

НАЦІОНАЛЬНИЙ УНІВЕРСИТЕТ
«ОДЕСЬКА ЮРИДИЧНА АКАДЕМІЯ»

Часопис ЦИВІЛІСТИКИ

НАУКОВО-ПРАКТИЧНИЙ
ЖУРНАЛ

Випуск **38**



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 – доктор 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 № 1 від 18 серпня 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).

Офіційний сайт: www.clj.nuoua.od.ua

ЗМІСТ

ПИТАННЯ ТЕОРІЇ	5	НАУКОВЕ ЖИТТЯ	75
<i>Харитонов Євген Олегович, Харитонova Олена Іванівна</i> COVID-19 І ДЕЛІКТИ СТВОРЕННЯ НЕБЕЗПЕКИ.....	5	<i>Кучерявенко Вікторія Сергіївна</i> РЕЗУЛЬТАТИ ПРОВЕДЕННЯ ВСЕУКРАЇНСЬКОЇ НАУКОВО-ПРАКТИЧНОЇ ОНЛАЙН-КОНФЕРЕНЦІЇ «ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ЦИВІЛЬНИХ ВІДНОСИН В УМОВАХ COVID-19» І МІЖНАРОДНОЇ НАУКОВО-ПРАКТИЧНОЇ КОНФЕРЕНЦІЇ «РИМСЬКЕ ПРАВО І СУЧАСНІСТЬ «ЕПІДЕМІЇ В ЄВРОПІ І ПРАВО: ВІД РИМУ ДО COVID-19»».....	75
<i>Гуйван Петро Дмитрович</i> ОСОБЛИВОСТІ ПОСЕСОРНОГО ЗАХИСТУ РЕЧОВОГО ПРАВА УПРОДОВЖ НАБУВАЛЬНОЇ ДАВНОСТІ.....	12	<i>Кучерявенко Вікторія Сергіївна</i> РЕЗУЛЬТАТИ ПРОВЕДЕННЯ ВСЕУКРАЇНСЬКОГО КРУГЛОГО СТОЛУ «ІНФОРМАЦІЙНІ ТЕХНОЛОГІЇ В УМОВАХ ОНОВЛЕННЯ ЦИВІЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА».....	76
<i>Бедрій Мар'ян Миронович</i> СТАТТЯ 7 ЦИВІЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ: АНАЛІЗ КРИЗЬ ПРИЗМУ ФЕНОМЕНУ ЗВИЧАЄВОГО ПРАВА.....	18		
<i>Матійко Микола Володимирович</i> ЩОДО СПІВВІДНОШЕННЯ ФУНКЦІЙ ПРИВАТНОГО ТА ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА.....	26		
ПРАКТИЧНА ЦИВІЛІСТИКА	32		
<i>Белкін Леонід Михайлович, Белкін Марк Леонідович, Юринець Юлія Леонідівна</i> ОСОБЛИВОСТІ РЕАЛІЗАЦІЇ МАЙНОВОГО ПРАВА НА ОТРИМАННЯ МАЙНА У ВЛАСНІСТЬ.....	32		
<i>Москалюк Надія Богданівна</i> АКТУАЛЬНІ ОСОБЛИВОСТІ ДОВІРЧОГО УПРАВЛІННЯ В РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА ДЕРЖАВНОЇ ВЛАСНОСТІ.....	39		
<i>Таран Ольга Сергіївна</i> ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВ ОСІБ З ІНВАЛІДНІСТЮ В ДОГОВОРІ НА ТУРИСТИЧНЕ ОБСЛУГОВУВАННЯ.....	46		
<i>Токарева Віра Олександрівна</i> ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ СТРАХУВАННЯ СПОРТСМЕНІВ.....	52		
<i>Войчишин Олексій Валентинович</i> ЩОДО ІСТОТНИХ УМОВ КОРПОРАТИВНОГО ДОГОВОРУ В ТОВАРИСТВАХ З ОБМЕЖЕНОЮ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЮ.....	58		
ПОРІВНЯЛЬНА ЦИВІЛІСТИКА	63		
<i>Гончаренко Влада Олександрівна</i> ЕМФІТЕВЗИС ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ ТА ЗАХІДНОЄВРОПЕЙСЬКИХ КРАЇН.....	63		
ЦИВІЛІСТИЧНІ ПРОБЛЕМИ ІТ-ПРАВА	69		
<i>Давидова Ірина Віталіївна</i> ВИЗНАЧАЛЬНА РОЛЬ ЕЛЕКТРОННОГО ПІДПИСУ ЯК ЦИВІЛЬНОЇ ІДЕНТИФІКАЦІЇ ОСОБИ В УМОВАХ КАРАНТИНУ.....	69		

CONTENTS

THEORETICAL ISSUES	5	IT LAW CIVIL PROBLEMS	69
<i>Kharytonov Eugen, Kharytonova Olena</i>		<i>Davydova Iryna</i>	
COVID-19 AND TORTS		THE DEFINING ROLE OF ELECTRONIC	
OF ENDANGERMENT.....	5	SIGNATURE AS A CIVIL IDENTIFICATION OF	
<i>Guyvan Petro</i>		A PERSON IN QUARANTINE.....	69
PECULIARITIES OF POSSESSORY		SCIENTIFIC LIFE	75
PROTECTION OF PROPERTY LAW		<i>Kucheryavenko Victoria</i>	
DURING THE ACQUISITION PERIOD.....	12	OUTCOMES OF THE ALL-UKRAINIAN	
<i>Bedrii Marian</i>		SCIENTIFIC AND PRACTICAL ONLINE	
ARTICLE 7 OF THE CIVIL CODE OF		CONFERENCE “PROBLEMS OF THE LEGAL	
UKRAINE: ANALYSIS THROUGH		REGULATION OF CIVIL RELATIONS	
THE PRISM OF THE PHENOMENON		UNDER THE CONDITIONS OF COVID-19”	
OF CUSTOMARY LAW.....	18	AND THE INTERNATIONAL SCIENTIFIC	
<i>Matiiko Mykola</i>		AND PRACTICAL CONFERENCE “ROMAN	
REGARDING THE RATIO		LAW AND THE PRESENT OF “EPIDEMIC IN	
OF THE FUNCTIONS OF PRIVATE		EUROPE AND LAW: FROM ROME	
AND CIVIL LAW.....	26	TO COVID-19”.....	75
PRACTICAL CIVIL LAW	32	<i>Kucheryavenko Victoria</i>	
<i>Belkin Leonid, Belkin Mark, Iurynets Julia</i>		OUTCOMES OF THE ALL-UKRAINIAN	
FEATURES OF REALIZATION		ROUND TABLE “INFORMATION	
OF PROPERTY RIGHT ON RECEPTION		TECHNOLOGIES IN THE CONTEXT OF	
OF PROPERTY IN PROPERTY.....	32	RENEWAL OF CIVIL LEGISLATION”.....	76
<i>Nadiya Moskalyuk</i>			
CURRENT FEATURES OF TRUST			
MANAGEMENT IN THE IMPLEMENTATION			
OF STATE PROPERTY RIGHTS.....	39		
<i>Taran Olga</i>			
SAFEGUARDS FOR THE RIGHTS			
OF INCAPACITATED PERSONS			
BY AGREEMENT FOR			
TOURIST SERVICES.....	46		
<i>Tokareva Vira</i>			
LEGAL REGULATION			
OF SPORTS PERSONAL			
ACCIDENTS INSURANCE.....	52		
<i>Voichyshyn Oleksii</i>			
REGARDING THE ESSENTIAL			
TERMS OF THE SHAREHOLDERS’			
AGREEMENTS FOR LIMITED			
LIABILITY COMPANIES.....	58		
COMPARATIVE CIVIL LAW	63		
<i>Goncharenko Vlada</i>			
THE RIGHT FOR THE USAGE			
OF SOMEONE’S ELSE LAND AREA			
WITH THE AGRICULTURAL USE			
(EMPHYTEUSIS) IN LEGISLATION OF			
UKRAINE AND FOREIGN COUNTRIES.....	63		

ПИТАННЯ ТЕОРІЇ

УДК 347.51+616-036.21(477)

DOI <https://doi.org/10.32837/chc.v0i38.360>

Харитонов Євген Олегович,

доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент Національної академії правових наук України,
завідувач кафедри цивільного права
Національного університету «Одеська юридична академія»
ORCID <https://orcid.org/0000-0001-5521-0839>

Харитонova 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 <https://orcid.org/0000-0002-9681-9605>

COVID-19 І ДЕЛІКТИ СТВОРЕННЯ НЕБЕЗПЕКИ

Постановка проблеми. Станом на 10 липня 2020 р., за повідомленням Worldometer, загальна кількість підтверджених випадків захворювання Covid-19 у світі становила 12.428.565; загальна кількість летальних випадків унаслідок пандемії коронавірусної хвороби – 558,272; одужали від недуги загалом 7 251 051 особи [1].

З 11 березня Всесвітня організація охорони здоров'я визнала поширення коронавірусу SARS-CoV-2 пандемією. Глава ВООЗ Тедрос Аданом Гебреїсус заявив, що пандемія COVID-19 прискорюється з експоненційною швидкістю. На його думку, без агресивних запобіжних дій у всіх країнах мільйони можуть померти [2].

Вчиняючи такі «агресивні запобіжні дії», «державна, – за словами Джуді Демпси, – серйозно втручалася в життя людей, запроваджуючи низку обмежень, нечуваних для демократичних держав в мирний час. ... дивно те, як громадяни змирилися з цим втручанням» [3]. Відтак загострилась колізія приватного та публічного інтересів, яку багато які з держав прагнули вирішити шляхом адміністративного впливу, а громадяни часом почали просто ігнорувати.

Це зумовлює актуальність вивчення, аналізу та розробки пропозицій щодо вирішення

проблем, які виникли у зв'язку з епідемією та встановленням карантину, визначення засобів забезпечення дотримання санітарно-епідеміологічних вимог та наслідків їх порушення. Зокрема, важливим є з'ясування можливостей цивільного законодавства для попередження загрози завдання шкоди учасниками цивільних відносин під час COVID-19 (в умовах карантину, адаптованого карантину тощо) та відшкодування шкоди, завданої створенням або «неліквідацією» такої загрози.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. За час, що пройшов після появи коронавірусу, вже з'явилися дослідження правових аспектів цього явища. Так, у Колумбійському університеті 20 квітня 2020 року вийшла монографія «Law in the Time of COVID-19», у якій розглядаються різні аспекти творення права та його функціонування в умовах пандемії: загрози правам людини, публічному життю та соціальній допомозі, приватному життю, проблеми економіки [4]. Після цієї праці, присвяченої загальним проблемам права в умовах COVID-19, з'явилась низка досліджень у галузі цивілістики, на базі факультету цивільної і господарської юстиції Національного університету «Одеська юри-

у цьому сенсі є позиція Міністра юстиції України Дениса Малюська. У інтерв'ю радіостанції Свобода на питання, чи мали місце при запровадженні карантину порушення прав громадян, гарантованих Конституцією, міністр зазначив, що спори, пов'язані з визнанням незаконності актів Кабміну, корпоративних рішень, рішень юридичних осіб, інших адміністративних актів, «вирішить суд» [16]. Тобто припускається, що рішення органів влади не завжди можуть бути прийняті із урахуванням інтересів приватної особи.

2. Проблема збереження провідної ролі цивільних правовідносин в умовах COVID-19

Чинником ситуації, що склалася, є те, що внаслідок захоплення очікуваною ефективністю засобів публічного впливу та сподівань на швидке подолання з їх допомогою загроз, пов'язаних із пандемією та її наслідками, не використаними залишаються можливості цивільно-правового впливу на формування поведінки приватних осіб в умовах карантину. Зокрема, поза увагою залишається те, що в забезпеченні захисту прав та інтересів учасників цивільних відносин важливу роль відіграють недоговорні, охоронні зобов'язання. Між тим застосування цивільно-правових засобів для досягнення мети карантину в умовах епідемії/пандемії має ті переваги, що дозволяє досягти компромісу інтересів фігурантів на засадах змагальності, без спроб обмежити права приватних осіб волонтаристським шляхом.

Згадаємо, що ще римському праву були відомі зобов'язання *quasi ex delicto*, підставою яких було створення загрози завдання шкоди іншим особам [17, с. 268]. На підставі факту створення такої загрози (наприклад, розміщенні чогось над тим місцем, де ходять люди [18]) претор надавав кожній бажуючій «зацікавленій» особі так званий, «загальнодоступний» («популярний» або ж «популярторний» [19]) позов – *actio de positis vel suspentis*. Такий позов подавався в інтересах римського народу. Його задоволення супроводжувалося стягненням штрафу – 10 000 сестерцій [20, с. 293; 21, с. 159].

Цивільними кодексами деяких країн (у тому числі, України) передбачені зобов'язання, що виникають внаслідок створення загрози завдання шкоди. Зокрема, квазіделікти, як підстава виникнення зобов'язань, згадуються у главі II розділу IV книги третьої Французького цивільного кодексу. «Делікти створення небезпеки» передбачені Зводом деліктного права США [22, с. 460], хоча там їх характеристика ближче, на наш погляд, до розуміння джерела підвищеної небезпеки.

Глава 81 ЦК України містить норми про недоговорні зобов'язання, що виникають внаслідок створення загрози життю, здоров'ю, майну фізичної особи або майну юридичної особи. Ці зобов'язання ніби спеціально створені для врегулювання «поведінкового» конфлікту приватних осіб при встановленні карантину в умовах епідемії/пандемії.

За своєю суттю зазначені зобов'язання є охоронними правовідносинами, оскільки мають на меті захист цивільних прав та інтересів у випадку вчинення дій, якими створюється загроза (у нашому випадку – порушення правил карантину). Їхніми суб'єктами є той, хто створив небезпеку, і той, чиїм інтересам загрожує створена боржником небезпека. Загалом ними можуть бути як фізичні, так і юридичні особи. Але суб'єктний склад конкретних зобов'язань залежить від об'єктів, яким створюється загроза. У тому випадку, коли йдеться про загрозу здоров'ю (як при порушенні правил карантину), кредитором може бути лише особа фізична. Вона й може звернутися з позовом до суду. Підставою виникнення зобов'язань є факт створення загрози цивільним правам та інтересам інших осіб через недотримання правил карантину і, як наслідок, створення загрози зараження коронавірусом). Зміст зобов'язань включає право кредитора вимагати усунення загрози від того, хто її створює, і обов'язок останнього усунути небезпеку. Усунення небезпеки може полягати як у припиненні дій, якими створюється небезпека, так і у вчиненні дій, якщо загроза виникнення шкоди є наслідком бездіяльності посадової особи, яка мала б забезпечувати спокій оточуючим.

Наслідками неусунення загрози життю, здоров'ю, майну фізичної особи є можливість застосування кредитором декількох видів засобів впливу на боржника. Зокрема, ст. 1164 ЦК передбачає, що кредитор має право вимагати вжиття невідкладних заходів щодо усунення такої загрози, відшкодування завданої шкоди, заборони діяльності, яка створює загрозу. Хоча у цій нормі немає безпосередньої вказівки на приблизний характер вимог, які може подати кредитор, але зі ст. 16 ЦК випливає, що можливе застосування й інших засобів захисту цивільних прав особи, для інтересів якої виникає небезпека внаслідок неналежної поведінки іншої особи. Отже, особа, інтересам якої створено небезпеку, може вимагати або негайного усунення загрози, або заборони діяльності, яка створює загрозу, на майбутнє (що певним чином дозволяє їй убезпечити себе від рецидиву порушень, що полягають у створенні загрози).

вопорушника. Під час створення загрози завдання шкоди суб'єктивному праву, інтересу порушується норма об'єктивного права, що охороняє ці інтереси. Поведінка того, хто створив загрозу інтересам іншої особи, шкідлива тому, що порушує чужий майновий або немайновий інтерес. Крім того, вона протиправна, оскільки нею порушуються норми, які охороняють цей інтерес; 3) причинний зв'язок між протиправною дією або бездіяльністю, якими створено небезпеку, і шкодою, що її зазнала заінтересована особа. При цьому в таких зобов'язаннях умовою відповідальності є «подвійний» причинний зв'язок. По-перше, це причинний зв'язок між протиправною поведінкою і виникненням небезпеки завдання шкоди інтересам іншої особи. По-друге, це причинний зв'язок між створеною небезпекою і шкодою, що виникла внаслідок неусунення небезпеки; 4) вина особи, що створила небезпеку завдання шкоди. При цьому вже саме по собі створення небезпеки протиправною поведінкою створює презумпцію вини особи, яка створила небезпеку [25]. Розмір та обсяг шкоди, що підлягає відшкодуванню, визначається відповідно до правил глави 82 ЦК [23].

Виникає питання: чому названі норми ЦК України практично не застосовуються в умовах епідемії/пандемії коронавірусу?

По-перше, очевидно, це згадувана вище видима простота і ефективність публічно-правових засобів, а відтак переконаність влади (і значної частини суспільства) у швидкому досягненні з їхньою допомогою позитивного результату.

По-друге, це може бути ознакою невисокого рівня правової культури і юридичної грамотності державних функціонерів та суспільства.

Нарешті, можна припустити, що й механізм подання позовів про усунення загрози є недостатньо ефективним. Ця вада могла б бути усунена шляхом запровадження так званих «популярних» (популяторних) позовів, на кшталт тих, що існували у Стародавньому Римі. З їхньою допомогою будь-який громадянин міг звернутися з позовом про усунення небезпеки, яка загрожувала не тільки йому, але й іншим громадянам [26].

Висновки та перспективи подальших досліджень у цьому напрямі. Пандемія COVID-19 з її ризиками обмеження прав людини (приватної особи) стала Викликом, що зумовив необхідність приділення більшої уваги визначенню цивільно-правового забезпечення прав приватної особи, зокрема захисту від невиправданих обмежень та відшкодування шкоди, що виникла під час і внаслідок пандемії.

Із урахуванням тієї обставини, що успіхи країн, які використовували жорсткі обмеження для подолання COVID-19, водночас є головним чинником заострення конфлікту інтересів, а також категорій «доцільність» і «правовідповідність», робиться висновок, що юридичне забезпечення прав людини-приватної особи має формуватися таким чином, аби уникнути когнітивного дисонансу, який виникає внаслідок колізії базових положень приватного та публічного права: «Дозволено все, крім того, що заборонено законом» і «Можна лише те, що дозволено законом».

При цьому слід виходити з того, що звичайним способом правового буття людини-приватної особи є її участь у цивільних відносинах приватного типу.

Важливим є з'ясування можливостей цивільного законодавства для попередження загрози завдання шкоди учасниками цивільних відносин під час COVID-19 (в умовах карантину, адаптованого карантину тощо) та відшкодування шкоди, завданої створенням або «неліквідацією» такої загрози.

Глава 81 ЦК України містить норми про недовірні зобов'язання, що виникають унаслідок створення загрози життю, здоров'ю, майну фізичної особи або майну юридичної особи. Ці зобов'язання ніби спеціально створені для врегулювання «поведінкового» конфлікту приватних осіб при встановленні карантину в умовах епідемії/пандемії. За своєю суттю зазначені зобов'язання є охоронними правовідносинами, оскільки мають на меті захист цивільних прав та інтересів у випадку вчинення дій, якими створюється загроза (порушення правил карантину тощо).

Найбільш дієвою формою захисту прав приватної особи в таких випадках є відшкодування шкоди, завданої її інтересам внаслідок неусунення загрози. При цьому право заінтересованої особи вимагати відшкодування завданої шкоди може бути реалізоване в тих випадках, коли внаслідок створення загрози та її неусунення тим, хто створив небезпеку, життю, здоров'ю, завдано шкоду.

Аналіз недостатньо активного застосування норм глави 81 ЦК України показує, що чинником цього є видима простота публічно-правових засобів, переконаність влади у швидкому досягненні за допомогою цих засобів позитивного результату, низький рівень правової культури, відсутність спеціального механізму подання позовів про усунення загрози. Ці вади можна усунути шляхом запровадження так званих «популяторних» позовів, з якими до того, хто створює або не усуває загрозу, міг би звертатися будь-хто, вимагаючи усунення небезпеки, яка загрожувала не тільки йому, але й іншим громадянам.

ЛІТЕРАТУРА:

1. URL : <https://www.worldometers.info/coronavirus/>.
2. Глава ВООЗ: пандемія коронавірусу прискорюється з експоненційною швидкістю. URL : <https://www.unn.com.ua/uk/news/1860252-glava-vooz-pandemiya-koronavirusu-priskoryuyetsya-z-eksponentsiynoyu-shvidkistyu>.
3. Джуді Демпси. Світ після COVID-19. Що чекає Європу. URL : <https://nv.ua/ukr/opinion/karantin-2020-shcho-chekaye-yevropu-pislya-koronavirusu-ostanni-novini-50093405.html>.
4. Pistor K. Law in the Time of COVID-19 (2020). Books. 240. URL : <https://scholarship.law.columbia.edu/books/240>.
5. Проблеми правового регулювання цивільних відносин в умовах COVID-19: матер. Всеукр. науково-практичної онлайн-конференції (23 квітня 2020 р.). / За заг. ред. д.ю.н., проф. Є.О. Харитонова. Одеса : Фенікс, 2020. 193 с. URL : <http://dspace.onua.edu.ua/handle/11300/12616>.
6. «Епідемії в Європі і право від Риму до COVID-19 : матер. Всеукр. науково-практичної онлайн-конференції (13 червня 2020) / За заг. ред. д.ю.н., проф. Є.О. Харитонова
7. Права приватної особи в умовах пандемії COVID-19: проблеми здійснення і захисту : монографія / За ред. Харитонова Є.О., Харитонової О.І., Некіт К.Г. Одеса : Видавничий дім «Гельветика».
8. Ігнатенко В.М. Зобов'язання зі створення небезпеки (загрози) за новим Цивільним кодексом України. *Проблеми законності*: Респ. міжвід. наук. зб. / Відповід. ред. В.Я. Тацій. Харків : Нац. юрид. акад. України, 2002. Вип. 53. С. 67–74.
9. Габріадзе М.Р. Зобов'язання, що виникають внаслідок створення загрози життю, здоров'ю, майну фізичної особи або майну юридичної особи, у цивільному законодавстві України : дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2007. 178 с.
10. Савиньні Ф.К. фон. Система современного римского права. Т. 1. / пер. с нем. Г. Жигулина / Под ред. О. Кутателадзе, В. Зубаря. Москва, 2011. С. 286.
11. Смітс Я. Європейське приватне право як змішана правова система. *Європейське право*. 2012. № 2-4. С. 215–225.
12. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of reference (DCFR). Full Edition. Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group) / Ed. by Christian von Bar and Eric Clive. Vol. I-VI. Munich, 2009.
13. Covid-19: A New Struggle over Privacy, Data Protection and Human Rights? 4 MAY 2020 / By Dr Elif Mendos Kuskonmaz, Portsmouth University and Professor Elspeth Guild, Queen Mary University of London. URL : <https://europeanlawblog.eu/author/elifkuskonmaz/>.
14. Kostenko O. Драматична дилема в умовах пандемії (між формальною законністю і здоровим глуздом). URL : ДРАМАТИЧНА%20ДИЛЕМА%20В%20УМОВАХ%20ПАНДЕМІЇ%20(між...%20-%20Oleksandr%20Kostenko.pdf.
15. Костенко О. URL : https://m.facebook.com/story.php?story_fbid=1558312054320753&id=100004259206425&mids=%2Fsharer-dialog.php%3Ffs%3D8%26fr%3D%252Fhome%252F%26m%3Dmessage%26sid%3D1558312054320753%26u%3Dhttps%253A%252F%252Fm.facebook.com%252Fstory.php%253Fstory_fbid%253D1558312054320753%2526id%253D100004259206425%26internal_preview_image_id%26referrer%3Dfeed_story_share_as_message&mdf=1.
16. Кузнецова І. Про законність карантину, «червоні» і «чорні» тюрми, рейдерство і фото під столом – інтерв'ю з міністром юстиції. 06.06.2020. URL : <https://www.radiosvoboda.org/a/denys-maliuska/30655377.html>.
17. Санфіліппо Чезаре. Курс римского частного права : учебник / Под ред. Д.В. Дождева. Москва : Издательство БЕК, 2000. 400 с.
18. Дігести Юстиніана. 9.5. 6-11.
19. Дігести Юстиніана. 47. 23.1.
20. Пухан Иво, Поленак-Акимовская Мирьяма. Римское право (базовый учебник). Перевод с македонского. Москва : Зерцало, 1999. 448 с.
21. С. Гарсиа Гарридо М.Х. Римское частное право: Казусы, иски, институты / Перевод с испанского ; отв. ред. Л.Л. Кофанов. Москва : Статут, 2005. 812 с.
22. Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. В 2-х томах. Т. 2. Основы: Пер. с нем. Москва : Междунар. отношения, 1998. 512 с.
23. Цивільний кодекс України : наук.-практ. Коментар / за заг. ред. Є.О. Харитонова, О.І. Харитонової, Н.Ю. Голубевої. 3-тє вид., перероб. та допов. Київ : Алерта, КНТ; ЦУЛ, 2010. 752 с.
24. Ківалова Т.С. Зобов'язання відшкодування шкоди у цивільним законодавством України (теоретичні аспекти) : монографія / М-во освіти і науки України ; Одеська нац. юрид. акад. Одеса : Юридична література, 2008. 360 с.
25. Цивільне право України: В 2-х томах. Том 2 : підручник / За ред. д-ра юрид. наук, проф. Є.О. Харитонова, канд. юрид. наук Н.Ю. Голубевої. Харків : ТОВ «Одіссей», 2008. 872 с.
26. Харитонов Є.О. Основи римського приватного права. Одеса, 2016. 396 с.

**Харитонов Євген Олегович, Харитонова Олена Іванівна
COVID-19 І ДЕЛІКТИ СТВОРЕННЯ НЕБЕЗПЕКИ**

Стаття присвячена вивченню, аналізу проблем, які виникли у зв'язку з епідемією та встановленням карантину, визначення засобів забезпечення дотримання санітарно-епідеміологічних вимог та наслідків їх порушення. Зокрема, важливим є з'ясування можливостей цивільного законодавства для попередження загрози завдання шкоди учасниками цивільних відносин під час COVID-19 (в умовах карантину, адаптованого карантину тощо) та відшкодування шкоди, завданої створенням або «неліквідацією» такої загрози.

Із урахуванням тієї обставини, що успіхи країн, які використовували жорсткі обмеження для подолання COVID-19, водночас є головним чинником загострення конфлікту інтересів, а також категорій «доцільність» і «правовідповідність», робиться висновок, що юридичне забезпечення прав людини-приватної особи має формуватися таким чином, аби уникнути когнітивного дисонансу, який виникає внаслідок колізії базових

положень приватного та публічного права: «Дозволено все, крім того, що заборонено законом» і «Можна лише те, що дозволено законом».

При цьому слід виходити з того, що звичайним способом правового буття людини-приватної особи є її участь у цивільних відносинах приватного типу. Найбільш дієвою формою захисту прав приватної особи у таких випадках є відшкодування шкоди, завданої її інтересам внаслідок неусунення загрози. При цьому право заінтересованої особи вимагати відшкодування завданої шкоди може бути реалізоване внаслідок створення загрози та її неусунення тим, хто створив небезпеку, життю, здоров'ю, завдано шкоду.

Аналіз недостатньо активного застосування норм глави 81 ЦК України показує, що чинником цього є видима простота публічно-правових засобів, переконаність влади у швидкому досягненні за допомогою цих засобів позитивного результату, низький рівень правової культури, відсутність спеціального механізму подання позовів про усунення загрози. Ці вади можна усунути шляхом запровадження так званих «популярних» позовів, з якими до того, хто створює або не усуває загрозу, міг би звертатися будь-хто, вимагаючи усунення небезпеки, яка загрожує не тільки йому, але й іншим громадянам.

Ключові слова: пандемія, COVID-19, приватна особа, створення загрози, делікти створення небезпеки, недовірні зобов'язання.

Kharytonov Eugen, Kharytonova Olena
COVID-19 AND TORTS OF ENDANGERMENT

The article is devoted to the study, analysis of problems that have arisen in connection with the epidemic and the establishment of quarantine, the definition of means to ensure compliance with sanitary and epidemiological requirements and the consequences of their violation. In particular, it is important to clarify the possibilities of civil law to prevent the threat of harm to participants in civil relations during COVID-19 (in quarantine, adapted quarantine, etc.) and compensation for damage caused by the creation or “non-liquidation” of such a threat.

Given the fact that the success of countries that have used severe restrictions to overcome COVID-19 is both a major factor in exacerbating conflicts of interest, as well as the categories of “expediency” and “compliance”, it is concluded that legal protection of human rights be formed in such a way as to avoid the cognitive dissonance that arises as a result of the conflict of basic provisions of private and public law: “everything is allowed except what is prohibited by law” and “only what is allowed by law is possible”.

It should be assumed that the usual way of legal existence of an individual is his participation in civil relations of a private type. The most effective form of protection of the rights of an individual in such cases is to compensate for the damage caused to his or her interests as a result of failure to eliminate the threat. In this case, the right of the interested person to demand compensation for the damage may be implemented in cases where, as a result of the creation of the threat and its non-elimination by those who created the threat caused damage.

Analysis of insufficiently active application of Chapter 81 of the Civil Code of Ukraine shows that the reason for this is the apparent simplicity of public law means, the government's belief in achieving a positive result quickly, low level of legal culture, lack of special mechanism for filing lawsuits to eliminate the threat. These shortcomings can be remedied by introducing so-called “popularization” lawsuits, which could be addressed by anyone who creates or does not eliminate the threat, demanding the elimination of the danger that threatened not only him but also other citizens.

Key words: pandemic, COVID-19, individual, threat creation, torts of endangerment, non-contractual obligations.

УДК 347.4

<https://doi.org/10.32837/chc.v0i38.361>

Гуйван Петро Дмитрович,

кандидат юридичних наук, заслужений юрист України,
професор

Полтавського інституту бізнесу

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

ОСОБЛИВОСТІ ПОСЕСОРНОГО ЗАХИСТУ РЕЧОВОГО ПРАВА УПРОДОВЖ НАБУВАЛЬНОЇ ДАВНОСТІ

Постановка проблеми. Здавна науковців-цивілістів цікавило питання про правових статус особи, що володіє чужим майном без належного володільницького титулу. Особливо воно стало актуальним після того, як відносини з фактичного не титульного утримання речі були унормовані в межах правового інституту набувальної давності. Але прокрустове ложе даного набувальницького механізмі затісне для усіх реальних правовідносин, що відбуваються в період давності окупації, принаймні у нинішньому його нормативному змістові. Інститут набувальної давності характеризується самостійним і незалежним володінням «як на праві повної власності», що виключає не лише можливість винагороди «документальному» власнику, а й право останнього на відібрання майна після спливу позовної давності. Вираз «у вигляді власності» у науці розуміється як необхідність юридичного володіння, а не тільки тримання або залежного володіння, щоб ним виражалась воля особи – розпоряджатись річчю як своєю [1, с. 226]. Адаже за будь-яких обставин у разі початку набувального строку давнісний володільць не просто фізично утримує річ. Оскільки цивільно-правовий строк є невід'ємною складовою частиною змісту суб'єктивного права, особа протягом набувальної давності реалізує своє право на безтитульне давнісне володіння. Такий процес не можна вважати фактичним станом, це суб'єктивне матеріальне право, яке має конкретний обсяг, обмежене строком і здатне до захисту. Зокрема, законодавець встановив можливості для судового захисту добросовісного набувача у випадку, коли він протягом набувального строку втратить річ не зі своєї волі.

