario en el País Vasco y en Navarra es competencia autonómica, lo que afecta respectivamente al Athletic y al Osasuna, hay que tener en cuenta que, en la Comunidad Foral de Navarra, lo que afecta al Osasuna, se aprobó la Ley Foral 13/2016, de 19 de septiembre, por la que se modifica parcialmente la Ley Foral 24/1996, de 30 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades, al objeto de ejecutar la decisión de la Comisión Europea relativa a la modificación

del régimen tributario de determinados clubes deportivos.

Por su parte, la Diputación Foral de Bizkaia -lo que afecta al Athletic- aprobó la Norma Foral 6/2016, de 19 de octubre, por la que se modifica el tratamiento fiscal de determinadas entidades en aplicación del Derecho de la Unión Europea, disponiendo en su artículo único que "Los clubes deportivos profesionales a que se refiere la Decisión de la Comisión Europea C (2016) 4046 final, de 4 de julio de 2016, relativa a la ayuda estatal SA.29769 (2013/C) (ex 2013/NN) concedida por España a determinados clubes de fútbol, tributarán en régimen general del Impuesto sobre Sociedades y no les resultará de aplicación el tratamiento establecido en la letra a) del apartado 2 del artículo 12 de la Norma Foral del Impuesto sobre Sociedades <...>".

Prevé asimismo la norma, en su Disposición Adicional Única, que "Lo dispuesto en esta Norma Foral dejará de producir efectos en el supuesto de que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea determine que el tratamiento fiscal previsto en la Norma Foral del Impuesto sobre Sociedades con anterioridad a la entrada en vigor de esta Norma Foral para determinados clubes deportivos profesionales no constituye una ayuda estatal en el sentido de lo dispuesto en el artículo 107 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea o resulta compatible con el mercado interior, debiendo la Administración tributaria regularizar de oficio la situación tributaria de los contribuyentes a los que se haya aplicado lo dispuesto en esta Norma Foral en relación con los períodos impositivos en los que haya resultado de aplicación".

Disposición esta que tiene cierto sentido si tenemos en cuenta que han recurrido la Decisión ante el TGUE las correspondientes Administraciones forales (as. T-845/16 y T-846/16), el FC Barcelona (as. T-865/16) y el Athletic (as. T-679/16).

*3.3.2.2. Las ayudas "urbanísticas" al Real Madrid (SA.33754)*

Otro de los expedientes iniciados el 18 de diciembre de 2013 por la Comisión Europea tiene como exclusivo protagonista al Real Madrid CF, en el conocido ámbito de lo que denominamos "ayudas urbanísticas", de lo que como ya indicamos hay bastantes ejemplos en nuestro país [21].

Centrándonos en el Real Madrid y el caso que nos ocupa, no es la primera vez que las actuaciones urbanísticas protagonizadas por ese club y el ayuntamiento de la Villa de Madrid llama la atención de las autoridades de la Unión Europea.



Sin ir más lejos, el 26 de septiembre de 2002 el entonces Comisario de la Competencia tuvo que contestar en el Parlamento Europeo una pregunta respecto de la recalificación urbanística de los terrenos donde se ubicaba la Ciudad Deportiva del club, señalando entonces que “la Comisión observa que la nueva calificación del terreno en cuestión no parece implicar ninguna transferencia directa o indirecta de recursos ni por parte de la ciudad de Madrid ni por la Comunidad Autónoma de Madrid. El hecho de que la nueva calificación confiera una ventaja al Real Madrid no puede conferirle carácter de ayuda estatal en el sentido del artículo 87 del Tratado CE. Por consiguiente, sobre la base de la información disponible, la Comisión considera que no existen argumentos suficientes para investigar el caso en virtud de las disposiciones sobre ayudas estatales contenidas en el Tratado CE” (DOCE № C 137 E, de 12 de junio de 2003, p. 87). Y poco después, el 22 de octubre de 2002, tuvo que contestar otra pregunta sobre la misma cuestión, indicando que “<...> El mero hecho de que, según la información disponible, la medida no implique una transferencia de fondos estatales y, por lo tanto, no constituya ayuda, según la interpretación del artículo 87 <...> es motivo suficiente para que la Comisión no investigue la medida” (DOCE № C 161 E, de 10 de julio de 2003).

