

Національна академія правових наук України
Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва
імені академіка Ф. Г. Бурчака



ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИЙ МЕХАНІЗМ РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН ІЗ НАДАННЯ ПОСЛУГ В УКРАЇНІ

Монографія

За загальною редакцією
О. Д. Крупчана, Ю. О. Заїки

Київ
2021

*Рекомендовано до друку на засіданні вченої ради
Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва
імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України
(протокол № 8 від 25 серпня 2021 р.)*

Рецензенти:

Шимон С. І. – доктор юридичних наук, професор, завідувачка кафедри підприємницького та корпоративного права Київського національного університету імені Вадима Гетьмана;

Цюра В. В. – доктор юридичних наук, професор, професор кафедри цивільного права Інституту права Київського національного університету імені Тараса Шевченка;

Кухарєв О. Є. – доктор юридичних наук, доцент, професор кафедри цивільного права і процесу Харківського національного університету внутрішніх справ

Ц57 **Цивільно-правовий механізм регулювання відносин із надання послуг в Україні** : монографія / за заг. ред. О. Д. Крупчана, Ю. О. Заїки. – Київ : НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2021. – 293 с.

ISBN 978-617-8084-04-2

Монографію присвячено дослідженню теоретичних засад механізму правового регулювання суспільних відносин у сфері надання послуг. Особливу увагу приділено особливостям правового регулювання окремих видів послуг, зокрема, житлово-комунальних, охоронних, освітніх, інформаційних, із застосуванням технологій блокчейн, медичних та інших.

Адресована науковим та науково-педагогічним працівникам вищих навчальних закладів та наукових установ, докторантам, аспірантам, студентам, суддям, адвокатам, нотаріусам, широкому колу фахівців у сфері договірного регулювання приватноправових відносин в Україні.

УДК 347.4

© НДІ приватного права і підприємництва
імені академіка Ф. Г. Бурчака
НАПрН України, 2021
© Колектив авторів, 2021

ISBN 978-617-8084-04-2

ЗМІСТ

РОЗДІЛ 1. ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА МЕХАНІЗМУ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ ІЗ НАДАННЯ ПОСЛУГ	7
1.1. Передумови становлення підходів до правового регулювання відносин із надання послуг	7
1.2. Поняття та структура механізму правового регулювання відносин із надання послуг	20
1.3. Договір як регулятор в механізмі правового регулювання відносин із надання послуг	27
РОЗДІЛ 2. ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН ІЗ НАДАННЯ ЖИТЛОВО-КОМУНАЛЬНИХ ПОСЛУГ	41
2.1. Правова природа договору про надання житлово-комунальних послуг	41
2.2. Види договорів, якими забезпечуються житлово-комунальні послуги	45
2.3. Умови та укладення договору про надання житлово-комунальних послуг	52
2.4. Сторони договору у сфері надання житлово-комунальних послуг	58
2.5. Зміна та припинення договору про надання житлово-комунальних послуг	63
РОЗДІЛ 3. ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН ІЗ НАДАННЯ ТРАНСПОРТНИХ ПОСЛУГ	69
3.1. Законодавство, яке регулює надання транспортних послуг	69
3.2. Цивільно-правове регулювання відносин із надання транспортних послуг	85
РОЗДІЛ 4. ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН ІЗ НАДАННЯ ОХОРОННИХ ПОСЛУГ	97
4.1. Загальні положення про охоронні послуги	97
4.2. Окремі види договорів із надання послуг із охорони	107
4.3. Захист прав споживачів при наданні послуг охорони	118
РОЗДІЛ 5. ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН ІЗ НАДАННЯ СТРАХОВИХ ПОСЛУГ	125
5.1. Джерела цивільно-правового регулювання відносин у сфері страхування	125
5.2. Договір як підстава надання страхових послуг	136
5.3. Правове регулювання страхування цивільної відповідальності медичних закладів	145

РОЗДІЛ 6. ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН ІЗ НАДАННЯ ПОСЛУГ ОСВІТИ	155
6.1. Поняття та зміст освітніх послуг	158
6.2. Учасники відносин із надання освітніх послуг	162
6.3. Договірні форми регулювання відносин із надання освітніх послуг	175
РОЗДІЛ 7. ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН ІЗ НАДАННЯ ІНФОРМАЦІЙНИХ ПОСЛУГ	181
7.1. Загальні положення про інформацію та інформаційні послуги	181
7.2. Інформаційні послуги, пов'язані з доступом до публічної інформації	191
7.3. Інформаційні послуги в сфері хмарних технологій	198
РОЗДІЛ 8. ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН ІЗ НАДАННЯ ПОСЛУГ ІЗ ЗАСТОСУВАННЯ ТЕХНОЛОГІЙ БЛОКЧЕЙН	209
8.1. Загальна характеристика блокчейн-технології	209
8.2. Криптовалюти	213
8.3. Смарт-контракт	223
РОЗДІЛ 9. ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН ІЗ НАДАННЯ ЮРИДИЧНИХ ПОСЛУГ	233
РОЗДІЛ 10. ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН ІЗ НАДАННЯ МЕДИЧНИХ ПОСЛУГ	259
10.1. Медична допомога чи медична послуга: до питання визначення понятійного апарату	260
10.2. Правова природа відносин з надання медичних послуг	268
10.3. Особливості цивільно-правового регулювання відносин із надання медичних послуг	275
10.4. Напрями вдосконалення цивільно-правового регулювання відносин із надання медичних послуг	282

Авторський колектив:

Крупчан Олександр Дмитрович, доктор юридичних наук, професор, академік Національної академії правових наук України, заслужений юрист України, директор Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України – розділ 6 спільно із В. В. Кочиним.

Галянтич Микола Костянтинівич, доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент Національної академії правових наук України, в.о. завідувача відділом проблем приватного права Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України – розділ 2 спільно із О. В. Пижовою.

Заїка Юрій Олександрович доктор юридичних наук, професор, головний науковий співробітник відділу проблем приватного права Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України – підрозділи 3.1; 4.1; 4.2; підрозділ 3.2 – спільно із В. Л. Скрипником.

Давидова Наталія Олександрівна, доктор юридичних наук, професор, провідний науковий співробітник відділу проблем приватного права Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України – розділ 7.

Федорченко Наталія Володимирівна, доктор юридичних наук, професор, провідний науковий співробітник відділу проблем приватного права Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України, завідувач кафедри загальноюридичних дисциплін, цивільного права та правового забезпечення туризму Київського університету туризму, економіки і права – розділ 1.

Миронова Галина Анатоліївна, доктор юридичних наук, старший науковий співробітник, провідний науковий співробітник відділу міжнародного приватного права та правових проблем євроінтеграції – розділ 10.

Кочин Володимир Володимирович, кандидат юридичних наук, старший дослідник, провідний науковий співробітник відділу міжнародного приватного права та правових проблем євроінтеграції Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України; науковий консультант судді Конституційного Суду України – розділ 6 спільно із О. Д. Крупчаном.

Нагнибіда Володимир Іванович, доктор юридичних наук, доцент, виконуючий обов'язки завідувача наукової лабораторії адаптації законодавства України до права ЄС – розділ 9.

Скрипник Володимир Леонідович, доктор юридичних наук, доцент, завідувач кафедри галузевих юридичних наук факультету права, гуманітарних і соціальних наук Кременчуцького національного університету імені Михайла Остроградського – підрозділ 3.2. – спільно із Ю. О. Заїкою.

Попович Тетяна Григорівна, кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник, вчений секретар Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України – підрозділ 4.3.

Бернацький Микита Віталійович, кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник відділу проблем приватного права Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України – розділ 8.

Менделя Олена Олегівна, молодший науковий співробітник відділу проблем приватного права Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України – розділ 5.

Пижова Олена Вікторівна, молодший науковий співробітник відділу проблем приватного права Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України – розділ 2 спільно із М. К. Галянтичем.

РОЗДІЛ 1. ЗАГАЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА МЕХАНІЗМУ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ ІЗ НАДАННЯ ПОСЛУГ

1.1. Передумови становлення підходів до правового регулювання відносин із надання послуг

Досліджуючи питання, пов'язані з потребою удосконалення механізму правового регулювання відносин щодо надання послуг, насамперед, доцільно зазначити, що до сьогодні, на жаль, деякі теоретичні питання, пов'язані з аналізом сфери приватноправового регулювання договірних відносин саме як різновиду соціально-правових управлінських систем, не одержали належного доктринального осмислення. Так, в юридичній літературі наголошується на недостатності наукового осмислення процесів, пов'язаних із аналізом сфери врегульованих положеннями цивільного права особистих немайнових та майнових відносин, що свідчить про потребу нового наукового осмислення цієї проблематики¹. Недостатньо, на нашу думку, розроблені такі важливі питання, як механізм соціальної дії права, його місце в системі регуляторів соціальних процесів, напрями правового впливу тощо.

Встановлення підходів до правового регулювання відносин у сфері надання послуг має досить важливе значення, оскільки визначає загальні напрями правового впливу на регулювання цих правовідносин через вплив на елементи самих правовідносин (визначення підстави їх виникнення, правового становища виконавця і замовника та правового режиму їх об'єкта) чи цивільно-правового механізму регулювання договірних відносин; зумовлює галузеву приналежність та методи правового регулювання, правові інститути, які забезпечують досягнення певного правового результату: встановленням правового становища учасника цивільних

¹ Харьковская цивилистическая школа: в духе традиций : монография / под ред. И. В. Спасибо-Фатеевой. Х. : Право, 2011. С. 117.

правовідносин на загальному рівні чи в певних правовідносинах; визначенням підстав набуття суб'єктивних прав та юридичних обов'язків; встановленням правового режиму об'єкта прав; визначенням правових форм існування певних прав.

В юридичній літературі тема правового регулювання не є новою. В 60-х роках ХХ ст. значно посилюється науковий інтерес до цієї проблематики, зумовлений необхідністю вдосконалення організуючої, творчої ролі права в житті суспільства, з'ясування сутності його впливу на суспільні відносини, на свідомість і поведінку людей, визначення співвідношення правового впливу і регулювання, вивчення елементів механізму правового регулювання.

Як зазначається в літературі, регулювання суспільних відносин – основна функція права, що проявляється у встановленні ідеальної, економічно і соціально виваженої моделі поведінки учасників цих відносин, чи точніше – правовідносин. Через норму права законодавець встановлює виважений та соціально бажаний варіант (модель) юридично значущої їх поведінки. Відтак у теорії права розрізняють:

1) ідеальну суспільну модель регулювання відносин як способу встановлення гармонії між охоронюваними законом інтересами окремих індивідів стосовно певного об'єкта з позиції забезпечення єдності поведінки на основі усередненого чи чітко вираженого в праві правила;

2) галузеву суспільну модель, що проявляється в засадах законодавства; безпосередню модель, що проявляється в конструкції норм права та регулює відповідні суспільні відносини².

Йдеться про сутність врегульованого правом правового інституту та визначення його місця в системі врегульованих правом подібних правовідносин. Як зазначає О. Ф. Скакун, сутність права полягає в тому, що воно є: 1) владним нормативним регулятором суспільних відносин і поведінки людей, узгодження їх інтересів, примирення конфліктів; 2) виразником міри свободи в суспільстві відповідно рівню його соціально-економічного розвитку (в ідеалі цей захід свободи має бути справедливим і рівним)³.

² Кэрэн Д. Право Европейского Союза : пер. со 2-го англ. изд. Т. А. Чернова. К. : Знання, 2005. С. 70.

³ Скакун О. Ф. Теорія держави і права : підруч. для студ. вищ. навч. закл. 2-ге вид. Х. : Консум, 2005. С. 278.

Специфіка сучасного праворозуміння полягає в тому, що в центрі права знаходиться окремий індивід з власними інтересами та потребами. Звичайно, межі свободи людини розширюються історично з розвитком суспільства, його духовної, економічної, політичної сфер. Проте лише право відкриває можливості для кожної людини реалізувати цю свободу і здійснювати усвідомлений вибір поведінки. Тобто в сучасному суспільстві право слугує інтересам усіх людей, забезпечує узгодження інтересів різних суспільних груп та окремих громадян.

З огляду на напрями правового впливу на суспільні відносини можна беззаперечно стверджувати, що право на надання послуг є правом особи. Виходячи із цього судження, доходимо висновку, що таке право входить до її правового становища: 1) як особи взагалі – ніхто не може бути обмежений в праві займатися такою діяльністю; 2) як спеціальне право, за яким наявність спеціальної освіти та навичок, що підтверджується виданими в установленому порядку дипломом про відповідну освіту чи посвідченням (сертифікатом) про перепідготовку та підвищення кваліфікації, надає особі право на професійне зайняття такою діяльністю.

Щодо юридичної особи, то право на надання послуг може охоплюватися її загальним чи спеціальним правовим становищем та передбачатися її засновницькими документами як різновид її підприємницької діяльності. Це один із напрямів діяльності, наприклад, туристичних чи рекламних агентств, що передбачені їх засновницькими документами.

На доктринальному рівні категорія «правове регулювання» визначена як відображення соціального призначення права як одного з важливих організуючих факторів у системі соціального управління суспільними процесами⁴, як суттєвий фактор соціально-економічного розвитку, важлива організуюча сила, інструмент впорядкування суспільних відносин⁵, регламентаційний вплив на особисті немайнові і майнові відносини цілісної системи

⁴ Горшенев В. М. Способы и организационные формы правового регулирования в социалистическом обществе. М. : Юрид. лит., 1982. С. 19.

⁵ Мамутов В. К. Совершенствование правового регулирования хозяйственной деятельности (методология направления). К. : Наукова думка, 1982. С. 9.

правових засобів, що забезпечує упорядкованість фактичної поведінки їх учасників⁶. З такими методологічними оцінками правового регулювання можна погодитися і стосовно регулювання відносин у сфері надання послуг, де наразі намітилися два взаємопов'язані напрями:

1) публічно-правовий, який визначає публічно-правові засади такої діяльності: її місце у системі регульованих державою видів діяльності, способи та засоби державного регулювання такої діяльності; порядок надання дозволів на проведення такої діяльності та вимоги щодо виконавців за договором про надання послуг;

2) приватноправовий, який охоплює правове становище суб'єктів такої діяльності, підстави виникнення таких правовідносин у сфері надання послуг, зокрема, договір з надання послуг, вимоги до об'єкта правовідносин, права та обов'язки сторін цього договору. Втім останнє переважно регулюється на мононормативному рівні, що само по собі спричиняє низку проблем, оскільки: а) такі договори розробляються виконавцями і відображають їх інтерес; б) фактично йдеться про договір приєднання і прояви сильної сторони; в) непрозорість у ціноутворенні і порядку розрахунків, визначення гарантій належного виконання зобов'язань за договором та співрозмірності санкцій для виконавця та замовника.

Загальновідомо, що цивільно-правове регулювання відрізняється за своїм змістом і характером від інших видів регулювання. Так, метод цивільно-правового регулювання, що визначає способи і прийоми впливу цивільно-правових норм на відповідні суспільні відносини, спочатку припускає в ролі обов'язкової умови юридичну рівність усіх учасників, їх економічну й організаційну автономію, свободу волевиявлення у здійсненні будь-яких юридично значущих дій. Цей метод, як слушно зазначає Н. С. Кузнецова, органічно поєднується з основними засадами та принципами функціонування громадянського суспільства. Саме тому можна без будь-яких перебільшень сказати, що якщо майновою основою громадянського суспільства є приватна власність і ринкова економіка, то правова

⁶ Яроцький В. Л. Цінні папери в механізмі правового регулювання майнових відносин (основи інструментальної концепції) : монографія. Х. : Право, 2006. С. 245.

регламентація цього базису забезпечується, насамперед, цивільним правом⁷.

У загальній теорії права зазначається, що за своїм змістом правове регулювання не є матеріальним, воно здійснюється через свідомість і волю людей, має ідеальний характер у тому розумінні, що здійснюється за допомогою не матеріальних засобів, а особливих ідеальних об'єктів (засобів), які впливають на суб'єктів права, формуючи їх правосвідомість⁸. Тобто право перетворюється на реальність, починає функціонувати лише в процесі його застосування суб'єктами права⁹.

Перш ніж звернутися до аналізу поняття правового регулювання відносин щодо надання послуг, зазначимо, що правове регулювання характеризується певними ознаками, які в подальшому становитимуть основу цього поняття. Тому до характерних ознак правового регулювання відносин з надання послуг слід віднести те, що:

1) правове регулювання відносин з надання послуг є впливом норм права на поведінку суб'єктів цих правовідносин, узгодження їхніх потреб, інтересів один щодо одного та суспільства в цілому. Як слушно з цього приводу зазначав В. С. Нерсисянц, соціальні норми в концентрованому вигляді відображають об'єктивну потребу кожного суспільства в упорядкуванні дій і взаємовідносин його членів, у підпорядкуванні їх поведінки соціально необхідним правилам¹⁰. Дійсно, сторони при договірному регулюванні відносин з надання послуг можуть визначати власну поведінку шляхом посилення на звичаї (звичай ділового обороту), традиції, етичні норми та релігійні постулати, однак, зважаючи на величезну кількість як поійменованих, так і непоійменованих відносин у цій сфері, доходимо висновку, що такі регулятори не в змозі повністю забезпечити ефективність такого регулювання;

⁷ Кузнецова Н. С. Розвиток громадянського суспільства та сучасне приватне право України. *Приватне право*. 2013. № 1. С. 58.

⁸ Общая теория государства и права. Академ. курс: в 2-х т. / под ред. М. Н. Марченко. М. : Юрид. лит., 1998. Т. 2. С. 361.

⁹ Мельник О. М. Правове регулювання та шляхи підвищення його ефективності : дис. канд. ... юрид. наук : 12.00.01. Київ, 2004. С. 16.

¹⁰ Проблемы общей теории права и государства / под ред. В. С. Нерсисянца. М. : НОРМА-ИНФРА*М, 1999. С. 103.

2) правове регулювання надає відносинам між замовником та виконавцем певної правової форми, яка має державно-владний характер та вказує на міру можливої та необхідної поведінки. Так, правове регулювання відносин з надання послуг передбачає не будь-яку владну діяльність уповноважених на те органів і посадових осіб, а лише ту, яка має безпосередньою метою спрямування в чітко визначене русло поведінки учасників досліджуваних правовідносин. Наприклад, закріплене у ч. 1 ст. 902 ЦК України правило, з одного боку, вказує на найбільш доцільну поведінку виконавця з приводу надання послуги особисто, а з іншого – це правило гарантується сприянням, підтримкою та охороною держави з метою безумовного досягнення бажаного результату у відносинах з надання послуг;

3) правове регулювання відносин з надання послуг – специфічна діяльність держави, її органів, посадових осіб і уповноважених на те громадських організацій щодо їх впорядкування шляхом встановлення правових норм і прийняття в необхідних випадках індивідуальних рішень відповідно до цих норм;

4) правове регулювання відносин з надання послуг має конкретний, організований характер (здійснюється шляхом встановлення прав та юридичних обов'язків для суб'єктів цих правовідносин);

5) правове регулювання відносин з надання послуг здійснюється шляхом використання правових засобів для врегулювання поведінки їх учасників;

6) правове регулювання відносин з надання послуг здійснюється шляхом прийняття та реалізації загальнообов'язкових приписів держави;

7) правове регулювання відносин з надання послуг має специфічний набір методів та способів, за допомогою яких відбувається коригування поведінки їх учасників шляхом кореспондування їх прав та обов'язків. Загальними є два методи правового регулювання досліджуваних правовідносин: а) імперативний – суворо обов'язковий, побудований на засадах влади і підпорядкування (ч. 1 ст. 902, ч. 2 ст. 903, ст. 904, ч. 2 ст. 909 ЦК тощо); б) диспозитивний – побудований на засадах автономії, юридичної рівності суб'єктів, домовленості сторін (ч. 1 ст. 905, ст. 906, 907 ЦК).

Як зазначається в юридичній літературі, метод правового регулювання багато в чому орієнтується на способи правового регулювання: дозволи, зобов'язання, заборони. Так, основу імперативного методу складають заборони, зобов'язання, покарання, тоді як диспозитивний метод передбачає широке використання дозволів¹¹.

Вищенаведене надає можливість стверджувати, що правове регулювання відносин з надання послуг є набором способів державно-владного впливу (заборон, зобов'язань, дозволів), за допомогою яких конкретні суб'єкти (замовник та виконавець) впливають на зобов'язальні правовідносини у сфері надання послуг шляхом встановлення конкретних договірних умов з метою закріплення відносин між собою, їх впорядкування, охорони та захисту.

Як слушно з цього приводу зазначав С. С. Алексєєв, у правовому регулюванні задіяні самі правові норми та індивідуально-правові акти компетентних органів і осіб, необхідні для регулювання певної групи суспільних відносин, належної реалізації диспозицій чи санкцій цих норм¹². В. Л. Яроцький у найбільш загальному вигляді правове регулювання у приватноправовій сфері характеризує як регламентаційний вплив на особисті немайнові і майнові відносини цілісної системи правових засобів, що забезпечує упорядкованість фактичної поведінки їх учасників¹³.

Слід наголосити на однакості поглядів учених щодо розуміння того, що є об'єктом правового регулювання. На думку С. О. Погрібного, така однакості стала достатньою підставою і для законодавчого визначення об'єкта регулювання цивільного законодавства¹⁴. Так, відповідно до ч. 1 ст. 1 ЦК України цивільним законодавством регулюються особисті немайнові та майнові відносини (цивільні відносини), засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників.

¹¹ Мельник О. М. Правове регулювання та шляхи підвищення його ефективності : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Київ, 2004. С. 30.

¹² Алексєєв С. С. Теория права. М. : БЕК, 1993. С. 145.

¹³ Яроцький В. Л. Цінні папери в механізмі правового регулювання майнових відносин (основи інструментальної концепції : монографія. Х. : Право, 2006. С. 245.

¹⁴ Погрібний С. О. Механізм та принципи регулювання договірних відносин у цивільному праві України : дис. ... док. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2009. С. 21.

Відповідно ж до частин 3, 4 ст. 6 ЦК України цивільні відносини (в тому числі й відносини з надання послуг) можуть бути врегульовані не лише актами цивільного законодавства, а й самими їх учасниками – суб'єктами цих відносин.

У зв'язку з цим актуальним є питання про те, які ж з цивільних відносин регулюватимуться главами 63–70 ЦК України. І, навпаки, які з відносин при наданні послуг регулюватися ними не можуть. До таких можна віднести відносини з оподаткування виконавців послуг, отримання необхідних відповідно до законів України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності»¹⁵ та «Про дозвільну систему у сфері господарської діяльності»¹⁶ ліцензій та дозволів.

Більше того, існують послуги, кваліфікація яких з точки зору галузевої приналежності викликає значні труднощі. Наприклад, найм домашньої прислуги, вихователів, медиків для догляду за хворим тощо. Звідси й виникає значна кількість запитань з приводу того, чи слід такі відносини визнавати трудовими та, відповідно, регулювати положеннями Кодексу законів про працю України¹⁷, чи їх слід розглядати як цивільно-правові та, відповідно, регулювати положеннями гл. 63 ЦК України? Певні складнощі викликає і розмежування цивільно-правових відносин, що мають схожі предмети. Однак відповідно до ч. 2 ст. 1 ЦК України до майнових відносин, заснованих на адміністративному або іншому владному підпорядкуванні однієї сторони другій стороні, а також до податкових, бюджетних відносин цивільне законодавство не застосовується, якщо інше не встановлено законом. Зрозуміло, що названі відносини не можуть також і саморегулюватися їх учасниками на підставі частин 3, 4 ст. 6 ЦК України. Таким чином, важливим науковим і практичним завданням є визначення сутності відносин з надання послуг та їх юридичних ознак.

¹⁵ Закон України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» від 01.06.2000 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2000. № 36. Ст. 299.

¹⁶ Закон України «Про дозвільну систему у сфері господарської діяльності» від 06.09.2005 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2005. № 48. Ст. 483.

¹⁷ Кодекс законів про працю України від 10.12.1971 р. *Відомості Верховної Ради УРСР*. 1971. № 50. Ст. 375.

У науковій літературі залишається дискусійною ціла низка питань, пов'язаних із розумінням цивільних відносин загалом та відносин з надання послуг зокрема. Так, на думку О. А. Пушкіна¹⁸, М. М. Сібільова¹⁹, для усіх цивільних відносин (майнових та особистих (немайнових)), спільними юридичними ознаками виступає юридична рівність суб'єктів цивільних відносин, їх майнова відокремленість та автономність їх волі. Разом з тим при дослідженні відносин з надання послуг доцільно наголосити, що при наданні послуг ознаки, притаманні особистим немайновим відносинам, не є ідентичними ознакам, притаманним майновим відносинам. На помилковості суджень про наявність у особистих немайнових відносин таких самих ознак, що й у майнових відносин, свого часу наголошував О. В. Дзера²⁰.

Дискусійність із цих загальних питань, як слушно зазначає С. О. Погрібний, тягне за собою і неоднозначне вирішення деяких окремих питань, зокрема про віднесення тих чи інших суспільних відносин до цивільно-правових²¹. Прикладом цього може слугувати дискусія про юридичну природу відносин з надання послуг, що регулюються ГК України. Так, ст. 294 ГК України присвячена регулюванню відносин зі зберігання продукції на товарному складі, гл. 31 ГК – комерційному посередництву в сфері господарювання, гл. 32 ГК – перевезенню вантажів. Звідси й виникає запитання, чи є такі відносини цивільними, чи їх сутність та юридичні ознаки різняться з аналогічними характеристиками цивільних відносин?

З огляду на поставлені вище запитання доцільно виокремити спільні юридичні ознаки відносин з надання послуг, що дають

¹⁸ Гражданское право Украины : учеб. для вузов системы МВД Украины. В 2-х ч. / А. А. Пушкин, В. М. Самойленко, Р. Б. Шишка и др. ; под ред. проф. А. А. Пушкина, доц. В. М. Самойленко. Х. : Ун-т внутр. дел; Основа, 1996. Ч. 1. С. 167.

¹⁹ Цивільне право України : підруч. для студ. юрид. спец. вищ. закл. освіти / М-во освіти і науки України, Нац. юрид. акад. України імені Ярослава Мудрого; за ред. Ч. Н. Азімова, С. Н. Приступи, В. М. Ігнатенка. Х. : Право, 2000. Ч. 1. С. 9.

²⁰ Цивільне право України : підручник : у 2-х кн. / Д. В. Боброва, О. В. Дзера, А. С. Довгерт [та ін.]; за ред. О. В. Дзери та Н. С. Кузнецової. К. : Юрінком Інтер, 2002. Кн. 1. С. 19.

²¹ Погрібний С. О. Механізм та принципи регулювання договірних відносин у цивільному праві України : дис. ... док. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2009. С. 24.

підстави для об'єднання їх в однорідну групу цивільних відносин, які є об'єктом цивільно-правового регулювання. Водночас доцільно наголосити на існуванні двох основних точок зору щодо співвідношення правовідношення та фактичного суспільного відношення. За першою з концепцій правовідношення розглядається як та форма, якої набувають фактичні відносини, будучи врегульованими нормами права, тобто воно є єдністю економічного змісту та юридичної форми²². Іншими словами, суспільне відношення, урегульоване нормою права, являє собою правовідношення.

На думку ж інших вчених, у результаті правового регулювання відбувається не перетворення одних відносин в інші, а виникнення нових, раніше не існуючих ідеологічних відносин – правових, які не поглинають собою економічні відносини, а лише їх закріплюють, спрямовуючи в потрібному напрямі²³. Іншими словами, правовідношення є самостійним щодо фактичного суспільного відношення явищем.

Не маючи достатньої змоги детально висвітлити наукову дискусію із цього питання, все ж зазначимо, що правовідношення з надання послуг – це конкретне, реальне, урегульоване нормами права суспільне відношення, що виникає у сфері організації та безпосереднього здійснення діяльності щодо надання послуг, в основі якого лежать приватні інтереси їх учасників щодо отримання певної вигоди, можливості реалізації, охорони та захисту яких закріплюються нормами права. Схожої позиції при визначенні господарських відносин як урегульованих нормами права суспільних відносин, які виникають у сфері господарювання щодо організації та безпосереднього здійснення господарської діяльності, дотримується О. М. Вінник²⁴.

Отже, під правовідносинами з надання послуг можна розуміти відносини з надання виконавцем своїм замовникам послуг фактичного чи юридичного характеру, які сприяють виникненню між

ними правових зв'язків, що спрямовані на задоволення інтересів замовників у отриманні конкретної послуги та інтересів виконавця у одержанні благ як матеріального, так і нематеріального характеру.

Проте, формулюючи визначення поняття правовідносин з надання послуг, слід наголосити на тому, що самі по собі відносини з надання послуг є, власне, не одиничним правовідношенням, а системою правовідносин, що складаються між замовником та виконавцем на підставі укладеного між ними договору (так звані внутрішні відносини), а також відносин між виконавцем та третіми особами, що виникають при наданні замовникові відповідної послуги (так звані зовнішні відносини). Прикладом такої участі третіх осіб у відносинах з надання послуг може бути передбачена у ч. 2 ст. 902 ЦК України можливість покладення виконавцем обов'язку виконання якоїсь договірної умови або ж умов договору з надання послуг загалом на іншу особу. Тобто участь третіх осіб у відносинах з надання послуг обумовлює розмежування внутрішніх відносин (між замовником і виконавцем) та зовнішніх – за участю третіх осіб. Внутрішні відносини з надання послуг через свої особливості та за своєю суттю є організаційно-передумовними, оскільки їх метою є виникнення, зміна чи припинення іншого правовідношення (між замовником та третьою особою, яка виконуватиме зобов'язання за договором). Зовнішні ж відносини слід розглядати як організаційно-інформаційні, суть яких полягає в обміні певною інформацією. В такий спосіб виникає особлива система відносин, яка поєднує дві самостійні, але пов'язані між собою групи відносин, найважливішими з яких є, безперечно, відносини між замовником та виконавцем (так звані внутрішні відносини).

На основі вищенаведеного під правовідносинами з надання послуг пропонуємо розуміти сукупність відносин, що виникають з приводу та в процесі здійснення діяльності з надання послуг.

Отже, першою юридичною ознакою правовідносин з надання послуг є характерна для учасників цих відносин їх юридична рівність, оскільки правовідносини з надання послуг, як і цивільні правовідносини загалом, належать до горизонтальних правовідносин. Ця ознака відображається в тому, що підпорядкування одного суб'єкта таких відносин іншому виключається. Разом з тим доцільно

²² Халфина Р. О. Общее учение о правоотношении. М. : Юрид. лит., 1974. С. 31.

²³ Мозолин В. П. О гражданско-процессуальном правоотношении. *Советское государство и право*. 1955. № 6. С. 50–57.

²⁴ Вінник О. М. Інвестиційні послуги: вдосконалення правового регулювання з урахуванням досвіду ЄС. *Юридична Україна*. 2007. № 5. 69–75.

зазначити, що юридична рівність учасників досліджуваних правовідносин не означає рівності їх суб'єктивних цивільних прав, а зумовлює лише рівність можливостей для їх виникнення, зміни, припинення, а також відповідальності за їх порушення. Так, на думку І. В. Спасибо-Фатєєвої, певною умовною мірою є рівність учасників акціонерних правовідносин, бо нерівними є, наприклад, права власників простих і привілейованих акцій, власників великих пакетів акцій і дрібних акціонерів²⁵. Такий висновок вченої видається слушним, однак з певним застереженням з приводу того, що юридичну рівність учасників цивільних відносин не слід ототожнювати з рівним набором їх суб'єктивних прав, адже «юридична рівність суб'єктів цивільних відносин перед цивільним законом і судом не залежить від їх матеріального чи соціального стану»²⁶.

Наступною ознакою правовідносин з надання послуг є заснованість таких відносин на вільному волевиявленні їх учасників. Загальновідомо, що цивільні відносини завжди є вольовими, оскільки особи беруть у них участь, проявляючи свою волю до набуття конкретних прав та обов'язків. Свобода волевиявлення учасників цивільних суспільних відносин є результатом автономності їх волі та найбільшою мірою проявляється при здійсненні ними правочинів як односторонніх, так і дво- та багатосторонніх (договорів). Саме при їх вчиненні найбільш виразно проявляється дія (поведінка) суб'єктів цивільних відносин за своєю ініціативою, без чийогось примусу, шляхом вільного визначення ними своїх прав та обов'язків²⁷. Щоправда, до цивільних належать і такі відносини, які можуть виникнути поза волею їх учасників.

Так, характерною особливістю правовідносин з надання послуг є також можливість участі в них юридичних осіб або фізичних осіб – підприємців, що діють у межах своєї компетенції, безпосередньо здійснюючи діяльність з надання послуг з метою отримання

²⁵ Спасибо-Фатєєва І. В. Цивільно-правові проблеми акціонерних правовідносин : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : спец. 12.00.03. Х., 2000. С. 7.

²⁶ Погрібний С. О. Механізм та принципи регулювання договірних відносин у цивільному праві України : дис. ... док. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2009. С. 27.

²⁷ Спасибо-Фатєєва І. В. Акционерные общества: корпоративные правоотношения. Х. : Право, 1998. С. 32.

прибутку, при цьому така діяльність є для такого суб'єкта основною. Зважаючи на це, правовідносини з надання транспортних послуг, послуг зв'язку, медичного, готельного, банківського обслуговування тощо можуть виникати і поза волею надавача таких послуг. Прикладом можуть слугувати відносини з надання послуг перевезення транспортом загального користування (ч. 2 ст. 915 ЦК), банківського вкладу, в якому вкладником є фізична особа (ч. 2 ст. 1058 ЦК), складського зберігання на складі загального користування (ч. 2 ст. 957 ЦК). Тобто, виходячи зі змісту наведених правових норм, зазначені договори є публічними договорами, за якими виконавець повинен обслуговувати будь-кого, хто до нього звернеться за відповідною послугою, незважаючи на відсутність у нього волі до вступу у такі правовідносини. Важливою гарантією прав замовника є також положення про те, що виконавець не може відмовитися від укладення публічного договору за наявності у нього можливостей надання відповідної послуги. У разі необґрунтованої відмови виконавця від укладення публічного договору він, відповідно до ч. 4 ст. 633 ЦК, зобов'язаний відшкодувати збитки, завдані такою відмовою. Більше того, незалежно від відшкодування збитків замовник може наполягати на укладенні публічного договору з виконавцем, звернувшись до суду з позовом про його спонукання до вступу у такі правовідносини шляхом укладення відповідного договору.

Ще однією важливою юридичною ознакою правовідносин з надання послуг є заснованість їх на майновій самостійності їх учасників. Така самостійність учасників цивільних відносин полягає в тому, що вони в майновому плані є відокремленими один від одного, що дає змогу конкретизувати їх правовий статус. Так, правовідносини з надання послуг носять переважно майновий характер, незважаючи на те, що їх результат не є уречевленим, являючи собою нематеріальне благо, оскільки виникає в сфері майнового обороту. Правовідносини з надання послуг, як будь-які інші цивільні правовідносини, є матеріальними за змістом. Однак їх матеріальний зміст не слід ототожнювати з результатом їхнього надання, який є певним нематеріальним благом, що проявляється в корисному ефекті від надання такої послуги і не може бути матеріалізованим, тобто втіленим у певну уречевлену форму.

Отже, зважаючи на вищевикладений аналіз юридичних ознак правовідносин з надання послуг, можна зробити висновок, що це вольові відносини, які складаються між юридично не підпорядкованими один одному, відокремленими один від одного в майновому плані суб'єктами.

Правове регулювання відносин з надання послуг, як відомо, ґрунтується на загальних положеннях юридичної науки про механізм правового регулювання договірних відносин. Ще в 1917 р. Й. О. Покровський стверджував, що право має своєю загальною метою регулювання відносин між людьми²⁸. Під механізмом правового регулювання договірних відносин в юридичній літературі розуміють послідовний ланцюг зміни окремих правових явищ: норма права, що регулює цивільні відносини, – юридичний факт – права і обов'язки, що існують у цивільних правовідносинах, які виникли на його підставі – реалізація цих прав та виконання обов'язків, а за необхідності – також і захист порушеного права чи інтересу²⁹.

1.2. Поняття та структура механізму правового регулювання відносин із надання послуг

Таке поняття механізму правового регулювання договірних відносин є відображенням загальноприйнятого у загальній теорії держави і права, а також у цивілістичній доктрині, розуміння правового регулювання як триваючого процесу, в ході якого здійснюється вплив права на суспільні відносини і який містить три ланки (стадії): 1) юридичні норми; 2) правові відносини, зокрема суб'єктивні права та юридичні обов'язки їх учасників; 3) акти реалізації прав та обов'язків. Однак виділення окремих стадій процесу правового регулювання є досить умовним, оскільки у правовій дійсності не завжди можна простежити чіткі межі проходження цього процесу його окремими стадіями. Наприклад, при наданні перукарських послуг договір виконується при його укладенні, тому стадії виникнення та реалізації суб'єктивних прав та обов'язків збігаються.

²⁸ Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. М. : Статут, 1998. С. 38.

²⁹ Погрибний С. О. Механізм та принципи регулювання договірних відносин у цивільному праві України : дис. ... док. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2009. С. 136.

Тому, загалом погоджуючись із думкою С. О. Погрибного, до елементів механізму правового регулювання доцільно віднести й акти застосування права, норми-приписи, презумпції, які в сукупності і будуть складати елементи механізму правового регулювання.

Як зазначає С. С. Засулько, термін «механізм» фахівці багатьох галузей знань застосовують для позначення частин цілого, що взаємодіють між собою. У правознавчій літературі ця категорія також досить широко застосовується і наповнюється юридичним змістом. Наприклад, виділяють «механізм держави», «механізм управління», «механізм правового впливу», «механізм правового регулювання», «механізм реалізації норми права»³⁰. Інші автори застосовують поняття «механізм правотворчості», «механізм формування правомірної поведінки», «механізм правового виховання», «механізм реалізації конституційних прав і свобод громадян»³¹.

Під механізмом правового регулювання О. Ф. Скакун пропонує розуміти різні елементи правової системи, які здійснюють регулятивний вплив на суспільство³². В. С. Мілаш під механізмом правового регулювання ринкових відносин пропонує розуміти систему різнорівневих правових засобів, організованих найбільш послідовним чином з метою належного впорядкування означених відносин та забезпечення реалізації приватних і загальносуспільних інтересів у означеній царині як необхідної передумови нормального функціонування всієї ринкової системи³³. А. Б. Гриняк під механізмом правового регулювання підрядних договірних відносин пропонує розуміти сукупність правових засобів, способів та форм, за допомогою яких відбувається впорядкування підрядних відносин, матеріалізується їх ідеальна модель, яка закладена в нормах права та положеннях договору і з якими пов'язується

³⁰ Засулько С. С. Механізм правового регулювання суспільних відносин у сфері пожежної безпеки// Міліція України. Науково-практичний збірник: актуальні проблеми юридичних наук у дослідженні учених. К., 2004. № 30. С. 11–17.

³¹ Общая теория государства и права. Академ. курс в 3-х. т. 2-е изд., перераб. и доп. / отв. ред. М. Н. Марченко. Т. 1. М: Зерцало, 2001. С. 435.

³² Скакун О. Ф. Теория государства и права.Х. : Консум, 2000. С. 539.

³³ Мілаш В. До питання про шляхи вдосконалення господарсько-правового регулювання відносин, що виникають у сфері ринкового обміну. *Підприємство, господарство і право*. 2006. № 8. С. 73–77.

виникнення у конкретних учасників підрядних відносин прав та обов'язків³⁴.

С. С. Алексєєв поняття «механізм правового регулювання» визначав як взятую в єдності систему правових засобів, за допомогою яких забезпечується результативний правовий вплив на суспільні відносини³⁵. Метою цих засобів є захист прав людини, потреба в такому захисті виникає при вчиненні певного правового правопорушення чи об'єктивно-протиправного діяння³⁶.

Загалом, пропонуючи власне визначення поняття механізму правового регулювання договірних відносин із надання послуг, насамперед підкреслимо, що йому притаманні такі особливості: а) правове регулювання та його механізм є складовою соціального регулювання; б) є певною системою взаємодіючих між собою елементів, серед яких виділяють правові засоби (норми, суб'єктивні права та юридичні обов'язки), способи (дозволи, заборони і зобов'язання) та форми (дотримання, виконання і використання); в) механізм правового регулювання договірних відносин із надання послуг забезпечує регулювання цивільних відносин, тобто є динамічною частиною правової системи; г) механізм правового регулювання має цілеспрямований (регулювання відносин між замовником та виконавцем) та результативний характер (споживання наданої послуги та, у більшості випадків, одержання винагороди за це).

Крім того, слід зазначити, що нормативна врегульованість відносин з надання послуг досягається не лише завдяки існуванню самої норми у цивільному законодавстві чи передбаченням конкретної умови в договорі, а завдяки функціонуванню певного інструментарію (елементів механізму правового регулювання), яка втілює ці норми в життя, пов'язує між собою норму цивільного права та стан правопорядку в досліджуваних правовідносинах, що й свідчить про можливість застосування концепції механізму правового

³⁴ Гриняк А. Б. Теоретичні засади правового регулювання підрядних зобов'язань у цивільному праві України : монографія. К. : НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2013. С. 17.

³⁵ Алексєєв С. С. Право: азбука – теорія – філософія: Опыт комплексного исследования. М. : Статут, 1999. С. 364.

³⁶ Мотвилавка Е. Я. Теория регулятивного и охранного права. Воронеж, 1990. С. 43.

регулювання до правовідносин з надання послуг. Зважаючи на це, не викликати переконання теза, що правовідносини з надання послуг регулюються як на нормативному, так і на індивідуальному рівнях. Більше того, в юридичній літературі констатується зміна акцентів із законодавчого регулювання цих правовідносин у бік їх договірної регуляції³⁷. Загалом погоджуючись із зазначеним, слід наголосити на потребі збереження імперативного підходу до правового регулювання відносин з надання послуг, оскільки такі різновиди послуг, як медичні, освітні тощо, пов'язані з можливістю завдання шкоди життю чи здоров'ю людини або неналежного виховання підростаючого покоління, що може мати ще більш небезпечні і шкідливі наслідки.

Шляхом нормативного регулювання відносин з надання послуг закріплюються імперативні підходи³⁸ до їх регулювання, які поширюються на всі зобов'язання із надання послуг і яким повинні підпорядковуватися всі, хто вступив або ж бажає вступити у нормативно визначені правовідносини. Сутність регулятивного впливу права на відносини з надання послуг визначається нормативним закріпленням у ЦК України моделі необхідної та можливої поведінки суб'єктів цих відносин. На практиці це відображається у наданні одним суб'єктам правовідносин з надання послуг певних прав і в покладенні на інших юридичних обов'язків та встановленні визначених заборон. Саме це і забезпечує взаємність та взаємозалежність прав і обов'язків учасників зобов'язальних правовідносин³⁹.

Не менш дієвим у зв'язку з розвитком ринкових відносин і підприємництва є індивідуальний метод регулювання (або метод вільного волевиявлення), під яким розуміється форма самостійної юридичної діяльності суб'єктів, спрямована на впорядкування одиничних суспільних відносин за допомогою правових засобів,

³⁷ Гриняк А. Б. Договірні зобов'язання з виконання робіт у цивільному праві України : автореф. дис. ... док. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2013. С. 10.

³⁸ Регулювання відносин здійснюється на владно-імперативних засадах шляхом чіткого визначення прав та обов'язків суб'єктів.

³⁹ Голубева Н. Ю. Зобов'язання у цивільному праві України: методологічні засади правового регулювання : монографія. Фенікс, 2013. С. 223.

що не мають юридично загальнообов'язкової якості^{40,41}. Це відбувається за допомогою договору як одного із засобів задоволення відповідних потреб. Наявність індивідуального регулювання як складової досліджуваного механізму ґрунтується передусім на диспозитивності методу цивільно-правового регулювання⁴². У правовій державі, як зазначає Є. О. Мічурін, застосовується саме цей тип правового регулювання⁴³.

Тобто шляхом індивідуального регулювання відносин з надання послуг здійснюється розширення меж правового регулювання за рахунок передачі ініціативи із забезпечення окремих аспектів його здійснення учасникам цих правовідносин. Іншими словами, індивідуальне регулювання відносин з надання послуг охоплює собою юридичну діяльність замовника та виконавця, спрямовану на впорядкування чітко визначених відносин у сфері надання послуг за допомогою такого сильного інструменту як цивільно-правовий договір.

Отже, зважаючи на вищенаведене, доходимо висновку: що ширше коло інтересів (індивідуальних, групових), на які впливає прямо або опосередковано договір з надання послуг, то більшим повинен бути ступінь нормативного регулювання. Разом із тим необхідно наголосити, що й так звана нормативна зарегульованість досліджуваних правовідносин не сприятиме їх розвитку. Саме тому, як слушно зазначає, аналізуючи підрядні правовідносини, А. Б. Гриняк, переважна більшість норм цивільного законодавства має диспозитивний характер, що, в кінцевому результаті, призводить до збільшення питомої ваги індивідуального (договірного) регулювання⁴⁴.

⁴⁰ Кашанина Т. В. Індивідуальное регулирование в правовой сфере. *Государство и право*. 1992. № 1. С. 34–41.

⁴¹ Краснояружский С. Г. Індивідуальное правовое регулирование. Общетеоретический аспект. *Государство и право*. 1993. № 7. С. 12–17.

⁴² Яроцький В. Л. Характеристика основних стадій механізму цивільно-правового регулювання. *Право України*. 2010. № 12. С. 18–24.

⁴³ Мічурін Є. О. Обмеження майнових прав фізичних осіб (цивільно-правовий аспект): дис. ... док. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2009. С. 175.

⁴⁴ Гриняк А. Б. Особливості правового регулювання відносин за договорами підряду: монографія / відп. ред. В. В. Луць. К: НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2011. С. 16.

Таким чином, під механізмом правового регулювання договірних відносин з надання послуг пропонуємо розуміти певну систему взаємодіючих між собою елементів (правових засобів, способів та форм), за допомогою яких забезпечується регулювання відносин з надання послуг, а також реалізується закладена в нормах права і положеннях договору модель поведінки замовника та виконавця щодо споживання наданої послуги та у більшості випадків одержання винагороди за це.

Дослідження питань про структуру механізму правового регулювання отримало значне поширення в другій половині ХХ ст. Загалом у той час такі дослідники як С. С. Алексєєв, В. М. Горшенєв, В. В. Лазарєв, А. В. Малько, Л. С. Явич з певними уточненнями обґрунтовували ідею включення до структури механізму правового регулювання: а) юридичних норм як основи правового регулювання; б) правових відносин і, зокрема, суб'єктивних прав та юридичних обов'язків їх учасників; в) актів реалізації прав та обов'язків; г) актів застосування права⁴⁵.

Таким чином, зважаючи на тогочасні напрацювання теоретиків права та сучасні дослідження механізму правового регулювання договірних відносин, до системи елементів механізму правового регулювання відносин з надання послуг пропонуємо, з урахуванням поділу права на публічне та приватне, відносити: а) норми цивільного права або пропоновані сторонами договору про надання послуг умови; б) юридичні факти; в) виникнення прав та обов'язків (правовідносини), що виникають на підставі норм цивільного права та з договорів про надання послуг; г) поведінку учасників правовідносин щодо надання послуг з реалізації їх суб'єктивних прав та обов'язків, закладених у правових нормах та визначених волею замовника та виконавця; г) захист закладених у правових нормах та визначених волею замовника та виконавця суб'єктивних цивільних прав та законних інтересів за умови їх порушення.

Отже, важливим елементом механізму правового регулювання відносин з надання послуг є нормативна основа такого регулювання,

⁴⁵ Алексєєв С. С. *Право: азбука – теорія – філософія: опыт комплексного исследования*. М.: Статут, 1999. С. 365.

тобто створювані державою норми права (глави 63–70 ЦК, глави 31–32 ГК України) або створювані учасниками відносин з надання послуг договірні умови, на базі яких і здійснюється впорядкування відносин між ними. Тобто договір з надання послуг фактично виконує роль своєрідного «стартового механізму», який приводить із статичного в динамічний стан як юридичні, так і позаюридичні нормативні регулятори правовідносин з надання послуг. Крім того, як слушно зазначає О. А. Беляневич, договір може приводити в дію не тільки «національні» соціальні регулятори відносин (звичаї, звичаї ділового обороту), а й такі, що знаходяться поза межами національної системи права (наприклад, *lex mercatoria*)⁴⁶.

Більше того, закріплені в цивільному законодавстві правові норми, що регулюють відносини з надання послуг, спрямовують поведінку їх учасників таким чином, щоб не порушувались як загальні, так і спеціальні принципи правового регулювання договірних цивільних відносин. Так, відображені в ст. 3 ЦК України, загальні засади (принципи)⁴⁷ цивільного законодавства, спрямовані не лише на регулювання цивільних відносин у державі, а й на вироблення загальних правил їх правового регулювання. Зважаючи на це, точне розуміння і правильне застосування загальних засад цивільного законодавства має вагомое значення при регулюванні відносин з надання послуг. Викладене ще раз підкреслює потребу вирішення вітчизняною цивілістикою важливого завдання розширення і поглиблення наукових досліджень у сфері вироблення найбільш ефективних підходів до правового регулювання як цивільних відносин загалом, так і окремих (як-от відносин з надання послуг) зокрема.

У ЦК України окремим видам договорів з надання послуг передують так звана загальна частина, функції якої виконує гл. 63

⁴⁶ Беляневич О. А. Господарське договірне право України (теоретичні аспекти) : монографія. К. : Юрінком Інтер, 2006. С. 53.

⁴⁷ Доцільно підтримати позиції тих авторів, які наголошують на тождественності понять «загальні засади цивільного законодавства» і «принципи цивільного законодавства» (Цивільне право України : підручник : у 2-х т. / В. І. Борисова, Л. М. Баранова, І. В. Жилінкова та ін.; за заг. ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. К. : Юрінком Інтер, 2004. Т. 1. С. 21).

«Послуги. Загальні положення». Норми цієї глави ЦК застосовують до окремих видів цих договорів, зокрема договорів перевезення, експедирування, зберігання, страхування, посередницьких договорів, договорів з надання освітніх, медичних тощо послуг, а також до непойменованих договорів з надання послуг (наприклад, договорів на проведення аудиту, на виконання маркетингових досліджень, сурогатного материнства, на проведення оцінки майна тощо). Тобто норми загальних положень про послуги діють у випадках, коли йдеться про окремі моделі договору з надання послуг, які не належать до жодного із виділених у ЦК чи інших спеціальних нормативно-правових актах різновидів цього типу договорів, а на ті, що виділені, поширюється дія загальних норм лише за умови, якщо вони не суперечать спеціальним нормам, або ж спеціальні норми, присвячені регулюванню таких різновидів договорів, відсутні.

1.3. Договір як регулятор в механізмі правового регулювання відносин із надання послуг

Крім нормативного-правового підходу до регулювання відносин з надання послуг для цивільного законодавства характерними є диспозитивні засади такого регулювання. Вони знаходять свій вираз у законодавчій можливості суб'єктів відносин договірних зобов'язань з надання послуг врегульовувати свою поведінку у договорі шляхом відступу від положень актів цивільного законодавства чи навіть врегульовувати свої відносини, які не врегульовані цими актами (частини 2, 3 ст. 6 ЦК). Тобто законодавець у ЦК України розглядає цивільно-правовий договір не як правочин, правовідношення чи документ⁴⁸, а як регулятор цивільних відносин, а учасники цивільних відносин визнаються суб'єктами їх договірного регулювання нарівні з державою.

⁴⁸ У цивілістичній літературі переважаючим є положення про багатозначність терміна «договір», яким охоплюються такі правові явища, як юридичний факт (дво- чи багатосторонній правочин), що є підставою виникнення цивільних прав і обов'язків, як саме договірне зобов'язання (правовідношення), породжуване укладеним договором, а також як документ, в якому закріплюється (фіксується) факт встановлення між контрагентами зобов'язального правовідношення (Иоффе О. С. Обязательственное право. М. : Юрид. лит., 1975. С. 26).

Зважаючи на наведене, доходимо висновку, що в сфері надання послуг суб'єктами їх регулювання є поряд із державою в особі її органів, за влучним висловом І. О. Покровського, нескінченна множина самих суб'єктів таких відносин⁴⁹. У цьому, на думку С. О. Погрібного, полягає відмінність суб'єктного складу правового регулювання публічних суспільних відносин (наприклад, податкових, адміністративних, кримінальних тощо), які регулюються не його учасниками, а виключно «зовні» – державою в особі відповідних органів державної влади⁵⁰.

Таким чином, законодавець у ст. 6 ЦК України відобразив положення, за яким договір набув статусу самостійного регулятора цивільних відносин, надавши тим самим договірному регулюванню досліджуваних нами правовідносин переважаче порівняно з нормативним регулюванням значення. Зважаючи на це, доходимо висновку, що договірне регулювання відносин з надання послуг є ефективнішим, ніж нормативне, оскільки останнє спрямоване лише на впорядкування відносин з надання послуг, а договірне – на їх організацію та формування.

Із різних досліджень з договірного права загальновідомо, що договір традиційно розглядається як юридичний факт, з яким пов'язуються відповідні правові наслідки⁵¹. У загальній теорії права загальновідомою є класифікація фактів за різними класифікаційними критеріями на правостворюючі, правозмінюючі та правоприпиняючі. За вольовим критерієм на дії та події, останні, залежно від відповідності їх приписам правових норм, підрозділяються на правомірні та неправомірні. У свою чергу, серед правомірних дій виділяються юридичні акти та вчинки. Юридичні акти – це такі правомірні дії, які вчиняються зі спеціальною метою викликати певні юридичні наслідки (наприклад, договір аудиту). Натомість такі вчинки як юридичні факти, хоч і не спрямовані безпосередньо на досягнення юридичних

наслідків, проте спричиняють, породжуючи, змінюючи чи припиняючи, правовідносини⁵².

Як відомо, за вольовою ознакою договір з надання послуг належить до правомірних дій. У правовій літературі класифікація правомірних дій як юридичних фактів вперше була запропонована М. М. Агарковим у 1946 р.⁵³ Ця класифікація витримала перевірку часом і в подальшому лише частково модифікувалась у працях цілої низки авторів, серед яких С. С. Алексєєв, С. Ф. Кечек'ян, О. А. Красавчиков, Ю. К. Толстой, Р. О. Халфіна та інших.

Класифікація правомірних юридичних дій, запропонована М. М. Агарковим, була побудована на визначенні конкретного елемента правомірної дії, з яким пов'язано настання юридичних наслідків. До таких елементів дослідник відносив спрямованість волі, власне факт дії та її результат. На основі цього всі юридичні факти були поділені на три групи: 1) дії, спрямовані на виникнення, зміну чи припинення правовідносин (правочини); 2) дії, що констатують певні факти, які мають юридичне значення, незалежно від того, чи спрямовані ці дії на ті наслідки, які з ними пов'язує закон (юридичні вчинки); 3) дії, які утворюють передбачений законом об'єктивований результат, що має господарське або культурне значення⁵⁴. На нашу думку, така класифікація спрямована на вирішення важливого теоретичного питання, а саме: якщо у діях, наприклад, замовника за договором з надання правових послуг, відсутня відповідна вольова спрямованість, з чим пов'язується настання правових наслідків: з самим фактом дії чи з її результатом?

На думку Ю. К. Толстого, у юридичних вчинках воля та дії суб'єкта спрямовані на створення певного блага, на предмет праці, але не на юридичні наслідки своєї діяльності. Направленість дій суб'єкта на юридичні наслідки носить виключно факультативний характер, тобто вона може бути, а може і не бути – наслідки будуть

⁴⁹ Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. М. : Статут, 1998. С. 317.

⁵⁰ Погрібний С. О. Механізм та принципи регулювання договірних відносин у цивільному праві України : дис. ... док. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2009. С. 190.

⁵¹ Красавчиков О. А. Гражданско-правовой договор: понятие, содержание и функции. Свердловск : УрГУ, 1980. С. 3–20.

⁵² Рабинович П. М. Основы общей теории права та держави : навч. посіб.: 5-те вид., зі змінами. К. : Атіка, 2001. С. 84–85.

⁵³ Агарков М. М. Понятие сделки по советскому гражданскому праву. *Советское государство и право*. 1946. № 3–4. С. 41–55.

⁵⁴ Там само.

одні й ті самі⁵⁵. Залежно від зв'язку дій, в яких виражається юридичний вчинок, у об'єкті суб'єктивного права О. А. Красавчиков розрізняє два основних види таких вчинків: матеріальні (вплив на об'єкт виступає в якості результату дії) та нематеріальні вчинки (дія, що є змістом вчинку, безпосередньо не впливає на об'єкт)⁵⁶.

Іноді для виникнення правовідносин з надання послуг необхідною є наявність комплексу фактів (складного юридичного факту), як, зокрема, при укладенні державного контракту на основі державного замовлення. Так, для настання юридичних наслідків у зобов'язаннях з надання послуг не завжди достатньо одного юридичного факту, оскільки на практиці частіше маємо справу з комплексом фактів, які в доктрині поділяються на: а) групу юридичних фактів; б) юридичну (фактичну) сукупність; в) юридичний склад⁵⁷.

Прикладом групи юридичних фактів, кожен з яких може викликати один і той самий наслідок, виступає відповідальність перевізника за договором перевезення пасажирів, що настає у випадках: а) ненадання останнім транспортного засобу; б) затримка відправлення пасажирів; в) порушення строку доставлення пасажирів до пункту призначення; г) завдання шкоди життю, здоров'ю пасажирів тощо. Тобто в таких випадках маємо справу з групою юридичних фактів, кожен з яких є окремою підставою виникнення договірної відповідальності перевізника.

Прикладом юридичної (фактичної) сукупності як пов'язаних між собою юридичних фактів, які окремо не мають правового значення або породжують не ті наслідки, яких прагнули суб'єкти права, може слугувати передбачена у ст. 927 ЦК вимога про необхідність страхування вантажів, пасажирів і багажу за договорами перевезення. В наведеному прикладі для виникнення страхових правовідносин необхідна наявність юридичної (фактичної) сукупності – укладення договору страхування і настання страхового випадку.

⁵⁵ Толстой Ю. К. Содержание и гражданско-правовая защита права собственности в СССР. Л., 1955. С. 168.

⁵⁶ Красавчиков О. А. Гражданско-правовой договор: понятие, содержание и функции. Свердловск : УрГУ, 1980. С. 3–20.

⁵⁷ Цивільний кодекс України : науково-практичний коментар. 4-те вид., перероб. і допов. Х. : ТОВ «Одісеї», 2008. С. 19.

За відсутності хоча б одного факту або ж розгляду їх окремо вказані обставини не можуть слугувати підставою виникнення страхових правовідносин.

Прикладом юридичних складів із випадковим поєднанням складових чи із поступовим їх накопиченням можуть слугувати правовідносини з надання експедиторських послуг, а саме: а) організація перевезення вантажу; б) укладення договору перевезення вантажу; в) відправка і одержання вантажу; г) зберігання вантажу до його одержання у пункті призначення; г) одержання необхідних для експорту та імпорту документів; д) виконання митних формальностей тощо.

У сучасних дослідженнях з договірного права спостерігається зміна поглядів на договір виключно як на юридичний факт. Так, у правовій літературі зазначається, що договір лише певною мірою може бути визначений як юридичний факт і виступає в такій якості тільки щодо юридичних норм, що безпосередньо регулюють відносини сторін⁵⁸. Дійсно, розуміння договору з надання послуг тільки як юридичного факту обмежує його дослідження рамками загальних положень про договори, однак правова природа договору є значно ширшою, аніж акт, який юридично опосередковує надання послуг, оскільки договори у цій сфері забезпечують регулювання організаційних, економічних та технічних питань, що виникають між сторонами. Тобто, як слушно зазначає О. А. Беяневич, договір міг би бути оцінений суто як юридичний факт, напевне, лише в такій ідеальній ситуації, коли найдетальніша регламентація законом умов договору повністю виключала б можливість узгодження сторонами інших умов⁵⁹.

Зважаючи на вищенаведене, доходимо висновку, що договір при здійсненні внутрішнього регулювання відносин з надання послуг є мононормативною основою такого регулювання. Разом з тим, він виступає тим юридичним фактом, з якого виникають

⁵⁸ Пугинский Б. И. Гражданско-правовой договор / Б. И. Пугинский. *Вестник Москов. ун-та Серия 11: Право*. 2002. № 2. С. 42–44.

⁵⁹ Беяневич О. А. Господарське договірне право України (теоретичні аспекти) : монографія. К. : Юрінком Інтер, 2006. С. 58–59.

права та обов'язки сторін⁶⁰. Тобто, з одного боку, сам характер відносин з надання послуг як відносин, заснованих на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників, обумовлює роль договорів як юридичних фактів, що діють у сфері цивільного права. З іншого боку, зазначені юридичні факти здатні забезпечити активну роль суб'єктів цивільного права у створенні, зміні та припиненні цивільних правовідносин з урахуванням їх інтересів.

Отже, наступним елементом механізму правового регулювання договірних відносин з надання послуг є правовідносини їх учасників з приводу реалізації належних їм цивільних прав та обов'язків. Проблема визначення сутності такої правової категорії, як «правовідношення», має багатовікову історію, однак єдиної концепції щодо цього в доктрині права, як зазначає Є. О. Харитонов, не склалося. Єдиним поясненням цього, на думку вченого, можна вважати те, що сьогодні недостатньо враховується не лише необхідність чіткого розмежування визначення правовідносин на різних рівнях: загальнотеоретичному, галузевому-теоретичному, конкретно-галузевому, а й доцільність диференційованого підходу до визначення поняття правовідносин на галузевому рівні⁶¹.

Загалом же цивільно-правова доктрина додержується усталених теоретичних підходів щодо сутності правовідношення. Так, категорія цивільного правовідношення є базовою в доктрині цивільного права. Вона застосовується при аналізі як статички, так і динаміки соціальних зв'язків у приватноправовій сфері. Неможливо описати цивільно-правову реальність без використання таких понять як абсолютні та відносні, речові та зобов'язальні, регулятивні та охоронні, особисті та майнові правовідносини⁶².

⁶⁰ З викладеного можна припустити, що головною функцією договору з надання послуг як юридичного факту в сфері договірних відносин є породження зобов'язання (правовідношення), в якому одна сторона (виконавець) зобов'язана за завданням другої сторони (замовника) надати послугу, а замовник зобов'язаний оплатити виконавцеві зазначену послугу

⁶¹ Харитонов Є. О., Харитонова О. І. Цивільні правовідносини : монографія. 2-ге вид., перероб. і допов. О. : Фенікс, 2011. С. 11–13.