Утім, в практичній площині головна проблема полягає в тому, що захистити втрачене право володіння давнісний окупант не може в разі неправомірного фізичного відібрання у нього речі третьою особою, а тим паче – власником. Адаже, на відміну від останнього, будучи добросовісним давнісним володільцем, він не може в суді надати документального підтвердження свого права. Фактично Цивільний кодекс декларує можливість активного власницького захисту лише від посягань інших *неправомочних* суб'єктів. Що стосується самоуправства власника чи титульного володільця, то від них правило ст. 344 ЦК України взагалі не захищає. Такий стан речей, на думку дослідників, аж ніяк не запобігає діям власника (чи іншої повноважної особи) щодо силового відібрання речі у добросовісного володільця як у межах перебігу позовної давності, так і після її закінчення. Навіть попри можливе притягнення винних до покарання за самоуправство, у потерпілого немає правових підстав щодо повернення від власника силоміць вилученого майна. Більше того, позаяк у цивільному законодавстві ніде не йдеться про способи можливого активного власницького захисту, дослідники приходять до думки про незастосовність віндикаційного або негаторного домагання для цієї мети [2, с. 15]. Та і суспільна думка наразі перебуває на боці власника, особи, що внаслідок безхазяйного, часом недбалого користування законмірно втратила владу над майном, але все ж має певний правових титул. Відтак маємо ситуацію, коли наявного юридичного інструментарію вкрай недостатньо для захисту динаміки майнового обороту в суспільстві.

Аналіз досліджень і публікацій. Дана вельми актуальна проблематика доволі жваво обговорювалася на науковому рівні певний час тому. Слід пригадати праці таких вчених, як Латиєв, Ф.Н, Гаджиєв Г.А, Маковій В.П., Скловський К.І., Лоренц Д.В., Цікало В.І. В останній період дискусія з даного приводу дещо затихла. Мабуть, науковці зрозуміли, що їхні теоретичні напрацювання абсолютно не цікаві державі, яка переймається іншими питаннями і не цікавиться встановленням належного балансу між статикою власницьких взаємин та динамікою майнового обороту. Як результат – сьогодні чи не найбільше за всю історію матеріальних колізій, пов'язаних із силовим, а не правовим, переділом майна, процвітає волонтаризм і свавілля у цій царині. Тож питання залишається вельми актуальним, позаяк чинне законодавство часто не дає чіткої відповіді на запити реальної практики. Скажімо, спірним є питання про зміст суб'єктивного права давнісного володільця упродовж набувального строку, зокрема щодо його захисту у разі відібрання у нього речі, та й наявність самого такого права на захист виглядає проблематичною. Також зовсім не з'ясованим є питання стосовно наявності в окупанта права володіти чужим майном та можливості його захистити від порушення. То і є метою даної праці.

Виклад основного матеріалу. Свого часу для забезпечення належного балансу під час взаємодії протилежних інтересів власника, що тривалий час не володіє річчю, та володіючого набувача, і задля гарантування суспільного інтересу у поживленні матеріального обороту було фактично запроваджене правило про отримання права власності на чужу річ у результаті впливу встановленого періоду належного володіння нею. Набуття права одним суб'єктом через давність володіння (usucapio) означало одночасно і втрату цього ж права іншим, що, власне, не дуже відрізнялося від давньоримського регулювання подібних відносин. Але момент такого переходу визначався вже не часом закінчення позовного домагання, а саме впливом набувального строку окупації. Іншими словами, в цивільному законодавстві почав застосовуватися матеріально-правовий інститут набувальної давності. Як соціальне обґрунтування для його запровадження наводилися як практичні інтереси держави та суспільства, так і природно-правові засади. Окремі цивілісти вибудували і філософське підґрунтя для давності. Так, К.О. Неволін, характеризуючи її значення для набуття речового права, казав:

«Життя, діяльність, зовнішній прояв себе у такій мірі притаманні сутності права, що за законами усіх народів людина, не користуючись своїм правом, не приводячи його в дію протягом певного часу, зрештою, повністю втрачає його. І навпаки, особа, що володіє цим правом, як своїм, хоча насправді воно йому не належить, нарешті зі спливом визначеного часу придбаває це право. Для того, щоб володілець майна міг спокійно утримувати його, не остерігаючись ніяких зазіхань, не побоюючись втратити його за якимось позовом, задля затвердження довіри до існуючого порядку речей встановлення давності абсолютно необхідне» [3, с. 16]. Зрештою, як би там не було, потреба в набувальній давності була викликана суспільною зацікавленістю у сфері обороту, і саме майновий оборот зумовив ті чинники, котрі сформували її результативність (тривалість належного володіння, добросовісність набуття).

Сьогодні вже не викликає сумнівів теза, що володіння чужою річчю становить зміст суб'єктивного права особи, а не фактичний стан відношення. Але конкретне право набуває вираження лише за умови наповнення його відповідним інструментарієм, що гарантує реалізацію. Проблема, яка поставлена у цій роботі, знаходиться більше не в практичній, а законодавчій площині. І її вирішення, на наше глибоке переконання, полягає у нормативному запровадженні чіткого та виваженого механізму посесорного захисту. Власне кажучи, український закон вказує на можливість судової реалізації вимог незаконного володільця до інших осіб. Той факт, що така особа має як суб'єктивне право на утримання речі, так і можливість його захисту, підтверджується не тільки загальним правилом ст. 396 ЦКУ, а й положенням частини другої пункту 3 статті 344 ЦК України. У ній передбачається пред'явлення позову давнісним володільцем про витребування майна у разі його втрати останнім не зі своєї волі. Фактично вказані нормативні правила дозволяють вести мову про надання такому суб'єктові притаманних власнику повноважень щодо, наприклад, пред'явлення позову про витребування майна. При цьому судовий захист даного володіння не обмежується вимогами до третіх осіб. Відтак у цивілістичній літературі прийнято вважати, що домагання про витребування майна у разі втрати його володільцем не з своєї волі можуть спрямовуватися і на адресу власника або іншого титульного володільця. Але, повторимо, подібне повноваження навіть добросовісного окупанта має виключно абстрактний характер.

У цивілістиці такий стан був названий «голим володінням», що перебуває під дамокловим мечем вилучення речі власником, проти чого володілець не сміє пред'явити позову, і може лише сподіватися на перетворення володіння після закінчення не такого вже й короткого строку набувальної давності у власність [4, с. 101]. Право давнісного володільця, як і будь-якого іншого нетитульного, будучи позбавленим реального юрисдикційного захисту, продовжує залишатися декларативним. В усякому разі судова практика не може похвалитися конкретними прикладами такої, посесорної по своїй суті, охорони права володільця. Дана проблема залишається однією з найбільш актуальних, зокрема для сучасної доктрини.

Окремі елементи посесорного процесу застосовувалися на наших землях ще від XVI століття, коли їх прописали у Литовському статуті. Надалі вони набули закріплення у Зводі законів Російської Імперії, де, зокрема, вказувалося, що будь-яке, навіть незаконне володіння охороняється урядом від насильства та самоуправства допоки майно не буде присуджене іншому (ст. 531 ч. 1 т. X). Утім, такий захист, здійснюваний поліцією, ще не можна було повністю ототожнювати з посесорним, оскільки свобода володіння забезпечувалася переважно публічно-правовими засобами [5, с. 191]. Правова охорона володіння передбачалася і у проектах Цивільного Укладення Росії та першого ЦК РРФСР, однак в силу відомих обставин (революційні події) та особливостей ідеології (критичне відношення до всіляких проявів «буржуазного» права) вони так і не набрали чинності. Відкинута була і пропозиція щодо запровадження у Цивільному кодексі 1922 року спеціальних давнісних строків для охорони чи відновлення порушеного володіння. Відтак якщо і відбувався якийсь захист володіння, то робилося це тільки стосовно титульних володільців і не мало комплексного регулювання. Радянська доктрина також загалом негативно відносилася до ідеї посесорного (володільницького) захисту [6, с. 123].

Разом із тим концепція щодо подібного правового захисного механізму набула поширення в законодавствах зарубіжних країн. Наприклад, у німецькому цивільному укладенні володіння розглядається як самостійний інститут, безпосередньо не пов'язаний з правом власності та забезпечений володільницьким захистом стосовно рухомого та нерухомого майна [7, с. 270]. Принцип охорони володіння у континентальній системі права базується на теоріях римського приватного права, за якими для юри-

дичного володіння необхідна наявність одночасно двох елементів: об'єктивного – фактичне володіння *corpus possessionis* (теорія напрацьована Р. Ієрингом), та суб'єктивного – воля панувати на річчю, як своєю *animus possidendi, possessionis affectus* (теорія розроблена К. Ф. Савиньї). Відтак вольовий елемент є інтегрованим (вбудованим) у фактичне здійснення володіння, і останнє захищатиметься незалежно від наявності чи відсутності титулу [8, с. 2-3].

У нашій цивілістиці також вже лунали пропозиції щодо запровадження посесорного захисту [9, с. 151]. При цьому іноді під цим поняттям розуміється доволі широкий діапазон правового впливу на порушника. Скажімо, якщо виходити тільки з того, що наявність чи відсутність права на боці позивача не має ніякого значення для результативності домагання, до посесорної прирівнювали і реституційну вимогу [10, с. 312–322]. Іншими дослідниками пропонується широке поняття абсолютного захисту (замість речового) проти усіх третіх осіб та власника [11, с. 86]. Існує також думка, що передбачена у законі можливість судового витребування майна давнісним володільцем (ч. 3 ст. 344 ЦКУ, ст. 234 ЦК РФ) фактично означають запровадження захисту попереднього володіння як такого: особа не повинна доводити, що у неї є якесь право [12, с. 389]. Та подібний висновок все ж достатньо аргументовано спростовується. Класичний посесорний захист полягає лише в охороні володіння, не допускаючи заперечень відповідача, які ґрунтуються на його праві. Але існуюча практика чітко показує, що суди обов'язково встановлюють правову підставу володіння (титулу) у позивача, а за наявності в подібному позові доказів про наявність титулу у відповідача буде вирішуватися протання про право цивільне. Процес неодмінно перейде в петиторний [8, с. 5].

Наразі більшість вчених традиційно зводять зміст посесорного захисту до речових позовів. Зокрема, Д.В. Лоренц пропонує надати незаконному володільцеві, що отримав річ від третіх осіб, у разі порушення його володіння, прав, аналогічним тим, що випливають з ввідикації [13, с. 13]. Як бачимо, автор поширює межі захисту володіння не тільки на добросовісних набувачів, що викликає певний сумнів. Власне, в даному напрямі слід діяти досить обережно, аби заради взагалі-то позитивного результату – захисту володіння, не нанести шкоди власникові. Сама концепція посесорного позовного домагання уже у своїй основі містить ідею протиставлення праву:

власності або титульному володінню, навіть попри те, що питання про право не є предметом оцінки. Такий підхід може бути виправданим лише з огляду на важливість поставленої мети – запобігання насильству та самоуправству. У цьому відношенні заслуговує на увагу думка К.І. Скловського, згідно з якою відродження власницького захисту має починатися із запровадження у якості вихідної тези принципу неприпустимості насильства у приватному праві, і, як наслідок, – дії усіх презумпцій проти порушника [10, с. 487]. Відтак кожен володілець матиме впевненість, що він не тільки може втратити майно виключно в судовому порядку, але й повернути його тим же чином. Під час побудови відповідної юридичної конструкції обов'язково слід детально проаналізувати існуючі доктринальні напрацювання з даного питання. Зокрема, необхідно встановити, є посесорний позов тільки віндикаційним, чи він охоплює всі можливі вимоги, який суб'єктний склад такого домагання. Одним із основних завдань має бути виявлення обсягу повноважень нетитульного володільця: чи можна їх прирівняти до повноважень особи, наділеної титулом. Фактичне ототожнення законного (титульного) та узукапієнта (давнісного) володільців можемо зустріти у літературі [13, с. 8]. Подібні висновки певною мірою зумовлені схожою обмеженістю їхніх повноважень тільки речовими домаганнями: вони не можуть бути суб'єктами, наприклад, деліктних вимог, якщо майну, що перебуває у володінні, нанесена шкода [14, с. 20]. Крім того, право давнісного володільця, як і титульного, обмежене строком існування, встановленим договором чи законом.

Однак, на нашу думку, це порівняння не повністю коректне. Схожість даних осіб проявляється у суб'єктивному сприйнятті ситуації: обидва вважають себе належними утримувачами і володіють майном, як своїм. Але навіть тут є істотні відмінності. Узукапієнт від часу окупації речі усвідомлював себе власником, тоді як дійсно титульний володілець не обов'язково буде таким. Він може утримувати річ як орендар, зберігач тощо. Крім того, за українським законодавством добросовісність давнісного володільця вимагається лише на час заволодіння майном, тоді як надалі його обізнаність про неповноважного відчужувача юридичного значення не має. Таких змін у свідомості титульного володільця не буває в принципі. Тож, як бачимо, навіть за особистісними, суб'єктивними показниками щодо сприйняття свого статусу ці особи відрізняються, не кажучи вже про об'єктивний бік їхнього становища. Та, попри

очевидні сутнісні відмінності, спільні зовнішні ознаки у давнісного та титульного володільців таки є, і саме вони мають враховуватися під час конструювання потрібних юридичних механізмів.

Між тим, якщо продовжити дослідження даної класифікації, можемо зробити висновок, що володіння навіть самим власником річчю, яка йому належить, не завжди носить правомірний характер. Так, продавець, який своєчасно не передав товар покупцеві, продовжує утримувати майно, попри те, що він не має такого права. При цьому статус даного 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, на 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 в боржника, а юридичний титул володіння не зміниться. І хоча в 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).

На відміну від ситуації, описаної у попередніх абзацах, фактичний володілець 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 володілець і поготів не стає власником майна, попри те, що утримує його. Утім, якби останнє твердження було беззаперечною істиною, суспільство неодмінно зіштовхнулося б з вибуттям значної кількості майна з цивільного обороту. Адже в разі, коли власник з якоїсь причини (не може чи не хоче) не витребує свою річ, особа, що утримує її, буде як завгодно довго здійснювати володіння та користування, але не зможе вступати в зобов'язальні відносини із приводу даного 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. Такий підхід виглядає цілком розумним, закон визначає правовий статус втраченої власником речі по-різному, виходячи з наявних чинників, зокрема суб'єктивних. Тож тут ми вже не можемо казати про незмінність відповідного майнового статусу після правопорушення.

Із викладеного можемо зробити певні **висновки**. Давнісне володіння має всі ознаки суб'єктивного права, а закінчення його призводить до виникнення власності – нового права. Та наразі реальний механізм здійснення права володіння за давністю не врегульований. Популярна в літе-

ратурі наразі ідея запровадження посесорного захисту поки що не знайшла реального втілення. Дане питання потребує подальшого детального вивчення науковцями та законодавцем та нормативного відображення. Виходячи з необхідності забезпечення балансу під час захисту інтересів неволодіючого власника і добросовісного титульного окупанта та з метою поживлення матеріального обороту має бути розроблений інструментарій посесорного захисту на базі охоронного механізму власності з урахуванням відмінностей володільницького статусу.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Маковій В.П. Ретроспективний аспект формування набувальної давності. *Вісник Луганського держ. унів-ту внутр. справ ім. Е.О. Дідоренка*. 2010. № 1. С. 225–233.
2. Березникова Ю.Р. Актуальные проблемы защиты давностного владения в отношении недвижимого имущества. *Бюллетень нотар. практики*. 2011. № 1. С. 15–18.
3. Калачов Н. О давности по русскому гражданскому праву. По поводу сочинения г. Энгельмана: Die Verjährung nach russischem Privatrecht. Dorpat, 1867 г. *Юридический вестник*. Кн. 1. Июль. Москва, 1867. С. 11–18.
4. Латыев А.Н. Правовое положение лица, владеющего имуществом в течение срока приобретательной давности. *Российский юрид. журнал*. 2001. № 4. С. 101.
5. Латыев А.Н. Посесорный процесс и другие способы упрощенной защиты вещных прав. *Современные проблемы взаимодействия материального и процессуального права России: теория и практика* : Матер. Всероссийской научно-практич. Конференции. Екатеринбург : УрГЮА, 2004. Ч. 2. С. 187–201.
6. Венедиктов А.В. Проблема защиты фактического владения в советском праве. *Советское государство и право*. 1941. № 4. С. 120–125.
7. Эннексерус Л. Курс германского гражданского права. Москва : Издательство иностранной литературы, 1949, Том 1, полутом 1. 432 с.
8. Галов В.В. Владение как элемент вещного права. Ростов на Дону. *Донской юридический институт*. 2000. С. 2–5.
9. Коновалов А.В. Владение и владельческая защита в гражданском праве. 2-е изд. дополн. Санкт-Петербург : Юридический центр Пресс, 2002. 299 с.
10. Скловский К.И. Собственность в гражданском праве. Учебно-практическое пособие, 2-е изд. Москва : Дело, 2000. 512 с.
11. Тужилова-Орданская Е.М. Проблемы защиты прав на недвижимость в гражданском праве России : моногр. Москва : ИД «Буквед», 2007. 443 с.
12. Рубанов А.А. Приобретение права собственности. ГК РФ. Часть первая. Научно-практический комментарий. Москва : БЕК, 1996. 813 с.
13. Лоренц Д.В. Виндикация: юридическая природа и проблемы реализации : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. 12.00.03. Краснодар, 2008. 26 с.
14. Подшивалов Т. Вещные иски: конкуренция и сочетание. *Арбитражный и гражданский процесс*. 2009. № 12. С. 19–22.

Гуйван Петро Дмитрович

ОСОБЛИВОСТІ ПОСЕСОРНОГО ЗАХИСТУ РЕЧОВОГО ПРАВА УПРОДОВЖ НАБУВАЛЬНОЇ ДАВНОСТІ

Запропонована праця присвячена дослідженню актуальної проблематики: реального співвідношення статичної цивільних речових відносин і динаміки матеріального обороту. Дане питання розглядається в аспекті реального наповнення змісту суб'єктивного права на володіння чужою річчю, зокрема в період, коли відбувається перебіг набувальної давності. У цей час окупант правомірно утримує чужу річ, але не може в повному обсязі здійснювати права власника. Більше того, він за нашим кволим у даному відношенні законодавством не вправі здійснити правовий захист свого володіння від неправомірних зазіхань третіх осіб, а тим більше – від власника. Хоча дії останнього з фізичного відібрання речі будуть незаконними, не титульний окупант позбавлений можливості у суді захистити своє володіння. Автор вбачає єдиний спосіб вирішення даної проблеми – у запровадженні посесорного захисту в національному правовому полі. При цьому для захисту порушеного володіння слід доводити факт утримання речі, а не наявність титулу на це. При цьому, звісно, мають аналізуватися і підстави заволодіння майном, але наявність титулу не може надавати переваги стороні судового спору. У статті проаналізовані етапи цивілізаційного поступу інституту набувальної давності на наших теренах та доктринальні намагання науковців наповнити ідею посесорного володільницького захисту реальним змістом. Також досліджено вказану концепцію в законодавствах зарубіжних держав. Висловлена авторська позиція, згідно з якою не варто надавати посесорному речовому захистові широких загально цивілістичних охоронних функцій. Адже це може призвести до змішування виключно володільницького захисту із зобов'язально-правовими реституційними повноваженнями або надання йому значення абсолютного захисту проти усіх третіх осіб та власника. Наголошується, що зміст

посесорного захисту має полягати у здійсненні речових позовів. У цьому сенсі пропонується надати незаконному володільцеві, що отримав річ від третіх осіб, у разі порушення його володіння, прав, аналогічним тим, що випливають з віндикації, з урахуванням специфіки відносин.

Ключові слова: посесорний захист, право володіння, набувальна давність.

Guyvan Petro

PECULIARITIES OF POSSESSORY PROTECTION OF PROPERTY LAW DURING THE ACQUISITION PERIOD

The proposed work is devoted to the study of topical issues: the real relationship between the statics of civil relations and the dynamics of material turnover. This issue is considered in terms of the actual content of the subjective right to own someone else's thing, in particular in the period when the acquisition statute of limitations. At this time, the occupier lawfully holds someone else's thing, but can not fully exercise the rights of the owner. Moreover, according to our weak legislation in this regard, he is not entitled to carry out legal protection of his property from unlawful encroachments of third parties, and even more so – from the owner. Although the actions of the latter on the physical seizure of the thing will be illegal, not the titular occupier is deprived of the opportunity to defend his property in court. The author sees the only way to solve this problem in the introduction of possessory protection in the national legal field. Thus for protection of the broken possession it is necessary to prove the fact of the maintenance of a thing, instead of existence of the title on it. At the same time, of course, the grounds for taking possession of the property must be analyzed, but the presence of the title cannot give an advantage to the party to the litigation. The article analyzes the stages of civilizational progress of the institute of acquisitive prescription in our area and the doctrinal efforts of scientists to fill the idea of possessory ownership protection with real meaning. This concept is also studied in the legislation of foreign countries. The author's position is expressed, according to which it is not necessary to give possessory material protection wide general civil protective functions. After all, this can lead to confusing only proprietary protection with binding restitution powers or giving it the value of absolute protection against all third parties and the owner. It is emphasized that the content of possessory protection should be the implementation of property claims. In this sense, it is proposed to give the illegal owner, who received the thing from third parties, in case of violation of his possession, rights similar to those arising from the vindication, taking into account the specifics of the relationship.

Key words: possessory protection, right of possession, acquisitive prescription.

УДК 347:341.141](477)(094.4)
DOI <https://doi.org/10.32837/chc.v0i38.362>

Бедрій Мар'ян Миронович,

кандидат юридичних наук,
доцент кафедри основ права України
Львівського національного університету імені Івана Франка
ORCID <https://orcid.org/0000-0003-4021-1980>

СТАТТЯ 7 ЦИВІЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ: АНАЛІЗ КРІЗЬ ПРИЗМУ ФЕНОМЕНУ ЗВИЧАЄВОГО ПРАВА

Постановка проблеми. Упродовж останнього часу тривають фахові дискусії щодо можливості, доцільності та перспектив рекодифікації цивільного законодавства України. З огляду на ці обставини необхідно переосмислити актуальний текст Цивільного кодексу (далі – ЦК) України і забезпечити непохитність підвалин приватного права в умовах політичної нестабільності, економічної кризи та численних викликів. До здобутків чинного ЦК варто віднести визнання звичаю регулятором цивільних правовідносин (ст. 7), і ця засада повинна встояти незалежно від акту, що перебуватиме в основі системи цивільного законодавства.

Звичай має важливе значення для української правової традиції, адже звичаєве право було основою її формування та розвитку впродовж багатьох століть. Від додержавних часів і до кінця XVIII ст. правовий звичай був основним регулятором найважливіших суспільних відносин на українських землях. Це вказує на понад тисячолітню історію функціонування українського звичаєвого права, на підставі якого були сформовані базові правові інститути. Крім того, Україні характерна довготривала історіографія дослідження звичаєвого права в його різноманітних проявах і аспектах.

Сьогодні правовий звичай не має широкого застосування в Україні, що зумовлено як радянською спадщиною протидії звичаєвому праву, так і домінуванням позитивістського типу праворозуміння в юридичній науці. Основною сферою його чинності є приватно-правові відносини. У цьому полягає фундаментальне значення ст. 7 ЦК України (та її можливих відповідників

у нових версіях і редакціях кодексу) задля збереження основ українського цивільного права, його демократичного розвитку й ефективного функціонування. Попри засадничу роль згаданої статті кодексу у відновленні національних алгоритмів формування цивільного права, існує потреба її наукового аналізу з метою розгляду шляхів можливого оновлення і вдосконалення відповідних нормативних конструкцій.

Стан дослідження. Звичаєве право становить важливий об'єкт дослідження юридичної науки, тому вивчається багатьма поколіннями українських вчених. Як відомо, основний сегмент публікацій зазначеного напрямку припадає на фахівців з історії, теорії, філософії та соціології права. Серед представників цивілістики сучасний звичай і звичаєве право досліджувалися О. Беляневич, А. Бірюковою, О. Джуринським, І. Діковською, Р. Майдаником, Р. Прилуцьким, І. Проценко, І. Сенютою, О. Щокіною, О. Яворською та ін. Ці праці виробили цінний теоретичний базис, який дозволяє продовжити наукові пошуки та поставити питання про ст. 7 ЦК України у контексті феномену звичаєвого права. Такий кут зору на означену проблему дає можливість по-новому дослідити текст кодексу і з'ясувати аспекти, які не вивчалися раніше.

Мета цієї статті – виявити відповідність положень ст. 7 ЦК України особливостям звичаєвого права як явища суспільної реальності та запропонувати шляхи вдосконалення цієї кореляції. У цьому дослідженні ст. 7 ЦК України переважає наголос на суть і природу звичаєвого права, а не нагальні потреби нормопроекування, тому його результати можуть дещо відрізнятись від існу-

ючих позицій і переконань. Разом із тим автор сподівається, що такі результати будуть цікавими та корисними для поглиблення знань про поточний стан цивільних правовідносин і перспективи їхньої еволюції в умовах XXI ст.

Виклад основного матеріалу здійснюється структурно за такими підрозділами: 1) звичай чи правовий звичай? 2) чи є правовим звичаєм правило персональної ділової практики? 3) поняття звичаїв ділового обороту; 4) усталеність як ознака правового звичаю; 5) можливість фіксації звичаю в документі; 6) конкуренція законодавчих і звичаєвих норм.

I. Звичай чи правовий звичай?

Ч. 1 ст. 7 ЦК України постановила про те, що «цивільні відносини можуть регулюватися звичаєм, зокрема звичаєм ділового обороту». Разом із тим, переглядаючи сучасну літературу із загальної теорії права та держави, можна констатувати певний дисонанс зі змістом ст. 7 ЦК України, адже серед традиційного каталогу формальних джерел права вказується лише правовий звичай, а не звичай загалом. Якщо розглянути це співвідношення з точки зору етатистського праворозуміння, згідно з яким звичай стає правом за умови його санкціонування державою, можна припустити, що ст. 7 ЦК України санкціонувала звичаї, які регулюють цивільні відносини, надавши їм у такий спосіб юридичної чинності та статусу правових звичаїв.

Натомість відповідно до інших типів праворозуміння це співвідношення можна розглянути дещо інакше. До цього спонукає і не позбавлена підстав думка про те, що на момент санкціонування звичаю державою, він уже регулює найбільш важливі (правові) суспільні відносини *de facto*, усталившись у практиці правового життя. Тоді постає питання: чи санкціонування справді перетворює звичай у право, чи лише надає державну підтримку вже усталеним у суспільстві нормам звичаєвого права? Як видається, відповідь на це питання може стати предметом окремого дослідження.

Юридична наука в цілому немає сумнівів із приводу того, що не кожен звичай є частиною системи права. Крім правових, існують побутові, релігійні, етичні й інші звичаї. Я. Ліц, відзначаючи наявність великого масиву звичаїв в суспільстві, пропонує поділити їх за критерієм юридичного значення на три групи: правові звичаї (становлять частину об'єктивного права та регулюють найбільш важливі суспільні відносини), звичаї релевантні праву (не є частиною системи права,

але мають певне значення в процесі правозастосування), звичаї без правової релевантності (не мають впливу на регулювання правових відносин і вирішення юридичних ситуацій). Водночас дослідник наголосив на тому, що не існує об'єктивної можливості провести чітку й однозначну межу посеред названими групами звичаїв [1, с. 186].

Виходячи з наведеної класифікації, поняття звичаю, застосоване у ст. 7 ЦК України, варто визнати вдалим, адже воно включає як правові звичаї (регулюють правовідносини як юридичні норми), так і звичаї релевантні праву (мають значення у правозастосуванні). Вказаний підхід передбачає і те, що санкціонованими державою можуть бути як перші, так і другі. Правові звичаї за таких умов становлять самостійний регулятор правовідносин, тоді як звичаї із правовою релевантністю уточнюють зміст норми законодавства чи звичаєвого права.

Правовий звичай порівняно з іншими звичаєвими нормами становить особливий регулятор суспільних відносин, оскільки регулює саме правову матерію – найважливіші суспільні відносини. Йому характерні низка ознак, серед яких основними є усталеність у практиці, загальність, нормативність, фактична правова дія, відповідність праву та суспільне визнання. Отже, *правовим звичаєм* у цій статті вважатиметься усталене у практиці та відповідне праву загальне правило поведінки (чи їхній комплекс), що має фактичну правову дію і суспільне визнання.

II. Чи є правовим звичаєм правило персональної ділової практики?

Усталена практика, яка існує в договірних відносинах двох чи більше суб'єктів підприємницьких відносин, може виробити правило, що поширює свою чинність на відповідних суб'єктів під час укладення наступних аналогічних договорів між ними. Це впливає з логіки та швидких темпів ділового обороту. Вказування окремих умов у договорах між сторонами, які тривалий час перебувають у стійких торгових відносинах один з одним, і внаслідок цього стали для них очевидними (наприклад, обов'язок доставки товару продавцем у відповідне місце, право покупця оплачувати вартість товару частинами та ін.), може бути сприйнятим як порушення ділової етики, прояв недовіри чи даремна витрата часу [2, с. 362]. Це відповідає у т. ч. доктрині справедливих (обґрунтованих) очікувань, адже сторона зобов'язання має достатні підстави очікувати, що його реалізація відбуватиметься усталеним шляхом.

У ст. 9 Віденської конвенції про договори міжнародної купівлі-продажу товарів 1980 р. зазначено, що «сторони пов'язані будь-яким звичаєм, щодо якого вони домовилися, і практикою, яку вони встановили у своїх взаємних відносинах». Відтак конвенція говорить про те, що юридичний зв'язок між сторонами договору (взаємні права і обов'язки) забезпечується в тому числі звичаєм (*usage*) і практикою (*practice*) [3, с. 95], яку вони встановили у своїх взаємних відносинах (інакше кажучи, персональною діловою практикою). Із цього випливає, що звичай, будучи правилом, утвореним загальною діловою практикою (більшість підприємців відповідної галузі чи регіону), не є тотожним правилу, утвореному персональною діловою практикою сторін. Це можна показати наступною схемою:

персональна ділова практика сторін → правило, що за юридичними наслідками прирівнюється до умови договору, укладеного між ними;

загальна ділова практика → правовий звичай, який прирівнюється за юридичним значенням до норми законодавства (загальнодержавної, місцевої чи галузевої) [4, с. 71].

Правила персональної ділової практики є своєрідним виявом волі контрагентів договору. Вчиняючи щоразу певним чином, кожна зі сторін отримує право очікувати, що наступного разу їхнє правовідношення відбуватиметься аналогічно (наприклад, розрахунок за товар відбудеться через два дні після поставки). Тому при формуванні правила персональної ділової практики виникає презумпція про те, що певні правовідносини будуть відбуватися у звичному режимі. Сторони можуть усунути її зі своїх правовідносин, але це має бути зазначено у їхньому договорі. В іншому випадку правило буде продовжувати свою чинність [2, с. 364].