Lo cierto es que los convenios urbanísticos entre el Real Madrid CF, el Ayuntamiento de la capital de España y la Comunidad de Madrid arrancan en 1991, siguen en 1996, luego en 1998 y finalmente en 2011, no estando su tramitación y ejecución ni mucho menos exentas de distintos pronunciamientos judiciales en los que no vamos a entrar.

Centrándonos en lo que la Comisión Europea cuestionó en su Decisión de 18 de diciembre de 2013, con número de expediente SA.33754, la misma se refiere al beneficio obtenido por el Real Madrid CF con ocasión de la permuta con el ayuntamiento de la finca denominada “Las Tablas”, que éste se comprometió a entregar al Real Madrid CF. Primero en el convenio de 1996 el club acordó ceder al Ayuntamiento un terreno situado en su ciudad deportiva, y éste a cambio lo compensaría con la cesión de otros; luego, en 1998 se firmó otro convenio para ejecutar el anterior comprometiéndose el Ayuntamiento a entregar varias parcelas concretas, entre las que estaba la de “Las Tablas” que entonces se tasó por el Ayuntamiento en 595 194 euros; y finalmente, en 2011, dado que tal cesión no se

realizó, se acordó compensar al Real Madrid CF con la cesión de otras parcelas, previa tasación del valor de la finca, que en ese año se fijó en la cantidad de 22 693 054,44 euros. Cantidad a la que se dedujeron deudas pendientes del club con el Ayuntamiento y otros conceptos, y por cuyo valor -más el pago de 6 500 000 euros- recibió terrenos cerca de su estadio en los que edificaría un centro comercial y un hotel, lo que se recogió en el Acuerdo del Consejo de Gobierno del Ayuntamiento de Madrid de 15 de noviembre de 2012, por el que se aprueba definitivamente la Modificación Puntual del Plan de Ordenación Urbana de Madrid.

Iniciado el expediente por la Comisión Europea, y tras hacerse público el mismo, la asociación Ecologistas en Acción Madrid-ADENAT solicitó del TSJ de Madrid la adopción de la medida cautelar de suspensión del Acuerdo municipal antes señalado, lo que fue concedido por el Auto de la Sección Primera (Sala de lo Contencioso) del TSJ de Madrid de fecha 31 de julio de 2014. Se funda la decisión en el mencionado Auto entre otras circunstancias, en que “<...> existe la obligación de proteger la eficacia del artículo 108 apartado 2, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, y dicha protección se obtiene evitando cautelarmente cualquier actuación que no solo pudiera hacer imposible la restitución de la posible ayuda sino también impidiendo que la ejecución del acto pudiera producir perjuicios que hicieran aún más gravosa la restitución como sería la demolición de lo construido al amparo de la Modificación si no se quiere evitar la consolidación de la supuesta ilegalidad habida cuenta que la ayuda se ha traducido en bienes inmuebles sobre los que se sustenta dicho acto de planeamiento <...>” [19].

Poco después, la STSJ de Madrid de 2 de febrero de 2015 anuló la controvertida modificación del Plan General a que nos referimos.

Terminó la tramitación del expediente mediante Decisión (UE) 2016/2393, de la Comisión Europea de 4 de julio de 2016, concluyendo que esta “(143) <...> considera que España, mediante el convenio de 2011 celebrado entre el ayuntamiento de Madrid y el Real Madrid, ha concedido ilegalmente ayuda estatal al Real Madrid, en infracción del artículo 108, apartado 3, del Tratado, que España está obligada a recuperar, en virtud del artículo 16 del Reglamento (UE) 2015/1589, del Real Madrid”.

El artículo 1 de la Decisión indicada dispone que “la ayuda estatal por importe de 18 418 054,44 EUR, concedida ilegalmente el 29 de julio de 2011 por el Reino de España, infringiendo el artículo 108,

apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en favor de Real Madrid Club de Fútbol es incompatible con el mercado interior”.