⁶² Жилінкова І. Особливості здійснення суб'єктивних цивільних прав. *Вісник академії правових наук України* : зб. наук. пр. / редкол.: В. Я. Тацій та ін. Х. : Право, 2012. № 1 (68). С. 100.

У цивілістичній доктрині знайшла своє закріплення й теза про те, що універсальним визначенням договору є визначення його як зобов'язання⁶³. В той час як договірні зобов'язання загалом та зобов'язання з надання послуг зокрема є одними із видів цивільних відносин, оскільки зобов'язання в загальному вигляді становлять собою відносини учасників цивільного обороту, які регулюються нормами зобов'язального права, тобто є одним із різновидів цивільних правовідносин⁶⁴. Виходячи із законодавчого визначення поняття «зобов'язання», закріпленого в ст. 509 ЦК України як правовідношення, вважаємо за доцільне підтримати такий підхід законодавця, оскільки висловлювання, що трапляються в юридичній літературі про існуючу потребу законодавчого закріплення у дефініції зобов'язання вказівки не на правовідношення, а на наявність цивільно-правового зв'язку між кредитором і боржником як конкретних учасників цивільного обороту^{65, 66, 67, 68} є недоцільними. Так, застосування терміна «правовий зв'язок» вимагає пояснення з приводу його природи та змісту, що у підсумку приведе нас знову до поняття «правовідношення».

Отже, ми розуміємо правовідношення як досягнення консенсусу, який виникає на підставі досягнення домовленостей між особами у формі суб'єктивних прав та юридичних обов'язків та підтримується примусовою силою держави, на основі чого кожна із сторін реалізує власний інтерес. Тобто відносини, що виникають внаслідок укладення договору з надання послуг, визнаються правовими

⁶³ Беляневич О. А. Господарське договірне право України (теоретичні аспекти) : монографія. К. : Юрінком Інтер, 2006. С. 31.

⁶⁴ Голубева Н. Ю. Зобов'язання у цивільному праві: методологічні засади правового регулювання : монографія. О. : Фенікс, 2013. С. 191–192.

⁶⁵ Щенникова Л. В. Гражданско-правовое понятие обязательства. *Законодательство: право для бизнеса*. 2005. № 8. С. 9–12.

⁶⁶ Пугинский Б. И. Частный договор в научной картине права / Б. И. Пугинский. *Ученые-юристы МГУ о современном праве* / под ред. М. К. Треушников. М. : ОАО Городец, 2005. С. 161–177.

⁶⁷ Беляневич О. А. Господарське договірне право України (теоретичні аспекти) : монографія. К. : Юрінком Інтер, 2006. С. 33.

⁶⁸ Рабінович П. М. Основи загальної теорії права та держави : навч. посіб. 10-те вид., допов. Л. : Край, 2008. С. 156.

не тільки через те, що вони безпосередньо врегульовані загальними та спеціальними нормами чинного законодавства, а й тому, що між суб'єктами існує домовленість, яка визнається дійсно законодавцем, оскільки останній визнає створені сторонами в договорі правила та забезпечує їх примусову реалізацію та захист.

Отже, зважаючи на вищенаведене, під договірним зобов'язанням з надання послуг пропонуємо розуміти відносини між замовником та виконавцем, що засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників, наділені властивими лише їм ознаками, які відрізняють їх від інших цивільних відносин, що виникають на підставі норм цивільного права у зв'язку з появою (настанням) передбаченого ними юридичного факту.

З огляду на тезу, що договірні зобов'язання є відносними правовідносинами, оскільки характеризуються чітким суб'єктним складом⁶⁹, то договірні зобов'язання з надання послуг юридично пов'язують лише конкретних зобов'язаних осіб (виконавця та замовника). Так, якщо, наприклад, виконавець, виходячи зі змісту ч. 2 ст. 902 ЦК, покладе виконання договору про надання послуг на іншу особу, він все одно залишається відповідальним у повному обсязі перед контрагентом за порушення договірних умов цією особою. Таке спеціальне законодавче правило ч. 2 ст. 902 ЦК України послідовно відтворює загальне правило, що міститься у ст. 511 ЦК України: «...зобов'язання не створює обов'язку для третьої особи. У випадках, установлених договором, зобов'язання може породжувати для третьої особи права щодо боржника та (або) кредитора»⁷⁰. Тобто, як зазначав В. С. Єм, суб'єктивне цивільне право управомоченої особи щодо можливості вимагати виконання обов'язку від зобов'язаної особи існує лише в рамках цих правовідносин і не включає в себе можливості вимагати певної поведінки від третіх осіб⁷¹.

⁶⁹ Майданик Р. А. Місце зобов'язання в праві України. *Підприємництво, господарство і право*. 2006. № 4. С. 3.

⁷⁰ Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. *Офіційний вісник України*. 2003. № 11. Ст. 363.

⁷¹ Єм В. С. Категория обязанности в советском гражданском праве (вопросы теории) : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Москва, 1981. С. 74.

Учасникам правовідносин з надання послуг притаманна властивість мати певне коло цивільних прав та обов'язків, здійснення яких забезпечується засобами державного примусу. Як уже зазначалось, учасники досліджуваних правовідносин характеризуються як юридичною рівністю сторін, так і майновою відокремленістю, що зумовлює деякі інші специфічні риси таких відносин, для яких характерна ініціатива сторін як на етапі формування (чи вступати в договірні відносини, з ким саме тощо), так і на етапі реалізації цивільно-правової відповідальності (лише від кредитора залежить, застосовувати передбачені законом методи примусового впливу на контрагента чи ні). Найсуттєвішою рисою цих правовідносин, як зазначається в юридичній літературі, є те, що сторони рівні при реалізації своїх прав, незалежні одна від одної, жодна з них не має і не може мати переваг перед іншою аби нав'язувати свої умови при укладенні або виконанні договору⁷².

Тобто суб'єктивні права учасників правовідносин з надання послуг полягають у передбачених нормою цивільного права видах і мірі їх можливої поведінки у взаєминах з контрагентом. Ці права та обов'язки складають юридичний зміст досліджуваних правовідносин, який є підґрунтям для їх фактичного змісту – поведінкових актів учасників цих правовідносин зі здійснення їх суб'єктивних цивільних прав та виконання юридичних обов'язків.

Разом із тим суб'єктивні цивільні права учасників правовідносин з надання послуг нічого не були б варті без можливості їх реалізації. Доцільно зазначити, що можливості такої реалізації закріплені як у загальних, так і в спеціальних правових нормах, присвячених регулюванню відносин з надання послуг. Так, здійснюючи свої суб'єктивні цивільні права, учасники правовідносин з надання послуг без будь-якого стороннього впливу і можливого тиску обирають варіанти дозволеної поведінки, що закріплені в ЦК, ГК України та інших нормативно-правових актах, які полягають у реалізації належних їм повноважень.

Не вдаючись у загальнотеоретичну дискусію, що розгорнулася на сторінках юридичної літератури з приводу розмежування понять

⁷² Цивільне право України. Академічний курс : підручник : у 2-х т. / за заг. ред. Я. М. Шевченко. К. : Ін. Юре, 2003. Т. 1. Загальна частина. С. 63.

«реалізація» та «здійснення»^{73, 74}, вважаємо за необхідне наголосити, що поняття «реалізація» є ширшим поняттям, яке охоплює собою і здійснення, і охорону, і захист. Тому під поняттям «реалізація» сторонами договірних зобов'язань з надання послуг належних їм правомочностей пропонуємо розуміти їх можливість самостійно обирати необхідний варіант поведінки, оскільки належною умовою здійснення ними суб'єктивних цивільних прав виступає охорона і захист від будь-яких порушень та посягань.

Разом із тим відомо, що в реальних правовідносинах можна формально мати право, однак не реалізувати закладені в ньому правомочності. Тому самостійного значення набуває процес реалізації правомочностей, закладених у суб'єктивному цивільному праві, оскільки лише в процесі використання належних їй правомочностей особа реалізує свої права, повністю або частково задовольняючи свій інтерес. Оскільки цивільні правовідносини мають загальні риси, що притаманні правовідносинам у цілому, механізм реалізації суб'єктивних цивільних прав у цілому відповідає загальному порядку реалізації нормативних приписів та переведення норм права в реальне суспільне життя.

Учасники цивільних правовідносин самостійно обирають форми, способи, час та межі своєї юридичної та фактичної поведінки, не порушуючи права інших, сторонніх осіб. У цьому знаходить свій вияв загальна ідея, згідно з якою в сфері приватного права особа здійснює свої суб'єктивні права вільно, на власний розсуд. Основна особливість реалізації цивільних прав у сфері відносин з надання послуг відображається в тому, що учасники таких відносин реалізують свої суб'єктивні цивільні права за допомогою різноманітних фактичних дій. Наприклад, особа може розраховувати на задоволення свого інтересу шляхом отримання відповідного відпочинку, лікування, освіти тощо. Для реалізації своїх прав вона здійснює вибір фактичної поведінки, тобто тих конкретних фактичних

⁷³ Стефанчук Р. О. Особисті немайнові права фізичних осіб у цивільному праві (поняття, зміст, система, особливості здійснення та захисту) : монографія /відп. ред. Я. М. Шевченко. Хмельницький : Вид-во Хмельницьк. ун-ту управління та права, 2007. С. 144.

⁷⁴ Гриняк А. Б. Теоретичні засади правового регулювання підрядних зобов'язань у цивільному праві України : монографія. К. : НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2013. С. 36.

дій, які приведуть її до поставленої мети. Тобто, як слушно зазначала І. В. Жилінкова, у приватній сфері зміст суб'єктивного цивільного права є настільки широким, що його реалізація здійснюється за допомогою безмежного кола фактичних дій управненої особи, яка самостійно, на власний розсуд обирає сферу та способи задоволення своїх інтересів⁷⁵.

Разом із тим доцільно наголосити на існуванні, крім різноманітного підґрунтя для фактичної поведінки при реалізації своїх прав учасниками правовідносин з надання послуг, також і широкого різноманіття юридичної поведінки учасників досліджуваних правовідносин. Правовим підґрунтям для визначення змісту та обсягу юридичної поведінки сторін у сфері надання послуг є: а) різновиди договорів з надання послуг; б) норми позитивного права, що закріплюються у цивільному та господарському законодавстві. З огляду на це, особливості договорів з надання послуг як актів правореалізації формуються під впливом приватноправових методів регулювання суспільних відносин та спеціальних норм цивільного законодавства, які регулюють діяльність, пов'язану із наданням послуг, і відрізняються від суміжних договірних конструкцій.

Отже, здійснення цивільних прав та виконання обов'язків у сфері надання послуг полягає у вольовій поведінці їх учасників відповідно до тих ідеальних моделей, які закладені в договірних положеннях або законодавчих нормах. І якщо ця поведінка повністю відповідає нормі, може йтися про врегульованість конкретного цивільного відношення нормами цивільного права. Водночас урегульованість невизначеної кількості однорідних, типових цивільних правовідносин свідчить про впорядкованість відповідних суспільних відносин, отже, і про досягнення мети їх правового регулювання⁷⁶. Виходячи з цього, можна стверджувати, що названі вище елементи механізму правового регулювання договірних відносин з надання послуг є обов'язковими у кожному випадку.

⁷⁵ Жилінкова І. Особливості здійснення суб'єктивних цивільних прав. *Вісник академії правових наук України: зб. наук. пр. / редкол.: В. Я. Тацій [та ін.].* Х. : Право, 2012. № 1(68). С. 100–107.

⁷⁶ Погрібний С. Структура механізму досягнення мети правового регулювання цивільних відносин. *Підприємництво, господарство і право.* 2006. № 9. С. 3–5.

Однак в окремих випадках механізм правового регулювання досліджуваних відносин доповнюється додатковим елементом – захистом суб'єктивних цивільних прав та законних інтересів їх учасників за умови їх порушення. Цей елемент в юридичній літературі пропонується вважати додатковим (факультативним), оскільки він застосовуватиметься лише за умови порушення суб'єктивних прав та інтересів шляхом, наприклад, невиконання або неналежного виконання умов договору. Тобто основною функцією цього елемента механізму правового регулювання, на думку А. Б. Гриняка, є нівелювання відхилень у процесі досягнення мети правового регулювання⁷⁷.

Водночас в юридичній літературі трапляються й інші міркування з приводу необхідності доповнення елементів механізму цивільно-правового регулювання ще одним так званим додатковим елементом механізму цивільно-правового регулювання – цивільною відповідальністю. Так, Р. Б. Шишка, констатує певні прогалини в загальних положеннях про регулювання цивільних правовідносин, вказує на невизначеність місця цивільної відповідальності в структурі елементів механізму цивільно-правового регулювання⁷⁸.

Аналізуючи наведену позицію вченого, доцільно наголосити, що запропонований елемент стосується лише відносних правовідносин, де суб'єкти наперед визначені. Тобто такий підхід є цілком прийнятним для всіх договірних відносин, у тому числі й відносин з надання послуг, однак наведена конструкція визначально не розрахована на захист суб'єктивних прав потерпілих в абсолютних правовідносинах.

Розвиваючи далі наведену пропозицію з метою обґрунтування тези про можливість застосування такого додаткового елемента механізму цивільно-правового регулювання як цивільна відповідальність до відносин з надання послуг, слід зазначити,

⁷⁷ Гриняк А. Б. Теоретичні засади правового регулювання підрядних зобов'язань у цивільному праві України : монографія. К. : НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2013. С. 38.

⁷⁸ Шишка Р. Б. Цивільна відповідальність та цивільно-правова відповідальність. *Право та управління*. 2011. № 1. С. 512–522.

що основною ознакою захисту в сфері приватного права є його майновий та компенсаційний характер. І хоча порушення в цій сфері також мають місце, основною метою захисту є не покарання порушника, а відновлення збалансованого становища сторін, пошук найбільш сприятливих умов для подальшої взаємодії та взаєморозуміння.

Аргументами на користь можливості визнання цивільної відповідальності додатковим елементом механізму цивільно-правового регулювання договірних зобов'язань загалом та зобов'язань з надання послуг зокрема є, по-перше, той факт, що в процесі реалізації права на захист потерпіла сторона зазвичай вимагає застосувати засоби, що мають саме компенсаційний характер та спрямовані на відновлення її первісного стану (відшкодування збитків та моральної шкоди, відновлення становища, яке існувало до порушення).

По-друге, цивільна відповідальність має також виключно майновий характер і ніколи не спрямована проти особи порушника. Це визначає межі та обсяг вимог (зміст правомочностей), які потерпіла особа може висувати до другої сторони. По-третє, сторони договору з надання послуг мають широкі можливості самостійно встановлювати для себе розмір та види відповідальності на випадок порушення прав однієї з них або ж способи забезпечення виконання зобов'язань боржником. Важливим є той факт, що види та розмір таких способів забезпечення, як зазначається в юридичній літературі, визначаються сторонами у договорі на власний розсуд⁷⁹.

Отже, підсумовуючи вищевикладене, зазначимо, що до механізму правового регулювання договірних відносин з надання послуг слід віднести такі елементи: а) норми цивільного права або пропонувані сторонами договору про надання послуг умови; б) юридичні факти; в) виникнення прав та обов'язків (правовідносини), що виникають на підставі норм цивільного права та з договорів про надання послуг; г) поведінку учасників правовідносин щодо надання послуг з реалізації їх суб'єктивних прав та обов'язків,

⁷⁹ Наріжний С. Ю. Забезпечення виконання договірних зобов'язань із передання майна у тимчасове користування : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2013. С. 9.

закладених у правових нормах та визначених волею замовника та виконавця; г) захист закладених у правових нормах і визначених волею замовника та виконавця суб'єктивних цивільних прав та законних інтересів за умови їх порушення (доповнюється такою важливою складовою як цивільна відповідальність).

Таким чином, підсумовуючи вищевикладене, зазначимо, що в єдиному механізмі правового регулювання відносин з надання послуг цивільно-правовий договір виконує функцію юридичного факту, з яким пов'язується виникнення у конкретних учасників прав та обов'язків, оскільки договір з надання послуг як зобов'язальне правовідношення виступає ключовим елементом стадії реалізації норм права, суб'єктивних прав та обов'язків.

РОЗДІЛ 2. ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН ІЗ НАДАННЯ ЖИТЛОВО-КОМУНАЛЬНИХ ПОСЛУГ

2.1. Правова природа договору про надання житлово-комунальних послуг

Правова природа будь-якого цивільного договору потребує вивчення підстав виокремлення відповідного договору в системі цивільних договорів, які дозволять виявити його співвідношення з тією чи іншою групою цивільних договорів або встановити його самостійність. Такі підстави являють собою певні класифікаційні критерії поділу договорів на види в єдиній системі договірних конструкцій⁸⁰.

Поняття «послуга» в Цивільному кодексі України згадується як об'єкт правовідносин. Як зазначають В. І. Борисова та І. В. Спасибо-Фатєєва, виходячи з лексичного тлумачення статті 177 ЦК України, послуги є самостійною групою об'єктів цивільних прав нарівні з майном, яке включає в себе речі, гроші, цінні папери, в тому числі майнові права, результати робіт, результати інтелектуальної, творчої діяльності, інформацію, а також інші матеріальні і нематеріальні блага⁸¹. Житлово-комунальні послуги – це послуги, які надаються спеціалізованими підприємствами, організаціями по постачанню води, газу, електричної та теплової енергії власникам квартир, будинків, особам, які проживають на умовах договору найму⁸².

Житлово-комунальна послуга є результатом діяльності, що полягає у корисному соціальному результаті, який задовольняє духовні,

⁸⁰ Севрюкова І. Ф. Деякі проблеми класифікації цивільно-правових договорів. *Вісник Одеського національного університету*. 2011. № 15. С. 63.

⁸¹ Цивільне право України : підручник. У 2-х т. за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. К. : Юрінком Інтер, 2004. Т. 2. С.265.

⁸² Житлово-комунальні послуги. *Юридична енциклопедія*. У 6-и т. / ред. кол. Ю. С. Шемшученко (відп. ред.) [та ін.]. К. : Українська енциклопедія ім. М. П. Бажана, 1998. Т. 2: Д – Й. 744 с.

фізіологічні, психологічні та інші немайнові блага фізичної особи. З цією метою ст. 9 Закону України «Про державні соціальні стандарти та державні соціальні гарантії» визначено, що державні соціальні нормативи у сфері житлово-комунального обслуговування встановлюються з метою визначення державних соціальних гарантій щодо надання житлово-комунальних послуг та розмірів витрат на найм житла, управління житлом і оплату комунальних послуг, які забезпечують реалізацію конституційного права громадянина на житло. Тому мають бути встановлені державні соціальні нормативи, до яких, зокрема, вище зазначеним Законом віднесено: 1) граничну норму витрат на управління житлом, оплату комунальних послуг, передбачених Законом України «Про житлово-комунальні послуги», залежно від отриманого доходу; 2) соціальну норму житла та соціальні нормативи користування комунальними послугами, з оплати яких держава надає пільги та встановлює субсидії громадянам; 3) показники якості управління багатоквартирним будинком і надання комунальних послуг.

Послугами вважають майже всі види корисної діяльності, яка не створює матеріальних цінностей. Головним критерієм при цьому є невідчутний характер продукту, що виробляється у процесі її надання. Тому послуга корисна не як річ, а як діяльність. Споживання її, зазвичай, відбувається водночас із процесом її створення.

Визначення послуги є у чинному законодавстві України. Так, відповідно до п. 17 статті 1 Закону України «Про захист прав споживачів» послуга визначена як діяльність виконавця з надання (передачі) споживачеві певного визначеного договором матеріального чи нематеріального блага, що здійснюється за індивідуальним замовленням споживача для задоволення його особистих потреб. Згідно зі статтею 1 Закону України «Про стандарти, технічні регламенти та процедури оцінки відповідності» послуга – це результат економічної діяльності, яка не створює товар, але продається та купується під час торговельних операцій. Наведені ознаки послуги притаманні і житлово-комунальним послугам. Відповідно до статті 901 ЦК України за договором про надання послуг одна сторона (виконавець) зобов'язується за завданням другої сторони

(замовника) надати послугу, яка споживається в процесі вчинення певної дії або здійснення певної діяльності, а замовник зобов'язується оплатити виконавцеві зазначену послугу, якщо інше не встановлено договором. Але поняття самої житлово-комунальної послуги як об'єкта цивільних прав в ЦК України відсутнє, що, на нашу думку, породжує певні проблеми при формуванні змісту договору надання житлово-комунальних послуг.

Житлово-комунальна послуга – об'єкти цивільних правовідносин, оскільки за своїм змістом регулюється нормами цивільного (приватного) права, виникає між юридично рівними суб'єктами (виконавцем та замовником) договору. На практиці сфера комунальних послуг є сукупністю багатьох видів діяльності, наслідком чого є значна різноманітність видів послуг, які регламентуються спеціальним законодавством України.

Правове регулювання договорів надання житлово-комунальних послуг, основні права та обов'язки сторін такого договору визначаються Законом України «Про житлово-комунальні послуги», з урахуванням особливостей, встановлених законами, що регулюють відносини у сферах постачання та розподілу електричної енергії і природного газу, постачання теплової енергії, централізованого постачання гарячої води, централізованого водопостачання та централізованого водовідведення, поводження з побутовими відходами згідно із законами України «Про особливості здійснення права власності у багатоквартирному будинку», «Про питну воду, питне водопостачання та водовідведення», «Про житлово-комунальні послуги», «Про державне регулювання у сфері комунальних послуг», «Про комерційний облік теплової енергії та водопостачання», «Про тепlopостачання», «Про ринок електричної енергії», «Про відходи», та підзаконними нормативними актами.

Договори надання житлово-комунальних послуг різноманітні. Так, відповідно до ст. 5. Закону України «Про житлово-комунальні послуги» послуги поділяються на житлові та комунальні.

Житлова послуга – це послуга з управління багатоквартирним будинком, що включає: забезпечення утримання спільного майна багатоквартирного будинку, зокрема, прибирання внутрішньо-будинкових приміщень та прибудинкової території, якщо

прибудинкова територія, за даними Державного земельного кадастру, знаходиться у власності або користуванні співвласників багатоквартирного будинку відповідно до вимог законодавства, виконання санітарно-технічних робіт, обслуговування внутрішньо-будинкових систем (крім обслуговування внутрішньобудинкових систем, що використовуються для надання відповідної комунальної послуги у разі укладення індивідуальних договорів з обслуговування внутрішньобудинкових систем про надання такої послуги, за умовами яких обслуговування таких систем здійснюється виконавцем), утримання ліфтів тощо; купівлю електричної енергії для забезпечення функціонування спільного майна багатоквартирного будинку; поточний ремонт спільного майна багатоквартирного будинку; інші додаткові послуги, які можуть бути замовлені співвласниками багатоквартирного будинку.

Комунальні послуги – це послуги з постачання та розподілу природного газу, постачання та розподілу електричної енергії, постачання теплової енергії, постачання гарячої води, централізованого водопостачання, централізованого водовідведення, поводження з побутовими відходами.

Житлово-комунальні послуги реалізуються шляхом укладення різноманітних договорів купівлі-продажу, виконання робіт, надання послуг. Так, постачання електричної енергії пов'язано з купівлею-продажем електричної енергії через приєднану мережу. За своєю юридичною природою вона не є послугою у змісті ЦК України, як і постачання води, газу до кінцевого споживача послуг. Наприклад, відповідно до ст. 19 Закону України «Про питну воду, питне водопостачання та водовідведення» послуги з централізованого питного водопостачання надаються споживачам підприємством питного водопостачання на підставі договору про надання послуг з питного водопостачання та/або водовідведення. Так само, відповідно до ст. 19 Закону України «Про тепlopостачання» теплогенеруюча організація має право постачати вироблену теплову енергію безпосередньо споживачу згідно з договором купівлі-продажу.

Хоча послуга «вивезення побутових відходів» віднесена законодавцем також до комунальних послуг, проте відповідно до ст. 8. Закону України «Про відходи» власники або наймачі, користувачі

джерел утворення побутових відходів мають укласти договори з виконавцем послуг з вивезення побутових відходів, здійснюють оплату послуг з поводження з побутовими відходами та забезпечують роздільне збирання побутових відходів. Як зазначено у ст. 35-1 Закону України «Про відходи», виконавець послуг з вивезення побутових відходів укладає договори про надання послуг з поводження з побутовими відходами (відходи, що утворюються в процесі життя і діяльності людини в житлових та нежитлових будинках) із споживачами. Але така дія відноситься до виконання робіт, а не до виконання послуг, а особа, яка виробляє тверді та рідкі відходи (побутові відходи, що утворюються у будинку за відсутності централізованого водопостачання та каналізації і зберігаються у вигрібних ямах), не може іменуватися споживачем, а тільки замовником. Як зазначає А. О. Казанцева, не вирішує проблему визначення сутності товару та послуги, їх співвідношення у сфері комунальних послуг⁸³.

Вважаємо, що житлово-комунальна послуга має бути чітко визначена в ЦК України, тим самим буде розмежовано суміжні поняття в житлово-комунальній сфері: виконання робіт та надання послуг, управління будинком та управління житловим комплексом тощо.

2.2. Види договорів, якими забезпечуються житлово-комунальні послуги

Житлово-комунальні послуги регулюються системою договорів, які є підставою виникнення відповідних цивільно-правових зобов'язань, і у цій системі договір надання житлово-комунальних послуг є лише узагальнюючою назвою яка об'єднує різні види договорів. Систематизація договорів про надання житлово-комунальних послуг є важливою для визначення виду зазначених договорів. Позиції щодо виокремлення окремих видів договорів про надання послуг є неоднозначними, зазначає О. Л. Дзюбенко

⁸³ Казанцева А. О. Поняття та види комунальних послуг. *Науковий вісник Ужгородського національного університету Серія: Право*. 2018. Вип. 48. Т. 1. С. 154–155. URL: <https://journals.indexcopernicus.com/api/file/viewByFileId/710782.pdf>

і пояснює це обранням різних критеріїв та відсутністю єдиного підходу у розумінні особливостей послуги⁸⁴.

Будь-яка класифікація ґрунтується на виборі певного класифікаційного критерію, і класифікацію договорів про надання послуг можна здійснити за різними ознаками (критеріями). Найбільш поширеною в цивільному праві є класифікація договорів, виходячи з таких підстав: розподілу обов'язків між сторонами; наявності зустрічного задоволення; моменту виникнення договору⁸⁵.

Залежно від розподілу обов'язків між сторонами на договір про надання житлово-комунальних послуг є двостороннім, обидві сторони наділені правами та обов'язками по відношенню одна до одної. Залежно від моменту виникнення договору – це реальний договір, який вважається укладеним не з моменту досягнення сторонами згоди, а з моменту здійснення певної дії. Договір про надання житлово-комунальних послуг за загальним правилом відноситься до договорів про надання послуг, однак коли за ним, окрім послуг, виконується й робота, він набуває характеру змішаного договору⁸⁶. Діяльність з утримання спільного майна багатоквартирного будинку, зокрема, виконання санітарно-технічних робіт, ремонт ліфтів, ремонт спільного майна багатоквартирного будинку може включати і виконання робіт. Якщо така діяльність включає умови договору підряду, то договір про управління будинком набуває характеру змішаного договору. Л. М. Баранова вважає, що цей договір є різновидом договору про надання послуг, який включає елементи договору про управління майном та договору доручення. Сторони мають право укласти договір, в якому містяться елементи різних договорів (змішаний договір) (ч. 2 ст. 628 ЦК України). Крім того, до відносин сторін у змішаному договорі застосовуються у відповідних частинах положення актів цивільного законодавства про договори, елементи яких містяться у змішаному договорі, якщо

⁸⁴ Дзюбенко О. Л. Особливості та види договорів про надання послуг. *Митна справа*. 2012. № 6. С. 297.

⁸⁵ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Книга первая: общие положения. М.: Статут, 2005. С. 384.

⁸⁶ Гейнц Р. М. Цивільно-правове регулювання відносин за договором про надання комунальних послуг : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2011. С. 4.

інше не встановлено договором або не впливає із суті змішаного договору⁸⁷.

В основу класифікації договорів у сфері надання житлово-комунальних послуг зазвичай покладають класифікацію самих послуг: постачання та розподілу електричної енергії і природного газу, постачання теплової енергії, централізованого постачання гарячої води, централізованого водопостачання та централізованого водовідведення, поводження з побутовими відходами.

Житлово-комунальні послуги також поділяються за функціональним призначенням: 1) централізоване постачання холодної води, централізоване постачання гарячої води, водовідведення, газо- та електропостачання, централізоване опалення; 2) послуги з утримання будинків і споруд та прибудинкових територій (прибирання внутрішньобудинкових приміщень та прибудинкової території, санітарно-технічне обслуговування, обслуговування внутрішньобудинкових мереж, утримання ліфтів, освітлення місць загального користування, поточний ремонт, вивезення побутових відходів тощо); 3) послуги з управління будинком, спорудою або групою будинків (балансоутримання, укладання договорів на виконання послуг, контроль виконання умов договору тощо); послуги з ремонту приміщень, будинків, споруд (заміна та підсилення елементів конструкцій та мереж, їх реконструкція, відновлення несучої спроможності несучих елементів конструкцій тощо).

У свою чергу, Р. М. Гейнц пропонує авторську класифікацію комунальних послуг: за функціональним призначенням на: а) послуги технічного обслуговування (технічне обслуговування загальнобудинкових систем, ліфтів, систем протипожежної автоматики тощо); б) послуги санітарного обслуговування (прибирання сходових кліток, підвалів, горищ, вивезення побутових відходів тощо); в) послуги благоустрою (прибирання і вивезення снігу, поливання дворів, клумб і газонів тощо); за періодом надання на: а) постійні комунальні послуги (надаються впродовж року);

⁸⁷ Баранова Л. М. Проблемні питання договору про надання послуг з управління багатоквартирним будинком. С. 184–185 URL: https://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/14965/1/BARANOVA_182-185.pdf

б) сезонні комунальні послуги (надаються впродовж визначеного періоду); за професійністю послугонадавача на: а) звичайні комунальні послуги, які можуть надаватися особами, для яких наявність спеціальної кваліфікації не є обов'язковою (прибирання сходових кліток, прибудинкових територій тощо); б) кваліфіковані комунальні послуги, які можуть надаватися особами, що мають спеціальну кваліфікацію (профілактичний огляд технічного стану будинку, технічне обслуговування ліфтів, протипожежного обладнання, загальнобудинкових мереж)⁸⁸. С. С. Мирза висловлює спірну позицію, що залежно від ступеня завершеності договір про надання послуг з управління багатоквартирним будинком може бути як попереднім, так і основним⁸⁹, адже мета такого договору отримання послуги.

При класифікації договорів про надання комунальної послуги є підставою для встановлення видового розмаїття групи договорів на надання житлово-комунальних послуг. Житлово-комунальна послуга може входити до предмета одного договору, наприклад, договору електропостачання. Договір про надання житлово-комунальних послуг може унормовувати весь комплекс комунальних послуг, наприклад, договір управління багатоквартирним житловим будинком.

За нормативно закріпленням визначенням житлово-комунальні послуги є результатом господарської діяльності, спрямованої на забезпечення умов проживання та перебування осіб у жилих і нежилых приміщеннях, будинках і спорудах, комплексах будинків і споруд відповідно до нормативів, норм, стандартів, порядків і правил, встановлених законами України «Про житлово-комунальні послуги», «Про відходи», «Про питну воду, питне водопостачання та водовідведення», «Про теплопостачання», «Про особливості здійснення права власності у багатоквартирному будинку», що укладаються згідно з типовими або примірними договорами,

⁸⁸ Гейнц Р. М. Цивільно-правове регулювання відносин за договором про надання комунальних послуг : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2011. С. 4.

⁸⁹ Мирза С. С. Поняття та юридична характеристика договору про надання послуг з управління багатоквартирним будинком. URL: <http://www.pravoznavec.com.ua/period/article/35072/%D1>

затвердженими Кабінетом Міністрів України або іншими уповноваженими законом державними органами. Наприклад, ними є Правила надання послуг з централізованого опалення, постачання холодної та гарячої води і водовідведення та типового договору про надання послуг з централізованого опалення, постачання холодної та гарячої води і водовідведення (постанова Кабінету Міністрів України від 21 липня 2005 р. № 630), Правила надання послуги з управління багатоквартирним будинком та Типовий договір про надання послуги з управління багатоквартирним будинком (постанова Кабінету Міністрів України від 5 вересня 2018 р. № 712) тощо.

За порядком затвердження тарифів житлово-комунальні послуги поділяються на: 1) центральні органи виконавчої влади; 2) національну комісію, що здійснює державне регулювання у сфері комунальних послуг та національну комісію, що здійснює державне регулювання у сфері енергетики; 3) органи місцевого самоврядування.

Слід зауважити, що наведені класифікації не є виключними і містять лише окремі найпоширеніші класифікаційні ознаки, оскільки і в законодавстві відсутній виключний перелік житлово-комунальних послуг. Класифікація цивільно-правових договорів про надання послуг за критерієм предмета договору також не є можливою, і монополісти самостійно його визначають. Серед проблем, які існують, як зазначає А. О. Казанцева, переліки комунальних послуг, які закріплені на рівні нормативного акта, не узгоджуються між собою⁹⁰.

Вважаємо, що класифікація договорів про надання послуг за критерієм предмета договору потребує розкриття характерних особливостей правового регулювання в частині окремих видів договорів надання комунальних і житлових послуг. В науці цивільного (приватного) права пропонуються також й інші види класифікації договорів про надання житлово-комунальних послуг. Пропонується додатково використати у якості критерію класифікації договорів про надання послуг ознаку публічності. Використання даної класифікаційної ознаки доцільне, хоча відповідно до ч. 1 ст. 633 ЦК України

⁹⁰ Казанцева А. О. Поняття та види комунальних послуг. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія: Право.* 2018. Вип. 48. Т.1. С. 154–155. URL: <https://journals.indexcopernicus.com/api/file/viewByFileId/710782.pdf>

договір про надання житлово-комунальних послуг прямо не включений до групи публічних договорів, але цей список не є остаточним. Вважаємо, що договори про надання житлово-комунальних послуг належать до публічних договорів.

Загальною нормою, що містить основні положення про публічний договір, є стаття 633 ЦК України. На доповнення до неї діють спеціальні норми, які регулюють конкретні види публічних договорів. Спеціальні закони та підзаконні акти, ухвалені для розвитку норм щодо публічного договору, здійснюють детальне регулювання найважливіших положень для деяких договорів.

На думку В. І. Дрішлюка, ознаками публічного договору є: однією зі сторін договору є підприємець; предмет діяльності підприємця становить: продаж товарів, виконання робіт або надання послуг; підприємець дотримується таких обов'язкових умов: а) укладає договір із кожним контрагентом, що звернувся; б) не надає переваги одній особі перед іншою, крім випадків, передбачених законом та іншими правовими актами; в) продає товари, виконує роботи і надає послуги на однакових умовах для всіх споживачів, за винятком випадків, коли законом та іншими правовими актами допускається надання пільг для окремих категорій споживачів (ч. 2, 3 статті 633 ЦК України); умови договору повинні відповідати правилам, установленим законодавчими та іншими нормативними актами; порушення вимог, установлених законом для підприємця, спричиняє негативні наслідки у вигляді відшкодування контрагенту збитків, заподіяних необґрунтованою відмовою в укладенні договору⁹¹.

Вважаємо, що група договорів із надання комунальних послуг з постачання теплової енергії, постачання гарячої води, централізованого водопостачання, централізованого водовідведення та поводження з побутовими відходами, а також відносини, що виникають у процесі надання послуг з постачання та розподілу електричної енергії і природного газу у багатоквартирних житлових будинках, відповідають ознакам публічних договорів.

⁹¹ Дрішлюк В. І. Публічний договір (цивільно-правовий аспект) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2007. С. 9.

Наприклад, одним із вищезазначених є договір енергопостачання. Система енергопостачання зазнала змін згідно із Законом України «Про ринок електричної енергії», з 1 січня 2019 року забезпечення населення електроенергією у кожному регіоні здійснюють дві окремі компанії – постачальник електроенергії та оператор системи розподілу (ОСР). ОСР займається технічним розподілом електроенергії, постачальник продає її клієнтам. Відповідно до п. 11, 12 ч. 1 ст. 4 вищезазначеного Закону учасники ринку електричної енергії провадять свою діяльність на ринку електричної енергії на договірних засадах, і для забезпечення функціонування ринку електричної енергії укладаються договори, серед яких є договір про приєднання до системи передачі та договір про приєднання до системи розподілу. Відповідно до п. 6 ст. 6 серед основних завдань Регулятора (Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг) на ринку електричної енергії є забезпечення простих і необтяжливих умов приєднання та доступу до електричних мереж для нових користувачів системи, зокрема усунення бар'єрів, що можуть перешкоджати доступу нових покупців та виробників електричної енергії, у тому числі тих, що здійснюють виробництво електричної енергії з альтернативних джерел енергії, шляхом встановлення порядку формування плати за приєднання до системи передачі та систем розподілу відповідно до цього Закону. А відповідно до п. 13 перехідних положень вищезазначеного закону фактом приєднання споживача до умов договору постачання універсальних послуг (акцептування договору) є вчинення споживачем будь-яких дій, що засвідчують його бажання укласти договір, зокрема надання підписаної заяви про приєднання, оплата рахунку постачальника універсальної послуги та/або факт споживання електричної енергії⁹².

Розмежування приватного й публічного завжди належало до наукових проблем цивільно-правової науки, актуальність яких не втрачалась із часом⁹³. Приватне право не може обійтися без

⁹² Про ринок електричної енергії : Закон України від 13.04.2017 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2019-19> (дата звернення: 15.01.2021 р.).

⁹³ Дрішлюк В. І. Щодо поєднання публічного та приватного в договірному праві України (на прикладі публічного договору). *Університетські наукові записки*. 2006. № 2. С. 155.

використання низки імперативних правил, у тому числі заборон, певною мірою обмежуючи самостійність та ініціативу учасників відносин. Такі обмеження можуть встановлюватися в інтересах як окремих груп осіб, так і в загальних інтересах⁹⁴. Стаття 633 ЦК України, яка регламентує порядок укладання та виконання публічного договору, є одним із таких випадків обмеження приватних інтересів підприємця в інтересах захисту та гарантування прав більш економічно слабкої сторони договору – споживача.

Визнаючи суспільну значимість інтересів споживачів, законодавець надає якість публічності певним цивільно-правовим договорам. У силу ст. 633 ЦК України підприємницькі договори, що встановлюють обов'язки із продажу товарів, виконання робіт або надання послуг (які для таких організацій є професійною діяльністю й повинні здійснюватися стосовно кожного, хто до них звернувся), визнаються публічними. При цьому «публічність» істотно впливає на зміст відповідних правовідносин, ціноутворення й порядок укладення таких договорів. Отже, публічний характер деяких цивільно-правових підприємницьких договорів коректує цивілістичні засади регулювання відповідних соціальних зв'язків, обмежуючи диспозитивність та ініціативність господарюючих суб'єктів⁹⁵. Публічний договір в якості сукупності цивільно-правових норм, що регулюють договірні правовідносини, які виникають у житлово-комунальній сфері, де є економічна нерівність сторін, вимагає встановлення додаткових правових гарантій для більш слабкої сторони – споживача.

2.3. Умови та укладення договору про надання житлово-комунальних послуг

Договір про надання житлово-комунальних послуг не знайшов належного відображення у цивільному законодавстві України, в якому хоч і закріплено положення про те, що житлово- комунальні

⁹⁴ Суханов Е. А. О проблемах становления и развития российского частного права. *Гражданско-правовые записки*. 2004. № 3. С. 27.

⁹⁵ Дрішлюк В. І. Щодо поєднання публічного та приватного в договірному праві України (на прикладі публічного договору). *Університетські наукові записки*. 2006. № 2. С. 157.

послуги повинні надаватися виключно на підставі договору, однак не визначено такий договір як окремий тип, вид. Договір про надання житлово-комунальних послуг є пойменованим договором, але не вистачає нормативного наповнення таких договорів. Відповідно до ст. 12. Закону України «Про особливості здійснення права власності у багатоквартирному будинку» надання житлово-комунальних послуг здійснюється виключно на договірних засадах. Для різних моделей організації договірних відносин розрізняють: індивідуальний договір, індивідуальний договір з обслуговування внутрішньобудинкових систем, колективний договір.

Житлово-комунальні послуги здійснюються на підставі цивільно-правових договорів, за яким одна сторона – виконавець (виробник) зобов'язується надати житлово-комунальні послуги, а споживач зобов'язується оплатити надані послуги. Поняттям споживачі охоплюються колективний споживач, індивідуальний споживач (співвласник багатоквартирного будинку, власник будівлі, власник індивідуального садибного житлового будинку) та колективний споживач. Назви сторін договору «споживач, виробник», що вживаються в Законі та підзаконних нормативних актах, не можуть використовуватися для найменування сторони договору про надання житлово-комунальних послуг. Особливість надання послуг виявляється в тому, що особа, яка її «виробляє», може «передати» послугу через посередника, а той розподіляє її серед замовників послуги.

Договори про надання житлово-комунальних послуг укладаються відповідно до типових або примірних договорів, затверджених Кабінетом Міністрів України або іншими уповноваженими законом державними органами відповідно до закону. Так, ст. 11 Закону України «Про житлово комунальні послуги» передбачає, що договір укладається згідно з типовим договором. Укладення договору є обов'язковим на підставі Закону, зміст договору повинен відповідати типовому договору.

Договір на надання житлово-комунальних послуг має відповідати типовому договору із задалегідь визначеними умовами. Одні з умов, зазначених у типовому договорі, є обов'язковими для сторін, інші – мають рекомендаційний характер. Типовий договір про

надання послуг з централізованого опалення, постачання холодної та гарячої води і водовідведення затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 21 липня 2005 р. № 630. На практиці укладення договору з надання житлово-комунальних послуг відбувається на підставі публічного договору, умов якого розробляються самим надавачем (виконавцем) послуг. Тому можна зробити висновок, що виконавець нав'язує свої умови, оскільки споживач не впливає на розробку положень договору. Проте, договір однозначно доводиться підписувати споживачу послуги. Аналізуючи вищезазначені положення, стає зрозумілим, що споживачі укладають договори енергопостачання як договори приєднання у письмовій формі шляхом підписання заяви про приєднання або конклюдентними діями. Прикладом такої заяви є заява-приєднання Товариства з обмеженою відповідальністю «Київські енергетичні послуги» із комерційною назвою «Ясно». Підписання заяви-приєднання є фактично укладенням договору приєднання, що відображає волевиявлення особи щодо приєднання до договору.

Щодо договору теплопостачання, як і всіх інших договорів комунальних послуг, існує певне порушення прав сторони, що приєднується щодо нарахування сум грошових коштів за користування надаваними послугами, а саме: за відсутності лічильників у сторони, що приєднується, нарахування відбуватиметься відповідно до загальних лічильників будинку, що часто стає причиною переплати споживачів, на що також впливає зношеність комунікацій. А через фактичну відсутність конкуренції на ринку домінуюча сторона у договорах про надання комунальних послуг не має мотивації щодо зміни умов договору.

Предметом договору про надання житлово-комунальних послуг є житлово-комунальні послуги, отримання яких забезпечується шляхом здійснення окремих видів діяльності. Предмет договору про надання житлово-комунальних послуг повинен бути деталізований по групах шляхом зазначення переліку послуг, які виконавець зобов'язується надавати замовнику. Такий перелік може бути зазначений безпосередньо у тексті договору або у додатку до нього. Предмет даного договору, як правило, має складний характер, оскільки полягає у поєднанні різної діяльності, кожна з яких може бути об'єктом окремого договірного зобов'язання. Однак всі

складові житлово-комунальних послуг об'єднані єдиною метою – підтримання належного стану житлового будинку. Тому Р. М. Гейнц доводить, що при укладенні договору про надання комунальних послуг окремих власник житлового (нежитлового) приміщення багатоквартирного будинку не може самостійно обрати виконавця та перелік комунальних послуг, які він хоче отримувати⁹⁶.

Предметом договору про надання житлово-комунальних послуг охоплюється діяльність виконавця послуги по досягненню належного результату, оскільки в результаті виконання дій має забезпечуватися якість, що полягає у дотриманні стандартів та норм, що визначені нормативними актами.

Відповідно до Закону України «Про житлово-комунальні послуги» істотними умовами договору про надання житлово-комунальної послуги є: 1) перелік послуг; 2) вимоги до якості послуг; 3) права і обов'язки сторін; 4) відповідальність сторін за порушення договору; 5) ціна послуги; 6) порядок оплати послуги; 7) порядок і умови внесення змін до договору, в тому числі щодо ціни послуги; 8) строк дії договору, порядок і умови продовження його дії та розірвання. Крім істотних умов договір може містити інші умови за згодою сторін. Договір не може містити умов, що вводять додаткові види оплати послуг, не передбачені типовими договорами на надання житлово-комунальних послуг, затвердженими Кабінетом Міністрів України. Головною істотною умовою договору про надання послуг є предмет договору. Предмет договору про надання комунальних послуг за юридичною кваліфікацією дій, що здійснюються в межах договірного зобов'язання, як правило, є складним, оскільки охоплює різні їх види. Кожна окрема дія (діяльність) має свої особливості, що зумовлюють створення відповідного економічного результату, і може бути об'єктом окремого договірного зобов'язання. Разом з тим їх об'єднує мета, з якою вони надаються: підтримання належного санітарно-гігієнічного, технічного стану житлового будинку та прибудинкової території⁹⁷.

⁹⁶ Гейнц Р. М. Цивільно-правове регулювання відносин за договором про надання комунальних послуг : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2011. С. 4.

⁹⁷ Там само.

Заслуговує на увагу позиція С. С. Мирзи, яка пропонує скорочений перелік істотних умов договору, про зміст договору про надання послуг з управління багатоквартирним будинком: предмета, строку, розміру та форми оплати, яку власник зобов'язаний виплатити управителю за надання останнім послуг з управління, за умови, що на таких умовах наполягає хоча б одна зі сторін⁹⁸.

Водночас, строк не є істотною умовою договору про надання житлово-комунальних послуг, оскільки потреба в комунальних послугах є систематичною і постійною, а тому такі договори в більшості укладаються безстроково. Істотною також названа умова про ціну послуги; порядок оплати послуги; порядок і умови внесення змін до договору, в тому числі щодо ціни послуги. Ціна договору про надання комунальних послуг визначається як сукупність вартостей (тарифів) кожної окремої комунальної послуги. Згідно з п. 3 ст. 1 Закону України «Про державне регулювання у сфері комунальних послуг» тарифи на комунальні послуги включають тарифи на теплову енергію, її виробництво, транспортування теплової енергії магістральними та місцевими (розподільними) тепловими мережами, постачання теплової енергії, тарифи на централізоване водопостачання та централізоване водовідведення, тарифи на послуги з постачання теплової енергії, на послуги з постачання гарячої води, послуги з централізованого водопостачання, послуги з централізованого водовідведення. Стаття 2 Закону України «Про державне регулювання у сфері комунальних послуг» встановлює, що органом державного регулювання у сфері комунальних послуг є національна комісія, яка здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг і визначається Законом України «Про Національну комісію, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг».

Так само, ч. 4 ст. 11 Закону України «Про особливості здійснення права власності у багатоквартирному будинку» істотними умовами договору про надання послуг з управління багатоквартирним будинком визначено: 1) перелік послуг; 2) вимоги до якості

⁹⁸ Мирза С. С. Зміст договору про надання послуг з управління багатоквартирним будинком: реалії сьогодення. URL: http://dspace.oduvs.edu.ua/bitstream/123456789/1074/1/%D0%9C%D0%B8%D1%80%D0%B7%D0%B0_2_2017.pdf (дата звернення: 10.08.21).

послуг; 3) права і обов'язки сторін; 4) відповідальність сторін за порушення договору; 5) ціна послуг; 6) порядок оплати послуг; 7) порядок і умови внесення змін до договору; 8) строк дії договору, порядок і умови продовження дії та розірвання договору.

Окремі, додаткові істотні умови договору про надання послуг з питного водопостачання та/або централізованого водовідведення встановлені ст. 20 Закону України «Про питну воду, питне водопостачання та водовідведення», це режим надання послуг; обсяги питного водопостачання за нормативами питного водопостачання; порядок надання послуг з водовідведення; розмір та порядок оплати послуг централізованого водопостачання і водовідведення; права та обов'язки сторін договору; відповідальність сторін договору.

Слід констатувати, що не всі з вищезазначених умов, визначених у ст. Закону України «Про житлово-комунальні послуги», мають визнаватися істотними. З огляду на це пропонується звести перелік істотних умов даного договору до таких: 1) предмет договору (перелік комунальних послуг, які послугонадавач зобов'язується надавати замовнику); 2) порядок оплати; 3) строки надання окремих комунальних послуг. Описові ознаки предмета будь-якого договору дозволяють з точки зору науки цивільного права визначитись з місцем такого договору у системі цивільно-правових відносин⁹⁹.

Договір на надання житлово-комунальних послуг набирає чинності з моменту його укладення. У разі якщо виконавець не є виробником, відносини між ним та виробником регулюються окремим договором. У разі зникнення потреби в отриманні послуги або відмови споживача від користування послугою виконавця споживач має право розірвати договір у порядку, встановленому законом. Діяльність з надання послуг з централізованого опалення, послуг з централізованого постачання холодної води, послуг з централізованого постачання гарячої води, послуг з водовідведення є комплексною, що забезпечують безпечно і комфортно проживання у житлі, відповідно до упорядкованості кожного населеного пункту.

⁹⁹ Мирза С. С. Цивільно-правова відповідальність сторін за договором про надання послуг з управління багатоквартирним будинком. *Вісник Харківського Національного університету внутрішніх справ*. 2008. № 41. С. 289.

2.4. Сторони договору у сфері надання житлово-комунальних послуг

Сторони договору в науці традиційно розкриваються через поняття «суб'єктний склад правовідносин». Під суб'єктним складом правовідносин у науці розуміють коло конкретних їх учасників (фізичних та юридичних осіб), які мають права та обов'язки стосовно один одного, тож перебувають в юридичному зв'язку між собою з приводу певного об'єкта правовідносин¹⁰⁰. Згідно зі ст. 901 ЦК України сторонами договору про надання послуг є виконавець та замовник.

Відповідно до ст. 12 Закону України «Про житлово-комунальні послуги» надання житлово-комунальних послуг здійснюється виключно на договірних засадах. Договори про надання комунальних послуг можуть затверджуватися окремо для різних моделей організації договірних відносин (індивідуальний договір, індивідуальний договір з обслуговуванням внутрішньобудинкових систем, колективний договір) та для різних категорій споживачів (індивідуальний споживач (співвласник багатоквартирного будинку, власник будівлі, у тому числі власник індивідуального садибного житлового будинку), колективний споживач).

За суб'єктним складом учасників договору про надання житлово-комунальних послуг можна поділити на юридичних осіб: 1) підприємства, установи або організації, у повному господарському віданні або оперативному управлінні яких перебуває житловий фонд і до обов'язків яких належить надання споживачам послуг; 2) об'єднання співвласників багатоквартирних будинків, житлово-будівельні кооперативи та інші об'єднання власників житла, яким передано право управління багатоквартирними будинками та забезпечення надання послуг на підставі укладених ними договорів та фізичних осіб: власники будинків, що перебувають у приватній власності, індивідуальні та колективні споживачі житлово-комунальних послуг. Споживачем комунальної послуги є тільки людина (фізична особа), яка здійснює кінцеве

¹⁰⁰ Курченко С. В. Суб'єктний склад правовідносин, що виникають з договору постачання природним газом через приєднану мережу. *Форум права*. 2013. № 1. С. 571.

споживання комунальної послуги для власних потреб та потреб своєї сім'ї та є стороною договору про надання відповідної комунальної послуги як споживач. Споживачем є також об'єднання співвласників багатоквартирного будинку, яке представляє інтереси співвласників. Представляти інтереси споживачів може управитель, який уклав відповідний договір про надання комунальної послуги в інтересах співвласників згідно із Законом України «Про житлово-комунальні послуги». Отже, відповідно до положень чинних нормативно-правових документів суб'єктами договору про надання послуг виступають управитель, виконавці комунальних послуг, які є виконавцями відповідно до ст. 901 ЦК України, та споживач, що є замовником послуги відповідно до ст. 901 ЦК України. Фізична особа, яка споживає житлово-комунальні послуги, є власник (наймач, орендар) житлового приміщення (квартири), члени його сім'ї, інші особи, що проживають у житловому приміщенні.

Сторони договору наділені взаємними правами та обов'язками. Права та обов'язки учасників правовідносин у сфері надання житлово-комунальних послуг відповідно до ст. 6. Закону України «Про житлово-комунальні послуги» розподіляються за групами: 1) споживачі (індивідуальні та колективні); 2) управитель; 3) виконавці комунальних послуг. Т. Д. Суярко додатково визначає коло суб'єктів договору управління житлом: а) управитель – фізична, юридична особа – суб'єкт підприємницької діяльності; б) установник управління – фізична, юридична особа – власник житла, об'єднання власників житла або уповноважена власником особа (наймач, користувач); в) вигодонабувач – фізична особа, яка користується житлом: власник житла, наймач за договором найму (оренди), користувач за договором позички, члени сім'ї власника житла, які не є його співвласниками (ст. 156 ЖК УРСР), особи, які користуються житлом на підставі заповідального відказу (ст. 1238 ЦК України)¹⁰¹.

Житлово-комунальна послуга споживається, як правило, не однією особою, яка безпосередньо укладає договір про надання комунальних послуг зі сторони споживача, а багатьма (наприклад,

¹⁰¹ Суярко Т. Д. Договір управління житлом: цивільно-правовий аспект : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Харків, 2008. С. 6–7.

членами сім'ї споживача, наймачами, іншими особами). Суб'єктний склад цивільних правовідносин за договором про надання послуг деталізований у положеннях Закону України «Про житлово-комунальні послуги». Проте не враховує осіб, які користуються житлом на підставах, передбачених законом, зокрема, члени сім'ї власника житла, які не є його співвласниками (ст. 156 ЖК УРСР), особи, які користуються житлом на підставі заповідального відказу (ст. 1238 ЦК України).

Споживачі. Стаття 1 Закону України «Про ринок електричної енергії» визначає: побутовий споживач – це індивідуальний побутовий споживач (фізична особа, яка використовує електричну енергію для забезпечення власних побутових потреб, що не включають професійну та/або господарську діяльність) або колективний побутовий споживач (юридична особа, створена шляхом об'єднання фізичних осіб – побутових споживачів, яка розраховується за електричну енергію за показами загального розрахункового засобу обліку в обсязі електричної енергії, спожитої для забезпечення власних побутових потреб таких фізичних осіб, що не включають професійну та/або господарську діяльність). Стаття 61 Закону України «Про ринок електричної енергії» навіть додатково вводить нову категорію – «вразливий споживач».

Виконавці. Виконавцем у договорі про надання комунальних послуг є особа, яка спеціалізується на наданні окремих послуг або перерозподіляє їх. Виконавцями можуть бути юридичні особи незалежно від форм власності або фізичні особи – підприємці. Здійснення окремих видів діяльності, що відносяться до комунальних послуг, потребує отримання спеціального дозволу – ліцензії.

Управитель. Співвласники житлових приміщень можуть делегувати частину або всі повноваження по утриманню будинку колективному споживачу, управителю. У випадку, якщо надання житлово-комунальних послуг не є предметом її діяльності, то на стороні замовника буде виступати така особа (орган управління товариства співвласників житла, орган управління житлового кооперативу, управитель). При цьому управитель може виступати і виконавцем житлово-комунальних послуг. У цьому випадку договір на надання житлово-комунальних послуг у багатоквартирному будинку

укладається між власником квартири, орендарем чи квартиронаймачем та балансоутримувачем будинку, уповноваженою ним особою. Правила надання послуги з управління багатоквартирним будинком, затверджені постановою Кабінету Міністрів України від 5 вересня 2018 р. № 712, визначають, що послуга з управління включає: утримання спільного майна багатоквартирного будинку, зокрема, прибирання внутрішньобудинкових приміщень та прибудинкової території, виконання санітарно-технічних робіт, обслуговування внутрішньобудинкових систем, утримання ліфтів тощо; купівлю електричної енергії для забезпечення функціонування спільного майна багатоквартирного будинку; поточний ремонт спільного майна багатоквартирного будинку. Управитель від імені, в інтересах та за рахунок співвласників укладає з виконавцем комунальної послуги колективні договори про надання таких послуг і забезпечує виконання умов колективних договорів та контроль якості цих послуг. Окремий договір повинен містити: порядок ведення управителем обліку обсягу спожитої комунальної послуги та їх оплати, у тому числі стосовно кожного співвласника; порядок та умови здійснення управителем розподілу між співвласниками обсягу спожитої комунальної послуги відповідно до законодавства; розмір та порядок фінансування витрат управителя, пов'язаних з укладенням та виконанням такого колективного договору; порядок перерахування співвласниками коштів для оплати спожитих обсягів відповідної комунальної послуги на поточний рахунок із спеціальним режимом використання, відкритий управителем; розмір та порядок внесення управителю плати за організацію укладення та виконання такого колективного договору, якщо необхідність внесення цієї плати погоджена управителем та співвласниками; інші умови, погоджені управителем та співвласниками.

Залежно від певних спеціальних ознак сторін, що закріплені чинним законодавством, можливості використання тієї чи іншої договірної моделі можуть бути встановлені додаткові вимоги. Виконавцем договору може виступати тільки визначений учасник цивільного обороту. Споживачі, як сторона договору, можуть змінюватися, залишаючи сам договір та умови, що входять до змісту зобов'язання, незмінними.

Права та обов'язки сторін договору про надання житлово-комунальних послуг закріплюються не лише в договорі, а й у Законі України «Про житлово-комунальні послуги» та постановою Кабінету Міністрів України від 21 липня 2005 р. № 630 «Про затвердження Правил надання послуг з централізованого опалення, постачання холодної та гарячої води і водовідведення та типового договору про надання послуг з централізованого опалення, постачання холодної та гарячої води і водовідведення», інших нормативно-правових актах.

Основним обов'язком виконавця послуги є забезпечення надання визначених у договорі комунальних послуг відповідно до умов договору та вимог чинного законодавства з дотриманням періодичності та строків їх надання. Виконавець має право на отримання плати за надані послуги, розмір якої визначений умовами договору. Замовник має право на своєчасне отримання комунальних послуг відповідної якості згідно із умовами договору, які він зобов'язаний оплатити у строк, визначений законодавством, якщо інше не передбачено договором. За договором про надання послуг одна сторона (виконавець) зобов'язується за завданням другої сторони (замовника) надати послугу, яка споживається в процесі вчинення певної дії або здійснення певної діяльності, а замовник зобов'язується оплатити виконавцеві зазначену послугу, якщо інше не встановлено договором (стаття 901 ЦК України). Відповідно до положень статті 7 Закону України «Про житлово-комунальні послуги» споживач (індивідуальний, колективний споживач) зобов'язаний оплатувати послуги згідно з нормативами споживання.

За договором виконавець зобов'язується своєчасно надавати споживачеві відповідної якості послуги з централізованого опалення, постачання холодної та гарячої води і водовідведення, електричної енергії, а споживач має передавати показання квартирних засобів обліку, що щомісяця знімаються споживачами та зазначаються в платіжному документі, наданому виконавцем, або надаються виконавцю будь-яким іншим способом (за допомогою телефонного зв'язку, електронних сервісів, запроваджених виконавцем, тощо).

2.5. Зміна та припинення договору про надання житлово-комунальних послуг

До договорів про надання житлово-комунальних послуг застосовуються загальні положення ЦК України, якими врегульовані питання зміни і розірвання договорів (ст. 651 «Підстави для зміни або розірвання договору», ст. 652 «Зміна або розірвання договору у зв'язку з істотною зміною обставин», ст. 653 «Правові наслідки зміни або розірвання договору», ст. 654 «Форма зміни або розірвання договору»). Існує потреба у належному регулюванні відносин, що виникають у зв'язку зі зміною та розірванням договорів про надання житлово-комунальних послуг відповідно до норм ЦК України. Проте статтями 13–15 Закону України «Про особливості здійснення права власності у багатоквартирному будинку» встановлені особливості зміни і припинення договорів про надання житлово-комунальних послуг та визначаються основні права та обов'язки сторін договору.

Розглянемо особливості зміни умов цивільно-правових договорів про надання послуг. Одностороння зміна умов договору про надання послуг є незаконною, оскільки суперечить положенням ЦК України та спеціальних законів України, в тому числі Закону України «Про захист прав споживачів».

Відповідно до ст. 1 Закону України «Про захист прав споживачів» споживач – фізична особа, яка придбає, замовляє, використовує або має намір придбати чи замовити продукцію для особистих потреб, безпосередньо не пов'язаних з підприємницькою діяльністю або виконанням обов'язків найманого працівника.

Відповідно до ч. 1 ст. 203 ЦК України зміст правочину не може суперечити ЦК України, іншим актам цивільного законодавства, а також моральним засадам суспільства. Виходячи зі змісту ст. 217 ЦК України, недійсність окремої частини правочину не має наслідком недійсність інших його частин і правочину в цілому, якщо можна припустити, що правочин був би вчинений і без включення до нього недійсної частини. Стаття 18 Закону України «Про захист прав споживачів» передбачає порядок та підстави визнання недійсними умови договорів, що обмежують права споживача. Так, відповідно

до ч. 2 ст. 18 Закону України «Про захист прав споживачів» умови договору є несправедливими, якщо всупереч принципу добросовісності його наслідком є істотний дисбаланс договірних прав та обов'язків на шкоду споживача. Договір визначає для сторін нерівний юридичний статус, оскільки наділяє виконавця правом в односторонньому порядку змінювати умови, які встановлені як істотні тому, що вони стосуються його ціни. Відповідно до ч. 3 ст. 18 Закону України «Про захист прав споживачів» несправедливими є умови: про надання продавцю (виконавцю, виробнику) права в односторонньому порядку змінювати умови договору на власний розсуд або на підставах, не зазначених у договорі. Таким чином, пункт договору про односторонню зміну тарифів є несправедливим.

Таким чином, одна сторона не може змінити або відмовитися від договору. ЦК України дозволяє відмовитися від виконання договору тільки у разі, якщо істотно змінилися обставини (ст. 652 ЦК України «Зміна або розірвання договору у зв'язку з істотною зміною обставин»). У зазначеному випадку питання полягає у визнанні зміни тарифів для споживачів істотною зміною обставин, мається на увазі зміна тарифів.