Уже в юридичній літературі кінця XIX ст. можна побачити погляди, згідно з якими не варто отожднювати торгові звичаї загального характеру та торгові узвичаєння конкретних підприємців або торгових домів. У правовій системі США такі правила персональної практики називають також *course of dealing* (заведений порядок). Так, у Єдиному торговому кодексі США заведений порядок визначено як однорідність попередньої поведінки сторін даного договору, яку справедливо можна розглядати як таку, що встановлює загальну основу взаєморозуміння при тлумаченні використовуваних ними виразів та інших дій. В Європі для означення таких персональних правил все частіше використовується термін «практика»

[5, с. 323]. Водночас практика є радше процесом, ніж результатом, який становлять певні правила поведінки (загальні чи персональні). Тому цей термін для означення відповідного явища видається не зовсім вдалим.

У деяких працях персональні правила контрагентів названо «узвичаєннями» («узвичаєностями»), хоча такий підхід вступає у суперечність з теорією міжнародного права, яка окреслює відповідним терміном необов'язкові звичаєві правила [6, с. 9].

III. Поняття звичаїв ділового обороту

Серед масиву звичаїв, до яких відсилає цивільне законодавство України, вирізняються звичаї ділового обороту. Зокрема у ст. 527 ЦК України вказано, що боржник зобов'язаний виконати свій обов'язок, а кредитор – прийняти виконання особисто, якщо інше не встановлено договором, не впливає із суті зобов'язання чи звичаїв ділового обороту. Про врахування звичаїв ділового обороту йдеться й у інших статтях ЦК України – ст. 526, 529, 531, 532, 538, 613, 627, 630, 654, 682 та ін. [7, с. 133]. Водночас зміст поняття звичаїв ділового обороту недостатньо розкрито в українському законодавстві, судовій практиці та юридичній доктрині, що створює труднощі для правозастосування.

Окремі автори отожднюють звичаї ділового обороту з торговими звичаями [8, с. 193]. У юридичній енциклопедії торговим звичаєм названо правило, що склалося в торгівлі внаслідок одноманітного повторення певних відносин [9, с. 569]. Однак український законодавець не отожднив ці поняття, тому торгові звичаї можуть вважатися близькими за значенням зі звичаями ділового обороту, але не синонімами. З порівняльною метою доцільно згадати про те, що в сучасному німецькому праві торговий звичай вважається різновидом звичаю ділового обороту [10, с. 33].

Опираючись на аналітичний метод, слід звернути увагу на те, що в понятті звичаю ділового обороту синтезовано два поняття – звичай і діловий оборот. У науковій літературі відображено погляд, що цивільним оборотом є загал відносин і правочинів, які виникають у зв'язку з діяльністю суб'єктів цивільного права щодо обігу майна та послуг. М. Кошовський виокремив три види такого обороту: загальний оборот (усі сторони договору не здійснюють господарської діяльності); двосторонньо-діловий оборот (обидві сторони є суб'єктами господарської діяльності); односторонньо-діловий оборот, у т. ч. споживчий (одна сторона є суб'єктом господарювання, а друга – ні) [11, с. 160].

Оскільки діловий оборот охоплює тільки той сегмент договірних відносин, у яких хоча б одна сторона є суб'єктом господарської діяльності, звичаї ділового обороту можуть бути утворені виключно за участю такого суб'єкта. З одного боку, такий підхід має сенс, оскільки звичаєві норми формуються шляхом практики, яка є сталою (усталеною), тобто існує більша ймовірність їхнього утворення у діловому обороті ніж у загальному. Однак, з іншого боку, загальний оборот також може створювати звичаєві норми, і за таких умов вони не будуть перебувати в рівних умовах зі звичаями ділового обороту. Наприклад, у цитованій вище ст. 527 ЦК України йдеться лише про звичаї ділового обороту, а не про звичаї загалом. І в цьому полягає проблема, оскільки правила, утворені практикою підприємців, можуть діяти у відносинах інших осіб, а навпаки – ні. Наведене становить суперечність із принципом рівності учасників цивільних відносин [12, с. 79].

IV. Усталеність як ознака правового звичаю

Відповідно до ч. 1 ст. 7 ЦК України звичаєм є правило поведінки, яке не встановлене актами цивільного законодавства, але є усталеним у певній сфері цивільних відносин. Усталеність у практиці належить до основних ознак правового звичаю, адже вона визначає як звичаєвий (стає звичаєм), так і правовий (набуває юридичної чинності) характер відповідної норми.

Правило суспільної поведінки стає звичаєм, якщо воно загальноприйняте, тобто усталене, утворене за загальною згодою (в тому числі мовчазною) більшості учасників відносин. Звичаєва норма не встановлюється конкретним суб'єктом, а усталюється, тобто виникає із легальної практики, що базується на закономірностях розвитку суспільних відносин. Від усталеності звичай черпає також свою юридичну силу, адже правозастосовний суб'єкт (передусім суд) повинен визначити в конкретному випадку, чи певне правило поведінки реально існує в певній сфері чи місцевості.

Р. Мегаррі визначив звичай як практику, що стала усталеною [13, р. 926]. Немає сумніву в тому, що право може творитися шляхом практики, і результатом такого правотворення стає звичай або прецедент [14, с. 20, 22].

На відміну від усталеності, давність варто визнати додатковою ознакою правового звичаю, хоча окремі дослідники вважають її основною [15, с. 82-84]. Для виникнення правового звичаю потрібний певний проміжок часу, тривалість якого є різною в кожному конкретному випадку. Цей період не завжди повинен бути тривалим, але

необхідно, щоб звичай проявив себе, внаслідок чого встановлюється його існування. У давні часи правові звичаї могли формуватися поколінням чи навіть поколіннями на підставі їхніх уявлень про необхідне, корисне та справедливе. Завданням правового звичаю ставало збереження культурних надбань попередніх поколінь, які вважалися найбільш цінними [16, с. 33, 41–42]. Проте історії права відомі випадки, коли становлення звичаю відбувалося у значно коротші терміни.

Давність є важливою для функціонування правового звичаю, але не має визначального значення для його утворення. Справа в тому, до давність завжди супроводжується усталеністю, тоді як усталеність не завжди передбачає давність. Відтак правовий звичай виникає з усталеності певної практики правового характеру. Вона може бути як давньою, так і ні. Наприклад, закон Папуа-Нової Гвінеї про основоположне право 2000 р. визначає звичаєве право як «звичаї та практики корінного населення держави, існуючі на час вирішення конкретної справи незалежно від того, чи такі звичаї та практики тривають з незапам'ятних часів, чи ні» [17]. Отже, усталеність не має прив'язки до певного строку існування відповідної практики, а лише до самого факту її буття.

Тому давність є факультативною ознакою правового звичаю, що додає йому авторитету та юридичної сили, проте не спричиняє його формування, яке відбувається шляхом усталеності. А. Прейснер також дійшов висновку про те, що для утворення правового звичаю час не має першорядного значення. Такий час неможливо об'єктивно визначити, тому формулювання «завжди», «від давніх часів» лише підтверджують авторитет звичаю, а не надають йому юридичної сили [18, с. 187]. Отже, давність відіграє роль своєрідної презумпції усталеності конкретного правового звичаю. Інакше кажучи, звичай, що характеризується давністю є, безперечно, усталеним.

V. Можливість фіксації звичаю в документі

Відповідно до абз. 3 ч. 1 ст. 7 ЦК України звичай може бути зафіксований у документі. Для звичаю загалом і правового звичаю зокрема характерна неписана форма як первинна, адже звичаєве право вважається базовою складовою *Lex non scripta* (так зв. неписаного закону, до складу якого включають і принципи права) [19, р. 119]. Неписані форми правового звичаю можна згрупувати в діяльнісні (дії чи бездіяльність учасника правовідношення, у т. ч. обрядові та символічні), як і усні (простий усний переказ або фольклорний твір). Письмова форма фіксації

правових звичаїв була спрямованою насамперед на те, щоб посилити визначеність відповідних норм, а відтак сприяти процесу належного правозастосування.

Набуття звичаєвим правом письмової форми, як правило, зумовлювало його трансформацію в закон у широкому розумінні цього поняття. Письмова фіксація норм звичаєвого права без перетворення у норми законодавства відбувалася у документах, що не мали статусу джерела права – цивільних договорах, судових рішеннях, адміністративних актах тощо. Так, П. Чубинський вивчав звичаєве право XIX ст. шляхом аналізу рішень волосних судів [20]. Інакше кажучи, зміст норми звичаєвого права фіксувався у відповідному документі, набуваючи в такий спосіб письмової форми. Проте згаданий документ, не будучи нормативно-правовим актом або іншим формальним джерелом права, не переводив відповідну норму зі звичаєвої сфери регулювання у законодавчу.

Правовий звичай міг набути письмової форми шляхом дескрипції, тобто запису звичаєвих норм в офіційному чи неофіційному тексті. Хоча в українській практиці значно поширенішими були неофіційні описи правових звичаїв, виконані дослідниками і науковими організаціями, поодинокі випадки офіційної дескрипції правових звичаїв відомі й українській історії. До прикладу, протягом липня-серпня 1904 р. на виконання царського розпорядження в усіх волостях Російської імперії проводилася фіксація місцевих норм звичаєвого права про спадкування. Відповіді на анкети з 25 питань затверджувалися постановами волосних сходів [21, с. 33].

У сучасних правових системах торгівлі звичаї можуть фіксуватися без втрати звичаєвого статусу в узансах – документах, які видаються недержавними авторитетними організаціями (у тому числі міжнародними). До прикладу, в Польщі таку роль виконують господарські палати. Згідно зі своїм статутом Крайова Господарська палата має право видавати висновки про існуючі в державі торгівлі звичаї [1, с. 227]. На міжнародному рівні найбільш відомим узансом є Інкотермс. Торгово-промислова палата України має право відповідно до ст. 14 Закону України «Про торгово-промислові палати в Україні» засвідчувати наявні торгівлі та портові звичаї за зверненням суб'єктів господарської діяльності і фізичних осіб. Як видається, засвідчений цією організацією звід звичаїв певного порту, складений його адміністрацією, чи інший документ, в якому описані звичаї, також можна вважати узансами.

VI. Конкуренція законодавчих і звичаєвих норм

Ч. 2 ст. 7 ЦК України встановила заборону застосування звичаїв, які суперечать актам цивільного законодавства чи договору. Попри вказане положення, в теорії права не припиняються дискусії щодо можливої конкуренції законодавчих і звичаєвих норм у питанні регулювання конкретного правовідношення. Це питання загострюється в тих випадках, коли замість законодавчої норми *de facto* застосовується утворений суспільством звичай. Згідно з домінуючим у юридичній доктрині поглядом звичай не може діяти замість приписів *iuris cogentis* (імперативних норм). Імперативна юридична норма законодавства отримує першість стосовно звичаю, оскільки вона становить визначену вимогу законодавця щодо виконання певних дій або утримання від них, скеровану до адресатів відповідного припису [22, с. 164].

За переконанням Я. Ліца, навіть якщо імперативна законодавча норма не застосовується *de facto*, а замість неї виникає суперечна з нею стала практика, це не є підставою для сумнівів у юридичній чинності законодавчого положення. У такому випадку компетентні органи держави повинні розглянути сенс і потребу заміни законодавчої норми, оскільки наведена ситуація може спричинити втрату суспільної довіри до законодавства [1, с. 200]. Деяко інакше ситуацію варто вирішувати в разі суперечності між законодавчим положенням і правом (не в позитивістському розумінні). У такому випадку звичай, який відповідає праву, гіпотетично може домінувати над нормою законодавства, що праву суперечить. Однак таких законодавчих положень не повинно існувати в сучасному цивілізованому світі.

Основний науковий спір стосується питання, чи звичай може мати першість перед законодавчими нормами диспозитивного характеру, чи діє лише після них. Суть проблеми зводиться до питання: *чи в разі, коли сторони зобов'язання не врегулювали в договорі певної правової матерії, а щодо даного суспільного відношення існують як звичай, так і суперечна йому диспозитивна норма законодавства, треба застосовувати звичай чи відповідну норму?* [22, с. 164]. Хоча із даного приводу в європейській науковій літературі є чимало висловлювань, наведена проблема не є насправді настільки гострою, адже в сучасному світі переважна більшість звичаїв мають диспозитивний характер. Тим паче, коли йдеться про відносини, що диспозитивно врегулювані законодавцем.

Насамперед варто було б з'ясувати, чи відношення між законодавчим положенням і звичаєвою нормою не має характеру *secundum legem*, оскільки звичай може доповнювати відповідне регулювання без відсилання до нього в конкретній статті нормативно-правового акта. Колізія виникає тільки тоді, коли таке відношення справді має характер *adversus legem (contra legem)*. За таких умов варто визнати першість за диспозитивним положенням закону [1, s. 200–201].

Іншою є ситуація з правилами персональної ділової практики, виробленої сторонами конкретного правовідношення. Вказані правила повинні бути прирівняні до умови договору за винятком випадків, коли самі сторони домовилися про припинення їхньої чинності. Як зазначалося вище, вони є частиною волевиявлення сторін. Такі правила за умови їхньої відповідності праву можуть претендувати на першість у випадку конкуренції з диспозитивними нормами законодавства на тих самих умовах, що й інші положення цивільного чи господарського договору. Це одна із причин, чому звичаї загального характеру та правила персональної ділової практики повинні бути диференційовані в юридичній науці, практиці та законодавстві.

Висновки. Таким чином, можна відзначити те, що ст. 7 ЦК України в цілому відповідає суспільній природі феномену звичаєвого права та є достатньою законодавчою підставою для застосування звичаєвих норм у цивільних правовідносинах.

Виходячи зі структури статті, можна запропонувати такі висновки: 1) регулятором цивільних відносин є звичай загалом, а джерелом цивільного права – правовий звичай зокрема; 2) правила персональної ділової практики конкретних контрагентів не є правовими звичаями, однак мають чинність у подальших відносинах цих суб'єктів; 3) звичаї ділового обороту становлять вид звичаю, а тому і регулятор цивільних відносин, проте їхнє вказування у тексті ЦК є недоцільним; 4) звичай набуває чинності у цивільних правовідносинах за умови його фактичної усталеності; 5) зміст звичаєвих норм може фіксуватися в документах, які не мають статусу самостійних джерел права (узанси та ін.); 6) у випадку конкуренції законодавчої та звичаєвої норми повинна застосовуватися норма законодавства, якщо компетентним суб'єктом не буде встановлено, що така норма є неконституційною чи неправовою.

Зважаючи на результати дослідження, подальший розвиток тексту ЦК України у частині взаємодії зі звичаєвим правом вбачається в такому: 1) збереженні основ існуючої конструкції ст. 7 з деякими змінами й уточненнями; 2) усуненні згадок про звичаї ділового обороту з тексту кодексу і заміні їх у відповідних статтях на звичай; 3) доповненні окремою статтею про правила персональної ділової практики, що формуються у договірних відносинах конкретних контрагентів; 4) доповненні окремою статтею про узанси в розумінні звичаїв, які зафіксовані в документарній формі торгово-промисловими палатами й іншими авторитетними організаціями.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Lic J. Zwyczaje i prawo zwyczajowe. *System prawa handlowego* / pod. red. Stanisława Włodyki. T. 1. Prawo handlowe – część ogólna. Warszawa: Wydawnictwo CH Beck, 2009. S. 146–273.
2. Добров О. Правоутворення без законодавця (нариси з теорії джерел права). Частина перша. Звичаєве право. *Праці комісії для вивчення звичаєвого права України*. Вип. 2. Київ : ВУАН, 1928. С. 295–415.
3. Pęcyna M. Naruszenie zobowiązania w świetle harmonizacji prawa zobowiązań. *Studium prawnoporównawcze*. Warszawa : Wolters Kluwer Polska, 2009. 469 s.
4. Бедрій М.М. Звичай і ділова практика: співвідношення понять у контексті вдосконалення зобов'язального права України та Польщі. *Порівняльно-аналітичне право*. 2017. № 3. С. 70–72.
5. Порогиков А.И. Обычай в гражданском обороте. *Обычай в праве*: Сборник. Санкт-Петербург : Юридический центр Пресс, 2004. С. 198–380.
6. Даниленко Г.М. Обычай в современном международном праве. Москва : Наука, 1988. 192 с.
7. Яворська О.С. Звичаєве право як соціальний регулятор цивільних відносин. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. Серія юридична*. 2013. Вип. 2. С. 129–137.
8. Махінчук В.М. Торговий звичай (звичай ділового обороту) як джерело виникнення підприємницьких відносин. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. Серія юридична*. 2013. Вип. 1. С. 192–200.
9. Коломацька С.П. Звичай торговий. *Юридична енциклопедія*: в 6 т. / Редкол. : Ю.С. Шемшученко (гол.) та ін. Том 2: Д-Й. Київ : Укр. Енцикл., 1999. С. 569.
10. Проценко І. Звичай ділового обігу за законодавством України та Німеччини. *Юридичний журнал*. 2003. № 6. С. 32–34.
11. Koszowski M. Obrót powszechny, profesjonalny i konsumecki. *Ius Novum*. 2010. 4. S. 160–165.
12. Бедрій М.М. Звичай ділового обороту: роздуми щодо змісту поняття та його доцільності. *Публічне і приватне право: конституційні засади та інноваційні тенденції*: зб. матер. Міжнар. юрид. наук.-практ. конф. «Актуальна юриспруденція», м. Київ, 22 червня 2017 р. Київ : АртЕк, 2017. С. 77–80.
13. Megarry R. E. Custom. *Encyclopedia Britannica*. Vol. 6. Cocker to Dais. Chicago, London, Toronto, Geneva, Sydney, Tokyo: R. R. Donneley and Sons Co., 1965. P. 926.

14. Wróblewski J. *Zasady tworzenia prawa*. Warszawa : PWN, 1989. 179 s.
15. Уолкер Р. Английская судебная система / пер. с англ. Т. В. Агарова. Москва : Юридическая литература, 1980. 631 с.
16. Правовий звичай як джерело українського права IX–XIX ст. / за ред. І. Б. Усенка. Київ : Наукова думка, 2006. 280 с.
17. Underlying law Act Papua New Guinea No 13 of 2000. URL : http://www.paclii.org/pg/legis/consol_act/ula2000173.pdf.
18. Preisner A. Zwyczaj i prawo zwyczajowe. *Charakter i struktura norm Konstytucji* / red. nauk. Janusz Trzcziński. Warszawa : Wydawnictwo Sejmowe, 1997. S. 185–195.
19. Ruiters D. W. P. *Legal institutions*. Springer-Science+Business Media, 2001. 224 p.
20. Чубинский П. Крайний очерк народных юридических обычаев, составленный на основании прилагаемых гражданских решений. *Труды этнографическо-статистической экспедиции в Западно-Русский край, снаряженной Императорским Русским географическим обществом. Юго-Западный отдел*. Том VI. Санкт-Петербург, 1872. С. 29–80.
21. Камінський В. Спроба кодифікації звичаєвого права на Україні (Сторінка з історії звичаєвого права на початку ХХ ст.). *Праці комісії для вивчення звичаєвого права України*. Вип. 1. Київ : УАН, 1925. С. 32–53.
22. Trzcziński K. Zwyczaj i prawo zwyczajowe jako źródła prawa prywatnego. *Rejent*. 1998. nr 3(83). S. 156–170.

Бедрій Мар'ян Миронович

СТАТТЯ 7 ЦИВІЛЬНОГО КОДЕКСУ УКРАЇНИ: АНАЛІЗ КРИЗЬ ПРИЗМУ ФЕНОМЕНУ ЗВИЧАЄВОГО ПРАВА

Стаття присвячена взаємодії тексту Цивільного кодексу України (зокрема ст. 7) зі звичаєвим правом як суспільним явищем. Досліджено співвідношення понять звичаю та правового звичаю в контексті регулювання цивільних відносин. Обґрунтовано тезу про те, що регулятором цивільних відносин є звичай загалом, а джерелом цивільного права – правовий звичай як його вид. Поняття звичаю, вказане у ст. 7 ЦК України, визнано вдалим, адже воно включає як правові звичаї (регулюють правовідносини як юридичні норми), так і звичаї релевантні праву (мають значення у правозастосуванні).

Виконано порівняння звичаїв загального характеру та правил персональної ділової практики конкретних контрагентів. Зроблено висновок про те, що звичай як правило, утворене загальною діловою практикою (більшість підприємців відповідної галузі чи регіону), не є тотожним правилу, утвореному персональною діловою практикою сторін. Персональна ділова практика сторін здатна сформувати правило, що за юридичними наслідками прирівнюється до умови договору, укладеного між ними. Натомість загальна (деперсоніфікована) ділова практика утворює правовий звичай, який прирівнюється за юридичним значенням до норми законодавства (загальнодержавної, місцевої чи галузевої).

Проаналізовано поняття звичаїв ділового обороту та доцільність його використання в тексті Цивільного кодексу України. За результатами цього аналізу звичаями ділового обороту окреслено ті, що були утворені за участю суб'єкта підприємницької діяльності. Запропоновано усунути відсилання до звичаїв ділового обороту з тексту кодексу та замінити їх у відповідних статтях відсиланнями до звичаїв загалом. Оскільки звичай набуває чинності у цивільних правовідносинах за умови його фактичної усталеності, ця характеристика звичаю повинна бути збережена в тексті Цивільного кодексу України.

Висвітлено можливість письмової фіксації звичаїв у документах, які не мають статусу самостійних джерел права. Запропоновано доповнити текст Цивільного кодексу України окремою статтею про узанси в розумінні звичаїв, які зафіксовані у документарній формі торгово-промисловими палатами й іншими авторитетними організаціями. Розглянуто проблему конкуренції законодавчих і звичаєвих норм у ході регулювання цивільних відносин. При згаданій конкуренції повинна застосовуватися норма законодавства, якщо компетентним суб'єктом не буде встановлено, що така норма є неконституційною чи неправовою.

Ключові слова: звичай, цивільне право, текст кодексу, ділова практика, фактична усталеність.

Bedrii Marian

ARTICLE 7 OF THE CIVIL CODE OF UKRAINE: ANALYSIS THROUGH THE PRISM OF THE PHENOMENON OF CUSTOMARY LAW

The article is devoted to the interaction of the Civil Code of Ukraine text (in particular art. 7) with customary law as a social phenomenon. The correlation of the concepts of custom and legal custom in the context of civil relations regulation is researched. The thesis that the regulator of civil relations is a custom in general, and the source of civil law – legal custom as its type is substantiated. The concept of custom, specified in art. 7 of the Civil Code of Ukraine, is considered successful, because it includes both legal customs (regulating legal relations as legal norms) and customs relevant to the law (important in law enforcement).

A comparison of general customs and rules of personal business practice of particular counterparties is performed. It is concluded that the custom, as a rule, formed by the general business practice (the majority of businessmen of the corresponding branch or region), is not identical to the rule formed by personal business practice of the parties. The personal business practice of the parties is able to form a rule that is legally equivalent to the terms of the contract concluded between them. Instead, general (depersonalized) business practice forms a legal custom, which is equated in legal significance to the norm of law (national, local or sectoral).

The concept of business turnover customs and expediency of its use in the text of the Civil code of Ukraine are analyzed. According to the results of this analysis, business turnover customs are outlined those that were formed

with the participation of the business entity. It is proposed to remove references to business turnover customs from the text of the code and replace them in the relevant articles with references to customs in general. Since the custom comes into force in civil law, provided it is actually established, this characteristic of the custom should be preserved in the text of the Civil Code of Ukraine.

The possibility of written fixation of customs in documents that do not have the status of independent sources of law is highlighted. It is proposed to supplement the text of the Civil Code of Ukraine with a separate article on usances in the understanding of customs, which are recorded in documentary form by chambers of commerce and industry and other authoritative organizations. The problem of competition of legislative and customary norms in the course of civil relations regulation is considered. In the case of such competition, a norm of legislation shall apply unless the competent entity establishes that such a rule is unconstitutional or illegal.

Key words: custom, civil law, text of the code, business practice, factual establishing.

та ін. Проте і на сьогодні ця проблематика залишається недостатньо розробленою для вітчизняної правової доктрини.

Формування цілей статті. Метою статті є дослідження функцій приватного та цивільного права шляхом з'ясування сутності та природи явища функцій приватного та цивільного права, напрямків впливу приватного та цивільного права, аналіз соціального призначення приватного та цивільного права. Роль та значення функцій права не можуть бути сталими. На певних історичних проміжках часу вони можуть змінюватися. Соціальне призначення права визначається потребами суспільного розвитку. Загальні тенденції суспільного життя можуть впливати на роль окремих напрямків впливу приватного права та цивільного права та їх соціальне призначення. Зазначене значним чином актуалізує дане дослідження

Виклад основного матеріалу. За вдалим висловом В.Г. Смирнова, поняття «функції права» відображає в сукупності предмет, завдання і метод правового регулювання [7; 9]. Отже, достатньо логічним разом із предметом і методом цивільного права буде розглянути функції цивільного права.

Слово «функція» походить від латинського *functio* – виконання [8, с. 138]. Термін «функція» має багато значень і не є власне юридичним поняттям. Саме слово «функція» вперше було використано німецьким математиком Г. Лейбніцем у 1673 р. у листі до Гюйгенса (під функцією він розумів відрізок, довжина якого змінюється за якимось певним законом) [9, с. 127]. У філософії інтерес до функції як до однієї з фундаментальних категорій зростав у міру поширення в різних галузях науки функціональних методів дослідження. У найбільш розгорнутій формі функціональний підхід був реалізований Е. Кассіером [10, с. 150], який розробив теорію понять, або «функцій». Ця спроба побудови теорії пізнання на основі функціонального підходу значною мірою вплинула на філософські уявлення про функцію.

У філософських дослідженнях функція – це відносини двох (групи) об'єктів, в якому зміна одного з них веде до зміни іншого. в соціології – це роль, яку певний соціальний інститут або соціальний процес виконує стосовно потреб системи більш високого рівня організації, або залежність, яка спостерігається між різними компонентами одного соціального процесу, коли зміни в одній частині системи є похідними

від змін в іншій її частині. Термін «функція» є досить багатомірним і придатним для характеристики будь-яких динамічних структур. У соціології був розроблений функціоналізм – один із напрямків аналізу і розуміння суспільства, його функціонування та розвитку. Його основні ідеї були сформульовані Г. Спенсером, на думку якого подібно до еволюційного розвитку організму прогресуюча диференціація структури суспільства супроводжується прогресуючою диференціацією його функцій [11, с. 19–36], а пізніше розвинуті Е. Дюкргеймом, який вважав, що саме функції дають категорії розуміння того, чим є сама категорія, що досліджується [12, с. 177–189], Т. Парсонсом, згідно з точкою зору якого суспільство являє собою систему функціонально взаємопов'язаних змінних і власно елементи соціальної системи у певному розумінні є функціональними остільки, оскільки сприяють її виживанню [13], Р. Мертоном, який уточнив поняття «функція» в різних контекстах дослідних процедур та сприяв більш гнучкому його використанню [14, с. 379–448]. На початку 70-х рр. ХХ ст., коли кризові події попереднього десятиліття поставили під сумнів ідею про врівноважений стан суспільства, структурний функціоналізм став втрачати свої позиції. Однак у 80-х рр. і пізніше знову був досягнений стан відносної стабільності і посилення стабілізаційної орієнтації в науці, стимульоване нове звернення до функціоналізму. Зокрема, з'явилися підстави говорити про неофункціоналізм – термін, яким у сучасній науці прийнято визначати коло ідей, яке розвинув сьогодні американський соціолог Дж. Александер та його однодумці [15, с. 77–102].

При цьому «сучасна соціологічна наука характеризується відсутністю єдиної загально-визнаної теорії суспільства, а отже, становить набір різних підходів і способів концептуалізації соціальної дійсності» [16, с. 5]. Відповідно, і юридична наука, спираючись у своєму розвитку не суто на дослідження права, а й надбання інших наук, не може уникати дискусій щодо функціоналізму у праві.

Не уникає полеміки і визначення функцій права. Не перераховуючи чисельні точки зору щодо поняття функції права, наведемо узагальнення, що міститься в підручнику із загальної теорії держави та права за редакцією М.Н. Марченко, де зазначається, що якщо синтезувати багаточисельні точки зору з питання, що розглядається, то можна побачити, що

в кінцевому рахунку під функцією права (мова, на нашу думку, іде здебільшого про право та елементи його системи в об'єктивному значенні, при цьому вважаємо, що можливість існування функцій суб'єктивного права як окремого явища не виключається [17, с. 52]) розуміють або соціальне призначення права, або напрямок правового впливу на суспільні відносини, або і те, і інше. Поняття «функція права» повинно охоплювати одночасно як призначення права, так і напрямки впливу на суспільні відносини, які із цього випливають. А тому, розкриваючи зміст будь-якої функції права, необхідно постійно мати на увазі зв'язок призначення права з напрямками його впливу та навпаки – визначеність останніх призначенням права [18, с. 53].

Теоретичні розробки стосовно поняття та структури функцій права та функцій галузей права можуть бути застосовані й до цивільного права, у зв'язку із чим функція цивільного права може бути визначена як напрямок впливу цивільного права на суспільні відносини та соціальне призначення цивільного права, а структуру функції цивільного права становлять зміст функції цивільного права (спосіб впливу цивільного права на суспільні відносини в певному напрямку, в якому проявляються сутність, ознаки та основні властивості цивільного права), об'єкт функції цивільного права (суспільні відносини, на які цивільне право здійснює вплив), суб'єкт функції цивільного права (суб'єкт, завдяки якому здійснюється вплив на суспільні відносини в певному напрямку) та засоби реалізації функції цивільного права (засоби забезпечення впливу цивільного права в певному напрямку [19, с. 8].

При цьому, оскільки цивільне право розглядається як «найбільш повне втілення ідей і положень приватного права на національному рівні» [20, с. 9], це ставить перед ним певні завдання. У словнику Ожегова «втілитися» трактується як «отримати реальне вираження, здійснитися, реалізуватися» [21, с. 76]. Оскільки функції права максимально тяжіють до сфери сутнього в праві, до соціології права, то можна зробити припущення, що наднаціональне приватне право, що тяжіє до сфери ідеального у праві, до філософії права, може втілювати своє соціальне призначення і впливати на суспільні відносини за напрямками, які в тому числі знаходять свій прояв у функціях цивільного права.

Зазначене не виключає можливості приватного права впливати на суспільні відносини

та набувати соціального значення без опосередкування функціями цивільного права.

При цьому визначення цивільного права у значенні галузі права як «сукупності концепцій, ідей і правових норм, що на принципах диспозитивності, юридичної рівності й ініціативи сторін встановлюють статус приватної особи і забезпечують захист його інтересів» [20, с. 25], трохи більше, ніж приватне право, наближує його до сфери нормування, сфери необхідного у праві, догми права, а отже, і функціональний аспект цивільного права тут має більш тяжіти до його втілення в позитивному праві, національному законодавстві, що не є обов'язковим для права приватного як наднаціонального утворення.