A partir de ahí, por Decreto de 2 de septiembre de 2016 del Delegado del Área de Gobierno de Economía y Hacienda del Ayuntamiento de Madrid se requirió al Real Madrid para que procediera a la devolución de la ayuda, recogiendo los medios de comunicación el 4 de noviembre de 2016, que el club había hecho efectiva la devolución de la ayuda al Ayuntamiento.

Sin perjuicio de ello, con fecha de 14 de noviembre de 2016 el Real Madrid recurrió la Decisión ante el TGUE (as. T-791/16).

### 3.3.2.3. *El caso de los avales a los clubes valencianos (SA.36387)*

El tercero de los procedimientos cuya incoación tuvo lugar el 18 de diciembre de 2013 va referido a tres SAD de fútbol de la Comunidad Valenciana, constituyendo el objeto de la investigación que el Instituto Valenciano de Finanzas -entidad de Derecho público de la Comunidad Valenciana- otorgó en 2009, 2010 y 2013 avales a las Fundaciones de tres SAD -Valencia CF SAD, Hércules CF SAD y Elche CF SAD- para financiar préstamos que estas solicitaron con la finalidad de adquirir acciones de las SAD, en procesos de ampliación de capital decididos por ellas mismas.

Las cantidades avaladas fueron a la Fundación Valencia de 75 000 000 de euros, a la Fundación Hércules 18 000 000 y a la Fundación Elche 14 000 000. Luego, en 2010 y 2013, se incrementó el aval otorgado a la Fundación Valencia en 6 000 000 y 5 000 000, respectivamente.

Evidenciándose que se trataba de avales públicos, tiene en cuenta Comisión en su Decisión de 18 de diciembre de 2013 su Comunicación relativa a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas estatales otorgadas en forma de garantía (2008/C 155/02), donde por cierto se fijan las condiciones cuya concurrencia permiten descartar que estemos ante ayudas de Estado ilegales. Tales circunstancias, como que el prestatario no esté en una situación financiera difícil o que el aval no supere el 80 por ciento del préstamo concedido, ni por asomo se dan en este caso.

Y resultando que las Fundaciones implicadas son instrumentales de las SAD y que las tres están en una situación de evidentes dificultades financieras, se plantea la Comisión si la actuación que se investiga es susceptible de encaje dentro de la regulación comunitaria sobre ayudas estatales

de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis, recogida fundamentalmente en las Directrices comunitarias sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis (2004/C 244/02). Tampoco se han respetado tales Directrices, que por ejemplo exigen que la ayuda se limite en el tiempo, que se acompañe de un plan de reestructuración y que se reembolsen a los doce meses tras su abono.

Finalmente, tramitado el expediente, la Comisión Europea emitió su Decisión de 4 de julio de 2016, señalando en el artículo 1 de su parte dispositiva lo siguiente:

“Las siguientes medidas constituyen ayudas estatales que fueron concedidas de manera ilegal por el Reino de España infringiendo el artículo 108, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y que son incompatibles con el mercado interior:

#### Medida 1

El aval público concedido por el IVF el 5 de noviembre de 2009 para un préstamo bancario a la Fundación Valencia para la suscripción de acciones del Valencia CF, en el marco de la operación de ampliación de capital del Valencia CF, por un importe de 19 193 millones EUR.

#### Medida 2

El aval público concedido por el IVF el 26 de julio de 2010 para un préstamo bancario a la Fundación Hércules para la suscripción de acciones del Hércules CF, en el marco de la operación de ampliación de capital del Hércules CF, por un importe de 6 143 millones EUR.

#### Medida 3

El aval público concedido por el IVF el 17 de febrero de 2011 para dos préstamos bancarios a la Fundación Elche para la suscripción de acciones del Elche CF, en el marco de la operación de ampliación de capital del Elche CF, por un importe de 3 688 millones EUR.

#### Medida 4

El incremento concedido por el IVF el 10 de noviembre de 2010 en favor de la Fundación Valencia por un importe de 1,188 millones EUR para el pago del principal, los intereses y los gastos vencidos del préstamo garantizado por la medida 1”.