В договорах визначено перелік підстав для розірвання договору або відмови від його виконання, правові наслідки для обох сторін у разі його розірвання, наприклад, договір про надання послуг (ст. 907 ЦК України «Розірвання договору про надання послуг»). Аналізуючи вищесказане, доходимо висновку про необхідність врегулювання цього питання, оскільки надавач житлово-комунальних послуг може відмовитися від виконання зобов'язання за договором тільки у встановлених законом випадках.

Договір про надання житлово-комунальних послуг є окремим видом цивільно-правових договорів, який поєднує як загальні ознаки, властиві будь-якому цивільно-правовому договору про виконання робіт чи надання послуг, так і особливі, оскільки такий договір є комплексним, а може і змішаним договором про надання послуг. ЦК України не встановлюються правила про припинення договору, які поширювались би на всі види цивільно-правових договорів, такими обставинами можуть бути закінчення строку договору, у разі неможливості виконання договору. Мається

на увазі об'єктивні підстави, через які подальша дія договору або виконання договору сторонами стає неможливими. Слід зазначити, що загальні положення про припинення договору не узгоджуються з положеннями, що регулюють відносини у зв'язку з припиненням надання житлово-комунальної «соціальної» послуги. З огляду на зазначене, є необхідність в уніфікації загальних норм договірного права про припинення договорів з нормами спеціального законодавства для забезпечення єдності правового регулювання відносин, що виникають у зв'язку з припиненням договорів про надання житлово-комунальних послуг.

Серед випадків, що передбачені главою 50 ЦК України «Припинення зобов'язання», договір про надання житлово-комунальних послуг може бути припинений: виконанням (ст. 599 ЦК України); неможливістю виконання зобов'язання (ст. 607 ЦК України); смертю фізичної особи (ст. 608 ЦК України). Виконання як спосіб припинення зобов'язання є нормальним, якщо припинилася потреба у споживанні послуг (перехід індивідуального споживача автономної житлової будівлі на автономне опалення, електро-, водо-, тощо забезпечення).

Під належним виконанням зобов'язання розуміємо «виконання належній особі, у належному місці, у належний строк (термін), з додержанням усіх інших вимог і принципів виконання зобов'язань»¹⁰².

До питання припинення договору про надання житлово-комунальних послуг через смерть фізичної особи слід зазначити, що загальні положення зобов'язального права визначають те, що «зі смертю кредитора або боржника зобов'язання, як правило, не припиняється; права та обов'язки за зобов'язанням за загальним правилом є об'єктами спадкування і, як такі, переходять до спадкоємців»¹⁰³. Однак відповідно до ч. 2 ст. 608 ЦК України зобов'язання припиняється смертю кредитора, якщо воно є нерозривно пов'язаним з особою кредитора.

¹⁰² Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: у 2-х т. Т. 2 / за ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. 3-є вид., перероб. і допов. К. : Юрінком Інтер, 2008. С. 120.

¹⁰³ Новицький І. Б., Лунц Л. А. Общее учение об обязательствах. М. : Юрид. лит., 1950. С. 407.

Порядок і наслідки розірвання договору про надання послуг визначаються законом. Враховуючи викладене, можемо дійти висновку про те, що, як правило, регулювання питань зміни та розірвання договору про надання житлово-комунальних послуг здійснюється не загальними положеннями про припинення зобов'язань, а спеціальним законодавством. Особливістю надання житлово-комунальних послуг є те, що коли участь однієї із сторін у договорі стає неможливою, договір не може залишатися чинним. Тому існує необхідність зазначити серед підстав припинення договору про надання послуг також смерть фізичної особи або втрата нею дієздатності. Припинення договору про надання послуг тягне за собою переукладення договору з іншими суб'єктами.

Слід зазначити про невідповідність норми ст. 907 ЦК України, оскільки до нормативних актів, якими врегульовані питання, що виникають під час укладення, виконання, зміни, розірвання договору про надання житлово-комунальних послуг, входять не лише акти законодавства, а також підзаконні нормативні документи, вимоги яких носять загальнообов'язковий характер.

Аналіз нормативно-правового регулювання питань зміни та припинення (розірвання) договорів про надання послуг свідчать про необхідність встановлення особливого переліку підстав для зміни та припинення (розірвання) договорів про надання житлово-комунальних послуг. Вважаємо, що у договорі про надання житлово-комунальних послуг має бути наведений мінімальний перелік підстав для припинення (розірвання) такого договору, а саме: втрата чинності ліцензії на надання відповідних послуг, закінчення строку дії здійснення відповідного виду господарської діяльності; заборгованість споживача за надані послуги; відмова споживача від отримання послуг за зміненим тарифом.

Щодо питання визначення у договорі про надання житлово-комунальних послуг переліку підстав для зміни такого договору слід зазначити, що передбачені підстави пов'язані із припиненням надання послуг у випадках, встановлених спеціальним законом. Проте розірвати договір про надання житлово-комунальних послуг пов'язано із певною специфікою. Для надання різних видів житлово-комунальних послуг начебто можна обирати різних

надавачів послуг. Але зауважимо, що надання такого виду житлово-комунальних послуг, як водопостачання різними надавачами послуг, не є можливим. Так само, договір про теплопостачання, скоріш за все, не вдасться розірвати шляхом подання заяви про це у зв'язку із відмовою теплопостачальної організації, обґрунтованої складністю самого процесу відключення від приєднаної мережі окремо взятого споживача. Проте можливість відключення від центрального опалення, як і водопостачання, передбачена Постановою Кабінету Міністрів України «Про затвердження Правил надання послуг з централізованого опалення, постачання холодної та гарячої води і водовідведення та типового договору про надання послуг з централізованого опалення, постачання холодної та гарячої води і водовідведення» від 21 липня 2005 р. № 630 зі змінами, а саме, п. 24 та 26. Проте п. 26 встановлює специфіку – «відключення споживачів від мереж централізованого опалення та постачання гарячої води здійснюється у разі, коли технічна можливість такого відключення передбачена затвердженою органом місцевого самоврядування відповідно до Закону України «Про теплопостачання» схемою теплопостачання, за умови забезпечення безперебійної роботи інженерного обладнання будинку та вжиття заходів щодо дотримання в суміжних приміщеннях вимог будівельних норм і правил з питань проектування житлових будинків, опалення, вентиляції, кондиціонування, будівельної теплотехніки; державних будівельних норм з питань складу, порядку розроблення, погодження та затвердження проектної документації для будівництва, а також норм проектування реконструкції та капітального ремонту в частині опалення»¹⁰⁴. Невиконання умов договору як підстава його розірвання повинна застосовуватись лише у випадках істотного порушення за таким договором.

У разі порушення виконавцем умов договору споживач має право викликати його представника для складення претензії, в якій зазначаються строки, види, показники порушень тощо. В спеціальних законах про надання житлово-комунальних послуг істотною

¹⁰⁴ Сергієнко В. В. Договір приєднання як джерело регулювання відносин постачання тепловою енергією споживачів. *Право і безпека*. 2012. № 3(45). С. 323–326.

названа умова про відповідальність сторін за порушення договору, водночас умови цивільно-правової відповідальності мають встановлюватися за загальними правилами, визначеними ЦК України. Невиконання умов договору однією зі сторін необхідно розглядати, насамперед, як підставу для застосування цивільно-правової відповідальності. Т. Д. Суярко визначає умови відповідальності за договором управління житлом: « На відміну від загальних уявлень про те, що цивільно-правова відповідальність виникає за наявності чотирьох умов, відповідальність за договором управління житлом може виникати: а) за наявності трьох умов (протиправна поведінка, шкода, причинний зв'язок між ними); б) однієї умови (протиправна поведінка). У першому випадку відповідальність полягає у відшкодуванні збитків та/або сплаті неустойки; у другому – лише у сплаті неустойки»¹⁰⁵. Підсумовуючи викладене, констатуємо, що спеціальному законодавству України в сфері надання житлово-комунальних послуг притаманні системні недоліки, що виявляються у наявності суперечностей між ЦК України, окремими правовими актами, а також нормами в межах одного закону та підзаконних нормативних актів.

¹⁰⁵ Суярко Т. Д. Договір управління житлом: цивільно-правовий аспект : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Харків, 2008. С. 6–7.

РОЗДІЛ 3. ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН ІЗ НАДАННЯ ТРАНСПОРТНИХ ПОСЛУГ

3.1. Законодавство, яке регулює надання транспортних послуг

В доктрині цивільного права правове регулювання традиційно розуміються як вплив суб'єкта правового регулювання (учасників цивільних відносин або держави) на цивільні суспільні відносини шляхом встановлення норм цивільного права (договірного і статутного) та їх реалізації з метою упорядкування вказаних відносин відповідно до ідеальних моделей, закладених у цих нормах¹⁰⁶. Ефективність правового регулювання певним чином зумовлена ефективністю правових норм, які містяться в актах цивільного законодавства.

В загальній системі українського законодавства нормативні акти, що регулюють транспортні відносини, складають транспортне законодавство.

Ринкові перетворення, відмова держави від монополізації діяльності на транспорті, приватизація транспортних підприємств зумовило появу нових суб'єктів підприємницької діяльності в сфері надання транспортних послуг.

Окремі автори вважають, що правове регулювання у сфері перевезень має певні особливості, зокрема, воно має доцентрову спрямованість; відмежовується від властивого радянському праву опублічення цивільних правовідносин; має місце абстрагування від негативних наслідків дихотомії приватного права; поступове введення міжнародних стандартів, їх регулювання; використання колізійних прив'язок при виборі норм для врегулювання міжнародних правовідносин з перевезень¹⁰⁷. З цим твердженням

¹⁰⁶ Погрібний С. О. Механізм та принципи правового регулювання договірних відносин у цивільному праві України : монографія. К. : Правова єдність, 2009. С. 36–37.

¹⁰⁷ Правовая система и вызовы современной жизни : монография / авт. кол. : Д. С. Абрикосов, С. В. Голикова, Г. С. Заровнева и др. Одесса : Купrienko С. В., 2014. С. 62.

частково можна погодитися, оскільки дійсно держава якоюсь мірою відмовляється від монопольного правового регулювання транспортних правовідносин, водночас залишаючись домінуючим правовим регулятором у цій сфері, про що свідчать акти транспортного законодавства.

Щодо особливостей механізму правового регулювання перевезень, то, перш за все, необхідно відзначити архаїчність норм транспортного законодавства на більшості видів транспорту¹⁰⁸. Ще однією особливістю правового регулювання у сфері надання транспортних послуг є наявність різного роду правил, які зосереджені у численних відомчих актах, відсутність єдиних дефініцій в базових нормативних актах транспортного законодавства, уніфікованого підходу щодо прав та обов'язків контрагентів (пасажирів, вантажовідправника, перевізника), питань, пов'язаних із неналежним виконанням зобов'язання з надання послуг, зокрема, щодо підстав і меж цивільно-правової відповідальності за втрату вантажу, повернення втраченого вантажу, використання вантажу у своїх цілях та інше.

Порядок і умови надання транспортних послуг регламентують акти транспортного законодавства.

Транспортне законодавство – це сукупність нормативних актів, які визначають основні правові, економічні та організаційні засади діяльності транспорту, правовий статус транспортних підприємств, їх взаємовідносини з клієнтурою і органами виконавчої влади, умови перевезення, порядок використання транспортних шляхів сполучення, організацію безпеки руху на транспорті¹⁰⁹.

Основним видом джерел транспортного права є нормативні правові акти, які встановлюють, змінюють або припиняють правовідносини у сфері організації і здійснення перевезень, тобто йдеться про такі акти законодавства, як закони і підзаконні нормативні акти.

¹⁰⁸ Самойленко Г. В. Договір перевезення пасажирів: теорія і практика забезпечення прав пасажирів : автореф. дис. ... док. юрид. наук. : 12.0.00.03. Одеса, 2021. С.18.

¹⁰⁹ Українське цивільне право : навч. посіб. 3-тє вид. перероб. та доп. / за ред. Ю. О. Заїки. К. : ЦУЛ, 2014. С. 262.

Окрім законів України «Про транспорт»¹¹⁰, «Про залізничний транспорт»¹¹¹, «Про трубопровідний транспорт»¹¹², «Про автомобільний транспорт» (5 квітня 2001 року)¹¹³, основними нормативними актами є спеціальні транспортні кодекси та статuti, в яких відображена специфіка правовідносин, що виникають на тому чи іншому виді транспорту: Повітряний кодекс України¹¹⁴; Кодекс торговельного мореплавства України (далі – КТМ України)¹¹⁵.

Нормативні акти, які визначають умови перевезень, порядок використання засобів транспорту, шляхів сполучення, організації безпеки руху, охорони громадського порядку, пожежної безпеки, санітарні та екологічні вимоги, що діють на транспорті, є обов'язковими для власників транспорту і громадян, які користуються послугами транспорту та шляхами сполучення¹¹⁶.

Правила Кодексу торговельного мореплавства України поширюються:

- на морські судна – під час їх прямування як морськими шляхами, так і річками, озерами, водосховищами та іншими водними шляхами, якщо спеціальним законодавством чи міжнародними договорами України не встановлено інше;
- на судна внутрішнього плавання – під час їх прямування морськими шляхами, а також річками, озерами, водосховищами та іншими водними шляхами під час здійснення перевезення із заходом в іноземний морський порт;

¹¹⁰ Про транспорт : Закон України від 10 листопада 1994 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/232/94-%D0%B2%D1%80#Text> (дата звернення: 10.08.2021).

¹¹¹ Про залізничний транспорт : Закон України від 4 липня 1996 року.) URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/273/96-%D0%B2%D1%80#Text> (дата звернення: 10.08.2021)

¹¹² Про трубопровідний транспорт : Закон України від 15 травня 1996 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/192/96-%D0%B2%D1%80#Text> (дата звернення: 10.08.2021).

¹¹³ Про автомобільний транспорт : Закон України від 5 квітня 2001 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2344-14#Text> (дата звернення: 10.08.2021).

¹¹⁴ Повітряний кодекс України : Закон України від 19 травня 2011 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3393-17#Text> (дата звернення: 10.08.2021).

¹¹⁵ Кодекс торговельного мореплавства України : Закон України від 23 травня 1995 року. грудня 1994 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/176/95-%D0%B2%D1%80#Text> (дата звернення: 10.08.2021).

¹¹⁶ Транспортне право : навч. посіб. / за заг. ред. Ю. О. Заїки, Н. В. Демиденко. К. : КНТ, 2014. С.17.

– у інших випадках, передбачених КТМ України (у разі зіткнення в морських або інших водах морських суден, а також морських суден і суден внутрішнього плавання та при розподілі винагороди за рятування між власником і екіпажем судна).

Правила цього Кодексу, за винятком передбачених у ньому випадків, не поширюються на судна, що плавають під військово-морським прапором України.

До морських військових перевезень правила КТМ України застосовуються в частині, не передбаченій спеціальним законодавством, що регулює ці перевезення.

До перевезень у прямому змішаному і прямому водному сполученні, що здійснюються за участю морського транспорту, правила КТМ України застосовуються в зазначених у ньому випадках, а також в частині, не передбаченій спеціальним законодавством, що регулює такі перевезення.

Найважливішим нормативним актом, який регулює діяльність підприємств автомобільного транспорту, а також підприємств, організацій та громадян, які користуються автомобільними транспортними послугами, є Статут автомобільного транспорту УРСР¹¹⁷ і чинний відповідно до ст. 3 Закону України «Про правонаступництво України», де зазначено, що Закони Української РСР та інші акти, ухвалені Верховною Радою Української РСР, діють на території України, оскільки вони не суперечать законам України, ухваленим після проголошення незалежності України¹¹⁸.

Цей Статут регламентує основні питання автомобільних перевезень і є обов'язковим для всіх транспортних підприємств та організацій, незалежно від їх відомчої підлеглості, визначає обов'язки, права і відповідальність виробничих об'єднань автомобільного транспорту, автотранспортних та транспортно-експедиційних підприємств і організацій, що знаходяться на території України, незалежно від їх відомчої підпорядкованості, а також підприємств,

¹¹⁷ Статут автомобільного транспорту УРСР, затверджений постановою уряду УРСР від 27 червня 1969 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/401-69-%D0%BF#Text> (дата звернення: 10.08.2021).

¹¹⁸ Про правонаступництво України : Закон України від 12 вересня 1991 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1543-12#Text> (дата звернення: 10.08.2021).

організацій, установ і громадян, які користуються автомобільним транспортом.

Статут залізниць України¹¹⁹ визначає обов'язки, права і відповідальність залізниць, а також підприємств, організацій, установ і громадян, які користуються залізничним транспортом.

Статутом регламентуються порядок укладання договорів, організація та основні умови перевезення вантажів, пасажирів, багажу, вантажобагажу і пошти, основні положення експлуатації залізничних під'їзних колій, а також взаємовідносини залізниць з іншими видами транспорту.

Дія Статуту поширюється на перевезення залізничним транспортом вантажів, пасажирів, багажу, вантажобагажу і пошти, у тому числі на перевезення вантажів, навантаження і розвантаження яких відбувається на залізничних під'їзних коліях незалежно від форм власності, які не належать до залізничного транспорту загального користування.

У Статуті внутрішнього водного транспорту СРСР¹²⁰ – одного із небагатьох нормативних актів, що були прийняті ще за часів СРСР та діють в Україні відповідно до постанови Верховної Ради України «Про порядок тимчасової дії на території України окремих актів законодавства Союзу РСР» від 12 вересня 1991 р., *зазначено*, що до прийняття відповідних актів законодавства України на території республіки застосовуються акти законодавства СРСР з питань, які не врегульовані законодавством України, за умови, що вони не суперечать Конституції і законам України¹²¹.

Транспортні кодекси та статuti, як правило, регулюють загальні питання порядку здійснення плану перевезень, перевезень вантажів, пасажирів, багажу та пошти, а також взаємовідносини

¹¹⁹ Статут залізниць України, затверджено постановою КМ України від 6 квітня 1998 року. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/457-98-%D0%BF> (дата звернення: 10.08.2021).

¹²⁰ Устав внутрішнього водного транспорту Союзу ССР, утвержден постановлением Совета Министров СССР от 15 октября 1955 г. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v1801400-55> (дата звернення: 10.08.2021).

¹²¹ Про порядок тимчасової дії на території України окремих актів законодавства Союзу РСР : Постанова Верховної Ради України від 12 вересня 1991 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1545-12#Text> (дата звернення: 10.08.2021).

транспортних підприємств з іншими підприємствами та організаціями. Подальша конкретизація правових норм здійснюється Кабінетом Міністрів України, Міністерством транспорту України та відповідними відомствами шляхом видання певних правил, положень, інструкцій тощо, які носять нормативний характер.

Перевезення вантажів, пасажирів, багажу, вантажобагажу і пошти залізницями, що будуються, до здавання їх у постійну експлуатацію здійснюється згідно з порядком, який визначають власник або орган управління будівництва та відповідна залізниця за погодженням з Державним комітетом України з нагляду за охороною праці (та його правонаступником – Державною службою гірничого нагляду та промислової безпеки України).

Саме на підставі Статуту залізниць Міністерство інфраструктури України затверджує:

- а) Правила перевезення вантажів;
- б) Технічні умови навантаження і кріплення вантажів;
- в) Правила перевезення пасажирів, багажу, вантажобагажу та пошти залізничним транспортом України (далі – Правила перевезень пасажирів);
- г) інші нормативні документи.

Нормативні документи, що визначають порядок і умови перевезень, користування засобами залізничного транспорту, безпеки руху, охорони праці, громадського порядку, перетину залізничних колій іншими видами транспорту і комунікаціями, пожежної безпеки, санітарні норми та правила на залізничному транспорті, є обов'язковими для всіх юридичних і фізичних осіб на території України.

На кожному виді транспорту затверджені спеціальні правила перевезень – вантажів, пасажирів, пошти, багажу. На окремих видах транспорту затверджені спеціальні правила перевезень, які враховують специфіку об'єктів, які перевозяться (швидкопсувний вантаж, небезпечний, негабаритний вантаж, тварин, мерців, спецконтингенту тощо).

Так, на залізничному транспорті діє *Порядок обслуговування громадян залізничним транспортом*¹²², який визначає загальні

¹²² Порядок обслуговування громадян залізничним транспортом, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 19 березня 1997 року. № 252. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/252-97-%D0%BF#Text> (дата звернення: 10.08.2021).

умови обслуговування громадян, які здійснюють поїздки, перевозять багаж чи вантажобагаж у межах України в рухомому складі залізниць України та в вагонах суб'єктів господарської діяльності, що не входять до складу залізниць, і є обов'язковим для залізниць підприємств, установ і організацій незалежно від форм власності, що провадять підприємницьку діяльність на території України у сфері обслуговування та перевезень пасажирів, багажу і вантажобагажу та громадян.

Відповідно до вимог Цивільного кодексу України, Кодексу України про адміністративні правопорушення, Статуту залізниць України затверджені Правила перевезення пасажирів, багажу, вантажобагажу та пошти залізничним транспортом¹²³, що поширюються на працівників залізничного транспорту, фізичних та юридичних осіб незалежно від їх форм власності та підпорядкування, які:

- а) користуються послугами залізничного транспорту;
- б) здійснюють перевезення пасажирів, багажу, вантажобагажу та пошти залізничним транспортом;
- в) обслуговують пасажирів на вокзалах, у пунктах продажу проїзних документів та в поїздах.

Правила застосовуються при перевезенні пасажирів, багажу, вантажобагажу та пошти залізничними лініями загального користування тільки у внутрішньому сполученні (у межах України) та у вагонах парку залізниць або орендованих у залізниць, а також у власних вагонах, що належать підприємствам, організаціям, установам або громадянам – суб'єктам підприємницької діяльності, у тому числі розташованим за межами України.

На автомобільному транспорті вантажні перевезення регламентуються Правилами перевезення вантажів автомобільним транспортом в Україні¹²⁴; пасажирів – Правилами надання послуг

¹²³ Правила перевезення пасажирів, багажу, вантажобагажу та пошти залізничним транспортом України, затверджені наказом № 11966 Міністерства транспорту та зв'язку України від 27 грудня 2006 року. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/z0310-07> (дата звернення: 10.08.2021).

¹²⁴ Правила перевезення вантажів автомобільним транспортом в Україні, затверджені наказом міністерства транспорту України від 14 жовтня 1997 року. № 363. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/z0128-98> (дата звернення: 10.08.2021).

пасажирського автомобільного транспорту¹²⁵, які безпосередньо визначають порядок здійснення перевезень пасажирів та їх багажу автобусами, таксі, легковими автомобілями на замовлення, а також обслуговування пасажирів на автостанціях і є обов'язковими для виконання організаторами регулярних перевезень, замовниками транспортних послуг, автомобільними перевізниками, автомобільними самозайнятими перевізниками, персоналом автомобільного транспорту, автостанціями та пасажирями.

Відповідно до Закону України «Про автомобільний транспорт», п. 3 Правил надання послуг пасажирського автомобільного транспорту Міністерства інфраструктури України затверджений Порядок організації перевезень пасажирів та багажу автомобільним транспортом¹²⁶. Цей Порядок визначає механізм організації підготовки до відкриття автобусних маршрутів загального користування (крім міжнародних) та обстеження пасажиропотоків з метою вивчення попиту населення на пасажирські перевезення на міських, приміських, міжміських автобусних маршрутах загального користування.

Необхідною частиною організації перевезень пасажирів на автобусних маршрутах загального користування є розклад руху. Розклад руху міського та приміського автобусного транспорту загального користування розробляється відповідно до вимог Порядку розроблення та затвердження паспорта автобусного маршруту¹²⁷.

Умови надання послуг авіаційним транспортом деталізовані в Правилах повітряних перевезень пасажирів і багажу від 30 листопада 2012 р.¹²⁸

¹²⁵ Правила надання послуг пасажирського автомобільного транспорту, затвержені постановою Кабінету Міністрів України від 18 лютого 1997 року. № 176. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/176-97-%D0%BF#Text> (дата звернення: 10.08.2021).

¹²⁶ Порядок організації перевезень пасажирів та багажу автомобільним транспортом, затверджений наказом Міністерства інфраструктури України від 15 липня 2013 року. № 480 URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/z1282-13> (дата звернення: 10.08.2021).

¹²⁷ Порядок розроблення та затвердження паспорта автобусного маршруту, затверджений наказом Міністерства транспорту та зв'язку України від 07 травня 2010 року. № 278. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0408-10#Text> (дата звернення: 10.08.2021).

¹²⁸ Правила повітряних перевезень пасажирів і багажу, затверджених наказом № 735 Міністерства інфраструктури України від 30 листопада 2012 року. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/z2219-12#n17> (дата звернення: 10.08.2021).

Забезпечення авіаційної безпеки під час авіаперевезень пасажирів та багажу здійснюється відповідно до вимог спеціального законодавства, зокрема, Закону України «Про Державну програму авіаційної безпеки цивільної авіації»¹²⁹, яка розроблена відповідно до конвенцій про міжнародну цивільну авіацію, про боротьбу з незаконним захопленням повітряних суден, про боротьбу з незаконними актами, спрямованими проти безпеки цивільної авіації, про злочини та деякі інші акти, що вчинюються на борту повітряних суден, та про маркування пластичних вибухових речовин з метою їх виявлення, а також інших міжнародних актів.

Програма враховує вимоги Ради Безпеки ООН про спрямування спільних зусиль на запобігання і припинення терористичних актів, зокрема резолюції від 28 вересня 2001 р. № 1373.

Державною службою України з нагляду за забезпеченням безпеки авіації наказом розроблено Програму інтеграції України до Європейського Союзу відповідно до статті 100 Повітряного кодексу України, Закону України «Про захист прав споживачів», підпункту 146 пункту 4 Положення про Державну авіаційну службу України, з урахуванням положень Монреальської конвенції та Умов договору перевезення вантажів, установлених Міжнародною асоціацією повітряного транспорту (“Air Waybill – conditions of contract”, IATA, Resolution 600b), 14 березня 2006 р. затверджені Правила повітряних перевезень вантажів¹³⁰, а 2 листопада 2005 р. затверджена Інструкція з організації перевезень вантажів повітряним транспортом¹³¹.

Особливості морських вантажних перевезень встановлені в Правилах оформлення вантажних перевізних документів на перевезення морським транспортом¹³².

¹²⁹ Відомості Верховної Ради України. 2003. № 17. Ст. 140.

¹³⁰ Правила повітряних перевезень вантажів, затверджені наказом Державної служби України з нагляду за забезпеченням безпеки авіації від 14 березня 2006 року. № 186. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/z0705-06> (дата звернення: 10.08.2021).

¹³¹ Інструкція з організації перевезень вантажів повітряним транспортом, затверджена наказом Державної служби України з нагляду за забезпеченням безпеки авіації від 2 листопада 2005 року. № 822. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1403-05#Text> (дата звернення: 10.08.2021).

¹³² Правила оформлення вантажних перевізних документів на перевезення морським транспортом, затверджені наказом Міністерства транспорту та зв'язку України від 13 грудня 2004 року. № 1098. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/z1657-04> (дата звернення: 10.08.2021).

Водночас існують нормативні акти, які мають універсальний характер і регулюють правовідносини на всіх видах транспорту. До їх числа відноситься Закон України «Про перевезення небезпечних вантажів»¹³³, який визначає правові, організаційні, соціальні та економічні засади діяльності, пов'язаної з перевезенням небезпечних вантажів залізничним, морським, річковим, автомобільним та авіаційним транспортом.

Дія цього Закону поширюється на виконання робіт і надання послуг, пов'язаних з перевезенням небезпечних вантажів; на державне управління та державне регулювання безпеки у сфері перевезення небезпечних вантажів; на забезпечення міжнародних зобов'язань у сфері перевезення небезпечних вантажів.

Норми цього Закону не регулюють перевезення небезпечних вантажів на територіях підприємств, установ та організацій, де ці вантажі виготовляються або утворюються, використовуються або охороняються, та інші передбачені законом випадки.

Основними засобами забезпечення якості на транспорті є ліцензування, стандартизація і сертифікація. Ліцензійні умови є обов'язковими для виконання усіма суб'єктами господарювання незалежно від їх організаційно-правової форми та форм власності, які здійснюють діяльність з надання послуг з перевезення пасажирів і вантажів морським та річковим транспортом і отримали ліцензію на цей вид господарської діяльності.

Оскільки відповідно до ст. 7 Закону України «Про ліцензування видів господарської діяльності» підлягають ліцензуванню окремі види господарської діяльності, зокрема, перевезення пасажирів, небезпечних вантажів та небезпечних відходів річковим, морським, автомобільним, залізничним та повітряним транспортом, міжнародні перевезення пасажирів та вантажів автомобільним транспортом, туropolераторська діяльність; транспортування нафти, нафтопродуктів магістральним трубопроводом¹³⁴, то затверджено і *Ліцензійні умови провадження господарської діяльності*

¹³³ Про перевезення небезпечних вантажів : Закон України від 6 квітня 2000 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1644-14#Text> (дата звернення: 10.08.2021).

¹³⁴ Про ліцензування видів господарської діяльності : Закон України від 2 березня 2015 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/222-19#Text> (дата звернення: 10.08.2021).

з перевезення пасажирів, небезпечних вантажів та небезпечних відходів річковим, морським транспортом¹³⁵, які розроблені відповідно до Закону України «Про транспорт», Кодексу торговельного мореплавства України, постанови Кабінету Міністрів України від 5 серпня 2015 року. № 609 «Про затвердження переліку органів ліцензування та визнання такими, що втратили чинність, деяких постанов Кабінету Міністрів України»¹³⁶, та визначають організаційні, кваліфікаційні, технологічні та інші вимоги до суб'єктів господарювання, які провадять господарську діяльність з надання послуг з перевезення пасажирів і вантажів річковим, морським транспортом.

Транспортні нормативні акти взаємопов'язані між собою. Норми транспортного законодавства можуть поширювати свою дію як на всю територію України, так і на певний регіон. Одні норми можуть поширюватися на всі підприємства, організації та громадян, інші лише на певне коло осіб.

Висока якість транспортних послуг зумовлена низкою різних обставин, як об'єктивного, так і суб'єктивного характеру. Проте домінуючим фактором є досконалість правового регулювання надання транспортних послуг, тобто досконалість транспортного законодавства, яке регламентує відносини, що виникають між транспортною організацією і споживачем.

На кожному виді транспорту, залежно від об'єкта перевезення, затверджені спеціальні правила перевезень – вантажів, пасажирів, пошти, багажу. На окремих видах транспорту затверджені спеціальні правила перевезень швидкопсувного вантажу, негабаритного, тварин та ін.¹³⁷

¹³⁵ Ліцензійні умови провадження господарської діяльності з перевезення пасажирів, небезпечних вантажів та небезпечних відходів річковим, морським транспортом, затверджено постановою Кабінету Міністрів України від 23 грудня 2015 року. № 1186. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1186-2015-%D0%BF#Text> (дата звернення: 10.08.2021).

¹³⁶ Про затвердження переліку органів ліцензування та визнання такими, що втратили чинність, деяких постанов Кабінету Міністрів України : Постанова Кабінету Міністрів України від 5 серпня 2015 року. № 609. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/609-2015-%D0%BF#Text> (дата звернення: 10.08.2021).

¹³⁷ Цивільне право України. Загальна частина : підручник / за ред. І. А. Бірюкова, Ю. О. Заїки. Київ : Алерта, 2014. С. 36–37.

Основна відмінність між кодексами і статутами полягає в тому, що у кодексах, крім регулювання приватноправових договірних відносин щодо організації та здійснення перевезень, містяться також розділи, які присвячені регулюванню публічно-правових відносин (безпека транспортних перевезень, охорона навколишнього середовища, контроль і нагляд за діяльністю транспорту, його технічним станом тощо).

Щодо місця і значення підзаконних нормативних актів в системі правового регулювання транспортних послуг, то в них конкретизуються положення ЦК України, транспортних кодексів, статутів та законів, деталізуються окремі поняття й інститути, механізм реалізації правових норм.

Діючі на транспортні нормативні акти у низці випадків вирізняються недосконалістю юридичної техніки. Низка питань щодо діяльності транспорту вирішені не так або зовсім не так, як це необхідно з метою повного забезпечення інтересів споживачів і державних інтересів в умовах монопольного становища транспортних підприємств.

Водночас потребує додаткової аргументації пропозиція щодо заміни статутів спеціальними законами у сфері перевезень¹³⁸. Зміна статусу нормативних актів у сфері надання транспортних послуг не впливає на їх якість і лиш ускладнює процедуру внесення змін і доповнень до таких актів.

Органічною складовою системи правового регулювання транспортних послуг виступає система договорів, які укладають транспортні підприємства та споживачі. Чинне законодавство дає підстави розглядати договір як таку правову категорію, яка має нормотворче значення. Зокрема, договірно-правові норми, які встановлені безпосередньо контрагентами в укладеному договорі, інститути договірного права і принципи договірного правового регулювання, що дають можливість вимагати примусового виконання договірно-правових норм.

¹³⁸ Лукасевич -Крутник І. С. Загальні положення про договори з надання транспортних послуг. Оновлення договірного регулювання приватноправових відносин в Україні : монографія / за заг. ред. А. Б. Гриняка, О. О. Кота, М. Д. Пленюк. Київ : НДІ приват. права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2020. С. 366.

Проте відсутність спеціального нормативного акта, який би регламентував надання транспортних послуг, ще не свідчення відсутності правового регулювання відносин, які виникають між транспортним підприємством і замовником. Є. О. Харитонов і І. В. Давидова слушно зауважують, що цивільно-правовий договір згідно з його концепцією, відображеною у ст. 6 ЦК України засобом, що усуває можливість існування прогалін у цивільному законодавстві, заповнює їх в міру необхідності стосовно конкретних відносин¹³⁹.

У ст. 7 ЦК України серед джерел цивільного права законодавець називає і звичай – правило поведінки, яке не встановлене актами цивільного законодавства, але є усталеним у певній сфері цивільних відносин.

Оскільки звичай по суті являє собою норму цивільного права, його необхідно розглядати як елемент механізму цивільно-правового регулювання.

Для визнання звичайних правил саме звичаями необхідно, щоб вони (правила) відповідали певним умовам:

- а) ці правила поведінки повинні бути постійними за характером і чітко визначеними за змістом;
- б) широко застосовувалися в підприємницьких відносинах;
- в) регульовані ними відносини не повинні регламентуватися законодавчими нормами¹⁴⁰.

Практично звичай і без його формального закріплення виступає джерелом права. Водночас він може бути відображений у певному нормативному акті. Найпоширенішими є звичай в торговельному мореплаванні.

Так, у ст. 148 КТМ України закріплено правило, що термін, протягом якого вантаж повинен бути навантажений на судно або вивантажений з судна (сталійний час), визначається угодою сторін,

¹³⁹ Харитонов Є. О., Давидова І. В. Договори та правочини у Книзі першій ЦК України: «рекодифікаційний» потенціал. Оновлення Цивільного кодексу України : формування підходів : колективна монографія / за ред. Довгерта А. С. і Харитонова Є. О. Одеса : Вид. дім «Гельветика», 2020. С. 75.

¹⁴⁰ Цивільне право України. Загальна частина : підручник / за ред. І. А. Бірюкова, Ю. О. Заїки. Загальні положення. Особисті немайнові права фізичної особи. Право власності та інші речові права. Спадкове право. Право інтелектуальної власності. Загальні положення про зобов'язання і договори. К. : Алерта, 2014. С. 34.

а за відсутності такої угоди – нормами, прийнятими в порту навантаження (розвантаження). У ст. 160 КТМ України «Термін доставки вантажу» зазначено, що перевізник зобов'язаний доставляти вантажі у встановлені терміни, а якщо вони не встановлені, – у звичайно прийняті терміни. У ст. 293 КТМ України «Застосування звичаїв» вказано, що у процесі визначення виду аварії, обчислення розмірів загальної аварії та складання диспаші диспашер у разі неповноти закону керується міжнародними звичаями торговельного мореплавства, а у ст. 6 КТМ України прямо передбачено, що включення до договорів, передбачених цим Кодексом звичаїв торговельного мореплавства, дозволяється у разі, коли сторони можуть відповідно до цього Кодексу відступати від його правил.

Попри те, що правові звичаї нині займають незначне місце в системі джерел окремих галузей права, в окремих підгалузях цивільного права вони відіграють певну роль, зокрема у транспортному праві, (наприклад, міжнародні звичаї, звичаї торгового мореплавства та ін.). Так, у Кодексі торговельного мореплавства України від 23 травня 1995 р.)¹⁴¹ трапляються численні випадки, коли законодавець допускає застосування звичаю. Так, стаття 146 КТМ України передбачає право перевізника розміщувати вантаж на палубі на розсуд капітана, але не може бути поміщений на палубі без письмової згоди відправника, за винятком вантажів, перевезення яких на палубі допускається відповідно до чинних правил і звичаїв.

У ч. 2 ст. 149 КТМ України «Контрсталий час» зазначено, що за відсутності угоди сторін, передбаченої частиною першою цієї статті, тривалість контрсталийного часу і розмір плати перевізнику за простій, а також розмір винагороди відправнику або фрахтувальнику за дострокове закінчення навантаження (розвантаження) визначаються відповідно до термінів і ставок, прийнятих у відповідному порту.

Аналіз окремих нормативних актів, що містять відсилання до правового звичаю, статус звичаїв ділового обороту в системі джерел права пов'язаний з черговістю його застосування після нормативних актів і договору.

¹⁴¹ Кодекс торговельного мореплавства України : Закон України від 23 травня 1995 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/176/95-вр#Text> (дата звернення: 10.08.2021).

З розширенням міжнародної співпраці, розвитку економічних, культурних зв'язків між державами, прагненням України стати повноправним членом європейського співтовариства зростають і обсяги повітряних перевезень пасажирів.

Здійснення міжнародних повітряних перевезень значно ускладнювало існування різних міжнародних договорів і конвенцій. Тому в Монреалі в штаб-квартирі Міжнародної організації цивільної авіації 28 травня 1999 р. уповноваженими представниками 52 держав з метою уніфікації деяких правил міжнародних повітряних перевезень та створення єдиного правового режиму міжнародних повітряних перевезень і була підписана Конвенція, яка згодом отримала назву «Монреальської»¹⁴².

Нормативними документами, що регламентують правила перевезення вантажів на певному виді транспорту, є:

– на морському транспорті – Брюссельська конвенція про уніфікацію деяких правил про коносамент 1924 р. (зі змінами і доповненнями від 1968 р.) і Конвенція ООН про морське перевезення вантажів 1978 р.

– на залізничному транспорті – міжнародні вантажні конвенції (остання редакція 1985г.) Берну і угода про міжнародне залізничне вантажне сполучення (СМГС) (остання редакція 1998 р.);

– на автомобільному транспорті – Женевська конвенція 1975 р. про договір міжнародного дорожнього перевезення вантажу із застосуванням книжки МДП (конвенція TIR); на повітряному транспорті – Варшавська конвенція міжнародних повітряних перевезень 1929 р. (Гамбурзькі правила) та протоколами до неї; Україна приєдналася 17 грудня 2008 р. до Монреальської Конвенції, яка набула чинності 6 травня 2009 р.¹⁴³;

– для змішаних перевезень – конвенція ООН про змішане перевезення вантажів (Женева, 1980 р.) і Правила ЮНКТАД-МТП відносно документів змішаних перевезень (Женева 1992 р.).

¹⁴² Конвенция для унификации некоторых правил международных воздушных перевозок (Монреаль, 28 мая 1999 г.). URL: : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_594 (дата звернення: 10.08.2021).

¹⁴³ Закон України «Про приєднання України до Конвенції про уніфікацію деяких правил міжнародних повітряних перевезень» *Відомості Верховної Ради України*. 2009. № 15. Ст. 201.

Конвенція, що не набула досі чинності, і Правила є факультативними нормами. Тому вони регулюють умови договору змішаного перевезення тільки у тому випадку, коли сторони договору визнали це доцільним. На практиці найчастіше застосовуються правила ЮНКТАД-МТП (МТП – Міжнародна торгова палата).

Так, відповідно до ст. 5 Європейської угоди про міжнародне дорожнє перевезення небезпечних вантажів від 30 вересня 1957 р. (ДОПНВ)¹⁴⁴ (Україна приєдналася 2 березня 2000 р.) перевезення, стосовно яких застосовується дана Угода, продовжують бути предметом внутрішньодержавних або міжнародних розпоряджень, що стосуються в цілому дорожнього руху, міжнародних дорожніх перевезень або міжнародної торгівлі.

Вдосконалення процесу правового регулювання транспортних відносин неможливе без урахування досвіду зарубіжних країн, зокрема, єдиного Транспортного кодексу, прийнятого у США¹⁴⁵.

У Франції з 1 грудня 2010 р. набуло чинності зведення транспортних законів – єдиний Транспортний кодекс Франції (Code des transports de France)¹⁴⁶, який об'єднав положення чотирьох французьких кодексів: Авіаційного кодексу, Кодексу законів про плавання у внутрішніх водах і про річковий транспорт, Кодексу законів про пенсійне забезпечення французьких моряків комерційного флоту, рибальського флоту і моряків суден рекреаційного призначення, а також Кодексу законів про морські порти.

Частина перша Транспортного кодексу являє собою систематизований виклад загальних принципів і правових норм, які застосовуються до всіх видів транспортних правовідносин (права, обов'язки, функції і завдання держави, її органів і служб у сфері організації і діяльності); принципи організації транспортної

¹⁴⁴ Європейська Угода про міжнародне дорожнє перевезення небезпечних вантажів (ДОПНВ) URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_217#Text (дата звернення: 10.08.2021).

¹⁴⁵ Деркач Е. Щодо концептуальних засад кодифікації транспортно-законодавства України. *Підприємництво, господарство і право*. 2017. № 7. С. 75.

¹⁴⁶ Code des transports (Dernière mise à jour des données de ce code : 23 juillet 2021). URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000023086525/> (дата звернення: 10.08.2021).

системи; правовий статус транспортних організацій та їх інфраструктуру; правила безпеки на транспорті, положення про договори та порушення в транспортній сфері. Частина друга містить норми права в галузі залізничного транспорту і залізничних перевезень; частина третя – в галузі сухопутного транспорту і дорожніх перевезень; частина четверта – в галузі внутрішніх водних перевезень і річкового транспорту; частина п'ята – в галузі морського транспорту та морських перевезень; частина шоста – в галузі авіаційного транспорту та авіаційних перевезень.

Поруч з певними перевагами кодифікації (зменшення кількості нормативних актів, які регламентують правовідносини на транспорті, єдність у інтерпретації правових норм і судової практики) у практичному плані виникне багато складнощів, пов'язаних з тим, якій же правовій нормі надавати перевагу при регулюванні родових відносин, скажімо, перевезення вантажів повітряним, залізничним, річковим чи автомобільним транспортом, оскільки кожен вид перевезення має свою специфіку, яка унеможливує уніфікований підхід у їх правовому регулюванні.

3.2. Цивільно-правове регулювання відносин із надання транспортних послуг

Високий рівень конкуренції на ринку транспортних послуг зобов'язує підприємства транспорту приділяти більше уваги проблемам підвищення якості транспортних послуг. Конкуренція в сфері транспортних послуг повинна стримувати зростання тарифів, підвищувати якість послуг, усувати з ринку транспортні компанії, які виявляють певну недобросовісність у цій сфері підприємницької діяльності.

Різновиди транспортних послуг передбачені як безпосередньо у ЦК України, так і у інших нормативних актах спеціального транспортного законодавства. Так, у Кодексі торговельного мореплавства України йдеться про договір морського круїзу (статті 195–202), договір морського буксирування (статті 222–228).

Що ж необхідно розуміти, власне, під поняттям «транспортна послуга»? В юридичній літературі висловлюються різні точки зору щодо співвідношення понять «транспортні послуги» та «послуги з перевезення». Це зумовлено неточністю дефініцій, які наведені законодавцем в окремих нормативних актах. Так, у статті 1 Закону України «Про міський електричний транспорт» зазначено, що транспортні послуги – це перевезення пасажирів та їх багажу міським електричним транспортом, а також надання інших послуг, пов'язаних з таким перевезенням.¹⁴⁷ У ст. 6 Закону України «Про транспорт» законодавець розглядає перевезення пасажирів, багажу та пошти як різновид транспортних послуг, водночас у ст. 1 Закону України «Про ринок природного газу»¹⁴⁸ транспортування природного газу визначається як господарська діяльність, що пов'язана з переміщенням природного газу газотранспортною системою з метою його доставки до іншої газотранспортної системи, газорозподільної системи, газосховища, установки LNG або доставки безпосередньо споживачам¹⁴⁹.

Транспортні послуги – це передусім активні дії, це об'єктивна правова категорія, яка характеризується низкою ознак. Особливість транспортних послуг полягає у тому, що вони передбачають досягнення певного визначеного результату (перевезення вантажу конкретним транспортом у визначений строк, у певний пункт призначення та інше). Суть транспортних послуг визначають майнові відносини¹⁵⁰. Транспортні послуги, як і послуги взагалі – це певне благо, що досягається в результаті здійснення дій (діяльності) і має властивості товару¹⁵¹. Транспортні послуги

¹⁴⁷ Про міський електричний транспорт : Закон України від 29 червня 2004 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1914-15> (дата звернення: 12.08.2021).

¹⁴⁸ Про ринок природного газу : Закон України від 9 квітня 2015 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/329-19> (дата звернення: 12.08.2021).

¹⁴⁹ Про ринок природного газу : Закон України від 9 квітня 2015 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/329-19> (дата звернення: 12.08.2021).

¹⁵⁰ Транспортне право України : навч. посіб. / за заг. ред. Ю. О. Заїки, Н. В. Демиденко. Київ: КНТ, 2014. С. 14.

¹⁵¹ Цивільний кодекс України: науково-практичний коментар: пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій України, науковців, фахівців). Т. 9, ч. III: *Послуги. Перевезення. Транспортне експедирування. Зберігання* / С. Є Морозова, І. С. Лукасевич-Крутник та ін. ; за ред. проф. І. В. Спасибо-Фатєєвої. Х. : ЕКУС, 2020. С. 8.

характеризуються строком виконання, суб'єктом виконання, змістом послуги, способом виконання. Головною характерною ознакою транспортної послуги є її зміст – переміщення в просторі об'єкта матеріального світу (вантажу, багажу, пошти, вантажобагажу, пасажирів), а оскільки поняття транспортних послуг не обмежується лише перевезенням, а, як цілком слушно зазначається, охоплює і поняття транспортування,¹⁵² то йдеться і про перекачування нафти чи подачу газу по трубо- чи нафтопроводу. Зміст конкретної транспортної послуги залежить від об'єкта перевезення і від виду транспорту, яким надається послуга.

Транспортні договори розрізняються як за об'єктами перевезення (вантажу, вантажобагажу, багажу, пошти, пасажирів), так і за видами транспорту – на основні та додаткові. Суть перших – надання послуг саме щодо перевезення. Додатковими договорами традиційно вважають договори на експлуатацію під'їзних шляхів, на подачу та забирання вагонів, на завантаження і розвантаження транспортного засобу, його очищення тощо. Можна посперечатися з твердженням, що основною метою додаткових договорів є «прискорення, продовження та організація перевізного процесу»¹⁵³. Головна мета додаткових транспортних договорів – це сприяння у наданні транспортних послуг за основним договором.

Залежно від об'єкта перевезення транспортні послуги можуть характеризуватися певними особливостями. Так серед характеризуючих ознак послуги з перевезення пасажирів автомобільним транспортом – «безпечність, зручність і комфортність»¹⁵⁴.

Окремі договори щодо надання транспортних послуг можуть мати певну подібність до деяких договорів щодо передавання майна в тимчасове користування. Критерієм такого розмежування є мета, заради якої контрагент вступає у цивільні правовідносини.

¹⁵² Українське цивільне право : навч. посіб. 3-є вид, перероб. і допов. / за ред. Ю. О. Заїки. Київ : ЦУЛ, 2014. С. 229.

¹⁵³ Попов В. А. Про класифікацію договорів, які укладаються у сфері перевезення. *Наше право*. 2016. № 1. С. 152.

¹⁵⁴ Голенко І. П. Правове регулювання цивільних відносин, пов'язаних з перевезенням пасажирів автомобільним транспортом : автореф. дис ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Харків, 2021. С. 9.

Схожим з договором перевезення є і договір чартеру (фрахтування), коли судовласник зобов'язується за обумовлену плату (фрахт) надати судно фрахтувальнику для перевезення пасажирів, вантажів та для інших цілей торговельного мореплавства на певний час. Надане фрахтувальнику судно може бути укомплектоване екіпажем (тайм-чартер) або не споряджене і не укомплектоване екіпажем (бербоут-чартер) (ст. 203 КТУ України)¹⁵⁵. Нам вважається спірним твердження, що договір чартеру (фрахтування) в сфері повітряного, морського, внутрішнього водного транспорту є різновидом договору перевезення.¹⁵⁶ Договірні правовідносини, які виникають між судовласником і контрагентом за цим договором, за своєю правовою природою є відносинами найму, оскільки за плату в цільове користування передається річ, у даному випадку повітряне, морське судно чи судно внутрішнього плавання.

Послуга не може зберігатися протягом більш-менш тривалого часу, оскільки споживається у процесі її надання¹⁵⁷. Зазначимо, що про зберігання послуги взагалі не може йтися, оскільки поняття зберігання передбачає наявність об'єкта, який перебував у статистиці і який не використовується за призначенням. Транспортна послуга споживається водночас з її наданням і припинення надання транспортної послуги припиняє і її споживання.

За правовим режимом транспортні послуги поділяються на публічні та приватні. Незважаючи на спільність мети, задоволення потреб замовника у переміщенні у просторі предмета договору перевезення, правова регламентація їх різна, що впливає на елементи послуги, зміст договору і на особу виконавця.

У публічних договорах зазвичай відсутня презумпція надання послуги певною, визначеною особою, оскільки контрагента цікавить послуга як об'єкт, на який спрямоване правовідношення,

¹⁵⁵ Кодекс торговельного мореплавства України : Закон України від 23 травня 1995 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/176/95-вр#Text> (дата звернення: 12.08.2021).

¹⁵⁶ Лукасевич-Крутник І. С. Теоретичні засади правового регулювання договірних відносин з надання транспортних послуг у цивільному праві України : монографія. Тернопіль : ФОП Паляниця В. А., 2019. С. 95.

¹⁵⁷ Харьковская цивилистическая школа: объекты гражданских прав : монография / под общ. ред. И. В. Спасибо-Фатеевой. Харьков : Право, 2015. С. 513.

і заради якої, власне, сторона і вступає у правовідносини. Для послуги як для об'єкта цивільних прав характерною особливістю є не лише її зміст, а і суб'єкт, який надає цю послугу, її «носії», тобто хто саме буде надавати ту чи іншу послугу. У речових правовідносинах належність матеріального об'єкта тому чи іншому суб'єкту цивільних правовідносин зазвичай жодного практичного значення не має, оскільки цінність об'єкта визначається властивостями самого об'єкта, як неналежністю його якійсь певній особі.

Важливою характеристикою транспортної послуги, що і визначає її ціннісну вартість, є особа, яка надає послуги, тобто «носії» такої послуги. Залежно від носія такої послуги визначається її товарна цінність і потреба у ній взагалі. Транспортні послуги персоніфіковані. Укладаючи договір перевезення, замовник отримує повні відомості про конкретного перевізника, зміст послуги, яка буде надаватися, та її вартість.

У низці випадків транспортна послуга може бути об'єктом цивільних прав лише тоді, коли суб'єкт, що надає послуги, має право її надавати відповідно до чинного законодавства.

Так, відповідно до Ліцензійних умов провадження господарської діяльності з перевезення пасажирів, небезпечних вантажів та небезпечних відходів повітряним транспортом, затверджених постановою Кабінету Міністрів України від 10 березня 2017 р. № 134 встановлений вичерпний перелік вимог, обов'язкових до виконання під час надання таких транспортних послуг. Такий суб'єкт господарювання повинен мати чинний сертифікат експлуатанта та розпоряджатися хоча б одним повітряним судном на праві власності або лізингу; основною діяльністю суб'єкта господарювання має бути здійснення повітряних перевезень окремо чи у поєднанні з будь-якою іншою комерційною експлуатацією повітряного судна та технічним обслуговуванням повітряних суден; види польотів, місце провадження діяльності та матеріально-технічна база повинні відповідати заявленому виду господарської діяльності; більш як 50 відсотками статутного капіталу суб'єкта господарювання мають володіти Україна, юридичні особи України або фізичні особи – резиденти України;

авіаційний персонал повинен відповідати кваліфікаційним вимогам та ін.¹⁵⁸

Від особи перевізника залежить і якість транспортних послуг. Саме професійний перевізник вибирає найраціональніший рухомий склад, проводить розрахунок в його потребі, визначає завдання особі, яка безпосередньо здійснює перевезення.

Серед критеріїв якості надання послуг окремі автори називають точність надання послуг¹⁵⁹. Проте поняття «точність надання» є досить таки суб'єктивним. Більш вдалим і змістовним, на нашу думку, таким критерієм може виступати поняття виконання «у встановлені строки».

Щодо якості надання послуг, то існують три основні підходи, коли якість послуг пов'язують: 1) з фактом досягнення (або недосягнення) певного результату; 2) через оцінку лише поведінки (дій, операцій, діяльності) виконавця; 3) в одних випадках визначатиметься через досягнення (або недосягнення) передбачуваного результату, а в інших – необхідно піддавати оцінці тільки поведінку виконавця)¹⁶⁰.

Підвищення якості транспортних послуг нерозривно пов'язано з удосконаленням правового, організаційного і економічного механізму їх регулювання, тобто сукупності певних складових його елементів, зокрема, організаційної структури транспортних підприємств та їх системи, факторів, критеріїв та встановлених показників якості, методів та способів, які забезпечують ефективне функціонування всієї транспортної системи і забезпечують

¹⁵⁸ Ліцензійні умови провадження господарської діяльності з перевезення пасажирів, небезпечних вантажів та небезпечних відходів повітряним транспортом, затверджено постановою Кабінету Міністрів України від 10 березня 2017 року. № 134. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/134-2017-%D0%BF>. (дата звернення: 12.08.2021).

¹⁵⁹ Лукасевич-Крутник І. С. Критерії якості надання транспортних послуг за законодавством України та ЄС. *Цивільне право України: нові виклики і перспективи розвитку* : матеріали XVIII міжнар. наук.-практ. конф., присвяч. 98-й річниці з дня народж. док. юрид. наук, проф., чл.-кор. АН УРСР В. П. Маслова (Харків, 28 лютого 2020 р.) Харків : Право, 2020. С. 302.

¹⁶⁰ Федорченко Н. В. Зобов'язання з надання послуг в умовах рекодифікації цивільного законодавства України. *Рекодифікація (оновлення) цивільного законодавства України: концепція, напрями, перспективи* : збірник статей і тез. X Міжнародний цивілістичний форум. Київ, 2020. С. 169–170.

надання послуг належного рівня, який відповідає встановленим стандартам.

У ст. 1 Конвенції ООН про морські перевезення вантажів від 31 березня 1978 (Гамбурзькі правила) розрізняється поняття «перевізник» – особа, з якою або від імені якої з вантажовідправником укладено договір морського перевезення вантажу, і «фактичний перевізник» – особа, якій перевізником доручено здійснення перевезення¹⁶¹. Україна не є учасником Гамбурзьких правил. Регулювання морських перевезень у нашій державі здійснюється Кодексом торговельного мореплавства України, положення якого близькі до положень Конвенції. Тому не можна не погодитися із твердженням, що гармонізація не вимагає від держави ухвалення одноманітних норм, принципів та інститутів права. Гармонізація передбачає, щоб держава лише застосовувала подібні, схожі норми, принципи та інститути права¹⁶².

Питання розгляду можливості ратифікації Конвенції ООН про морські перевезення Україною, безумовно, варте обговорення з огляду на імідж нашої держави у сфері міжнародних перевезень. Проте доцільність такої ратифікації викликає певні сумніви. Консерватизм українського законодавства у сфері морських перевезень постане суттєвою перешкодою в імплементації реформаторських положень Конвенції і зумовить низку як правових, так і технічних колізій.

У ринкових умовах замовники мають можливість вибирати виконавця транспортних послуг, і переваги мають ті перевізники, які модернізували транспортний склад, завдяки сучасним передовим технологіям мають можливість надати більш широкий спектр транспортних послуг більш високої якості і у більш скорочені строки їх надання порівняно з іншими перевізниками.

Транспортні послуги характеризуються не лише суб'єктом виконання, а і низкою інших ознак – змістом послуги, її якістю,

¹⁶¹ Конвенція Організації Об'єднаних Націй про морське перевезення вантажів від 31 березня 1978 (Гамбурзькі правила). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_391 (дата звернення: 12.08.2021).

¹⁶² Адаптація національного законодавства відповідно до Угоди про асоціацію з Європейським Союзом : наукова монографія / за ред. О. В. Кузьменко. Київ : Вид. центр «Кафедра», 2019. С. 108.

способом і строком виконання¹⁶³. Спірним є твердження, що за договором перевезення вантажу автомобільним транспортом надаються такого ґатунку послуги, гарантування досягнення результату яких є неможливим, оскільки перевізник не може видати вантаж, аналогічний втраченому¹⁶⁴. Якщо у такому широкому розумінні тлумачити поняття «гарантування результату», то практично будь-який цивільно-правовий договір (не лише на надання послуг, а і, скажімо, на виконання робіт) не може гарантувати результат. Використання засобів забезпечення виконання зобов'язання не є гарантією його виконання, а забезпечує відшкодування збитків і певною мірою компенсацію упущеної вигоди через невиконання договору. Тому цілком слушно зазначається, що в умовах збройного конфлікту, коли річ знаходиться на непідконтрольній органам державної влади України території, де є неможливим примусове відібрання майна у порядку виконавчого провадження, це має розглядатися як підстава для відшкодування завданих поклажодавцеві збитків¹⁶⁵.

Щодо гарантування результату послуги, то, власне, неможливо гарантувати результат за умови добросовісного виконання обов'язків лише за договором комісії, оскільки комісіонер може надати послугу в повному обсязі відповідно до договору, проте товар може бути і не реалізований, незважаючи на належне виконання ним своїх зобов'язань.

Особливість транспортних послуг полягає у тому, що вони надаються виключно на відплатних засадах, є публічними, оскільки їх споживачами можуть бути будь-які як фізичні, так і юридичні особи, Поєднання ознак публічного договору і договору приєднання обумовлює передбачення в укладеному договорі перевезення як істотних умов, передбачених законодавством, так і звичайних – типових для конкретно вибраного договору приєднання,

¹⁶³ Скрипник В. Л. Теоретичні і методологічні проблеми об'єктів цивільних прав : монографія. Кременчук : Вид. Щербатих О. В., 2020. С. 234.

¹⁶⁴ Гриняк Т. В. Цивільно-правова відповідальність перевізника за договором перевезення вантажу автомобільним транспортом : монографія. Тернопіль : підручники і посіб., 2017. С. 16.

¹⁶⁵ Примак В. Д. Забезпечення належного виконання договірних зобов'язань в умовах збройного конфлікту. *Приватне право і підприємництво*. 2019. Вип. 19. С. 140.

які формулюються на розсуд перевізника¹⁶⁶. Водночас не можна не погодитися з висновком, що особливістю правового регулювання перевезення небезпечних вантажів є нормативне регулювання, а перелік умов договору, які можуть визначити самі сторони, є обмеженим¹⁶⁷.

За правовою природою транспорті послуги є строковими, оскільки по закінченню визначеного строку їх надання вони втрачають свою ознаку об'єкта цивільних прав. Якісні властивості транспортних послуг залежать не лише від транспортного засобу, а й від властивостей безпосереднього предмета перевезення, з яким пов'язано надання транспортних послуг – пасажир, вантаж (характер, стан, вага, упаковка та ін.), багаж, пошта. На якість надання транспортної послуги може впливати і неналежне виконання своїх обов'язків замовником (надання недостовірної інформації щодо особливих властивостей об'єкта перевезення). Транспортні послуги є об'єктом цивільних прав у публічних договорах, оскільки їх носіями є спеціальні суб'єкти, які мають спеціальний дозвіл на їх надання. Імперативність обов'язків сторін, які визначені у відповідних законах чи підзаконних нормативних актах, зумовлює і особливий зміст послуги.

У транспортних послугах відсутній юридичний результат, коли замовник послуги може набути право або навпаки, утратити його. Надання транспортних послуг пов'язано із досягненням іншого ефекту – матеріальний об'єкт (вантаж, багаж, пошта, пасажир) переміщуються у просторі з одного місця в інше визначене договором місце у встановлений строк. Транспортні послуги спрямовані не на створення нового матеріалізованого об'єкта, а на сприяння ефективному володінню, використанню чи розпорядженню власником належного йому наявного об'єкта.

У формуванні змісту послуги беруть участь обидва учасники відносних правовідносин і лише за погодженням істотних умов надання послуги вона є об'єктом цивільних правовідносин.

¹⁶⁶ Яновицька А. В. Договір міжнародного перевезення вантажів автомобільним транспортом : монографія. Львів: Видавництво «Растр-7», 2019. С. 125.

¹⁶⁷ Земскова О. В. Договір перевезення небезпечних вантажів : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Харків, 2021. С. 11–12.

Послуги – це благо, яке полягає у комплексній діяльності, складовими елементами якої може бути і виконання певних робіт, результат яких і складає зміст послуги, що надається (проведення каналів зв'язку для надання інтернет–послуг, копання могили у процесі надання ритуальних послуг, очищення транспортних засобів під час перевезення, монтаж засобів охоронної сигналізації для надання охоронних послуг тощо). Відмінність послуг від інших об'єктів цивільних прав полягає в тому, що вони є похідними від зобов'язань, які вже виникли внаслідок укладеного контрагентами договору, завдяки чому визначається зміст послуги, що передбачає досягнення певного позитивного ефекту для її замовника у період надання послуги (початок і закінчення), особливості споживання.

З огляду на різноманітність видів транспорту, транспортних засобів, видів перевезень (маршрутні, регулярні, нерегулярні тощо), особливості підстав і меж цивільно-правової відповідальності на різних видах транспорту, уніфікування правових режимів транспортних послуг видається не лише досить складним, а й непрактичним.