Приватне право в цьому аспекті, виконуючи свої функції, має орієнтувати суспільство та державу на реалізацію ідей, що в ньому втілюються, розбудовуючи громадянське суспільство та правову державу.

«Аналіз правового впливу на суспільні відносини дозволяє розрізнити основні функції права, – пише Т.Н. Радько, – тобто функції, властиві всім галузям, та функції менш загального значення. Функції першого виду здійснює кожна галузь права – одна більш наочно, інша – менш, але так чи інакше кожна конкретна галузь права» [22, с. 59].

Під більш широким кутом зору до питання диференціації функцій права підходить М.Н. Марченко, на думку якого можна виділити п'ять груп функцій права, утворюючих їхню систему: загальноправові (властиві всім галузям права); міжгалузеві (властиві двом і більше, але не всім галузям права); галузеві (властиві одній галузі права); правових інститутів (властиві конкретному інституту права); норм права (властиві конкретним нормам права) [18, с. 56].

Ураховуючи зазначені теоретичні розробки, зробимо висновок про те, що під час характеристики функцій цивільного права доцільно розрізнити ті з них, які є спільними для права взагалі (загальноправові на рівні цивільного права, серед яких – регулятивна функція, захисна функція, інформаційно-орієнтаційна функція, виховна функція), і ті, що є специфічними саме для цієї галузі (специфічні цивілістичні функції, серед яких – уповноважувальна функція та компенсаційна функція).

Окремі елементи системи цивільного права (підгалузі, інститути, субінститути, норми) можуть в більшому або меншому ступені виконувати зазначені функції.

У системі функцій цивільного права можуть бути виділені підфункції. Так, у рамках регулятивної функції можна виокремити дві підфункції: регулятивну статичну та регулятивну динамічну. Регулятивна статична підфункція знаходить своє втілення у впливі цивільного права на суспільні відносини шляхом їхнього закріплення (цивільне право закріплює ті суспільні відносини, які являють собою основу нормального, стабільного існування суспільства, відповідають інтересам приватної особи, конститує стан належності благ, статистику цивільного права). Регулятивна динамічна підфункція виражається у впливі цивільного права на суспільні відносини шляхом ініціювання та оформлення їх руху (динаміки).

Висновки. Зазначеними функціями цивільного права можуть бути опосередковані напрямки впливу та соціальне значення приватного права, а отже – його функції. Поряд із цим можливо зробити припущення, що приватне право як наднаціональне утворення без умови опосередкування правом цивільним та міжнародним приватним правом також виконує певні функції. Не претендуючи на вичерпність та незмінність переліку та не оспоряючи наявні в юридичній літературі думки щодо характеристики та переліку функцій приватного права (так, наприклад, серед функцій приватного права авторами виділяються функція саморегулювання, функція реалізації свободи визначати параметри власної поведінки, функція реалізації свободи будувати відносини з іншими суб'єктами права) [23, с. 50–52], виділимо серед з них:

1. Цивілізаційну функцію приватного права – вплив приватного права через самоідентифікацію ментальності спільноти людей, ствердження придатності досягнень правової думки споріднених цивілізацій для подальшого розвитку конкретної правової системи, через елементи культури. Соціальне значення приватного права в цьому аспекті полягає в тому, що воно спонукає виникнення та розвиток нових елементів цивілізації, здійснює вплив на духовність та світогляд.

Приватне право являє собою «одне з найвищих досягнень культури, потужний соціально-правовий інститут, який здатний затвердити в реальному житті, перш за все в економіці, засади недоторканності власності, юридичної рівності, свободи договору і звідси на ділі дати людям достатню сферу гарантованої захищеної економічної свободи», воно є «споконвіч-

ною, первородною обителлю свободи, яка не має у низці галузей життя суспільства альтернативи», воно «уособлює і підтримує цілісність і єдність людської цивілізації в часі», виступає «тим механізмом культури, який забезпечує низці епох і національних культур, що змінюються, безперервність, наступність в регулюванні економічних, особистих немайнових відносин» [1, с. 44, 77].

2. Основоютворюючу функцію приватного права – вплив приватного права та його соціальне значення в побудові підґрунтя, бази, основи правового регулювання, що побудована на чіткій рівновазі, правильному балансі інтересів держави та суспільства, запереченні «політики крайностей». Оскільки «жодна крайність немислима без іншої, а всяка крайність протирічить людській природі» [24, с. 37].

При цьому «історія права дає нам різні приклади комбінації публічно-правового і приватноправового елементів. Співвідношення того і іншого залежить від господарських умов і соціальної психології епохи» [25, с. 39].

3. Інтеграційну функцію приватного права – вплив через «формування єдиної, несуперечливої основи діяльності людей», результатом якого стає «інтеграція для об'єднання людей, територій, державних утворень», завдяки пануванню у сфері приватного права схожих інтересів окремих суб'єктів, приватного виробництва, торгівлі, а отже, в основі своїй – «однотипних форм регуляції поведінки» [1, с. 45].

4. Ціннісну функцію приватного права – «приватне право забезпечує індивідуальну свободу окремої людини», якщо вважати, «що джерелом творчості життя є вільний прояв людської особистості, приватне право буде засобом втілення в життя ідеалів істинного індивідуалізму» [25, с. 39]. Завдяки приватному праву зростає загальна цінність права в якості його «позитивної значущості (ролі) в задоволенні потреб суб'єкта» [26, с. 10]. Стаючи виразом «свободи та активності людей відповідно до принципів рівності та справедливості», приватне право проявляє свою власну цінність, що впливає на регулювання поведінки шляхом встановлення «масштабу свободи індивіда у суспільстві» [27, с. 251, 252].

До того приватне право виступає також вираженням творчості людства, його матеріального і духовного багатства, соціальних цінностей, що накопичуються суспільством, через що «розкриває свої переваги як загальнокультурна цінність – явище культури людства в цілому» [1, с. 77].

5. Системоутворюючу функцію приватного права – вплив та соціальне значення приватного права як системоутворюючого компонента «базової категоризації» [28, с. 12] С.С. Алексеев зазначав: «Основне значення в структурі права мають функціональні зв'язки» [1, с. 44]. Приватне право впливає на правову систему і на її важливий елемент – систему

права. Засобами реалізації цієї функції можуть бути уніфікація правових засобів регулювання, усунення завдяки приватному праву протиріч між нормативами, підтримка внутрішньої єдності між елементами правової системи завдяки позначенню загальних цілей, наближення правосвідомості та правової культури до інших елементів правової системи.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Алексеев С.С. Частное право. Москва : «Статут», 1999. 158 с.
2. Байтин М.И. О принципах и функциях права : Новые моменты. *Правоведение*. 2000. № 3. С. 4–16.
3. Агафонова Г.Ю. Проблема определения функций права. *Юридический аналитический журнал*. 2002. № 1. С. 22–25.
4. Ковальський В.С. Охоронна функція права : монографія. Київ : Юрінком Інтер, 2010. 336 с.
5. Алексеев С.С. Проблемы теории права. Курс лекций в 2-х томах, Свердловск, 1972, т. I. 396 с.
6. Рыженков А.Я. Компенсационная функция советского гражданского права. Саратов : Изд-во Саратов. ун-та, 1983. 96 с.
7. Смирнов В.Г. Функции советского уголовного права. Ленинград : Изд-во ЛГУ, 1965. 187 с.
8. Большая Советская Энциклопедия / Ред. кол. : С.И. Вавилов (гл. ред.) и др. – 2-е изд. Москва : Большая Советская Энциклопедия, 1978. Т. 28. 664 с.
9. Лейбниц Г.В. Сочинения в четырех томах. Москва : «Мысль», 1983. (Философское наследие ; Т. 87) Т. 2. 685 с.
10. Кассирер Э. Философия символических форм. Санкт-Петербург : Университетская книга, 2002. Т. 3. 397 с.
11. Спенсер Г. Личность и государство. Челябинск : Социум, 2007. 207 с. Тексты по истории социологии XIX–XX вв. Хрестоматия / сост. и отв. ред. В.И. Добренъков, Л.П. Беленкова. Москва : Наука, 1994. 243 с.
12. Дюркгейм Э. О разделении общественного труда. Метод социологии. Москва : Наука, 1991. 574 с.
13. Дюркгейм Э. Социология: ее предмет, метод, предназначение / Э. Дюркгейм ; [пер. с фр. А.Б. Гофман]. Москва : Канон+, 2006. 349 с.
14. Хрестоматия по культурологии : учебное пособие / сост. Д.А. Лалетин и др. ; отв. ред. А.А. Радугин. Москва : Центр, 1998. 590 с.
15. Тексты по истории социологии XIX–XX вв. Хрестоматия / сост. и отв. ред. В.И. Добренъков, Л.П. Беленкова. Москва : Наука, 1994. 243 с.
16. История социологии в Западной Европе и США : учебник для вузов / П.П. Гайдено, В.И. Добренъков, Л.Г. Ионин и др. ; отв. ред. Г.В. Осипов. Москва : ИНФРА-М, 2001. 563 с. С. 326.
17. Парсонс Т. Система современных обществ. Москва : Аспект Пресс, 1998. 270 с.
18. Парсонс Т. О структуре социального действия / под общ. ред. В.Ф. Чесноковой и С.А. Белановского. Москва : Академический проект, 2002. 879 с.
19. Мертон Р. Явные и латентные функции. *Американская социологическая мысль : тексты*. Москва : Изд-во Московского ун-та, 1994. 496 с.
20. Александр Дж. Прочные утопии и гражданский ремонт. *Социологические исследования*. 2002. № 10. С. 77–102.
21. Соболевська М. Неофункціоналістські та постструктуралістські теорії в сучасній соціології : навчальний посібник. Київ : Дух і Літера, 2010. 164 с.
22. Див. Матійко М.В. Інформаційна функція суб'єктивного цивільного права. *Римське право і сучасність: матеріали V Міжн. наук.-метод. конф. (тези доповідей)*. Одеса : Фенікс, 2008. С. 52–56.
23. Див. Общая теория государства и права. Академический курс : в 3-х томах / отв. ред. М.Н. Марченко. 2-е изд., перераб. и доп. Москва : Зерцало-М, 2001. Т. 2. 528 с.
24. Матійко М.В. Інформаційна функція цивільного права : автореферат дисертації на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук за спеціальністю 12.00.03 – цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право ; Одеська національна юридична академія. Одеса, 2009. 20 с.
25. Цивільне право України : підручник : у 3 кн. Кн. 1 / За ред. Є.О. Харитоновна, А.І. Дришлюка. Одеса : Юридична література, 2005. 528 с.
26. Ожегов С.И. Толковый словарь русского языка. Москва : Азбуковник, 2000. 940 с.
27. Радько Т.Н. Методологические вопросы познания функций права. Волгоград : НИИ РИО, 1974. 150 с.
28. Максименко С.Т. К вопросу о функциях частного права. *Вестник Саратовской государственной юридической академии*. № 5(94). 2013. С. 16–19.
29. Кашанина Т.В. Частное право. Москва : Эксмо, 2009. 494 с.
30. Гражданское право: актуальные проблемы теории и практики / под общ. ред. В.А. Белова. Москва : Юрайт-Издат, 2008. 993 с.
31. Агарков М.М. Ценность частного права. *Правоведение*. 1992. № 2 (печатается по изданию 1920 г.). С. 31–48.
32. Рабинович П.М. Социалистическое право как ценность. Одеса : Юрид. л-ра, 2006. 167 с.
33. Теорія держави і права. Практикум. Тести : підручник / Н.М. Крестовська, Л.Г. Матвеева. Київ : Юрінком Інтер, 2015. 584 с.
34. Структура правовой системы: государственное право и частное право. Российско-французская серия Информационные и учебные материалы № 24 / Изд. Французской организации технического сотрудничества с разрешения изд. «Дюно» и Нац. Центра подготовки территориальных кадров. Москва, 1994. 64 с.

Матійко Микола Володимирович

ЩОДО СПІВВІДНОШЕННЯ ФУНКЦІЙ ПРИВАТНОГО ТА ЦИВІЛЬНОГО ПРАВА

Стаття присвячена дослідженню функцій приватного та цивільного права.

Шляхом аналізу практики дії норм приватного та цивільного права досліджено напрямки впливу приватного та цивільного права на суспільні відносини. Розглянуті погляди вчених щодо напрямків впливу цивільного права та приватного права на суспільні відносини, їхньої ролі та соціального значення. Охарактеризовано прояви функціоналізму в цивільному та приватному праві.

Розглянуті погляди вчених щодо визначення функцій права, функцій приватного права, функцій цивільного права.

Визначена можливість застосування теоретичних розробок стосовно поняття та структури функцій права та функцій галузей до цивільного права та приватного права.

Підтримана точка зору, згідно з якою структуру функції цивільного права становлять зміст функції цивільного права (спосіб впливу цивільного права на суспільні відносини в певному напрямку, в якому проявляються сутність, ознаки та основні властивості цивільного права), об'єкт функції цивільного права (суспільні відносини, на які цивільне право здійснює вплив), суб'єкт функції цивільного права (суб'єкт завдяки якому здійснюється вплив на суспільні відносини в певному напрямку) та засоби реалізації функції цивільного права (засоби забезпечення впливу цивільного права в певному напрямку).

Розглянуті погляди вчених щодо диференціації функцій приватного права та функцій цивільного права.

Підкреслено, що функціями цивільного права можуть бути опосередковані напрямки впливу та соціальне значення приватного права, а отже – його функції. Поряд із цим зроблено припущення, що приватне право як наднаціональне утворення без умови опосередкування правом цивільним та міжнародним приватним правом також виконує певні функції.

Виділено цивілізаційну, основоутворюючу, інтеграційну, системоутворюючу, ціннісну функції приватного права. Визначена важливість функцій приватного права. Охарактеризовано прояви цивілізаційної, основоутворюючої, інтеграційної, системоутворюючої, ціннісної функцій приватного права. Співвіднесені функції цивільного та приватного права.

Зазначається про важливість зазначених аспектів у сфері юридичної практики.

Сформульовано пропозиції щодо подальшого розвитку досліджень функцій цивільного права та функцій приватного права.

Ключові слова: цивільне право, приватне право, функції цивільного права, функції приватного права, функції права.

Matiiko Mykola

REGARDING THE RATIO OF THE FUNCTIONS OF PRIVATE AND CIVIL LAW

The article is devoted to the study of the functions of private and civil law.

By analyzing the practice of private and civil law, the directions of the influence of private and civil law on public relations are studied.

The views of scholars on the areas of influence of civil law and private law on public relations, their role and social significance are considered. Manifestations of functionalism in civil and private law are characterized.

The views of scientists on the definition of the functions of law, the functions of private law, the functions of civil law are considered.

The possibility of application of theoretical developments concerning the concept and structure of functions of law and functions of branches to civil law and private law is defined.

Supported point of view, according to which the structure of the function of civil law is the content of the function of civil law (the way of civil law on public relations in a certain direction, which manifests the essence, features and basic properties of civil law), the object of civil law (public relations, which are influenced by civil law), the subject of the function of civil law (the subject through which the influence on public relations in a certain direction) and the means of implementing the function of civil law (means of ensuring the influence of civil law in a certain direction).

The views of scholars on the differentiation of the functions of private law and the functions of civil law are considered.

It is emphasized that the functions of civil law can be mediated by the directions of influence and social significance of private law, and hence - its functions. In addition, it has been suggested that private law as a supranational entity without the condition of mediation by civil and international private law also performs certain functions.

The civilizational, fundamental, integration, system-forming, value functions of private law are singled out. The importance of the functions of private law is determined. Manifestations of civilizational, fundamental, integration, system-forming, value functions of private law are characterized. Correlated functions of civil and private law.

The importance of these aspects in the field of legal practice is noted.

Proposals for further development of research on the functions of civil law and the functions of private law have been formulated.

Key words: civil law, private law, functions of civil law, functions of private law, functions of law.

ПРАКТИЧНА ЦИВІЛІСТИКА

УДК 347.211

DOI <https://doi.org/10.32837/chc.v0i38.364>

Бєлкін Леонід Михайлович,

кандидат технічних наук,

старший науковий співробітник, адвокат

ORCID <https://orcid.org/0000-0001-8672-8147>

Бєлкін Марк Леонідович,

кандидат юридичних наук,

адвокат

ORCID <https://orcid.org/0000-0003-0805-9923>

Юринєць Юлія Леонідівна,

доктор юридичних наук, професор,

професор кафедри конституційного і адміністративного права

Національного авіаційного університету

ORCID <https://orcid.org/0000-0003-0281-3251>

ОСОБЛИВОСТІ РЕАЛІЗАЦІЇ МАЙНОВОГО ПРАВА НА ОТРИМАННЯ МАЙНА У ВЛАСНІСТЬ

Постановка проблеми. Інститут майнових прав залишається мало дослідженим і недостатньо врегульованим. Так, В. Гаврилук [1] звертає увагу, що у прийнятому 16.01.2003 Цивільному Кодексі України (далі – ЦКУ) було відсутнє визначення поняття майнових прав, незважаючи, зокрема, на те, що термін «майнові права» вживався в багатьох його статтях. Проте Законом України від 15.12.2005 «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України» статтю 190 ЦКУ було доповнено частиною другою, в якій законодавець **«досить лаконічно»** встановив, що майнові права є неспоживною річчю, а також те, що майнові права визнаються речовими правами [1, с. 81].

Натомість інститут майнових прав є досить затребуваний у сучасній практиці. Так, відповідно до ч. 2 ст. 50 Закону України (далі – ЗУ) «Про систему гарантування вкладів фізичних осіб», до ліквідаційної маси банку включаються будь-яке нерухоме та рухоме майно, кошти, **майнові права** та інші активи банку. Однак фактично такий продаж майнових прав є продажем «квитка на війну» [2, с. 44], оскільки у такий спосіб банк, як правило, продає майнові права на майно, яке

банк не зміг та/або не встиг оформити у власність самостійно, і вже покупцю таких майнових прав приходится докладати значних юридичних зусиль для оформлення у свою власність цього майна.

Інститут майнових прав використовується також під час інвестування в будівництво житла [3, с. 31]. Так, у Постанові від 26.06.2018 у справі № 911/5039/14 Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду (далі – КГС) зазначається¹, що «за змістом пунктів 2.1, 2.2 договору купівлі-продажу майнових прав [Консорціум] зобов'язався передати у власність ТОВ **майнові права** на нерухоме майно, а саме квартири, офіси, майстерні, **будівництво яких не завершено...**».

Тому дослідження особливостей реалізації майнових прав на отримання майна у власність, з урахуванням судової практики, є актуальним.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Як зазначено вище, дослідження у сфері майнових прав досить обмежені [1; 2; 4–8, деякі інші]. Зокрема, в роботах [1; 4; 5] розглядаються загальні питання майнових прав як об'єктів цивільного обороту. У роботах [6; 7, деяких інших] розгляда-

1 URL : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/75081932>.

ються окремі питання майнових прав інтелектуальної власності, а в роботі [8] – особливості майнових прав на грошові кошти. Натомість найбільш близькою до тематики, досліджуваної у цій статті, є позиція, висловлена у статті [4], за якою режим права власності може бути поширено не на будь-які майнові права, а саме на такі, що надають можливість набути у власність конкретні предмети матеріального світу (речі або гроші), за рахунок яких можливо безпосередньо задовольняти відповідні інтереси особи. Іншими словами – об'єктом права власності може бути таке майнове право, яке в майбутньому трансформується в річ [4, с. 194]. Відповідно до цієї позиції у статті [2] правомочності на отримання майна у власність розглядається як окреме майнове право. Дана стаття продовжує дослідження цієї концепції.

Метою статті є з'ясування особливостей реалізації майнових прав на отримання майна у власність, з урахуванням практики правозастосування у цій сфері та судової практики.

Виклад основного матеріалу дослідження з повним обґрунтуванням отриманих наукових результатів. Правовий статус майнових прав в законодавстві України висвітлений недостатньо, а в окремих аспектах – дуже фрагментарно. Так, у ст. 177 ЦКУ встановлено, що об'єктами цивільних прав є речі, в тому числі гроші та цінні папери, інше майно, **майнові права**, результати робіт, послуги, результати інтелектуальної, творчої діяльності, інформація, а також інші матеріальні і нематеріальні блага. Відповідно до ч. 1 ст. 190 ЦКУ майном як особливим об'єктом вважаються окрема річ, сукупність речей, а також **майнові права** та обов'язки. Відповідно до ч. 2 ст. 190 ЦКУ майнові права є неспоживною річчю. Майнові права визнаються речовими правами.

Крім того, відповідно до ч. 4 ст. 12 ЦКУ особа може за відплатним або безвідплатним договором **передати своє майнове право** іншій особі, крім випадків, встановлених законом.

Цією нормою стверджується оборотоздатність майнових прав. Ця оборотоздатність у подальшому підтверджується тим, що майнові права, відповідно до ЦКУ, визнаються предметом договору купівлі-продажу (ст. 656), дарування (ст. 718), найму (ст. 760), договору управління майном (ст. 1030), внеску у статутний капітал господарських товариств (ст. 115).

На цьому загальні засади регулювання правового статусу майнових прав суто цивільним законодавством закінчуються. Невипадково тому

в судовій практиці правовий статус майнових прав, як правило, визначається посиланням на ст. 3 ЗУ «Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні», відповідно до якої майновими правами, які можуть оцінюватися, **визнаються будь-які права, пов'язані з майном**, відмінні від права власності, у тому числі права, які є складовими частинами права власності (права володіння, розпорядження, користування), а також інші специфічні права (права на провадження діяльності, використання природних ресурсів тощо) та **права вимоги**.

Варто зазначити, що серед майнових прав, які не є безпосередньо речовими правами **на чуже майно** (розділ 2 книги третьої ЦКУ), найбільш чітко приписаний правовий статус майнових прав інтелектуальної власності (кн. 4 та гл. 75 ЦКУ) та майнових прав на грошові кошти, що знаходяться на банківському рахунку (гл. 72 ЦКУ).

Відповідно до ст. 424 ЦКУ перелік майнових прав інтелектуальної включає: 1) право на використання об'єкта права інтелектуальної власності; 2) виключне право дозволяти використання об'єкта права інтелектуальної власності; 3) виключне право перешкоджати неправомірному використанню об'єкта права інтелектуальної власності, в тому числі забороняти таке використання; 4) інші майнові права інтелектуальної власності, встановлені законом.

Із даного переліку слідує, що характерною особливістю майнових прав інтелектуальної власності є те, що власник цих майнових прав є власником відповідного об'єкту інтелектуальної власності, бо згідно із ч. 2 ст. 418 ЦКУ, **право інтелектуальної власності** становлять особисті немайнові права інтелектуальної власності та (або) **майнові права інтелектуальної власності**, зміст яких щодо певних об'єктів права інтелектуальної власності визначається цим Кодексом та іншим законом.

Майнові права на грошові кошти, що знаходяться на банківському рахунку, згадуються в нормах гл. 72 ЦКУ, але сутність майнових прав цього виду визначена ЗУ «Про забезпечення вимог кредиторів та реєстрацію обтяжень», відповідно до абзацу 11 ст. 2 якого майнові права на грошові кошти, що знаходяться на банківському рахунку, – це право клієнта (**володільця рахунка**) надавати розпорядження про перерахування і видачу сум з банківського рахунка відповідно до договору банківського рахунка; право вкладника або особи, на користь якої розміщено банківський вклад, вимагати виплати грошової суми (вкладу) та процентів на неї або доходу в іншій формі від-

повідно до договору банківського вкладу; право бенефіціара або володільця рахунка умовного зберігання (ескроу) вимагати перерахування грошових коштів, що знаходяться на рахунку умовного зберігання (ескроу), що випливає з договору рахунка умовного зберігання (ескроу).

Таким чином, і особливістю майнових прав на грошові кошти, що знаходяться на банківському рахунку, є те, що власник цих майнових прав є власником об'єкта права власності, тобто грошових коштів.

Натомість особливістю майнових прав, що відчужуються банками, які знаходяться у стадії ліквідації, та/або майнових прав, пов'язаних з інвестуванням в **майбутню** нерухомість, є те, що такі майнові права пов'язані з майном, на яке ані банк, ані потенційний покупець, ані інвестор не мають оформлених та офіційно визнаних прав власності. Саме тому і відбувається продаж не майна як такого, а майнових прав, і саме тому ціна такого продажу є відносно низькою, оскільки потенційному покупцю знадобиться витратити багато зусиль, часу та ресурсів, у тому числі грошових, щоб добитися офіційного визнання права власності на відповідне майно за собою [2; 3].

Отже, в таких випадках майнове право слід розглядати як право вимоги у розумінні ст. 3 ЗУ «Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні», тобто право вимагати оформити право власності на відповідне майно і здійснити при цьому усі необхідні дії, які б мав право здійснити власник, у тому числі і у судовому порядку.

Із цього приводу слід зазначити, що в Постанові від 05.12.2018 у справі № 643/4902/14-ц, провадження № 61-26197св18, Верховного Суду у складі колегії суддів Другої судової палати Касаційного цивільного суду (далі – КЦС) вказано²: «Тлумачення частини першої статті 512 ЦК України дає підстави для висновку, що відступлення права вимоги **є одним із випадків заміни кредитора в зобов'язанні, яке відбувається на підставі правочину. Відступлення права вимоги не є окремим видом договору, це правочин, який опосередковує перехід права. Відступлення права вимоги може відбуватися, зокрема, внаслідок укладення договору: а) купівлі-продажу чи міни майнових прав (частина третя статті 656 ЦК); б) дарування (частина друга статті 718 ЦК); в) факторингу (глава 73 ЦК)». (Кінець цитати).**

Варто зазначити, що майнові права в розумінні «законних очікувань» підпада-

ють під захист статті 1 протоколу № 1 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція). Так, Європейський Суд з прав людини (ЄСПЛ) у своїх рішеннях, зокрема, у справах «Пайн Велі Девелопмент ЛТД та інші проти Ірландії» від 23.10.1991, «Федоренко проти України» від 01.06.2006 зазначив, що відповідно до прецедентного права органів, що діють на підставі Конвенції, право власності може бути «існуючим майном» або коштами, включаючи позови, для задоволення яких позивач може обґрунтовувати їх принаймні «виправданими очікуваннями» щодо отримання можливості ефективного використання права власності. У межах вироблених ЄСПЛ підходів до тлумачення поняття «майно» це поняття охоплює як «наявне майно», так і активи, **включаючи право вимоги**, з посиланням на які заявник може стверджувати, що він має принаймні **законні очікування** щодо ефективного здійснення свого «права власності». Статтю 1 протоколу № 1 можна застосовувати для захисту «правомірних (законних) очікувань» щодо певного стану речей (**у майбутньому**), оскільки їх можна вважати складовою частиною власності. У цьому сенсі С.І. Шимон резонно зазначає, що назву ст. 1 Протоколу необхідно розуміти як таку, що вона присвячена захисту **майнових прав** у найширшому значенні цього терміна [9, с. 135].

Так, Публічне акціонерне товариство (ПАТ) «Західкомбанк» реалізувало майнові права за договором купівлі-продажу нежитлового приміщення загальною площею 1.098 кв. м, що знаходиться у м. Луцьку³. Разом із тим спір з приводу цього майна (і то тільки на 86/100 його частки) розглядався в окремому судовому процесі, у справі № 903/729/16. У пункті 6.21 Постанови від 04.09.2019 Верховного Суду у складі колегії суддів КГС у цій справі вказано⁴: «Враховуючи викладене, колегія суддів погоджується із висновком суду апеляційної інстанції, що відповідно до статті 128 ЦК УРСР право власності на спірне приміщення виникло у позивача з моменту його прийняття на підставі двостороннього акта приймання-передачі від 27.10.1999». Тобто ПАТ «Західкомбанк», придбавши майно 27.10.1999, так і не змогло самостійно добитися визнання свого права власності внаслідок спротиву контрагентів. Суперечки

² URL : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/78592679>.

³ URL : <http://torgi.fg.gov.ua/catalog/nerukhom-st/nezhitlova/187548/index.php?lang=ua>.

⁴ URL : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/84156415>.

навколо приміщення у цілому тривають досі (справи № 903/729/16⁵ та 903/1007/19⁶).

Банк «Крещатик» реалізував права вимоги та майнові права за кредитними договорами; майнові права, що випливають з цінних паперів. Ці права в сукупності передбачають⁷:

- право оскаржувати, як у судовому, так і в позасудовому порядку припинення, ліквідацію позичальників та/або майнових поручителів (поручителів), які є юридичними особами;

- право звернення до державних органів, установ та організацій всіх форм власності в межах прав та повноважень власника майнових прав (прав вимоги);

- право звернення до правонаступників, спадкоємців та органів місцевого самоврядування в межах прав та повноважень власника майнових прав (прав вимоги), якщо позичальником та/або майновим поручителем (поручителем) є фізична особа, в тому числі фізична особа-підприємець;

- права кредитора за майновими правами (правами вимоги), які виникнуть в майбутньому у разі скасування реєстрації припинення/ліквідації боржників (позичальників, майнових поручителів, поручителів, які є юридичними особами);

- право набути у власність гроші та/або майно на підставах, що пов'язані зі здійсненням банком кредитних операцій, укладенням відповідних договорів та фактичною видачею грошових коштів;

- право отримання грошових коштів/відшкодування внаслідок порушення вимог закону під час здійснення господарської діяльності, вчинення кримінальних правопорушень;

- право отримання грошових коштів/відшкодування внаслідок порушення вимог закону під час здійснення господарської діяльності, вчинення кримінальних правопорушень.

Отже, майнові права щодо отримання майна в майбутньому передбачають право здійснення усіх юридичних дій, спрямованих на досягнення цієї мети.

Ці міркування підтверджуються правовими позиціями Верховного Суду України та Верховного Суду.

Так, у Постанові від 25.05.2016 у справі № 6-503цс16 Верховного Суду України вказано⁸: «Майновими визнаються будь-які права, пов'язані з майном, відмінні від права власності, у тому числі права, які є складовою частиною

права власності (права володіння, розпорядження, користування), а також інші специфічні права та право вимоги. Майнове право, яке можна визначити як право очікування, є складовою частиною майна як об'єкта цивільних прав. Майнове право – це обмежене речове право, за яким власник цього права наділений певними, але не всіма правами власника майна, **необхідними й достатніми** для засвідчення правомочності його власника **отримати право власності на нерухоме майно** чи інше речове право **на відповідне майно в майбутньому**». (Кінець цитати).

Отже, у цьому абзаці пов'язане воєдино визначення майнових прав як **відмінних від права власності** та майнових прав як наділення їх власника правомочностями на отримання у власність відповідного майна в майбутньому.

У пункті 4.15 Постанови від 06.08.2018 у справі № 910/12327/16 Верховного Суду у складі колегії суддів КГС вказано⁹: «Майнові права є неспоживною річчю та визнаються речовими правами, а тому майнове право, яке можна визначити як "право очікування", є складовою частиною майна як об'єкта цивільних прав. Майнове право – це обмежене речове право, за яким власник цього права наділений певними, але не всіма правами власника майна, та яке засвідчує **правомочність його власника отримати право власності на нерухоме майно чи інше речове право на відповідне майно в майбутньому**. Тобто, **в результаті реалізації особою наявного у неї майнового права** (у тому числі, права вимоги) **така особа набуває правомочності власника отриманого майна** (у тому числі, грошових коштів)». (Кінець цитати).