Contra la Decisión se presentaron recursos ante el TGUE por el Valencia CF SAD (as. T-732/16), el Eche CF SAD (as. T-901/16R) y el Hércules CF SAD (as. 766/16R).

Ha de tenerse en cuenta que algunas de estas SAD están en concurso de acreedores, lo que

puede hacerlo todo más complicado, aunque si atendemos a lo que para estas situaciones establece la Comunicación de la Comisión titulada Hacia una aplicación efectiva de las decisiones de la Comisión por las que se ordena a los Estados miembros que recuperen las ayudas estatales ilegales e incompatibles (2007/C 272/05), los implicados tiene motivos para la preocupación. Así, señala:

“<...> 66. Para garantizar la aplicación inmediata y efectiva de la decisión de recuperación de la Comisión, la Comisión es de la opinión de que las autoridades responsables de la ejecución de la decisión de recuperación deberán también recurrir cualquier decisión del síndico o del tribunal de insolvencia de permitir la continuación de la actividad del beneficiario insolvente más allá de los plazos establecidos en la decisión de recuperación. Asimismo, cuando deban pronunciarse sobre una solicitud semejante, los tribunales nacionales deberán tener plenamente en cuenta los intereses de la Comunidad y especialmente la necesidad de asegurarse de que la ejecución de la decisión de la Comisión es inmediata y que la distorsión de la competencia causada por la ayuda ilegal e incompatible termina lo antes posible. Así pues, la Comisión considera que no deben permitir la continuación de la actividad de un beneficiario insolvente sin la plena recuperación previa.

67. En caso de que se proponga un plan de continuación al comité de acreedores que implique la continuación de la actividad del beneficiario, las autoridades nacionales responsables de ejecutar la decisión de recuperación sólo podrán apoyar ese plan si éste garantiza que la ayuda se recupera íntegramente dentro de los plazos previstos en la decisión de recuperación de la Comisión. En especial, el Estado miembro no podrá renunciar a parte de sus créditos de recuperación, ni podrá aceptar cualquier otra solución que no dé lugar a la terminación inmediata de la actividad del beneficiario. A falta de un reembolso completo e inmediato de la ayuda ilegal e incompatible, las autoridades nacionales responsables de ejecutar la decisión de recuperación deberán tomar todas las medidas disponibles para oponerse a la adopción de un plan de continuación y deberán insistir en la finalización de la actividad del beneficiario dentro del plazo establecido en la decisión de recuperación”.

Todos han iniciado acciones ante el Tribunal de Justicia de la UE, que están pendientes de sentencia, obteniendo la suspensión de la ejecución.

### 3.3.3. Otras actuaciones de la Comisión

Expuestos estos procedimientos, hay que reconocer que no ha quedado ahí la actividad de la CE en orden a recabar información respecto de más actuaciones protagonizadas por clubes de fútbol profesionales. Sin ir más lejos, abrió unas actuaciones previas -motivada por denuncias presentadas- respecto de la ya mencionada Ley Foral 26/2014, de 2 de diciembre, por la que se aprueba la reestructuración de la deuda del CA Osasuna con la Comunidad Foral de Navarra, y que de acuerdo con el Anexo I de la norma asciende a 53 025 992,48 euros. El mecanismo ideado está en la cesión a la Comunidad Foral de fincas del club -el estadio y las instalaciones de Tajonar- a cambio de extinguir la deuda, para luego arrendarlas a este por 30 años: si está en 2ª División, 75.000 euros/año, y si en 1ª División, 150 000 euros/año. Desde luego, los gastos de mantenimiento y uso de las instalaciones serán de cuenta del Osasuna.

Sobre esta cuestión la Dirección General de la Competencia de la Comisión Europea remitió un escrito al Gobierno de Navarra solicitando información con fecha 12 de diciembre de 2014, otorgándole al expediente la referencia SA.39927(2014/P), acordando luego el archivo del expediente en abril de 2015.

También en España, y aunque había informaciones al respecto, no se acordó la apertura de expediente alguno a las ayudas públicas otorgadas por las Administraciones vascas para la construcción del nuevo estadio de San Mamés, del Athletic de Bilbao, seguramente por coherencia con la decisión adoptada para Francia.