Отже, транспортні послуги, як різновид об'єктів цивільних прав, являють собою певні оплатні дії, які вчиняються контрагентом відповідно до укладеного договору і зміст яких у основних транспортних договорах полягає у переміщенні у просторі матеріальних об'єктів, які є предметом договору перевезення. Якість транспортної послуги залежить від транспортного засобу, який безпосередньо здійснює перевезення, його відповідності заявленому і об'єкта перевезення з урахуванням його специфіки (швидкопсувний, небезпечний, негабаритний вантаж та ін.), від вибору оптимального маршруту і графіка перевезення, обслуговування клієнта і належність зберігання та дотримання умов перевезення інших об'єктів перевезення – вантажу, багажу, пошти, вантажобагажу¹⁶⁸.

Транспортними послугами, як різновидом об'єктів цивільних прав, є певна правомірна діяльність, результат якої полягає у нематеріалізованому позитивному ефекті, що споживається замовником

одночасно з її наданням. Зміст такої діяльності у основних транспортних договорах полягає у переміщенні у просторі за допомогою транспортного засобу матеріальних об'єктів, які є предметом договору перевезення. Правовий режим транспортної послуги визначається змістом послуги, порядком і процедурою її надання, особливостями суб'єктного складу виконавців.

Адаптація і гармонізація вітчизняного законодавства у сфері надання транспортних послуг потребує не лише перегляду та уточнення у законодавстві окремих нормативних положень – «транспортні послуги», «послуги з перевезення», «безоплатні послуги», а і подальшої розробки в цивілістичній доктрині вчення про послуги і, власне, про транспортні послуги як їх різновид.

¹⁶⁸ Скрипник В. Л. Транспортні послуги в системі об'єктів цивільних прав. *Підприємництво, господарство і право*. 2020. № 5. С. 54.

РОЗДІЛ 4. ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН ІЗ НАДАННЯ ОХОРОННИХ ПОСЛУГ

4.1. Загальні положення про охоронні послуги

Зростання небезпеки протиправних посягань на життя, здоров'я громадян, а також на майно фізичних та юридичних осіб, загроза вчинення терористичних актів зумовлює потребу додаткового захисту майнових і немайнових прав та інтересів суб'єктів цивільних правовідносин, який можна отримати шляхом укладання договору охорони.

На сьогодні у правовому регулюванні послуг із надання охорони існує безліч прогалин, а існуючі у цій сфері нормативні акти не завжди погоджуються між собою та сталою судовою практикою.

Необхідно усунути проблеми правового регулювання окремих видів послуг з охоронної діяльності, надання яких істотно відстає від потреб цивільного обороту і від потреб споживачів у таких послугах.

Кодифікація цивільного законодавства, виокремлення договору охорони як різновиду договору зберігання сприяли становленню договірних охоронних відносин, розвитку їх ефективного правового регулювання. Зацікавленість суб'єктів у забезпеченні своєї безпеки, захисті майнових та немайнових прав зумовлює і попит на послуги з охорони.

До договорів про надання юридичних і фактичних послуг традиційно відносять транспортні договори (перевезення, буксирування, транспортного експедирування, експлуатації під'їзних шляхів та ін.), доручення, комісії, консигнації, зберігання, факторингу, страхування, банківської гарантії, на розрахунково-касове обслуговування та договір охорони¹⁶⁹.

¹⁶⁹ Луць В. В. Контракти в підприємницькій діяльності : навч. посіб. 2-е вид, перероб. і допов. К. : Юрінком Інтер. 2008. С. 245.

Сучасна цивілістична доктрина демонструє фрагментарність дослідження проблем, пов'язаних із наданням охоронних послуг. Винятком є праці С. П. Довбії «Договір охорони майна» (2004 р.), Д. В. Козиря «Договір охорони» (2013 р.), А. В. Басової «Договір охорони фізичних осіб» (2015 р.), Д. В. Бездітко «Договір охорони життя та здоров'я фізичної особи (тілоохоронництва) за законодавством України» (2015 р.)¹⁷⁰, де в силу природних причин не враховувалися новації цього інституту, пов'язані з прийняттям Закону України «Про охоронну діяльність» та подальшим законодавчим редагуванням його. Певне відношення до проблематики має праця А. М. Волинської «Договір про надання детективних послуг» (2019 р.)¹⁷¹. Як окремий вид договору зберігання, хоча із застереженням про його самостійність в системі договорів на надання послуг, розглядає охорону А. Г. Донець у дисертаційному дослідженні «Окремі види договору зберігання в цивільному праві України» (2021 р.)¹⁷².

Відсутність цілісного дослідження, присвяченого особливостям правового регулювання договору охорони, недостатній стан наукового дослідження у сфері надання послуг з охорони, невизначеність теоретико-методологічної бази, суперечливість правозастосовної практики ускладнює створення ефективного законодавства у цій сфері та не забезпечує належний захист прав учасників цивільних правовідносин.

Що собою являють охоронні послуги і яка їх правова природа?

Закон України «Про надання охоронних послуг» від 22 березня 2012 р. визначає охоронну діяльність як надання послуг з охорони

власності та громадян¹⁷³. Дефініції повинні охоплювати всі випадки і поширюватися на всі явища, які вони мають характеризувати. Запропоноване визначення звужує коло об'єктів охорони, оскільки окрім життя, здоров'я та майна, об'єктом охорони може виступати честь та гідність фізичної особи, громадський порядок під час проведення культурних спортивних та інших масових заходів.

Д. В. Козир слушно виокремлює поняття «охоронна послуга», як діяльність, що здійснюється на договірних відплатних засадах уповноваженими суб'єктами із застосуванням різноманітних засобів і прийомів з метою забезпечення цілісності майна, яке охороняється, або безпеки фізичної особи та «професійна охоронна послуга», як професійна діяльність, що здійснюється на договірних відплатних засадах спеціальними суб'єктами підприємницької діяльності із застосуванням спеціальних засобів і прийомів та забезпечує цілісність майна, яке охороняється, або безпеку фізичної особи¹⁷⁴.

Поняття охоронної діяльності пропонується і представниками суміжних галузей права. Так, М. В. Сийплові визначає охоронну діяльність як вид господарської діяльності чи один із напрямів правоохоронної діяльності, які полягають у системі правових, організаційних, економічних, технологічних, фізичних та інших заходів із забезпечення охорони життя та здоров'я фізичних осіб і їх власності, власності юридичних осіб чи держави від протиправних посягань, визначених законами, підзаконними актами та цивільно-правовими угодами¹⁷⁵.

Представники науки адміністративного права під «державною охоронною діяльністю» розуміють діяльність державних організацій, у тому числі тих, що мають у статутному фонді частку державної власності, щодо охорони належного їм майна, забезпечення

¹⁷⁰ Довбій С. П. Договір охорони майна : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Харків, 2004. 19 с.; Козир Д. В. Договір охорони : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2015. 20 с.; Басова А. В. Договір охорони фізичних осіб : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Харків, 2015. 20 с.; Бездітко Д. В. Договір охорони життя та здоров'я фізичної особи (тілоохоронництва) за законодавством України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Харків, 2015. 19 с.

¹⁷¹ Волинська А. М. Договір про надання детективних послуг : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2019. 22 с.

¹⁷² Донець А. Г. Окремі види договору зберігання у цивільному праві України : автореф. дис. канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2021. 22 с.

¹⁷³ Про охоронну діяльність : Закон України від 22 березня 2012 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4616-17#Text> (дата звернення: 10.08.2021).

¹⁷⁴ Козир Д. В. Договір охорони : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Нац. акад. внутр. справ. Київ, 2015. С. 3.

¹⁷⁵ Сийплові М. В. Охоронна діяльність в Україні (поняття, ознаки, кримінально-правовий захист). *Вісник кримінологічної асоціації України*. 2019. № 2 (21). С. 65.

особистої безпеки їх службових осіб, а також діяльність спеціально-уповноважених організацій по наданню послуг з охорони майна та забезпеченню особистої безпеки фізичних осіб на підставі цивільно-правових договорів¹⁷⁶.

По одній із справ Верховний Суд у своїй постанові зазначив, що специфічність природи договору охорони, враховуючи його віднесення до одного з видів договорів послуг, полягає в особливості об'єкта договору, яким є послуги нематеріального характеру, що нерозривно пов'язані з особистістю виконавця, результат діяльності якого (надання послуг) немає оречевленого (матеріального) змісту, оскільки сама послуга споживається у процесі її надання. Визначальною ознакою під час надання послуг є сама діяльність виконавця, оскільки при послугах продається не сам результат, а дії, які до нього призвели, бо в силу самого характеру послуги досягнення результату виконавцем не гарантується¹⁷⁷.

Характеризуючими ознаками послуги з охорони повинні виступати сфера її застосування, об'єкт охорони, засади, на яких надається послуга, особливість правової регламентації відносин між суб'єктами.

Аналіз чинного законодавства неможливий без ознайомлення із історією виникнення та розвитку законодавчої норми.

Регулювання відносин щодо зберігання та охорони трапляється ще в історичній пам'ятці давньоруського законодавства «Руській правді», де у ст. 40 зазначалося, що договір поклажі укладається без послухів (свідків), що було необхідною умовою з укладання інших договорів, тобто, по суті, вбачалося скоріше товариська (сусідська) послуга, ніж зобов'язання. Той, хто зберігав поклажу – «благодіяв», тобто надавав послугу, яка полягала у тому, що у цієї особи товар «лежав». Якщо таку особу

¹⁷⁶ Галуцько В. В. Адміністративно-правові основи організації та діяльності Державної служби охорони при Міністерстві внутрішніх справ України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07. Київ, 2003. С. 15–16.

¹⁷⁷ Постанова Верховного Суду від 27 серпня 2019 року по справі № 911/1867/18. URL: <http://iplex.com.ua/doc.php?regnum=83876062&red=100003487e51e437c66f750480f73fad23cbf1&d=5> (дата звернення: 10.08.2021).

звинувачували у тому, що товару було передано більше, вона давала присягу¹⁷⁸.

У розділі X «Про суд» Соборного уложення 1649 р. містилося кілька статей про «поклажеях». Окрема стаття була присвячена і послугам з охорони майна і безпосередньо відповідальності охоронця. Так, у ст. 275 зазначалося, що особа, яка «найметься стерегти двора або лавки, або ще чого-небудь», то за покрадене, «за його сторожею» відповідальність покладається на цього сторожа і його «порутчиків»¹⁷⁹.

Ідея безоплатності послуг із зберігання залишилася і в Цивільному кодексі Галичини 1797 р. Так, у § 102 Четвертого основного розділу «Про договори доручення і зберігання» зазначено, що безоплатні послуги переважно виникають, коли хтось веде чужі справи або бере чужі речі на зберігання. В останньому випадку виникає договір зберігання. Особливість правової природи послуг із зберігання відображає § 131. Якщо поклажодавець дозволяє зберігачеві користуватися переданою річчю, то якщо річ споживча – договір зберігання перетворюється на договір позики, а якщо неспоживча – то у договір позички¹⁸⁰.

Аналогічна за змістом норма зберіглася у Загальному цивільному уложенні Австрійської імперії 1811 р. із застереженням, що договір поклажі стає договором позики чи позички з моменту згоди зберігача на пропозицію поклажодавця на використання чи користування річчю¹⁸¹.

У Цивільному кодексі Української СРР 1922 р. не містилося глав або статей, присвячених охороні, зберігання, особистого найму,

¹⁷⁸ Руська Правда. Кодифікація цивільного законодавства на українських землях. Т. 1 / уклад. Ю. В. Білоусов, І. Р. Калаур, С. Д. Гринько та ін. / за ред. Р. О. Стефанчука та М. О. Стефанчука. К. : Правова єдність, 2009.

¹⁷⁹ Соборне уложення. Кодифікація цивільного законодавства на українських землях. Т. 1 / уклад. Ю. В. Білоусов, І. Р. Калаур, С. Д. Гринько та ін. / за ред. Р. О. Стефанчука та М. О. Стефанчука. К. : Правова єдність, 2009. С. 12.

¹⁸⁰ Цивільний кодекс Галичини : пер. з нім. М. Мартинюка, О. Павлишинець. Івано-Франківськ : Вавилонська бібліотека, 2017. С. 192.

¹⁸¹ Загальне цивільне уложення Австрійської імперії 1811 року. Кодифікація цивільного законодавства на українських землях. Т. 1 / Уклад. Ю. В. Білоусов, І. Р. Калаур, С. Д. Гринько та ін. / за ред. Р. О. Стефанчука та М. О. Стефанчука. К. : Правова єдність, 2009. С. 1107.

послуг в цілому. Проте термін «послуги» є у ст. 165 підрозділу «Наймання майна», в якій передбачено, що «найомна плата може виражатися у виконанні певних послуг»¹⁸².

У Цивільний кодекс Української РСР 1963 р. була включена глава 36 «Схов». Незважаючи на те, що в кодексі не виокремлювалися охоронні послуги в якості самостійного виду послуг, проте надання послуг з охорони набули широкого застосування на практиці на рівні підзаконних нормативних актів системи міністерства внутрішніх справ.

Подальшим кроком у справі удосконалення організації охорони в країні було прийняття заходів у відповідності до постанови Ради Міністрів СРСР від 24 січня 1959 р. «Про упорядкування охорони підприємств, організацій і установ». Цією постановою замість існуючих видів охорони встановлювалося два види: воєнізована – для особливо важливих і режимних об'єктів і сторожова – для дрібних промислових підприємств і господарських організацій.

У травні 1967 р. Держарбітражем при РМ СРСР був затверджений Типовий договір на охорону об'єктів підрозділами позавідомчої охорони при органах міліції, в якому передбачалося надання послуг з охорони товарно-матеріальних цінностей на об'єкті і встановлювалась відповідальність охорони за їх розкрадання шляхом крадіжок, грабунків чи розбійних нападів¹⁸³.

Іншим поширеним видом охорони стали договори на охорону квартир, які уклалися відповідно до Примірного договору на охорону квартир, затвердженого наказом МВС СРСР від 26 березня 1969 р. № 152 «Про організацію роботи по охороні квартир за допомогою технічних засобів сигналізації».

Сучасна історія договору охорони почалася з прийняттям урядом України постанови «Про заходи щодо вдосконалення охорони

¹⁸² Цивільний кодекс Української СРР. URL: https://jurist-online.org/laws/codes/ex/civilnyi_kodeks_usrg_1922.pdf (дата звернення: 10.08.2021).

¹⁸³ Типовой договор об охране объектов подразделениями вневедомственной охраны при органах милиции утв. постановлением Госарбитража при СМ СССР от 31 мая 1967 года № ТД-7. URL: http://www.libussr.ru/doc_ussr/usr_6579.htm (дата звернення: 10.08.2021).

об'єктів державної та інших форм власності» від 10 серпня 1993 р.¹⁸⁴, коли для охорони нерухомих об'єктів та іншого майна, в тому числі вантажів, валютних цінностей, забезпечення особистої безпеки громадян, а також технічного захисту інформації на договірних засадах, і була створена Державна служба охорони. З прийняттям законів України «Про власність», «Про господарські товариства», «Про підприємство» та з відмовою держави від монополізму в сфері охоронної діяльності, з появою в господарській діяльності нових суб'єктів підприємництва значно розширилася і сфера застосування охоронних послуг, а договір охорони вийшов із вузьковідомчих рамок і за своїм змістом став набувати характеру загальноцивільного договору. На зміну цієї постанови була прийнята урядова постанова «Про затвердження категорій об'єктів державної форми власності та сфер державного регулювання, які підлягають охороні органами поліції охорони на договірних засадах», де вже безпосередньо йшлося про укладання договорів на охорону окремих об'єктів¹⁸⁵.

Договір охорони як окремих вид договірних зобов'язання з'являється у ЦК України 2003 р.¹⁸⁶ Це яскравий приклад того, що і надалі система договорів буде обростати новими видами, регулювання яких буде закріплюватися в нормативних актах і з часом переміщуватися із спеціальних актів у кодифіковані¹⁸⁷.

З огляду на поширеність цього виду договору законодавець намагається регламентувати надання охоронних послуг у зв'язку

¹⁸⁴ Про заходи щодо вдосконалення охорони об'єктів державної та інших форм власності : Постанова Кабінету Міністрів України від 10 серпня 1993 року. № 615. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/615-93-%D0%BF#Text>. (дата звернення: 10.08.2021).

¹⁸⁵ Про затвердження категорій об'єктів державної форми власності та сфер державного регулювання, які підлягають охороні органами поліції охорони на договірних засадах», де вже безпосередньо йшлося про укладання договорів на охорону окремих об'єктів : Постанова КМ України від 21 листопада 2018 року. № 975. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/975-2018-%D0%BF#Text> (дата звернення: 10.08.2021).

¹⁸⁶ Зазначимо, що відсутність договору охорони в ЦК РФ дає підстави науковцям класифікувати його як «непоіменований договір» і робити висновок до застосування до нього загальних положень щодо правочинів і договорів. Див. : Медникова Ю. А. Содержание договора оказания охранных услуг. *Правопорядок: история, теория, практика*. 2019. № 1. С. 86.

¹⁸⁷ Договір як універсальна форма правового регулювання : монографія / за заг. ред. В. А. Васильєвої. Івано-Франківськ, 2016. С. 140.

з чим і був прийнятий Закон України «Про охоронну діяльність»¹⁸⁸, який в системі договорів охорони виокремив за об'єктом охорони три різновиди договору: 1) охорони майна громадян; 2) охорони майна юридичних осіб; 3) охорони фізичних осіб, який, по суті, продублював основні різновиди договорів з надання охоронних послуг, які уклала державна служба охорони (охорони об'єктів, охорони житлових приміщень і охорони фізичних осіб).

У ст. 1 Закону під *охороною майна* пропонується розуміти – діяльність з організації та практичного здійснення заходів охорони, спрямованих на забезпечення недоторканності, цілісності визначених власником і належних йому будівель, споруд, територій, акваторій, транспортних засобів, валютних цінностей, цінних паперів та іншого рухомого і нерухомого майна, з метою запобігання та/або недопущення чи припинення протиправних дій щодо нього, для збереження його фізичного стану, припинення несанкціонованого власником доступу до нього та забезпечення здійснення власником цього майна всіх належних йому повноважень стосовно нього.

Як впливає зі змісту Закону, його дія поширюється на суб'єктів господарювання будь-якої форми власності, створених та зареєстрованих на території України, що здійснюють охоронну діяльність.

У статті 978 ЦК України договір охорони визначається як договір, за яким охоронець, який є суб'єктом підприємницької діяльності, зобов'язується забезпечити недоторканність особи чи майна, які охороняються. Володілець такого майна або особа, яку охороняють, зобов'язані виконувати передбачені договором правила особистої та майнової безпеки і щомісячно сплачувати охоронцю встановлену плату. Договір охорони є різновидом договору на надання послуг.

Незважаючи на назву «договір охорони» по суті може укладатися зовсім інший договір щодо надання послуг, а саме – *договір – на повідомлення клієнта про спрацювання технічних засобів охорони*», за яким на охорону не покладається обов'язок припинити

¹⁸⁸ Про охоронну діяльність : Закон України від 22 березня 2012 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4616-17#Text> (дата звернення: 10.08.2021).

протиправні дії зловмисників та затримати їх чи відшкодувати заподіяні розкраданням збитки¹⁸⁹.

Укладення договорів про надання послуг підпадає під дію правових норм, які визначають порядок укладення цивільних договорів з урахуванням спеціального законодавства¹⁹⁰. Наявність спеціального законодавства у цій площині є ілюстрацією твердження, що свобода договору не є безмежною: вона існує в рамках чинних нормативних актів, звичаїв ділового обороту, розумності, добросовісності та справедливості¹⁹¹.

Охоронцем можуть виступати лише суб'єкти підприємницької діяльності: спеціально утворені охоронні фірми, які мають відповідні дозволи на надання такого роду послуг, Департамент поліції охорони, що є рівноправним конкурентом на ринку охоронних послуг, відповідні підрозділи Міністерства внутрішніх справ України. Це двосторонній і оплатний договір, специфіка якого вимагає його укладання у письмовій формі. Договір охорони законодавець розмістив у главі 66 ЦК України «Зберігання», визначаючи його як один із спеціальних видів зберігання. Проте законодавець практично не приділяє договору охорони спеціальної уваги, вважаючи, що на нього повинні поширюватися загальні положення договору зберігання. Дійсно, договори охорони і зберігання мають спільні риси: 1) відносяться до категорії договорів з надання фактичних послуг; 2) об'єднані спільною метою – забезпечити збереження майна власника.

Водночас договору охорони притаманні специфічні особливості, що є підставою розглядати його не як різновид договору зберігання чи якогось іншого договору, а як самостійний

¹⁸⁹ Цивільний кодекс України : науково-практичний коментар: пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій України, науковців, фахівців. Т. 9, ч. III: *Послуги. Перевезення. Транспортне експедирування. Зберігання* / С. Є. Морозова, І. С. Лукасевич-Крутник та ін.; за ред. проф. І. В. Спасибо-Фатєєвої. Х. : ЕКУС, 2020. С. 450.

¹⁹⁰ Договірне регулювання приватноправових відносин в умовах євроінтеграційних процесів в Україні : монографія / за заг. ред. акад. НАПрН України О. Д. Крупчана ; наук. ред. А. Б. Гриняк. К., 2017. С. 245.

¹⁹¹ Харитонов Є. О., Харитонova О. І. Приватне право як концепт. Т. IV: Від ідеї до реалізації : монографія. Одеса : Фенікс, 2021. С. 568.

цивільно-правовий договір, перш за все, це особливий суб'єктний склад. Специфіка охоронних послуг виключає їх надання на побутовому рівні, оскільки передбачає обов'язкову професійність охоронця. *Охоронцями* виступають особливі суб'єкти підприємницької діяльності: спеціально утворені охоронні фірми, які мають відповідні дозволи на надання такого роду послуг¹⁹².

Відповідно до п. 12 ст. 9 Закону України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» охоронна діяльність підлягає *обов'язковому ліцензуванню*. Ліцензійні умови провадження охоронної діяльності затверджені постановою КМ України від 18 листопада 2015 р. № 960, а видача ліцензій покладена на МВС України.

Метою ліцензування охоронної діяльності є не лише здійснення єдиної державної політики у галузі охорони власності та охорони життя та здоров'я громадян, а й забезпечення законності у діяльності охоронних підприємств та громадян – суб'єктів підприємництва, а також високого рівня якості послуг з охорони, що ними надаються¹⁹³.

Суб'єкт підприємницької діяльності може бути позбавлений наданої ліцензії за грубе порушення правил та умов надання послуг по охороні. Окрім загальних підстав ліцензія на здійснення охоронної діяльності може бути анульована у випадках: придбання та використання майна, визначеного законодавством для виключного використання військовими формуваннями та правоохоронними органами; використання ознак належності (елементи символіки, формений одяг тощо) до МВС, СБУ, Управління державної охорони, Збройних сил України та інших військових формувань, правоохоронних органів; створення перешкод у діяльності представників правоохоронних та інших органів державної влади, а громадянам – у здійсненні ними законних повноважень; охорона фізичної особи, яка вчиняє злочинні дії, адміністративне

¹⁹² За даними МВС України на кінець квітня 2021 р. в Україні офіційно зареєстровано близько 8700 суб'єктів підприємницької діяльності, які отримали ліцензії на надання охоронних послуг.

¹⁹³ Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України : у 2-т. 5-є вид., перероб. і доп. / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. К. : Юрінком Інтер, 2013. Т. II. С. 615.

правопорушення або намагається їх учинити; вчинення дій, що посягають на права, свободи та власність фізичних осіб; участь у виконанні судових рішень під час виконавчого провадження; вчинення дій, спрямованих на силове протистояння між персоналом охорони різних суб'єктів господарювання; використання спеціальних засобів, не включених до переліку, дозволених суб'єктам охоронної діяльності та інше.

4.2. Окремі види договорів із надання послуг із охорони

Окремими видами договору охорони є договори про охорону об'єктів, майна, що знаходиться в житлових приміщеннях громадян, вантажів, готівки, фізичних осіб тощо. Сторонами цього договору є замовник і охоронець.

Послуги з охорони надаються, як правило, за місцем розташування об'єкта, який охороняється, тобто, якщо йдеться про майно, то воно залишається у володінні замовника, на відміну від договору зберігання, де майно переходить у володіння зберігача; передумовою укладання договору охорони є, як правило, обстеження об'єкта охорони.

Якщо послуги з охорони надаються поліцією охорони МВС України, то правовідносини між охоронцем і замовником регламентуються спеціальними відомчими нормативними актами: наказом МВС України «Про організацію охорони майна фізичних і юридичних осіб органами та підрозділами поліції охорони за допомогою засобів охоронного призначення», Інструкцією із здійснення органами, підрозділами поліції охорони заходів майнової і особистої безпеки громадян з використанням засобів охоронного призначення, затвердженою наказом МВС України від 23 червня 2017 р. № 533, тощо. У випадках, коли охоронна діяльність здійснюється підприємницькою структурою, то порядок укладення договору на охорону об'єктів, квартир та інших приміщень (будинків, дач, гаражів), іншого майна регламентується локальними нормативними актами суб'єктів охоронної діяльності, а зміст договору формується за погодженням із замовником.

Охорона укладає договір за умови реальної можливості забезпечити безпеку об'єкту. Тому після звернення замовника з пропозицією укласти договір створюється комісія за участі представників замовника і охорони, яка проводить обстеження об'єкта з метою узгодження виду охорони, визначення кількості постів, необхідності обладнання об'єкта засобами охоронної сигналізації та пожежогасіння, технічного укріплення, виходячи із розмірів території, на якій розташовано об'єкт, особливостей виробничої діяльності, ступеня важливості, режиму роботи та інших обставин, які мають відношення до умов забезпечення зберігання матеріальних цінностей. Результати обстеження оформлюються актом обстеження, у якому зазначаються недоліки щодо технічного укріплення об'єкта і пропозиції щодо їх усунення. Правове значення акта обстеження об'єкта полягає в тому, що невиконання замовником у строк робіт, передбачених в акті, може бути підставою для звільнення охорони від відповідальності за розкрадання майна, яке перебуває на об'єкті.

Надання охоронних послуг може носити епізодичний характер (протягом певних годин, у нічний час, у міру необхідності), проте ця обставина, за загальним правилом, не впливає на розмір оплати за послуги. За договором же зберігання зберігач надає послуги безперервно – протягом всього часу дії договору; обов'язки охоронця, як правило, обмежуються конкретним завданням, зокрема, не допустити крадіжку, розбій, грабіж на об'єкті. У той же час професійний зберігач окрім цього повинен ще вживати всіх необхідних заходів для забезпечення збереженості майна, навіть якщо про це безпосередньо в договорі не зазначено¹⁹⁴. Розмір оплати послуг охорони залежить від виду охорони (сил та засобів, які залучаються до виконання договору). Охорона відповідає лише за дійсні збитки.

Досить спірною нам уявляється думка щодо відсутності чітких критеріїв якості охоронної послуги¹⁹⁵. Критерії якості охорони тісно пов'язані з метою, з якою укладається договір, а саме – виключення

¹⁹⁴ Заїка Ю. О. Договір охорони. Договірне право України. Особлива частина : навч. посіб. / Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнецова та ін.; за ред. О. В. Дзери. К. : Юрінком Інтер, 2009. С. 738.

¹⁹⁵ Басова А. Развитие договора охраны физических лиц в Украине. *Leges et vita*. 2015. № 1. С. 50.

настання певної події стосовно об'єкта охорони (крадіжки, збройного нападу тощо).

Охорона як більш професійна сторона у такого роду правовідносинах має обрати найоптимальніші способи і заходи, які б виключали настання тих негативних наслідків, які намагається унеможливити замовник. І саме відсутність таких негативних наслідків свідчить про якість наданих послуг. Певну схожість договір охорони має і з договором підряду, якщо за підрядом на замовлення в інтересах іншої сторони за винагороду виконується певна робота, а за договором охорони на замовлення іншої сторони відплатно надаються фактичні послуги. Проте мета і результати за цими договорами відрізняються. Якщо наслідком виконання договору підряду є певний результат – створення нової речі, відновлення чи покращення властивостей вже існуючої речі, то за договором охорони ніяких нових матеріальних цінностей не створюється, замовник лише забезпечує збереження вже існуючого матеріального об'єкта.

Договір охорони має і певну схожість із договором страхування майна, оскільки охорона як страховик зобов'язана відшкодувати заподіяні збитки за умов настання визначених у договорі подій. Проте на відміну від договору страхування договір охорони не є алеаторним, і якщо у страхових правовідносинах може виникнути певна невідповідність між розміром сплачених страхових внесків і розміром відшкодування (за відсутності страхової події страхувальник втрачає страхові внески, а за її наявності – розмір страхових внесків не покриває розмір виплаченого страховиком відшкодування), то у договорі охорони замовник сплачує за реально надані послуги, а право на відшкодування збитків, заподіяних майну, яке охороняється, виникає лише за умов неналежного виконання охороною своїх договірних зобов'язань.

Унікальність договору охорони полягає в тому, і тут з певним застереженням можна підтримати висновок Д. В. Козиря, що у правовідносинах, які виникають з приводу охорони, один із суб'єктів договору і об'єкт договору можуть збігатися¹⁹⁶. Якщо послуги з охорони надаються підрозділами Департаменту поліції охорони,

¹⁹⁶ Козир Д. В. Договір охорони : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2015. С. 18.

то правовідносини між охороною і замовником регламентуються спеціальними відомчими нормативними актами. Оскільки охоронець виконує спеціальні завдання, підрозділи Департаменту поліції охорони озброюються вогнепальною зброєю, а також оснащуються спеціальними засобами індивідуального захисту та активної оборони, пристроями для примусової зупинки автотранспорту тощо. Охоронні підрозділи недержавних структур можуть мати на озброєнні вогнепальну спортивну і вогнепальну мисливську зброю, а також оснащуватися спеціальними засобами індивідуального захисту та активної оборони¹⁹⁷.

Небезпека настання негативних наслідків майнового характеру у сфері діяльності суб'єктів підприємництва може зумовити настання не тільки прямих збитків, а й упущеної вигоди, яку такі суб'єкти могли б набути при звичайному перебігу подій.

Різновидом договору охорони є договір на охорону об'єктів. Постановою Уряду України від 10 серпня 1993 р. № 615 затверджено «Перелік об'єктів, що підлягають обов'язковій охороні підрозділами Державної служби охорони при Міністерстві внутрішніх справ за договорами». До таких об'єктів належать: Національна телекомпанія, Національна радіокомпанія, державні телевізійні центри; державні архіви та їх сховища; державні підприємства ювелірної промисловості; бази, склади благородних металів, дорогоцінного каміння та виробів із нього; підприємства, що виробляють цінні державні папери, вогнепальну спортивно-мисливську зброю, вибухові речовини; пункти поховання радіоактивних відходів; об'єкти, розташовані в зоні безумовного відселення та відчуження тощо.

Наявність переліку об'єктів, які підлягають обов'язковій охороні, певною мірою обмежує свободу договору, проте це зумовлено важливістю і необхідністю їх належної охорони та публічністю інтересів, які необхідно захищати. Охорона укладає договір за умови реальної можливості забезпечити безпеку об'єкту. Після звернення замовника з пропозицією укласти договір створюється

¹⁹⁷ Українське цивільне право : навч. посіб. 3-тє вид., перероб. і доп./ за ред. Ю. О. Заїки. К. : ЦУЛ, 2014. С. 288–289.

комісія за участі представників замовника і охорони, яка проводить обстеження об'єкта з метою узгодження виду охорони, визначення кількості постів, необхідності обладнання об'єкта засобами охоронної сигналізації та пожежогасіння, технічного укріплення, виходячи із розмірів території, на якій розташовано об'єкт, особливостей виробничої діяльності, ступеня важливості, режиму роботи та інших обставин, які мають відношення до умов забезпечення зберігання матеріальних цінностей. Результати такого обстеження оформлюються актом, у якому охорона зазначає недоліки щодо технічного укріплення об'єкта і пропозиції та рекомендації щодо їх усунення. Правове значення акта обстеження об'єкта полягає у тому, що невиконання замовником робіт, передбачених в акті, може бути підставою для звільнення охорони від відповідальності за розкрадання майна, якщо цьому сприяло несвоєчасне проведення замовником робіт щодо технічного зміцнення об'єкта охорони.

Одночасно з укладенням договору визначається план (схема) об'єкта і дислокація, де вказується перелік об'єктів, що підлягають охороні, час і вид охорони, розрахунки вартості щодо кожного виду охорони і поста, витрат на утримання бюро перепусток і службових собак, обслуговування сигналізації та ін. Розмір оплати за послуги з охорони визначається сторонами на основі розрахунку, що додається до договору, і залежить від категорії об'єкта, характеру охорони, часу договору, характеру і виду охорони, тобто які сили і засоби охорони залучаються до виконання обов'язків з охорони. Охоронець несе матеріальну відповідальність за збитки, заподіяні розкраданням товарно-матеріальних цінностей або їх знищенням чи псуванням, а також пожежами або внаслідок інших причин з вини охорони.

До збитків, що підлягають відшкодуванню, включається вартість викраденого або знищеного майна, розмір зниження в ціні пошкоджених товарно-матеріальних цінностей, витрати, понесені на відновлення пошкодженого майна, а також сума викрадених грошових коштів, Охорона відшкодовує лише прямі збитки, не отримані замовником доходи відшкодуванню не підлягають. Окрім обставин, які є загальними підставами для звільнення сторін від відповідальності у договірному праві, безпосередньо в договорі

охорони визначені й додаткові обставини, які звільняють охорону від відповідальності і які залежать від виду договору і характеру об'єкта, який охороняється. Так, у договорах на охорону об'єктів охорона звільняється від відповідальності за шкоду, яка заподіяна внаслідок розкрадання чи знищення майна у разі: якщо грошові кошти чи вироби з дорогоцінних металів чи каменю зберігалися на об'єкті понад встановленого ліміту або не в сейфі (металевій шафі, ящику), прикріпленому до підлоги (стіни); якщо збитки завдані зловмисником, який проник у приміщення, що охоронялося, до його закриття і залишив його після припинення охорони; якщо майно викрадено з вітрин за відсутності огорожі, пломб та опису цих товарів; замовник не виконав вимог щодо технічного зміцнення об'єкта, зазначених у акті обстеження тощо.

Особливостями договору охорони майна, що знаходиться в житлових приміщеннях, є такі: передумовою укладання договору є обстеження житлового приміщення і обладнання його засобами охоронної сигналізації; замовник в односторонньому порядку оцінює вартість свого майна, що безпосередньо впливає на розмір щомісячної оплати послуг; розмір оплати послуг не залежить від їх фактичного обсягу; періодом охорони вважається час з моменту прийому об'єкта під охорону і до зняття його з охорони замовником чи довіреною особою. Охорона несе перед замовником матеріальну відповідальність за збитки в межах вартості майна, оціненого замовником під час укладання договору.

Охорона звільняється від відповідальності, якщо: особа, яка протиправно проникла в квартиру, затримана на місці; збитки, спричинені замовнику крадіжкою майна, виникли внаслідок проникнення в квартиру через місця, від обладнання яких технічними засобами охорони замовник відмовився; крадіжка здійснена за період, коли охорона тимчасово не могла здійснюватися з технічних причин, про що замовника було заздалегідь сповіщено; замовник не здав дублікати ключів від вхідних дверей квартири, під'їзду, холу, що перешкодило затриманню зловмисника; замовник розголосив присвоєний кодовий номер або правила користування технічними засобами охорони; замовник вніс зміни в схему охоронної сигналізації, внаслідок чого вона не спрацювала; шкода заподіяна

без проникнення в квартиру та інші підстави. Зокрема апеляційний суд, відмовив у позові щодо відшкодування збитків, заподіяних крадіжкою, серед іншого зазначивши, черговий наряд Охоронця прибув до будинку через 9 хвилин після спрацювання охоронної сигналізації о 1: 39 ночі, проте потрапити у під'їзд не зміг, оскільки у наряді не було чипа, сусіди на дзвінки не відповідали, а з замовником зв'язок був відсутній. Непередача позивачами усіх ключів від під'їзду та тамбуру стало перешкодою працівникам відповідача потрапити до квартири після спрацювання сигналізації¹⁹⁸.

Послуги з охорони безпосередньо об'єкту можуть поєднуватися із іншими – охорона майна при перевезенні, при завантажуванні та розвантажуванні, зважуванні, перевірці у пункті призначення, при локальних переміщеннях на підприємстві. Надання охоронних послуг може бути ускладнено встановленням спеціального правового режиму на окремих станціях. Так, по одній із справ в рішенні суду зазначено, що на момент прибуття вагонів на станцію пломби були ціли та не пошкоджені. Охорона здійснювала супровід вагонів. Однак, після прибуття на кінцеву станцію вагони були переміщені на закриту адміністративну територію станції, яка знаходиться під охороною особового складу «загону воєнізованої охорони», на дану територію представника «Охорони» не було допущено. Вагони там чекали черги на зважування та розвантажування. Під час зважування було виявлено недостачу вантажу¹⁹⁹.

Необхідно зазначити, що в договорах охорони, як правило, міститься застереження про звільнення охорони від відповідальності, якщо буде доведено відсутність її вини. Проте послуги охорони – це послуги, які надає спеціальний суб'єкт договору – виключно професійний охоронець.

За ст. 950 ЦК України професійний зберігач відповідає за втрату (нестачу) або пошкодження речі, якщо не доведе, що це сталося внаслідок непереборної сили, або через такі властивості речі, про

¹⁹⁸ Постанова Одеського апеляційного суду від 13 лютого 2020 р. по справі 521/15259/18. ЄДРСР. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/87949736> (дата звернення: 10.08.2021).

¹⁹⁹ Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів касаційного господарського суду від 17 лютого 2021 року. по справі № 916/450/20. ЄДРСР URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/95573459> (дата звернення: 10.08.2021).

які зберігач, приймаючи її на зберігання, не знав і не міг знати, або внаслідок умислу чи грубої необережності поклаждавця.

Іншими словами, законодавець передбачив підвищену відповідальність професійного зберігача, яка полягає у тому, що він відповідає за завдані збитки, які були заподіяні і без його вини, наприклад, внаслідок казусу. Аналогічне правило повинно застосовуватися і щодо умов відповідальності охорони за шкоду, заподіяну об'єкту охорони.

Специфіка договору охорони дає підстави вважати його не різновидом договору зберігання, а самостійним цивільно-правовим договором, який має посісти належне йому місце в системі цивільно-правових договорів. Договір охорони має регулюватися окремою главою Цивільного кодексу України.

Правове регулювання послуг із надання охорони фізичної особи. Життя, здоров'я, тілесна недоторканність, честь та гідність – найвищі загальнолюдські цінності.

Охоронна діяльність – надання послуг з охорони власності та громадян (ст. 1 Закону «Про охоронну діяльність»). Охорона фізичної особи – це діяльність з організації та практичного здійснення заходів охорони, спрямованих на забезпечення особистої безпеки, життя та здоров'я індивідуально – визначеної фізичної особи (групи осіб) шляхом запобігання або недопущення негативного безпосереднього впливу факторів (діяльності або бездіяльності) протиправного характеру

За цим договором охоронець зобов'язується забезпечити захист фізичної особи (або і членів її сім'ї чи інших осіб) у визначеному місці (перебуванні за місцем постійного чи тимчасового проживання, на певній території, під час проведення певних заходів, офіційних зустрічей) або протягом визначеного часу (під час руху у транспортному засобі, перебуванні на території аеропорту, у від'їзді тощо). Послуга може надаватися як постійно, так і епізодично.

Послуги з надання охорони фізичної особи можуть здійснюватися як шляхом безпосередньої присутності охоронця з особою, яка охороняється, так і шляхом використання забезпечення приладів та пристроїв технічного характеру, службових собак,

що унеможливають посягання на життя і здоров'я фізичної особи і фіксують можливі порушення визначеного периметру, який охороняється.

Договір охорони фізичної особи носить ознаки фидуціарності, оскільки охоронець має доступ до персональної інформації особи, відомостей про її особисте життя і членів її сім'ї. З урахуванням особливостей договору на охоронця покладаються обов'язки, пов'язані із забезпеченням виконання договору – розробка маршрутів руху, безпечне пересування по території, вхід і вихід з приміщення, попередження небажаних контактів із сторонніми особами, перевірка осіб, які будуть спілкуватися з клієнтом, тощо. Такі послуги можуть надавати як поліція охорони МВС України, так і як суб'єкти підприємницької діяльності.

Досить спірними є твердження, що переваги процедури укладення договорів охорони життя та здоров'я особи з суб'єктами охоронної діяльності приватної форми власності порівняно з відповідними підрозділами органів внутрішніх справ України полягають у можливості перших укладати договори і надавати охоронні послуги, зокрема особам, які мають незняті судимості або які підозрюються у вчиненні кримінально каранних дій, в той час як підрозділи міліції охорони мають обов'язок відмовляти в укладенні таких договорів, позбавляючи відповідних суб'єктів права на персональну охорону з боку державних охоронних підрозділів²⁰⁰.

В Інструкції МВС України про організацію службової діяльності органів поліції охорони під час виконання заходів з фізичної охорони об'єктів від 07.07.2017 р. передбачено, що особиста безпека громадян України, іноземних громадян, осіб без громадянства здійснюється за умови відсутності відомостей щодо протиправних дій особи, яка приймається під охорону, зокрема, наявність інформації, що особа вчиняє кримінальне або адміністративне правопорушення або намагається їх вчинити; наявність в особи незнятої або непогашеної судимості чи наявність

²⁰⁰ Бездітко Д. В. Договір охорони життя та здоров'я фізичної особи (тілоохоронництва) за законодавством України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Харків, 2015. С. 6.

інформації про перебування особи у розшуку; визнання особи «*persona non grata*»²⁰¹. Проте переваги надання охоронних послуг приватними компаніями є ефемерним, оскільки підпунктом 7 п. 13 Ліцензійних умов провадження охоронної діяльності від 18 листопада 2015 р. прямо передбачено, що під час організації та провадження охоронної діяльності забороняється: «охороняти фізичну особу, яка вчиняє злочинні дії, адміністративне правопорушення або намагається їх учинити», а також

створювати перешкоди чи заважати діяльності представників правоохоронних органів у здійсненні ними повноважень, наданих їм законами та іншими нормативно-правовими актами; приховувати відомості про кримінальні правопорушення, що вчиняються або готуються, незалежно від інтересів замовника послуг з охорони²⁰².

Звичайно, що суб'єктами охоронної діяльності можуть використовуватися спеціальні засоби, до яких відповідно до Переліку спеціальних засобів, придбання, зберігання та використання, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 11 лютого 2013 року № 97, відносяться, зокрема, бронезилети, захисні каски, газові балончики з аерозолями сльозоточивої та дратівної дії, газові пістолети і револьвери та патрони до них калібру 6, 8 і 9 міліметрів, заряджені речовинами сльозоточивої та дратівної дії, гумові кийки, наручники пластикові (текстильні) одноразового використання, електрошокові пристрої та пристрої вітчизняного виробництва для відстрілу патронів, споряджених гумовими чи аналогічними за своїми властивостями металевими снарядами несмертельної дії, та зазначені патрони – вони використовуються виключно суб'єктами охоронної діяльності, які здійснюють охорону особливо важливих об'єктів права державної власності або надають охоронні послуги із залученням власного

²⁰¹ Інструкція про організацію службової діяльності органів поліції охорони під час виконання заходів з фізичної охорони об'єктів, затв. наказом МВС України від 07.07.2017 р. № 577. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0989-17#Text> (дата звернення: 10.08.2021).

²⁰² Ліцензійні умови провадження охоронної діяльності, затв. постановою КМ України від 18 листопада 2015 року. № 960. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/960-2015-%D0%BF#Text> (дата звернення: 10.08.2021).

транспорту реагування та використанням пунктів централізованого спостереження²⁰³.

Проте право використання вогнепальної зброї надано виключно поліції охорони. Відповідно до ч. 4 п. 4 ст. 46 «Застосування вогнепальної зброї» Закону України «Про національну поліцію» від 2 липня 2015 р. поліцейський уповноважений у виняткових випадках може застосовувати вогнепальну зброю, в тому числі для відбиття нападу на об'єкти, що перебувають під охороною, конвої, житлові та нежитлові приміщення, а також звільнення таких об'єктів у разі їх захоплення.

Аргументами проти наведеного вище твердження є не лише краща технічна оснащеність підрозділів органів внутрішніх справ, зокрема право на зброю, професійні навички з її поводженням, а й можливість легального доступу до оперативної інформації, що певним чином дозволяє прогнозувати негативні для клієнта ситуації та уникати несприятливих для нього наслідків.

Таким чином, специфіка охоронних послуг:

- виключає їх надання на побутовому рівні і передбачає *професійність* охоронця;
- унікальність послуги у правовідносинах, де об'єктом виступають послуги з охорони фізичної особи, об'єкт договору і один із суб'єктів договору можуть збігатися²⁰⁴, що не відповідає класичному твердженню, що об'єкт повинен бути протиставлений суб'єкту;
- охоронні послуги можуть надаватися лише за умови *ліцензування* цього виду господарської діяльності;
- договір щодо надання охоронних послуг передбачає обов'язковість його укладення у *письмової формі* та *оплатність*;
- *передумовою* укладання договору є обстеження об'єкта охорони і складання *акта* з приписами про усунення недоліків, які можуть стати перешкодою у належному наданні послуг;

²⁰³ Перелік спеціальних засобів, придбання, зберігання та використання яких затверджено постановою Кабінету Міністрів України від 11 лютого 2013 року № 97. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/97-2013-%D0%BF> (дата звернення: 10.08.2021).

²⁰⁴ Заїка Ю. О. Договір охорони в системі цивільних договорів. *Приватне право і підприємництво*. 2018. Вип.18. С. 136.

– протягом дії договору охоронні послуги можуть надаватися як безперервно, так і *епізодично* (у певні години, у нічний час, за необхідності);

– охоронні послуги надаються *за місцем розташування* об'єкта охорони, оскільки майно не переходить у володіння охоронця;

– зміст охоронних послуг обов'язково обмежується *конкретним завданням*, зокрема, не допустити крадіжку, розбій, грабіж на об'єкті тощо;²⁰⁵

– охоронні послуги можуть надаватися не лише щодо такого об'єкта як майно, а й відносно *фізичних осіб*.

Необхідність удосконалення правового регулювання надання послуг з охорони зумовлена, перш за все, особливістю об'єкта охорони, який визначає зміст охоронних послуг, суб'єктом складом договору, відносною новизною цього цивільно-правового інституту та відсутністю сталої судової практики щодо підстав і меж відповідальності учасників цього виду договірних відносин та ефективного механізму відшкодування збитків, заподіяних неналежним виконанням договірних зобов'язань контрагентом.

4.3. Захист прав споживачів при наданні послуг охорони

Для задоволення власних інтересів та захисту прав споживачів послуг охорони має право застосуватись договірний (прописаний у договорі з надання послуг охорони) або легальний (забезпечений державою у законодавстві України) механізм.

Якщо договірний механізм може бути будь-яким за умови дотримання положення про недопустимість виключення або обмеження в договірному порядку прав, що надаються споживачу законодавством, а умови договору, що виключають або обмежують відповідні права споживача, є для нього необов'язковими, то законодавство України має чіткий порядок дій та доволі зрозумілий механізм захисту прав споживачів послуг охорони.

²⁰⁵ Див.: Заїка Ю. О. Договір охорони. *Цивільне право України*. Особлива частина : підручник / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, Р. А. Майданіка. 5-те вид. стереотипне. К. : Юрінком Інтер, 2017. С. 703 –704.

Основоположним є Закон України «Про захист прав споживачів»²⁰⁶, що регулює відносини між споживачами товарів, робіт і послуг та виробниками і продавцями товарів, виконавцями робіт і надавачами послуг різних форм власності, встановлює права споживачів, а також визначає механізм їх захисту та основи реалізації державної політики у сфері захисту прав споживачів. Базовою для цього Закону є стаття 42 Конституції України, що гарантує від держави захист прав споживачів, здійснення контролю за якістю і безпечністю продукції та усіх видів послуг і робіт, сприяння діяльності громадських організацій споживачів.

Положення цього Закону є чіткими та зрозумілими, але до того моменту, поки не постане питання їх реалізації та захисту порушеного права в суді. Захисту прав споживачів, у тому числі послуг охорони, приділяється незначна увага як вченими, так і практиками. Ще меншу значимість цим відносинам надають органи державної влади та місцевого самоврядування. Хоча саме вони мають здійснювати інформаційно-правову політику для захисту (охорони) прав споживачів, що має стати упередженням порушень їх прав та втручання у їх законні інтереси.

Ринок послуг охорони дуже великий та охоплює до десятка видів охорони як майна, так і життя людини, але інформативне наповнення та роз'яснювальна робота надавачів таких послуг є майже нульовими. З власного досвіду можна сказати, що у вільному доступі немає типових (примірних) договорів на надання послуг, а при отриманні договору в офісі надавача послуг фактично немає можливості винести його та уважно почитати. Пропозиції до договору, що надає потенційний споживач послуги, не сприймаються та не вносяться.

Така практика укладання договорів спричиняє у подальшому багато претензій від споживача, але лише невелика частка споживачів звертається до суду для відстоювання своїх прав. Проте в судах виникають різного роду процесуальні «нюанси»

²⁰⁶ Закон України «Про захист прав споживачів» від 12 травня 1991 року № 1023-ХІІ. *Відомості Верховної Ради УРСР*. 1991. № 30. Ст. 379. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1023-12#Text> (дата звернення: 15.07.2021).

і тут особлива увага вже приділяється судовій практиці з того чи іншого питання.

Так, Закон України «Про захист прав споживачів» чітко визначає, захист прав споживачів, передбачених законодавством, здійснюється судом. Частина 5 ст. 28 Цивільного процесуального кодексу України²⁰⁷ (ЦПК України) передбачає, що позови про захист прав споживачів можуть пред'являтися також за зареєстрованим місцем проживання чи перебування споживача або за місцем заподіяння шкоди чи виконання договору. Здається, що споживач має перевагу з питання вибору підсудності.

Далі, стаття 10 Закону України «Про захист прав споживачів» нібито чітко та послідовно визначає послідовність дій споживача у разі порушення умов договору про виконання робіт (надання послуг), однак судова практика є не зовсім однозначною. Наприклад, моральна шкода споживачам за порушення цивільно-правового договору компенсується незалежно від того чи зазначено про це у законі, чи безпосередньо у договорі. Таку думку висловили судді Першої судової палати Касаційного цивільного суду Верховного Суду у постанові від 07 жовтня 2020 року у справі № 755/3509/18²⁰⁸.

За загальним правилом, заподіяння моральної шкоди та компенсація відповідних немайнових втрат може мати місце як в договірних, так і в деліктних правовідносинах (поза межами існуючих між потерпілим і завдавачем шкоди договірних чи інших правомірних зобов'язальних відносин). Відповідно до ст. 611 ЦК України²⁰⁹ моральна шкода підлягає відшкодуванню у разі порушення зобов'язання, якщо таке відшкодування встановлено договором або законом. Тобто законодавець указує на два випадки компенсації моральної шкоди – вони визначені умовами договору

²⁰⁷ Цивільний процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 року № 1618-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 40–41, 42. Ст. 492. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#Text> (дата звернення: 15.07.2021).

²⁰⁸ Див.: URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/92458135> (дата звернення: 15.07.2021).

²⁰⁹ Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 40–44. Ст. 356. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/92458135> (дата звернення: 15.07.2021).

або впливають із положень законодавства (зокрема ст. 4, 10, 22 Закону України «Про захист прав споживачів»). Спори про відшкодування фізичній особі моральної шкоди розглядаються, зокрема: коли право на її відшкодування безпосередньо передбачено нормами Конституції України або впливає з її положень; у випадках, передбачених законодавством, яке встановлює відповідальність за заподіяння моральної шкоди; при порушенні зобов'язань, які підпадають під дію Закону України «Про захист прав споживачів» чи інших законів, що регулюють такі зобов'язання і передбачають відшкодування моральної шкоди.

Цю постанову можна застосувати за аналогією. Так, Верховний Суд встановив, що нарешті стало можливим отримати відшкодування моральної шкоди за несвоєчасне введення будинку в експлуатацію забудовником: «Висновки судів попередніх інстанцій про те, що Закон України «Про захист прав споживачів» не регулює правовідносини, що виникли між сторонами договору купівлі-продажу майнових прав щодо об'єкта нерухомого майна – житлове будівництво та про те, що вказаним договором не передбачено відшкодування моральної шкоди, а отже, відсутні підстави для її відшкодування, є помилковими». За аналогією можна застосовувати цю позицію при відшкодуванні моральної шкоди при несвоєчасному наданні охоронних послуг (запізнення на виклик, затримки при фіксуванні порушення схоронності об'єкта, втрата майнової цінності об'єкта охорони тощо).

Моральна шкода за порушення споживчого договору може бути компенсована і в тому разі, коли умовами договору право на компенсацію моральної шкоди не передбачено. Така ситуація зазвичай типова при укладанні договорів охорони. У цьому випадку шкода стягується на підставі ст. 16 та 23 ЦК України і ст. 4, 10 та 22 Закону України «Про захист прав споживачів». Саме до такого висновку дійшла Велика Палата Верховного Суду в постанові від 01.09.2020 у справі № 216/3521/16-ц²¹⁰.

Розглянемо також іншу сторону захисту прав споживачів, про що вже йшлося вище, а саме: про нечіткі або двозначні умови

²¹⁰ Див.: URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/91644731> (дата звернення: 15.07.2021).

договорів, а інколи – відсутність обов’язкових елементів договору. Законодавством України передбачено, що вони мають тлумачитися на користь споживача як слабшої сторони договору. Зокрема, відповідно до частини восьмої статті 18 Закону України «Про захист прав споживачів» нечітко або двозначне положення договорів із споживачами тлумачиться на користь споживача. Участь у договорі споживача як слабкої сторони, яка підлягає особливому правовому захисту у відповідних правовідносинах, звужує дію принципу рівності учасників цивільно-правових відносин та свободи договору, зокрема, у договорах про надання послуг охорони.

Як було вказано вище, споживач має право обирати підсудність для судової справи при захисті прав. Така норма закріплена у статті 8 Закону України «Про захист прав споживачів» – право споживача самостійно обирати, до кого пред’являти вимоги: до продавця за місцем купівлі товару, до виробника або підприємства, що задовольняє ці вимоги за місцезнаходженням споживача. Щодо надання послуг охорони прямо не передбачено такої норми, але відповідно до ст. 28 ЦПК України позови про захист прав споживачів можуть пред’являтися за місцем проживання чи перебування споживача або за місцем заподіяння шкоди чи виконання договору. Тобто норми статті 8 Закону України «Про захист прав споживачів» можна застосовувати і при захисті прав споживачів послуг охорони. Наприклад, у постанові від 25.01.2019 по справі № 572/2528/18²¹¹ Верховний Суд роз’яснив, що споживачі можуть звернутися до суду за місцем свого проживання, або за місцем знаходження відповідача, або за місцем заподіяння шкоди або за місцем виконання договору. Право вибору у цьому випадку належить виключно споживачеві. Жоден із цих судів не вправі відмовити у прийнятті позовної заяви або переслати її до іншого суду з мотивів непідсудності.

Додатковою гарантією від держави для можливості реалізації права на захист прав споживача послуги охорони є звільнення від сплати судового збору. Відповідно до ч. 3 ст. 22 Закону України «Про захист прав споживачів» споживачі звільнюються

²¹¹ Див.: URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/79684491> (дата звернення: 15.07.2021).

від сплати судового збору за позовами, пов’язаними з порушенням їх прав.

У той же час Закон України «Про судовий збір»²¹² не містить такої норми. У статті 5 цього Закону «Пільги щодо сплати судового збору» від сплати судового збору під час розгляду справи в усіх судових інстанціях звільняються за переліком усі, крім споживачів. Така прогалина часто спричиняє непорозуміння у судах першої інстанції, які просто відмовляють у прийнятті заяви на підставі несплати судового збору. Часто відсутність споживачів у статті 5 відлякує їх самих, бо споживачі не знають, що така норма є у Законі України «Про захист прав споживачів». При цьому судовий збір не сплачується споживачами ані за подання позову, ані за подання апеляційної та касаційної скарги. Така позиція закріплена у постанові Верховного Суду від 25.11.2020 у справі № 761/46977/18²¹³ та від 21 березня 2018 року у справі № 761/24881/16-ц²¹⁴, де зазначено, що порушені права можуть захищатись як у суді першої інстанції (при пред’явленні позову), так і на наступних стадіях цивільного процесу (апеляційна, касаційна). Усі стадії судового захисту є єдиним цивільним процесом, завдання якого є справедливий розгляд і вирішення цивільних справ з метою захисту порушеного права. Стаття 5 Закону «Про судовий збір» не містить норми про те, що пільги надаються лише за пред’явлення позову. Виходячи з викладеного, Верховний Суд дійшов до висновку, що споживач звільняється від сплати судового збору на всіх стадіях процесу.

За офіційними даними Верховного Суду у 2020 році в касаційній інстанції розглядалося понад тисячу спорів, пов’язаних із застосуванням Закону України «Про захист прав споживачів»²¹⁵. Більшість із них була пов’язана з товарами. Послуги не є популярним об’єктом захисту, оскільки самостійно важко довести порушення прав,

²¹² Закон України «Про судовий збір» від 8 липня 2011 року № 3674-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2012. № 14. Ст. 87. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3674-17#n37> (дата звернення: 15.07.2021).

²¹³ Див.: URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/93149944> (дата звернення: 15.07.2021).

²¹⁴ Див.: URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/73054749> (дата звернення: 15.07.2021).

²¹⁵ Див.: URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads/supreme/Zvit_KCS_VS_2020.xlsx (дата звернення: 15.07.2021).

а послуги адвокатів є доволі вартісними для пересічних громадян. Більше половини цих справ вирішено на користь споживачів, а з правопорушників стягнуто майже мільярд гривень майнової і моральної шкоди.

Такі цифри можуть наштовхнути на висновок, що споживачі в нашій державі є однією з найбільш захищених верств населення, але це не зовсім так. За власними оцінками можна сказати, що до суду звертаються менше 10 % споживачів, права яких порушено. Ще менше споживачів послуг охорони у цій кількості. Фактично при настанні події (порушення схоронності майна чи завдання фізичної шкоди людині як об'єкту охорони) більшість споживачів залишаються незахищеними або отримують від 10 до 50 тисяч гривень збитків від надавача послуг охорони. Усі інші матеріальні втрати є тягарем отримувача послуг (споживача). З практичної точки зору для досягнення одночасної мети охорони майна та можливості компенсації збитків, заподіяних подією, слід також укладати договір страхування майна (життя та здоров'я).

РОЗДІЛ 5. ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН ІЗ НАДАННЯ СТРАХОВИХ ПОСЛУГ

5.1. Джерела цивільно-правового регулювання відносин у сфері страхування

Правове регулювання суспільних відносин неможливе без застосування норм права, яке проявляється втіленням правових приписів у поведінці їх суб'єктів, шляхом реалізації суб'єктивних прав та виконання обов'язків. Норми права є важливим елементом правового регулювання суспільних відносин, «цеглинами» будь-якої правової системи, що, об'єднуючись одна з одною, утворюють джерела права.

Особливостями механізму правового регулювання договірних відносин зі страхування є те, що він виступає органічною складовою соціального регулювання, а також сукупністю взаємодіючих між собою елементів, серед яких виділяють правові засоби (норми, суб'єктивні права та юридичні обов'язки тощо), способи (дозволи, заборони і зобов'язання) та форми (дотримання, виконання і використання); забезпечує регулювання відповідних відносин, тобто є динамічною частиною правової системи; має цілеспрямований та результативний характер (надання якісної страхової послуги страховиком страхувальникові); визначає ступінь ефективності правового регулювання договірних відносин зі страхування, відповідність поведінки їх учасників приписам юридичних норм²¹⁶. Таким чином, для комплексного відображення правового регулювання страхових відносин важливим є дослідження джерел права, що регулюють дану сферу суспільних правовідносин.

²¹⁶ Новітні підходи до розуміння юридичних фактів у механізмі правового регулювання приватних відносин : зб. наук. пр. / за ред. А. Б. Гриняка, О. О. Кота, М. Д. Пленюк ; НДІ приват. права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України. 2019. С. 178–179.

Належне правове регулювання, що виключає прогалини та колізії під час практичного застосування нормативно-правових актів, є передумовою однакового й справедливого упорядкування суспільних відносин в будь-якій сфері їх утворення. Історична ретроспектива розвитку джерел права зумовила зміни в їх розумінні, коли поряд із розглядом джерел права як сукупності певних обставин та передумов об'єктивного та суб'єктивного характеру вони паралельно починають розглядатися як форми вираження правових норм: поняття «джерело права» не відокремлюється від поняття «форма права», а починає розглядатися як більш широке щодо форми права поняття²¹⁷.

У доктрині цивільного права термін «джерело права» застосовують переважно у чотирьох значеннях – матеріального (тобто, як причини утворення права); формального (як форму зовнішнього вираження і закріплення норм); ідейного (як правосвідомість, через яку об'єктивні правотворчі чинники впливають на майбутній зміст правових норм); інституційного (тобто як правотворчу діяльність держави). У зв'язку з цим під джерелами права або джерелами правових норм, які зазвичай вважаються рівнозначними, розуміють форму вираження правових норм, що мають загальнообов'язковий характер²¹⁸. З огляду на різноманітність значень даної дефініції і водночас беззаперечно важливу роль, яку відіграють джерела права в регулюванні суспільних відносин, в тому числі й відносин у сфері страхування, вважаємо за необхідне окреслити структурні елементи системи джерел страхового права.

Як зазначає Р. А. Майданик, систему джерел цивільного права становлять: 1) законодавство (нормативно-правові акти); 2) міжнародні договори; 3) правові звичаї, зокрема, звичаї ділового обороту; 4) судовий прецедент, у випадках, прямо передбачених

²¹⁷ Ватрас В. А. Джерела сімейного права : дис. ... док. юрид. наук : 12.00.03. Тернопіль, 2021. С. 43–44.

²¹⁸ Майданик Р. А. Цивільне право: загальна частина/ Т.1 Вступ у цивільне право. К. : Алерта. 2012. С. 328.

законом²¹⁹. В той же час законодавство про страхування має комплексну природу, об'єднуючи норми як приватного, так і публічного права. До останніх відносяться, зокрема, правила про ліцензування і страховий нагляд, що містяться в Законі України «Про страхування». Основу ж законодавства про страхування становлять акти цивільного законодавства²²⁰. Джерела права, в свою чергу, формуючи певну систему та ієрархію норм права, надають можливість виокремити певний порядок практичного застосування тих або інших нормативно-правових актів, з огляду на їх юридичну силу. Кожен компонент системи джерел права займає своє місце в регулюванні тих чи інших суспільних відносин. Структура системи права дістає вияв у єдності всіх юридичних норм та їх розподілі за галузями, підгалузями, інститутами та нормами права²²¹.