Ідентична правова позиція висловлена у Постановах від 25.04.2018 року у справі № 910/10371/16¹⁰ та від 04.07.2018 року у справі № 910/9987/16¹¹ Верховного Суду у складі колегії суддів КГС (Кінець цитати).

Отже, придбання майнових прав є **набуттям правомочності власника цього майнового права отримати право власності на нерухоме майно**.

Слід також звернутися до Постанови від 28.01.2020 у справі № 910/9158/16 Верховного Суду у складі колегії суддів КГС, де зазначено¹², що «майнове право (стаття 190 ЦК України), яке можна визначити як «право очікування», є складовою частиною майна як об'єкта цивільних прав.

⁵ URL : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/85777151>.

⁶ URL : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/86529043>.

⁷ URL : http://torgi.fg.gov.ua/catalog/kredit/pat_kb_khreshchatik/214828/index.php?lang=ua.

⁸ URL : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/58029279>.

⁹ URL : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/75896042>.

¹⁰ URL : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/73793120>.

¹¹ URL : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/75298545>.

¹² URL : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/87426673>.

Майнове право – це обмежене речове право, за яким власник цього права наділений певними, але не всіма правами власника майна, та яке засвідчує правомочність його власника отримати право власності на нерухоме майно чи інше речове право на відповідне майно в майбутньому... У зв'язку із викладеним, Суд дійшов висновку, що ліквідатор Боржника, вимагаючи повернення Відповідачем-1 Боржнику за недійсним Договором саме **Об`єкта**, а не **Майнових прав на Об`єкт**, що були предметом Договору, у належний спосіб у цій справі звернувся за захистом порушених прав...».

(Кінець цитати).

Разом із тим практично важливо розрізнити майнові права на отримання майна в майбутньому та майнові (речові) права на наявне, але чуже майно (розділ 2 книги третьої ЦКУ). Необхідність такого розрізнення полягає в тому, що сторона, яка незаконно володіє відповідним майном, захищаються, в тому числі, і тим, що стверджує, що в результаті купівлі-продажу майнових прав не відбулося відчуження речових прав на приміщення, отже, речові права на приміщення, які б могли бути захищені в судовому порядку, до покупця не перейшли, оскільки не зареєстровані Державному реєстрі речових прав на нерухоме майно, що є нібито порушенням ст.ст. 2, 3, 4 ЗУ «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень» (див., наприклад, ухвалу КГС від 06.04.2020 у справі № 910/11702/18¹³). КГС вирішив спеціально перевірити ці твердження на засіданні Палати.

Разом із тим КЦС чітко стоїть на позиції, що коли майнове право придбавається як «право очікування», тобто як **правомочність його власника отримати право власності на нерухоме майно чи інше речове право на відповідне майно в майбутньому**, то це не є речове право на чуже майно, оскільки об`єктом цих прав є не «чуже» майно, а потенційно «своє» майно. Тому такі майнові права не потрапляють у перелік прав, зазначених у розділі 2 книги третьої ЦКУ та у пункті 2 ч. 1 ст. 4 ЗУ «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень», а **тому немає жодних підстав говорити про будь-яку державну реєстрацію таких майнових прав**.

Наприклад, у Постанові від 20.05.2020 у справі №295/3022/16-ц, провадження №61-15143св19, Верховного Суду у складі колегії суддів Третьої судової палати КЦС вказано¹⁴: «**Майнові права на нерухомість, що є об`єктом будівництва (інвесту-**

вання), не є речовими правами на чуже майно, оскільки об`єктом цих прав не є «чуже майно», а також не є правом власності, оскільки об`єкт будівництва (інвестування) не існує, а тому не може існувати й право власності на нього.

Отже, майнове право, яке можна визначити як «право очікування», є складовою частиною майна як об`єкта цивільних прав. Майнове право – це обмежене речове право, за яким власник цього права наділений певними, але не всіма правами власника майна, та яке засвідчує правомочність його власника **отримати право власності на нерухоме майно чи інше речове право на відповідне майно в майбутньому**». (Кінець цитати).

КЦС при цьому прямо посилається на те, що відповідно до згаданої вище ст. 3 ЗУ «Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні», «майнові права» – це будь-які права, пов'язані з майном, відмінні від права власності, в тому числі «**інші специфічні права**», ніж прямо перелічені в законі, та **права вимоги**. Натомість відповідно до ч. 1 ст. 4 ЗУ «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень, державній реєстрації підлягають речові права, які прямо зазначені у законі. Тобто майнове право, яке придбавається як «право очікування», є «іншим» специфічним правом, порівняно з речовими правами на чуже майно, а тому реєстрація таких інших специфічних прав не здійснюється, оскільки це прямо не передбачено законодавством, і механізм такої реєстрації відсутній.

Висновки з дослідження та перспективи подальших розвідок у цьому напрямі. Доведена наявність та необхідність у цивільному обороті специфічних майнових прав на отримання майна у власність, які слід визначити як сукупність правомочностей щодо здійснення юридично значущих дій, спрямованих на отримання майна у власність, відповідно якого (майна) існують (визначені) вказані майнові права. Такий підхід повністю відповідає міжнародному стандарту широкого розумінню «майна» як права очікування (стаття 1 протоколу № 1 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод). Системно досліджені особливості реалізації майнових прав на отримання майна у власність, з урахуванням практики правозастосування у цій сфері та судової практики. Доведено, що вказані майнові права не є речовими правами на чуже майно і не підпадають під державну реєстрацію в Державному реєстрі речових прав на нерухоме майно.

Перспективами подальших розвідок у цьому напрямі є правове врегулювання реалізації майнових прав на отримання майна у власність.

¹³ URL : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/88612631>.

¹⁴ URL : <http://reyestr.court.gov.ua/Review/89518561>.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Гаврилук В. Майно та майнові права і обов'язки як об'єкти універсального правонаступництва при реорганізації юридичних осіб. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки*. 2013. Вип. 2. С. 81–83.
2. Белкін Л. Правомочності на отримання майна у власність як майнове право. *Вісник Національної асоціації адвокатів України*. 2020. № 6. С. 44–47.
3. Белкін Л. Гарантії інвесторам за законом України «Про інвестиційну діяльність». *Вісник Національної асоціації адвокатів України*. 2019. № 10. С. 29–31.
4. Шимон С.І. Майнові права в контексті сучасних концепцій права власності в цивілістиці. *Часопис Київського університету права*. 2012. № 2. С. 192–195.
5. Шимон С.І. Майнові права в системі об'єктів цивільних правовідносин та цивільного обороту. *Форум права*. 2011. № 4. С. 841–846.
6. Якубівський І.Є. Майнові права інтелектуальної власності як об'єкти цивільного обороту. *Право та інновації*. 2014. № 4. С. 30–38.
7. Митник А.К. Майнові права наукового парку на об'єкти інтелектуальної власності. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія : Юриспруденція*. 2016. Вип. 19. С. 84–86.
8. Шимон С. Електронні гроші: форма грошей чи майнові права вимоги? *Юридична Україна*. 2015. № 9. С. 36–41.
9. Шимон С.І. Співвідношення понять «майнові права» та «право власності» в національному і міжнародному праві та зарубіжних правових системах. *Науковий часопис НПУ імені М. П. Драгоманова. Серія 18 «Економіка і право»*. 2011. Вип. 13. С. 128–137.

Белкін Леонід Михайлович, Белкін Марк Леонідович, Юринець Юлія Леонідівна
ОСОБЛИВОСТІ РЕАЛІЗАЦІЇ МАЙНОВОГО ПРАВА НА ОТРИМАННЯ МАЙНА У ВЛАСНІСТЬ

У статті висвітлюються особливості реалізації майнових прав на отримання майна у власність, з урахуванням практики правозастосування у цій сфері та судової практики. Наголошується, що на даний момент ці специфічні майнові права виявилися затребуваними. Зокрема, в такий спосіб здійснюються заходи щодо формування ліквідаційної маси банків, відносно майна, яке банк не зміг та/або не встиг оформити у власність самостійно. Крім того, інститут майнових прав використовується також під час інвестування в будівництво житла. Тому дослідження особливостей реалізації майнових прав на отримання майна у власність є актуальним.

Судова концепція майнових прав на отримання майна у власність започаткована, зокрема, в Постанові від 25.05.2016 у справі № 6-503цс16 Верховного Суду України, де вказано, що «майнове право, яке можна визначити як право очікування, – це обмежене речове право, за яким власник цього права наділений певними, але не всіма правами власника майна, необхідними й достатніми для засвідчення правомочності його власника отримати право власності на нерухоме майно чи інше речове право на відповідне майно в майбутньому».

На підставі виконаних досліджень та наступної судової практики доведена наявність та необхідність у цивільному обороті специфічних майнових прав на отримання майна у власність, які слід визначити як сукупність правомочностей щодо здійснення юридично значущих дій, спрямованих на отримання майна у власність, відповідно якого (майна) існують (визначені) вказані майнові права. Такий підхід повністю відповідає міжнародному стандарту широкого розумінню «майна» як права очікування (стаття 1 протоколу № 1 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод). Системно досліджені особливості реалізації майнових прав на отримання майна у власність, з урахуванням практики правозастосування у цій сфері та судової практики. Доведено, що вказані майнові права не є речовими правами на чуже майно і не підпадають під державну реєстрацію у Державному реєстрі речових прав на нерухоме майно.

Ключові слова: майнові права, право очікування, правомочності отримати право власності на майно, Верховний Суд.

Belkin Leonid, Belkin Mark, Iurynets Julia
FEATURES OF REALIZATION OF PROPERTY RIGHT ON RECEPTION OF PROPERTY IN PROPERTY

The article highlights the peculiarities of the realization of property rights to property, taking into account the practice of application of legal norms in this area and judicial practice. It is noted that at the moment these specific property rights have been demanded. In particular, in this way measures are taken to form the liquidation estate of banks – in respect of property that the bank could not and/or did not have time to register as property on their own. In addition, the institution of property rights is also used when investing in housing construction. Therefore, the study of the peculiarities of the realization of property rights to acquire property is relevant.

The judicial concept of property rights to acquire property was initiated, in particular, in the Resolution of 25.05.2016 in case № 6-503цс16 of the Supreme Court of Ukraine, which states that “property right, which can be defined as the right of expectation, is a limited property right, according to which the owner of this right is endowed with certain, but not all rights of the property owner, necessary and sufficient to certify the right of its owner to obtain ownership of real estate or other real right to the property in the future”.

Based on the performed research and the following case law, the existence and necessity in civil turnover of specific property rights to acquire property, which should be defined as a set of powers to carry out legally significant actions aimed

УДК 347.124:332.025.28

DOI <https://doi.org/10.32837/chc.v0i38.365>

Москалюк Надія Богданівна,

кандидат юридичних наук, доцент,

завідувач кафедри безпеки, правоохоронної діяльності та фінансових розслідувань

Тернопільського національного економічного університету

ORCID <https://orcid.org/0000-0003-2972-3352>

АКТУАЛЬНІ ОСОБЛИВОСТІ ДОВІРЧОГО УПРАВЛІННЯ В РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА ДЕРЖАВНОЇ ВЛАСНОСТІ

Постановка проблеми. Актуальність проблеми управління державною власністю в Україні зумовлена такими причинами. По-перше, на даний час значна частина об'єктів формально ще залишається в державній власності та потребує підвищення ефективності прийняття та реалізації управлінських рішень, які сприяли б досягненню державних цілей. По-друге, невдачі в реформуванні економіки України часто пов'язують із недосконалим управлінням державним майном. Незважаючи на це, сьогодні в Україні інститут державної власності відіграє важливу роль, адже через його об'єкти держава впливає на функціонування та розвиток економіки в цілому. Забезпечення національної безпеки України багато в чому залежить від ефективного управління державною власністю.

Варто зазначити, що законодавство України визначає тимчасову передачу об'єктів державної власності у користування шляхом довірчого управління, оренди, лізингу тощо. За таких умов у науці з'являється значна кількість правових конструкцій, в тому числі інститут довірчого управління, що потребують належного правового регулювання відповідно до вимог часу.

Особливість інституту довірчого управління полягає в тому, що він дозволяє усунути недоліки у правовому регулюванні управління державною власністю, надає можливості суб'єктам правовідносин визначати свою поведінку щодо ефективного управління довіреним майном, сприяє швидкій реакції на зміни кон'юнктури ринку чи умов договору.

Довірче управління майном сьогодні набуває особливої актуальності за умов надання власни-

кам широких можливостей щодо розпорядження своєю власністю, оскільки даний договір дозволяє довірити ведення усіх справ професіоналу, надавши йому повноваженнями, які майже прирівнюються за обсягом до правомочностей самого власника. Все це зумовлює актуальність теми даного дослідження, а також необхідність з'ясування і висвітлення проблем управління державною власністю та особливостей довірчих відносин у цій сфері в Україні.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Теоретичну основу даного дослідження склали праці вчених: Ч.Н. Азімова, С.М. Братуся, М.В. Гордона, О.В. Дзери, І.В. Жилінкової, О.С. Йоффе, В.М. Коссака, Н.С. Кузнєцової, В.В. Луця, Р.А. Майданика, В.І. Спасибо-Фатєєвої, Є.О. Суханова, Є.О. Харитонова, Я.М. Шевченко та ін. Проблемам довірчого управління безпосередньо присвячували праці такі вчені, як І.В. Венедіктова, А.А. Жданов, Р.А. Майданик, Н.Л. Платонова, М.М. Слюсаревський, А.І. Смирнов та інші.

Суспільні відносини в Україні перебувають у постійному динамічному стані, а тому, незважаючи на наявні наукові дослідження, питання довірчого управління залишається дискусійним та потребує подальшого детального опрацювання.

Метою статті є детальне дослідження особливостей довірчого управління в процесі реалізації права державної власності, визначення основних проблемних аспектів такої реалізації та вироблення шляхів вдосконалення.

Виклад основного матеріалу. Історико-правові та економічні чинники становлення довірчого управління майном показують, що ідеї даної пра-

вової конструкції не нові, адже її зародки існували ще в Давньому Римі. Більшість науковців вважають, що інститут довірчої власності виник в Англії приблизно в XII – XIII столітті. Варто зазначити, що за часів дореволюційної Росії почали формуватися основи управління чужим майном. Даний процес був призупинений у радянські роки, за умов коли регулювання економічної та правової сфери життя проходило на командно-адміністративних засадах. Тому питання «щодо управління майном на засадах суто цивільно-правових інститутів виникло як наслідок реанімації приватної власності тільки в 90-ті роки ХХ ст. в умовах переходу до ринкової економіки. Таким чином, ідеї введення довірчого управління майном були відроджені й модернізовані» [1].

В українському законодавстві інститут «довірче управління» з'явився тільки з початком переходу до ринкової економіки. Слід зазначити, що як на той час, так і сьогодні не існує єдиної думки про те, яку конструкцію потрібно вводити, з метою щоб ліквідувати прогалини щодо управління майном. Зокрема, Р.А. Майданик та С.О. Сліпченко зупинилися у своїх наукових дослідженнях на необхідності введення довірчої власності (trust), проте М.М. Слюсаревський вказує, що інститут управління чужим майном є єдино правильною альтернативою довірчій власності [2, с. 9].

Як уже зазначалось, прихильником введення в Україні довірчої власності є проф. Р.А. Майданик, який вважає, що «довірча власність є різновидом «цільового» речового права і правовою формою здійснення економічного відношення «управління власністю» у визначеному інтересі (переважно або виключно в чужому)». При цьому він вказує, що довірче управління є тільки способом здійснення власником своїх правомочностей. Р.А. Майданик договір управління майном вважає формою реалізації цієї довірчої власності [3, с. 5]. Але критики даного підходу зазначають, що довірча власність – це інститут, який виник в умовах англо-саксонської системи права та є чужим для континентальної системи права, у тому числі і для України [2, с. 11].

Щоб визначитись із власною позицією щодо довірчого управління, звернімося до правових і економічних чинників – передумов виникнення довірчого управління в Україні. Серед них слід назвати:

1) наявність протиріч, прогалин та недоліків у цивільному законодавстві України;

2) перетворення економічних відносин, що пов'язане, насамперед, із процесами приватизації;

3) наявність відносин, що склалися у сфері інвестиційного та банківського управління;

4) виникнення довірчих компаній та товариств;

5) наявність потреби отримати швидкий ефект від розпорядження майном, зокрема і об'єктами державної власності;

6) приклад позитивного досвіду довірчого управління майном в США та країнах Західної Європи тощо.

Сьогодні така правова конструкція, як довірча власність, застосовується у найрізноманітніших сферах життя. Проте до 2003 року українське законодавство не знало її і тому викликало багато дискусій. Хоча, варто зазначити, що іще в 1993 р. Кабінетом Міністрів України виданий був Декрет «Про довірчі товариства», у якому вже згадувались елементи довірчої власності. Проте вперше дане поняття було визначено саме в Законі України «Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати» від 19 червня 2003 р., де у ч. 1 ст. 26 зазначалось: «Довірча власність визначалась як особлива форма договірних майнових відносин, яка регулює розпорядження платежами за іпотечними активами, переданими установником у володіння, користування і розпорядження управителю» [4]. Але згодом це положення скасував Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України» від 15 грудня 2005 р.

Варто зазначити, що основні принципи довірчого управління визначено главою 70 Цивільного кодексу України (далі – ЦКУ), ст. 153 Податкового кодексу України, ст. 6 Закону України «Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю», ст. 4 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг», ст. 17 Закону «Про цінні папери та фондовий ринок», ст. 4 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень», ст. 34 Закону України «Про іпотеку» тощо.

Згідно із ч. 1. ст. 1029 ЦКУ за договором управління майном одна сторона (установник управління) передає другій стороні (управителеві) на певний строк майно в управління, а друга сторона зобов'язується за плату здійснювати від свого імені управління цим майном в інтересах установника управління або вказаної ним особи (вигодонабувача). При цьому згідно із ч. 2. ст. 1029 ЦК України договір управління майном може засвідчувати виникнення в управителя

права довірчої власності на отримане в управлінні майно. Законом чи договором управління майном можуть бути передбачені обмеження права довірчої власності управителя [5].

Як бачимо, якщо в договорі управління майном передбачається, що управління є довірчим, то такі відносини мають статус довірчого управління, а управитель стає довірчим власником майна. При цьому згідно із ч. 1 ст. 1033 ЦК довірчим власником може бути лише суб'єкт підприємницької діяльності. Варто зазначити, що право власності на визначене майно в цих відносинах переходить до управителя від установника. При цьому воно обмежене за рахунок обтяження управителя визначеними зобов'язаннями діяти тільки для досягнення мети щодо управління даним майном, яка була визначеною установником.

Об'єктом довірчого управління може бути будь-яке майно (в тому числі, що відноситься до державної власності): рухоме чи нерухоме, майнові комплекси, гроші, цінні папери тощо. Окрім майна, яке за своїми властивостями не може бути об'єктом управління [6, с. 61].

При цьому дане майно має відповідати певним критеріям:

1) воно має бути дозволенним за законом та знаходитись у необмеженому обороті;

2) над ним має бути не встановлено право оперативного управління чи повного господарського відання, чи іншого речового права, окрім права власності;

3) майно не має знаходитися в заставі, без повідомлення про це управителя;

4) воно не має бути здатним до споживання при його використанні;

5) це має бути майно, яке можна відокремити від іншого майна обох сторін.

Отже, довірче управління майном – це діяльність управителя щодо реалізації чужих суб'єктивних прав та обов'язків, яка спрямована на збереження і примноження переданого майна, запобігання та зменшення можливих збитків під час його використання шляхом реалізації правомочностей володіння, користування та розпорядження в межах визначених установником управління та відповідно до законодавства України.

Довірче управління майном здійснюється на основі договору. Такий договір відноситься до змішаних правових інститутів, а тому для нього характерні ознаки різних груп прав (як речових, так і зобов'язальних). Зокрема, Цивільний кодекс України визначає особливості договору

управління майном, права та обов'язки сторін тощо. А ч. 2 ст. 316 ЦКУ визначає, що довірча власність є особливим видом права власності, який виникає згідно із законом чи договором. Проте у ч. 5 ст. 1033 ЦКУ зазначається, що «управитель, якщо це визначено договором про управління майном, є довірчим власником цього майна, яким він володіє, користується і розпоряджається відповідно до закону та договору управління майном. Договір про управління майном не тягне за собою переходу права власності до управителя на майно, передане в управління» [5]. Отже, як бачимо, існують явні протиріччя у статтях ЦКУ.

Із цього питання чітко висловлює свою позицію І.В. Венедиктова, яка критикує «законодавче закріплення договору управління майном як форми реалізації інститутів довірчого управління майном і довірчої власності, які є між собою альтернативними, і введення одного виключає застосування другого водній правовій системі» [1]. На її думку, довірче управління – це засіб реалізації власником свого правомочного розпорядження, але не встановлення нового права власності. І.В. Венедиктова вважає, що даний інститут має перспективу для застосування його під час управління об'єктами державної власності, управління інвестиційними потоками тощо та пропонує, зважаючи на специфіку даної правової конструкції, розробити специфічний механізм управління, який повинен бути закріплений у Законі «Про довірче управління майном» [1].

Альтернативою такого довірчого управління І.В. Венедиктова вважає право оперативного управління майном, яке виконує службову функцію стосовно права державної чи комунальної власності. Інститут оперативного управління майном можна вважати комплексним інститутом, що поєднує адміністративно-правові та цивільно-правові елементи. Довірче управління майном, навпаки, є суто цивільно-правовим інститутом, якому ознаки комплексного неpritаманні [6, с. 62].

Окрім того, конструкції, які ми досліджуємо, розміщені в різних частинах цивільного права. Оперативне управління – це інститут речового права, а довірче управління майном – зобов'язальний інститут (деякі науковці вважають його комплексним).

Перевагою довірчого управління в порівнянні з оперативним управлінням є його багатфункціональність в комерційному обороті. Установи, що діють на праві оперативного управління,

дуже обмежені в можливостях вступати до майнових відносин, своє майно вони отримують не за рахунок власних доходів. Дані види управління майном відрізняються і за суб'єктивним складом. Значно більше коло суб'єктів можуть виступати учасниками довірчого управління, на відміну від оперативного, суб'єктами якого згідно із законом виступають тільки установи та організації, що не здійснюють господарської діяльності.

Наступною відмінністю є те, що оперативний управитель діє не тільки в інтересах власника, а у власних інтересах, коли довірчий управитель діє суто в інтересах власника. При цьому власник майна, що передається на праві оперативного управління, може в будь-який момент вилучити дане майно, якщо воно використовується не за призначенням або неефективно.

Як альтернативу довірчому управлінню майном Р.А. Майданик запропонував ввести фідучіарне управління майном. На думку професора Р.А. Майданика, довірчу власність необхідно регулювати главою ЦК «Фідучія» і Законом «Про фідучію (довірчу власність)», оскільки регулювання довірчої власності договором управління майном створює правові колізії та гальмує застосування довірчої власності [7, с. 16].

Порівняння підходів законодавців європейських країн дозволяє виявити спільні та відмінні риси у формулюванні даного питання. Так, наприклад, згідно зі ст. 2011 Цивільного кодексу Франції, фідучія – це правочин, за допомогою якого один або декілька установників передають майно (існуюче чи таке, що буде придбано в майбутньому) або його частку фідучіарію (фідучіаріям), які відокремлюють його від власного майна для здійснення із зумовленою метою дій на користь одного або декількох бенефіціаріїв. При цьому виникає так звана цільова власність [8, с. 171]. Аналогічна модель правового визначення інституту довірчої власності складається сьогодні і в Румунії, адже визначення фідучії в Румунії майже ідентичне визначенню, що запропоноване французьким законодавцем.

Якщо порівняти дані трактування із визначенням англо-американського трасту, то в цілому виявляється ідентичність розуміння сутності даного поняття. Разом із тим модель довірчої власності, запропонована європейськими законодавцями, відрізняється від її англо-американського аналогу. Незважаючи, що в даних випадках досягається одна і та сама мета, проте її реалізація забезпечується різними способами. Зокрема, в англійському праві склалося так, що

в даному правочині виникають два власники: довірчий власник, який є «власником за загальним правом», та бенефіціарія, що є «власником за правом справедливості». При цьому, як зазначає К.Г. Некіт, «правоможності розпорядження та управління виокремленим майном належить одній особі (довірчому власнику), а інша частина право можностей – отримання вигод від експлуатації майна – іншій особі або особам (бенефіціаріям)». Юридично ця конструкція опосередковується тим, що титул за загальним правом (legaltitle) щодо майна переходить до довірчого власника, і весь тягар власності покладається на нього, а титул за правом справедливості (equitabletitle) передається бенефіціарію. Специфіка трасту зумовлена історією розвитку англійського права» [8, с. 172].

Сутність довірчого управління в Україні тлумачиться так: установник довірчої власності (в основному, це власник майна) передає довірчому власникові майно на певний строк, при цьому наділяє останнього певними правоможностями із володіння, користування та розпорядження даним майном, довірчий власник, у свою чергу, за певну плату зобов'язується здійснювати від свого імені управління даним майном в інтересах установника чи вказаної ним особи (ст. 1029 ЦК України) [5].

Як бачимо, під час визначення довірчої власності майно не відчужується, а тільки передається довірчому власникові для використання на користь установника чи вказаного ним вигодонабувача, проте не на користь його самого. Отож ніякої вигоди відданого майна довірчий власник не отримає, проте він має право на винагороду за виконання, покладених на нього обов'язків. Водночас довірчий власник в господарському обороті виступає як власник, він може укласти правочини з третіми особами, здійснювати інші дії щодо управління, використання та розпорядження даним майном, з урахуванням визначених законом чи договором обмежень.

На думку Я. Кравченко, введення в українське законодавство поняття довірчої власності не було узгоджено з уже існуючими правовими інститутами, які регулюють подібні відносини. Зокрема, довірча власність не є речовим правом як таким, адже, виникаючи на підставі договору управління майном, довірча власність має наперед встановлений час свого існування – строк дії договору; крім того, такий договір може бути в будь-який момент розірваний установником управління за умови виплати управителю плати, передбаченої

договором. Крім того, всі правомочності управителя щодо майна є більше обов'язками управителя на користь вигодонабувача, ніж його правами щодо даного майна. Хоча управитель і виступає у правовідносинах, об'єктом яких є ввірене йому майно, від власного імені, проте він зобов'язаний повідомляти свого контрагента, що він є лише управителем, а не власником, інакше управитель зобов'язується перед третіми особами особисто. Усе це доводить, що дані відносини є зобов'язальними фідучіарними відносинами, за якими управитель майна зобов'язаний здійснювати управління майном установника на користь вигодонабувача і має право вимагати оплати його дій, а установник зобов'язаний оплатити послуги управителя і має право вимагати належного здійснення ним своїх обов'язків. Тому сьогодні перед українським законодавцем стоїть проблема узгодження понять «довірча власність» і «довірче управління», адже фактично вони збігаються [9].

Варто також зазначити, що з 17 жовтня 2019 року в Україні довірча власність почала існувати як вид забезпечення виконання зобов'язань за кредитним договором. Такий новий її статус був запроваджений Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо стимулювання інвестиційної діяльності в Україні» від 20.09.2019 № 132-IX за таких умов: «За договором про встановлення довірчої власності одна сторона (довірчий засновник) передає майно (рухоме/нерухоме) другій стороні (довірчому власнику) на праві довірчої власності для забезпечення зобов'язання боржника за кредитним договором або договором позики. З моменту встановлення довірчої власності право власності довірчого засновника припиняється, а в довірчого власника виникає право довірчої власності на таке майно. При цьому останній не має права самостійно відчужувати таке майно, крім як для звернення стягнення на нього, а також викупу його для суспільних потреб у порядку, встановленому законом» [10].

Об'єктом права довірчої власності, згідно зі ст. 597-2 ЦКУ, є майно, яке може бути відчужено та на яке може бути звернено стягнення [5]. Однак дана стаття виключає цінні папери і корпоративні права з переліку об'єктів довірчої власності, за умови якщо інше не буде встановлено законодавством. Слід також звернути увагу, що відповідно до ч. 4 ст. 89-1 Земельного кодексу України земельні ділянки державної та комунальної власності не можуть бути об'єктами права довірчої власності [11].

На думку Колоса Ю., Деркача Д., «довірча власність як спосіб забезпечення зобов'язань (додаткове зобов'язання) та довірча власність як самостійна конструкція, яка виникає у відносинах управлінням майном, за своєю суттю залишається обмеженим речовим правом (обмеженим правом власності). Ключова різниця між вказаними конструкціями полягає у тому, що установник управління (власник майна) не втрачає право власності, передаючи майно управителю (довірчому власнику), в той час як передання майна у довірчу власність у якості забезпечення зобов'язання має наслідком припинення права власності у довірчого засновника» [12].

Варто зазначити, що запровадження правового інституту довірчої власності як способу забезпечення зобов'язань, багато в чому дублює функції іпотеки та є невиправданим кроком. Особливо якщо зважати на очевидні проблеми у правовому визначенні даної правової конструкції, що створюють ризик того, що даний вид забезпечення на практиці широкого застосування не знайде. У зв'язку із зазначеним присутній ризик того, що в теперішньому вигляді довірча власність може стати незатребуваним механізмом на практиці.

Висновки. Отже, довірче управління майном – це діяльність управителя щодо реалізації чужих суб'єктивних прав та обов'язків, яка спрямована на збереження і примноження переданого майна, запобігання та зменшення можливих збитків при його використанні шляхом реалізації правомочностей володіння, користування та розпорядження в межах визначених установником управління та відповідно до законодавства України.

У наш час законодавчо не визначені загальні правила про довірче управління в Україні. Даний інститут регулюється главою 70 ЦК України про договір управління майном та окремими статтями деяких законів. Довірча власність передбачена у ЦК як особливий вид права власності, який виникає на підставі закону чи договору про управління майном. Проте після внесення змін у законодавство довірча власність отримала ще одну форму і може виступати як спосіб забезпечення виконання зобов'язань за кредитним договором. За таких умов її об'єктами не можуть бути цінні папери і корпоративні права, якщо інше не буде встановлено законодавством, а також земельні ділянки державної та комунальної власності.