De acuerdo con el diario británico *The Independent* en su edición del 18 de diciembre 2013, se iba a abrir un expediente que además tenía el número de referencia SA.37199. Número este que no arroja resultado alguno en el buscador de casos de la Comisión Europea, y hay que tener en cuenta que el estadio ya está plenamente operativo. La tenencia de los terrenos y la construcción y propiedad del nuevo Estadio de San Mamés es el objeto social de San Mamés Barria SL, una sociedad que en junio de 2014 contaba con 140 766 103 euros de capital social, estando participada por el Athletic Club de Bilbao, con un 26,5 por ciento de las participaciones sociales, la Diputación Foral de Bizkaia (28,7), la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco (13,16), Kartera 2, S.L., de la entidad Bilbao Bizkaia Kutxa (21,6) y el Ayuntamiento de Bilbao (0,04). Así se explica en el Decreto 138/2014, de 24 de junio, por el que



Competencia Europea, por las características de la entidad y la situación en la que está. El Gobierno ha consultado la posibilidad de evitar ese trámite, pero la respuesta ha sido negativa, según el jefe del Ejecutivo, quien cree que, “en el mejor de los casos”, este órgano tardaría dos meses en resolver y “ese tiempo ya no le es útil al Racing”, ha apostillado”, tal y como se recogió en prensa (Diario Marca, 05.03.2015).

También, en el plano de la legislación en materia de deporte aprobada por las Comunidades Autónomas, tenemos la reciente Ley 5/2016, de 19 de julio, del deporte de Andalucía, cuyo artículo 78 rubricado “Ayudas públicas” contiene una advertencia nítida al disponer que “La

Administración de la Junta de Andalucía fomentará el deporte mediante un régimen de ayudas públicas dentro de las disponibilidades presupuestarias, de conformidad con la normativa comunitaria, estatal y autonómica que le sea de aplicación” (apartado 1).

Hemos pasado, por tanto, de una situación en la que los responsables políticos de cada localidad consideraban como propio el problema de deuda endémica del club de fútbol allí asentado, a reclamar la aplicación del Derecho de la UE toda vez que nos van a escrutar externamente en caso de no hacerlo. Todo un logro si tenemos en cuenta los dispendios realizados y la desatención de mucho más acuciantes problemas necesitados de dinero público y decididas inversiones.