Правове регулювання страхових відносин здійснюється за допомогою різноманітних джерел права, які можна об'єднати в одне поняття «страхове законодавство». Як зазначено в рішенні Конституційного суду України²²², термін «законодавство» досить широко використовується у правовій системі в основному у значенні сукупності законів та інших нормативно-правових актів, які регламентують ту чи іншу сферу суспільних відносин і є джерелами певної галузі права. В свою чергу, термін «законодавство» охоплює закони України, чинні міжнародні договори України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, постанови Верховної Ради України, укази Президента України, декрети і постанови Кабінету Міністрів України, ухвалені в межах їх повноважень та у відповідності до Конституції України і законів України.

²¹⁹ Майданик Р. А. Цивільне право: Загальна частина/ Т. І. Вступ у цивільне право : підручник. К. : Алерта. 2012. URL: <https://westudents.com.ua/glavy/72098-2-ponyattya-vidi-djerele-tsvivlnogo-prava.html> (дата звернення: 10.08.2021).

²²⁰ Майданик Р. А. Розвиток приватного права України : монографія. К. : Алерта, 2016. С. 55.

²²¹ Цивільне право України : підручник. Загальна частина / за ред. І. А. Бірюкова, Ю. О. Заїки. Правова єдність. К. : 2014. С. 22.

²²² Рішення Конституційного Суду України у справі № 17/81-97 від 9 липня 1998 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v012h710-98#Text> (дата звернення: 10.08.2021).

Особливості правового регулювання страхових послуг полягають у тому, що система джерел страхового законодавства охоплює норми різних галузей права, зокрема, адміністративного, фінансового та цивільного, які в своїй сукупності регулюють різні аспекти страхової діяльності в державі.

Так, норми фінансового права регулюють відносини, що пов'язані з утворенням та використанням страхових фондів, ліцензуванням страхової діяльності в Україні, забезпеченням фінансової стійкості страховиків та гарантій їх платоспроможності. Значна частина питань в сфері страхування регулюється нормами цивільного права: істотні умови договору страхування, його форма, права та обов'язки сторін такого договору, об'єкти страхування. Окрім цього страхове законодавство регулює не лише суспільні відносини, безпосередньо пов'язані з укладанням, виконанням та розірванням договорів страхування, а й фінансову діяльність страховиків, пов'язану з формуванням та управлінням страховими резервами, посередницьку діяльність у страхуванні, порядок проведення страхових експертиз та актуарних розрахунків, державний нагляд за страховою діяльністю. Норми страхового законодавства України можна класифікувати за юридичною силою, масштабом дії, за колом осіб, на які вони поширюються. З метою усунення хаотичності в розробленні і прийнятті законів та підзаконних нормативних актів, що регулюють страхові відносини, необхідним є вироблення концепції системи законодавства України, що регулює страхування²²³.

Конституція України, як закон найвищої юридичної сили, становить основу національного законодавства, в тому числі й страхового. Закони та інші нормативно-правові акти приймаються на основі Конституції України і повинні відповідати їй²²⁴.

Важливе місце в системі джерел страхового законодавства посідають Цивільний кодекс України (глава 67 «Страхування»)²²⁵,

²²³ Пацурія Н. Б. Джерела страхового права. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Серія: Юридичні науки.* 2013. № 2 (96). С. 38.

²²⁴ Конституція України : Закон України від 28 червня 1996 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр#Text> (дата звернення: 10.08.2021).

²²⁵ Цивільний кодекс України : Закон України від 16.01.2003 року. № 435-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text> (дата звернення: 10.08.2021).

Кодекс торговельного мореплавства України (розділ VIII «Морське страхування»)²²⁶, Повітряний кодекс України (розділ 16 «Авіаційне страхування»)²²⁷, що є кодифікованими нормативними актами, які регулюють певні суспільні відносини, одночасно регламентуючи і окремі страхові правовідносини²²⁸.

В свою чергу, норми ЦК України, що регулюють страхову діяльність, є нормами універсальної дії та застосовуються до всіх страхових правовідносин, визначаючи в загальному порядку поняття договору страхування, його предмет, форму, істотні умови і так далі. Договірне зобов'язання зі страхування, за ЦКУ, може виступати як самостійним цивільним правовідношенням, так і доповнювати інше, виступаючи допоміжним зобов'язанням. Це стосується, наприклад, страхування предмета застави (ст. 581 ЦК України, ст. 10 Закону України «Про заставу», ст. 8 Закону України «Про іпотеку»), страхування товару за договором купівлі-продажу (ст. 696 ЦК України), страхування ризику невиконання платником ренти своїх обов'язків за договором ренти (ч. 3 ст. 735 ЦК України), страхування предмета договору найму (оренди) (ст. 771 ЦК України), страхування об'єкта будівництва (ст. 881 ЦК України) тощо.

Джерелами страхового законодавства виступають також закони, що регулюють страхові правовідносини, зокрема, Закон України «Про страхування»²²⁹. Регулювання окремих, найбільш важливих суспільних відносин у сфері страхування, здійснюється додатково вузько-спеціалізованими законодавчими та загальними підзаконними нормативними актами. Наприклад, це: Закон України «Про обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів», що спрямований на забезпечення відшкодування шкоди, заподіяної життю, здоров'ю

²²⁶ Кодекс торговельного мореплавства : Закон України від 23.05.1995 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/176/95-вр#Text> (дата звернення: 10.08.2021).

²²⁷ Повітряний кодекс України : Закон України від 19.05.2011 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3393-17#Text> (дата звернення: 10.08.2021).

²²⁸ Заїка Ю. О. Страхове право : навч. посіб. К. : Істина. 2004. С. 18.

²²⁹ Про страхування : Закон України від 7 березня 1996 року. № 85/96-ВР. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/85/96-вр#Text> (дата звернення: 10.08.2021).

та майну потерпілих при експлуатації наземних транспортних засобів на території України²³⁰; «Порядок і правила проведення обов'язкового страхування цивільної відповідальності за ядерну шкоду»²³¹; «Про затвердження Порядку і правил проведення обов'язкового страхування цивільної відповідальності інвестора, в тому числі за шкоду, заподіяну довкіллю, здоров'ю людей, за угодою про розподіл продукції, якщо інше не передбачено такою угодою»²³²; «Про затвердження Порядку і правил проведення обов'язкового страхування цивільно-правової відповідальності приватного нотаріуса»²³³ тощо.

Окрім загальних актів, ті чи інші аспекти відносин зі страхування регулюються відомчими актами: «Про затвердження Порядку укладання договорів обов'язкового страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів у пунктах пропуску через державний кордон України»²³⁴, «Про затвердження переліку страхових випадків, що не можуть бути включені до договорів про медичне страхування, а також фактичних витрат на медичне обслуговування, що не підлягають відшкодуванню працівникам закордонної дипломатичної установи та членам

²³⁰ Про обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів : Закон України від 1 липня 2004 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1961-15#Text> (дата звернення: 10.08.2021).

²³¹ Порядок і правила проведення обов'язкового страхування цивільної відповідальності за ядерну шкоду : Постанова КМУ від 23 червня 2003 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/953-2003-п#Text> (дата звернення: 10.08.2021).

²³² Про затвердження Порядку і правил проведення обов'язкового страхування цивільної відповідальності інвестора, в тому числі за шкоду, заподіяну довкіллю, здоров'ю людей, за угодою про розподіл продукції, якщо інше не передбачено такою угодою : Постанова КМУ від 13 листопада 2013 року. № 981. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/981-2013-п#Text> (дата звернення: 10.08.2021).

²³³ Про затвердження Порядку і правил проведення обов'язкового страхування цивільно-правової відповідальності приватного нотаріуса : Постанова КМУ від 19 серпня 2015 року. № 624. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/624-2015-п#Text> (дата звернення: 10.08.2021).

²³⁴ Про затвердження Порядку укладання договорів обов'язкового страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів у пунктах пропуску через державний кордон України : Розпорядження Державної комісії з регулювання ринків фінансових послуг України від 05.04.2007 № 7114. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0431-07#Text> (дата звернення: 10.08.2021).

їх сімей»²³⁵, «Про деякі питання здійснення страхування майбутнього врожаю озимих зернових сільськогосподарських культур з державною підтримкою від сільськогосподарських ризиків на весняно-літній період вирощування»²³⁶ тощо.

Важливе місце серед джерел страхового законодавства займають міжнародні нормативні акти. Згідно з Загальнодержавною програмою адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу (далі – ЄС) метою такої адаптації є досягнення відповідності правової системи України *acquis communautaire* з урахуванням критеріїв, що висуваються ЄС до держав, які мають намір вступити до нього²³⁷. Угодою про асоціацію між Україною та ЄС передбачається запровадження Україною європейської системи страхування на основі законодавчої бази ЄС. В свою чергу, складовою частиною права країн ЄС є низка директив, що регулюють страхові відносини, адаптація національного законодавства до яких є обов'язковою передумовою вступу України до Європейського Співтовариства. Так, Україна зобов'язалася запровадити правила ЄС щодо: страхових посередників (Директива № 2002/92/ЄС Європейського Парламенту та Ради ЄС від 9 грудня 2002 року про страхове посередництво²³⁸); страхування автотранспортних засобів (Директива № 2009/103/ЄС Європейського

²³⁵ Про затвердження переліку страхових випадків, що не можуть бути включені до договорів про медичне страхування, а також фактичних витрат на медичне обслуговування, що не підлягають відшкодуванню працівникам закордонної дипломатичної установи та членам їх сімей : Наказ Міністерства закордонних справ України від 18.07.2019 № 324. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0870-19#Text> (дата звернення: 10.08.2021).

²³⁶ Про деякі питання здійснення страхування майбутнього врожаю озимих зернових сільськогосподарських культур з державною підтримкою від сільськогосподарських ризиків на весняно-літній період вирощування: розпорядження Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сфері ринків фінансових послуг від 07.04.2016 № 718. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0649-16#Text> (дата звернення: 10.08.2021).

²³⁷ Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу : Закон України від 18 березня 2004 р. № 1629-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1629-15#Text> (дата звернення: 10.08.2021).

²³⁸ О страховом посредничестве : Директива Европейского Парламента и Совета ЕС № 2002/92/ЕС от 9 декабря 2002 года. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_a80#Text (дата звернення: 10.08.2021).

Парламенту та Ради від 16 вересня 2009 року щодо страхування від цивільної відповідальності по відношенню до використання автотранспортних засобів та забезпечення виконання зобов'язань щодо страхування такої відповідальності²³⁹ (кодифікована версія); страхування цивільної відповідальності власників транспортних засобів (Директива Ради № 72/166/ЄЕС від 24 квітня 1972 р. «Щодо зближення законів держав-членів стосовно страхування цивільної відповідальності власників транспортних засобів та виконання зобов'язання про страхування такої відповідальності»²⁴⁰) та інші, що стануть частиною національного страхового законодавства. Важливим кроком на шляху до адаптації національного законодавства стало прийняття Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про страхування»²⁴¹, що дало змогу представникам-нерезидентам провадити страхову діяльність на території України.

Окрім цього, низка міжнародних договорів регулює ті чи інші види страхування, виступаючи джерелами національного страхового законодавства. Так, Україна підписала договори про соціальне забезпечення працюючих за кордом громадян з Королівством Іспанія²⁴², Чеською Республікою²⁴³, Республікою Болгарія²⁴⁴,

²³⁹ Щодо страхування цивільної відповідальності по відношенню до використання автотранспортних засобів та забезпечення виконання зобов'язань щодо страхування такої відповідальності : Директива Європейського Парламенту та Ради № 2009/103/ЄС від 16 вересня 2009 року. URL: <https://nasu.com.ua/wp-content/uploads/2018/02/Директива-щодо-страхування-цивільної-відповідальності.pdf> (дата звернення: 10.08.2021).

²⁴⁰ Щодо зближення законів держав-членів стосовно страхування цивільної відповідальності власників транспортних засобів та виконання зобов'язання щодо страхування такої відповідальності: Директива Ради від 24 квітня 1972 року. № 72/166/ЄЕС. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_280#Text (дата звернення: 10.08.2021).

²⁴¹ Про внесення змін до Закону України «Про страхування» : Закон від 16 листопада 2006 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/357-16#Text> (дата звернення: 10.08.2021).

²⁴² Про соціальне забезпечення громадян : Угода між Україною і Королівством Іспанія. Ратифіковано Законом України від 17.12.1997 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/724_005#Text (дата звернення: 10.08.2021).

²⁴³ Про соціальне забезпечення: Угода між Україною та Чеською Республікою. Ратифіковано Законом України від 22.11.2002 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/203_019#Text (дата звернення: 10.08.2021).

²⁴⁴ Про соціальне забезпечення: Договір між Україною та Республікою Болгарія. Ратифіковано Законом України від 22.11.2002 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/100_062#Text (дата звернення: 10.08.2021).

Литовською Республікою²⁴⁵ та іншими країнами; про медичне страхування громадян, які тимчасово знаходяться на території однієї з договірних сторін із Російською Федерацією²⁴⁶.

Не менш важливе значення серед джерел страхового права займають локальні нормативні акти, що визначають індивідуально-правовий статус сторін страхових правовідносин, до яких можна віднести окремі Правила страхування та безпосередньо сам договір страхування. Умови страхування, на підставі яких укладається той чи інший вид страхового договору, закріплюються у відповідних Правилах страхування, розроблення та затвердження яких є обов'язковою передумовою отримання відповідної ліцензії страховою компанією.

Як зазначає Верховний Суд України у Листі від 19 липня 2011 р. «Про судову практику розгляду цивільних справ, що виникають з договорів страхування», правила страхування за своєю природою є локальним нормативним актом для страховика і, не будучи правовим актом, не мають юридичної сили та не є обов'язковими для страхувальника. Для того, щоб ці правила стали джерелом регулювання страхового правовідношення та обов'язковими для обох сторін, вони тим чи іншим чином мають бути вписані у договір страхування²⁴⁷. Таким чином, Правила страхування можна розглядати в якості джерела страхового права за умови прямої вказівки про їх застосування в самому договорі страхування або додатках до нього.

В свою чергу, договір страхування як акт індивідуального регулювання страхових відносин за визначених умов можна розглядати в контексті самостійного джерела позитивного права. Такого

²⁴⁵ Про соціальне забезпечення: Договір між Україною та Литовською Республікою. Ратифіковано Законом України від 10.01.2002 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/440_022#Text (дата звернення: 10.08.2021).

²⁴⁶ Про медичне страхування громадян України, які тимчасово знаходяться в Російській Федерації, і громадян Російської Федерації, які тимчасово знаходяться в Україні : Угода від 28.10.1999 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/643_990#Text (дата звернення: 10.08.2021).

²⁴⁷ Лист Верховного Суду України «Про судову практику розгляду цивільних справ, що виникають з договорів страхування» від 19.07.2011 року. *Вісник Верховного Суду України*. 2011. № 8 (132).

висновку можна дійти з огляду на закріплене законодавцем право сторін цивільно-правового договору врегулювати свої відносини на власний розсуд за умови дотримання ними імперативних норм та загальних засад цивільного законодавства (ст. 6 ЦК України). Такий договір укладається виключно внаслідок власного волевиявлення сторін, а його зміст визначається без посилання на діючі норми, що регулюють певні договори, в тому числі із застосуванням аналогії закону. Укладений таким чином договір виступає єдиним регулятором суспільних відносин, що породжуються ним²⁴⁸.

На думку З. В. Ромовської, норми договору, згідно з якими сторони відступають від положень закону, мають вважатися нормами цивільного права²⁴⁹. Такої самої думки дотримується Р. А. Майданик, який вважає, що цивільно-правовий договір можна розглядати як джерело цивільного права з урахуванням того, що нормативність умов договору полягає не в деперсоніфікації їх адресатів, а в установленні правил, тобто виду та міри належної поведінки, не залежно від того, на одноразове або неодноразове застосування конкретними суб'єктами вони розраховані²⁵⁰.

Звичаї ділового обороту, якими, в розумінні статті 7 ЦК України, є правила поведінки, що не встановлені актами цивільного законодавства, але є усталеними у певній сфері цивільних відносин, також виступають джерелом регулювання страхових правовідносин. Ознака усталеності підкреслює, що звичай, внаслідок його багаторазового застосування, сприймається у суспільстві або у його значної частини як правило поведінки, якого дотримуються без додаткової формалізації, в тому числі в силу історичних, національних, суспільних традицій²⁵¹.

²⁴⁸ Бірюкова А. Г. Особливості договору як джерела цивільного права України. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія: Юриспруденція*. 2018. № 33. С. 90.

²⁴⁹ Ромовська З. Проблеми загальної теорії права у проєкті ЦК України. Кодифікація приватного (цивільного) права України / за ред.: проф. А. Довгерта. К.: 2000. С. 42.

²⁵⁰ Майданик Р. А. Цивільне право: загальна частина / Т. І. Вступ у цивільне право: підручник. К.: Алерта. 2012. С. 332.

²⁵¹ Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: У 1-т. 2-е вид., перероб. і доп. / за ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. К.: Юрінком Інтер, 2006. С. 23.

Згідно з ч. 2 ст. 630 ЦК України, якщо у договорі не міститься посилання на типові умови, такі типові умови можуть застосовуватись як звичай ділового обороту, якщо вони відповідають вимогам статті 7 цього Кодексу²⁵².

Як зазначає Вищий господарський суд України, оскільки типові умови розробляються, як правило, на підставі узагальненої практики ділового обороту у певній сфері договірних відносин, то можливість їх застосування не обмежується випадками, коли про це прямо зазначено в договорі. Разом з тим фіксація певних правил поведінки у документі сама по собі не є доказом того, що ці правила є звичаєм. Такі типові умови можуть застосовуватись як звичай ділового обороту, зокрема з метою усунення прогалин, які виникають в процесі правового регулювання взаємовідносин сторін, для тлумачення договору тощо, але за умови їх відповідності положенням статті 7 ЦК України²⁵³. В свою чергу, документами, що застосовуються в Україні та в яких зафіксовані звичаї ділового обороту, є, наприклад, «Уніфіковані правила та звичаї для документарних акредитивів»²⁵⁴, Принципи міжнародних комерційних договорів (Принципи УНІДРУА)²⁵⁵, «Інкотермс». Офіційні правила тлумачення торговельних термінів «Міжнародної торгової палати»²⁵⁶.

Джерелом страхового права виступає також й судова практика. Р. А. Майданик зазначає, що в Україні джерелом права визнаються

²⁵² Цивільний кодекс України : Закон України від 16.01.2003 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text> (дата звернення: 10.08.2021).

²⁵³ Про деякі питання практики застосування норм Цивільного та Господарського кодексів України. Вищий господарський суд України : Інформаційний лист від 07.04.2008 № 01-8/211. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v_211600-08#Text (дата звернення: 10.08.2021).

²⁵⁴ Уніфіковані правила та звичаї для документарних акредитивів : публікація МТП № 500, редакція 1993 р. URL: <https://ips.ligazakon.net/document/FIN203> (дата звернення: 10.08.2021).

²⁵⁵ Принципы международных коммерческих договоров (Принципы УНИДРУА) від 01.01.1994 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_920#Text (дата звернення: 10.08.2021).

²⁵⁶ Інкотермс. Офіційні правила тлумачення торговельних термінів Міжнародної торгової палати (редакція 2000 року): публікація МТП від 01.01.2000 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/998_007#Text (дата звернення: 10.08.2021).

судові прецеденти Європейського суду з прав людини²⁵⁷. Поділяючи цю думку, вважаємо, що судові рішення (в тому числі й рішення Верховного Суду) не можуть вважатись джерелом права з огляду на таке.

В українській правовій системі прецедент не визнається джерелом права. Однак статтею 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» від 23 лютого 2006 року № 3477-IV²⁵⁸ визначено, що практика такого суду на законодавчому рівні закріплена як джерело права, що може розглядатися як виключення із загального правила. В свою чергу, рішення Верховного Суду відображають позицію складу такого суду (або превалюючої його більшості) з того чи іншого питання практичного застосування норм права. Окрім цього, рішення Верховного Суду можуть бути оскаржені зацікавленими особами до Європейського суду з прав людини. Сам факт наявності такого права та потенційної можливості скасування рішення вищого судового органу України ставить під сумнів твердження відносно того, що ці рішення можуть виступати джерелом права.

Огляд джерел страхового права свідчить про їх різноманітність та подвійну природу: з одного боку відносини у сфері страхування регулюються переважно нормативно-правовими актами цивільного права; з іншого – таке регулювання здійснюється також нормативними актами права публічного.

5.2. Договір як підстава надання страхових послуг

Підставою виникнення страхових правовідносин може бути як закон, так і договір. Як зазначає Н. С. Кузнєцова, сучасна доктрина цивільного права вже на першому етапі правового регулювання суспільних відносин розглядає договір як важливий елемент

²⁵⁷ Майданик Р. А. Цивільне право: загальна частина / Т. І. Вступ у цивільне право : підручник. К. : Алерта. 2012. URL: westudent.com.ua/glavy/72098-2-ponyattya-vidi-djerel-tsvilnogo-prava.html (дата звернення: 10.08.2021).

²⁵⁸ Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини : Закон України від 23 лютого 2006 року. № 3477-IV URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3477-0=15#Text> (дата звернення: 10.08.2021).

механізму правового регулювання²⁵⁹. Закон є передумовою вступу сторін в правовідносини у зв'язку з наявністю в національному законодавстві затвердженого переліку обов'язкових видів страхування. Примірний, але не вичерпний перелік видів добровільного страхування наведений у статті 6 Закону України «Про страхування». Добровільним є страхування, яке здійснюється на основі договору між страхувальником і страховиком, при укладенні якого сторони визначають конкретні умови такого страхування відповідно до законодавства. В даному випадку договір виступає основним інструментом регулювання правовідносин між страховиком та страхувальником, визначаючи підстави та умови надання страхових послуг, права та обов'язки сторін, порядок внесення змін та розірвання договору.

Досліджуючи походження страхового договору та його специфічні юридичні ознаки, науковці багато разів намагалися дати йому логічне визначення, яке враховувало б суть відносин між сторонами та різноманітність тих благ, з приводу яких можуть укладатися такі договори. Проте, зважаючи на відмінність цих благ, особливо що стосується майнового та особистого страхування, вченими неодноразово висловлювалася думка з приводу недоцільності виведення єдиного поняття страхового договору. Ю. О. Заїка слушно зазначає, що розбіжність мети договорів майнового та особистого страхування, а також об'єктів їх страхового захисту передбачає необхідність укладення двох видів договорів. Тому договір особистого страхування, так само як і договір майнового страхування, має право на самостійне існування²⁶⁰. Визначення договору має значення лише за умови відповідності його двом вимогам: визначення повинно охоплювати всі різновиди даного договору та не повинно страждати надмірною абстрагованістю – неможливо дати загальне визначення договору страхування, яке б охоплювало все різноманіття договорів страхування і не було б надмірно абстрагованим²⁶¹.

²⁵⁹ Кузнєцова Н. С. Договір у механізмі цивільно-правових відносин. Кузнєцова Н. С. Вибрані праці. К. : ПрАТ «Юрид. практика», 2014. С. 406.

²⁶⁰ Заїка Ю. О. Страхове право : навч. посіб. К. : Істина. 2004. С. 72.

²⁶¹ Амеліна А. С. Поняття та ознаки страхового договору. *Електронне наукове фахове видання з юридичних наук «Правова освіта»*. № 12. 2017. С. 2.

Чинне національне законодавство (ст. 979 ЦК України та ст. 16 Закону «Про страхування»²⁶²) під договором страхування розуміє письмову угоду між страхувальником та страховиком, відповідно до якої одна сторона (страховик) зобов'язується у разі настання страхового випадку виплатити другій стороні (страхувальникові) або іншій особі, визначеній у договорі, грошову суму (страхову виплату), а страхувальник зобов'язується сплачувати страхові платежі у визначені строки та виконувати інші умови договору. Дане поняття відображає загальні ознаки всіх видів сучасних договорів страхування, нівелюючи при цьому характерні риси, притаманні окремим з них.

Наразі можна виділити й *безризикові* види страхування, яким не властиве спричинення шкоди страхувальникові (вигодонабувачеві). Так, страхування на випадок досягнення особою певного віку не є чимось негативним, але на практиці застосовується в страховій діяльності²⁶³. Ризиковими або алеаторними правочинами у вузькому значенні називаються угоди, коли наперед невідомо, якій із сторін угода принесе вигоду, а якій збитки – те чи інше залежить від випадку, оскільки їх виконання обумовлено випадковими або особистими сторонніми юридичними фактами, передбаченими у договорі чи іншій підставі зобов'язання, що відносяться до його змісту та сутності²⁶⁴.

В. В. Луць зазначав, що сутність договору у цивільному праві становить саме угода як погоджене волевиявлення двох чи кількох сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. Така угода є «душею» договору, «тіло» якого становлять погоджені в ньому умови, що складають зміст договору²⁶⁵. Договір страхування, як і будь-який інший договір,

²⁶² Про страхування : Закон України від 7 березня 1996 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/85/96-вр#Text> (дата звернення: 10.08.2021).

²⁶³ Заїка Ю., Менделя О. Страховий випадок як елемент механізму цивільно-правового регулювання страхових відносин. Підприємництво, господарство і право. № 4. 2021. С. 24.

²⁶⁴ Майданик Р. А. Поняття «ризикових зобов'язань» у цивільному праві України. *Бюлетень Міністерства юстиції України*. 2005. № 5. С. 33.

²⁶⁵ Луць В. До питання про сутність і зміст цивільно-правового договору. *Приватне право*. 2013. № 1. С. 125.

можна розглядати як: а) правову форму, на підставі якої здійснюється надання страхової послуги; б) спосіб конкретизації дій, які повинні вчиняти сторони; в) узгоджене волевиявлення сторін, націлене на отримання відповідного результату; г) засіб взаємного контролю поведінки сторін (належне виконання зобов'язань, встановлення відповідальності), який сприяє досягненню очікуваних результатів²⁶⁶.

В системі цивільно-правових договорів страховий договір відноситься до групи договорів про надання послуг, за яким страховик (як спеціальний учасник цивільних правовідносин) безпосередньо реалізує свої статутні завдання та цілі, шляхом надання страхових послуг зацікавленим фізичним та юридичним особам. Основна особливість таких договорів полягає в тому, що надання послуги невіддільне від діяльності особи – послугонадавача (надання страхової послуги невіддільно пов'язане із діяльністю страховика), а корисний ефект такої діяльності полягає в самому процесі надання послуги²⁶⁷. Окрім цього, Закон «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг»²⁶⁸ відносить послуги у сфері страхування до фінансових послуг, якими, в розумінні закону, є операції з фінансовими активами, що здійснюються в інтересах третіх осіб за власний рахунок чи за рахунок цих осіб, а у випадках, передбачених законодавством – і за рахунок залучених від інших осіб фінансових коштів, з метою отримання прибутку або збереження реальної вартості фінансових активів. Оскільки зобов'язання страховика з виплати страхового відшкодування (тобто саме фінансова послуга) виникає лише після реалізації наперед обумовленої страхової події (страхового випадку) – надання фінансової послуги, таким чином, пов'язане з певною умовою,

²⁶⁶ Міловська Н. В. Договірні зобов'язання зі страхування у цивільному праві України: проблеми теорії та практики : монографія. Київ : НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2019. С. 107.

²⁶⁷ Міловська Н. В. Договір з надання страхових послуг як регулятор страхових відносин. *Нове українське право*. Вип. 1. 2021. С. 33.

²⁶⁸ Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг : Закон України від 12 липня 2001 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2664-14#Text> (дата звернення: 10.08.2021).

яка може настати, а може й не настати. В свою чергу, до моменту реалізації страхового випадку страховик надає послугу із захисту інтересів страхувальника на випадок настання певних негативних подій. Такої позиції дотримується й судова ланка. Так, Вищий адміністративний суд України в своїй ухвалі від 21.02.2017 р. зазначив, що факт надання послуги страхування не пов'язаний безпосередньо з настанням страхового випадку.

З моменту вступу в силу договору страхування і впродовж усього строку його дії страхова послуга є наданою, адже упродовж усього строку дії договору страхування застрахований інтерес страхувальника є захищеним²⁶⁹. В юридичній літературі під страховою послугою пропонується розуміти сукупність дій страховика щодо надання страхового захисту майнових інтересів фізичних та юридичних осіб шляхом прийняття на страхування ризику в межах страхової суми та здійснення страхової виплати (страхового відшкодування) у разі настання певних подій (страхових випадків), визначених договором страхування²⁷⁰. Проаналізувавши теоретичну складову та практику застосування страхового законодавства, пропонуємо під страховою послугою розуміти діяльність страховика, результатом якої є страховий захист обумовлених страховим договором або законом майнових інтересів страхувальника, а також прийняття на себе майнових зобов'язань на підставах та у розмірі, передбачених договором страхування або законом.

Поширеною є практика продажу страхових полісів зі стандартними умовами, змінювати які страхувальник не має можливості; має право лише приєднатися до запропонованих умов, або відмовитися від такого приєднання. Проте загальна необізнаність страхувальника зі специфікою страхової справи, відсутність можливості щодо внесення змін до запропонованих умов договору страхування

²⁶⁹ Ухвала Вищого адміністративного суду України від 21.02.2017 р. по справі № 820/11841/15. URL: <https://zakononline.com.ua/court-decisions?q=№820%2F11841%2F11841%F15+Ухвала+Вищого+адміністративного+суду+України+від+21.02.2017> (дата звернення: 10.08.2021).

²⁷⁰ Оновлення договірних регулювань приватноправових відносин в Україні : монографія / за заг. ред. А. Б. Гриняка, О. О. Кота, М. Д. Пленюк ; НДІ приват. права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2020. С. 329–330.

ставлять його в позицію «слабшої» сторони. У зв'язку з цим, з метою захисту прав споживача від зловживань постачальника послуг, Директивою ЄС № 93/13 від 5 квітня 1993 року було встановлено, що умови не визнаються погодженими в індивідуальному порядку у всіх випадках, коли вони були підготовлені завчасно і споживач не мав можливості вплинути на їх зміст²⁷¹.

Важливим аспектом в розумінні сутності договірних правовідношення відіграє його суб'єктний склад, тобто учасники того чи іншого договору. В свою чергу, учасниками договору страхування виступають його безпосередні сторони – страховик та страхувальник, а також треті особи – вигодонабувачі, у випадках, коли наявність таких осіб в договорі страхування передбачена законодавством.

Стаття 984 ЦК України визначає, що страховиком є юридична особа, яка спеціально створена для здійснення страхової діяльності та одержала у встановленому порядку ліцензію на здійснення страхової діяльності. В свою чергу, страхувальником може бути фізична або юридична особа. Таке загальне тлумачення страхувальника викликало непоодинокі зауваження зі сторони вчених, які висловлюють думку про те, що легальне визначення страхувальника є занадто вузьким, оскільки страхувальниками повинні визнаватися юридичні та фізичні особи, які мають страховий інтерес та володіють правосуб'єктністю²⁷². Законом України «Про внесення змін до деяких законів України щодо удосконалення правового регулювання страхування сільськогосподарської продукції з державною підтримкою»²⁷³ було надане визначення страхувальника в новій редакції. Відтепер згідно зі статтею 3 Закону «Про страхування» страхувальниками визнаються юридичні особи, фізичні

²⁷¹ Директива ЄС № 93/13 від 5 квітня 1993 року «Про несправедливі умови в договорах зі споживачами». URL: https://minjust.gov.ua/m/str_45878 (дата звернення: 10.08.2021).

²⁷² Міловська Н. В. Договірні зобов'язання зі страхування у цивільному праві України: проблеми теорії та практики : монографія. К. : НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2019. С. 226.

²⁷³ Про внесення змін до деяких законів України щодо удосконалення правового регулювання страхування сільськогосподарської продукції з державною підтримкою : Закон України від 01.07.2021 року № 1601-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1601-20#Text> (дата звернення: 10.08.2021).

особи–підприємці та дієздатні фізичні особи, які уклали із страховиками договори страхування або є страховальниками відповідно до законодавства України²⁷⁴. Таким чином, закон не лише дав нове визначення страховальникові, а й надав можливість фізичній особі–підприємцю, як суб'єкту господарювання, виступати в ролі страховальника.

Публічний інтерес в договорі страхування вимагає від страховика професіоналізму в роботі з ризиками, стандартизації умов договору і процедури його укладання. Це робить його більш сильною стороною договору, ніж його клієнт (страхувальник)²⁷⁵. Страховик зобов'язаний ознайомити страховальника з умовами та правилами страхування; у випадку реалізації страхового випадку – вчасно оформити всі необхідні підтвердуючі документи та здійснити страхову виплату; відшкодувати страховальнику витрати, пов'язані з попередженням або зменшенням збитків від настання страхового випадку; забезпечити схоронність даних відносно страховальника, крім випадків, прямо передбачених законом. Страхове законодавство передбачає також участь у страхових правовідносинах третіх осіб – вигодонабувачів, правовий статус яких може відрізнятися залежно від виду укладеного договору страхування.

Характеризуючи юридичні ознаки договору страхування, можна стверджувати, що за загальним правилом цей договір слід визнавати реальним, двостороннім та оплатним. В той же час законодавець надав право вибору сторонам договору страхування самостійно визначити початок його дії шляхом безпосередньої вказівки про це в самому договорі. Так, відповідно до статті 983 ЦК України договір страхування набирає чинності з моменту внесення страховальником першого страхового платежу, якщо інше не встановлено договором²⁷⁶. Як зазначає Верховний Суд у своїй постанові від 14 травня 2019 року по справі № 910/7631/18:

²⁷⁴ Про страхування : Закон України від 7 березня 1996 року. № 85/96-ВР. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/85/96-вр#Text> (дата звернення: 10.08.2021).

²⁷⁵ Фогельсон Ю. Б. Договор страхования в российском гражданском праве : автореф. дисс. ... док. юрид. наук : 12.00.03. Москва, 2005. С. 7.

²⁷⁶ Цивільний кодекс України : Закон України від 16.01.2003 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text> (дата звернення: 10.08.2021).

«страховик та страхувальник при укладенні договору страхування вправі визначити момент набрання ним чинності інший, ніж з моменту внесення першого страхового платежу, що відповідатиме принципу свободи цивільно-правового договору, передбаченого ст. 627 ЦК України, в тому числі визначити, що договір набирає чинності з моменту його укладення. Тобто момент укладення договору може не збігатися з моментом набрання ним чинності»²⁷⁷. Двосторонній характер договору полягає у тому, що обидві його сторони (страховик і страхувальник) набувають прав та обов'язків. Також договір страхування носить оплатний характер, що передбачає задоволення майнових інтересів обох сторін. Оплатний договір – це договір, за яким сторона повинна отримати плату або інше зустрічне надання за виконання своїх обов'язків. Саме зустрічне надання, а не ціна, є істотною умовою будь-якого оплатного договору²⁷⁸.

Фундаментом будь-якого договору є його істотні умови, наявність яких в кожному конкретному правочині є необхідною та достатньою умовою для того, щоб він вважався укладеним. Визначення в законі переліку умов, які є істотними або необхідними для договорів даного виду, відображає специфіку конкретного виду договору і сприяє відмежуванню його від інших (споріднених) за юридичною природою договорів²⁷⁹.

Відповідно до статті 982 ЦК України істотними умовами договору страхування є предмет договору страхування, страховий випадок, розмір грошової суми, в межах якої страховик зобов'язаний провести виплату у разі настання страхового випадку (страхова сума), розмір страхового платежу і строки його сплати, строк договору та інші умови, визначені актами цивільного законодавства. З-поміж всіх інших істотних умов договору страхування, важливе місце посідає умова про його предмет.

²⁷⁷ Постанова Верховного Суду від 14 травня 2019 року по справі № 910/7631/18. URL: <https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/81940522> (дата звернення: 10.08.2021).

²⁷⁸ Бельх В. С., Кривошеев И. В. Страхование право. М. : Издательство НОРМА. 2001. С. 147.

²⁷⁹ Луць А. В. Свобода договору в цивільному праві України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Львів, 2001. С. 6.

Статтею 6 Закону «Про страхування» передбачено, що предметом договору страхування можуть бути майнові інтереси, що не суперечать закону і пов'язані з: життям, здоров'ям, працездатністю та пенсійним забезпеченням (особисте страхування); володінням, користуванням і розпорядженням майном (майнове страхування); відшкодуванням страхувальником заподіяної ним шкоди особі або її майну, а також шкоди, заподіяної юридичній особі (страхування відповідальності). Водночас Законом України «Про обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів»²⁸⁰, «Порядком і правилами проведення обов'язкового страхування відповідальності власників собак за шкоду, яка може бути заподіяна третім особам»²⁸¹ майнові інтереси визначаються як об'єкт страхового правовідношення, як благо, з приводу якого саме укладається договір страхування. Страховий захист, що породжується майновим інтересом страхувальника, є специфічною послугою спеціалізованого учасника фінансових послуг (страхової компанії), яка споживається в процесі її надання та припинення якої можливе шляхом закінчення дії договору або виконання страховиком зустрічного майнового зобов'язання у вигляді сплати грошових коштів у зв'язку з реалізацією страхового випадку. Тобто за наявності страхового інтересу, як об'єкта цивільних прав, страхувальник вступає у правовідносини зі страховиком шляхом укладення договору страхування, в предметі якого сторони визначають загальний характер дій (зобов'язання), що належить вчинити тій чи іншій стороні такого договору. Предметом договору страхування, таким чином, є визначені в ньому зобов'язальні дії сторін (сплата страхових внесків, надання страхової послуги, виплата страхової суми та інше), а об'єктом договору страхування

²⁸⁰ Про обов'язкове страхування цивільно-правової відповідальності власників наземних транспортних засобів : Закон України від 1 липня 2004 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1961-15#Text> (дата звернення: 10.08.2021).

²⁸¹ Порядок і правила проведення обов'язкового страхування відповідальності власників собак за шкоду, яка може бути заподіяна третім особам : Постанова КМУ від 9 липня 2002 року. № 944. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/944-2002-п#Text> (дата звернення: 10.08.2021).

є майновий інтерес, з приводу якого укладається той чи інший вид договору страхування.

Таким чином, страхові послуги можуть надаватися зацікавленим особам як на підставі закону, так і на підставі договору. Договір, в свою чергу, надає можливість ретельно врегулювати всі моменти, що стосуються об'єкта страхових відносин, їх суб'єктного складу, особливості страхових випадків та порядок підтвердження їх реалізації, розмір страхових внесків та ліміт страхового покриття тощо. Як акт індивідуально-правового регулювання відносин сторін, договір страхування обов'язково укладається під час добровільного страхування та може укладатися під час обов'язкового страхування у випадках, передбачених законодавством (зокрема, наявності затвердженої типової форми такого договору). В першому випадку страхові послуги надаються відносно об'єктів, що не увійшли до переліку обов'язкових видів страхування. Договір страхування є договором про надання послуг (страхових послуг), що включає в себе й послугу фінансового характеру, яка надається у зв'язку з реалізацією страхового випадку. Під страховою послугою можна розуміти діяльність страховика, результатом якої є страховий захист обумовлених страховим договором або законом майнових інтересів страхувальника, а також прийняття на себе майнових зобов'язань на підставах та у розмірі, передбачених договором страхування або законом.

5.3. Правове регулювання страхування цивільної відповідальності медичних закладів

Страхування відповідальності як один із видів страхової діяльності має всі підстави для стрімкого розвитку у зв'язку з появою нових різновидів небезпек, що несуть за собою потенційну загрозу спричинення шкоди інтересам особистого або майнового характеру третіх осіб. Це стосується, зокрема, відповідальності за забруднення екологічного простору, виробництва неякісної продукції або надання неналежної якості послуг та здійснення інших видів діяльності, які характеризуються високим ступенем спричинення матеріальних збитків. На особливу увагу заслуговує страхування

цивільної відповідальності закладів охорони здоров'я та медичних працівників, що в умовах реформування системи охорони здоров'я України та євроінтеграційних процесів вимагає від законодавців включення даного виду страхування до переліку обов'язкових.

Основами законодавства України про охорону здоров'я передбачено, що одним із основних принципів охорони здоров'я є визнання охорони здоров'я пріоритетним напрямом діяльності суспільства і держави, одним з головних чинників виживання та розвитку народу України²⁸². Проголошуючи життя та здоров'я людини найвищою соціальною цінністю, Україна взяла на себе юридичний обов'язок забезпечити кожного громадянина медичною допомогою належної якості, сприяти відновленню здоров'я, а також створити умови для справедливого та оперативного відшкодування шкоди, завданої життю чи здоров'ю особи.

Право пацієнта на кваліфіковану медичну допомогу кореспондує обов'язку медичного закладу забезпечити організацію надання такої допомоги шляхом залучення до роботи кваліфікованого медичного персоналу, систематичного контролю за підвищенням рівня його кваліфікації, наявності необхідного та достатнього матеріально-технічного оснащення, постійного нагляду за якістю наданої медичної допомоги та аналізу випадків неналежного медичного обслуговування або летальних випадків, організації та підтримання на високому рівні санітарно-протиепідемічного режиму в закладі охорони здоров'я тощо. Сталий механізм обов'язкового страхування професійної відповідальності сприятиме покращенню клімату в сфері медичного обслуговування, дасть відчуття захищеності медичним працівникам та почуття справедливості пацієнтам.

Варто зазначити, що законодавства багатьох розвинених країн передбачають обов'язкове страхування професійної відповідальності надавачів медичних послуг, що покликане сприяти захисту майнових інтересів не лише потерпілої особи (пацієнта), але й самого страхувальника, який може і не мати фінансової

²⁸² Основи законодавства України про охорону здоров'я : Закон України від 19 листопада 1992 року № 2801-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2801-12#Text> (дата звернення: 10.08.2021).

можливості відшкодувати завдані збитки. Окрім того, своєчасна виплата компенсації за спричинені неякісною медичною допомогою збитки відіграє надважливу роль, оскільки дає можливість потерпілому, не зволікаючи, займатися відновленням свого здоров'я. При цьому страхова компанія компенсує лише шкоду, завдану життю або здоров'ю пацієнта, а не досягнення конкретного лікувально-естетичного результату, яке звичайно виключається із покриття, якщо тільки воно не пов'язано із зазначеною шкодою²⁸³.

В Україні питання обов'язковості страхування професійної відповідальності медпрацівників порушувалося неодноразово, проте наразі так і не знайшло свого закріплення на законодавчому рівні. Відповідно до п. 27 ст. 7 Закону України «Про страхування» до обов'язкового страхування належить страхування професійної відповідальності осіб, діяльність яких може заподіяти шкоду третім особам, за переліком, встановленим Кабінетом Міністрів України. Оскільки такий перелік досі не затверджений, страхування професійної відповідальності медичних працівників та закладів охорони здоров'я слід відносити до добровільного страхування, що представляється на сьогодні недоцільним і таким, що стримуватиме розвиток системи охорони здоров'я.

За своєю юридичною природою договір страхування професійної відповідальності медичних закладів являє собою взаємоузгоджену систему певних складових елементів, основою якої є договірне зобов'язання, виступає універсальним регулятором економічних, політичних, культурних та інших відносин²⁸⁴. Окрім цього, зважаючи на досить помірну практику застосування в Україні страхування професійної відповідальності в медичній галузі та відсутності налагоджених досвідом складових такого страхування – від якісної конкретизації умов даного договору залежить, в кінцевому підсумку, реалізація інтересів його сторін, особливо страхувальника та вигодонабувача.

²⁸³ Антонов С. В. Перспективи страхування професійної відповідальності медичних працівників в Україні. *Приватне право і підприємництво*. Київ. 2008. Вип. 7. С. 104.

²⁸⁴ Пархоменко Н. М. Договір у системі права України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.04. Київ, 2009. С. 9.

Однією з істотних умов договору страхування є страховий випадок, що представляє собою подію, передбачену договором страхування або законодавством, яка відбулася і з настанням якої виникає обов'язок страховика здійснити виплату страхової суми (страхового відшкодування) страхувальнику, застрахованій особі або третій особі. В означених правовідносинах страховим випадком вважатиметься надання медичної допомоги (послуги) неналежної якості, в результаті якої настали негативні наслідки для життя або здоров'я пацієнта. В юридичній літературі, судовій практиці такі події називають «лікарська (медична) помилка», легального визначення якої в законодавстві досі нема.

Договір страхування відповідальності – це угода між страховиком і страхувальником, за якою страховик бере на себе зобов'язання в разі настання страхового випадку відшкодувати третім особам в межах ліміту відповідальності збитки, ненавмисно завдані страхувальником, а страхувальник зобов'язується своєчасно вносити страхові платежі та виконувати інші умови договору²⁸⁵. Саме ненавмисний характер діяння страхувальника (застрахованої особи) є тим критерієм, що відмежовує цивільну відповідальність від інших видів відповідальності, зокрема кримінальної. На нашу думку, лікарською (медичною) помилкою є ненавмисне заподіяння шкоди життю або здоров'ю пацієнта під час виконання медичним працівником своїх професійних обов'язків, за умови неадекватного (відсутність необхідного та достатнього) застосування професійних знань та навичок в кожному конкретному випадку²⁸⁶. При цьому сам по собі факт наявності заподіяної шкоди пацієнту не може вважатися лікарською помилкою, доки не буде встановлена «неадекватність» лікування та причинний зв'язок між шкодою та діями, бездіяльністю медичного працівника.

Пункт 11 Ліцензійних умов встановлює, що у медичній практиці ліцензіат застосовує тільки ті методи профілактики, діагностики, лікування, реабілітації, лікарські засоби, медичні вироби, вироби

²⁸⁵ Никифорак В. М. Договір страхування відповідальності : автореф. дис. ... канд. наук : 12.00.03. Київ, 2002. С. 5.

²⁸⁶ Заїка Ю., Менделя О. Страховий випадок як елемент механізму цивільно-правового регулювання страхових відносин. *Підприємництво, господарство і право*. 2021. № 4. С. 25.

медичного призначення та дезінфекційні засоби, що не заборонені до застосування МОЗ²⁸⁷. В свою чергу, кожен лікар у своїй роботі повинен, окрім іншого, керуватися клінічними протоколами медичної допомоги, що розробляються на основі клінічних настанов з урахуванням можливостей системи охорони здоров'я, визначають процес надання медичної допомоги, обсяг та її результати при певному захворюванні та затверджуються Міністерством охорони здоров'я України²⁸⁸. Тобто під час медичного обслуговування пацієнта лікар повинен дотримуватись клінічних протоколів, як документів, розроблених з використанням методології доказової медицини на основі підтвердження їх надійності та доведеності, необґрунтований відступ від яких повинен розглядатись як порушення з боку медичного працівника. Клінічними протоколами, в свою чергу, визначається діагностика та лікування того чи іншого захворювання, що вимагає від лікаря не лише призначення відповідного, згідно з протоколом, лікування, а й встановлення правильного діагнозу за результатами первинного огляду та опитування пацієнта, отриманих результатів додаткових обстежень (УЗД, ЕК, біохімічний аналіз крові тощо). Так, Верховний Суд в своєму рішенні від 11 березня 2020 року по справі № 759/1039/17 в мотивувальній частині зазначає, що «... Медичною радою зроблено такі висновки: надання медичної допомоги пацієнту позивачем не відповідало протоколу надання вторинної стаціонарної (спеціалізованої) медичної допомоги пацієнту... лікарем-травматологом допущено лікарську помилку, а саме: вчасно не виявлено симптомів хвороби»²⁸⁹.

Окрім неадекватного лікування, відсутності необхідного медичного (в тому числі діагностичного) обладнання, лікарських засобів

²⁸⁷ Про затвердження Ліцензійних умов провадження господарської діяльності з медичної практики : Постанова КМУ від 2 березня 2016 року. № 285. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/285-2016-п#Text> (дата звернення: 10.08.2021).

²⁸⁸ Положення про реєстр медико-технологічних документів зі стандартизації медичної допомоги : Наказ МОЗ від 28.09.2012 № 751. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z2001-12#Text> (дата звернення: 10.08.2021).

²⁸⁹ Постанова Верховного Суду від 11.03.2020 р. Справа № 759/1039/17. URL: <https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/88187518?from=лікарська%20помилка%20це> (дата звернення: 10.08.2021).

на несприятливий перебіг лікування пацієнта можуть також впливати особливості організму останнього, атиповий перебіг захворювання, наявність в анамнезі захворювань, здатних впливати на перебіг лікування наступних хвороб, самолікування або недотримання лікарських призначень пацієнтом, його відмова від госпіталізації за показами або пізні звернення по медичну допомогу. Відсутність вини медичного працівника виключає й страховий випадок за договором страхування професійної відповідальності, а отже, позбавляє страховика обов'язку виплачувати страхове відшкодування. Таким чином, можна дійти висновку, що відповідність дій лікаря затвердженим клінічним протоколам виключає його відповідальність за шкоду, спричинену життю або здоров'ю пацієнта. В свою чергу, перелік небезпек як обставин реальної дійсності, які можуть загрожувати пацієнту, повинен бути вичерпним чином визначений у договорі страхування чи у правилах страхування у вигляді конкретних страхових випадків і не повинен підлягати розширеному тлумаченню²⁹⁰.

Оскільки страхування цивільної відповідальності передбачає обов'язок страховика здійснити виплату страхової суми на користь третьої особи, якій діями або бездіяльністю страхувальника було заподіяно шкоди – важливою умовою в даному виді договорів страхування є зафіксований початок страхового періоду та його кінець²⁹¹.

Станом на сьогодні, із запровадженням електронної системи охорони здоров'я (далі – ЕСОЗ) та появою Реєстру медичних записів, записів про направлення та рецептів як складової центральної бази даних ЕСОЗ, правила ведення медичної документації для окремих надавачів медичних послуг дещо змінилися. Так, всі надавачі медичних послуг, що уклали договір з Національною службою здоров'я України (далі – НСЗУ) про медичне обслуговування

²⁹⁰ Заїка Ю., Менделя О. Страховий випадок як елемент механізму цивільно-правового регулювання страхових відносин. *Підприємництво, господарство і право*. 2021. № 4. С. 25.

²⁹¹ Менделя О. О. Страховий період в договорах страхування цивільної відповідальності авіаперевізника. *Авіація, промисловість, суспільство* : матеріали II Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Кременчук, 12 травня 2021 р.): у 2-х ч. / МВС України, Харків. нац. ун-т внутр. справ, Кременчук, льотний коледж. Харків : ХНУВС, 2021. Ч. 1. С. 508.

населення (а це загалом всі заклади охорони здоров'я державної та комунальної форми власності), повинні обов'язково заповнювати медичну документацію в електронній системі і на вимогу пацієнта видавати останньому витяг з реєстру в паперовому вигляді. Ті ж заклади та приватно-практикуючі лікарі, які не уклали договори про медичне обслуговування населення з НСЗУ – й надалі видають свої заключення в паперовій формі. Таким чином, початком страхового періоду вважатиметься дата внесення інформації до електронної системи відносно пацієнта або оформлена в паперовому вигляді медична документація.

Кінець страхового періоду в договорах страхування відповідальності медичних закладів визначити однозначно важко. В будь-якому випадку ним не може бути закінчення лікування пацієнта або закриття епізоду (якщо ми говоримо про медичне обслуговування за програмою медичних гарантій), оскільки наслідки лікування (в тому числі й оперативного втручання) можуть довгий час не проявлятися. Проте специфіка договору страхування відповідальності медичних закладів, а також попередження випадків безстрокової відповідальності страховика, вимагають визначити строк з моменту закінчення дії договору страхування, протягом якого страховик має приймати вимоги про відшкодування шкоди, завданої медичним працівником неналежним виконанням своїх професійних обов'язків.

Окрім того, щоб встановити залежність між діями/бездіяльністю медичного працівника та негативними наслідками для життя, здоров'я пацієнта – необхідно встановити причинно-наслідковий зв'язок. Причинно-наслідковий зв'язок, як третій елемент структури страхового випадку, покликаний встановити логічну послідовність і залежність негативних наслідків та можливої лікарської (медичної) помилки, як реалізованого ризику²⁹². Тому для встановлення причинно-наслідкового зв'язку між ушкодженням здоров'я або смертю пацієнта та діями, бездіяльністю медичного працівника теж необхідно, окрім іншого, встановити конкретну медичну послугу

²⁹² Заїка Ю., Менделя О. Страховий випадок як елемент механізму цивільно-правового регулювання страхових відносин. *Підприємництво, господарство і право*. 2021. № 4. С. 26.

(допомогу), що призвела до таких негативних наслідків та її початок (якщо вона складається з декількох епізодів).

Оскільки страхуванню в даному виді договорів підлягає відповідальність за шкоду, спричинену здоров'ю або життю пацієнта – то початком страхового періоду вважатиметься оформлення відповідної медичної документації, що супроводжує надання тієї чи іншої медичної послуги (допомоги) та підтверджує факт її надання. В той же час кінцем страхового періоду вважатиметься визначений сторонами строк, після закінчення дії договору страхування, протягом якого страховик повинен приймати на розгляд заяви щодо реалізованих страхових випадків, які були спричинені лікарськими помилками під час дії договору страхування.

Варто також зазначити, що страхувальником за даним договором страхування може бути як заклад охорони здоров'я, так і сам медичний працівник. За загальним правилом, майнову шкоду в повному обсязі відшкодовує особа, яка її завдала. Інше правило застосовується відносно особи, яка завдала таку шкоду, але перебувала в процесі виконання своїх трудових обов'язків. Верховний Суд України у своїй постанові від 28.01.2015р. зазначив, що відповідальність юридичної або фізичної особи настає лише у випадках, коли особа, з вини якої заподіяна шкода, знаходиться з даною організацією в трудових відносинах, і шкода, заподіяна нею у зв'язку з виконанням трудових (службових) обов'язків. При цьому під виконанням працівником своїх трудових (службових) обов'язків розуміється виконання ним роботи, зумовленої трудовим договором (контрактом), посадовими інструкціями, а також роботи, яка хоча і виходить за межі трудового договору чи посадової інструкції, але доручається юридичною або фізичною особою, або спричинена необхідністю, як на території роботодавця, так і за її межами²⁹³.

Таким чином, виступаючи страхувальником за договором страхування професійної відповідальності найманих працівників, заклад охорони здоров'я попереджає потенційні негативні наслідки

²⁹³ Постанова Верховного Суду України від 28.01.2015 р. Справа № 6-229цс14. URL: https://protocol.ua/ru/postanova_vsu_vid_28_01_2015_roku_u_spravi_6_229tss14/ (дата звернення: 10.08.2021).

у вигляді перебоїв в роботі підприємства, зумовлені судовими тяжбами з приводу відшкодування завданих майнових збитків пацієнту, а також необхідності сплачувати значні грошові кошти одноментно. Оскільки майнова відповідальність є цивільно-правовою категорією – правове забезпечення застосування заходів майнової відповідальності здійснює ЦК України; така відповідальність не поширюється на трудові правовідносини.

Особливістю договору страхування цивільно-правової відповідальності є неможливість чіткого визначення у договорі страхування особи, на чю користь буде здійснюватися страхове відшкодування. Як самі потерпілі особи, так і розмір завданої їм шкоди визначаються лише після настання страхового випадку²⁹⁴. Оскільки потенційний розмір збитків, спричинених пацієнту неналежним медичним обслуговуванням, наперед передбачити неможливо – актуальним залишається питання щодо розміру страхових внесків та ліміт страхування відшкодування, який може бути виплачений страховиком після настання страхового випадку. При укладенні договору страхування страховиком оцінюються страхові ризики страхувальника в кожному конкретному випадку і на основі цього страховик приймає рішення про укладення відповідного договору чи відмову в його укладенні²⁹⁵.

Проте можна однозначно стверджувати, що на розмір страхових внесків вирішальний вплив матиме профіль закладу охорони здоров'я, а також спеціальність медичних працівників, відповідальність яких підлягає страхуванню. Так, страхування відповідальності лікаря хірургічного профілю буде оцінена дорожче, ніж лікаря-терапевта, оскільки діяльність першого супроводжується значно більшою кількістю потенційних ризиків.

Підсумовуючи вищезазначене, робимо висновок, що запровадження обов'язкового страхування відповідальності медичних закладів в Україні сприятиме розвитку системи охорони здоров'я, захисту інтересів як пацієнтів, так і медичних працівників, закладів

²⁹⁴ Цивільне право України: академічний курс: у 2-х т. Т. 2. / за заг. ред. О. В. Дзери. Київ : Юрінком Інтер. 2010. С.194.

²⁹⁵ Петечел Н. М. Правове регулювання договору медичного страхування : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Івано-Франківськ, 2021. С. 93–94.

охорони здоров'я. Страхувальниками можуть виступати медичні заклади, фізичні особи–підприємці, які отримали ліцензію на провадження господарської діяльності з медичної практики, а також самі медичні працівники. Страховим випадком за договором страхування відповідальності закладу охорони здоров'я є лікарська (медична) помилка, заподіяна медичним працівником та в результаті якої була завдана шкода життю або здоров'ю пацієнта. Початком страхового періоду є оформлення відповідної первинної облікової документації або внесення даних до електронної системи охорони здоров'я. Кінцем страхового періоду є або реалізований страховий випадок, або проміжок часу після закінчення договору страхування, протягом якого страховик приймає на розгляд заву про виплату страхового відшкодування за лікарськими помилками, які мали місце під час дії укладеного договору страхування.

РОЗДІЛ 6. ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН ІЗ НАДАННЯ ПОСЛУГ ОСВІТИ

Серед конституційних позитивних обов'язків держави чільне місце посідає право кожного на освіту (стаття 53 Конституції України), що полягає, зокрема, у обов'язковості повної загальної освіти (ч. 2), держава забезпечує доступність і безоплатність дошкільної, повної загальної середньої, професійно-технічної, вищої освіти в державних і комунальних навчальних закладах; розвиток дошкільної, повної загальної середньої, позашкільної, професійно-технічної, вищої і післядипломної освіти, різних форм навчання; надання державних стипендій та пільг учням і студентам (ч. 3); громадяни мають право безоплатно здобути вищу освіту в державних і комунальних навчальних закладах на конкурсній основі (ч. 4); громадянам, які належать до національних меншин, відповідно до закону гарантується право на навчання рідною мовою чи на вивчення рідної мови у державних і комунальних навчальних закладах або через національні культурні товариства (ч. 5).

Розкриваючи зміст цього права, Конституційний Суд України у Рішенні від 04.03.2004 № 5-рп/2004 (справа про доступність і безоплатність освіти) вказав, що «доступність освіти як конституційна гарантія реалізації права на освіту на принципах рівності, визначених статтею 24 Конституції України, означає, що нікому не може бути відмовлено у праві на освіту, і держава має створити можливості для реалізації цього права; безоплатність освіти як конституційна гарантія реалізації права на освіту означає можливість здобуття освіти в державних і комунальних навчальних закладах без внесення плати у будь-якій формі за освітні послуги визначених законодавством рівня, змісту, обсягу і в межах тих видів освіти, безоплатність яких передбачена частиною третьою статті 53 Конституції України». Крім того, «повна загальна середня

освіта є обов'язковою і безоплатною, витрати на забезпечення навчально-виховного процесу в державних і комунальних загальноосвітніх навчальних закладах здійснюються на нормативній основі за рахунок коштів відповідних бюджетів у повному обсязі. Безоплатність вищої освіти означає, що громадянин має право здобути її відповідно до стандартів вищої освіти без внесення плати в державних і комунальних навчальних закладах на конкурсній основі (частина четверта статі 53 Конституції України в межах обсягу підготовки фахівців для загальносуспільних потреб (державного замовлення)» (абзаци 2–4 резолютивної частини).

Додатково слід наголосити, що відповідно до міжнародних зобов'язань України держава при виконанні будь-яких функцій, узятих нею на себе в галузі освіти і навчання, поважає право батьків забезпечувати таку освіту і навчання відповідно до їхніх релігійних і світоглядних переконань (ст. 2 Першого Протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод). Європейський суд з прав людини у своїй практиці звертає увагу на те, що: а) немає позитивного зобов'язання держав створити державну систему освіти або субсидувати приватні школи; б) держави не можуть відмовляти у праві на освіту навчальним закладам, які вони обрали для створення чи дозволу; в) право на освіту не є абсолютним, оскільки воно може спричинити неявно прийнятні обмеження, маючи на увазі, що «воно за своєю природою вимагає регулювання з боку держави» (the Belgian linguistic case, § 5 of “the Law” part; також, *mutatis mutandis*, Golder v. the United Kingdom, § 38; Fayed v. the United Kingdom, § 65)²⁹⁶.

Таким чином, освітні послуги слід розглядати у таких аспектах: як елемент державної політики, що спрямовується на реалізацію права кожного на безоплатну освіту в межах, встановлених Конституцією України; як відносини із надання платних освітніх послуг; як відносини в межах організованого ринку, пов'язаного з наданням освітніх послуг.

²⁹⁶ Guide on Article 2 of Protocol No. 1 – Right to education European. Last update: 30.04.2021. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_2_ENG.pdf (дата звернення: 15.08.2021). С. 22.

З економічної точки зору йдеться про ринок, на якому діють споживачі, покупці, клієнти, випускники, які у сукупності складають досить складну кон'юнктуру, де «виробництво» контролюється державою шляхом ліцензованого обсягу набору²⁹⁷. При цьому досить примарно щодо правового регулювання виглядають інші послуги (наприклад, репетиторство, підготовка до ЗНО тощо).

На думку Н. Ю. Вільчинської, нині в ЄС задля досягнення спільних цілей в межах освітньої політики є підвищення рівня конкурентоспроможності ЄС на політичній арені, створення ефективної, заснованої на знаннях економіки, забезпеченні високого рівня освіченості громадян, створенні умов для кращої мобільності в просторі вищої освіти ЄС, підготовці затребуваних цілями економіки фахівців, оптимізації національних систем освітньої політики, залучення наукового потенціалу із держав-сусідів до європейського загалу шляхом участі в освітніх програмах тощо²⁹⁸.

Інший аспект стосується договірних відносин з надання освітніх послуг. Н. О. Давидова відзначає серед особливостей його предмет, який є одночасно майновим та немайновим благом, а освітня послуга є оплатною у будь-якому разі (адже навчання оплачується або державою, або на підставі контракту)²⁹⁹.