Сьогодні в Україні часто використовується інститут довірчого управління у бізнесі. Проте невизначеність правового регулювання даного

питання суперечить прагненням України ввійти в європейський економічний простір, адже у багатьох світових державах застосовується конструкція довірчої власності. Тому можуть виникати проблемні ситуації, коли іноземна фірма, яка розпочинає свою діяльність на Україні чи інвестує свій капітал в українські підприємства, зустрічається з проблемою неможли-

вості застосування загально визнаних категорій та механізмів. Звичайно, ці механізми повинні відповідати положенням національного законодавства, проте їх сутність не має суперечити загально визнаними стандартами, адже це сприятиме успішному міжнародному співробітництву, розвитку підприємництва та покращенню інвестиційного клімату в Україні.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Венедіктова І.В. Договір довірчого управління майном як форма реалізації правового інституту довірчого управління майном в Україні : автореф. дис ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Харків, 2003. 19 с. URL : http://jurfak.univer.kharkov.ua/kafedry/kaf_civil-prav/avtorefcpp/venediktova.pdf.
2. Слюсаревський Н.Н. Теоретичні проблеми договірного управління чужим майном в Україні : автореф. дис... канд. юрид. наук : 12.00.03. Харків, 1999. 20 с.
3. Майданик Р.А. Проблеми регулювання довірчих відносин у цивільному праві : автореферат дис ... докт. юрид. наук. Київ, 2003. 28 с.
4. Про іпотечне кредитування, операції з консолідованим іпотечним боргом та іпотечні сертифікати : Закон України від 19 червня 2003 р. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/979-15>.
5. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15>.
6. Венедіктова І.В. Договір довірчого управління майном в Україні. Харків : Консум, 2004. 216 с.
7. Майданик Р.А. Природа довірчої власності як особливого об'єкта цивільних прав за законодавством України. *Бюлетень Міністерства юстиції України*. 2005. № 8(46). С. 16–23.
8. Некіт К.Г. Принципи DCFR та сучасна концепція довірчої власності (трасту) в Україні. *Часопис цивілістики*. 2015. Вип. 18. С. 171–174.
9. Кравченко Я. Проблеми визначення інституту довірчої власності в праві України. URL : <http://tdp.kpi.ua/wp-content/uploads.pdf>.
10. Кальницька І. Які переваги та ризики має довірча власність як вид забезпечення виконання зобов'язань (14.12-20.12.2019). URL : <http://www.spilnota.net.ua/ua/article/id-2349/>.
11. Земельний кодекс України від 25 жовтня 2001 року № 2768-III. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2768-14>.
12. Колос Ю., Деркач Д. Довірча власність: чи є у неї майбутнє в Україні? (06.12.2019). URL : <https://vkr.ua/ua/publication/dovircha-vlasnist-chi-ie-u-neyi-maybutnie-v-ukrayini>.
13. Право довірчої власності, як спосіб забезпечення виконання зобов'язань (9.12.2019). URL : <https://justzp.gov.ua/pravo-dovirchoi-vlasnosti-iaк-sposib-zabezpechennia-vykonannia-zobov-iazan/>.
14. Хілініченко В.В. Імплементация довірчої власності у право України як складова частина європейської інтеграції (01.05.2018). URL : <http://www.spilnota.net.ua/ua/article/id-2349/>.

Москалюк Надія Богданівна

АКТУАЛЬНІ ОСОБЛИВОСТІ ДОВІРЧОГО УПРАВЛІННЯ В РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА ДЕРЖАВНОЇ ВЛАСНОСТІ

У статті досліджуються актуальні особливості довірчого управління в реалізації права державної власності. Автор вказує, що законодавство України передбачає особливості та порядок тимчасової передачі об'єктів державної власності в користування шляхом довірчого управління, оренди, лізингу тощо. За таких умов у науці з'являється значна кількість правових конструкцій, у тому числі інститут довірчого управління, що потребують належного правового регулювання відповідно до вимог часу.

Особливість інституту довірчого управління полягає в тому, що він дозволяє усунути недоліки у правовому регулюванні управління державною власністю, надає можливості суб'єктам правовідносин визначати свою поведінку щодо ефективного управління довіреним майном, сприяє швидкій реакції на зміни кон'юнктури ринку чи умов договору.

Досліджуючи думки багатьох вчених, автор порівнює поняття довірчого управління та довірчої власності; аналізує зміст конструкції договору управління майном; характеризує критерії, яким має відповідати майно, що передається в довірче управління. Особливу увагу автор приділяє питанню порівняння таких правових конструкцій, як «довірче управління» та «оперативне управління», що характерне для реалізації прав державної власності.

Вивчаючи альтернативи довірчому управлінню автор порівнює його із фідуціарним управлінням майном. Також аналізу підлягало поняття довірчої власності, що було введено у 2019 році в законодавстві України як вид забезпечення виконання зобов'язань за кредитним договором. Щодо запровадження правового інституту довірчої власності як способу забезпечення зобов'язань, то автор вважає, що вона багато в чому дублює функції іпотеки. Якщо зважати на очевидні проблеми у правовому визначенні даної правової конструкції, присутній ризик того, що даний вид забезпечення на практиці широкого застосування не знайде.

Як висновок автор вказує, що в наш час законодавчо загальні правила про довірче управління в Україні не визначені. Узгодження потребують не лише норми окремих законів і Цивільного кодексу України, а навіть норми

окремих книг кодексу. Лише після усунення виявлених розбіжностей і неоднозначних трактувань можна буде говорити про ефективне довірче управління.

Ключові слова: довірче управління, державна власність, управління державним майном.

Nadiya Moskalyuk

CURRENT FEATURES OF TRUST MANAGEMENT IN THE IMPLEMENTATION OF STATE PROPERTY RIGHTS

The article examines the current features of trust management in the implementation of state property rights. The author points out that the legislation of Ukraine provides for the features and procedure for temporary transfer of state property for being used through trust management, lease, leasing, etc. Under such conditions, a significant number of legal constructions have recently appeared in science, including the institution of trust management, which require proper legal regulation in accordance with the requirements of the time.

The major peculiarity of the institution of trust management is that it eliminates shortcomings in the legal regulation of state property management, allows legal entities to determine their behavior for effective management of trusted property, and facilitates rapid response to changes in market conditions or contract terms.

Having explored the ideas of many scholars, the author compares the concepts of trust management and trust ownership; analyzes the content of the construction of the property management agreement; characterizes the criteria to be met by the property transferred to the trust management. The author pays special attention to the issue of comparing such legal constructions as “trust management” and “operational management”, which is characteristic of the implementation of state property rights.

Exploring alternatives to trust management, the author compares it with fiduciary property management. The concept of trust property, which was introduced in the legislation of Ukraine in 2019 as a type of security for the fulfillment of obligations under the loan agreement, was also the subject to analysis. Regarding the introduction of the legal institution of trust property as a way of securing obligations, the author believes that it largely duplicates the functions of the mortgage. Given the obvious problems in the legal definition of this legal structure, there is a risk that this type of security in practice will not be widely used.

As a conclusion, the author points out that in our time the general rules of trust management in Ukraine are not defined by law. Not only the norms of separate laws and the Civil code of Ukraine, but also the regulations need the proper coordination. Only after the elimination of the revealed discrepancies and ambiguous interpretations it will be possible to speak about effective trust management.

Key words: trust management, state property, state property management.

УДК 347.45/.47

DOI <https://doi.org/10.32837/chc.v0i38.366>

Таран Ольга Сергіївна,

кандидат юридичних наук,

доцент кафедри адміністративних та цивільно-правових дисциплін

Прикарпатського факультету

Національної академії внутрішніх справ

ORCID <https://orcid.org/0000-0001-6302-2176>

ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ПРАВ ОСІБ З ІНВАЛІДНІСТЮ В ДОГОВОРІ НА ТУРИСТИЧНЕ ОБСЛУГОВУВАННЯ

Постановка проблеми. У сучасних умовах необхідною складовою частиною становлення демократичної, правової держави є забезпечення рівних прав та можливостей для усіх соціальних груп. У 2010 році Україна ратифікувала Конвенцію ООН про права осіб з інвалідністю, яка закріплює основні засади реалізації принципів інклюзивності, зокрема у сфері туристичної діяльності. Відповідно до статті 6 Закону України «Про туризм» одним із пріоритетних напрямів державної політики в галузі туризму є забезпечення доступності туризму та екскурсійних відвідувань для осіб з інвалідністю.

Водночас лише у 2014 році в Україні було припинено дію Наказу Міністерства охорони здоров'я «Про заходи щодо подальшого покращення медичного огляду осіб, що від'їжджають за кордон у відрядження та туристичні поїздки», згідно з яким більшість медичних станів, що є підставами для встановлення інвалідності, визначались як протипоказання для виїзду за кордон з туристичною метою. Також актуальною залишається проблема доступності об'єктів туристичної інфраструктури для осіб з інвалідністю та пристосованості готелів та інших засобів розміщення.

Стан дослідження теми. Проблематиці інклюзивного туризму та особливостям його здійснення присвячені праці Н.М. Влащенко, Н.В. Белоусової, Г.М. Кучер, Ю.Б. Миронова, Л.Ю. Матвійчука, Л.М. Чепурди. Правове регулювання договору на туристичне обслуговування досліджували Б.І. Вихристенко, М.М. Гудима, М.М. Гудима-Підвербецька, М.Д. Пленюк, В.О. Кохановський, Н.В. Федорченко, Р.І. Яворський.

Незважаючи на значну кількість наукових праць, проблематика забезпечення прав осіб з інвалідністю за договором на туристичне обслуговування залишається недостатньо висвітленою. Необхідність забезпечення рівних можливостей для осіб з інвалідністю, пріоритетне значення неухильного дотримання принципу недискримінації, закріпленого у пункті b) статті 3 Конвенції ООН про права осіб з інвалідністю, важливість інклюзивності як індикатора рівня розвитку та відкритості суспільства, свідчать про актуальність вивчення забезпечення прав осіб з інвалідністю у сфері туристичного обслуговування.

Мета статті – вивчення сучасного стану забезпечення прав осіб з інвалідністю у договорі на туристичне обслуговування, виявлення проблемних аспектів реалізації принципу інклюзивності у туристичній діяльності та формування рекомендацій із удосконалення вітчизняного законодавства у сфері туристичного обслуговування осіб з інвалідністю.

Виклад основного матеріалу дослідження з повним обґрунтуванням отриманих наукових результатів. Стаття 4 Закону України «Про туризм» передбачає, що залежно від категорій осіб, які здійснюють туристичні подорожі, є такі види туризму: дитячий; молодіжний; сімейний; для осіб похилого віку, для осіб з інвалідністю [1]. Водночас Закон України «Про туризм» не містить дефініції туризму для осіб з інвалідністю або інклюзивного туризму. У міжнародній практиці поряд із поняттям «інклюзивний туризм» активно вживається термін «доступний туризм» (accessible tourism), за яким усі люди, незалежно від наявності чи відсут-

ності у них інвалідності, мають рівні можливості здійснювати подорожі всередині країни, за кордоном або відвідувати визначні місця, пам'ятки або події, на яких вони бажають побувати [2, с. 8].

Конвенція ООН про права осіб з інвалідністю спрямована на забезпечення рівних можливостей людей з інвалідністю у всіх сферах суспільного життя. Відповідно до пункту с) частини 1 статті 30 цієї Конвенції держави-учасниці зобов'язуються вживати усіх заходів для того, щоб особи з інвалідністю мали доступ до туристичних послуг, а саме до спортивних, рекреаційних і туристичних об'єктів та послуг тих, хто займається організацією дозвілля, туризму, відпочинку та спортивних заходів [3].

Ратифікація Конвенції про права осіб з інвалідністю зумовила необхідність удосконалення вітчизняного законодавства у сфері забезпечення рівних прав та можливостей для осіб з інвалідністю, зокрема й у сфері туристичного обслуговування. Так, необхідність забезпечення доступності туристичних ресурсів та туристичних послуг для осіб з інвалідністю визначено у Концепції Державної цільової програми розвитку туризму та курортів на період до 2022 року та у Розпорядженні КМУ «Про схвалення Стратегії розвитку туризму та курортів на період до 2026 року». У 2019 році Ліцензійні умови провадження турсервісної діяльності було доповнено пунктом 30, згідно з яким турсервісатор під час провадження своєї діяльності забезпечує створення необхідних умов для доступності місця її провадження особам з інвалідністю та іншим маломобільним групам.

Водночас слід звернути увагу на те, що більшість законодавчих нововведень мають вибірко-вий характер, адже в основному спрямовані на встановлення технологічних вимог до здійснення туристичної діяльності, наприклад щодо доступності розташування офісу турсервісатора (турагента), але не містять спеціальних гарантій для забезпечення прав осіб з інвалідністю за договорами на туристичне обслуговування.

Розглянемо окремі проблемні аспекти, що виникають під час реалізації особами з інвалідністю права на туристичне обслуговування:

1. *Отримання повної та достовірної інформації про доступність обраної туристичної подорожі для осіб з інвалідністю.* Абзац 4 статті 19¹ Закону України «Про туризм» містить перелік інформації, яка обов'язково повинна бути надана суб'єктом туристичної діяльності споживачеві туристичного продукту до укладення договору на туристичне обслуговування. Зокрема, за пунктом 2 абзацу 4

статті 19¹ Закону України «Про туризм» турсервісатор (турагент) повинен надати інформацію туристу про медичні протипоказання до здійснення туристичної подорожі через особливості фізичного стану (фізичні недоліки) туристів. Не зупиняючись на досить дискримінаційному формулюванні даного положення, зміст його полягає в тому, що турсервісатор (турагент) має обов'язок повідомити туриста про неможливість здійснити певний вид подорожі у зв'язку зі станом здоров'я. Водночас статті 19¹ та 20 Закону України «Про туризм» не передбачають обов'язку турсервісатора (турагента) за відсутності протипоказань для подорожі надати інформацію про доступність туру для особи з інвалідністю, зокрема засобів розміщення чи пересування під час подорожі.

Відсутність у законодавстві про туризм спеціальних гарантій для осіб з інвалідністю призводить до того, що турсервісатори (турагенти) вносять цілий ряд спірних положень до договорів на туристичне обслуговування. Наприклад, у публічному договорі на туристичне обслуговування, розміщеному на веб-сайті турсервісатора ТОВ «Група Компаній Інфлот Круїз Енд Феррі Україна» у пункті 7.18.2. викладено особливості укладення договору із особами з інвалідністю. Відповідно до положень пункту 7.18.2. договору на туристичне обслуговування турист, пересування якого під час круїзу залежить від інвалідного візка, повинен бути самодостатнім і мати особу, що його супроводжує, а також турист бере до уваги і погоджується з тим, що в деяких портах заходу судна можуть бути відсутні можливості для спуску і підняття на борт судна колісних засобів пересування [4]. Таким чином, замість того, щоб поінформувати особу з інвалідністю про відсутність у конкретно визначених портах засобів спуску для інвалідних візків або організувати допомогу для такого спуску, турсервісатор, вносить у договір положення, за яким він наперед звільняється від відповідальності у разі відсутності спуску для інвалідних візків і перекладає вирішення питання організації пересування на туриста.

Натомість у європейській практиці саме турсервісатор (турагент) повинен надати повну та достовірну інформацію щодо особливостей усієї подорожі туристу, що є особою з інвалідністю. Наприклад, відповідно до підпункту (viii) пункту 1 статті 5 Директиви (ЄС) 2015/2302 Європейського парламенту та Ради Європейського союзу про пакетні тури та пов'язані з ними туристичні послуги до обов'язкової переддоговірної інформації за договором на туристичне обслугову-

вання входить повідомлення туриста про те, чи підходить тур або відпочинок в цілому для осіб з інвалідністю і на прохання туриста туроператор зобов'язаний надати точну інформацію про відповідність усіх складових туристичного продукту потребам туриста [5].

Ураховуючи відсутність у Законі України «Про туризм» спеціальних положень щодо забезпечення прав осіб з інвалідністю за договором на туристичне обслуговування, практику внесення українськими туроператорами (турагентами) дискримінаційних положень до туристичних договорів, за якими вони діють на «випередження» та вносять до договорів положення, що дозволяють їм уникнути відповідальності за неналежне надання туристичних послуг особам з інвалідністю, вітчизняне законодавство потребує змін у цій сфері. З метою покращення забезпечення прав осіб з інвалідністю за договорами на туристичне обслуговування, враховуючи положення європейського законодавства, зокрема Директиви (ЄС) 2015/2302, абзац 4 статті 19¹ Закону України «Про туризм» «До укладення договору на туристичне обслуговування споживачеві туристичного продукту надається інформація про:…» слід доповнити підпунктом 11 такого змісту: «доступність туристичної подорожі та складових туристичного продукту, зокрема засобів розміщення та пересування для осіб з інвалідністю». Введення цього положення розширить перелік обов'язкової інформації за договором на туристичне обслуговування і забезпечить більш відповідальне ставлення туроператорів до організації подорожей для осіб з інвалідністю.

2. *Забезпечення перевезення, в тому числі трансферу до місця надання туристичних послуг, осіб з інвалідністю.* За статтями 1 та 20 Закону України «Про туризм» туристичний продукт, що надається туроператором (турагентом) на замовлення туриста за договором на туристичне обслуговування, мінімально повинен охоплювати дві послуги, зокрема перевезення та розміщення. Організація перевезення повинна забезпечуватись туроператором (турагентом) та у разі укладення договору із особою з інвалідністю супроводжується необхідністю дотримання правил перевізника. Наприклад, за правилами аеропорту Бориспіль про потребу надати послуги пасажиром з інвалідністю та іншим маломобільним групам населення в аеропорту необхідно повідомити при замовленні авіаквитків, але не пізніше, ніж за 72 години до вильоту.

Подібні правила щодо завчасного замовлення перевезення для осіб з інвалідністю діють також на залізниці. Зокрема, оформити замовлення на перевезення у спеціально обладнаному вагоні для осіб з інвалідністю, потрібно не пізніше, ніж за 5 діб до відправлення поїзда. Однак на практиці бувають випадки, коли навіть при завчасному бронюванні спеціальні вагони для осіб з інвалідністю не прикріплюються до поїзда, і пасажир про це дізнається у момент прибуття на посадку [6]. Для попередження виникнення таких ситуацій пропонується внести зміни до підпункту 2 абзацу 4 статті 20 Закону України «Про туризм» щодо перевезення як істотної умови договору та викласти зміни у такій редакції: «Характеристика транспортних засобів, що здійснюють перевезення ... час і місце відправлення та повернення, **доступність та порядок користування транспортними засобами, організація перевезення супроводжуваних осіб у разі перевезення осіб з інвалідністю**».

Необхідність цих змін обумовлюється тим, що на різних видах транспорту діють спеціальні правила користування для маломобільних осіб і туроператор, який організовує туристичну подорож, повинен забезпечити не лише поінформованість особи з інвалідністю про порядок перевезення як складову туристичного продукту, але й реально забезпечити належні умови перевезення осіб з інвалідністю.

3. *Медичне туристичне страхування та страхування від нещасного випадку осіб з інвалідністю.* Відповідно до статті 16 Закону України «Про туризм» туроператори, турагенти та інші суб'єкти туристичної діяльності несуть відповідальність за забезпечення страхування туристів, зокрема їх медичного страхування та страхування від нещасного випадку. Крім того, туристи мають право самостійно укладати договори страхування, однак повинні обов'язково повідомити про укладення такого договору туроператора (турагента).

Незважаючи на те, що за Законом України «Про туризм» страхування туриста має обов'язковий характер, на практиці особи з інвалідністю не завжди можуть його реалізувати, що підтверджується матеріалами судових рішень. Так, показовою є справа № 201/13021/16-ц, яка була розглянута судом першої інстанції та переглянута в апеляційному та касаційному порядку. Підставою звернення до суду було те, що Дніпропетровська філія ПрАТ «СК «АХА Страхування» відмовила позивачеві, який є особою з інвалідністю з дитинства, в оформленні полісу туристичного медичного страхування.

Свої дії страхова компанія зумовлювала правилами страхування, згідно з якими встановлені обмеження для страхування осіб з інвалідністю першої та другої груп за договором добровільного страхування подорожуючих за кордон. Так, згідно із правилами страхування цієї компанії у разі встановлення, що в застрахованій особі є перша або друга група інвалідності, то договір добровільного страхування подорожуючих вважається недійсним із моменту його укладання.

Жовтневий районний суд міста Дніпропетровська, який розглядав справу як суд першої інстанції, визнав такі умови страхування дискримінаційними та зобов'язав страхову компанію змінити правила туристичного страхування осіб з інвалідністю. Водночас суд апеляційної інстанції скасував рішення Жовтневого районного суду міста Дніпропетровська, оскільки позивач повинен був не подавати позов до суду, а спершу в досудовому порядку звернутись зі скаргою до страхової компанії або до Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сфері ринків фінансових послуг.

Слід звернути увагу на те, що апеляційний суд при прийнятті постанови не врахував наявності у матеріалах справи доказів про те, що позивач звертався із письмовою заявою до страхової компанії із вимогою пояснити йому причини відмови в укладенні договору туристичного страхування, однак відповіді не отримав. Верховний суд, переглядаючи цю справу у касаційному порядку, у постанові від 31 жовтня 2019 року залишив в силі рішення суду першої інстанції та скасував постанову суду апеляційної інстанції [7]. У своїй правовій позиції Верховний суд наголосив на тому, що всі люди є рівними, а особи з інвалідністю повинні мати доступ до всіх аспектів суспільного життя нарівні з іншими. У зв'язку із цим правила страхування компанії «СК «АХА Страхування» мають дискримінаційний характер та підлягають зміні.

Наведені приклади судової практики переконливо доводять, що страхові компанії не завжди дотримуються принципу недискримінації при укладенні договорів туристичного страхування

та можуть встановлювати спеціальні, складніші правила страхування для осіб з інвалідністю, відмовляти таким особам у страхуванні або передбачати правилами страхування положення про недійсність договорів туристичного страхування, укладених з особами, що мають інвалідність. Ураховуючи обов'язковий характер страхування для здійснення туристичних подорожей, ратифікацію Україною Конвенції ООН про права осіб з інвалідністю та водночас право страховика самостійно розробляти правила страхування відповідно до Закону України «Про страхування», туроператори (турагенти) під час організації подорожі для осіб з інвалідністю повинні забезпечити їх медичне туристичне страхування.

Висновки з дослідження та перспективи подальших розвідок у цьому напрямі. Втілення законодавчо закріпленого принципу рівних прав для осіб з інвалідністю неможливий без його належної реалізації у сфері туристичного обслуговування. До основних проблемних аспектів, що виникають на практиці при укладенні договорів на туристичне обслуговування в осіб з інвалідністю, належать: отримання повної та достовірної інформації про доступність обраної туристичної подорожі для осіб з інвалідністю; забезпечення належного перевезення, зокрема трансферу до місця надання туристичних послуг; медичне туристичне страхування та страхування від нещасного випадку осіб з інвалідністю. Із метою покращення забезпечення прав осіб з інвалідністю за договором на туристичне обслуговування до Закону України «Про туризм» пропонується внести зміни, зокрема абзац 4 статті 19¹ щодо умов надання туристичних послуг доповнити положенням про обов'язковість надання туроператором (турагентом) туристу інформації про доступність туристичної подорожі та складових частин туристичного продукту для осіб з інвалідністю, а також змінити положення підпункту 2 абзацу 4 статті 20 Закону України «Про туризм» та визначити його істотною умовою доступності та порядку користування транспортними засобами, організацію перевезення супроводжуваних осіб у разі туристичного обслуговування осіб з інвалідністю.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Про туризм: Закон України від 15.09.1995 № 324/95-ВР зі змінами та доповненнями. *Відомості Верховної Ради України*. 1995. № 31. Ст. 24.
2. European Network for Accessible Tourism. Rights of Tourists with Disabilities in the European Union Framework. Fundación ONCE, Spain. Edited by Ivor Ambrose. 2008. URL : https://www.accessibletourism.org/resources/enat_study_1_rights_final_en.pdf (дата звернення: 10.07.2020).
3. Конвенція ООН про права осіб з інвалідністю від 13 грудня 2006 р. : Закон України «Про ратифікацію Конвенції про права осіб з інвалідністю і Факультативного протоколу до неї» від 30.09.2016 р. № 1767-VI. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_g71#Text (дата звернення: 10.07.2020).

accompanying person or extra luggage space, etc. In addition, individual attention needed arrangements of insurance of incapacitated persons during a tourist trip.

On the ground of Court Practice, it is concluded that despite the Law provisions, in some cases incapacitated persons are denied in transportation or insurance, which in turn makes it impossible for them to receive tourist services. Taking into account the provisions of international laws and regulations was drafted a proposal because of adaptations to the Law of Ukraine with the purpose of advanced features of safeguards for the rights of incapacitated persons by Agreement for tourist services.

Key words: an incapacitated person, inclusive tourism, agreement for tourist services, tourist rights, preventing disability discrimination.

суму 100 млн. фунтів (приблизно 180 млн. доларів), що стало найдорожчим страховим покриттям в історії спорту. Страхове покриття охоплювало травми, естетичні дефекти, захворювання, отриманні футболістом на полі, та частково витрати ФК Реала, у разі втрати гравця. Через значний розмір страхової суми, відповідно високого тарифу та страхового платежу у його виплаті взяли участь компанії Motorola та Pepsi, в рекламі яких брав участь спортсмен.

Відповідно до заяви представника клубу Real Madrid ноги Кріштіано Роналдо застраховані на 144 мільйонів доларів [4].

Застраховані великі пальці рук гонщика команди Формули-1, Фернандо Алонсо, виступаючого за Ferrari. Договір передбачає виплату страхового відшкодування у розмірі 10 мільйонів євро у разі настання нещасного випадку з пальцями іспанського гонщика.

Щодо страхування спортсменів від нещасних випадків, то даному виду страхування властива реалізація таких ризиків:

- 1) Травми, отримані на шляху проходження на спортивні заходи і назад на транспортних засобах;
- 2) аварії безпосередньо під час навчально-тренувальних процесів або проведення спортивних змагань;
- 3) нещасні випадки через нанесення тілесних ушкоджень іншою особою,
- 4) навмисне вбивство під час участі у спортивному заході;
- 5) ушкодження здоров'я під час стихійного лиха (землетрус, ураження блискавкою, зсуви, селі, повені, урагани та ін.);
- 6) травми, теплові удари, опіки, пошкодження в результаті контакту із тваринами і комахами і тощо.

Відповідно до ст. 5 Закону України «Про страхування» страхування може бути провадитися в добровільній або обов'язковій формі.

Добровільне страхування передбачає, що всі істотні моменти договору страхування визначаються виключно за згодою сторін.

Згідно із законом України «Про страхування» форми типового договору і порядок проведення обов'язкового страхування визначаються Кабінетом Міністрів України.

Відповідно до п. 1 ст. 7 Закону України «Про страхування» та ст. 43 Закону України «Про фізичну культуру та спорт» [5] спортсмени вищої категорії підлягають обов'язковому страхуванню, яке здійснюється згідно з Порядком та умовами обов'язкового державного страхування спортс-

менів вищих категорій, затверджених Постановою Кабінету міністрів України від 31 травня 1995 № 378 [6] (далі Порядок).

Таким чином, під час укладання договору обов'язкового страхування спортсменів вищих категорій ні у страховика, ні у страхувальника практично не лишається свободи маневру, адже всі суттєві моменти будь-якого виду обов'язкового страхування, навіть сама форма договору, заздалегідь визначені законодавчими актами [7].

Спортсменами вищих категорій визнаються спортсмени, які мають найвищі досягнення на офіційних національних та міжнародних змаганнях і які включені згідно зі спортивним рейтингом до складу збірних команд України (ст. 1 Закон України «Про підтримку олімпійського, паралімпійського руху та спорту вищих досягнень в Україні» [8]).

Відповідно до Порядку обов'язковому державному страхуванню підлягають спортсмени збірних команд України, яке здійснюється за рахунок коштів державного бюджету, що виділяються на утримання штатних збірних команд України. Обов'язкове державне страхування спортсменів збірних команд України здійснюється на випадок: загибелі або смерті застрахованого під час підготовки до змагань та участі в них; втрати застрахованим працездатності внаслідок поранення, контузії, травми або каліцтва, захворювання чи інвалідності, що сталися під час підготовки до змагань та участі в них.

Згідно зі ст. 3 Закону України «Про підтримку олімпійського, паралімпійського руху та спорту вищих досягнень в Україні» держава забезпечує соціальний захист членів збірних команд України з олімпійських та паралімпійських видів спорту шляхом фінансування витрат на обов'язкове державне та медичне страхування спортсменів вищих категорій.

Страхування професійних спортсменів дає можливість отримання першої медичної допомоги у випадку настання травми, яку оплачує страхова компанія, та:

- 1) оплати медичних заходів, включаючи діагностику, операцію, лікування в стаціонарі;
- 2) оплати лікарських препаратів і необхідних засобів або пристосувань;
- 3) оплати реабілітаційного періоду.

Страхувальниками визнаються юридичні особи та дієздатні фізичні особи, які уклали зі страховиками договори страхування або є страхувальниками відповідно до законодавства України. Законодавство уповноважує страхувальників

укладати зі страховиками договори про страхування третіх осіб (застрахованих осіб) лише за їхньою згодою, крім випадків, передбачених чинним законодавством (ст. 3 Закону України «Про страхування»).

Відповідно до Порядку страхувальником за договором обов'язкового державного страхування спортсменів вищих категорій може виступати Міністерство молоді і спорту України, Міністерство оборони, МВС, Служба безпеки України.

Страховики є професійними учасниками страхових правовідносин. Відповідно до ч. 1 ст. 2 Закону України «Про страхування» страховиками визнаються фінансові установи, які створені у формі акціонерних, повних, командитних товариств або товариств із додатковою відповідальністю, які одержали у встановленому порядку ліцензію на здійснення страхової діяльності. Учасників страховика повинно бути не менше трьох. Загальні умови та порядок здійснення страхування спортсменів вищих категорій визначаються правилами страхування, що встановлюються страховиком самостійно відповідно до вимог Закону України «Про страхування» та підлягає затвердженню уповноваженим органом.

Застрахованими є спортсмени збірних команд України, що готуються до участі у спортивних змаганнях чи беруть участь в них.

Страхувальники вносять страхові платежі до 25 числа кожного місяця в розмірі 5 відсотків фонду оплати праці, включаючи встановлені чинним законодавством доплати та надбавки застрахованим за минулий місяць. Облік надходжень страхових платежів і виплат страхових сум із зазначеного виду страхування повинен вестися окремо від надходжень і виплат за іншими видами страхування. Витрати страховика на здійснення страхування не повинні перевищувати 6 відсотків страхових платежів. Страхова сума дорівнює десятирічному утриманню спортсмена за його останньою посадою.

Страховик здійснює виплату страхової суми в разі настання таких випадків (відповідно до п. 4 Порядку):

1) загибелі або смерті застрахованого під час підготовки до змагань та участі в них – його спадкоємцям, у розмірі десятирічного грошового утримання застрахованого за останньою посадою, яку він займав;

2) втрати застрахованим працездатності внаслідок поранення, контузії, травми або каліцтва, що сталися під час підготовки до змагань та участі в них, – у розмірі, який визначається з роз-

рахунку середньої заробітної плати пропорційно терміну втрати працездатності, встановленому медичним закладом, за умови, що ушкодження здоров'я застрахованого віднесено до категорії тяжких травм згідно з медичною класифікацією травм, затвердженою МОЗ;

3) установа застрахованому інвалідності в період чинності договору страхування, до якої призвів нещасний випадок, що стався під час підготовки до змагань або участі в них: I групи – 100 відсотків страхової суми; II групи – 80 відсотків страхової суми; III групи – 60 відсотків страхової суми.