### BIBLIOGRAFÍA:

1. Agirreazkuénaga I. La transformación del Derecho Deportivo por influencia de la Unión Europea. *Revista de Administración Pública*. 2016. № 200. P. 385–408.
2. Aparisi Seguí J. Sobre los contratos de patrocinio de la Sociedad Proyectos Temáticos de la Comunidad Valenciana con Sociedades Anónimas Deportivas valencianas. En concreto el contrato de 1 de diciembre de 2010 suscrito con el Hércules de Alicante Club de Fútbol S.A.D. Análisis de las sentencias № 77/2014 del Juzgado de Primera Instancia № 4 de Alicante de 31 de marzo de 2014 y Sentencia № 368 de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 5ª) de 5 de diciembre de 2014. *Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento*. 2015. № 46. P. 393–404.
3. Arenas Montañana N. ¿Están sujetas las entidades deportivas a las normas sobre ayudas de estado? ¿en qué medida se aplican éstas a la financiación pública de infraestructuras deportivas? *Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento*. 2013. № 40. P. 101–117.
4. Independent European Sport Review / J.L. Arnault (coord.). 2006. October.
5. Beltrán Sánchez E., Campuzano Laguillo A.B. Las ayudas de Estado a empresas en crisis. *Estudios de Derecho español y europeo* : libro conmemorativo de los primeros 25 años de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cantabria. Santander : Universidad de Cantabria, 2009. P. 129–158.
6. Berenguer Jiménez L. Derecho de la competencia. La doctrina de la autoridad española de la competencia. *El deporte en la jurisprudencia* / A. Palomar, R. Terol (Dirs.). Navarra : Aranzadi Thomson Reuters, 2009. P. 98–120.
7. Blasco Díez J. La especulación inmobiliaria de los clubes de fútbol en España. *Revista Bibliográfica de Geografía y Ciencias Sociales*. 2008. Vol. XIII. № 778. P. 742–798.
8. Boto Alvarez A. La inversión pública en infraestructuras cedidas a clubes profesionales y la doctrina comunitaria sobre ayudas de Estado. *Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento*. 2012. № 35. P. 125–137.
9. Boto Alvarez A. Colaboración público-privada en equipamientos deportivos para la Eurocopa de 2016. *Revista General de Derecho Administrativo*. 2011. № 28. P. 55–67.
10. Campuzano Laguillo A.B., Calderón C. Las ayudas públicas. *El Derecho de la Competencia*. Valencia : Tirant lo Blanch, 2015. P. 200–234.
11. Cazorla González-Serrano L. Derecho mercantil y deporte profesional. Navarra : Thomson Reuters Aranzadi, 2016. 400 p.
12. Descalzo González A. Ayudas públicas y defensa de la competencia. *Derecho de las Subvenciones y Ayudas Públicas* / A. Palomar, M. Garcés (Coords.). Navarra : Aranzadi Thomson Reuters, 2011. P. 213–244.
13. Flanagan C.A. A tricky European fixture: an assessment of UEFA’s Financial Fair Play regulations and their compatibility with EU law. *The International Sports Law Journal*. 2013. Vol. 13. Issue 1–2. P. 148–167.
14. Fraile Fernández R., Chico de la Cámara P. Los expedientes abiertos por la Comisión Europea por presuntas ayudas de Estado en el fútbol profesional español y su compatibilidad con el Tratado Fundacional de la Unión Europea. *Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento*. 2015. № 49. P. 71–104.
15. García Caba M.M. El régimen jurídico aplicable a las ayudas de Estado y su extrapolación al fútbol profesional español: a propósito de las recientes decisiones de la Comisión Europea en la materia. *Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento*. 2016. № 52. P. 465–502.
16. García Caba M.M. A propósito de la novedosa normativa de control presupuestario del fútbol profesional español: esquemas y cuestiones prácticas. *Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento*. 2013. № 38. P. 553–581.
17. García Caba M.M. Los mecanismos de control económico del fútbol profesional español: régimen jurídico vigente y futuras propuestas de reforma. *Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento*. 2012. № 35. P. 384–414.
18. García Rivas D. Normativa sobre licencias y “Fair Play Financiero” de la UEFA. *Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento*. 2010. № 30. P. 73–82.
19. Gómez Olmos A.D. Las Ayudas de Estado en el Ámbito del Derecho Deportivo: La Suspensión Cautelar de la Ampliación del Estadio Santiago Bernabéu. Comentario Sobre el Auto de la Sección Primera del Tribunal Superior de Justicia de Madrid Sala de lo Contencioso-Administrativo de 31 de Julio de 2014. *Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento*. 2014. № 45. P. 353–370.
20. Jakovljevic T. Public Support for Sports: The Name of the Game-Football! *European State Aid Law Quarterly*. 2013. № 3. P. 76–92.