Отже, маємо на меті розглянути особливості цивільно-правового регулювання суспільних відносин, що виникають у процесі реалізації конституційного права людини на освіту, прав та обов'язків фізичних і юридичних осіб, які беруть участь у реалізації цього права. Слід зауважити, що навіть із значним сегментом державного фінансування освіти, дедалі більше окреслюються приватноправові засади регулювання цих відносин.

²⁹⁷ Гава Ю. В. Освітні послуги в Україні. *Економіка: теорія та практика*. 2013. № 1. С. 87–88.

²⁹⁸ Вільчинська Н. Ю. Освітня політика Європейського Союзу: особливості формування та реалізації : автореф. дис. ... канд. політ. наук : 23.00.02. Київ, 2012. С. 14.

²⁹⁹ Давидова Н. О. Проблеми цивільно-правового регулювання відносин у сфері освіти в Україні і США : автореф. дис. ... док. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2017. С. 24.

6.1. Поняття та зміст освітніх послуг

Освіта не розглядається як «класичні» послуги. Так, Ю. Базедов, розглядаючи контракти з надання послуг у приватному праві ЄС, виділяє лише такі специфічні сфери як фінансові послуги, туризм та електронні послуги³⁰⁰. Такий підхід ґрунтується на тому, що характеристика винагороди відсутня у питаннях щодо здійснення державою чи від імені держави у контексті її обов'язків у соціальній, культурній, освітній та судовій сферах, таких як курси, що передбачені національною системою освіти, або управління програмами соціального забезпечення, які не займаються господарською діяльністю; більш того, виплата одержувачами внеску, наприклад, плата за навчання або зарахування, сплачена студентами для того, щоб внести певний внесок у операційні витрати системи, сама по собі не є винагородою, оскільки послуга все ще по суті фінансується за рахунок державних коштів (п. 34 преамбули Директиви 2006/123/ЄС³⁰¹).

В. О. Бесарабчик робить висновок, що поняття надання послуг у сфері освіти має дискусійний характер та потребує дослідження як правового статусу суб'єктів, що надають освітні послуги та послуги у сфері освіти, визначення основних та додаткових освітніх послуг, засад державного та договірної регулювання такої діяльності³⁰².

Законом України «Про освіту» встановлено, що освітня послуга – комплекс визначених законодавством, освітньою програмою та/або договором дій суб'єкта освітньої діяльності, що мають визначену вартість та спрямовані на досягнення здобувачем освіти очікуваних результатів навчання (п. 18 ч. 1).

³⁰⁰ Basedow J. EU Private Law. Anatomy of a Growing Legal Order. Cambridge – Antwerp – Chicago: Intersentia, 2021. С. 138–139.

³⁰¹ Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on services in the internal market. URL: <http://data.europa.eu/eli/dir/2006/123/oj> (дата звернення: 15.08.2021).

³⁰² Бесарабчик В. О. Визначення поняття надання послуг у сфері освіти. *Ius Privatum (legal doctrine and practice / правова доктрина і практика)*. URL: <https://bit.ly/2HEJ4yu> (дата звернення: 15.08.2021). С. 42.

Зважаючи на види освіти, передбачені ст. 8 Закону України «Про освіту», освітні послуги надаються щодо:

– *формальної освіти*, яка здобувається за освітніми програмами відповідно до визначених законодавством рівнів освіти, галузей знань, спеціальностей (професій) і передбачає досягнення здобувачами освіти визначених стандартами освіти результатів навчання відповідного рівня освіти та здобуття кваліфікацій, що визнаються державою;

– *неформальної освіти*, яка здобувається, як правило, за освітніми програмами та не передбачає присудження визнаних державою освітніх кваліфікацій за рівнями освіти, але може завершуватися присвоєнням професійних та/або присудженням часткових освітніх кваліфікацій;

– *інформальної освіти (самоосвіти)*, яка передбачає самоорганізоване здобуття особою певних компетентностей, зокрема під час повсякденної діяльності, пов'язаної з професійною, громадською або іншою діяльністю, родиною чи дозвіллям.

Зважаючи на це, пропонуємо розглядати зміст освітньої послуги як комплекс освітніх компонентів (предметів вивчення, дисциплін, індивідуальних завдань, контрольних заходів тощо), спланованих і організованих для досягнення визначених результатів навчання, що корелюється із визначенням поняття освітньої програми (п. 19 ст. 1 Закону України «Про освіту»).

Такий підхід до освітньої послуги виходить за межі конструкції, передбаченої ч. 1 ст. 901 ЦК України. Так, виконавець послуги (заклад освіти) зобов'язується не лише надати послугу, а й оцінити виконання освітньої програми замовником, зокрема, результати навчання, а саме, знання, уміння, навички, способи мислення, погляди, цінності, інші особисті якості, набуті у процесі навчання, виховання та розвитку, які можна ідентифікувати, спланувати, оцінити і виміряти та які особа здатна продемонструвати після завершення освітньої програми або окремих освітніх компонентів (п. 22 ст. 1 Закону України «Про освіту»).

Б. В. Дерев'яно розмежує основні освітні послуги, що мають найбільше публічне значення, зокрема, послуги з безпосередньої передачі знань, вмінь і навичок (які не мають за критерій оплатність);

додаткові послуги, зокрема, користування літературою, отримання освіти дистанційно, консультативні послуги тощо (передача знань у неklasичний спосіб); а також інші послуги, які надаються суб'єктами освіти, та не є освітніми, тобто ті, що непрямо з ними пов'язані (користування гуртожитками, послуги харчування, проведення науково-дослідних робіт тощо)³⁰³.

Комплексне розуміння освітньої послуги надає можливість розглядати окремі її складові, зокрема, навчання, визнання та оцінювання освіти (атестація здобувача). Так, згідно з ч. 5 ст. 8 Закону України «Про освіту» результати навчання, здобуті шляхом неформальної та/або інформальної освіти, визнаються в системі формальної освіти в порядку, визначеному законодавством. Саме тому законодавством встановлюються особливості щодо державного регулювання здійснення освітньої діяльності (шляхом ліцензування), а також надання інших послуг, які можуть мати ознаки освітніх або бути їх складовою.

Примітним є те, що Законом України «Про освіту» окремо закріплено поняття *якість освіти* (відповідність результатів навчання вимогам, встановленим законодавством, відповідним стандартом освіти та/або договором про надання освітніх послуг) та *якість освітньої діяльності* (рівень організації, забезпечення та реалізації освітнього процесу, що забезпечує здобуття особами якісної освіти та відповідає вимогам, встановленим законодавством та/або договором про надання освітніх послуг (п. 29, 30 ч. 1). Однак згідно з Рекомендацією Європейського Парламенту і Ради від 15 лютого 2006 року про подальшу європейську співпрацю у сфері забезпечення якості вищої освіти (2006/143/ЄС), що є складовою Угоди про асоціацію України та ЄС (зокрема, ст. 430–436), предметом регулювання є *якість освіти*.

Н. В. Федорченко, розглядаючи проблему якості послуг, виділяє такі основні підходи: 1) пов'язаність їх із фактом досягнення (або недосягнення) певного результату; 2) визначення їх через оцінку

³⁰³ Дерев'яно Б. В. Господарсько-правове регулювання надання послуг у сфері освіти : монографія. Донецьк : МВС України ; Донецький юридичний інститут ; Видавничий дім «Кальміус», 2012. С. 275–276.

лише поведінки (дій, операцій, діяльності) виконавця; 3) різні підходи до оцінки відповідно до характеру послуг³⁰⁴. З огляду на це, законодавством про освіту регулюються особливості як результату надання послуг, так і самого процесу.

Звертаємо увагу, що державне регулювання у сфері освіти складається з ліцензування (ст. 43 Закону України «Про освіту») та акредитації освітньої програми (ст. 44 Закону України «Про освіту»), що не відповідає положенням ст. 12 ГК України. Так, акредитація освітньої програми – це оцінювання освітньої програми на предмет її відповідності стандарту освіти, а також спроможності закладу освіти забезпечити досягнення здобувачами освіти передбачених в освітній програмі результатів навчання (ч. 1 ст. 44).

Вважаємо, що акредитація має бути складовою ліцензійних умов, адже основною метою освіти є всебічний розвиток людини як особистості та найвищої цінності суспільства, її талантів, інтелектуальних, творчих і фізичних здібностей, формування цінностей і необхідних для успішної самореалізації компетентностей (преамбула Закону України «Про освіту»), тобто результат, який ґрунтується на відповідному державному стандарті.

Так, згідно з ч. 1 ст. 32 Закону України «Про освіту» стандарт освіти визначає: вимоги до обов'язкових компетентностей та результатів навчання здобувача освіти відповідного рівня; загальний обсяг навчального навантаження здобувачів освіти; інші складники, передбачені спеціальними законами. Зважаючи на це, акредитація освітньої програми, у разі її відповідності державному стандарту, є додатковим засобом державного регулювання, особливо щодо освітніх програм, щодо яких передбачене зовнішнє незалежне оцінювання.

На жаль, стандарти вищої освіти містять досить узагальнені положення щодо компетентностей випускника. До прикладу звернемося до стандартів вищої освіти першого та другого рівнів за спеціальністю 081 «Право», затверджених наказами Міністерства освіти і науки України від 12.12.2018 № 1379 (бакалавр) та від 17.08.2020 № 1053 (магістр).

³⁰⁴ Федорченко Н. В. Зобов'язання з надання послуг у цивільному праві України: теоретико-правові засади : автореф. дис. ... док. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2015. С. 22–23.

Так, загальною компетентністю 11 бакалавра передбачено «Здатність реалізувати свої права і обов'язки як члена суспільства, усвідомлювати цінності громадянського (вільного демократичного) суспільства та необхідність його сталого розвитку, верховенства права, прав і свобод людини і громадянина в Україні», натомість спеціальною компетенцією 1 магістра – «Здатність застосовувати принципи верховенства права для розв'язання складних задач і проблем, у тому числі у ситуаціях правової невизначеності».

Іншим прикладом є порівняння результату навчання праворозуміння 18 (бакалавр) «Виявляти знання і розуміння основних сучасних правових доктрин, цінностей та принципів функціонування національної правової системи», а також спеціальної компетентності 5 (магістр) «Здатність використовувати сучасні правові доктрини та принципи у правотворчості та в процесі застосування інститутів публічного і приватного права, а також кримінальної юстиції».

Ці елементи державних стандартів мають ознаки широкого тлумачення та надають необмеженої дискреції органам, що здійснюють оцінку якості вищої освіти. Крім того, зміст Положення про акредитацію освітніх програм, за якими здійснюється підготовка здобувачів вищої освіти, затвердженого наказом Міністерства освіти і науки України від 11.07.2019 № 977, та Ліцензійних умов провадження освітньої діяльності, затверджених постановою Кабінету Міністрів України від 30.12.2015 № 1187 (в редакції постанови Кабінету Міністрів України від 24.03.2021 № 365), дублюють положення щодо кількісного та якісного компонентів провадження ліцензійної діяльності та фактично не акцентують своє регулювання на освітній послугі та якості освіти.

6.2. Учасники відносин із надання освітніх послуг

Законодавство про освіту оперує поняттям «категорії учасників освітнього процесу», до яких відносяться: здобувачі освіти; педагогічні, науково-педагогічні та наукові працівники; батьки здобувачів освіти; фізичні особи, які провадять освітню діяльність; інші особи, передбачені спеціальними законами та залучені до освітнього процесу у порядку, що встановлюється закладом освіти.

Примітним є те, що законодавством розмежовано освітній процес (*система науково-методичних і педагогічних заходів, спрямованих на розвиток особистості шляхом формування та застосування її компетентностей*) та освітню діяльність (*діяльність суб'єкта освітньої діяльності спрямована на організацію, забезпечення та реалізацію освітнього процесу у формальній та/або неформальній освіті*), що здійснено з метою деталізації регулювання. Наприклад, норма ч. 7 ст. 9 Закону України «Про освіту» сформована таким чином:

«Сімейна (домашня) форма здобуття освіти – це спосіб організації *освітнього процесу* дітей самостійно їхніми батьками для здобуття формальної (дошкільної, повної загальної середньої) та/або неформальної освіти. Відповідальність за здобуття освіти дітьми на рівні не нижче стандартів освіти несуть батьки. Оцінювання результатів навчання та присудження освітніх кваліфікацій здійснюються відповідно до законодавства».

Таким чином, батьки не є учасниками відносин освітньої діяльності, однак організують освітній процес. Особливості організації цього освітнього процесу врегульовано розділом III «Сімейна (домашня) форма здобуття освіти» Положення про індивідуальну форму здобуття загальної середньої освіти, затвердженого наказом Міністерства освіти і науки України від 12.01.2016 № 8 (у редакції наказу Міністерства освіти і науки України від 10.07.2019 № 955).

Аналіз цього наказу надає можливість виділити такі особливості: по-перше, *підставою* для організації здобуття освіти за сімейною (домашньою) формою є бажання батьків дитини віком до 18 років з урахуванням здібностей, інтересів, потреб, мотивації, можливостей і досвіду своїх дітей, для забезпечення їх індивідуального темпу здобуття освіти; із можливістю залучення на договірних засадах інших суб'єктів освітньої діяльності, у тому числі суб'єктів, які забезпечують здобуття неформальної освіти³⁰⁵;

по-друге, батьки обирають заклад освіти, в якому буде організовано здобуття освіти за сімейною (домашньою) формою; між

³⁰⁵ Звертаємо увагу, що законами України «Про освіту» та «Про повну загальну середню освіту» не визначено суб'єктів освітньої діяльності, тому, вочевидь, йдеться про заклади освіти.

закладом освіти і батьками (одним із них) може укладатися договір про надання освітніх послуг;

по-третє, здобувачі освіти за сімейною (домашньою) формою (крім тих, які навчаються за Державним стандартом початкової освіти) проходять оцінювання навчальних досягнень не рідше ніж 4 рази на рік, у тому числі підсумкове (семестрове/піврічне та річне), а також атестацію; якщо за результатами підсумкового оцінювання та/або атестації здобувачів освіти встановлено рівень їх навчальних досягнень не нижче середнього, вони можуть продовжувати навчання за сімейною (домашньою) формою (в іншому випадку вони можуть бути переведені на інституційну форму здобуття освіти відповідно до рішення педагогічної ради закладу освіти).

Отже, організація освітнього процесу неможлива без суб'єктів освітньої діяльності – закладів освіти. Відповідно до ч. 1 ст. 22 Закону України «Про освіту» цей статус отримує юридична особа, якщо основним видом її діяльності є освітня діяльність, а також фізична особа – підприємець або структурний підрозділ юридичної особи приватного чи публічного права, основним видом діяльності якого є освітня діяльність (тобто коли надходження на цей вид діяльності та/або від цього виду діяльності перевищують половину загальних надходжень).

Крім того, заклад освіти як суб'єкт господарювання може діяти в одному з таких статусів: бюджетна установа; неприбутковий заклад освіти; прибутковий заклад освіти (ч. 2 ст. 22 цього Закону). При цьому юридичні наслідки такого статусу законом не визначено, натомість встановлено, що заклади освіти всіх форм власності мають рівні права і обов'язки у провадженні освітньої діяльності відповідно до законодавства (ч. 7 ст. 22 цього Закону).

Межі освітніх послуг, які може надавати заклад освіти, в загальних рисах визначається його типом. Наприклад, типи закладів дошкільної освіти (ст. 12 Закону України «Про дошкільну освіту»):

– *заклад дошкільної освіти (ясла) для дітей віком від одного до трьох років*, де забезпечуються догляд за ними, а також їх розвиток і виховання відповідно до вимог Базового компонента дошкільної освіти;

– *заклад дошкільної освіти (ясла-садок) для дітей віком від одного до шести (семи) років*, де забезпечуються догляд за ними, розвиток, виховання і навчання відповідно до вимог Базового компонента дошкільної освіти;

– *заклад дошкільної освіти (дитячий садок) для дітей віком від трьох до шести (семи) років*, де забезпечуються їх розвиток, виховання і навчання відповідно до вимог Базового компонента дошкільної освіти;

– *заклад дошкільної освіти (ясла-садок) компенсуючого типу для дітей з особливими освітніми потребами віком від двох до семи (восьми) років* (спеціальні та санаторні);

– *будинки дитини – заклад дошкільної освіти системи охорони здоров'я для медико-соціального захисту дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування*, а також для дітей з фізичними та (або) інтелектуальними порушеннями від народження до трьох (для здорових дітей) та до чотирьох (для хворих дітей) років;

– *заклад дошкільної освіти (дитячий будинок) інтернатного типу* забезпечує розвиток, виховання, навчання та соціальну адаптацію дітей-сиріт і дітей, позбавлених батьківського піклування, дошкільного та шкільного віку, які перебувають у родинних стосунках та утримуються за рахунок держави;

– *заклад дошкільної освіти (ясла-садок) сімейного типу для дітей віком від двох місяців до шести (семи) років*, які перебувають в родинних стосунках і де забезпечуються їх догляд, розвиток, виховання і навчання відповідно до вимог Базового компонента дошкільної освіти;

– *заклад дошкільної освіти (ясла-садок) комбінованого типу для дітей віком від одного до шести (семи, восьми) років*, у складі якого можуть бути групи загального розвитку, компенсуючого типу, інклюзивні, сімейні, прогулянкові, в яких забезпечується дошкільна освіта з урахуванням стану здоров'я дітей, їх розумового, психологічного, фізичного розвитку;

– *заклад дошкільної освіти (центр розвитку дитини)*, в якому забезпечуються фізичний, розумовий і психологічний розвиток, корекція психологічного і фізичного розвитку, оздоровлення дітей, які відвідують інші навчальні заклади чи виховуються вдома.

Законом України «Про повну загальну середню освіту» встановлено такі типи закладів освіти (ст. 35): *початкова школа*, що забезпечує здобуття початкової освіти; *гімназія*, що забезпечує здобуття базової середньої освіти; *лицей*, що забезпечує здобуття профільної середньої освіти.

Стаття 31 Закону України «Про передвищу освіту» передбачає такі заклади фахової передвищої освіти таких типів:

1) *фаховий коледж* – заклад фахової передвищої освіти або структурний підрозділ закладу вищої освіти, іншої юридичної особи, що провадить освітню діяльність, пов'язану із здобуттям фахової передвищої освіти, може проводити дослідницьку та/або творчу мистецьку, та/або спортивну діяльність, забезпечувати поєднання теоретичного навчання з навчанням на робочих місцях;

2) *військовий коледж сержантського складу* – заклад фахової передвищої військової освіти або структурний підрозділ вищого військового навчального закладу, що провадить освітню діяльність, пов'язану із здобуттям фахової передвищої освіти, може проводити прикладні наукові дослідження, забезпечувати поєднання теоретичного навчання з практичною військовою підготовкою;

3) *фаховий коледж із специфічними умовами навчання* – заклад фахової передвищої освіти із специфічними умовами навчання або структурний підрозділ закладу вищої освіти із специфічними умовами навчання, що провадить освітню діяльність, пов'язану із здобуттям фахової передвищої освіти, може проводити прикладні наукові дослідження, забезпечувати поєднання теоретичного навчання з практичною підготовкою для потреб Міністерства внутрішніх справ України, Національної поліції України, інших центральних органів виконавчої влади, що реалізують державну політику у сферах охорони державного кордону, цивільного захисту, кримінально-виконавчої системи.

Згідно зі ст. 28 Закону України «Про вищу освіту» передбачено заклади вищої освіти таких типів:

1) *університет* – багатогалузевий (класичний, технічний) або галузевий (профільний, технологічний, педагогічний, фізичного виховання і спорту, гуманітарний, богословський/теологічний, медичний, економічний, юридичний, фармацевтичний, аграрний,

мистецький, культурологічний тощо) заклад вищої освіти, що провадить інноваційну освітню діяльність за різними ступенями вищої освіти (у тому числі доктора філософії), проводить фундаментальні та/або прикладні наукові дослідження, є провідним науковим і методичним центром, має розвинуту інфраструктуру навчальних, наукових і науково-виробничих підрозділів, сприяє поширенню наукових знань та провадить культурно-просвітницьку діяльність;

2) *академія, інститут* – галузевий (профільний, технологічний, технічний, педагогічний, богословський/теологічний, медичний, економічний, юридичний, фармацевтичний, аграрний, мистецький, культурологічний тощо) заклад вищої освіти, що провадить інноваційну освітню діяльність, пов'язану з наданням вищої освіти на першому і другому рівнях за однією чи кількома галузями знань, може здійснювати підготовку на третьому і вищому науковому рівнях вищої освіти за певними спеціальностями, проводить фундаментальні та/або прикладні наукові дослідження, є провідним науковим і методичним центром, має розвинуту інфраструктуру навчальних, наукових і науково-виробничих підрозділів, сприяє поширенню наукових знань та провадить культурно-просвітницьку діяльність;

3) *коледж* – заклад вищої освіти або структурний підрозділ університету, академії чи інституту, що провадить освітню діяльність, пов'язану із здобуттям ступеня бакалавра та/або молодшого бакалавра, проводить прикладні наукові дослідження та/або творчу мистецьку діяльність.

Загалом слід зауважити, що освітня діяльність служить механізмом соціального відтворення, соціальної мобільності, джерелом знань та двигуном об'єднання осіб та інституцій у велике суспільство, тому не може безпосередньо розглядатися як основне джерело комерційної вигоди, тому є об'єктом досліджень у неприбутковому («третьому») секторі³⁰⁶.

³⁰⁶ Arum R., Kerpins J. L. Education and the nonprofit sector. The Nonprofit Sector. A Research Handbook. 3-е вид. за ред.: Powell W. W., Bromley P. Stanford: Stanford University Press, 2020. С. 445.

Регулювання в межах «третього» сектору може здійснюватися опосередковано через встановлення відповідних норм щодо окремих видів діяльності. Так, до такої діяльності відносять культуру та рекреацію, освіту та дослідництво, здоров'я, соціальні послуги, охорону навколишнього середовища, розвиток житлового будівництва, захист права, філантропію, професійну діяльність³⁰⁷.

Дослідження громадянського суспільства, що проводяться John Hopkins University, здійснено у межах таких критеріїв як організаційність, самоврядність, нерозподілення прибутку та добровільність; а також відповідно до сфер їх діяльності, що мають ознаки неприбутковості, зокрема, культура, освіта та дослідження, охорона здоров'я, соціальні послуги, філантропія тощо³⁰⁸.

Деякі автори вважають, що заклад освіти є окремими організаційно-правовими формами. Так, під закладом О. І. Зозуляк розуміє юридичну особу (як публічного, так і приватного права), що створюється одним або кількома засновниками, які не беруть участь в управлінні ним, зобов'язані фінансувати діяльність закладу шляхом об'єднання майна для досягнення мети, що визначена засновниками в освітньо-науковій, історико-культурній та медичній сферах³⁰⁹. Виходячи з названого визначення, досить складно встановити юридичне значення окремих ознак, зокрема, який характер зобов'язання фінансувати діяльність закладу (договірний, статутний, законодавчий), а також яке цивільно-правове значення має деталізована мета діяльності закладу?

На нашу думку, використання терміна «заклад» здійснено з метою надання юридичній особі відповідного правового статусу (навчальний заклад, заклад охорони здоров'я, заклад ресторанного господарства) та не має ознак організаційно-правової форми.

³⁰⁷ Neuhoff K. Economic activities. Associations and foundations. Multilateral meeting organised by the Council of Europe. Strasbourg, 27–29 November 1996. Council of Europe Publishing. С. 48–49.

³⁰⁸ Salamon L. M., Sokolowski S. W., Anheier H. K. «Social Origins of Civil Society: An Overview.» Working Papers of the Johns Hopkins Comparative Nonprofit Sector Project, no. 38. Baltimore : The Johns Hopkins Center for Civil Society Studies, 2000. С. 2.

³⁰⁹ Зозуляк О. І. Непідприємницькі юридичні особи як суб'єкти цивільного права: теоретичні та практичні аспекти : монографія. Тернопіль : Підручники і посібники, 2017. С. 351.

Наприклад, комунальні наукові установи утворюються у формі комунальних підприємств (абзац 2 ч. 1 ст. 7 Закону України «Про наукові і науково-технічну діяльність») та у разі здійснення навчання здобувачів вищої освіти на третьому (освітньо-науковому) рівні вищої освіти є закладом освіти (пп. 1 п. 2 Ліцензійних умов провадження освітньої діяльності закладів освіти, затверджених постановою Кабінету Міністрів України від 30 грудня 2015 р. № 1187). Отже, дійсно є термінологічна проблема, а не проблема існування нових видів організаційно-правових форм. Доречно також акцентувати увагу, що заклад і установа не є тотожними поняттями, оскільки установа – є однією із організаційно-правових форм непідприємницьких організацій, а заклад – умовне позначення³¹⁰.

Н. О. Давидова, визначаючи ознаки вищого навчального закладу як юридичної особи, пропонує уточнити, що університет має спеціальні ознаки, характерні тільки для навчальних закладів: є непідприємницькою юридичною особою зі спеціальною цивільною правоздатністю; основна мета діяльності – надання нематеріальних освітніх послуг, проведення фундаментальних наукових досліджень; наявність особливого установчого документа – статуту; немає членства в установі; між засновниками не виникає корпоративних відносин; особливий порядок фінансування засновником і передачі майна при створенні установи; специфіка процедури зміни цілей діяльності установи³¹¹.

Такий підхід продиктований законодавчим визначенням закладу вищої освіти як окремого виду установи (п. 7 ч. 1 ст. 1 Закон України «Про вищу освіту»), внаслідок чого можна встановити мету закладу вищої освіти, однак не організаційно-правову форму, зважаючи на положення ст. 27 цього Закону, яким *заклад вищої освіти як суб'єкт господарювання* може діяти в одному із таких *статусів*: бюджетна установа; неприбутковий заклад вищої освіти;

³¹⁰ Спасибо-Фатєєва І. В., Борисова В. І., Печений О. П. та ін. Правове регулювання некомерційних організацій в Україні : монографія. за ред.: Спасибо-Фатєєвої І. В. Харків : Право, 2013. С. 319.

³¹¹ Давидова Н. О. Проблеми цивільно-правового регулювання відносин у сфері освіти в Україні і США : дис. ... док. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2017. С. 32.

прибутковий заклад вищої освіти. Отже, формування описаної законодавчої моделі здійснювалося у повному ігноруванні положень як цивільного, так і господарського законодавства.

Переходячи до характеристики безпосередньо учасників освітнього процесу, зауважимо, що першою засадою державної політики в освітній сфері є людиноцентризм (ст. 6 Закону України «Про освіту»). Звертаємо увагу, що різноманітні освітні послуги спрямовуються для досягнення різних потреб осіб. Так, Г. О. Резнік вважає, що «необхідно знайти розумну межу, щоб, з одного боку, не вдаватися до безвідповідальності у питаннях, пов'язаних із забезпеченням права на освіту дітей з особливими потребами, а з іншого – захистити інтереси дітей і не обмежувати можливість реалізації дітьми з обмеженими можливостями свого законного права на освіту»³¹².

Загальною нормою Закону України «Про освіту» встановлені такі права здобувачів освіти (ст. 53), які як безпосередньо, так і опосередковано пов'язані із освітніми послугами:

- навчання впродовж життя та академічна мобільність;
- індивідуальна освітня траєкторія, що реалізується, зокрема, через вільний вибір видів, форм і темпу здобуття освіти, закладів освіти і запропонованих ними освітніх програм, навчальних дисциплін та рівня їх складності, методів і засобів навчання;
- якісні освітні послуги;
- справедливе та об'єктивне оцінювання результатів навчання;
- відзначення успіхів у своїй діяльності;
- свобода творчої, спортивної, оздоровчої, культурної, просвітницької, наукової і науково-технічної діяльності тощо;
- безпечні та нешкідливі умови навчання, утримання і праці;
- повага людської гідності;
- захист під час освітнього процесу від приниження честі та гідності, будь-яких форм насильства та експлуатації, булінгу (цькування), дискримінації за будь-якою ознакою, пропаганди та агітації, що завдають шкоди здоров'ю здобувача освіти;

³¹² Резнік Г. О. Особливості реалізації права на освіту дітьми з особливими потребами. *Ius Privatum* (legal doctrine and practice / правова доктрина і практика). URL: <https://bit.ly/36niVPe> (дата звернення: 15.08.2021). С. 65.

– отримання соціальних та психолого-педагогічних послуг як особа, яка постраждала від булінгу (цькування), стала його свідком або вчинила булінг (цькування);

– користування бібліотекою, навчальною, науковою, виробничою, культурною, спортивною, побутовою, оздоровчою інфраструктурою закладу освіти та послугами його структурних підрозділів у порядку, встановленому закладом освіти відповідно до спеціальних законів;

– доступ до інформаційних ресурсів і комунікацій, що використовуються в освітньому процесі та науковій діяльності;

– забезпечення стипендіями у порядку, встановленому Кабінетом Міністрів України;

– трудова діяльність у позанавчальний час;

– збереження місця навчання на період проходження строкової військової служби, військової служби за призовом під час мобілізації, на особливий період, військової служби за призовом осіб із числа резервістів в особливий період;

– особиста або через своїх законних представників участь у громадському самоврядуванні та управлінні закладом освіти;

– інші необхідні умови для здобуття освіти, у тому числі для осіб з особливими освітніми потребами та із соціально незахищених верств населення.

Крім того, здобувачі освіти зобов'язані:

– виконувати вимоги освітньої програми (індивідуального навчального плану за його наявності), дотримуючись принципу академічної доброчесності, та досягти результатів навчання, передбачених стандартом освіти для відповідного рівня освіти;

– поважати гідність, права, свободи та законні інтереси всіх учасників освітнього процесу, дотримуватися етичних норм;

– відповідально та дбайливо ставитися до власного здоров'я, здоров'я оточуючих, довкілля;

– дотримуватися установчих документів, правил внутрішнього розпорядку закладу освіти, а також умов договору про надання освітніх послуг (за його наявності);

– повідомляти керівництво закладу освіти про факти булінгу (цькування) стосовно здобувачів освіти, педагогічних, науково-педагогічних, наукових працівників, інших осіб, які залучаються

до освітнього процесу, свідком яких вони були особисто або про які отримали достовірну інформацію від інших осіб.

Як вже було акцентовано вище, організація освітнього процесу виходить за межі системи відносин «виконавець послуг – замовник послуг», тому законодавством встановлено права та обов'язки педагогічних, науково-педагогічних і наукових працівників, інших осіб, які залучаються до освітнього процесу (ст. 54 Закону України «Про освіту»).

Так, педагогічні, науково-педагогічні та наукові працівники мають право на:

- академічну свободу, включаючи свободу викладання, свободу від втручання в педагогічну, науково-педагогічну та наукову діяльність, вільний вибір форм, методів і засобів навчання, що відповідають освітній програмі;
- педагогічну ініціативу;
- розроблення та впровадження авторських навчальних програм, проектів, освітніх методик і технологій, методів і засобів, насамперед методик компетентнісного навчання;
- користування бібліотекою, навчальною, науковою, виробничою, культурною, спортивною, побутовою, оздоровчою інфраструктурою закладу освіти та послугами його структурних підрозділів у порядку, встановленому закладом освіти відповідно до спеціальних законів;
- підвищення кваліфікації, перепідготовку;
- вільний вибір освітніх програм, форм навчання, закладів освіти, установ і організацій, інших суб'єктів освітньої діяльності, що здійснюють підвищення кваліфікації та перепідготовку педагогічних працівників;
- доступ до інформаційних ресурсів і комунікацій, що використовуються в освітньому процесі та науковій діяльності;
- відзначення успіхів у своїй професійній діяльності;
- справедливе та об'єктивне оцінювання своєї професійної діяльності;
- захист професійної честі та гідності;
- індивідуальну освітню (наукову, творчу, мистецьку та іншу) діяльність за межами закладу освіти;

– творчу відпустку строком до одного року не більше одного разу на 10 років із зарахуванням до стажу роботи;

– забезпечення житлом у першочерговому порядку, пільгові кредити для індивідуального і кооперативного будівництва;

– забезпечення службовим житлом з усіма комунальними зручностями у порядку, передбаченому законодавством;

– безпечні і нешкідливі умови праці;

– подовжену оплачувану відпустку;

– участь у громадському самоврядуванні закладу освіти;

– участь у роботі колегіальних органів управління закладу освіти;

– захист під час освітнього процесу від будь-яких форм насильства та експлуатації, у тому числі булінгу (цькування), дискримінації за будь-якою ознакою, від пропаганди та агітації, що завдають шкоди здоров'ю.

Педагогічні, науково-педагогічні та наукові працівники зобов'язані:

– постійно підвищувати свій професійний і загальнокультурний рівні та педагогічну майстерність;

– виконувати освітню програму для досягнення здобувачами освіти передбачених нею результатів навчання;

– сприяти розвитку здібностей здобувачів освіти, формуванню навичок здорового способу життя, дбати про їхнє фізичне і психічне здоров'я;

– дотримуватися академічної доброчесності та забезпечувати її дотримання здобувачами освіти в освітньому процесі та науковій діяльності;

– дотримуватися педагогічної етики;

– поважати гідність, права, свободи і законні інтереси всіх учасників освітнього процесу;

– настановленням і особистим прикладом утверджувати повагу до суспільної моралі та суспільних цінностей, зокрема правди, справедливості, патріотизму, гуманізму, толерантності, працелюбства;

– формувати у здобувачів освіти усвідомлення необхідності додержуватися Конституції та законів України, захищати суверенітет і територіальну цілісність України;

– виховувати у здобувачів освіти повагу до державної мови та державних символів України, національних, історичних, культурних цінностей України, дбайливе ставлення до історико-культурного надбання України та навколишнього природного середовища;

– формувати у здобувачів освіти прагнення до взаєморозуміння, миру, злагоди між усіма народами, етнічними, національними, релігійними групами;

– захищати здобувачів освіти під час освітнього процесу від будь-яких форм фізичного та психологічного насильства, приниження честі та гідності, дискримінації за будь-якою ознакою, пропаганди та агітації, що завдають шкоди здоров'ю здобувача освіти, запобігати вживанню ними та іншими особами на території закладів освіти алкогольних напоїв, наркотичних засобів, іншим шкідливим звичкам;

– додержуватися установчих документів та правил внутрішнього розпорядку закладу освіти, виконувати свої посадові обов'язки;

– повідомляти керівництво закладу освіти про факти булінгу (цькування) стосовно здобувачів освіти, педагогічних, науково-педагогічних, наукових працівників, інших осіб, які залучаються до освітнього процесу, свідком якого вони були особисто або інформацію про які отримали від інших осіб, вживати невідкладних заходів для припинення булінгу (цькування).

Крім того, ст. 55 Закону України «Про освіту» окремо встановлює права та обов'язки батьків здобувачів освіти. В межах цього дослідження слід звернутися лише до окремих з них, зокрема, це право:

– обирати заклад освіти, освітню програму, вид і форму здобуття дітьми відповідної освіти;

– брати участь у громадському самоврядуванні закладу освіти, зокрема обирати і бути обраними до органів громадського самоврядування закладу освіти;

– завчасно отримувати інформацію про всі заплановані у закладі освіти та позапланові педагогічні, психологічні, медичні, соціологічні заходи, дослідження, обстеження, педагогічні експерименти та надавати згоду на участь у них дитини;

– брати участь у розробленні індивідуальної програми розвитку дитини та/або індивідуального навчального плану;

– отримувати інформацію про діяльність закладу освіти, у тому числі щодо надання соціальних та психолого-педагогічних послуг особам, які постраждали від булінгу (цькування), стали його свідками або вчинили булінг (цькування), про результати навчання своїх дітей (дітей, законними представниками яких вони є) і результати оцінювання якості освіти у закладі освіти та його освітньої діяльності.

6.3. Договірні форми регулювання відносин із надання освітніх послуг

Законом України «Про освіту» договірною формою відносин застосовується як додатковий спосіб організації відносин із надання освітніх послуг. Так, законами України «Про дошкільну освіту» та «Про повну загальну середню освіту» не передбачено можливість укладення договорів з надання освітніх (чи інших) послуг. У свою чергу, закони України «Про фахову передвищу освіту» та «Про вищу освіту» містять відповідні положення щодо договірних відносин.

Згідно з ч. 14 ст. 43 Закону України «Про фахову передвищу освіту» підставою для зарахування особи на навчання є виконання вимог Умов прийому на навчання до закладів фахової передвищої освіти, правил прийому та укладення договору про надання освітніх послуг між закладом фахової передвищої освіти та вступником (за участю батьків або законних представників – для неповнолітніх вступників), в якому можуть бути деталізовані права та обов'язки сторін відповідно до типової форми, що затверджується Кабінетом Міністрів України (зокрема, постановою Кабінету Міністрів України від 19.08.2020 р. № 736).

Так, відповідно до типової форми договору заклад бере на себе зобов'язання: зарахувати вступника на навчання на відповідний курс після виконання вимог умов прийому на навчання для здобуття фахової передвищої освіти, правил прийому та укладення договору; здійснити підготовку вступника за відповідною формою

здобуття освіти за відповідною освітньо-професійною програмою за відповідною спеціальністю для здобуття освітньо-професійного ступеня фахового молодшого бакалавра; забезпечити створення належних умов для дотримання правил і норм охорони праці, техніки безпеки і виробничої санітарії відповідно до законодавства.

Відповідно до цього договору заклад зобов'язаний:

1) створити умови для ознайомлення вступника та законного представника з ліцензією на провадження освітньої діяльності, сертифікатами про акредитацію, правилами прийому, відомостями про обсяг прийому за кожною освітньо-професійною програмою, спеціальністю, кількістю місць, виділених для вступу на пільгових умовах³¹³;

2) здійснювати навчання здобувача на рівні стандартів фахової передвищої освіти відповідно до ліцензійних умов провадження освітньої діяльності та інших вимог законодавства;

3) оприлюднювати на офіційному веб-сайті закладу, інформаційних стендах та в будь-який інший спосіб інформацію про реалізацію своїх прав і виконання зобов'язань та необхідність дотримання здобувачем вимог законодавства, статуту та правил внутрішнього розпорядку закладу;

4) видати здобувачу диплом фахового молодшого бакалавра за умови виконання ним освітньо-професійної програми в обсязі, необхідному для здобуття освітньо-професійного ступеня фахової передвищої освіти.

Крім того, заклад має право:

1) вимагати від здобувача виконання освітньо-професійної програми;

2) прийняти рішення про викладання однієї або кількох дисциплін двома чи більше мовами – державною мовою, англійською мовою, іншими офіційними мовами Європейського Союзу, забезпечуючи при цьому здатність здобувачів фахової передвищої освіти продемонструвати результати навчання відповідної дисципліни державною мовою;

3) встановлювати форми організації освітнього процесу та види навчальних занять;

4) надавати здобувачу додаткові освітні послуги та інші послуги відповідно до законодавства на підставі окремих договорів.

Здобувач зобов'язаний:

1) дотримуватися вимог законодавства, установчих документів, правил внутрішнього розпорядку та кодексу академічної доброчесності закладу;

2) виконувати вимоги освітньо-професійної програми, індивідуальний навчальний план та досягати визначених освітньо-професійною програмою результатів навчання;

3) виконувати вимоги щодо охорони праці, техніки безпеки та безпеки життєдіяльності, виробничої санітарії, протипожежної безпеки, передбачені відповідними правилами та інструкціями;

4) дбайливо ставитися до майна закладу;

5) у разі зміни персональних даних інформувати про це заклад.

Законний представник має право вимагати:

1) навчання здобувача на рівні стандартів фахової передвищої освіти та відповідно до ліцензійних умов провадження освітньої діяльності;

2) забезпечення дотримання своїх прав, а також прав здобувача;

3) оприлюднення на офіційному веб-сайті закладу, інформаційних стендах та в будь-який інший спосіб інформації про реалізацію своїх прав і виконання зобов'язань та необхідність дотримання здобувачем вимог законодавства, установчих документів та правил внутрішнього розпорядку закладу.

У будь-якому випадку типова форма договору передбачає порядок фінансування навчання, зокрема, за рахунок видатків державного бюджету (державне замовлення) або місцевого бюджету (регіональне замовлення), або коштів фізичних та/або юридичних осіб (на умовах договору, укладеного між закладом та фізичною та/або юридичною особою, яка замовляє платню освітню послугу), або цільових пільгових державних кредитів, або ваучерів)

Аналогічна норма щодо укладення договору передбачена ч. 16 ст. 44 Закону України «Про вищу освіту», а відповідна типова

³¹³ Це положення виглядає дещо дивно, адже стосується переддоговірних умов.

форма договору про навчання у закладі вищої освіти затверджена постановою Кабінету Міністрів України від 19.08.2020 № 735.

Окремо слід лише звернути увагу, що на відміну від Закону України «Про фахову передвищу освіту» абз. 4 ч. 1 ст. 4 Закону України «Про вищу освіту» встановлено, що громадяни України, які не завершили навчання за кошти державного або місцевого бюджету за певним ступенем освіти, мають право повторно безоплатно здобувати вищу освіту в державних і комунальних закладах вищої освіти за тим самим ступенем освіти, за умови відшкодування до державного або місцевого бюджету коштів, витрачених на оплату послуг з підготовки фахівців, у порядку, встановленому Кабінетом Міністрів України.

Відповідний Порядок відшкодування коштів державного або місцевого бюджету, витрачених на оплату послуг з підготовки фахівців, затверджено постановою Кабінету Міністрів України від 26.08.2015 № 658. Щодо цієї особливості слід наголосити, що наразі змінено підхід до відшкодування вартості навчання, а саме, йдеться про можливість відшкодування у разі продовження здобуття безоплатної освіти. Натомість абз. 3 п. 22 Положення про підготовку науково-педагогічних і наукових кадрів затверджено постановою Кабінету Міністрів України від 01.03.1999 № 309 (втратило чинність): «Аспірант або докторант, який був зарахований до аспірантури або докторантури за державним замовленням і відрахований через зазначені причини, відшкодовує вартість навчання згідно із законодавством України».

Насамкінець слід звернути увагу на права та обов'язках випускників щодо працевлаштування після закінчення навчання. Так, ст. 64 Закону України «Про вищу освіту» встановлює, що випускники закладів вищої освіти вільні у виборі місця роботи, крім випадків, передбачених цим Законом; а заклади вищої освіти не зобов'язані здійснювати працевлаштування випускників.

Йдеться про особливості працевлаштування випускників вищих військових навчальних закладів (закладів вищої освіти із специфічними умовами навчання), військових інститутів як підрозділів закладів вищої освіти з числа військовослужбовців (осіб начальницького складу), які направляються для подальшого проходження

служби відповідно до законодавства (ч. 3 ст. 64); а також випускників вищих медичних і педагогічних навчальних закладів, які уклали угоду про відпрацювання не менше трьох років у сільській місцевості або селищах міського типу і, відповідно, держава забезпечує безоплатне користування житлом з опаленням і освітленням у межах встановлених норм.

Висновки

2014–2019 роки стали новим етапом формування законодавства про освіту, що спричинило зміну правового статусу навчальних закладів, встановлення ліцензійних умов до здійснення освітньої діяльності, встановлення нових форм регулювання відносин. Цивільно-правовий аналіз законодавства та практики в освітній сфері свідчить про поступовий перехід до договірних форм регулювання відносин з надання освітніх послуг. Разом з тим свобода договору у цій сфері обмежується державними стандартами, ліцензійними умовами та вимогами, які висуваються до педагогічних, науково-педагогічних та наукових працівників.

Обов'язки держави щодо формування системи освіти, визначення її якості та складових все ще мають публічно-правовий характер. Крім того, певна «класичність» у розумінні результату освітніх послуг, наявність окремих регульованих професій, а також певна правова невизначеність у повноваженнях органів державної влади уповільнює бажані зміни. З іншого боку, саме приватноправові засади у фінансуванні навчання за рахунок коштів бюджету надає можливість створювати конкуренцію між публічними та приватними закладами освіти. Однак потребують удосконалення договірні форми надання освітніх послуг на рівні дошкільної та середньої освіти.

Складність відносин у сфері освіти спричиняє формування комплексних правових зв'язків у системі координат «навчальний заклад – здобувач освіти – педагогічні, науково-педагогічні та наукові працівники – батьки здобувачів освіти», що виходить за межі «класичної» послуги. На підставі цього важко виділити окреме цивільно-правове регулювання відносин з надання освітніх послуг, а договірна форма надає змогу лише розширити права та обов'язки учасників освітнього процесу.

РОЗДІЛ 7. ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН ІЗ НАДАННЯ ІНФОРМАЦІЙНИХ ПОСЛУГ

7.1. Загальні положення про інформацію та інформаційні послуги

Інформація є проникаючим у всі сфери життєдіяльності поняттям, що стало ще більш помітним та важливим в умовах віртуалізації суспільства. Сучасний стан постіндустріального розвитку важко собі уявити без розвитку інноваційних технологій та сфери надання інформаційних послуг. Суспільство XXI століття характеризується як інформаційне суспільство, тобто суспільство, яке засноване на інформації, де інформація, знання та технологічні системи, які детермінують інформаційну революцію, виступають основними³¹⁴. Динамічний розвиток інформаційної сфери, збільшення ролі і значення інформації як необхідної умови життєдіяльності людини в епоху інформаційного суспільства зумовлює потребу дослідження цивільно-правового регулювання цих відносин. Цивільне право не може стояти осторонь від цих процесів і здійснює активний вплив на регулювання суспільних відносин із збереження, обробки, надання, отримання та поширення інформації. Важливим є визначення напрямів цивільно-правового регулювання відносин у сфері надання інформаційних послуг у контексті оновлення цивільного законодавства України. Інформаційні послуги можуть надаватися в рамках консультування з податкового, бухгалтерського обліку, з працевлаштування, професійної орієнтації, юридичних питань діяльності і т. д. Поширені на практиці договори з надання консультаційних (консалтингових) послуг, аудиторських послуг, маркетингових послуг, договори про проведення інформаційних, у тому числі

³¹⁴ Політанський В. С. Поняття інформаційного суспільства: теоретико-правовий підхід. *Вісник Національної академії правових наук України*. 2017. № 1 (88). С. 84 (77–86).

патентних пошуків, проведення наукових досліджень обов'язково містять в собі такий елемент як надання інформаційних послуг. Майже неможливо віднайти цивільно-правовий договір, в якому не було б елемента надання інформаційних послуг. Навіть договори про надання готельних, фінансових, бухгалтерських, освітніх, аудиторських, рекламних, правових, детективних послуг, послуг сурогатного материнства, послуг із забезпеченням реєстрації юридичних осіб неминуче включають права та обов'язки контрагентів з інформаційних послуг. Наприклад, змістом послуг з набуття того чи іншого рівня освіти є дії закладу освіти з передання (поширення) інформації, яка відповідає вимогам (стандартам), встановленим законодавством.

Спеціальні наукові дослідження, що стосувалися цивільно-правового регулювання відносин з надання інформаційних послуг, здійснили такі українські та іноземні вчені як: В. І. Борисова³¹⁵, Ю. П. Бурило³¹⁶, Б. М. Гоголь³¹⁷, О. В. Кохановська³¹⁸, А. О. Козинець³¹⁹, О. О. Кулініч³²⁰, В. В. Нахратов³²¹, О. В. Сібільова³²²,

³¹⁵ Борисова В. І. Окремі проблеми надання інформаційних послуг. *Безпекове інноваційне суспільство: взаємодія у сфері правової освіти та правового виховання* : матеріали міжнар. інтернет-конф., 25 травня 2016 р. / Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого, НДІ прав. забезп. інновац. розвитку Нац. акад. прав. наук України, Наук. б-ка. Харків, 2016. С. 22–24. URL: <http://dspace.nlu.edu.ua/handle/123456789/10819> (дата звернення: 01.11.2021).

³¹⁶ Бурило Ю. П. Договірне регулювання робіт і послуг в інформаційній сфері господарювання. *Правова інформатика*. № 3(39). 2013. С. 60–68.

³¹⁷ Гоголь Б.М. Право на інформацію в цивільному праві України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2010. 16 с.

³¹⁸ Кохановська О. В. Теоретичні проблеми інформаційних відносин у цивільному праві: Монографія. Київ: Видавничо-поліграфічний центр «Київський університет». 2006. 463 с.

³¹⁹ Козинець А. О. Цивільно-правове регулювання зобов'язальних інформаційних відносин : монографія. Київ. Алерта, 2016. 582 с. Козинець А. О. Цивільно-правове регулювання зобов'язальних інформаційних відносин: методологія, теорія, практика : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2017. 32 с.

³²⁰ Кулініч О. О. Інформація з обмеженим доступом як об'єкт цивільних прав : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Одеса, 2006. 200 с.

³²¹ Нахратов В. В. Обязательство по оказанию информационных услуг : дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Москва, 2009. 215 с.

³²² Сібільова О. В. Договори в сфері надання інформаційних послуг : дис. ... докт. філос. наук (Спеціальність 081 «Право»). Харків, 2020. 254 с.

Н. В. Федорченко³²³, Г. Ю. Шаркова³²⁴, І. Р. Шишка³²⁵. Крім того договірні відносини в інформаційній сфері та інтелектуальній власності досліджувалися у працях О. В. Голіної³²⁶, О. П. Орлюк³²⁷, О. А. Підпригора³²⁸, Є. О. Харитонова³²⁹, О. І. Харитонової³³⁰ та інших науковців.

Слово «інформація» у різних відмінках 123 рази трапляється у чинній редакції ЦК України³³¹. На першому місці за значимістю стоїть ст. 177 ЦК України, яка відносить інформацію до об'єктів цивільних прав поряд з речами, грошима, цінними паперами, майном, майновими правами, результатами робіт, послуг, результатами інтелектуальної творчої діяльності та іншими матеріальними і нематеріальними благами. Процес рекодифікації ЦК України торкнувся також питання інформації як об'єкта цивільних прав. На думку авторського колективу Концепції оновлення ЦК України, положення ЦК щодо об'єктів цивільних прав слід розширити, зважаючи на розвиток цивільного обороту та появу в ньому

³²³ Федорченко Н. В. Зобов'язання з надання послуг у цивільному праві України: теоретико-правові засади : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2015. 443 с.

³²⁴ Шаркова Г. Ю. Договір консалтингу : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2011. 20 с.

³²⁵ Шишка І. Р. Договір на маркетингові дослідження: втореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2010. 18 с.

³²⁶ Голіна О. В. Господарсько-правова інституціалізація договорів про надання послуг : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.04. Харків, 2016. С. 140–142.

³²⁷ Орлюк О. П. Право інтелектуальної власності. Акад. курс : підруч. для студ. вищих навч. закладів / О. П. Орлюк, Г. О. Андрощук, О. Б. Бутнік-Сіверський та ін.; за ред. О. П. Орлюк, О. Д. Святоцького. Київ: Видавничий Дім «Ін Юре», 2007. 696 с.; Орлюк О. П. Захист прав інтелектуальної власності в контексті європейської інтеграції. *Вісник Національної академії правових наук України*. 2016. № 3. С. 58–74.

³²⁸ Підпригора О. А. Проблеми правового регулювання інтелектуальної власності за законодавством України : автореф. ... докт. юрид. наук : 12.00.03. Харків, 1999. 34 с.

³²⁹ Харитонов Є. О., Старцев О. В. Цивільне право України : підручник. Вид. 2, перероб. і доп. Київ : Істина, 2007. 816 с.

³³⁰ Харитонова О. І. Правовідносини інтелектуальної власності, що виникають внаслідок створення результатів творчої діяльності : монографія. Одеса : Фенікс, 2011. 346 с.; Харитонов С., Харитонова О. Цивілістичні категорії доби інформаційного суспільства у національній доктрині приватного права: правовідносини. *Право України*, 2019. № 1. С. 136–153.

³³¹ Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 40-44. Ст. 356.

невдомих на момент створення ЦК об'єктів. Передусім йдеться про такі об'єкти: інформаційні продукти, інформаційні ресурси, інформаційні системи тощо; об'єкти прав, що створюються та знаходяться у мережі «Інтернет»; криптовалюта; персональні дані, інформація про особу; автономні роботи, штучний інтелект, цифровий контент тощо³³². Як видно із наведеного переліку нових об'єктів, всі вони стосуються того чи іншого аспекту інформації, що ще раз свідчить про дедалі проникливіший характер цього поняття.

Інформації присвячено окрему ст. 200 ЦК України «Інформація», яка була трансформована впродовж існування кодексу. Частина 1 ст. 200 ЦК України в редакції на дату набрання чинності ЦК України (на 01.01.2004 р.) передбачала, що інформацією є документовані або публічно оголошені відомості про події та явища, що мали або мають місце у суспільстві, державі та навколишньому середовищі. Законом України від 13.02.2011 року були внесені зміни до цієї норми, згідно з діючою редакцією статті інформацією є будь-які відомості та/або дані, які можуть бути збережені на матеріальних носіях або відображені в електронному вигляді. Порівнюючи попередню та поточну редакцію норми, видно, що єдиною спільною ознакою є прив'язка поняття інформації до відомостей. Необхідність внесення вказаних змін була зумовлена стрімким розвитком ІТ-технологій, сучасними умовами «цифровізації» економіки, зменшенням кількості документованих відомостей про події та явища у порівнянні зі зберіганням відомостей та/або даних в електронній формі. Все це засвідчувало необхідність внесення змін до нормативно-правових актів, що містять легальне визначення інформації, яке б відповідало потребам сьогодення і відображало напрям цифровізації сучасного життя суспільства.

Якщо проаналізувати Книгу п'яту ЦК України «Зобов'язальне право», то про інформацію прямо зазначається в таких статтях як ст. 700 (надання покупцеві інформації про товар), ст. 868 (надання замовникові в договорі побутового підряду інформації про роботу), ст. 898 (замовник за договором на виконання науково-дослідних

³³² Концепція оновлення Цивільного кодексу України. Київ : Видавничий дім «АртЕк». 2020. С. 10.

або дослідно-конструкторських та технологічних робіт зобов'язаний передати виконавцеві необхідну для виконання робіт інформацію), ст. 911 (пасажир має право отримувати повну та своєчасну інформацію про час та місце відправлення транспортного засобу за вказаним у транспортному документі (квитку) маршрутом), ст. 933 (документи та інша інформація, що надаються експедиторові при транспортному експедируванні) та багатьох інших. З наведених прикладів видно, що інформація має всеохоплюючий характер, проникає у всі договірні правовідносини і являє собою обов'язковий елемент будь-яких правових конструкцій. У переважній більшості цивільно-правових договорів обов'язок повідомити певну інформацію виникає в силу прямої вказівки закону або положення договору та супроводжує основне зобов'язання по передачі товару, наданні послуги чи виконання роботи. Зазначені договори не належать до інформаційних договірних зобов'язань, оскільки за своїм змістом не передбачають надання чи передання майнових прав на інформацію або утримання від вчинення дій щодо надання чи передання таких прав іншим особам³³³. Поняття інформаційних послуг є ширшим і виходить за межі суто інформаційних зобов'язань в наведеному вище розумінні. Інформація та інформаційні послуги супроводжують майже будь-які цивільно-правові відносини (договірної та позадоговірної характеру), а також публічно-правові відносини.

Нормативно-правовою основою даного дослідження є глава 63 ЦК «Послуги. Загальні положення», що поширюється на всі (як поійменовані, так і непоійменовані) відносини з надання послуг, до яких належить широкий спектр відносин, зокрема, послуги зв'язку, медичні, ветеринарні, аудиторські, консультаційні, інформаційні послуги, послуги, з навчання, туристичного обслуговування тощо. До спеціальних нормативно-правових актів, які регулюють саме надання інформаційних послуг належать Закон України «Про телекомунікації» від 18 листопада 2003 року³³⁴, Закон України

³³³ Кодинець А.О. Цивільно-правове регулювання зобов'язальних інформаційних відносин : монографія. Київ : Алерта, 2016. С. 249.

³³⁴ Про телекомунікації : Закон України. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 12. Ст. 155.

«Про інформацію» в редакції від 13 січня 2011 року³³⁵, Закон України «Про науково-технічну інформацію» від 25 червня 1993 року³³⁶, Закон України «Про наукову і науково-технічну експертизу» від 10 лютого 1995 року³³⁷.

Має місце термінологічне різноманіття назв договорів, що тією чи іншою мірою стосуються інформації: договори у сфері створення та набуття прав на інформацію, договори щодо надання чи передачі інформаційних прав, договори про передачу прав на інформацію. У межах цивілістичної науки договір про створення інформації та надання інформаційних прав контрагенту отримав узагальнюючу назву договір про надання інформаційних послуг. Окремими його різновидами є договори консалтингу, договір про проведення маркетингових досліджень, договір про проведення інформаційних пошуків та патентних пошуків тощо³³⁸.

Стаття 41 Закону України від 02.10.1992 р. «Про інформацію»³³⁹ в первинній редакції містила визначення інформаційної послуги. Інформаційна послуга – це здійснення у визначеній законом формі інформаційної діяльності по доведенню інформаційної продукції до споживачів з метою задоволення їх інформаційних потреб. Чинна редакція Закону від 13.01.2011 р. дає схоже визначення: інформаційною послугою є діяльність з надання інформаційної продукції споживачам з метою задоволення їхніх потреб.

Для цивільного законодавства, що регулює відносини в сфері надання послуг, характерним є те, що суб'єкти таких відносин мають широку автономію волі, свободу в укладенні договорів, відсутність підпорядкованості між учасниками, сторони є рівноправними, вільними у виборі контрагента, а звідси й потреба

³³⁵ Про інформацію : Закон України в редакції від 13 січня 2011 року. *Відомості Верховної Ради України*. 2011. № 32. Ст. 313.

³³⁶ Про науково-технічну інформацію : Закон України. *Відомості Верховної Ради України*. 1993. № 33. Ст. 345.

³³⁷ Про наукову і науково-технічну експертизу : Закон України від 10 лютого 1995 року. *Відомості Верховної Ради України*. 1995. № 9. Ст. 56.

³³⁸ Кодинець А. О. Цивільно-правове регулювання зобов'язальних інформаційних відносин : монографія. Київ : Алерта, 2016. С. 322.

³³⁹ Про інформацію : Закон України від 02.10.1992 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 48. Ст. 650.

у закріпленні правових норм диспозитивного характеру. Водночас задля захисту інтересів споживача послуги, який часто є слабшою стороною договору, законодавець як у самому ЦК України, так і у інших спеціальних нормативно-правових актах (закони України «Про захист прав споживачів», «Про туризм», «Про житлово-комунальні послуги» тощо), досить широко формулює обмеження принципу свободи договору. Насамперед це виявляється в закріпленні конструкції публічного договору в ст. 633 ЦК України та публічної оферти, приклади яких наводяться нижче.

До юридичних ознак договору з надання інформаційних послуг слід віднести: двосторонній, консенсуальний, оплатний чи безоплатний. До істотних умов цивільно-правового договору належить предмет договору. Слід погодитися з Н. В. Федорченко, яка вважає недоцільним закріплення на законодавчому рівні розширеного переліку істотних умов договорів про надання послуг, оскільки відсутність у договорі хоча б однієї з них вестиме до визнання договору неукладеним³⁴⁰. Іноді до істотних умов договору також відносять ціну. Якщо говорити про вартісну оцінку інформації, то слід використовувати термін «цінність», а не «ціна», оскільки одна й та ж інформація може мати різну цінність для різних користувачів, що має свій прояв у наданні професійних консультацій юристами, лікарями, психологами, маркетологами, турагентами, блогерами тощо. Певні відомості та дані, що складають професійні знання, мають різну цінність для різних користувачів, навіть у професійному середовищі залежно від рівня обізнаності і кваліфікації споживача цієї інформації.

На думку О. В. Сібільової, договір про надання інформаційних послуг – це домовленість сторін, за якою одна сторона (виконавець) зобов'язується за завданням другої сторони (замовника (користувача інформаційних послуг)) надати інформаційні послуги, результати яких не охороняються як об'єкти права інтелектуальної власності, мають певний корисний ефект немайнового характеру для замовника (користувача інформаційних послуг), а замовник

³⁴⁰ Федорченко Н.В. Зобов'язання з надання послуг у цивільному праві України: теоретико-правові засади : дис. ... док. юрид. наук : 12.00.03. Київ. 2015. С. 10.

(користувач інформаційних послуг) зобов'язується оплатити виконавцеві інформаційні послуги, якщо інше не встановлено договором.³⁴¹ Не можна погодитися із запропонованим звуженням предмета договору та зведенням його тільки до інформації, яка не охороняється правом інтелектуальної власності. Вважаємо, що предметом договору про надання інформаційних послуг може бути інформація, яка є чи не є об'єктом права інтелектуальної власності. Наприклад, адвокат, готуючи правовий висновок на запит клієнта, створює документ, який є об'єктом права інтелектуальної власності. Замовник інформаційної послуги, ознайомлюючись з висновком адвоката, отримує необхідну інформацію, задовольняючи тим самим власну потребу у відповіді на свої юридичні питання. Науковий співробітник Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України готує висновок на запит Верховного Суду чи іншого органу державної влади. При цьому укладається договір на проведення експертизи або договір про послуги з проведення науково-правового експертного дослідження, невід'ємним елементом якого є створення нової інформації у формі висновку та передача замовнику прав на інформацію, яка в ньому міститься. Результатом дослідження є науково-правовий висновок, що містить інформацію – обґрунтовану відповідь на питання, визначене в заявці замовника, та передається виконавцем замовнику у письмовій формі. Автор експертного дослідження є носієм прав та обов'язків, які виникають при створенні об'єкта права інтелектуальної власності, а сам висновок є об'єктом авторського права. При цьому договір на проведення науково-правового експертного дослідження є договором з надання інформаційних послуг.

На думку П. Лютікової, договір на надання інформаційних послуг – це договір, в силу якого виконавець зобов'язується за завданням замовника надати послугу у вигляді певного обсягу

³⁴¹ Сібільова О. В. Договори в сфері надання інформаційних послуг : дис. ... док. філософії : 081. Харків, 2020. С. 7; Сібільова О. В. Відмінність договорів у сфері надання інформаційних послуг від інших механізмів використання інформації. *Підприємство, господарство і право*. 2020. № 7. С. 50–56.

інформації, отриманої шляхом збору, вибірки, аналізу, синтезу тощо, а замовник зобов'язується оплатити цю послугу³⁴². Автор ототожнює послугу та інформацію, що не відповідає ані законодавчому переліку об'єктів цивільних прав (ст. 177 ЦК України), ані законам формальної логіки.