Під час страхування спортсменів виділяють групи ризиків залежно від виду спорту, небезпечності травм та ймовірності настання випадку, що впливає на розмір страхового тарифу від нещасних випадків і медичного страхування спортсменів. Виділяють такі групи ризиків:

– дуже високі ризики – до них належать екстремальні види спорту (дельтапланеризм, альпінізм, скелелазіння, підводні та підземні види спорту, стрибки з парашутом, автототоспорт, фристайл-акробатика та ін.);

– високі – контактні види спорту (вільна боротьба, греко-римська боротьба, рукопашний бій, традиційне карате, кікбоксинг, бокс, дзюдо, самбо), футбол, хокей із шайбою, важка атлетика, спортивна гімнастика, багатоборство, регбі, гірськолижний і лижний спорт та ін.;

– середні – ігрові види спорту (баскетбол, волейбол, гандбол, теніс, хокей на траві і т.д., крім футболу і хокею з шайбою), художня гімнастика, легка атлетика, стрільба з лука, стендова і кульова стрільба, фехтування, фігурне катання, віндсерфінг, вітрильний спорт, кінний спорт, акробатика, стрибки на батуті, ковзанярський спорт, санний спорт, велосипедний спорт та ін.;

– низькі – плавання, водне поло, синхронне плавання, гольф, веслування, настільний теніс, спортивна аеробіка, бадмінтон, біатлон, городкового спорту та ін.

Строк чинності дії договору страхування може покривати події, що сталися:

1) цілодобово в період дії договору (наприклад, протягом року);

2) у період заняття спортом, тренувань, навчально-тренувальних зборів, змагань;

3) у період проведення змагань.

Залежно від рівня спортивної майстерності також виділяються окремі категорії, які враховуються під час тарифікації страхування від нещасних випадків спортсменів, і медичне страхування спортсменів:

- 1) спортсмени збірних команд (і їх резерву);
- 2) спортсмени шкіл вищої спортивної майстерності;
- 3) спортсмени вищих клубних команд міста (області, землі, графства та ін.);
- 4) студенти вищих навчальних закладів фізичної культури;
- 5) учні дитячо-юнацьких спортивних шкіл;
- 6) учні училищ фізкультури;
- 7) тренери [9].

Найбільш поширені варіанти страхування спортсменів від нещасних випадків припускають виплату страхового відшкодування, що компенсує збитки і втрату доходу в результаті травм і інших нещасних випадків, при цьому медичні витрати покриваються за окремою програмою страхування.

Права та обов'язки за договором страхування передбачається ст. 988, 989 ЦК України, конкретним договором та правилами страхування страхової компанії.

Загальні підстави відмови від виплати страхової суми застрахованому передбачається ст. 991 ЦК України та конкретизуються в договорі страхування.

Окрім Закону України «Про страхування» та Порядку, що містять вимогу укладення договору обов'язкового державного страхування спортсменів вищих категорій, спеціальні правила проведення змагань окремих видів спорту передбачають в якості умови допуску для участі у змаганнях положення про наявність договору страхування. Такі положення передбачаються відповідно до Правил спортивних змагань із лижних гонок [10] Правил проведення змагань зі скелелазіння, Правил боксу Федерації боксу України [11] положенням клубу карате, тощо.

Професійний спорт є комерційним напрямом діяльності у спорті, пов'язаним із підготовкою та проведенням видовищних спортивних заходів на високому організаційному рівні з метою отримання прибутку (ст. 38 Закону України «Про фізичну культуру і спорт»).

Діяльність у професійному спорті спортсменів, тренерів та інших фахівців, яка полягає у підготовці та участі у спортивних змаганнях серед спортсменів-професіоналів, і є основним джерелом їхніх доходів, провадиться відповідно до Закону України «Про фізичну культуру і спорт» та Кодексу законів про працю України та інших нормативно-правових актів, а також статутних та регламентних документів відповідних суб'єктів сфери фізичної культури і спорту та міжнародних спортивних організацій.

Наразі спортсмен як професія в законодавстві не передбачається, а поняття «професійного спортсмену» законодавство України не містить. Спортсмен набуває статусу спортсмена-професіонала з моменту укладення контракту з відповідними суб'єктами сфери фізичної культури і спорту про участь у змаганнях серед спортсменів-професіоналів [12].

Міністерство молоді і спорту України, укладає трудовий договір (контракт) із спортсменами та фахівцями штатної команди національних збірних команд України з олімпійських, неолімпійських та національних видів спорту, а з видів спорту осіб з інвалідністю – Український центр з фізичної культури і спорту осіб з інвалідністю (ст. 37 Закону України «Про фізичну культуру і спорт»).

Органи державної влади сприяють розвитку матеріально-технічної бази національних спортивних федерацій осіб з інвалідністю або їх спілок, які є членами Міжнародного паролімпійського комітету, Міжнародного спортивного комітету глухих, можуть надавати їм фінансову та організаційну допомогу для досягнення мети їхньої діяльності та на виконання статутних завдань, пов'язаних із розвитком паролімпійського і дефлімпійського руху в Україні.

Визнання спортсменів представниками конкретної професії має значити включення їх до програми обов'язкового соціального страхування від нещасних випадків і професійних захворювань та поширення дії Закону України «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування» про гарантії працюючих громадян щодо їх соціального захисту у зв'язку з тимчасовою втратою працездатності, вагітністю та пологами, від нещасного випадку на виробництві та професійного захворювання, охорони життя та здоров'я [13].

Як свідчить практика, спортсменам отримати відшкодування відповідно до положень зазначеного Закону складно та супроводжено тривалою судовою тяганиною, що зумовлено специфічністю трудової діяльності та невизначеність статусу спортсмена у законодавстві [3].

Ураховуючи викладене, слід констатувати, що на соціальний захист спортсменів, отримання відшкодування у зв'язку з тимчасовою втратою працездатності, настанням нещасного випадку, перериванням діяльності через вагітність та пологи впливають такі чинники як: категорія спортсмену, можливість застосування обов'язкової або добровільної форми страхування та недостатня визначеність правового статусу спортсменів у чинному законодавстві.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Розина И.П. Обязательное и добровольное страхование спортсменов. URL : http://iais.kemsu.ru/conf_web1/GetDocsFile?id=49997&table=papers_file&type...
2. Суха Ю.С. Деякі питання правового регулювання відносин страхування у професійному спорті. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. 2013. № 21. С. 275–279.
3. Тіхонова М.А. Види страхування у сфері фізичної культури і спорту. *Право і безпека*. 2011. № 1(38). С. 234–239.
4. Клименко М. Самые интересные факты и случаи в страховке [46 случаев]. URL : <https://avtomaniya.com/site/publication-full/689>.
5. Про фізичну культуру і спорт Закон України. *Відомості Верховної Ради України*. 1994. № 14. ст. 80.
6. Порядок та умов обов'язкового державного страхування спортсменів вищих категорій: постанова Кабінету Міністрів України від 31 травня 1995 № 378. URL : <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=378-95-%EF>.
7. Токарева В.О. Правовідносини страхування творів мистецтва, предметів колекціонування та антикваріату : монографія. 2012. С. 80.
8. Про підтримку олімпійського і параолімпійського руху та спорту вищих досягнень в Україні : Закон України від 14 вересня 2000 № 1954-III. *Відомості Верховної Ради*. 2000. № 43. Ст. 370.
9. Цыганов А.А. Зарубежная практика страхования спортсменов. Организация продаж страховых продуктов. 2007. № 6. С. 7.
10. Правила спортивних змагань з лижних гонок. URL : http://www.sfu.org.ua/official_documents/ukrainian_rules/ukr_rules_cross-country.
11. Правил боксу Федерації боксу України. URL : <http://www.newstars.com.ua/123/130>.
12. Про обов'язкове страхування спортсменів для участі у турнірах УФК! URL.: <http://progresskarate.com>.
13. Полянський А.О. Правові проблеми регулювання праці професійних спортсменів в Україні. *Збірник наукових праць Харківського національного педагогічного університету імені Г.С. Сковороди «ПРАВО»*. 2011. № 16. С. 47–53.
14. Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування: Закон України від 23 вересня 1999 № 1105-XIV. *Відомості Верховної Ради України*. 1999. № 46. Ст. 403.

Токарева Віра Олександрівна

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ СТРАХУВАННЯ СПОРТСМЕНІВ

Стаття присвячена окремим питанням правового регулювання страхування спортсменів. Встановлено, що: страхування спортсменів від нещасних випадків є одним із різновидів страхування, поряд із страхуванням особистого майна спортсменів, інвентарю та обладнання команд, цивільною відповідальністю організаторів спортивних змагань, учасників спортивних правовідносин (гравців, суддів, тренерів, вболівальників тощо) перед третіми особами на випадок смерті, каліцтва чи іншого ушкодження здоров'я та страхування на випадок скасування, відстрочення, перенесення спортивних заходів з причин, що не залежать від учасників та організаторів змагань.

З'ясовано, що дослідження страхування в галузі спорту має провадитись з урахуванням його поділу на спорт на аматорський або непрофесійний та професійний спорт, під яким слід розуміти комерційний напрямок діяльності у спорті, пов'язаний з підготовкою та проведенням видовищних спортивних заходів на високому організаційному рівні з метою отримання прибутку.

З'ясовано, що спортсмени вищих категорій підлягають обов'язковому страхуванню відповідно до чинного законодавства України. Надана характеристика та встановлені особливості правового статусу страхувальника, страховика та застрахованого в договорах обов'язкового страхування спортсменів вищих категорій.

Проаналізовані випадки, від настання яких провадиться страхування. Визначені групи ризиків залежно від виду спорту, небезпечності травм та ймовірності настання випадку та їх вплив на розмір страхового тарифу в разі страхування.

З'ясовано, що страхування в галузі спорту може провадитись з метою реклами та піару компанії.

Ключові слова: страхування, обов'язкове страхування, обов'язкове страхування спортсменів, страхування спортсменів вищих категорій, професійний спорт.

Tokareva Vira

LEGAL REGULATION OF SPORTS PERSONAL ACCIDENTS INSURANCE

The article is devoted to certain issues of legal regulation of sports insurance. Statistics of occupational diseases and injuries among athletes aren't kept, which makes it difficult to determine the number of athletes who received insurance benefits and what cases occur most often

It is established that: the sports personal accidents insurance, is one of the types of sports insurance, along with insurance of property of athletes, teams inventory and equipment, civil liability of organizers of sports competitions, participants of sports relations (players, judges, fans, etc.) to third parties in case of death, injury, other damage to health and insurance of cancellation, postponement of sporting events for reasons beyond the control of participants and organizers of competitions.

The study of sports insurance was found to be conducted taking into account its division of amateur or non-professional and professional sports, which should be understood as a commercial activity in sports related to the preparation and conduct of spectacular sporting events at a high organizational level for revenue profit.

The athletes of higher categories was considered to be a subject to compulsory insurance in accordance with current Ukrainian legislation.

The characteristics and features of the legal status of the insurer and the insured in the contracts of compulsory sports personal accidents insurance of the higher categories athletes are given.

The cases from the occurrence of which insurance is provided are analyzed. Determining the group of risks depending on the sport, the risk of injury and the probability of an accident and their impact on the size of the insurance rate in the case of insurance.

It has been found that insurance in the field of sports can be provided for the purpose of advertising and PR of the company.

Key words: insurance, compulsory insurance, sport insurance, sports personal accidents insurance, insurance of athletes, professional sports.

УДК 347.45/.47

DOI <https://doi.org/10.32837/chc.v0i38.368>

Войчишин Олексій Валентинович,

аспірант

Навчально-наукового інституту права імені Іоаннікія Малиновського

Національного університету «Острозька академія»

ORCID <https://orcid.org/0000-0003-0612-1383>

ЩОДО ІСТОТНИХ УМОВ КОРПОРАТИВНОГО ДОГОВОРУ В ТОВАРИСТВАХ З ОБМЕЖЕНОЮ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЮ

Корпоративний договір лише нещодавно був закріплений у законодавстві України із прийняттям у 2018 році Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» (надалі – «Закон про ТОВ»). Саме «новизна» цієї юридичної конструкції зумовлює підвищений інтерес як зі сторони професійних юристів, так і зі сторони пересічних громадян, особливо тих, що займаються підприємницькою діяльністю. Як правило, дослідження договорів розпочинається саме із вивчення їх істотних умов як ключового елемента договірної конструкції. Без розуміння істотних умов договору неможливо виокремити його специфіку, відмежувати договір від інших договорів, розкрити природу договору.

Важливість істотних умов полягає ще й у тому, що в разі відсутності згоди щодо всіх істотних умов, такий договір вважатиметься неукладеним. Як наслідок, у разі відсутності досконалого розуміння істотних умов договору завжди залишатимуться очевидні ризики для сторін, які укладають такий договір. Саме тому дане питання потребує детального та комплексного аналізу.

До питання істотних умов корпоративного договору у своїх дослідженнях звертались М.М. Сигидин, Н.В. Щербакова, С.О. Сліпченко, В.І. Цікало, М.О. Суханов. Варто відмітити, що питання умов корпоративного договору продовжує залишатися предметом активної дискусії серед науковців в силу динамічного розвитку законодавства у даній сфері та відсутності усталеної практики.

Метою цієї статті є визначення істотних умов корпоративного договору та їх обґрунтування.

Цивільний кодекс України визначає, що будь-який договір є укладеним лише тоді, коли сторони

досягли згоди з усіх істотних умов договору [10]. Іншими словами, істотними умовами вважаються ті положення договору без яких договір не може вважатися договором та не може породжувати юридичних прав та обов'язків для його сторін.

Стаття 638 Цивільного кодексу України до істотних умов договору відносить:

1) умови про предмет договору;

2) умови, що визначені законом як істотні або умови, що є необхідними для договорів даного виду;

3) а також усі ті умови, щодо яких за заявою хоча б однієї із сторін має бути досягнуто згоди [10].

Першою істотною умовою, яку визначає ЦКУ є **предмет договору**. Предмет корпоративного договору визначений у ч. 1 ст. 7 Закону про ТОВ. Зокрема, предметом корпоративного договору є реалізація учасниками товариств з обмеженою відповідальністю (надалі – «ТОВ») своїх права та повноваження певним чином або утримання від їх реалізації [5]. З цієї норм випливає, що не просто права та повноваження є істотною умовою, а саме порядок або спосіб їх реалізації учасниками повинні бути визначені у корпоративному договорі та є істотними умовами. З цього у сукупності із ч. 2 ст. 6 Закону про ТОВ слідує і протилежне, що корпоративний договір не може створювати нових корпоративних прав сторін як учасників Товариства або припиняти вже наявні корпоративні права.

Господарський кодекс України визначає, що корпоративні права – це права особи, частка якої визначається у статутному капіталі (майні) господарської організації, що включають правомочності на участь цієї особи в управлінні госпо-

дарською організацією, отримання певної частки прибутку (дивідендів) даної організації та активів у разі ліквідації останньої відповідно до закону, а також інші правомочності, передбачені законом та статутними документами [2]. Отже, права учасників ТОВ визначаються виключно у статуті та/або законі.

Наведемо практичні ситуації, кожен учасник товариства з обмеженою відповідальністю має право голосу на загальних зборах. Корпоративний договір не може позбавити учасника права голосу, однак учасник у корпоративному договорі може погодитись голосувати або не голосувати певним чином. Наприклад, протягом 3 років не голосувати за зміни до статуту товариства.

В іншій ситуації учасники товариства бажають передбачити право учасників на отримання в користування в позачерговому порядку послуг, які надає їх товариство. Оскільки таке право учасників прямо не передбачено в законодавстві України, воно повинне бути зафіксоване саме у статуті, а не у корпоративному договорі, в силу ч. 2, ст. 5 Закону про ТОВ. У цьому випадку в корпоративному договорі можна лише передбачити порядок реалізації такого права, наприклад черговість отримання учасниками послуг їх товариства.

Єдиний випадок, коли договір може припинити корпоративне права учасника, прямо визначений у ч. 9 ст. 20 Закону про ТОВ: переважне право учасника ТОВ не застосовується у разі, якщо це передбачено корпоративним договором. Варто наголосити, що в цій статті говориться виключно про припинення корпоративного права учасника. Однак комплексний аналіз законодавства дозволяє стверджувати, що це єдиний виняток, який прямо передбачений спеціальним законом.

Серед науковців такої ж позиції дотримуються В. Цікало та М. Сигидин. На думку В. Цікало, зобов'язання сторін не мають самостійного характеру та не можуть вважатися предметом корпоративного договору. Ключовим є те, що сторони за таким договором визначають, насамперед, порядок реалізації прав належних їм як учасникам ТОВ [11]. На цьому акцентують увагу й автори Закону про ТОВ, а саме: *«У законі і статуті можуть бути встановлені певні повноваження учасників, а у корпоративному договорі – зобов'язання сторін про їх реалізацію певним чином»* [4].

М. Сигидин вважає, що предметом у корпоративному договорі виступають не самі корпоративні права, а сукупність спільних взаємоузгоджених дій учасників юридичної особи корпоративного типу [7, с. 197]. Ми цілком під-

тримуємо науковця, оскільки саме порядок або спосіб реалізації корпоративних прав існує якраз у формі певних взаємоузгоджених дій.

З огляду на те, що питання предмету корпоративного договору є дуже дискусійним серед науковців, деякі вчені, такі як Н. Щербакова, С. Сліпченко, мають дещо інші погляди на предмет корпоративного договору.

Наприклад, С. Сліпченко відносить до предмету корпоративного договору *«корпоративні правовідносини, зміст яких становлять корпоративні права та обов'язки»* [8, с. 43]. По-перше, варто відмітити, що своє дослідження науковець проводила ще до прийняття українським парламентом Закону про ТОВ і до проведення реформи корпоративних договорів, що мала місце у 2017 році. По-друге, на нашу думку, така позиція є лише частково правильною. Безумовно, корпоративні права та обов'язки входять до предмету корпоративного договору, оскільки саме для визначення порядку реалізації корпоративних прав і обов'язків корпоративний договір і укладається. Однак корпоративні права та обов'язки не є самостійним предметом, оскільки це означало би, що вони можуть виникати, змінюватися та припинятися в корпоративному договорі. А як ми вже з'ясували, такого юридично в корпоративному договорі не відбувається.

Н.В. Щербакова вважає, що розуміння способу реалізації прав учасників в якості самостійного предмету корпоративного договору є обмеженим. Авторка акцентує увагу на розмежуванні предмету корпоративного договору та предмету закону і статуту [13]. Однак, на нашу думку, це лише додатковий аргумент на підтримку того, що корпоративні права та обов'язки не є самостійним предметом корпоративного договору. Оскільки права та обов'язки учасників ТОВ визначаються виключно у статуті та/або законі (ст. 6 Закону про ТОВ). Вищезазначене розмежування лише підкреслює неможливість включення до самостійного предмету корпоративного договору корпоративних прав. Крім того, на необхідності розмежування предмету статуту та закону від предмету корпоративного договору наголошують й автори Закону про ТОВ [4].

Також варто відмітити й значну диспозитивність, яка закладена у формулювання предмету корпоративного договору Законом про ТОВ. На цьому наголошує й Ю. Попов, який зазначає, що ч. 1 ст. 7 Закону про ТОВ *«використовує норму високого ступеня абстрактності, щоб під гіпотезу норми попадали найрізноманітніші ситуації»*

та навіть забаганки учасників» [3]. Таке рішення безумовно є позитивним кроком з точки зору практики, однак дещо ускладнює визначення істотних умов.

Деякі приклади того, порядок реалізації яких прав може бути предметом корпоративного договору є в самому Законі про ТОВ. Так, це може бути право відчужувати або придбавати частку у статутному капіталі Товариства (ч. 3 ст. 7 Закону про ТОВ) [5]. Щодо права відчужувати або придбавати частку, у корпоративному договорі визначається випадки обов'язкового продажу або обов'язкового викупу частки, порядок визначення ціни частки, порядок укладення договору купівлі-продажу частки або навіть деякі умови такого договору.

До другої категорії істотних умов – **умови, які є істотними в силу або характерними для договорів даного виду**, слід, на нашу думку, віднести строк корпоративного договору та його безоплатність.

Ч. 2 ст. 7 Закону про ТОВ встановлює, що в корпоративному договорі повинні бути визначені дата укладення договору та його строк. Таким чином, будь-який корпоративний договір повинен містити відомості щодо часу, протягом якого сторони можуть здійснити свої права і виконати свої обов'язки відповідно до договору. Із цього слідує, що корпоративний договір можуть укладати:

- 1) на конкретно визначений період часу – наприклад, два роки (абсолютне визначення);
- 2) на весь час діяльності ТОВ (до моменту державної реєстрації припинення);
- 3) до досягнення певної мети, якщо така мета передбачена договором;
- 4) до виникнення ситуації, коли 100% статутного капіталу ТОВ належатиме одному учаснику;
- 5) до моменту його припинення за взаємною згодою сторін.

Ст. 7 Закону про ТОВ прямо встановлює, що корпоративний договір є безоплатним. Крім того, також зазначається, що недотримання умови про безоплатність тягне за собою нікчемність такого договору. З огляду на це вважаємо, що безоплатність є також істотною умовою корпоративного договору. У разі якщо сторони не можуть дійти згоди щодо безоплатності корпоративного договору, то такий договір недійсний в силу закону.

Як зазначали автори Закону про ТОВ, включення умови про безоплатність договору переслідувало мету зменшити ризики захоплення контролю над товариством та змови окремих груп учасників проти інших [4]. Як вбачається, відсутністю оплатності автори намагалися нівелювати

вплив учасників, які володіють значними фінансовими ресурсами, та створити умови для більшої рівноправності сторін.

Умови, щодо яких за заявою хоча б однієї із сторін має бути досягнуто згоди. Цю категорію істотних умов ще називають «суб'єктивно істотними», оскільки вони на пряму залежать від волі сторін. Для того щоб вважати умову суб'єктивно істотною необхідно, щоб одна із сторін корпоративного договору прямо підкреслила необхідність включення такої умови до договору, інакше така сторона відмовиться від укладення договору [1, с. 44].

Фундаментальним для цієї категорії істотних умов є принцип свободи договору – сторони вільні у виборі умов договору. Тому істотні умови цієї категорії можуть мати дуже різний характер, що залежить виключно від волі сторін.

Варто наголосити, що, незважаючи на свободу договору в договірному праві, така свобода все ж не є абсолютною. У першу чергу, мається на увазі, що умови, на яких під загрозою відмови від укладення договору наполягає одна із сторін, не повинні суперечити законодавству. Наприклад, ч. 3. ст. 7 Закону про ТОВ забороняється встановлювати в корпоративному договорі обов'язок учасників забезпечити голосування згідно із вказівками органів управління ТОВ. У разі наявності таких положень у корпоративному договорі такий договір є нікчемним. На думку М.О. Суханов, така норма призначена для усунення будь-яких маніпуляцій у процесі управління товариства та гарантування рівних умов участі учасників в управлінні ТОВ. Водночас науковець акцентує увагу на тому, що норма не є досконалою, оскільки передбачає заборону лише щодо голосування за вказівками органів управління, однак не говорить про інші органи та/або особи [9].

По-друге, принцип свободи договору для сторін корпоративного договору обмежується ще одним фактором – статутом. Тому умови, на яких наполягають сторони, не повинні суперечити статуту.

Як бачимо, вичерпну відповідь на питання щодо істотних умов корпоративного договору могла би дати судова практика як критерій істини. Відповідно до відомостей з Єдиного державного реєстру судових рішень судова практика щодо корпоративних договорів лише починає формуватися судами України.

Наприклад, справа № 916/1444/19 стала першою справою, у якій було винесено рішення щодо корпоративних договорів в контексті Закону про ТОВ. Однак у справі № 916/1444/19 спір стосувався положень корпоративного договору

щодо переходу права власності на частки та зберіганні установчих документів, а істотні умови не виступали предметом розгляду [6].

Висновки. Можемо стверджувати, що для корпоративного договору передбачено три істотні умови: предмет договору, безоплатність та строк договору. У зв'язку зі значною диспозитивністю, яка закладена Законом про ТОВ в аспекті регулювання корпоративних договорів, та відсутністю сформованої судової практики щодо корпоративних договорів найбільш дискусійним залишається питання про предмет корпоративного договору.

Ми вважаємо, що предмет корпоративного договору становить порядок реалізації учасниками ТОВ своїх корпоративних прав та обов'язків. «Суб'єктивно істотні» умови корпоративного договору, які мають свою специфіку та межі.

Перспективи подальших досліджень. У майбутньому доцільним вбачаються такі напрями досліджень: дослідження істотних умов договору між акціонерами в акціонерних товариствах та порівняння українського законодавства в цьому напрямку з найкращими світовими практиками.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Блащук Т.В. Умови договору, щодо яких за заявою хоча б однієї із сторін має бути досягнуто згоди. *Теорія і практика застосування чинного вітчизняного та міжнародного законодавства в сучасних умовах*: матеріали наук.-практ. конф. Одеса, 2011. Ч. 2. С. 43–45.
2. Господарський кодекс України від 16.01.2003 № 436-IV / Верховна Рада України. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15/ed20200402#Text> (дата звернення: 19.06.2020).
3. Попов Ю. Корпоративні договори: подальший розвиток у Законі «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю». *Юридична Газета*. 2018. № 10. URL : <https://jur-gazeta.com/publications/practice/korporativne-pravo-ma/korporativni-dogovori.html> (дата звернення: 13.06.2020).
4. Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» від 13.05.2016. URL : <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=59093&pf35401=387857> (дата звернення: 19.06.2020).
5. Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю: Закон України від 06.02.2018 р. № 2275-VIII / Верховна Рада України. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2275-19> (дата звернення: 13.06.2020).
6. Рішення Господарського суду Одеської області у справі № 916/1444/19 від 28.11.2019 року. URL : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/86175401> (дата звернення: 10.06.2020).
7. Сигидин М. М. Відмежування корпоративного договору від інших суміжних договірних конструкцій. *Часопис Київського університету права*. 2016. № 1. С. 195–199.
8. Сліпченко С.О. Деякі питання визначення предмета корпоративних правочинів. *Корпоративні правочини*: матеріали Всеукраїнської наук.-практ. конф. 27-28 вересня 2013 року. Івано-Франківськ : 2013. С. 41–45.
9. Суханов М.О. Сутність і зміст корпоративного договору як підстави набуття корпоративних прав та обов'язків учасника товариства з обмеженою відповідальністю. *Прикарпатський Юридичний Вісник*. № 1(26). С. 70–73. URL : <http://pyuv.onua.edu.ua/index.php/pyuv/article/view/14/14> (дата звернення: 19.06.2020).
10. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 № 435-IV / Верховна Рада України. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15> (дата звернення: 13.06.2020).
11. Цікало В. Предмет договору про здійснення прав учасників господарського товариства. *Підприємництво, господарство і право*. 2017. № 2. С. 68–73. URL : http://nbuv.gov.ua/UJRN/Pgip_2017_2_14 (дата звернення: 10.06.2020).
12. Щербакова Н.В. Питання змісту корпоративного договору. *Міжнародний журнал «Право і суспільство»*. 2018. № 8. С. 123–132. URL : <https://journals.pnu.edu.ua/index.php/LS/article/download/301/325> (дата звернення: 13.06.2020).

Войчишин Олексій Валентинович

ЩОДО ІСТОТНИХ УМОВ КОРПОРАТИВНОГО ДОГОВОРУ В ТОВАРИСТВАХ З ОБМЕЖЕНОЮ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЮ

Поняття «корпоративного договору» для товариства з обмеженою відповідальністю є новелою вітчизняного законодавства, оскільки було закріплено лише два роки тому. Як наслідок, дане правове явище все ще є недостатньо дослідженим та потребує формування усталених підходів до його розуміння. У статті розглянуто істотні умови корпоративного договору як ключовий елемент договірної конструкції даного договору. Визначено стан дослідження проблематики та проаналізовано праці вчених з даного питання.

Базуючись на наукових розробках науковців, практиці укладення корпоративних договорів в Україні та наявній судовій практиці, здійснено комплексний аналіз істотних умов корпоративного договору. Зокрема, проаналізовано предмет корпоративного договору як істотну умови корпоративного договору, умови, що визначені законом як істотні або умови, що є необхідними для корпоративного договору; умови, щодо яких за заявою хоча б однієї із сторін має бути досягнуто згоди. За результатами аналізу детально обґрунтовано особливі межі предмету корпоративного договору – порядок реалізації учасниками своїх прав та обов'язків. Обґрунтовано, що корпоративні права та обов'язки не є самостійним предметом корпоративного договору, оскільки це означало би, що вони можуть виникати, змінюватися та припинятися у корпоративному договорі. Саме тому в дослідженні наголошується на необхідності відмежування предмету корпоративного договору від предмету статуту та предмету Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю». Крім того, не можна не зазна-

ПОРІВНЯЛЬНА ЦИВІЛІСТИКА

УДК 347.255(477+4-15)

DOI <https://doi.org/10.32837/chc.v0i38.369>

Гончаренко Влада Олександрівна,

кандидат юридичних наук,

доцент кафедри цивільного права

Національного університету «Одеська юридична академія»

ORCID <https://orcid.org/0000-0001-9114-0276>

ЕМФІТЕВЗИС ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ ТА ЗАХІДНОЄВРОПЕЙСЬКИХ КРАЇН

Постановка проблеми. Особливістю правового регулювання емфітевзису за цивільним законодавством України є те, що відсутнє його легальне визначення, а його сутність розкривається в нормах, які зазвичай регламентують права та обов'язки суб'єктів таких правовідносин.

У зв'язку із процесом розвитку і вдосконалення цивільного законодавства України на сучасному етапі виникає потреба у вивченні досвіду правового регулювання емфітевзису в зарубіжних країнах. Виходячи з історичної спорідненості правової системи України і країн романо-германської правової сім'ї, безсумнівний інтерес представляють особливості регулювання інституту емфітевзису у країнах континентальної Європи.

Об'єктом дослідження є правовідносини, що виникають між власником земельної ділянки та емфітевтою у сфері встановлення, здійснення та припинення права користування чужою земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб (емфітевзису) за сучасним цивільним законодавством України.

Предметом дослідження є теоретичні та практичні питання правового регулювання емфітевзису за сучасним цивільним законодавством України.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дослідження інституту емфітевзису мало місце у працях учених-цивілістів України та зарубіжних країн: Д. Азаревича, Г. Белова, Н. Боголепова, Д. Генкіна, Р. Гонгало, М. Гончаренко, В. Гутьєвої, О. Дзери, Г. Дормідонтова, О. Йоффе, А. Копилова, Н. Кузнецова, Р. Майданика, В. Мусіна, Н. Нерсесова, О. Підопригори, С. Погрібного, Є. Харитонова, Г. Шершеневича, Л. Щенникової та інших. Однак існує низка нез'ясованих принципово важливих

проблем теоретичного характеру, аналіз яких сприятиме вирішенню протиріч у правозастосовній практиці, які стосуються права користування чужою земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб (емфітевзису).

Виклад основного матеріалу дослідження. Цивільним законодавством України визначаються характерні риси та підстави виникнення емфітевзису. Однак слід зазначити, що у ЦК України відсутнє визначення емфітевзису, а сутність його може бути з'ясована лише з аналізу характерних йому ознак, передбачених ст. 407 ЦК України. Зокрема, відповідно до ч. 1 ст. 407 ЦК України право користування чужою земельною ділянкою (емфітевзис) встановлюється договором між власником земельної ділянки і особою, яка виявила бажання користуватися цією земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб (далі – землекористувач). Зазначене свідчить про те, що єдиною підставою виникнення такого речового права, як емфітевзис, є договір між власником земельної ділянки і землекористувачем (emphyteuta, емфітевтою).