21. Martínez Gutiérrez R. El sorprendente mundo del fútbol y el Derecho. A propósito de algunas operaciones urbanístico-deportivas. *Revista de Administración Pública*. 2012. № 188. P. 147–188.
22. Odriozola Alen M. El deporte profesional y las reglas de mercado: competencia, ayudas de Estado y libertades comunitarias. *El deporte profesional* / A. Palomar (Dir.) ; R. Terol (Coord.). Barcelona : Bosch, 2009. P. 230–254.
23. Palomar Olmeda A. Las conductas contrarias a la defensa de la competencia y los procedimientos administrativos en la materia. *El Derecho de la Competencia*. Valencia : Tirant lo Blanch, 2015. P. 266–291.
24. Palomar Olmeda A. La aplicación al ámbito del deporte de las reglas del Derecho de la competencia. *El modelo europeo del Deporte* / A. Palomar (Coord.). Barcelona : Bosch, 2002. P. 189–230.
25. Pérez Bernabeu B. La recuperación de las ayudas de Estado. Principios y procedimiento. Madrid : Instituto de Estudios Fiscales, 2013. 400 p.
26. Pérez Bernabeu B. Ayudas de Estado en la jurisprudencia comunitaria. Concepto y tratamiento. Valencia : Tirant lo Blanch, 2008. 348 p.
27. Piernas López J.J. Crónica de una regulación anunciada: deporte, fútbol y ayudas de Estado. *Revista General de Derecho Europeo*. 2015. № 37. P. 312–340.
28. Rodríguez-Campos González S. La recuperación de ayudas de Estado en la última jurisprudencia europea (Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de mayo de 2011, comisión C. Italia, as. C-306/09). *Administración y Justicia. Un análisis jurisprudencial. Liber Amicorum Tomás Ramón Fernández* / E. García de Enterría, R. Alonso (Coords.). Vol II : Europa y América. Navarra : Civitas Thomson Reuters, 2012. P. 302–332.
29. Signes de Mesa J.I. Ayudas públicas estatales al deporte profesional italiano. Compatibilidad del Decreto-Legge de 24 de diciembre de 2002 con el Derecho Comunitario. *Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento*. 2005. № 14. P. 345–353.
30. Terol Gómez R. Deporte y ayudas de Estado. *Revista Española de Derecho Europeo*. 2014. № 52. P. 49–87.
31. Terol Gómez R. El control económico de la competición profesional por las ligas: entre lo organizativo y lo disciplinario, pasando por el respeto a las reglas de la libre competencia. *Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento*. 2014. № 45. P. 35–94.
32. Terol Gómez R. Las Ligas profesionales. Pamplona : Aranzadi, 1998. 492 p.
33. The European Club Footballing Landscape. Club Licensing Benchmarking Report: Financial Year 2015 / UEFA. URL: [https://www.uefa.com/MultimediaFiles/Download/Tech/uefaorg/General/02/42/27/91/2422791\\_DOWNLOAD.pdf](https://www.uefa.com/MultimediaFiles/Download/Tech/uefaorg/General/02/42/27/91/2422791_DOWNLOAD.pdf).
34. Van Rompuy B., Van Maren O. EU control of state aid in professional sport: Why now? *The Legacy of Bosman. Revisiting the relationship between EU law and sport* / A. Duval, B. Van Rompuy (eds.). Berlin ; Hague : Springer-ASSER International Sports Law Series, 2016. P. 153–272.

**Sumario:** 3. La creciente atención de las autoridades de la Unión Europea a la aplicación del régimen de ayudas de Estado al deporte. 3.1. Las primeras decisiones. 3.2. La posición de las instituciones de la Unión Europea y el acuerdo Comisión Europea-UEFA de 21 de marzo de 2012. 3.3. Los expedientes a clubes de fútbol europeos. Especial referencia al caso de los clubes de fútbol españoles. 3.3.1. Los primeros expedientes. Las ayudas a los clubes de fútbol holandeses. 3.3.2. Los expedientes contra los clubes de fútbol españoles. 3.3.2.1. El régimen fiscal de los clubes que no se transformaron en SAD (SA.29769). 3.3.2.2. Las ayudas “urbanísticas” al Real Madrid (SA.33754). 3.3.2.3. El caso de los avales a los clubes valencianos (SA.36387). 3.3.3. Otras actuaciones de la Comisión. 4. Una breve reflexión conclusiva.

НОТАТКИ

Підписано до друку: 20.03.2020 р.  
Формат 60x84/8. Гарнітура Franklin Gothic Book.  
Папір офсет. Цифровий друк. Ум.-друк. арк. 12,09.  
Замов. № 0320/67. Наклад 150 прим.

Видавничий дім «Гельветика»  
73021, м. Херсон, вул. Паровозна, 46-а.  
Телефон +38 (0552) 39-95-80, +38 (095) 934 48 28, +38 (097) 723 06 08  
E-mail: [mailbox@helvetica.com.ua](mailto:mailbox@helvetica.com.ua)  
Свідоцтво суб'єкта видавничої справи  
ДК № 6424 від 04.10.2018 р.