Договір про надання інформаційних послуг відрізняється від традиційного договору про послуги тим, що інформаційні послуги не завжди споживаються у процесі їх надання. Метою консалтингової, маркетингової, юридичної, інформаційно-пошукової послуги є не сам процес проведення інформаційних досліджень, а надання замовнику певних відомостей, які в майбутньому можуть бути використані для задоволення власних потреб. Замовника не цікавить процес проведення інформаційної розвідки, він хоче отримати результат у формі зафіксованої у звіті, висновку чи довідці інформації. Зокрема, І. Р. Шишка, аналізуючи предмет договору про проведення маркетингових досліджень, робить висновок, що предмет договору на маркетингові дослідження є подвійним або змішаним (робота та послуги), включає виконувани виконавцем дослідження та оформлення їх результатів (звіт про проведену роботу та рекомендації)³⁴³. Не можна погодитися з кваліфікацією договору про проведення маркетингових досліджень як договору підряду. Такий договір є договором про надання інформаційних послуг, зокрема, спрямованим на створення та передачу прав на використання інформації замовнику. На думку В. І. Борисової, договір про надання інформаційних послуг займає самостійне місце між договором про надання послуг та договором про виконання робіт. Можемо сказати, що договір на надання інформаційних послуг – окремий тип тих договорів, які опосередковують оборот інформації³⁴⁴.

³⁴² Лютікова П. Поняття та види договорів на надання інформаційних послуг. *Право України*. 2008. № 7. С. 93.

³⁴³ Шишка І. Р. Договір на маркетингові дослідження : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2010. С. 4–5.

³⁴⁴ Борисова В. І. Окремі проблеми надання інформаційних послуг. Безпекове інноваційне суспільство: взаємодія у сфері правової освіти та правового виховання: матеріали міжнар. інтернет-конф., 25 травня 2016 р. / Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого ; НДІ прав. забезп. інновац. розвитку Нац. акад. прав. наук України ; Наук. б-ка. Харків, 2016. С. 22–24. URL: <http://dspace.nlu.edu.ua/handle/123456789/10819> (дата звернення: 15.08.2021).

Згідно з Постановою Кабінету Міністрів України від 28 липня 2003 р. № 1180 «Про затвердження переліку платних послуг, які можуть надаватися бюджетними науковими установами»³⁴⁵, одним з видів платних *послуг* є проведення науково-дослідних, дослідно-конструкторських, проектно-конструкторських, технологічних, пошукових та проектно-пошукових *робіт*. Вже з самої норми Постанови Кабінету Міністрів видно, що має місце поєднання договору про надання послуг і договору проведення робіт. Результатом таких робіт неминуче буде письмовий документ з новою інформацією, права на яку передаються замовнику, іншими словами, виконавець надає інформаційну послугу. Таким чином, в договорі про проведення наукових робіт має місце органічне співіснування двох видів договорів: виконання роботи та надання інформаційної послуги.

Сторонами договору про надання інформаційних послуг є виконавець і замовник (користувач інформаційних послуг). Виконавцем можуть бути як фізичні особи, так і юридичні особи, зокрема, бібліотеки, власники автоматизованих систем баз даних (наприклад, Державне підприємство «Національні інформаційні системи»), власники програмного забезпечення (наприклад, Товариство з обмеженою відповідальністю «Текст медіа» (text.ru)) чи інші спеціалізовані установи та їх структурні підрозділи, які за законом можуть здійснювати діяльність, пов'язану з наданням інформаційних послуг. Замовником може бути будь-який учасник цивільних правовідносин, який має потребу в доступі до інформації. Коло суб'єктів є більш специфічним, якщо мова йде про публічний договір. В цьому випадку виконавець має бути суб'єктом підприємницької діяльності, а замовник – фізичною особою, якій інформаційна послуга надається для задоволення особистих інформаційних потреб, не пов'язаних зі здійсненням ним підприємницької діяльності.

О. В. Сібільова розглядає інформаційні послуги у двох значеннях: 1) інформаційні послуги в широкому значенні, що включають

³⁴⁵ Про затвердження переліку платних послуг, які можуть надаватися бюджетними науковими установами : Постанова Кабінету Міністрів України від 28 липня 2003 р. № 1180. *Офіційний вісник України*. 2003. № 31 (15.08.2003). Ст. 1629.

в себе різноманітні дії виконавця зі створення, отримання, пошуку, обробки, систематизації, передачі, поширення, охорони тощо інформації за завданням замовника з метою задоволення його різноманітних потреб інформаційного характеру; 2) інформаційні послуги у вузькому значенні як дії щодо забезпечення користувача інформацією, що мають нематеріальний характер, створюють певний корисний ефект немайнового характеру та спрямовані на досягнення результату, що не має уречевленого вигляду та задовольняє інформаційні потреби користувача³⁴⁶. На нашу думку, такий поділ має сумнівне значення з огляду на те, що провести демаркаційну лінію між двома наведеними видами послуг не завжди уявляється можливим. Переважна більшість інформаційних послуг задовольняє потребу інформаційного характеру та створює корисний ефект немайнового характеру, тобто одночасно може бути віднесена до обох наведених видів послуг. Доцільнішим є поділ інформаційних послуг на дві групи: 1) як окремих предметів цивільно-правового договору (договору про надання інформаційних послуг), зокрема, договір про послуги з проведення експертного дослідження, договір про надання консультативного висновку; 2) як структурний елемент предмета численних інших видів цивільно-правових договорів, зокрема, договору купівлі-продажу, перевезення, страхування³⁴⁷.

7.2. Інформаційні послуги, пов'язані з доступом до публічної інформації

Сфера надання інформаційних послуг на сьогодні є настільки різноманітною, що до неї входить не тільки надання інформаційних послуг учасниками цивільних правовідносин, а й надання інформаційних послуг як адміністративних послуг відповідними органами державної влади чи місцевого самоврядування (наприклад, доступ до публічної інформації за Законом України від 13 січня 2011 року

³⁴⁶ Сібільова О. В. Договори в сфері надання інформаційних послуг : дис. ... док. філософії: 081. Харків. 2020. С. 7.

³⁴⁷ Давидова Н. О. Цивільно-правове регулювання інформаційних відносин SaaS (Software as a Service). *Підприємництво, господарство і право*. 2021. № 6. С. 21.

«Про доступ до публічної інформації»³⁴⁸). Слід зазначити, що дії з публічною інформацією у формі роботи з відкритими даними можуть бути предметом цивільно-правових договорів у сфері надання інформаційних послуг, зокрема, численні онлайн-сервіси пропонують на приватноправовій основі інформаційні послуги з генерації та обробки даних, отриманих з державних реєстрів, про що детально йтиметься далі.

Серед ресурсів, які надають в Україні інформаційну послугу з моніторингу цілої низки критеріїв та ознак, слід назвати Youcontrol, OpenDataBot, Liga 360. Науковий інтерес становить цивільно-правовий аналіз відносин, які виникають між наведеними надавачами послуг та споживачами їх послуг. Система Youcontrol надає можливість в режимі реального часу здійснювати моніторинг юридичних осіб, фізичних осіб, фізичних осіб – підприємців з точки зору їх правового становища, кредитної історії та позиціонування на ринку. Інформація в XXI столітті є безцінним ресурсом, товаром, що має стратегічне значення: наявність чи відсутність певної інформації в учасника цивільних правовідносин може слугувати передумовою укладення ним цивільно-правових договорів, здійснення підприємницької діяльності тощо. Для прийняття правильного бізнес-рішення необхідно комплексно оцінити потенційного чи наявного контрагента різними спеціалістами, провести належний due diligence та комплаєнс. Due Diligence надає можливість оцінити та запобігти фінансовим та юридичним ризикам. Зазвичай ця процедура проводиться при виявленні інтересу до придбання бізнесу. Комплаєнс – від англійської compliance («згода, відповідність») означає відповідність вимогам діючого законодавства, галузевим стандартам. Завдання комплаєнсу – уникнути фінансових і репутаційних втрат, негативних правових наслідків у формі штрафів, позбавлення ліцензії, кримінального переслідування керівництва компанії. Для простоти розуміння можна порівняти due diligence зі стратегією, а комплаєнс – з тактикою захисту бізнесу від ризиків. До спільних рис двох понять слід віднести мету due diligence

³⁴⁸ Про доступ до публічної інформації : Закон України від 13 січня 2011 року. *Відомості Верховної Ради України*. 2011. № 32. Ст. 314.

та комплаєнсу, яка полягає в захисті інтересів компанії, інвесторів, клієнтів, співробітників; уникненні перевірок органами державної влади; побудові здорової ділової репутації на ринку. До сфер комплаєнс-ризиків належать: правосуб'єктність, судова практика, неблагонадійні зв'язки, заборгованість, санкції та офшори, податкова сфера, ліцензування/дозволи, місцезнаходження, обмеження повноважень посадових осіб, фінансовий аналіз, публічні закупівлі.

До функціоналу платформи Youcontrol віднесено формування досьє на юридичну особу на основі відкритих даних, відстеження змін в державних реєстрах та візуалізація зв'язків між афілійованими (пов'язаними) особами. Наприклад, досьє надає можливість отримати таку інформацію: картку експрес-аналіз, фінансовий скоринг (рівень фінансового ризику, фінансової стійкості), ринковий скоринг (рівень ринкової потужності, потенціалу до лідерства). На основі 67 факторів формується аналітичний показник у вигляді латинських літер від А до D (символізує про необхідність ретельнішої перевірки через наявність великої кількості факторів, які являють ризики при подальшій співпраці). Досьє дає доступ до інформації про повноваження керівника (його обмеження статутними документами), засновників та кінцевих бенефіціарів, зв'язок з публічними діями, філії, правонаступників, дозволи, ліцензії, міжнародні і українські санкційні списки, борги компанії, історію податкового боргу, тендерні відомості, фінансові показники, наявні судові та виконавчі провадження, процедури банкрутства, планові та позапланові перевірки компаній контролюючими органами державної влади, реєстраційні зміни, сферу впливу фінансово-промислової групи тощо. Корисним є також інформація про кредитоспроможність юридичної особи: платформа перевіряє кредитоспроможність контрагента шляхом калькуляції кредитного ліміту, який розраховується за алгоритмами програми з урахуванням фінансового результату від операційної діяльності, загального боргу та наявних грошових коштів. Сервіс YouControl є свого роду юридичною перевіркою, антивірус від вступу у правовідносини з токсичними компаніями.

Використання інформаційних технологій надає змогу за короткий час отримати актуальну (на час запиту) інформацію про

юридичну чи фізичну особу із понад 100 офіційних українських та іноземних джерел даних. Платформа YouControl здійснює агрегацію та аналіз інформації з багатьох джерел, наприклад, таких єдиних та державних реєстрів як Єдиний державний реєстр юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань, Державний реєстр речових прав на нерухоме майно, Єдиний державний реєстр виконавчих проваджень, Єдиний реєстр підприємств, щодо яких порушено провадження у справі про банкрутство, Єдиний державний реєстр судових рішень та багато інших. Крім того, в якості джерела інформації використовується реєстр платників єдиного податку, реєстр платників ПДВ, єдиний ліцензійний реєстр, база даних «Зареєстровані в Україні знаки для товарів і послуг», реєстр МВС про зниклих громадян та громадян у розшуку, консолідовані дані санкційних списків США, Великої Британії, Євросоюзу, Організації Об'єднаних Націй, Канади, Австралії, Африки та ін. Згідно з ч. 2 ст. 10-1 Закону України «Про доступ до публічної інформації» будь-яка особа може вільно копіювати, публікувати, поширювати, використовувати, у тому числі в комерційних цілях, у поєднанні з іншою інформацією або шляхом включення до складу власного продукту, публічну інформацію у формі відкритих даних з обов'язковим посиланням на джерело отримання такої інформації. Не допускається укладення цивільно-правових договорів у сфері надання інформаційних послуг безпосередньо з володільцем публічної інформації, проте можливе укладення цих договорів з особами, які вже отримали публічну інформацію, реалізуючи своє право на доступ до публічної інформації (наприклад, компанія «Ю-контрол»). Крім статичної інформації платформа також має функцію щоденного моніторингу за заданими параметрами, тобто повідомляє про зміни, спираючись на дані з офіційних джерел.

Аналогічним за змістовним наповнення є платформа надання інформаційних послуг OpenDataBot, яка пропонує сервіс моніторингу відкритих даних у державних реєстрах. Для фізичних осіб пропонується інформація про наявні позовні судові провадження, наявність особи в реєстрі боржників, наявні податкові борги фізичної особи – підприємця, перевірка дошкільних та середніх закладів

освіти, реєстрація прав на нерухоме майно, наявність особи в реєстрі розшукуваних осіб, недійсні паспорти, реєстрація транспортних засобів. Для юридичних осіб передбачено різні інформаційні послуги залежно від напряму діяльності клієнта з метою захисту від рейдерських захоплень та контролю контрагентів. Наприклад, юридичним, колекторським та аудиторським компаніям пропонуються такі інформаційні послуги: повний аналіз судових справ (зменшення часу на дослідження наявних судових справ клієнта та аналіз їх перспективи), судовий бек-офіс (контроль всіх судових процесів та виконавчих проваджень із залученням клієнта), аналіз та моніторинг реєстру судових рішень (пошук судової практики за заданими параметрами та повідомлення про появу нових рішень за кейсами, що цікавлять), реєстраційні та податкові дані (автоматичне заповнення реквізитів та оновлювана база клієнтських даних), моніторинг змін (миттєве реагування на зміни в реєстраційних документах та появу нових ризик-факторів у клієнта та його основних контрагентів), контроль виконавчих проваджень (реагування на нещодавно відкриті виконавчі провадження та контроль статусу й документів в наявних провадженнях), аналіз кредитного портфеля (пріоритизація стягнення за фактом наявності/появи активів або ризик-факторів у боржників).

Продуктування роботом нової інформації є цікавим з точки зору зміни поглядів на джерело інформації. До нещодавнього часу вважалося, що лише людина може продукувати інформацію. На думку Є. В. Петрова, інформація – це завжди результат, продукт діяльності людини, орієнтований на створення нових відомостей або зняття відомостей з інших об'єктів матеріального або духовного світу, для об'єднання цих відомостей у певний продукт та товар, необхідний для суспільства³⁴⁹. Аналогічну позицію висловлював Б. М. Гоголь: інформацією як об'єктом цивільних прав є нематеріальні результати інтелектуальної (розумової) діяльності людини, які існують у будь-якій формі, доступній для сприйняття людиною

³⁴⁹ Петров Є. В. Інформація як об'єкт цивільно-правових відносин : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Харків, 2003. 206 с. Гоголь Б.М. Право на інформацію в цивільному праві України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2010. С. 6.

чи технічним пристроєм³⁵⁰. Загалом позиція щодо розуміння інформації як результату інтелектуальної діяльності людини³⁵¹ була загально визнаною до нещодавнього часу. Цифровізація суспільства, розвиток інформаційних технологій призвів до розширення джерел інформації. Наразі роботи, зокрема чат-боти, здатні створювати інформаційний продукт та надавати інформаційну послугу. Книга «День, коли комп'ютер напише роман», створена штучним інтелектом, увійшла в 2016 р. до фіналу японської літературної премії імені Хосі Сін'їті³⁵².

Крім того, слід згадати технологію штучного інтелекту, яка за допомогою алгоритмів та пошукових систем формує інформацію, яка може бути корисною конкретному користувачеві, враховуючи його інтереси, що базуються на даних, зібраних завдяки використанню штучного інтелекту.

Платформа Liga360 пропонує свій унікальний набір інформаційних послуг залежно від напрямку діяльності клієнта та розміру його обороту. Наприклад, інформаційна послуга Verdictum Pro являє собою систему пошуку та аналізу судових рішень з функціоналом передбачення вірогідності перемоги в суді, яка створена для попередньої оцінки ризиків та економії часу правника при підготовці до судових засідань. Система показує вірогідність прийняття схожого рішення за позовною заявою користувача за допомогою алгоритмів штучного інтелекту. Крім того, надає можливість швидко здійснювати пошук судових рішень та правових позицій, переглядати історію проходження справи та подібні рішення тощо. Інформаційна послуга SMS – маяк представляє собою сервіс моніторингу реєстраційних дій щодо об'єктів нерухомого майна, що надає можливість відстежувати будь-які зміни, що відбуваються з визначеним об'єктом нерухомості в Державному реєстрі речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень. Інформаційна послуга

³⁵⁰ Гоголь Б. М. Право на інформацію в цивільному праві України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2010. С. 167.

³⁵¹ Кодинець А. О. Цивільно-правове регулювання зобов'язальних інформаційних відносин: методологія, теорія, практика : дис. ... док. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2017. С. 5.

³⁵² Стефанчук Р. Інформаційні технології та право: Quo Vadis?. Право України. 2018. № 1. С. 40.

Semantrum є персональним онлайн-сервіс моніторингу всіх типів ЗМІ та соціальних мереж з додатковими можливостями (медіа-аналіз, тональність, репутація, PR-метрики, маркетингові дослідження, звіти з візуалізацією даних). До джерел інформації належать понад 14 000 інтернет-ЗМІ, сайтів з відгуками, сайтів з вакансіями, понад 400 друкованих ЗМІ, телеканалів, радіостанцій; основні соціальні мережі.

Правове оформлення відносин між інформаційною платформою та користувачем відбувається зазвичай за допомогою договору публічної оферти, за якою абонент (користувач програмного продукту) отримує невиключну ліцензію на використання тієї чи іншої комп'ютерної програми Liga. В якості прикладу можна назвати ліцензію на використання комп'ютерної програми Liga360, ліцензію на використання комп'ютерної програми «Єдина інформаційна платформа Ліга: закон для всіх», ліцензію на використання комп'ютерної програми Ліга закон підприємство, ліцензію на використання комп'ютерної програми Ліга – закон – юрист, ліцензію на використання комп'ютерної програми Ліга – закон – бухгалтер тощо.

Наступним надавачем інформаційних послуг з відкритих баз даних є Державне підприємство «Національні інформаційні системи», засноване Міністерством юстиції України в травні 2015 року, яке надає на договірній основі інформаційні послуги різним категоріям суб'єктів, наприклад, адвокатам, нотаріусам, приватним виконавцям, органам місцевого самоврядування та державної влади. Наприклад, Договір про надання доступу до інформації Державного реєстру речових прав на нерухоме майно передбачає в якості предмета договору: 1) надання адвокату безпосереднього доступу до інформації Державного реєстру речових прав на нерухоме майно, а також з Реєстру прав власності на нерухоме майно, Єдиного реєстру заборон відчуження об'єктів нерухомого майна, Державного реєстру іпотек про зареєстровані речові права на об'єкти нерухомого майна та обтяження цих прав у зв'язку із здійсненням адвокатом повноважень, передбачених чинним законодавством України; 2) надання адвокату інформаційно-консультативних послуг з навчання роботі з Державним реєстром прав.

Як видно, шаблон цивільно-правового договору з Державним підприємством «Національні інформаційні системи» (на відміну від договору з Товариством з обмеженою відповідальністю «Інформаційно-аналітичний центр «Ліга») сформульовано як договір про надання доступу до інформації, тобто про надання інформаційних послуг. Договір про надання доступу до інформації Державного реєстру, укладений з Державним підприємством «Національні інформаційні системи», є за юридичною суттю цивільно-правовим, оскільки побудований на засадах юридичної рівності та вільного волевиявлення, що притаманно приватному праву.

7.3. Інформаційні послуги в сфері хмарних технологій

Дедалі більшого попиту в інформаційному світі набуває використання хмарних технологій (англ. cloud storage), коли споживач інформаційної послуги отримує доступ до даних за допомогою веб-браузера, використовуючи будь-який комп'ютер чи інший пристрій, підключений до мережі Інтернет, і перебуваючи в будь-якій точці земної кулі. Оскільки хмарні технології орієнтовані на надання послуги за допомогою мережі, його розвиток пов'язаний з розвитком Інтернету. Перші компанії, які пропонували програмне забезпечення як послугу, з'явилися в західних країнах в 1997–1999 роках, а абревіатура SaaS отримала широке застосування з 2001 року. Вказана технологія використовується не тільки в сфері автоматизації бізнес-процесів, а й в освітніх цілях (4%), забезпечення урядових цілей (7%), військових цілях та національної безпеки (3%) тощо³⁵³. Виділяють такі хмарні сервіси: SaaS (Software as a Service) – «програмне забезпечення як сервіс», PaaS (Platform as a Service) – «платформа як сервіс», IaaS (Infrastructure as a Service) – «інфраструктура як сервіс», DaaS (Desktop as a Service) – «віртуальне робоче місце як сервіс». Розповсюдженим та усталеним в англomовному світі видом договору про надання інформаційних послуг є договір SaaS, технічна сутність якого зводиться до розгортання

³⁵³ Ercana T. Effective use of cloud computing in educational institutions. *Procedia Social and Behavioral Sciences*. 2010. № 2. P. 940 (P. 938–942).

та реалізації програмного забезпечення, при якому провайдер розробляє додаток чи прикладну програму (англ. application), ліцензує його, управляє ним і надає споживачам (бізнес-клієнтам) доступ до програмного забезпечення, розміщеного на віддаленому сервері через мережу Інтернет. SaaS є поєднанням програмного забезпечення та послуги віддаленого доступу до нього з пристроєм з будь-якою операційною системою. Зберігання інформації в цифровому вигляді на хмарі (сервері, який знаходиться поза фізичним контролем власника інформації) є правовідносинами, які вимагають цивільно-правової кваліфікації та врегулювання.

В якості прикладу SaaS, досвід користування яким був у переважній більшості фізичних осіб, можна назвати сервіси Google: електронна пошта Gmail; он-лайн календар Google Calendar; хмарне сховище Google Disk; он-лайн офіс Google Docs (Word, Excel, PowerPoint); Google Sites для створення сайтів; Youtube для збереження та перегляду відеофайлів і т.д. Популярними світовими хмарними сервісами також є DropBox, Microsoft OneDrive, iCloud, які надають на безоплатній чи платній основі послугу дистанційного збереження цифрової інформації у «хмарі», що з точки зору користувача є єдиним віртуальним сервером. Одним з різновидів договорів з надання інформаційних послуг є договір про віртуальне збереження цифрової інформації.

Цифровізація суспільства загалом та бізнесу зокрема спричинили відмову від застарілої моделі встановлення програмного забезпечення на комп'ютерне устаткування замовника. Модель SaaS є сучасною альтернативою локальної інсталяції програмного забезпечення на устаткуванні користувача. Постачальник Software as a Service надає клієнтові дистанційну реалізацію бізнес-функцій, функціонала бізнес-додатків, вирішує питання інтеграції свого сервісу в ІТ-систему споживача, бере на себе всі функції з розвитку і підтримки рішень і забезпечення їх масштабування. До переваг договору SaaS належать такі: мінімізація витрат у порівнянні зі схемою купівлі серверного обладнання, програмного забезпечення та утримання обслуговуючого персоналу; краще розподілення ресурсів на інші стратегічні цілі компанії-користувача; можливість швидко масштабувати бізнес у зв'язку з архітектурою, яка

включає багато користувачів; можливість світового аутсорсінгу, глобальна доступність без прив'язки до місця розташування серверу³⁵⁴. До недоліків договірної моделі SaaS у порівнянні із популярним в минулому встановленні програми на комп'ютер клієнта належать побоювання витоку інформації та комерційних даних, при виведенні даних за межі своєї мережі на віддалений сервіс; вимога ліцензійного програмного забезпечення (наприклад, операційної системи); неякісне функціонування каналів передачі даних³⁵⁵. Договір SaaS як підписка на доступ до програмного забезпечення повинен містити умови про те, хто є зберігачем інформації, яка особиста інформація зберігається, порядок повідомлення користувача про витік даних, відмова від зобов'язань. Інформаційно-комунікаційні технології як ключова ознака інформаційного суспільства не тільки поліпшили стан справ в усіх сферах суспільного життя, а й надали можливість недобросовісним особам використовувати ці технології в протиправних цілях (так, кількість кіберзлочинів стрімко зростає, витік даних про користувачів Фейсбук неправомірно використовувався навіть у виборчих компаніях)³⁵⁶. Користувачі за договором SaaS теж є потенційними потерпілими від несанкціонованого поширення конфіденційної або приватної інформації, яка зберігається на віддаленому сервері.

Український ринок SaaS наразі не є розвиненим, має незначну пропозицію цікавим споживачам продуктів, але інтенсивно набирає обертів, а тому потребує правової кваліфікації. Юридична сутність цього нетипового договору може бути розкрита через такі компоненти – надання інформаційної послуги, послуги зберігання, надання невиключної ліцензії, надання технічно-консультативної підтримки.

³⁵⁴ David C. Chou, Amy Y. Chou. Software as a service (SaaS) as an Outsourcing Model: an Economic Analysis. Proc. SWDSI'08. 2008. P. 389.

³⁵⁵ Janssen, Marijn and Joha, Anton. Challenges for Adopting Cloud-Based Software as a Service (SaaS) in the Public Sector. 2011. ECIS 2011. Proceedings. 80. URL: <https://core.ac.uk/download/pdf/301351498.pdf> (дата звернення 15.08.2021).

³⁵⁶ Вінник О. М. Правове забезпечення цифрової економіки та електронного бізнесу. Монографія. К.: Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2018. С. 32.

Законодавство не містить спеціальних правових норм, які враховували б темпи розвитку ІТ, що створює проблему недостатньої правової визначеності. Суб'єкти правовідносин намагаються заповнити прогалини за рахунок елементів поймаєнаних договірних конструкцій в ЦК України, користуючись принципом свободи договору з урахуванням імперативних норм цивільного законодавства. Юридичне оформлення відносин з SaaS може відбуватися в *різні способи*: договір найму (оренди) програмно-апаратного комплексу; договір найму (оренди) комп'ютерної програми (примірника твору); договір зберігання інформації; ліцензійний договір, договір про надання послуг, змішаний договір. Проведемо цивільно-правовий аналіз кожного з підходів³⁵⁷.

В договорі оренди програмно-апаратного комплексу про «оренду» можна говорити лише в економічному розумінні – як оплатне користування чужим майном, але не як про правову категорію. З точки зору українського законодавства, хмарний сервіс являє собою інформаційну систему, яка включає сукупність технічних засобів, інформацію та програмне забезпечення, що відповідає за обробку даних. Головною проблемою застосування до вказаних відносин конструкції договору найму (оренди) є те, що ЦК України відносить до предмета договору найму лише неспоживну річ, тобто ту, яка визначена індивідуальними ознаками і яка зберігає свій первісний вигляд при неодноразовому використанні (ч. 1 ст. 760 ЦК України). Сукупність серверів, яка використовується для хмарного сервісу, не може бути індивідуалізовано, програмне забезпечення також не є неспоживною індивідуально-визначеною річчю. Більш того, одним і тим самим сервером можуть одночасно користуватися десятки тисяч клієнтів, що робить технічно та юридично неможливим виокремити предмет договору оренди для кожного з них. Договір оренди програмно-апаратного комплексу може бути визнаний нікчемним, оскільки суперечить вимогам норм ЦК.

Крім того, конструкція договору оренди програмно-апаратного комплексу не може бути поширена на відносини SaaS, тому

³⁵⁷ Давидова Н. О. Цивільно-правове регулювання інформаційних відносин SaaS (Software as a Service). *Підприємництво, господарство і право*. 2021. № 6. С. 16–22.

що речово-правові способи захисту (наприклад, віндикаційний позов) непридатні для цифрового середовища, оскільки технічно та фізично не можливо вимагати витребування віддаленого сервера з чужого незаконного володіння.

Ще одним аргументом на користь позиції неможливості поширення норм про договір оренди на відносини SaaS полягає в тому, що один з варіантів оплати за SaaS є принцип «pay-as-you-go», тобто оплата відбувається тільки за фактичне користування хмарою, що не характерно для договору оренди. Причиною для помилкової юридичної кваліфікації SaaS як договору оренди слугує також неправильний переклад терміна «програма в оренду», який іноді трапляється³⁵⁸.

Другий підхід розглядає SaaS як договір здавання в найм (оренду) комп'ютерної програми. Не всі об'єкти цивільних прав, зазначені в ст. 177 ЦК України, належать до оборотоздатних об'єктів, тобто таких, що можуть відчужуватися або передаватися в тимчасове володіння та користування. Предметом правочину щодо програмного продукту як об'єкта авторського права є або майнове авторське право на використання комп'ютерної програми, або право власності на матеріальний носій, що містить його копію. В силу своєї юридичної суті та нематеріальну природу результати інтелектуальної діяльності майже непридатні до самостійної участі в цивільно-правовому обороті. Незважаючи на те, що законодавець розширив предмет договорів купівлі-продажу, найму (оренди) та дарування за рахунок включення до них не тільки речей, а й майнових прав, майнові права інтелектуальної власності не можуть бути предметом цих договорів в силу спеціального договірного регулювання в ЦК України.

Третій підхід до розуміння правової природи SaaS – це отожднення SaaS з договором зберігання інформації, який передбачає використання обчислювальних можливостей провайдера для зберігання файлів користувачів. Відносини зберігання є елементом SaaS, але не охоплюють всіх аспектів цього комплексного

³⁵⁸ Боднарчук А. ПО для создания электронного корпоративного университета. *Управление персоналом*. 2013. № 1 (232).

явища. Згідно з класичним договором зберігання одна сторона (зберігач) зобов'язується зберігати річ, яка передана їй другою стороною (поклажодавцем), і повернути її поклажодавцеві у схоронності (ст. 936 ЦК України). Договір зберігання в розумінні глави 66 ЦК України обмежує об'єкт договору зберігання лише речами – тобто предметами матеріального світу, натомість в моделі SaaS йдеться про віртуальне зберігання цифрової інформації.

Найбільш складним є теоретико-правове відмежування та обґрунтування вибору між ліцензійним договором та договором про надання інформаційних послуг для врегулювання договірних відносин SaaS. Правове оформлення вказаних суспільних відносин, зазвичай на практиці, відбувається за допомогою ліцензійного договору, але такий підхід викликає сумнів в силу низки причин, в першу чергу, тому, що велику питому вагу наведених суспільних відносин займає саме надання провайдером інформаційних послуг замовнику. По-друге, SaaS не є традиційною ліцензійною угодою як при купівлі примірника програми, що встановлюється на жорсткий диск комп'ютера користувача. Доцільніше кваліфікувати SaaS як підписку на доступ до програмного забезпечення. По-третє, питання якості комп'ютерної програми врегульовується договором про надання послуг і не може бути врегульовано в межах ліцензійного договору, оскільки предметом ліцензії є дозвіл (невиключне право), який не має властивостей речі чи послуги, тому не може бути оцінений за критерієм якості. ЦК України не містить загальних вимог до якості у договорах про надання послуг, однак не забороняє сторонам встановлювати параметри якості та відповідальність за їх недотримання.

Розглянемо можливість юридичної кваліфікації SaaS як договору про надання послуг та з'ясуємо, які саме послуги надаються в цих відносинах. Згідно з ч. 1 ст. 901 ЦК України за договором про надання послуг одна сторона (виконавець) зобов'язується за завданням другої сторони (замовника) надати послугу, яка споживається в процесі вчинення певної дії або здійснення певної діяльності, а замовник зобов'язується оплатити виконавцеві зазначену послугу, якщо інше не встановлено договором. Тобто предметом договору

про надання послуг є дії виконавця. Діями виконавця в договірній моделі SaaS є дії по забезпеченню доступу до віддаленого сервера.

На користь підходу юридичної кваліфікації SaaS як договору про надання послуг слугує аргумент про те, що оплата стягується за фактично спожитий обсяг послуг (наприклад, за користування програмним продуктом протягом року доступом до 5 робочих місць – акаунтів користувачів). Згідно зі ст. 903 ЦК України «замовник зобов'язаний оплатити надану йому послугу в розмірі, у строки та в порядку, що встановлені договором». Це означає плату за фактично використані обчислювальні можливості «хмарних» сервісів (обсяг пам'яті, кількість користувачів та інші параметри).

Якість надання послуг та межі відповідальності постачальника послуги за договором SaaS врегульовуються окремим видом цивільно-правового договору, який в англomовному світі називається Service Level Agreement (SLA). В українській правовій системі договір про рівень обслуговування як окрема договірна конструкція не є поширеним. Цей документ закріплює права та обов'язки сторін у випадку виникнення проблем у роботі віддаленого сервера чи програмного забезпечення: режим роботи технічної підтримки (цілодобово чи тільки в робочий час, в які дні тижня), час відгуку постачальника на запит від споживача, строк вирішення проблеми, рівні технічної підтримки (як правило, до чотирьох рівнів, починаючи з help desk), мова надання технічної підтримки, можливість вимагати компенсацію за неусунення проблеми в обумовлені строки. Крім того, SLA містить умови про перелік параметрів якості, методів і засобів їх контролю, пропускну здатність каналу, забезпечення конфіденційності даних тощо.

Іноді має місце укладання двох договорів одночасно: ліцензійного (на право використання програмного забезпечення як об'єкта авторського права) та договору про надання послуг (інформаційних, технічної підтримки тощо). Рекомендації використання двох, договорів або змішаного договору, який би поєднував елементи двох можна почути, коли метою правового

врегулювання відносин є зниження податкових ризиків³⁵⁹. Всі галузі права перебувають в органічній єдності, будь-яке явище, процес чи договір потребують комплексного міжгалузевого правового аналізу. Податкове право істотно впливає на практику застосування цивільного права, в першу чергу, у корегуванні вибору тієї чи іншої договірної моделі в залежності від фінансових, бухгалтерських та податкових наслідків зробленого вибору³⁶⁰. Пунктом 26.1 підрозділу 2 розділу XX Податкового кодексу України визначено, що тимчасово, з 1 січня 2013 року до 1 січня 2023 року, звільняються від оподаткування податком на додану вартість операції з постачання програмної продукції, а також операції з програмною продукцією, плата за які не вважається роялті згідно з абзацами другим – сьомим підпункту 14.1.225 пункту 14.1 статті 14 розділу I Податкового кодексу України.

Державна фіскальна служба України роз'яснила³⁶¹, що пільга зі сплати податку на додану вартість надається постачальнику програмного забезпечення тільки тоді, коли споживач після отримання доступу до контенту, інтернет-сайту чи онлайн-сервісу отримує копію програмного продукту, тобто укладе ліцензійний договір. Юридичні особи-розробники програмного забезпечення штучно змінюють назву договорів для отримання вказаної податкової пільги і уникають формулювань про надання послуг. Натомість використовують конструкцію договору зі створення та поставки програмної продукції або ліцензійного договору, саме тому в українській юридичній практиці з'явився дивний договір про поставку SaaS.

³⁵⁹ Карпычев В. Ю., Карпычев М. В., Шальнова Ю.П. Особенности правового регулирования оборота программного обеспечения, реализуемого на основе SaaS-технологии. *Вестник Нижегородской академии МВД России*. 2017. № 4 (40). С. 144.

³⁶⁰ Merezhkina M., Tsytsylyna T., Shiro S. (2020) Business Activities Using SAAS Technologies: Civil-Law and Tax Peculiarities. In: Kolmykova T., Kharchenko E. (eds) *Digital Future Economic Growth, Social Adaptation, and Technological Perspectives. Lecture Notes in Networks and Systems*. Vol. 111. P. 653–657.

³⁶¹ Щодо окремих питань оподаткування ПДВ операцій з постачання програмної продукції: Лист Державної фіскальної служби України від 16.05.2018 р. № 2183/6/99-99-15-03-02-15/ПК URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v2183872-18#Text> (дата звернення: 15.08.2021).

На практиці також трапляються договори на розробку програмного забезпечення, які помилково називаються як договори зі створення та поставки програмної продукції. Предметом поставки є речі матеріального світу, а не права інтелектуальної власності у вигляді програмного коду. Причиною для такого завуальованого формулювання назви є наведені податкові пільги для ІТ-компаній по договорах поставки.

Найбільш оптимальною договірною конструкцією для врегулювання суспільних відносин SaaS в українському правовому середовищі є договір про надання послуг, в тому числі інформаційних послуг доступу до онлайн-сервісу. Саме цей договір відповідає суті, характеру відносин, обсягу прав та обов'язків постачальника та користувача. SaaS-договори, так само, як і інші договори із споживачами, укладаються на підставі публічної оферти. Компанія розробляє і розміщує на своєму ресурсі розроблений договір, політику, правила користування, а клієнт шляхом оплати послуг та їх подальшого використання дає свою безумовну згоду з положеннями цих договорів.

Висновки

На підставі проведеного дослідження можна зробити наступні висновки:

1. Надання інформаційних послуг є поширеним у правовому полі явищем, яке може існувати у двох формах: 1) як окремий цивільно-правовий договір про надання інформаційних послуг, який розглядається як підвид загального договору про надання послуг (договір про послуги з проведення експертного дослідження, договір про надання консультативного висновку); 2) як структурний елемент численних інших видів цивільно-правових договорів (зокрема, договору купівлі-продажу, перевезення, страхування тощо).

2. Договори з надання інформаційних послуг широко розповсюджені як в приватноправовій так і в публічно-правовій сфері. Отримання доступу до публічної інформації є адміністративною послугою, яка регулюється на засадах субординації, підпорядкування, імперативності. Дії з публічною інформацією у формі відкритих даних можуть бути також предметом цивільно-правових

договорів у сфері надання інформаційних послуг, зокрема, численні онлайн-сервіси пропонують на приватноправовій основі інформаційні послуги з генерації та обробки даних, отриманих з державних реєстрів.

3. Відносини SaaS (Software as a Service) кваліфіковано нами як відносини з надання послуг (зокрема інформаційних) та повинні регулюватися нормами гл. 63 ЦК України. В силу значного впливу податкового законодавства на юридичну практику, сторони уникають укладання договору про надання інформаційних послуг, а натомість укладають ліцензійні договори, що істотно зменшує податковий тягар.

РОЗДІЛ 8. ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН ІЗ НАДАННЯ ПОСЛУГ ІЗ ЗАСТОСУВАННЯ ТЕХНОЛОГІЇ БЛОКЧЕЙН

8.1. Загальна характеристика блокчейн-технології

В епоху розвитку цифрових технологій природним є процес цифровізації, тобто переведення у електронну форму більшості тих явищ, які є найбільш актуальними, або виникнення нових, які були недоступними раніше через брак технологій. Звичайно, така цифровізація можлива виключно там, де саме явище можна перевести у таку форму, враховуючи його характеристики та особливості. З появою технології блокчейн та похідних від неї було надано додаткового імпульсу до й так невпинної цифровізації.

Регулювання правовідносин, що виникають у зв'язку з обігом блокчейн продуктів, зокрема криптовалют, на сьогодні є вкрай актуальним. Світ познайомився із явищем, яке має поки що хоч і не вирішальний вплив на економіку країн, однак – лавиноподібний характер. Окрема проблема виникає також у зв'язку із використанням криптовалют у злочинній діяльності. Суть проблеми полягає у тому, що криптовалюти використовують як засіб платежу, який неможливо зафіксувати, відслідкувати, оподатковувати, контролювати тощо. Тобто на сьогодні в більшості країн світу криптовалюти знаходяться поза межами правового регулювання або заборонені взагалі. Однак такі методи зовсім не зупиняють їх обіг. Не помічати або оголошувати криптовалюти поза законом – це не вирішення проблеми, а прямий шлях до переходу цих відносин у тінь та, як наслідок, – повна втрата контролю за рухом та накопиченням цього сучасного блага.

Також відсутність адекватного регулювання правовідносин, у яких застосовується криптовалюта, створює підґрунтя для приховування джерел прибутку.

Слід одразу зауважити, що блокчейн-технологія є основою для багатьох продуктів – від смарт-контрактів та криптовалют до мереж обміну та зберігання інформації на кшталт реєстрів права власності тощо. З іншого боку, блокчейни зазвичай управляються мережею, побудованою на технології розподілених реєстрів (з англ. Distributed Ledger Technology). Неможливо виділити якусь із перелічених технологій як ключову, однак всі продукти, що розглядатимуться, засновані на обох, а ці технології доповнюють одна одну.

Технологія розподілених реєстрів представляє собою мережу рівних між собою вузлів (однорангова або пірингова мережа). Її суть полягає в тому, що відсутній центральний вузол, який володіє виключним або переважним правом вносити зміни до інформації, яка курсує та зберігається в мережі. Рівні між собою учасники, надаючи потужності своїх обчислювальних систем, реалізують виконання алгоритмів, на яких базується функціонування цієї мережі.

Основною характеристикою розподіленої мережі блокчейну є те, що вона створена для її учасників, без будь-якого втручання з боку регулюючих органів або взагалі держави. Це повністю приватна мережа. Вхід до неї здійснюється на умовах договору приєднання. Відповідно до ст. 634 ЦК України договором приєднання є договір, умови якого встановлені однією із сторін у формулярах або інших стандартних формах, який може бути укладений лише шляхом приєднання іншої сторони до запропонованого договору в цілому. Інша сторона не може запропонувати свої умови договору.

Для приєднання до розподіленої мережі необхідно здійснити такі дії, як при укладанні договору приєднання. Це будуть конклюдентні дії із встановлення необхідного програмного забезпечення та його налаштування, підключення до розподіленої мережі.

Суть розподіленої мережі полягає в тому, що обчислення для реалізації протоколів блокчейн здійснюються всіма учасниками мережі, так само як і копія всього реєстру блокчейн (ланцюжка блоків, який містить дані про всі операції, що проведені в мережі від моменту її запуску) знаходиться на кожній обчислювальній машині, що підключена до цієї мережі.

Інформація, яка зберігається, перебуває одночасно у всіх учасників системи, при цьому жоден з них не контролює ані усю інформацію, ані якусь критично важливу частину³⁶².

Найпопулярнішим продуктом, який на сьогодні діє на технології блокчейн, є Біткоїн, тому простіше за все надати опис блокчейн-технології саме через Біткоїн.

Принциповий опис роботи механізму роботи блкчейн описаний в так званому White Paper³⁶³ криптовалюти Біткоїн. Повністю пірингова версія системи електронної готівки надає можливість надсилати онлайн-платежі напряму від однієї сторони до іншої, оминаючи будь-які фінансові установи. Хоча цифрові підписи частково надають розв'язання цієї проблеми, більшість переваг втрачаються, якщо довіреній третій стороні (посереднику) треба уникнути подвійних витрат. Мережа робить на транзакціях часову позначку, хешуючи їх в неперервний ланцюжок підтвердження виконання роботи (англ. proof-of-work). Таким чином, утворюється запис, котрий неможливо змінити без повторного виконання всього ланцюжка обчислень. Найдовший ланцюжок не тільки слугує доказом послідовності подій, а й свідчить про те, що він з'явився в результаті роботи найбільшого сегмента потужності обчислювальної системи. Якщо більшість обчислювальної сили контролюється чесними вузлами, то вони генерують найдовший ланцюжок обчислень, випереджаючи атакуючі вузли. Повідомлення надсилаються за методом негарантованої доставки й усі вузли можуть покинути мережу та долучатися до неї в довільний момент часу, приймаючи найдовший ланцюжок для відновлення історії транзакцій за період їх відсутності.

Фактично блокчейн (від англ. Blockchain – ланцюжок блоків) є великою кількістю копій одного реєстру транзакцій. Нові транзакції додаються до цього реєстру тільки після проведення певної обчислювальної роботи вузлами цієї мережі. Додаються вони таким чином, що в собі містять певну інформацію про попередні,

³⁶² Доронін І. М. Використання сучасних технологій розподіленої обробки даних: право та функції держави. *Інформація і право*. № 2 (21)/2017. С. 51–58.

³⁶³ Біткоїн: електронна пірингова система готівки. URL: https://bitcoin.org/files/bitcoin-paper/bitcoin_uk.pdf (дата звернення: 10.08.2021).

і зміна попередніх тягне за собою збій при перевірці справжності всього реєстру.

Історично потреба в блокчейн виникла через те, що необхідно було передавати інформацію між особами, які не були знайомі. Такою інформацією були дані про транзакцію і стан рахунків цих осіб. Така передача мала повністю виключати фактор довіри між учасниками. Тобто чи є повна довіра між ними, чи її нема зовсім – це не має впливати на проведення операції. Звичайно, на момент створення такої технології існували інституції, які спеціалізувалися на таких ситуаціях, зокрема – банки. Вони, проводячи безготівкові платежі, фактично передавали інформацію про зменшення коштів на одному рахунку і збільшення на іншому, і ці два факти пов'язували однією підставою – проведенням транзакції. Однак при створенні першого популярного продукту на блокчейні – Біткойну розробники хотіли позбутися вад, які притаманні банківській системі. Такими вадами є, зокрема: висока вартість транзакції; сильне державне регулювання; ризики, пов'язані із стабільністю банків; централізація всіх процесів під повним управлінням банків тощо.

При створенні Біткойну його розробники намагались уникнути цих вад банківської системи, а тому утворилась цілком приватна система, де регулювання здійснюється виключно на приватноправових засадах.

Опис та правила участі в блокчейн-мережах викладаються в так званих White paper. За визначенням – це авторитетний звіт чи довідник, який коротко інформує читачів про складну проблему та представляє філософію органу, що видав це питання. Він має на меті допомогти читачам зрозуміти проблему, вирішити проблему або прийняти рішення. Початковий британський термін стосовно виду документа, виданого урядом, поширювався, маючи дещо новий сенс у бізнесі. У бізнесі Біла книга наближається до форми маркетингової презентації – інструменту, який переконує клієнтів та партнерів, а також рекламує продукт або точку зору³⁶⁴.

³⁶⁴ Біла Книга. *Вікіпедія*. URL: https://uk.wikipedia.org/wiki/Біла_книга (дата звернення: 10.08.2021).

Тобто White paper свого роду публічна оферта, в якій викладено не тільки умови, на яких будуть реалізовуватись правовідносини в межах певного блокчейн-продукту, а й окремо можуть викладатись технічна інформація та принципи функціонування конкретного блокчейн-продукту, мета його створення тощо.

Надалі доцільно розглянути найпопулярніші на сьогодні блокчейн-технології, що набули розповсюдження на даний момент.

8.2. Криптовалюти

Як зазначав автор Біткойну Сатосі Накамото, особа якого донині залишається нерозкритою, основною метою створення самого Біткойну було створення системи електронних грошей, яка дозволила б здійснювати електронні транзакції, оминаючи будь-які фінансові інститути³⁶⁵. «Екосистема» Біткойну створювалась з метою розроблення такого виду розрахунку між особами, який повністю буде відбуватися на приватному рівні, без будь-якого втручання з боку держави або приватних фінансових інститутів чи посередників. Вона буде вільною від контролю, блокування, втручання іншого характеру. З іншого боку, саме завдяки залученості великої кількості приватних суб'єктів та використанню спеціального алгоритму розподілених обчислень було забезпечено захист системи від стороннього втручання з метою спотворення даних.

Перш за все, варто визначитися з термінологією. Англійський термін *cryptocurrency* (або *crypto currency*) перекладаємо українською як криптовалюта. Такий переклад є загальноживаним, однак використання цього терміна не означає, що криптовалюта є виключно грошима (різновидом валюти).

Основною ідеєю створення першої криптовалюти – Біткойну було все ж виведення розрахунків між приватними особами з-під контролю органів влади та великих комерційних структур.

У будь-якому випадку криптовалюти розглядаються як цінність. Більше того, вони на сьогодні мають реальну вартість, оскільки їх можна продати за реальну валюту, що визнана законним засобом

³⁶⁵ Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System. URL: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf> (дата звернення: 10.08.2021).

платежу, або обміняти на реальні цінності, такі як об'єкти нерухомості або послуги³⁶⁶.

На початку розглянемо можливість використання криптовалюти в Україні в якості грошей. Для того, щоб це зробити, необхідно дослідити напрацьовані в літературі підходи до грошей та спробувати, за можливості, поширити такі висновки щодо криптовалюти.

У науковій літературі виділяють такі функції грошей:

- міра вартості – гроші вимірюють вартість товарів;
- засоби обігу – гроші виконують функцію оплати за товари та послуги, тим самим опосередковуючи їх обіг;
- засіб платежу – на відміну від засобу обігу, гроші можуть виступати як засіб платежу без зустрічної передачі товару у той самий час (кредит) або взагалі (сплата податків і зборів);
- тезаврація – вилучення з обігу частини власних коштів з метою накопичення;
- світові гроші – поширення єдиного фінансового процесу на об'єднання та співтовариства держав;
- офіційний платіжний засіб – закріплений в законодавстві платіжний засіб³⁶⁷.

Розглядаючи зазначені функції грошей, варто проаналізувати, чи можливе їх виконання криптовалютами.

На сьогодні виступати мірою вартості криптовалюти поки що не можуть, оскільки сама вартість криптовалюти встановлюється через її прив'язку до однієї з резервних валют, таких як долар або євро. Криптовалюти можуть виступати як засіб обігу за умови згоди обох сторін на визнання оплати за товар або послугу криптовалютою належним виконанням сторони свого зобов'язання з оплати. Як засіб платежу криптовалюта може застосовуватись з певними застереженнями. Так, отримання

³⁶⁶ В Украине впервые официально продали квартиру за криптовалюту. *Интернет-журнал AIN.UA*. URL: <https://ain.ua/2017/09/26/kvartiru-za-ethereum/> (дата звернення: 10.08.2021); Перечень компаний, которые принимают bitcoin (биткоин) за свои услуги или товары в Украине. *Сайт інформаційно-просвітельського центру «Посольство Bitcoin»*. URL: <https://www.embassyofbitcoin.com/service-and-items-for-bitcoin-in-ukraine/> (дата звернення: 10.08.2021).

³⁶⁷ Харьковская цивилистическая школа: объекты гражданских прав : монография / под общей ред. И. В. Спасибо-Фатеевой. Харьков : Право, 2015. С. 284–286.

та сплата кредиту у криптовалюти можлива, однак фактично це не буде кредит, а скоріше позика, оскільки вона здійснюватиметься приватною особою для іншої приватної особи на умовах, що визначені сторонами в конкретному випадку. Відповідно до ст. 1054 ЦК України кредит може бути наданий виключно банком або іншою фінансовою установою. Тому надання криптовалюти приватною особою, яка не є банком або фінансовою установою, відповідно до українського законодавства не є кредитом. Практика надання позик у криптовалюти існує і здійснюється на р2р (peer-to-peer) біржах криптовалюти³⁶⁸. Сплата податків у криптовалюти можлива, наприклад, в американському штаті Огайо³⁶⁹ та канадському місті Іннісфіл³⁷⁰. Така практика існує, однак вона є непопулярною, а радше, застосовується місцевими органами влади для створення сприятливого економічного клімату для розвитку інноваційних технологій у конкретному регіоні, оскільки на сьогодні велика кількість стартапів застосовує як розрахунки загалом, так і метод залучення інвестицій криптовалюти зокрема. Функція тезаврації (накопичення) для криптовалюти є дуже популярною, оскільки вона має певний побічний ефект. За рахунок коливання курсу криптовалюти до фіатних або резервних валют просте накопичення криптовалюти може приносити прибуток за умови, якщо її було придбано за ціни нижчої, ніж буде продано в майбутньому. Тому вилучення з обігу та збереження певної кількості власної криптовалюти можливе та часто є доцільним, а для більшості – суттєвим способом збільшення власного капіталу у національній валюті або одній із резервних (долар США, євро, японська йена, британський фунт та ін.). Функцію світових грошей

³⁶⁸ Кредиты в криптовалоте. Как получить и стоит ли брать. Бесплатный финансовый супермаркет SOVET.UA. URL: <https://soviet.ua/crypto-info/kredityi-v-kriptovalyute-kak-poluchit-i-stoit-li-brat> (дата звернення: 10.08.2021).

³⁶⁹ Жители Огайо смогут оплачивать налоги биткоинами. *Сайт RBC.RU*. URL: <https://www.rbc.ru/crypto/news/5bfbce3c9a79478274ee02b8> (дата звернення: 10.08.2021).

³⁷⁰ Канадське місто збиратиме податки криптовалютою. *Мультимедійна платформа інформлення України «Укрінформ»*. URL: <https://www.ukrinform.ua/rubric-technology/2669549-kanadske-misto-zbiratime-podatki-kriptovalutou.html> (дата звернення: 10.08.2021).

криптовалюти виконувати не можуть, оскільки з тих чи інших причин уряди країн поки що не застосовують в розрахунках між собою криптовалюту та не поспішають впроваджувати систему розрахунку криптовалютою не тільки транскордонно, а й в середині окремих країн. Застосування криптовалюти як офіційного платіжного засобу можливе також із великими застереженнями. Фактично офіційний платіжний засіб виконує дві функції: нормативне закріплення можливості сплати національних податків у зазначеній валюті та визнання як законного засобу платежу. Кредитор втрачає право на одержання відсотків за період відмови від прийняття платежу законним платіжним засобом, а також зобов'язаний компенсувати боржникові збитки, що виникають в останнього у зв'язку з неприйняттям грошей кредитором³⁷¹. Як експеримент криптовалюту Petromoneda як законний платіжний засіб було створено та введено у Венесуелі. Однак фактично такий експеримент зазнав краху, оскільки парламент Венесуели констатував порушення Конституції під час створення зазначеної криптовалюти, а сама вона у незалежному публічному каталозі первинних розміщень токенів (ICOindex) отримала статус Scam (афера, фінансова махінація). Більше того, Petromoneda загалом спеціалістами не відноситься до криптовалют, хоча президент Венесуели позиціонує Petromoneda як криптовалюту³⁷².

З наведеного вище можна зробити висновки, що криптовалюти здатні виконувати певні функції грошей, однак на сьогодні відсутні прецеденти повного визнання криптовалют як одного з виду валюти та, таким чином, надання їй можливості безперешкодно виконувати всі функції грошей.

Окремо О. П. Подцерковним визначаються юридичні ознаки грошей. Основною юридичною ознакою грошей є наявність закону, як правило конституційного, що встановлює вид і номінал грошової одиниці. І якщо інші об'єкти майнових прав

³⁷¹ Подцерковний О. П. Юридичні властивості грошей. *Вісник Запорізького національного університету*. 2005. № 2. С. 91.

³⁷² Боливар не вынесет биткойн: как Венесуэла полюбила криптовалюты и проигнорировала Petro. *Интернет сайт «Новая Газета»*. URL: <https://www.novayagazeta.ru/articles/2019/03/25/79988-bolivar-ne-vyneset-bitkoyn> (дата звернення: 10.08.2021).

можуть так чи інакше існувати поза прямим державним регулюванням, то гроші, за відсутності державного санкціонування, є ні чим іншим, як одним із предметів певних родових ознак, які не наділяються юридичними властивостями грошей. Це означає, що несанкціоновані законом предмети, що навіть володіють більшістю економічних властивостей грошей (як, наприклад, злитки золота), все ж ніколи не набудуть юридичних властивостей грошей, про які піде мова далі. Другою юридичною ознакою грошей є грошова одиниця, виражена в певному номіналі, що надає можливість враховувати гроші при погашенні майнових боргів. Третьою юридичною ознакою грошей може бути названа натурально-речовинна визначеність грошового знака, що полягає в наявності формалізованих вичерпних зовнішніх і внутрішніх характеристик, що ідентифікують даний предмет. Четвертою ознакою виступає наявність організованої державою грошової системи, правил емісії та форм обігу грошей. П'ятою юридичною ознакою є наявність мір юридичного забезпечення легальної платіжної сили грошей, які полягають у тому, щоб забезпечити використання грошей як засобів погашення боргів³⁷³.

Основоположною юридичною властивістю грошей – нормативним закріпленням виду та номіналу грошей – криптовалюти не володіють. Натомість вони можуть набувати різних видів, створюватись всіма бажаними, і єдині правила, які встановлюються щодо них, є правила роботи алгоритмів, на яких базується функціонування тої чи іншої криптовалюти.

У 2017 р. Національний банк України, Національна комісія з цінних паперів та фондового ринку і Національна комісія, що здійснює регулювання у сфері ринків фінансових послуг, випустили спільний прес-реліз під назвою «Спільна заява фінансових регуляторів щодо статусу криптовалют в Україні»³⁷⁴, в якому зазначалось,

³⁷³ Подцерковний О. П. Юридичні властивості грошей. *Вісник Запорізького національного університету*. 2005. № 2. С. 90.

³⁷⁴ Спільна заява фінансових регуляторів щодо статусу криптовалют в Україні. *Офіційне інтернет-представництво Національного банку України*. URL: https://bank.gov.ua/control/uk/publish/article?art_id=59735329 (дата звернення: 10.08.2021).

що з огляду на чинні норми законодавства України поняття «криптовалюта» та регулювання операцій з нею не підпадають під режим регулювання:

– обігу грошових коштів. Оскільки криптовалюта не існує у формі банкнот, монет, записів на рахунках у банках, вона не може бути визнана грошима (грошовими коштами, коштами, грошовими знаками) у трактуванні українського законодавства;

– валютного законодавства. Оскільки криптовалюта не має прив'язки до грошової одиниці жодної з держави, вона не може бути визнана валютою або законним платіжним засобом іноземної держави та не є валютною цінністю в трактуванні валютного законодавства;

– обігу електронних грошей та використання платіжних засобів. Оскільки криптовалюта не випускається банком і не є грошовим зобов'язанням певної особи, вона не може бути визнана електронними грошима;

– цивільних правовідносин щодо регулювання діяльності із цінними паперами. У криптовалюти відсутні ознаки документа та емітента, а саме: немає установленної форми документа з відповідними реквізитами, що посвідчує грошове або інше майнове право, немає визначення взаємовідносин емітента цінного папера (особи, яка видала цінний папір) і особи, яка має права на цінний папір, та не передбачає виконання зобов'язань за таким цінним папером, а також можливості передачі прав на цінний папір та прав за цінним папером іншим особам. А отже, криптовалюта не може бути цінним папером;

– крім того, у криптовалюти відсутні ознаки документа у вигляді грошових знаків, відсутній емітент, а також відсутня мета виготовлення. Таким чином, криптовалюта не може бути визнана грошовим сурогатом (згідно з його визначенням у Законі України «Про Національний банк України»).

Зазначені висновки, з одного боку, ілюструють неможливість віднесення криптовалют до існуючих об'єктів, визначення яких міститься в законодавстві, а з іншого – може вказувати на те, що сучасне законодавство України не таке вже й сучасне, оскільки

існування певного феномена в цифровому просторі, що одночасно опосередковує товарообіг, може виступати платіжним засобом, засобом накопичення, не знайшло адекватного відображення в законодавстві, а відносини щодо цього феномена жодним чином не врегульовані.

Криптовалюти є різновидом так званих блокчейн-токенів. Слід зробити застереження, що повністю ототожнювати криптовалюту та блокчейн-токени є помилкою, оскільки криптовалюта, фактично, є саме різновидом блокчейн-токену. Однак використання одних і тих самих технологій накладає обов'язок розглянути інший різновид блокчейн-токену, який може бути розцінено як цінні папери.

Блокчейн-токен – це створений на технології блокчейн цифровий актив, який має певну цінність (найчастіше економічну, у виняткових випадках репутаційну або іншу нематеріальну цінність) і який можна отримати в обмін на фіатні гроші або криптовалюту, за певну активність або безоплатно – в залежності від призначення токена і умов його поширення. Токен може використовуватися для обміну на послугу або товар компанії, яка його випустила. Це так званий продуктивний (utility) токен. Існують також токени-криптовалюти (coin token), які виконують функцію платіжного засобу, і токени, що володіють ознаками цінних паперів (токени-акції і токени-облігації). Останні дають власникові право на частину прибутку компанії, яка їх випустила, рідше – право голосу в компанії. У процесі розгляду у Верховному Суді США справи Комісії з цінних паперів та бірж США (The United States Securities and Exchange Commission – SEC) проти Howey (компаній W. J. Howey Co. та Howey-in-the-Hills Service, Inc.) було розроблено метод визначення наявності в угоді інвестиційного договору. Інвестиційний договір розглядається як різновид цінного паперу. В контексті блокчейн-токенів тест Howey може бути сформульований як поєднання трьох незалежних елементів (третьій елемент еквівалентний третьому і четвертому пунктам традиційного тесту Howey). Токен буде вважатися цінним папером за умови виконання всіх трьох пунктів:

1. Підтверджено факт інвестування грошей...
2. ...в загальне підприємство...
3. ...з очікуванням отримання прибутку переважно в результаті діяльності інших осіб³⁷⁵.

Розміщення токенів можна порівняти з оголошенням проспекту емісії акцій. Аналогія не досить вдала, оскільки проспект емісії є етапом розміщення саме цінних паперів у вигляді акцій, тоді як розміщення токенів може і не бути розцінене як розміщення цінних паперів, однак в українському законодавстві відсутні адекватні аналогії для ілюстрації. Отже, розміщення токенів відповідно до критеріїв тесту *Howey* розцінюється у США як розміщення цінних паперів і підлягає регулюванню Комісією з цінних паперів та бірж США (The United States Securities and Exchange Commission – SEC).

Цікавим є положення Концепції розвитку цифрової економіки та суспільства України на 2018–2020 роки, яка затверджена Розпорядженням Кабінету Міністрів України від 17 січня 2018 р. № 67-р, щодо напрямів цифрового розвитку у сфері безготівкових розрахунків. Так, в Концепції зазначається, що лібералізація законодавчої, нормативної, регуляторної політики держави у сфері використання безготівкових розрахунків, а також лібералізація валютного регулювання з метою максимального усунення нормативних бар'єрів у сфері використання міжнародних систем і технологій безготівкових розрахунків дасть потужний поштовх для розвитку цифрової економіки³⁷⁶. Фактично технологію криптовалют можна розглядати виключно як технологію безготівкового розрахунку. Звичайно, в цій технології існує окремих

³⁷⁵ Тест *Howey*: когда токен можно считать ценной бумагой. Принципы разработки и продажи блокчейн-токенов. *Интернет-сайт medium.com*. URL: <https://medium.com/digital-finance-ru/тест-howey-когда-токен-можно-считать-ценной-бумагой-b3e1a44f4d16> (дата звернення: 10.08.2021); *SEC v. Howey Co.*, 328 U.S. 293 (1946). *US Supreme Court Center*. URL: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/328/293/> (дата звернення: 10.08.2021).

³⁷⁶ Про схвалення Концепції розвитку цифрової економіки та суспільства України на 2018–2020 роки та затвердження плану заходів щодо її реалізації. *Єдиний веб-портал органів виконавчої влади України «Урядовий портал»*. URL: <https://www.kmu.gov.ua/ua/npas/pro-sh-valennya-koncepciyi-rozvitku-cifrovoyi-ekonomiki-ta-suspilstva-ukrayini-na-20182020-roki-ta-zatverdzhennya-planu-zahodiv-shodo-yiyi-realizaciyi> (дата звернення: 10.08.2021).