Згідно із ч. 2 ст. 407 ЦК України до специфічних ознак емфітевзису відноситься те, що він може підлягати відчуженню на підставі договору і передаватися у порядку спадкування. Тобто право користування чужою ділянкою може бути продане, подароване, обміняне та іншим чином передане іншій особі. Проте слід мати на увазі, що відчужуватися може лише речове право користування земельною ділянкою, а не сама земельна ділянка, щодо якої встановлено емфітевзис.

Вітчизняні новели регулювання емфітевзису полягають у встановленні можливості укласти договір про емфітевзис на визначений строк, а

Відмова від інституту емфітевзису в багатьох сучасних зарубіжних правопорядках зумовлена заміною його аналогічними за змістом правовими конструкціями – особистими сервітутами (узуфруктами), правом забудови (суперфіцієм) чи речовими обмеженнями (Німеччина, Австрія, Польща, Швейцарія). При цьому в деяких зарубіжних країнах поряд із узуфруктами залишено й інститут емфітевзису (Франція, Італія, Нідерланди).

За сучасним законодавством країн континентальної Європи емфітевзис відноситься до групи обмежених речових прав [6, с. 105, 121–122]. Закони Італії, Німеччини та деяких інших європейських країн спеціально обумовлюють можливість обмеження права приватної власності (аж до вилучення земельної ділянки у власника з виплатою компенсації) з метою раціональної експлуатації землі і «встановлення справедливих соціальних відносин», «для загального блага» або «з мотивів суспільної користі» і т. ін. [7, с. 208]. Однак у країнах, законодавство яких побудовано за пандектною системою (Німеччина, Австрія, Швейцарія, Чехія, Угорщина тощо), емфітевзис, як вже зазначалося, відсутній.

У цілому у Європі та навіть у країнах загальної системи права спостерігається тенденція до розширення застосування довгострокової спадкової оренди землі. Зокрема, у штаті Луїзіана після нищівного урагану Катрина (стався 29 серпня 2005 року) юристами-науковцями було запропоновано передавати спустошені землі в оренду за дуже низьку плату з можливістю викупу землі у майбутньому. Запропоновану конструкцію речового права її авторами було побудовано за моделлю римського емфітевзису [8, с. 17].

У США емфітевзис (*emphyteosis*) являє собою зобов'язальну оренду землі або будівель на тривалий строк (зазвичай до 99 років) або довічно. Історично так склалося, що ця форма оренди використовувалася з метою розвитку сільського господарства. Джон Був'є, в 1848 в Американському юридичному словнику зазначав, що довгострокова оренда землі є поняттям цивільного права і означає, що «... власник передає необроблену земельну ділянку іншій особі (*grantee*) на необмежений строк або на визначений тривалий час, за умови, що останній повинен щось побудувати на ній чи обробляти її, а також повинен платити щорічну орендну плату, з правом грантодержувача відчужувати (продавати) земельну ділянку...» [9, с. 59]. На сьогодні у США емфітевзис не рідко використовуються для оренди офісних будівель або кондомініумів. Слід однак зазначити,

що емфітевзис є типовою конструкцією лише для континентального права (європейського), а не англо-американського.

У європейських правопорядках емфітевзис зазвичай визначається як речове довгострокове успадковане право користування земельною ділянкою (частіше за все сільськогосподарського призначення), яке надає землекористувачеві (емфітевті) широкі за змістом повноваження [10, с. 206].

Емфітевзис у правових системах континентальної Європи має значні відмінності від звичайної оренди, оренди житлового будинку чи земельної ділянки. Зазначене пояснюється тим, що, на відміну від оренди, емфітевзис є речовим правом, яке встановлюється щодо землі, а не по відношенню до конкретної особи. Так, за сучасним французьким правом довгострокова оренда землі регулюється Законом від 25 червня 1902 року, який було інкорпоровано до Сільськогосподарського кодексу Франції (ст. L451-1-L451-9 *Code Rural*). Право спадкової оренди нерухомості (*de la emphyteotique*) встановлюється з метою використання земельної ділянки сільськогосподарського призначення. Законом встановлюються мінімальні (не менше 18 років) та максимальні (не більше 99 років) строки договору про емфітевзис. Головними обов'язками емфітевти є не допускати погіршення земельної ділянки, переданої на умовах емфітевзису, та сплачувати відповідні платежі за користування землею. Емфітевта не має права висувати вимоги до власника землі про відшкодування витрат на будь-які вдосконалення земельної ділянки. Нарешті, емфітевта має права узуфрукту стосовно видобутку корисних копалин на переданій у користування земельній ділянці, а також користується правом встановлення сервітутів на орендованій землі протягом всього строку користування нею. Усі покращення та збудовані на землі будівлі належать власникові землі, якщо інше не передбачено договором про емфітевзис.

Цивільний кодекс Квебеку, який є новітньою кодифікацією цивільного права та поєднує у собі елементи як загального, так і континентального права, в § 1195, 1197 і 1200, визначає емфітевзис як «право, відповідно до якого особа (*emphyteuta*) протягом певного часу має право максимально використовувати певне нерухоме майно, що належить іншій особі, якщо таке користування не ставить під загрозу його існування і виконується зобов'язання користувача щодо зве-

одержані у зв'язку з використанням надр. Емфітевта зобов'язаний покращувати надану в користування земельну ділянку, а також сплачувати власникові землі періодичні платежі у вигляді грошової суми або виробленої продукції.

Висновки з дослідження. За результатами проведеного дослідження можна зробити висновок, що в сучасних національних законодавствах країн континентальної Європи емфітевзис зберігся у праві лише деяких держав. При цьому його конструкція у класичному вигляді включена лише до новітнього цивільного кодексу Нідерландів. Застосування в іноземних правопорядках емфітевзису як права довгострокового обмеженого користування земельною ділянкою необхідно, перш за все, у сільськогосподарських цілях. Емфітевзис являє собою обмежене речове право користування земельною ділянкою та плодами, а також будівлями, що особливо обумовлюється, наприклад, у французькому та бельгійському законодавствах. Емфітевта може змінювати земельну ділянку або будову на ній лише у бік покращення. Дане право може виникати в результаті

укладення договору або передаватися у спадок. У разі продажу права користування земельною ділянкою емфітевта зобов'язаний заздалегідь у зазначений строк попередити власника земельної ділянки, який має переважне право покупки емфітевзису. Власник землі може припинити право емфітевзису у випадках, якщо емфітевта заподіяв значної шкоди земельній ділянці, не сплатив ренту власнику або не заплатив податок на земельну ділянку у встановлений строк.

Розвиток майнових відносин в Україні призвів до того, що законодавство України щодо емфітевзису, необхідно удосконалювати. При оцінці можливості запозичення норм про емфітевзис, що існували у римському праві та використовуються у різних національних законодавствах країн континентальної Європи, слід виходити з того, що неприпустимо повне копіювання цих правових конструкцій. Необхідно лише використовувати принципи, на яких побудована конструкція цього речового права у найбільш розвинених європейських країнах, із метою вдосконалення інституту емфітевзису за цивільним законодавством України.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Карасевич П.Л. Гражданское обычное право Франции в историческом его развитии. Москва : Тип. А.И. Мамонтова и Ко, 1875. 504 с.
2. Институции: История и система римского гражданского права. Ч. 2: Вып. 1. Ч. 2: Система. Вып. 1: Общая часть и вещное право / Зом Р., проф.; Пер.: Н. Кесслер; Предисл. и ред.: А.Н. Беликов, прив.-доц. Сергиев Посад : Тип. И.И. Иванова, 1916. 375 с.
3. Карышев Н. Вечно-наследственный наем земель на континенте Западной Европы. Москва : СПАРК, 2007. 330 с.
4. Умов В. Договор найма имущества по римскому праву и новейшим иностранным законодательствам. Москва : Унив. тип. (Катков и Ко), 1872. 367 с.
5. Нагнибіда В.І. Порівняльно-правове дослідження інституту парціарних прав в європейських країнах періоду середньовіччя та нового часу. *Часопис цивілістики*. 2009. № 6. С. 58.
6. Шимон С.І. Цивільне та торгове право зарубіжних країн : навч. посіб. (Курс лекцій). Київ : КНЕУ, 2004. 220 с.
7. Кулагин М.И. Эволюция гражданского права в современных капиталистических странах. *Советское и иностранное гражданское право (проблемы взаимодействия и развития)*. Москва, 1989.
8. Gregory W.R. An Elegy for Emphyteusis. *Civil Law Commentaries*. Vol. 1. Winter 2008. Issue 2. P. 17.
9. Bouvier J. Bouvier's Law Dictionary. Boston : The Boston Book Company, 1897.
10. Емелькина И.А. Система ограниченных вещных прав на земельный участок : монография. Москва : Волтерс Клувер, 2011. 368 с.
11. Цивільний кодекс Квебеку. Москва : Статут, 1999. 472 с. URL : <http://canlii.org/en/qc/laws/stat/sq-1991-c-64/latest/sq-1991-c-64.html>.

Гончаренко Влада Олександрівна

ЕМФІТЕВЗИС ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ ТА ЗАХІДНОЄВРОПЕЙСЬКИХ КРАЇН

Статтю присвячено характеристиці емфітевзису за цивільним законодавством України та зарубіжних країн. У роботі досліджено поняття та характерні ознаки емфітевзису, проаналізовані передумови та підстави виникнення й розвитку емфітевзису за цивільним правом України, охарактеризовано право користування чужою земельною ділянкою для сільськогосподарських потреб (емфітевзис) з точки зору приналежності його до речових прав на чуже майно. У статті надається визначення та аналізуються характерні риси договору про емфітевзис, характеризується суб'єктний склад та істотні умови цього договору.

У роботі розкриті особливості регулювання емфітевзису у законодавстві західноєвропейських країн. Зроблено висновок, що у сучасних національних законодавствах країн континентальної Європи емфітевзис зберігся у праві лише деяких держав. Відмова від інституту емфітевзису у багатьох сучасних зарубіжних правопорядках зумовлена заміною його аналогічними за змістом правовими конструкціями – особистими сервітутами (узуфруктами), правом забудови (суперфіцієм) чи речовими обмеженнями (Німеччина, Австрія, Польща, Швейцарія). При цьому

ЦИВІЛІСТИЧНІ ПРОБЛЕМИ ІТ-ПРАВА

УДК 347.135:004.77

DOI <https://doi.org/10.32837/chc.v0i38.370>

Давидова Ірина Віталіївна,

доктор юридичних наук, доцент,

професор кафедри цивільного права

Національного університету «Одеська юридична академія»

ORCID <https://orcid.org/0000-0001-5622-671X>

ВИЗНАЧАЛЬНА РОЛЬ ЕЛЕКТРОННОГО ПІДПISУ ЯК ЦИВІЛЬНОЇ ІДЕНТИФІКАЦІЇ ОСОБИ В УМОВАХ КАРАНТИНУ

Постановка проблеми. Законом України «Про захист населення від інфекційних хвороб» (ст. 29) та постановою Кабінету Міністрів України від 11 березня 2020 р. № 211 «Про запобігання поширенню на території України гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2» з 12 березня 2020 р. до 22 травня 2020 р. встановлено на всій території України карантин, який передбачає ряд обмежень та правил, які мають на меті запобігти поширенню даного захворювання. Зокрема, відповідно до Порядку проведення протиепідемічних заходів, пов'язаних із самоізоляцією осіб, який також затверджений 11 березня 2020 року, досить велика група людей підлягає самоізоляції, однак все одно є учасниками цивільних відносин. Виходом із ситуації стало більш активне використання можливостей інформаційних технологій, зокрема при вчиненні правочинів, отриманні адміністративних послуг, прийнятті участі у судових засіданнях тощо. Таким чином, із запровадження карантину і обмежувальних заходів, що його супроводжують, спостерігається ситуація, коли звичні для нас (традиційні) (цивільно-правові, зокрема) дії переходять за допомогою запровадження інформаційних технологій в електронну площину. У даному контексті набуває особливої актуальності процес ідентифікації особи, в тому числі застосування електронного підпису як найбільш надійного засобу ідентифікації.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Аналіз вітчизняних наукових публікацій у даній сфері свідчить про те, що дослідженням питань у даній сфері цікавляться, зокрема: К.С. Архіпова, Н.Ю. Голубєва, І.В. Давидова, С.Ф. Левшаков, О.В. Мельниченко, Ю.Я. Самагальська, Н.Ю. Філа-

това, Є.О. Харитонов та ін. У літературі звертається увага на аналіз законодавства та практики застосування електронного підпису та інших ідентифікаторів особи, їхньої ролі в гармонізації українського законодавства із законодавством Європейського Союзу. Однак виникає необхідність дослідження електронного підпису та його визначальної ролі як цивільної ідентифікації особи в умовах карантину.

Метою статті є аналіз чинного законодавства України щодо ідентифікації особи та особливостей використання електронного підпису із запровадженням карантину і обмежувальних заходів, що його супроводжують.

Виклад основного матеріалу. Ураховуючи особливості ІТ середовища, будь-яка правова дія в електронній площині не може обійтися без ідентифікації. Під такою ідентифікацією законодавець розуміє процедуру використання ідентифікаційних даних особи з документів, створених на матеріальних носіях, та/або електронних даних, у результаті виконання якої забезпечується однозначне встановлення фізичної, юридичної особи або представника юридичної особи, де ідентифікаційними даними особи є унікальний набір даних, який дає змогу однозначно встановити фізичну, юридичну особу або представника юридичної особи [1].

Закон України «Про електронні довірчі послуги» (ст. 15) визначає, що схема електронної ідентифікації повинна встановлювати високий, середній або низький рівні довіри до засобів електронної ідентифікації, що використовуються в них.

Отже, законодавець увів до електронної площини електронний підпис, паспорт громадянина України у формі карти з безконтактним електро-

дення процедур оскарження, а також можливість формування засобами веб-порталу, у тому числі з використанням мобільного додатка Порталу Дія, цифрових образів документів, які можуть пред'являтися (надаватися) особою на смартфоні через зазначений мобільний додаток.

Також у сфері надання держаних послуг онлайн працює і портал державних послуг iGov, де також зібрані адміністративні послуги, які надаються громадянам та бізнесу, отримання яких передбачає ідентифікацію особи з використанням електронного підпису.

Отже, спостерігаємо значні можливості отримання державних послуг онлайн, доступ до яких відкривається шляхом електронної ідентифікації через електронний підпис.

Особливість значення ЕП та ролі його в житті суспільстві розкривається також через діяльність судової системи та використання ЕП в судовому процесі.

Ключовим етапом судової реформи є впровадження Електронного суду, який повинен спростити більшість процесів, мінімізувати ризики втручання і зловживань. Для цього з 1 березня 2019 року в усіх судах України повинна була повноцінно запрацювати Єдина судова інформаційно-телекомунікаційна система (ЕСІТС). Дана система повинна усунути в тому числі і проблему тяганини з розглядом справ, оскільки більшість процесів автоматизується. Це прямо передбачено змінами в процесуальних кодексах, які вступили в силу ще 15 грудня 2017 року [8].

При цьому, відповідно до закону, за організаційне і фінансове забезпечення діяльності відповідають не самі суди, а окремий орган – Державна судова адміністрація (ДСА). Вона ж є організатором тендерних закупівель необхідного обладнання, програмного забезпечення тощо. У тому числі ДСА розробляє і затверджує відповідні накази і положення. І хоча відповідно до законодавства ЕСІТС мало би почати діяти з березня 2019 р., в кінці лютого 2019 р. і Рада суддів України і Вища рада правосуддя самостійно проаналізувавши готовність до запуску нової системи, виявили, що технічне оснащення судів не дозволяє повноцінно розпочати роботу з ЕСІТС.

Разом з тим у зв'язку із введенням карантину постало питання розгляду судових справ в умовах обмежувальних (заборони) заходів, визначених згадуваною Постановою. Дана ситуація спричинила ухвалення Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України, спрямованих на забезпечення додаткових соціальних

та економічних гарантій у зв'язку з поширенням коронавірусної хвороби (COVID-19)» [9], згідно з яким на час дії карантину учасники цивільних, господарських, адміністративних справ можуть брати участь у судовому засіданні в режимі відеоконференції поза межами приміщення суду з використанням власних технічних засобів.

Підтвердження особи учасника справи має здійснюватися шляхом накладення ЕП, а якщо особа не має такого підпису, то в порядку, визначеному Законом «Про Єдиний державний демографічний реєстр та документи, що підтверджують громадянство України, посвідчують особу чи її спеціальний статус» або Державною судовою адміністрацією.

Фактично законодавець дозволяє брати участь у судовому засіданні через будь-яке програмне забезпечення, яке передбачатиме можливості підтвердження особи учасника справи: 1) шляхом накладення електронного підпису; 2) за відсутності електронного підпису – у порядку, визначеному Законом про демографічний реєстр; 3) за відсутності електронного підпису – у порядку, визначеному ДСА.

Закон набрав чинності 02.04.2020 р., а вже 03.04.2020 р. суддя Дніпропетровського окружного адміністративного суду Рищенко А.Ю. ухвалою по справі № 160/2860/20 призначив судовий розгляд справи в режимі відеоконференції поза межами суду за допомогою додатку Zoom [10].

Ухвалою зобов'язано сторони подати скановані копії документів, що посвідчують особу учасника або його представника для встановлення повноважень, письмових заяв і клопотань, письмових доказів засвідчених електронним цифровим підписом за один робочий день до проведення судового засідання. За словами судді, «..наявність накладеного ЕЦП вже свідчить про підтвердження стороною своєї особи. ..У багатьох громадян вже є відкриті рахунки в Приватбанку, тому отримання ЕЦП значно спрощується» [11].

Проведення судових слухань у режимі відеоконференцій також позиціонується як перспективний напрям під час боротьби з корупцією. Зокрема, є пропозиції щодо проведення авторозподілу справ не в межах регіону, а в межах всієї України [12]. Основну роль у цьому процесі відводиться ідентифікації особи, а головним засобом виступає використання ЕП.

Розуміючи необхідність прийняття рішень з даного напрямку та критикуючи рівень безпеки і захищеності відеозв'язку через програму Zoom, Державна судова адміністрація України

8. Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів : Закон України від 03.10.2017 № 2147-VIII. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2147-19>.
9. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України, спрямованих на забезпечення додаткових соціальних та економічних гарантій у зв'язку з поширенням коронавірусної хвороби (COVID-19) : Закон України від 30.03.2020 р. № 540-IX. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/540-20#Text>.
10. Ухвала Дніпропетровського окружного адміністративного суду від 03.04.2020 р. Справа № 160/2860/20. URL : <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/88572992>.
11. Мамченко Н. Заслухати справу через Zoom: суддя-автор ухвали розповів деталі її реалізації. URL : <https://sud.ua/ru/news/publication/165679-zaslukhati-spravu-cherez-zoom-suddya-avtor-ukhvali-rozpoviv-detali-yiyi-realizatsiyi>.
12. Дубілет Д. Как коронавирус может привести к важной судебной реформе. URL : <https://www.facebook.com/dubilet/posts/10158385309308552>.
13. Про внесення змін до Порядку роботи з технічними засобами відеоконференцзв'язку під час судового засідання в адміністративному, цивільному та господарському процесах за участі сторін поза межами приміщення суду: наказ Державної судової адміністрації України від 23.04.2020 р. № 196. URL : https://dsa.court.gov.ua/dsa/inshe/14/N_196_20.
14. Більше 1,5 млрд. разів українці скористалися електронним підписом за 2019 рік. URL : <https://thedigital.gov.ua/news/bilshe-15-mlrd-rziv-ukraintsi-skoristalisya-elektronnim-pidpisom-za-2019-rik>.

Давидова Ірина Віталіївна

ВИЗНАЧАЛЬНА РОЛЬ ЕЛЕКТРОННОГО ПІДПISУ ЯК ЦИВІЛЬНОЇ ІДЕНТИФІКАЦІЇ ОСОБИ В УМОВАХ КАРАНТИНУ

Стаття присвячена аналізу чинного законодавства України щодо ідентифікації особи, зокрема електронного підпису, яка в умовах карантину набуває особливо вагомого значення. Введений постановою Кабінету Міністрів України від 11 березня 2020 р. карантин передбачає ряд обмежень та правил, які мають на меті запобігти поширенню захворювання. Досить велика група людей підлягає самоізоляції, однак все одно є учасниками цивільних відносин. Виходом з ситуації є більш активне використання можливостей інформаційних технологій, зокрема при вчиненні правочинів, отриманні адміністративних послуг, участі у судових засіданнях тощо. Із запровадженням карантину і обмежувальних заходів, що його супроводжують, спостерігається ситуація, коли традиційні, зокрема цивільно-правові, дії переходять за допомогою запровадження інформаційних технологій в електронну площину. Особливої актуальності набуває процес ідентифікації особи, в тому числі застосування електронного підпису як найбільш надійного засобу ідентифікації, і саме цим питання присвячена стаття.

Окрема увага приділена аналізу ситуації, яка спричинена введенням карантину, щодо розгляду судових справ в умовах обмежувальних (заборони) заходів, що мало наслідком ухвалення спеціального закону, згідно з яким на час дії карантину учасники цивільних, господарських, адміністративних справ можуть брати участь у судовому засіданні в режимі відеоконференції поза межами приміщення суду з використанням власних технічних засобів. Проаналізовано «перше в історії» судове засідання, яке було проведено в режимі відеоконференції.

Приділена увага аналізу статистичних даних щодо формування та застосування електронних підписів, гармонізації українського законодавства із законодавством Європейського Союзу в даному питанні. Розглядаються питання використання електронного підпису, окрема увага приділяється характеристиці його видів, ступенів захисту та сфер використання кожного з видів таких підписів.

Зроблено висновок про те, що в українському правовому полі досить швидко з'являються електронні ідентифікатори, що пов'язано з розвитком інформаційних технологій, активною участю держави в цьому процесі.

Ключові слова: ідентифікація особи, електронний підпис, електронні довірчі послуги, криптографічний захист.

Davydova Iryna

THE DEFINING ROLE OF ELECTRONIC SIGNATURE AS A CIVIL IDENTIFICATION OF A PERSON IN QUARANTINE

The article is devoted to the analysis of the current legislation of Ukraine on the identification of a person, in particular, an electronic signature, which in the conditions of quarantine becomes especially important. The quarantine introduced by the resolution of the Cabinet of Ministers of Ukraine of March 11, 2020 provides for a number of restrictions and rules aimed at preventing the spread of the disease. Quite a large group of people is subject to self-isolation, but are still participants in civil relations. The way out of the situation is to make more active use of information technology opportunities, in particular, when making transactions, receiving administrative services, participating in court hearings, etc. With the introduction of quarantine and the restrictive measures that accompany it, there is a situation where traditional, in particular, civil law, actions are transferred through the introduction of information technology in the electronic plane. The process of personal identification, including the use of electronic signatures as the most reliable means of identification, is becoming especially relevant, and this is the issue of the article.

Particular attention is paid to the analysis of the situation caused by the introduction of quarantine, the consideration of court cases in restrictive (prohibition) measures, which resulted in the adoption of a special law according to which during quarantine participants in civil, commercial, administrative cases may participate in court

in the mode of videoconference outside the courtroom using their own technical means. The “first in history” court hearing, which was held by videoconference, was analyzed.

Attention is paid to the analysis of statistical data on the formation and use of electronic signatures, harmonization of Ukrainian legislation with the legislation of the European Union in this matter. The issues of using an electronic signature are considered, special attention is paid to the characteristics of its types, degrees of protection and areas of use of each type of such signatures.

It is concluded that electronic identifiers appear in the Ukrainian legal field rather quickly, which is associated with the development of information technology, the active participation of the state in this process.

Key words: personal identification, electronic signature, electronic trust services, cryptographic protection.

НАУКОВЕ ЖИТТЯ

DOI <https://doi.org/10.32837/chc.v0i38.371>

Кучерявенко Вікторія Сергіївна,

аспірант кафедри цивільного права

Національного університету «Одеська юридична академія»

РЕЗУЛЬТАТИ ПРОВЕДЕННЯ ВСЕУКРАЇНСЬКОЇ НАУКОВО-ПРАКТИЧНОЇ ОНЛАЙН-КОНФЕРЕНЦІЇ «ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ЦИВІЛЬНИХ ВІДНОСИН В УМОВАХ COVID-19» І МІЖНАРОДНОЇ НАУКОВО-ПРАКТИЧНОЇ КОНФЕРЕНЦІЇ «РИМСЬКЕ ПРАВО І СУЧАСНІСТЬ «ЕПІДЕМІЇ В ЄВРОПІ І ПРАВО: ВІД РИМУ ДО COVID-19»»

Постановою Кабінету Міністрів України від 11 березня 2020 року № 211 «Про запобігання поширенню на території України гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2» на всій території України з 12 березня 2020 року було встановлено карантин, що потягло за собою заборони та обмеження низки прав осіб та необхідність перегляду сутності регулювання відносин у сфері приватного права в умовах пандемії.

Кафедрою цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія» з метою дослідження та обговорення проблемних питань правового регулювання цивільних відносин в умовах поширення коронавірусної інфекції, визначення оптимальних підходів до правового регулювання цивільних відносин в особливих умовах було ініційовано наукові заходи, участь у яких прийняли провідні фахівці в сфері цивільного права та представники студентської спільноти.

Зокрема, 23 квітня 2020 року спільно з Південним регіональним центром Національної академії правових наук кафедра було проведено Всеукраїнську науково-практичну онлайн-конференцію «Проблеми правового регулювання цивільних відносин в умовах COVID-19».

Під головуванням модератора учасники жваво взяли участь в обговоренні питання щодо впливу COVID-19 на концепцію регулювання приватно-правових відносин, в межах виступів з доповідями висловили свою позицію

та бачення відносно тлумачення та застосування в умовах протидії поширенню COVID-19 норм чинного законодавства у сфері інтелектуальної власності, договірних зобов'язань, права власності, спорту, спадкування.

Результатом проведення Всеукраїнської науково-практичної онлайн-конференції стала публікація матеріалів конференції та підготовка на їх основі колективної монографії «Права приватної особи в умовах пандемії: здійснення та захист».

Надалі питання правового регулювання цивільних відносин в умовах пандемії COVID-19 було визначено кафедрою цивільного права як провідне питання в межах традиційного для університету наукового заходу Міжнародної науково-практичної конференції «Римське право і сучасність».

12 червня 2020 року учасники Міжнародної науково-практичної конференції під головуванням модератора продовжили обговорення наявних проблемних аспектів регулювання приватно-правових відносин в умовах поширення респіраторної хвороби COVID-19. Результати обговорення знайшли своє відображення у збірці матеріалів конференції.

У межах конференції також відбулася презентація монографії за редакцією д.ю.н., проф. Є.О. Харитонова, д.ю.н., проф. О.І. Харитонові, к.ю.н., доц. К.Г. Некіт «Права приватної особи в умовах пандемії COVID-19: проблеми здійснення і захисту». В монографії відображено результати дослідження проблеми обмеження

DOI <https://doi.org/10.32837/chc.v0i38.372>

Кучерявенко Вікторія Сергіївна,

аспірант кафедри цивільного права

Національного університету «Одеська юридична академія»

РЕЗУЛЬТАТИ ПРОВЕДЕННЯ ВСЕУКРАЇНСЬКОГО КРУГЛОГО СТОЛУ «ІНФОРМАЦІЙНІ ТЕХНОЛОГІЇ В УМОВАХ ОНОВЛЕННЯ ЦИВІЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА»

Оновлення цивільного законодавства – виклик, який постає перед державами в контексті прагнення до уніфікації та гармонізації приватноправового регулювання. Процес оновлення законодавства передбачає визначення сфер приватноправових відносин, які потребують приведення у відповідність із світовими тенденціями розвитку приватного права, пошук найоптимальніших правових норм, а саме європейських та універсальних міжнародних документів для врегулювання необхідних сфер приватноправових відносин в державі.

Однією із сфер, яка потребує дослідження в контексті оновлення норм цивільного законодавства України є сфера правовідносин, що складаються у зв'язку з використанням інформаційних технологій. Незважаючи на те, що сьогодні відбувається бурхливий розвиток інформаційних технологій, вести мову про належне правове регулювання окресленої сфери правовідносин неможливо. Необхідність належного врегулювання цих новітніх відносин зумовлено потребами інформаційного суспільства, зростанням питомої ваги юридичної активності у ІТ-сфері, необхідністю забезпечення інформаційної безпеки у різних галузях громадського життя.

Маючи на меті піддати науковому обговоренню питання відносно визначення проблемних аспектів та перспектив щодо правового регулювання відносин, що складаються у ІТ-сфері в умовах оновлення цивільно-правового регулювання, кафедрою цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія» було організовано та 13 червня 2020 року проведено Всеукраїнський круглий стіл.

Під головуванням модератора доктора юридичних наук, професора, член-кореспондента НАПрН України, Заслуженого діяча науки і техніки України, завідуючого кафедрою цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія» Харитонова Євгена Олеговича учасники заходу взяли участь в обговоренні загальних тенденцій розвитку ІТ-сфери та стану її правового регулювання, існуючих нагальних питань щодо охорони та захисту прав інтелектуальної власності в ІТ, питання правового статусу електронних сервісів, правового режиму індустріальних даних, врегулювання правовідносин в сфері електронної комерції, інформаційної безпеки та захисту інформації в системах, відповідальності за порушення законодавства у сфері ІТ та ряду інших питань, необхідність дослідження яких обумовлена викликами розвитку ІТ-сфери.

Під час проведення круглого столу також відбулася презентація монографії за редакцією д.ю.н., проф. Харитонова Є.О., д.ю.н., проф. Харитонові О.І. «Рекодифікація цивільного законодавства в умовах євроінтеграційних процесів», в якій досліджуються шляхи та способи оновлення цивільного законодавства України, аналізуються проблеми удосконалення Цивільного кодексу України та висловлено погляди щодо перспективи рекодифікації Кодексу та її можливий вплив на систему регулювання деяких цивільних та суміжних з цивільними груп відносин.

Результатом проведення Всеукраїнського круглого столу стала публікація збірки матеріалів доповідей учасників наукового заходу.

Подані матеріали круглого столу та монографія будуть корисними усім, хто цікавиться проблемами і перспективами розвитку вітчизняного цивільного законодавства.



Підписано до друку: 21.08.2020 р.
Формат 60x84/8. Гарнітура Franklin Gothic Book.
Папір офсет. Цифровий друк. Ум.-друк. арк. 9,06.
Замов. № 0920/243. Наклад 150 прим.

Видавничий дім «Гельветика»
65101, Україна, м. Одеса, вул. Інглєзі, 6/1
Телефон +38 (048) 709 38 69, +38 (095) 934 48 28, +38 (097) 723 06 08
E-mail: mailbox@helvetica.com.ua
Свідоцтво суб'єкта видавничої справи
ДК № 6424 від 04.10.2018 р.