об'єкт – коін, тобто одиниця виміру самої валюти, однак його може бути використано саме для здійснення безготівкових розрахунків, після чого його можна буде конвертувати в будь-яку валюту за бажанням власника. До переваг такого підходу крім загальних переваг технології криптовалют можна також віднести вартість таких трансакцій, оскільки вона, порівняно зі звичайними банківськими операціями всередині країни або, наприклад, SWIFT платежами, є вкрай низькою.

В. В. Посполітак зазначає, що за своєю технологічною природою «криптовалюта» є сукупністю інформації, оскільки в його основі лежить зашифрований масив даних про всі операції, які були проведені в мережі за весь час її існування. Але її цінність полягає не в цій інформації. Ця інформація є лише підтвердженням існування одиниці «криптовалюти». Тому видається, що правильніше говорити про певний нематеріальний актив, правова природа якого має ще досліджуватися, але який може бути об'єктом цивільних прав за ст. 177, 178 Цивільного кодексу України³⁷⁷.

В. М. Махінчук пропонує визнавати криптовалюту засобом міни, як перший крок до врегулювання правовідносин щодо неї³⁷⁸. Такий підхід можливий та був би доцільним першим кроком до врегулювання правовідносин щодо криптовалют. За таких обставин немає необхідності розробляти концепцію правової природи криптовалют як об'єкта правовідносин. Однак такий підхід можливий виключно на першому етапі правового регулювання відносин щодо криптовалют.

С. Є. Чаплян пропонує для врегулювання правовідносин щодо криптовалют здійснити запровадження інституту бездокументарних електронних грошових сурогатів, який би охоплював, в тому числі, й криптовалюту³⁷⁹. У ст. 1 Закону України

³⁷⁷ Посполітак В. В. «Криптовалюта»: об'єктивна реальність та її правове регулювання. *Актуальні проблеми інтелектуального, інформаційного та ІТ-права* : збірник тез Другої всеукраїнської науково-практичної конференції, м. Львів, 27–28 жовтня 2017 р. С. 212–213.

³⁷⁸ Махінчук В. М. До питання правового регулювання криптовалют (аналіз закордонного досвіду). *IUS PRIVATUM* № 1, 2018. С. 42.

³⁷⁹ Чаплян С. Є. Правовий статус криптовалют. *Зовнішня торгівля: економіка, фінанси, право*. 2018. № 2. С. 160.

«Про Національний банк України» зазначається, що грошовий сурогат – будь-які документи у вигляді грошових знаків, що відрізняються від грошової одиниці України, випущені в обіг не Національним банком України і виготовлені з метою здійснення платежів в господарському обороті, крім валютних цінностей. Також у ст. 32 цього Закону зазначається, що випуск та обіг на території України інших грошових одиниць і використання грошових сурогатів як засобу платежу забороняється. Пропозиція запровадити інститут бездокументарних електронних грошових сурогатів, який би охоплював в тому числі й криптовалюту, виглядає не досить доцільною, оскільки за таких обставин, у разі запровадження цілого інституту, слід буде розробляти окремі засоби боротьби з негативними явищами, яких вдалось уникнути через відсутність такого інституту та заборону використання грошових сурогатів як засобу платежу. Криптовалюта є досить надійним об'єктом, що виконує покладені на нього функції, однак відсутні гарантії, що поряд із ним не виникнуть ризикові об'єкти, які будуть відповідати критеріям інституту, але будуть нести в собі невиправдані ризики. З іншого боку, слід зазначити, що сама по собі криптовалюта носить, крім інших, ознаки саме запропонованого С. Є. Чапляном об'єкта – бездокументарного грошового сурогату.

На сьогодні на розгляді Верховної Ради України знаходиться Проект Закону «Про віртуальні активи»³⁸⁰, в якому визначається, що віртуальний актив – нематеріальне благо, що є об'єктом цивільного обігу, має вартість, виражене сукупністю даних в електронній формі та існує в системі обігу віртуальних активів. Віртуальний актив може посвідчувати майнові або немайнові права, зокрема права вимоги на інші об'єкти цивільних прав. Також в зазначеному проекті пропонуються зміни до ЦК України, щодо включення віртуальних активів до цивільного обороту. Також визначення віртуального активу міститься в Законі України

³⁸⁰ Проект Закону про віртуальні активи. *Офіційний веб-портал Верховної Ради України*. URL: https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=69110 (дата звернення: 10.08.2021).

«Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення». В цьому Законі визначено, що віртуальний актив – цифрове вираження вартості, яким можна торгувати у цифровому форматі або переказувати і яке може використовуватися для платіжних або інвестиційних цілей. Слід зазначити, що визначення одного й того самого об'єкта в проекті та чинному законі відрізняються. Так, вони (за умови прийняття проекту) регулюють різні правовідносини, однак це не сприятиме прозорості та однозначності законодавчого підходу.

Висновки. Серед перерахованих підходів до природи криптовалют можна зазначити, що її можливо визнати грошима (безготівковими, електронними або грошовим сурогатом тощо), цінними паперами, засобом міни, технологією безготівкового розрахунку або одразу всіма цими об'єктами, оскільки криптовалюта може виконувати всі їх функції. На сьогодні органи, які могли б регулювати криптовалюту, такі як Національний банк України, Національна комісія з цінних паперів та фондового ринку зайняли позицію спостерігачів, хоча ніщо не заважає провести експеримент, визначивши окрему та обмежену економічну зону, де можливо було б в рамках розробленого та затвердженого нормативного акта вступати в правовідносини щодо криптовалют. Для цього вже є певні напрацювання в інших країнах, практика судів інших країн. Беззаперечним є той факт, що відсутність правового регулювання правовідносин щодо криптовалют не є адекватним реагуванням держави та її органів на виклики сучасності.

8.3. Смарт-контракт

Однією з технологій, що має свої витоки з блокчейн, є технологія смарт-контрактів. Смарт-контракт (англ. Smart contract – «розумний контракт») – різновид угоди у формі закодованих математичних алгоритмів, укладення, зміна, виконання і розірвання яких можливо лише з використанням комп'ютерних програм

(блокчейн-платформ) в рамках мережі Інтернет³⁸¹. Наведене визначення є неідеальним, оскільки використовує усталений категоріальний апарат, який трошки «відстає» в еволюційному плані від рівня розвитку технологій як у відповідній сфері, так і взагалі. Однак незважаючи на недосконалість, таке визначення дає можливість зрозуміти, чим є смарт-контракт.

Основне питання, яке можна було б ставити при дослідженні смарт-контракту, чи є смарт-контракт електронною формою, чи чимось іншим.

Відповідно до ст. 205 ЦК України правочин може вчинятися усно або в письмовій (електронній) формі. Сторони мають право обирати форму правочину, якщо інше не встановлено законом. Відповідно до ст. 639 ЦК України договір може бути укладений у будь-якій формі, якщо вимоги щодо форми договору не встановлені законом. Системне тлумачення норми ст. 205 ЦК України надає змогу вести мову про те, що спосіб волевиявлення є родовим поняттям, яке включає в себе форму правочину³⁸². Тобто форма правочину є нічим іншим як способом волевиявлення.

Закон України «Про електронну комерцію» в п. 5 ч. 1. ст. 3 визначає електронний договір як домовленість двох або більше сторін, спрямовану на встановлення, зміну або припинення цивільних прав і обов'язків та оформлену в електронній формі. В той же час цей Закон визначає електронну форму надання інформації як спосіб документування інформації, що означає створення, запис, передачу або збереження інформації у цифровій чи іншій нематеріальній формі за допомогою електронних, магнітних, електромагнітних, оптичних або інших засобів, здатних до відтворення, передачі чи зберігання інформації. Електронною формою надання інформації вважається документування інформації, що дає змогу її відтворювати у візуальній формі, придатній для сприйняття людиною.

³⁸¹ Смарт-контракт. *Вікіпедія*. URL: https://uk.wikipedia.org/wiki/Розумний_контракт (дата звернення: 10.08.2021).

³⁸² Ромовська З. В. Українське цивільне право: загальна частина : підручник. Київ : Атіка, 2005. С. 360–361.

Тобто фактично як ЦК України, так і Закон України «Про електронну комерцію» під електронною формою договору (електронною формою надання інформації) визначають виключно носій даних, тобто саме форму втілення інформації про умови договору. Саме це має на увазі під словами «спосіб документування» в Законі України «Про електронну комерцію». Це також підтверджується аналізом ст. 205 ЦК України, в якій зазначення електронної форми договору здійснюється в дужках поряд з письмовою. Тобто ЦК України електронну форму розглядає як різновид письмової.

Переходячи до аналізу смарт-контракту, його слід розглянути більш детально, оскільки це нове явище, практика щодо якого ще не є усталеною.

Деякі автори пропонують поділити контракти, що мають ознаки «розумності», тобто автоматичного виконання, на такі категорії:

- паперова (електронна) форма з автоматизованою системою грошових транзакцій;
- паперова (електронна) форма з елементами, які виконуються в автоматичному режимі;
- паперова (електронна) форма та її точна копія, яка записана комп'ютерним кодом;
- договір повністю у формі комп'ютерної програми³⁸³.

Слід зазначити, що окрім автоматичного виконання, смарт-контракт має ще певні елементи, які є його невід'ємними частинами та виділяють це явище з-поміж інших, а серед наведених, насправді, смарт-контрактом є виключно договір у формі комп'ютерної програми, але навіть це можна стверджувати з певними умовами, що будуть викладені нижче.

Смарт-контракт є втіленням у програмному коді логіки договору для того, щоб програма автоматично могла виконати повністю або частково умови цього договору.

Будь-який смарт-контракт окрім того, що його необхідно скласти юридично, ще потрібно втілити у вигляді програмного коду,

³⁸³ Антон Тарасюк, Геннадій Тамашев «Smart-контракти серед юристів». URL: https://uz.ligazakon.ua/ua/magazine_article/EA010426 (дата звернення: 10.08.2021).

написаного у програмному середовищі відповідною програмною мовою. І якщо з юридичною складовою все зрозуміло, оскільки складання договору із визначенням сторін, їх прав та обов'язків є звичною та усталеною практикою, то для переходу від юридичної складової до програмного коду потрібні такі складові, без яких виконання смарт-контракту буде неможливе:

- предмет договору – програма повинна мати доступ до товарів або послуг за контрактом для того, щоб мати можливість надати доступ або навпаки припиняти його для сторін договору;
- цифровий підпис – всі учасники договору ініціюють (укладають) угоду, підписуючи контракт їх приватними цифровими ключами;
- умови контракту – умови смарт-контракту набувають форми точної послідовності операцій. Всі учасники контракту мають підписати ці умови;
- децентралізована платформа – смарт-контракт розгортається в блокчейн-мережі і розподіляється між вузлами цієї мережі³⁸⁴.

Отже, як видно з наведеного вище, смарт-контракт це не просто вираження інформації в електронному вигляді. Розберемо кожну складову окремо.

Доступ програми до предмета договору має бути втілено таким чином, щоб при отриманні програмою даних про виконання певної умови, вона мала можливість надати доступ до предмета договору, а за відсутності виконання такої умови – обмежити цей доступ. Варіантів втілення цього механізму є безліч. Це може бути або надання сигналу на склад, до відповідального працівника про те, що певній особі можна відвантажити певний вантаж, або навіть відкриття конкретних дверцят автоматичного складу, коли особа пройде ідентифікацію (автентифікацію).

Електронний підпис не є чимось новим на сьогодні. Його визначення міститься в п. 12 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про електронні довірчі послуги». Відповідно до зазначеного Закону електронний підпис – електронні дані, які додаються підписантом до інших

електронних даних або логічно з ними пов'язуються і використовуються ним як підпис. Слід зазначити, що підпис є унікальним і надає можливість як ідентифікувати користувача, так і визначити наявність його волевиявлення щодо набуття прав та обов'язків за договором у випадку наявності цього підпису після договору. Фактично це є аналог звичайного підпису особи на договорі, викладеному у письмовій формі, за винятком тих обставин, що цифровий підпис є стандартизованим і або підпадає під регулювання законодавства, або має бути прийнятним для мережі, у якій виконується смарт-контракт. При тому, що друга обставина щодо прийнятності в мережі є обов'язковою, тоді як наявне законодавче регулювання певного виду цифрового підпису не є обов'язковою умовою для виконання смарт-контракту.

Умови смарт-контракту, спочатку викладені у вигляді домовленості щодо умов договору, викладаються у вигляді програмного коду, що розрахований на отримання певних даних, їх обробки за заданою заздалегідь логікою, та видачі за результатом обробки нової інформації, в тому числі у вигляді команд, які виконуються автоматично.

Кожного разу, коли сторони укладають смарт-контракт, виникають не тільки правовідносини між сторонами смарт-контракту, а й між сторонами смарт-контракту, з одного боку, і учасниками мережі блокчейн – з іншого. Для того, щоб смарт-контракт виконувався, необхідно щоб учасники мережі здійснили обчислення, необхідні для реалізації алгоритмів блокчейн. За це вони отримують винагороду у вигляді цифрових активів. Ці активи можуть бути як частиною конкретної блокчейн-мережі, а їх оборот може бути обмежений виключно в рамках цієї мережі, або можуть використовуватися сторонні цифрові активи. Термін «цифрові активи» в даному випадку використаний не випадково, оскільки винагорода за обчислення може бути здійснена у досить складних об'єктах цифрового світу, які будуть відмінними один від одного настільки, що виключно таким широким за значенням терміном їх можна буде описати.

Однією з ознак смарт-контракту є його автономність – технологічно сформована децентралізована система, в якій всі закладені

³⁸⁴ Andrew Tar «Smart Contracts, Explained». URL: <https://cointelegraph.com/explained/smart-contracts-explained> (дата звернення: 10.08.2021).

умови смарт-контракту виконуються автоматично, без втручання людини. Тобто будь-яка умова контракту має бути можливою для виконання в рамках системи, а інші суб'єкти не мають можливості перешкодити такому виконанню³⁸⁵. Автономність проявляється в тому, що смарт-контракт у вигляді програми збирає дані, аналізує та в результаті видає нові дані та команди. Жоден з учасників мережі, жодна із сторін договору не може одноособово вплинути на виконання смарт-контракту. Це синергія від взаємодії рівності учасників мережі та їх великої кількості. Така властивість блокчейн мережі надає їй високий рівень захисту від несанкціонованого спотворення даних, зміни вже записаних та інших несанкціонованих втручань.

Для реалізації смарт-контракту сторони повинні виставити винагороду для учасників мережі блокчейн, в якій буде функціонувати смарт-контракт, а такі учасники, в свою чергу, повинні за цю винагороду здійснити обчислення, необхідні для реалізації блокчейн-алгоритмів. Ці правовідносини не можна вважати несуттєвими та такими, що не мають прямого відношення до смарт-контракту, оскільки без них він просто не запрацює. Так, з одного боку, обираючи мережу, в якій буде виконуватись смарт-контракт, особи здійснюють вибір, схожий на вибір інтернет-провайдера, однак не можна залишати поза увагою той факт, що мережа блокчейн є спільнотою рівних учасників, які долучились до самої мережі для того, щоб забезпечити її функціонування на правилах, які вони самі встановили, або на які погодились. Хоча не можна виключати й певний «сервісний» характер мережі, в якій виконується смарт-контракт.

На сьогодні основну складність в розповсюдженні смарт-контрактів складає той факт, що спеціалісти з програмування, які пишуть код самого контракту, мають розуміти детально правові нюанси написання. Або ж особами, що пишуть код смарт-контракту, мають бути юристи, що, в свою чергу, теж є дещо проблематичним.

Як приклад застосування смарт-контракту можна навести проект Gigbliss³⁸⁶. В межах цього проекту, який здійснювався

³⁸⁵ Мамчур Л., Недибалок О. Цивільно-правові реалії допустимості використання смарт-контракту у договірних відносинах. *Історико-правовий часопис*. 2018. № 2 (12). С. 91.

³⁸⁶ Prototype_Gigbliss. URL: <https://blogs.ec.europa.eu/eupolicylab/blockchain4eu/gigbliss/> (дата звернення: 10.08.2021).

за координації Лабораторії політики ЄС Об'єднаного дослідницького центру Європейської Комісії (JRC) та Генерального директорату внутрішнього ринку, підприємництва та малого і середнього бізнесу Європейської Комісії (DG GROW), було розроблено три побутові пристрої – фени, які втілювали в собі різні рівні автоматизації процесу купівлі електроенергії для використання цього фена. Суть полягала в тому, щоб фен, а точніше смарт-контракт, який було у ньому встановлено, міг самостійно купувати електроенергію в той час, коли на неї буде найменша ціна, в тому числі використовуючи ф'ючерсні контракти. Ці пристрої є втіленням концепцій різних способів взаємодії між людиною та пристроєм. Така взаємодія може бути заснована на повному контролі з боку людини, на частковій автоматизації та повній автоматизації процесу придбання електроенергії. Враховуючи наростаючу диверсифікацію постачальників електроенергії (середні електростанції місцевого значення, приватні домогосподарства, оснащені пристроями генерації електроенергії, яку вони постачають до загальної мережі), ціна на електроенергію може бути змінною залежно від співвідношення пари попит–пропозиція. Пристрій з повністю автоматичним виконанням смарт-контракту може не тільки придбати електроенергію за найнижчою ціною, а й навіть продати її, коли ціна на неї стане більшою за ціну покупки, тим самим заробляючи для свого власника. Звичайно ці пристрої є концептами, тобто вони на даний час не випускаються масово, однак вони чудово ілюструють можливості смарт-контрактів. Такий смарт-контракт, встановлений на установці генерації та зберігання електроенергії, надасть можливість автоматизувати закупівлю електроенергії для приватного домогосподарства та навіть заробляти для його власника у повністю автоматичному режимі, укладаючи вигідні договори купівлі в мережі електроенергії, накопичуючи її в пристроях зберігання (акумуляторах) та продаючи її тоді, коли це буде вигідно. Все це за коректних налаштувань, буде відбуватися без жодного впливу на споживання електроенергії власником цієї установки.

На наведеному вище прикладі ми можемо побачити як смарт-контракт може змінити договірні правовідносини. Особа,

що його запускає, задає параметри і більше може не втручатись. Це схоже на ситуацію, коли особа пропонує укладення публічного договору як купівлі, так і продажу електроенергії. Однак відповідно до ч. 4 ст. 633 ЦК України підприємець не має права відмовитися від укладення публічного договору за наявності у нього можливостей надання споживачеві відповідних товарів (робіт, послуг). У разі необґрунтованої відмови підприємця від укладення публічного договору він має відшкодувати збитки, завдані споживачеві такою відмовою. А в нашому випадку смарт-контракт буде здійснювати купівлю та продаж тільки за певних умов, які будуть у нього закладені його власником, укладаючи угоди тільки з тими, хто відповідає заданим критеріям.

Як одну з проблем блокчейн-технології взагалі та смарт-контрактів зокрема розглядають анонімність сторін контракту. Однак ця проблема вирішується шляхом закріплення на законодавчому рівні вимоги щодо можливості безальтернативної ідентифікації користувача, який підписав смарт-контракт. Якщо бути точним, то в смарт-контрактах йдеться не про анонімність, а про псевдонімізацію, тобто користувачі діють під псевдонімами. Однак все одно їх псевдоніми є сталими, оскільки в іншому разі складно буде довести, що, наприклад, активи, які були зараховані на рахунок особи з певним псевдонімом, насправді належать конкретній фізичній особі – учаснику цивільних правовідносин. Для врегулювання цього питання немає необхідності в забороні псевдонімів. Просто після проходження ідентифікації особа зобов'язана буде декларувати свої псевдоніми. У випадку ж незадекларованих псевдонімів – активи з них можуть бути або заблоковані, або конфісковані на користь держави.

Найпоширеніші сфери застосування смарт-контрактів є сфера логістики (договори перевезення, складського зберігання та обробки вантажів, страхування тощо). Коли існує ланцюжок із учасників правовідносин, що знаходяться територіально далеко один від одного, а велика частина дій виконується за дорученням – можливості смарт-контракту розкриваються на повну. Автоматичне підтвердження виконаної умови договору, автоматичне списання коштів за надані послуги – все це пропонується як функціонал смарт-контрактів.

Висновки. Смарт-контракт не повністю відповідає сучасному стану законодавства України. Але слід зазначити, що він не суперечить йому, а є результатом еволюції вже існуючих інститутів, таких як електронна форма договору, цифровий підпис, публічний договір. Поєднуючи в собі ці підінститути, комбінуючи їх в межах високотехнологічного продукту, який має високий ступінь захисту від несанкціонованого спотворення даних завдяки технології блокчейн, смарт-контракт не можна визнати електронною формою договору. Він є окремим видом договору, оскільки є комплексним та має ознаки, які виходять за межі категорії «форма договору». Для того, щоб адекватно врегулювати смарт-контракти, необхідно вносити зміни не до ст. 205 або ст. 639 ЦК України, а додавати статтю до глави 52 ЦК України, в якій слід закріпити правомірність автоматичного укладення та здійснення дій смарт-контрактом, згоду на які було надано сторонами такого смарт-контракту шляхом здійснення цифрового підпису цього контракту його сторонами.

РОЗДІЛ 9. ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН ІЗ НАДАННЯ ЮРИДИЧНИХ ПОСЛУГ

В процесі здійснення та захисту прав і свобод, кожна особа має право звернутись за наданням послуг з правової допомоги. Це право гарантоване Конституцією України (ст. 59)³⁸⁷. Хоча українське законодавство, в тому числі і цивільне, не містить нормативної правової моделі регулювання відносин, що виникають із надання правової (правничої) допомоги (юридичних послуг), однак, враховуючи специфічний предмет таких послуг, для окремих видів договорів, що виникають на підставі надання юридичних послуг, існує спеціальне законодавство, що регулює сферу застосування таких договорів, про які йтиметься далі. На даному етапі констатуємо лише, що за своїм змістом ці відносини складають сутність відносин з надання послуг, а тому до них застосовуються положення цивільного законодавства про надання послуг, а також норми спеціальних актів, якими врегульовуються випадки надання окремих видів юридичних послуг.

Загалом відносини з надання юридичних (правничих) послуг включають в себе досить широке коло відносин, зокрема, відносини щодо надання правничої (правової) допомоги, відносини, що виникають на підставі юридичного консалтингу, юридичного обслуговування, доручення, підряду. При цьому науковці та практикуючі юристи досить часто ототожнюють відносини, що виникають на підставі договорів із надання юридичних послуг, з відносинами, що виникають на підставі договорів із надання правової допомоги, а також не розрізняють терміни «юридичні послуги», «юридична допомога» та «правова (правнича) допомога». На думку М. В. Стаматіної, у законодавстві, юридичній навчальній і науковій літературі терміни «правова допомога» і «юридична послуга»

³⁸⁷ Конституція України від 28 червня 1996 року № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.

використовуються досить часто, проте значення їх настільки різні і суперечливі, що в одних випадках виникає думка, що ці терміни тотожні, в інших – діаметрально протилежні, в третіх – мають підлеглий характер тощо, що значно ускладнює процес їх понятійного визначення і вживання³⁸⁸. Однак для того, аби зробити висновок, чи варто ототожнювати відносини, що виникають на підставі договорів із надання юридичних послуг, з відносинами, що виникають на підставі договорів із надання правової допомоги, а також як співвідносяться терміни «юридичні послуги», «юридична допомога» та «правова допомога», для початку необхідним є визначення поняття «послуга» та «допомога».

На законодавчому рівні визначення «послуги» закріплено в п. 17 ч. 1 Закону України «Про захист прав споживачів», відповідно до якого послуга – діяльність виконавця з надання (передачі) споживачеві певного визначеного договором матеріального чи нематеріального блага, що здійснюється за індивідуальним замовленням споживача для задоволення його особистих потреб³⁸⁹. На думку науковців, під послугою необхідно розуміти специфічний об'єкт цивільних прав, продукт корисної дії або діяльності, що не має майнового вираження, результат якої (послуги) не має юридичного значення і не може бути гарантованим, яка надається за завданням замовника і передбачає її надання особисто виконавцем і є невіддільним від нього (виконавця)³⁹⁰. Хоча саме таке визначення послуги має деякі суперечності, зокрема в частині, що результат послуги не має юридичного значення, адже при наданні юридичних послуг саме результат такої послуги має вирішальне значення для замовника (клієнта), а всі дії послугонадавача спрямовані на досягнення кінцевого результату.

³⁸⁸ Стаматіна М. В. Поняття та сутність безоплатної правової допомоги в Україні. *Право і безпека*. 2012. № 3. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Pib_2012_3_31 (дата звернення 10.08.2021).

³⁸⁹ Про захист прав споживачів : Закон України від 12.05.1991. *Відомості Верховної Ради УРСР*. 1991. № 30. Ст. 379. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1023-12#Text> (дата звернення 10.08.2021).

³⁹⁰ Телестакова А. А. Правове регулювання відносин з надання послуг : навч. посібник. К. : Центр учбової літератури, 2010. С. 53-54. URL: https://er.knutd.edu.ua/bitstream/123456789/14718/2/Telestakova_PRVNP_NP.pdf (дата звернення 10.08.2021).

Що ж стосується безпосередньо визначення «юридичні послуги», станом на сьогодні таке визначення в законодавстві України відсутнє, хоча до 01.01.2020 року (до моменту вступу в силу нової редакції Закону України «Про соціальні послуги»³⁹¹) поняття «юридичні послуги» було закріплене на законодавчому рівні в ст. 5 Закону України «Про соціальні послуги». Зокрема, під юридичними послугами в редакції Закону від 19.06.2003 року варто було розуміти надання консультацій з питань чинного законодавства, здійснення захисту прав та інтересів осіб, які перебувають у складних життєвих обставинах, сприяння застосуванню державного примусу і реалізації юридичної відповідальності осіб, що вдаються до протиправних дій щодо цієї особи, оформлення правових документів, адвокатська допомога, захист прав та інтересів особи тощо³⁹². 5 липня 2012 року на підставі Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» в абз. 7 ч. 4 ст. 5 Закону України «Про соціальні послуги» слова «адвокатська допомога, захист прав та інтересів особи тощо» було замінено словами «захист прав та інтересів особи, інша правова допомога тощо». Натомість в новій редакції Закону України «Про соціальні послуги», яка вступила в дію з 1 січня 2020 року, поняття «юридичні послуги» відсутнє.

В свою чергу, відповідно до Державного класифікатора продукції та послуг ДК 016:2010 юридичні послуги (секція М, код 69.10) включають в себе досить широкий вид послуг, а саме: послуги юридичні дорадчі та представницькі у сфері кримінального права, послуги юридичні дорадчі та представницькі щодо судових процедур у сфері підприємницького та торговельного права, послуги юридичні дорадчі та представницькі щодо судових процедур у сфері трудового права, послуги юридичні дорадчі та представницькі щодо судових процедур у сфері цивільного права, послуги юридичні у сфері патентних прав, авторських прав та інших прав

³⁹¹ Про соціальні послуги : Закон України від 17.01.2019 № 2671-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2019. № 18. Ст.73. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2671-19#Text> (дата звернення 10.08.2021).

³⁹² Про соціальні послуги : Закон України від 19.06.2003 № 966-IV (в редакції від 19.06.2003 року). *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 45. Ст. 358. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/966-15/ed20030619#Text> (дата звернення 10.08.2021).

інтелектуальної власності, послуги нотаріальні, послуги арбітражні та щодо примирення, послуги юридичні у сфері аукціонного продажу, послуги юридичні інші³⁹³. При цьому вважаємо, що під послугами щодо судових процедур варто розуміти саме надання правової (правничої) допомоги.

Щодо терміна «допомога», то відповідно до великого тлумачного словника сучасної української мови допомогою є сприяння, підтримка в чому-небудь³⁹⁴. В чинному законодавстві термін «юридична допомога» відсутній, однак з аналізу постанови Кабінету Міністрів України «Про звільнення від податку на добавлену вартість окремих видів юридичної допомоги» від 03 квітня 1993 року № 240 (втратила чинність на підставі постанови Кабінету Міністрів України від 29 листопада 1995 року № 957³⁹⁵) під юридичною допомогою розумілось консультації (роз'яснення) з правових питань і складання документів правового характеру, участь у кримінальних справах на попередньому слідстві, участь та представництво при розгляді кримінальних, адміністративних і цивільних справ у судах першої та касаційної інстанцій та у порядку нагляду³⁹⁶.

Водночас під правовою допомогою вчені пропонують розуміти будь-який вид допомоги, який надається адвокатами, на відміну

³⁹³ Державний класифікатор продукції та послуг ДК 016:2010 (Секція М. Абетковий показчик) від 11.10.2010 р. № 457. *Верховна Рада України. Законодавство України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v457m609-10#n2> (дата звернення 10.08.2021).

³⁹⁴ Великий тлумачний словник сучасної української мови: 250000 / уклад. та голов. ред. В. Т. Бусел. Київ; Ірпінь : Перун, 2005. VIII, 1728 с. URL: http://irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/ua/elib.exe?Z21ID=&I21DBN=UKRLIB&P21DBN=UKRLIB&S21STN=1&S21REF=10&S21FMT=online_book&C21COM=S&S21CNR=20&S21P01=0&S21P02=0&S21P03=FF=&S21STR=ukr0000728_3 (дата звернення 10.08.2021).

³⁹⁵ Про визначення такими, що втратили чинність, деяких рішень Уряду України з питань оподаткування : Постанова Кабінету Міністрів України від 29 листопада 1995 року № 957. *Верховна Рада України. Законодавство України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/957-95-%D0%BF#Text> (дата звернення 10.08.2021).

³⁹⁶ Про звільнення від податку на добавлену вартість окремих видів юридичної допомоги громадян : Постанова Кабінету Міністрів України від 3 квітня 1993 року № 240. *Верховна Рада України. Законодавство України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/240-93-%D0%B-F#Text> (дата звернення 10.08.2021).

від приватно-практикуючих юристів, які не є адвокатами (фахівці у галузі права), та юридичних осіб приватного права (юридичних фірм, юридичних компаній), що надають правові послуги³⁹⁷. Додамо, що законодавством України чітко визначені випадки надання правової допомоги, зокрема, в Законі України «Про безоплатну правову допомогу» описано порядок реалізації цього права, підстави та порядок надання безоплатної правової допомоги, державні гарантії щодо надання безоплатної правової допомоги. Також в п. 3 ч. 1 ст. 1 вказаного Закону міститься визначення правової допомоги, під якою необхідно розуміти надання правових послуг, спрямованих на забезпечення реалізації прав і свобод людини і громадянина, захисту цих прав і свобод, їх відновлення у разі порушення³⁹⁸.

Отже, на підставі вищенаведеного можемо зробити висновок, що термін «юридичні послуги» є більш ширшим, ніж термін «правова допомога» та «юридична допомога», а також, що правова допомога та юридична допомога є однією із форм надання юридичних послуг. Хоча існують і науковці, які, навпаки, вважають, що «юридична допомога» являє «собою більш широке поняття, ніж «юридичні послуги», і включає його в свій зміст»³⁹⁹. При цьому вважаємо за доцільне використовувати все-таки термін «правова (правнича) допомога», а не термін «юридична допомога». Також підтримуємо точку зору науковців, які вважають, що здійснити розмежування понять «правова допомога» та «юридична послуга» можливо як за суб'єктом одержання (допомогу отримує особа, яка перебуває в складній (проблемній) правовій ситуації, – об'єкт допомоги); суб'єктом надання (особою, яка наділяється особливим професійним статусом, – адвокатом), так і за механізмом здійснення та сферою правового регулювання

³⁹⁷ Личко В. С. Поняття та види правової допомоги. *Актуальні проблеми держави і права*. URL: <http://www.apdp.in.ua/v50/66.pdf> (дата звернення 10.08.2021).

³⁹⁸ Про безоплатну правову допомогу : Закон України від 02.06.2011 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2011. № 51. Ст. 577. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3460-17/ed20200718#Text> (дата звернення 10.08.2021).

³⁹⁹ Баскакова Д.В. К вопросу о коммерческой направленности юридических услуг. *Юриспруденция*. 2010. № 2. С. 12

(закріплення та гарантування конституційного права на правову допомогу)⁴⁰⁰.

Щодо загальної характеристики відносини із надання юридичних послуг, то такі відносини можуть виникати як на підставі договорів, зокрема про надання юридичних послуг, так і на підставі довіреностей, при цьому підстава виникнення таких відносин залежить від суб'єкта надання юридичних послуг та самого предмета юридичних послуг. В цілому договори про надання юридичних послуг необхідно розглядати як договори змішаного типу, що містять в собі елементи багатьох договорів, про які ми згадували вище, при цьому в кожному із таких договорів є свій предмет, а також у всіх цих договорах присутній ризик для клієнта (довірителя) настання небажаного результату у вигляді ненадання юридичних послуг або їх надання неналежним чином. До прикладу, у випадку укладення між клієнтом та адвокатом договору про надання правової допомоги на представництво інтересів клієнта в суді, адвокат не може гарантувати клієнту стовідсоткового виграшу у справі, таким чином, для клієнта завжди існує ризик. При цьому в договорах про надання юридичних послуг ключовим є не стільки досягнення конкретного результату (до прикладу, виграш в суді), скільки сукупність активних дій послугонадавача, тобто сам процес надання юридичних послуг, що спрямований на досягнення цілей, визначених в договорі про надання юридичних послуг (складання необхідних процесуальних документів, відстоювання інтересів клієнта в суді, пошук оптимальних заходів захисту, спрямованих на виконання предмета договору), що, в результаті, має призвести до бажаних для клієнта наслідків укладення такого виду договору. Отже, в договорах про надання юридичних послуг важливе значення відіграє сама особа послугонадавача, адже результат надання послуг залежить від освіти останнього, рівня його знань, досвіду, а також кваліфікації загалом.

⁴⁰⁰ Заборовський В.В. Стівідношення понять «правова допомога» та «правова послуга» в аспекті визначення сутності професійної діяльності адвоката. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. 2016. С. 135. URL: <https://dspace.uzhnu.edu.ua/jspui/bitstream/lib/15587/1/Заборовський%20СПІВВІДНОШЕННЯ%20ПОНЯТЬ%20«ПРАВОВА%20ДОПОМОГА»%20ТА%20«ПРАВОВА%20ПОСЛУГА».pdf> (дата звернення 10.08.2021).

З аналізу норм ст. 901 ЦК України, яка регулює загальні положення договору про надання послуг, можна зробити висновок, що під договорами про надання юридичних послуг варто розуміти договір, за яким одна сторона (виконавець) зобов'язується за завданням другої сторони (замовника) надати юридичну послугу, яка споживається в процесі вчинення певної дії або здійснення певної діяльності, а замовник зобов'язується оплатити виконавцеві зазначену юридичну послугу, якщо інше не встановлено договором.

Зазвичай договори із надання юридичних послуг укладаються у простій письмовій формі, однак існують випадки, коли такі договори можуть укладатись і в усній формі, до прикладу, у випадках надання консультацій та роз'яснень з юридичних питань, що здійснюються органами державної влади та органами місцевого самоврядування, у випадку разової консультації юристом або іншим послугонадавачем. Також договори із надання юридичної допомоги можуть укладатись у спрощеній письмовій формі (до прикладу, у нотаріусів, шляхом заповнення рядка у відомості).

Що стосується видів договорів із надання юридичних послуг, то такі договори можуть класифікуватись за різними критеріями та поділятись на різні види, зокрема:

1) договори із надання юридичних послуг, що передбачені чинним законодавством України (так звані поіменовані договори), до прикладу, договір про надання правової (правничої) допомоги, договір безоплатної правової допомоги (первинної/вторинної);

2) договори із надання юридичних послуг, що не передбачені актами законодавства, але відповідають загальним засадам законодавства (непоіменовані договори), до яких, як приклад, можна віднести договір про оплатне надання юридичних послуг, договір юридичного обслуговування, договір консультування.

Залежно від суб'єкта надання юридичних послуг (послугонадавача) договори юридичних послуг поділяються на:

1) договори із надання юридичних послуг із спеціальним суб'єктом (до прикладу, послугонадавачем за договором про надання правової (правничої) допомоги може бути адвокат, адвокатське об'єднання, адвокатське бюро);

2) договори із надання юридичних послуг із загальним суб'єктом (до прикладу, за договором про надання юридичних послуг стороною може бути фізична особа, яка має відповідний рівень знань для виконання предмета договору).

Враховуючи майновий інтерес для сторін договору, договори із надання юридичних послуг можуть бути: 1) оплатні та 2) безоплатні. При цьому зауважимо, що все-таки більша частина договорів із надання юридичних послуг є оплатними.

З огляду на оплатність договору для сторін:

1) договори із надання юридичних послуг, які є оплатними для замовника (клієнта) (до прикладу, договір про юридичне обслуговування, договір про надання правової (правничої) допомоги);

2) договори із надання юридичних послуг, які є безоплатними для клієнта (до прикладу, договори про надання безоплатної первинної та вторинної правової допомоги).

Щодо характеристики договорів із надання юридичних послуг, то до загальних ознак договорів юридичних послуг належать такі:

1. Договори про надання юридичних послуг є двостороннім правочином, за яким обов'язку виконавця з надання певної послуги кореспондує обов'язок замовника з її оплати (постанова Верховного Суду у справі № 927/986/17 від 18 березня 2020 року)⁴⁰¹.

2. Специфічність предмета договорів про надання юридичних послуг, що виражається у діях послугонадавача. При цьому предметом договору про надання юридичних послуг є не результат, а дії послугонадавача, які до нього призвели, про що ми згадували вище. До прикладу, 28 квітня 2020 року набрав чинності Закон України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення»⁴⁰². Відповідно

⁴⁰¹ Постанова Касаційного господарського суду у справі за № 927/986/17 від 18.03.2020 р. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/88277304> (дата звернення 10.08.2021).

⁴⁰² Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення : Закон України від 06.12.2019 № 361-ІХ. *Відомості Верховної Ради України* України. 2020. № 25. Ст.171. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/361-20#Text> (дата звернення 10.08.2021).

до ч. 4 перехідних положень вказаного Закону, юридичні особи, зареєстровані до набрання чинності цим Законом, надають державному реєстратору інформацію про кінцевого бенефіціарного власника в обсязі, визначеному цим Законом, та структуру власності протягом трьох місяців з дня набрання чинності нормативно-правовим актом, яким буде затверджена форма та зміст структури власності. На виконання та реалізацію відповідної норми Закону 19 березня 2021 року Міністерством фінансів України було видано Наказ № 163, яким затверджено Положення про форму та зміст структури власності⁴⁰³. Відповідно до вказаного Положення останнє відображає форму і зміст структури власності, яка з метою встановлення кінцевого бенефіціарного власника має в обов'язковому порядку надаватися державному реєстратору. Також встановлені строки, протягом яких юридичні особи, які зареєстровані до 28 квітня 2020 року, зобов'язані подати державному реєстратору структуру власності з 11 липня 2021 року по 11 жовтня 2021 року. У випадку невиконання Наказу, на юридичних осіб будуть накладені штрафи. Тому, враховуючи вищенаведене та з огляду на те, що не кожна юридична особа має у своєму штаті професійного юриста, підготовка документів щодо подання державному реєстратору відповідних відомостей буде відбуватися саме на підставі договорів про надання юридичних послуг. При цьому за договором про надання юридичних послуг, предметом якого буде підготовка структури власності юридичної особи, а також документів щодо бенефіціарного власника юридичної особи, замовник в кінцевому результаті отримує послуги щодо підготовки відповідних документів, тоді як кінцевим результатом є відповідна реєстрація, що, в свою чергу, здійснюється державним реєстратором. Отже, предметом договору про надання юридичних послуг є саме дії (сукупність дій), що призводять до кінцевого результату.

Від формулювання та чіткої визначеності предмета договору про надання юридичних послуг залежить належне виконання договору

⁴⁰³ Положення про форму та зміст структури власності : Наказ Міністерства фінансів України 19.03.2021 № 163. *Верховна Рада України. Законодавство України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0768-21#Text> (дата звернення 10.08.2021).

послугонадавачем. До прикладу, постановою Верховного Суду у складі колегії суддів Третьої судової палати Касаційного цивільного суду у справі № 752/12556/16-ц від 12 квітня 2021 року було залишено касаційну скаргу адвокатської фірми без задоволення, а рішення попередніх інстанцій – без змін, а суть справи полягала в тому, що у серпні 2016 року фізична особа звернулася з позовом до адвокатської фірми про розірвання договору та відшкодування збитків, завданих невиконанням договору. В обґрунтування позову ця особа вказувала, що 2 серпня 2015 року вона уклала договір про надання юридичних послуг, згідно з яким відповідач зобов'язався надати юридичні послуги шляхом представництва її інтересів в судах загальної юрисдикції України усіх інстанцій, а вона зобов'язалась оплатити ці послуги. На виконання умов договору особа сплатила відповідачу 8 556 грн. Оскільки відповідач не виконав умови договору, зокрема, не усунув недоліки поданої до суду заяви, не представляв її інтереси у суді першої інстанції, позивач, посиляючись на частину другу статті 10 Закону України «Про захист прав споживачів», просила розірвати вказаний договір та стягнути грошові кошти у сумі 10 856 грн., з яких 8 556 грн. – збитки, завдані невиконанням договору, та 2 300 грн. – збитки, завдані неналежним його виконанням. В результаті позовні вимоги фізичної особи було задоволено частково, договір про надання юридичних послуг – розірвано⁴⁰⁴.

Ще одним прикладом є випадки, коли у договорах про надання правової (правничої) допомоги не конкретизовано предмет, і в процесі розгляду справи можуть виникати питання щодо обмежень адвокатів у вчиненні певних дій (як приклад, чи має адвокат право на укладення від імені клієнта мирової угоди). Отже, нечітке формулювання предмета договору несе за собою негативні наслідки не лише для виконавця, а й для замовника.

3. Юридичні послуги, що є предметом договору про надання юридичних послуг, нерозривно пов'язані з особою надавача таких

⁴⁰⁴ Постанова Третьої судової палати Касаційного цивільного суду у справі за № 752/12556/16-ц від 12.04.2020 р. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reestr.court.gov.ua/Review/96208011> (дата звернення 10.08.2021).

послуг, що прямо впливає з ч. 1 ст. 902 ЦК України, де вказано, що виконавець повинен надати послугу особисто. Відповідно до ч. 2 вказаної статті у випадках, встановлених договором, виконавець має право покласти виконання договору про надання послуг на іншу особу, залишаючись відповідальним в повному обсязі перед замовником за порушення договору⁴⁰⁵.

4. Як ми вже зазначали вище, більша частина договорів із надання юридичних послуг є оплатними, а тому в договорі має бути чітко прописані підстави та терміни оплати за договором та чи є надання юридичних послуг на постійній основі, чи залежить ще від обсягу наданих замовником завдань, адже на практиці трапляються випадки, коли виконавець звертається до суду з позовною заявою до замовника про стягнення боргу за договором про надання юридичних послуг. До прикладу, виконавець звернувся із позовною заявою, в якій вказував, що у разі укладення договору про надання юридичних послуг та визначення щомісячної оплати, така оплата має здійснюватися незалежно від того, чи були юридичні послуги надані, чи ні. В постанові Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду у справі № 911/2756/18 від 11 березня 2020 року колегія суддів зробила висновок, що встановивши те, що Клієнт за період липень – жовтень 2018 року не надав Виконавцю завдання на виконання юридичних послуг за Договором і, відповідно, Виконавець не надав Клієнту відповідних послуг, та те, що умовами Договору не передбачено обов'язку Клієнта замовляти у Виконавця юридичні послуги на постійній основі, суди першої та апеляційної інстанцій дійшли обґрунтованих висновків про відсутність підстав для задоволення позову. Суд касаційної інстанції відхилив аргументи скажника про те, що суди попередніх інстанцій проігнорували та не дали правової оцінки зобов'язанням відповідача, передбаченим Договором, зокрема, що, на думку позивача, сторони узгодили щомісячне надання та оплату послуг та факт замовлення послуг і обов'язок відповідача забезпечити позивача всім необхідним для надання послуг, оскільки,

⁴⁰⁵ Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. *Офіційний вісник України*. 2003. № 11. Ст. 461.

як встановлено судами першої та апеляційної інстанцій, умовами Договору не передбачено обов'язку відповідача замовляти юридичні послуги у позивача на постійній основі, у тому числі і щомісячно⁴⁰⁶.

Досить важливим питанням, що стосується оплати, є стягнення витрат на користь клієнта за договором про надання правової (правничої) допомоги у разі виграшу справи в суді. Фактично, замовник (клієнт) оплачує послуги, надані за договором про надання правової (правничої) допомоги, однак у випадку задоволення вимог, суд вирішує питання щодо можливості стягнення судових витрат (які включають в себе витрати на професійну правничу допомогу) з іншої сторони у справі.

При стягненні витрат на правову допомогу слід враховувати, що особа, яка таку допомогу надавала, має бути адвокатом (ст. 6 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність») або іншим фахівцем у галузі права незалежно від того, чи така особа брала участь у справі на підставі довіреності, чи відповідного договору (ст. 12, ст. 46, ст. 56 ЦПК України). Витрати на правову допомогу мають бути документально підтверджені та доведені. Відсутність документального підтвердження витрат на правову допомогу, а також розрахунку таких витрат є підставою для відмови у задоволенні вимог про відшкодування таких витрат. При визначенні суми відшкодування суд має виходити з критерію реальності адвокатських витрат (встановлення їхньої дійсності та необхідності), а також критерію розумності їхнього розміру, виходячи з конкретних обставин справи та фінансового стану обох сторін⁴⁰⁷ (постанова Другої судової палати Касаційного цивільного суду у справі № 638/7748/18 від 23.11.2020 року).

Склад та розмір витрат, пов'язаних з оплатою правової допомоги, входить до предмета доказування у справі. На підтвердження

⁴⁰⁶ Постанова Касаційного господарського суду у справі за № 911/2756/18 від 11.03.2020 р. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/88149875> (дата звернення 10.08.2021).

⁴⁰⁷ Постанова Другої судової палати Касаційного цивільного суду у справі за № 638/7748/18 від 23.11.2020 р. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/93053487> (дата звернення 10.08.2021).

цих обставин суду повинні бути надані договір про надання правової допомоги (договір доручення, договір про надання юридичних послуг та інше), документи, що свідчать про оплату гонорару та інших витрат, пов'язаних із наданням правової допомоги, оформлені у встановленому законом порядку (квитанція до прибуткового касового ордера, платіжне доручення з відміткою банку або інший банківський документ, касові чеки, посвідчення про відрядження)⁴⁰⁸ (постанова Другої судової палати Касаційного цивільного суду у справі № 379/1418/18 від 30.09.2020 року).

В контексті оплатності договорів із надання юридичних послуг додамо, що норма про оплатність договору все ж таки є диспозитивною і не забороняє сторонам за їх бажанням укласти безоплатний договір про надання юридичних послуг. Якщо сторони укладають безоплатний договір про надання юридичних послуг, то правовідносини щодо надання юридичних послуг все одно є майновими. Тобто якщо за певних причин клієнт не платить за юридичні послуги, це не позбавляє майнової цінності надану допомогу⁴⁰⁹.

Отже, договори із надання юридичної допомоги є здебільшого оплатними двосторонніми правочинами із специфічним предметом, який нерозривно пов'язаний з особою надавача таких послуг.

В умовах сьогодення, враховуючи ситуацію з пандемією, вважаємо за необхідне більш детально зупинитись на правовому регулюванні надання юридичних послуг та, зокрема, порядок укладення договорів із надання юридичних послуг в електронній формі, так звані eContracts (e-правочини та e-договори). Спеціального законодавства, яке б регулювало порядок укладення та виконання договорів із юридичних послуг онлайн на сьогодні в Україні не існує, у зв'язку з чим застосуванню підлягають загальні норми ч. 1 ст. 205, ст. 207 ЦК України, ст. 181 ГК України, норми Закону України «Про

⁴⁰⁸ Постанова Другої судової палати Касаційного цивільного суду у справі за № 379/1418/18 від 30.09.2020 р. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/92020949> (дата звернення 10.08.2021).

⁴⁰⁹ Тропіна О. М., Дмитренко Г. М. *Поняття та види договорів із надання юридичних послуг. Право і суспільство*. 2010. № 4. URL: <http://pravoznavec.com.ua/period/article/1892/%D2> (дата звернення 10.08.2021).

електронну комерцію»⁴¹⁰, Закону України «Про електронні документи та електронний документообіг»⁴¹¹.

Закон України «Про електронну комерцію» визначає електронний договір як домовленість двох або більше сторін, спрямовану на встановлення, зміну або припинення цивільних прав і обов'язків та оформлення в електронній формі. В свою чергу, відповідно до ч. 1 ст. 205 ЦК України правочин може вчинятися усно або в письмовій (електронній) формі. Сторони мають право обрати форму правочину, якщо інше не встановлено законом. Отже, з огляду на норми законодавства, договір, укладений за допомогою інформаційно-телекомунікаційних систем (в електронній формі), має юридичне значення договору, укладеного в письмовій формі.

Сторонами договорів про надання юридичних послуг онлайн є замовник та виконавець, однак, крім вказаних сторін, учасником відносин з надання юридичних послуг онлайн завжди є постачальники послуг проміжного характеру в інформаційній сфері. Відповідно до ч. 2 ст. 6 Закону України «Про електронну комерцію» постачальниками послуг проміжного характеру в інформаційній сфері є оператори (провайдери) телекомунікацій, оператори послуг платіжної інфраструктури, реєстратори (адміністратори), що присвоюють мережеві ідентифікатори, та інші суб'єкти, що забезпечують передачу та зберігання інформації з використанням інформаційно-телекомунікаційних систем. З аналізу норм Закону України «Про електронну комерцію» випливає, що основним завданням постачальників послуг проміжного характеру є реєстрація доменних імен або IP-адрес, присвоєння інших мережевих ідентифікаторів, фіксація часу відправлення/надходження електронного повідомлення, надання доступу до мережі Інтернет та інших інформаційно-телекомунікаційних систем тощо.

⁴¹⁰ Про електронну комерцію : Закон України від 03.09.2015 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2015. № 45. Ст. 410. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/675-19#Text> (дата звернення 10.08.2021).

⁴¹¹ Про електронні документи та електронний документообіг : Закон України від 22.05.2003. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 36. Ст. 275. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/851-15#Text> (дата звернення 10.08.2021).

В цілому надання юридичних послуг онлайн, може бути двох видів:

1. Надання он-лайн послуг особами, які мають відповідну правову кваліфікацію (юристи, адвокати). Найпоширенішими формами надання онлайн послуг є саме юридичні консультації, онлайн-перевірка договорів та створення договорів кваліфікованими юристами. Також, з метою запобігання поширенню коронавірусної хвороби (COVID-19), учасники справи можуть брати участь у судовому засіданні в режимі відеоконференції поза межами приміщення суду з використанням власних технічних засобів, що також станом на сьогодні розширює можливості представника представляти інтереси клієнта в судовому засіданні онлайн (на підставі ст. 212 ЦПК України, ст. 197 ГПК України, ст. 195 КАС України, ст. 232, ст. 336 КПК України).

2. Надання онлайн-послуг сервісами, що діють завдяки автоматичному алгоритму. Станом на сьогодні до таких сервісів, до прикладу, належить платформа domjurista.ua. До функціоналу вказаної платформи належать:

2.1. *Domjurista Analytics* – сервіс на основі обчислювального інтелекту, який за наслідками інтелектуального аналізу спірної ситуації людини або юридичної особи зможе спрогнозувати результат розгляду цієї ситуації судом;

2.2. *Онлайн-аналіз договору* – що включає в себе алгоритм, який здатен виявляти значну кількість ризиків в договорах (невідповідність умов договору приписам закону, судовій практиці, наявні суперечності та інші) без значних людських витрат на аналіз. Практикуючі юристи тільки формують загальні остаточні рекомендації, які нададуть можливість уникнути виявлені ризики. Завдяки цьому сервіс є майже повністю автоматизованим і не використовує людський ресурс;

2.3. *Document Express* дозволяє швидко створювати різні документи на основі автоматизованих шаблонів, суттєво зменшуючи людський час на їх підготовку та виключаючи помилки, що виникають при підготовці документів вручну. Завдяки автоматизації, юристи можуть вивільнити час для роботи над більш важкими або цікавими завданнями⁴¹².

⁴¹² Офіційний сайт. URL: <https://domjurista.ua/> (дата звернення 10.08.2021).

Варто зауважити, що за останні роки досить великої популярності набирають і чат-боти. Зокрема, у 2020 році благодійним фондом «Право на захист» та швейцарсько-українською програмою EGAP (Фонд Східна Європа) було презентовано початок роботи безкоштовного чат-боту «Юридичний порадник для внутрішньоопереміщених осіб», який працює на платформах Viber і Telegram, а також є доступним у Facebook. Основною метою запуску чат-боту є надання юридичних послуг, а саме, допомоги щодо вирішення питань, що стосуються шести основних блоків, зокрема, «зайнятість», «сімейні питання», «смерть, поранення», «освіта», «виборчі права» та «карантин». Також є категорія питань і в розділі «Перетин і КПВВ», де можна отримати інформацію про в'їзд на тимчасово окуповану територію і виїзд із неї, виїзд за межі України, роботу КПВВ. Чат-бот дає відповіді на запитання про пенсії, особисті документи, соціальні виплати^{413, 414}.

Також вартій уваги і відомий чат-бот Опендатабот, за допомогою якого можна, до прикладу, дізнатись код ЄДРПОУ, назву фірми, її засновників, а також чи є у особи судимість та ін.⁴¹⁵

Отже, з вищенаведеного можна зробити висновок, що надання юридичних послуг онлайн набирає все більшої популярності та стає дедалі актуальнішим в умовах сьогодення.

Як вже було зазначено вище, договори із надання юридичних послуг можуть поділятися на поіменовані та непоіменовані. Щодо поіменованих договорів пропонуємо детальніше зупинитись саме на характеристиці договору про надання правової (правничої) допомоги та на договорі безоплатної правової допомоги.

Як відомо, в Україні професійна правнича допомога надається адвокатами, що прямо передбачено положеннями ст. 131² Конституції України. При цьому поняття професійної правничої

⁴¹³ Офіційний сайт EGAP. URL: <https://egap.in.ua/projects/chat-bot-iurydychniy-poradnyk-dlia-vpo/> (дата звернення 10.08.2021).

⁴¹⁴ Офіційний сайт Благодійного фонду «Право на захист». URL: <https://r2p.org.ua/> (дата звернення 10.08.2021).

⁴¹⁵ Офіційний сайт Опендатабот. URL: <https://opendatobot.ua/> (дата звернення 10.08.2021).

допомоги є більш вузьким поняттям, ніж надання юридичних послуг з огляду на предмет таких відносин та суб'єктний склад.

Правове регулювання відносин із надання юридичних послуг, що надаються адвокатами України, здійснюється, перш за все, на підставі Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», процесуальними кодексами України, а також іншими актами законодавства. Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» передбачено три види надання юридичних послуг адвокатом:

- 1) захист прав, свобод і законних інтересів особи (п. 5 ч. 1 ст. 1 Закону);
- 2) представництво, що полягає в забезпеченні реалізації прав і обов'язків клієнта (п. 9 ч. 1 ст. 1 Закону);
- 3) інші види правової допомоги (п. 6 ч. 1 ст. 1 Закону).

Особливим видом договорів із надання юридичних послуг адвокатом є саме договір про надання правової (правничої) допомоги. При цьому більшість процесуальних кодексів України вживають термін саме «правнича допомога» і, відповідно, «договір про надання правничої допомоги» (ст. 15, п. 1, п. 2 ч. 2 ст. 137 ЦПК України⁴¹⁶, ст. 16, п. 1, п. 2 ч. 3 ст. 134 КАС України⁴¹⁷, ст. 16, п. 1, п. 2 ч. 2 ст. 126 ГПК України⁴¹⁸). Проте в нормах КПК України використовується термін «правова допомога» (до прикладу, в ст. 20 КПК України). Водночас у ст. ст. 50–51 КПК України не конкретизовано назву договору, лише встановлено, що повноваження захисника на участь у кримінальному провадженні підтверджуються договором із захисником⁴¹⁹.

⁴¹⁶ Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 р. *Верховна Рада України. Законодавство України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15> (дата звернення 10.08.2021).

⁴¹⁷ Кодекс адміністративного судочинства України від 06.07.2005 р. № 2747-IV. *Верховна Рада України. Законодавство України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15> (дата звернення 10.08.2021).

⁴¹⁸ Господарський процесуальний кодекс України від 06.11.1991 р. № 1798-XII. *Відомості Верховної Ради України. Законодавство України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-12#Text> (дата звернення 10.08.2021).

⁴¹⁹ Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 р. № 4651-VI. *Верховна Рада України. Законодавство України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17> (дата звернення 10.08.2021).

Хоча термін «правнича допомога» і є відносно новим, адже на законодавчому рівні його було запроваджено із викладенням Цивільного процесуального кодексу України, Господарського процесуального кодексу України та Кодексу адміністративного судочинства України в нових редакціях, які вступили в законну силу від 15 грудня 2018 року, станом на сьогодні законодавчого визначення «правнича допомога», до якої, на наше переконання, входить професійна правнича допомога, а також безоплатна правнича допомога, з огляду на аналіз ст. 15 ЦПК України, ст. 16 КАС України, законодавство України не містить. Враховуючи вищенаведене, співвідношення понять «правова допомога» та «правнича допомога» є предметом дискусій.

При цьому незрозумілим залишається питання щодо узгодження гарантій, наданих в Конституції України, процесуальних кодексах України та законах України, адже ч. 1 ст. 15 ЦПК України, ч. 1 ст. 16 ГПК України, ч. 1 ст. 16 КАС України містять гарантії щодо прав учасників справи користуватись «правничою допомогою», а ч. 1 ст. 59 Конституції України містить гарантії виключно щодо права особи на «професійну правничу допомогу», при тому, що положеннями Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» передбачено надання саме правової допомоги адвокатом.

В п. 3.12 пояснювальної записки до проекту Закону України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» від 25.11.2015 року вказано, що заміна терміна «*правова допомога*» на «*правнича допомога*» обумовлена стандартами української мови, які визначають, що прикметник, застосований для позначення відповідного виду допомоги, походить від іменника, що позначає саму професію особи, яка надає таку допомогу. Іменником для позначення особи, яка надає послуги у сфері права (в юридичній сфері), є слово «правник». Отже, саме особи, що належать до правничої професії, надають професійну правничу допомогу. Право на професійну правничу допомогу – це гарантована Основним Законом держави можливість особи отримати високоякісні правничі послуги, які може забезпечити

лише професійний адвокат, який пройшов спеціальну підготовку, а не будь-яка інша особа⁴²⁰.

З огляду на наведене вище та враховуючи відсутність позиції законодавця щодо вказаного питання, ототожнення понять чи, навпаки, їх розмежування, вважаємо, що все-таки в законодавстві України терміни «правова допомога» та «правнича допомога» використовуються як синоніми та ототожнюються.

Вказане також підтверджується і висновком колегії суддів Конституційного Суду України, правом на правову допомогу є гарантована державою можливість кожної особи отримати таку допомогу в обсязі та формах, визначених нею, незалежно від характеру праввідносин особи з іншими суб'єктами права. Правова допомога є багатоаспектною, різною за змістом, обсягом та формами і може включати консультації, роз'яснення, складення позовів і звернень, довідок, заяв, скарг, здійснення представництва, зокрема в судах та інших державних органах, захист від обвинувачення тощо⁴²¹.

Що ж стосується самого поняття договору про надання правової допомоги, то таке поняття наведено в п. 4 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», відповідно до якого – це домовленість, за якою одна сторона (адвокат, адвокатське бюро, адвокатське об'єднання) зобов'язується здійснити захист, представництво або надати інші види правової допомоги другій стороні (клієнту) на умовах і в порядку, що визначені договором, а клієнт зобов'язується оплатити надання правової допомоги та фактичні витрати, необхідні для виконання договору. Отже, договір про надання правової (правничої допомоги) – це платний договір, за яким адвокат (адвокатське об'єднання, адвокатське бюро) отримує винагороду

⁴²⁰ Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя) : проект Закону України. Верховна Рада України. Законодавство України. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?pf3516=3524&skl=9 (дата звернення 10.08.2021).

⁴²¹ Рішення Конституційного Суду України від 30.09.2009 р. № 1-23/2009 за конституційним звернення громадянина Голованя Ігоря Володимировича щодо офіційного тлумачення положень статті 59 Конституції України (справа про право на правову допомогу). Верховна Рада України. Законодавство України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v023p710-09#Text> (дата звернення 10.08.2021).

у формі гонорару (фіксований розмір, погодинна оплата). При цьому на сьогодні дедалі більшого поширення набуває так званий гонорар успіху. Хоча поняття «гонорар успіху» на законодавчому рівні не закріплене, йдеться про існування між сторонами договору, відповідно до якого клієнт погоджується сплатити адвокату як гонорар відповідний відсоток суми, якщо така буде присуджена клієнту судом⁴²² (постанова Першої судової палати Касаційного цивільного суду у справі № 754/14704/19-ц від 19.05.2021 року).

Стосовно безоплатної правової допомоги, то в Україні право на безоплатну правову допомогу гарантується Конституцією, відповідно до ст. 59 якої кожен має право на професійну правничу допомогу. У випадках, передбачених законом, ця допомога надається безоплатно.

Договори про надання безоплатної первинної та вторинної правової допомоги врегульовані на законодавчому рівні на підставі Закону України «Про безоплатну правову допомогу»⁴²³. З аналізу ч. 2 ст. 7 вищезазначеного Закону України випливає, що предметом договору про надання безоплатної первинної допомоги є:

- 1) надання правової інформації;
- 2) надання консультацій і роз'яснень з правових питань;
- 3) складення заяв, скарг та інших документів правового характеру (крім документів процесуального характеру);
- 3¹) надання консультацій, роз'яснень та підготовка проектів договорів користування земельними ділянками (оренда, суборенда, земельний сервітут, емфітевзис, суперфіцій) для сільського населення – власників земельних ділянок;
- 4) надання допомоги в забезпеченні доступу особи до вторинної правової допомоги та медіації.

Натомість із аналізу змісту ч. 2 ст. 13 Закону України «Про безоплатну правову допомогу», виходить, що предметом договору про надання безоплатної вторинної правової допомоги є:

⁴²² Постанова Першої судової палати Касаційного цивільного суду у справі за № 754/14704/19-ц від 19.05.2021 р. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/97134672> (дата звернення 10.08.2021).

⁴²³ Про безоплатну правову допомогу : Закон України від 02.06.2011 № 3460-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2011. № 51. Ст. 577. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3460-17/ed20200718#Text> (дата звернення 10.08.2021).

- 1) захист;
- 2) здійснення представництва інтересів осіб, що мають право на безоплатну вторинну правову допомогу, в судах, інших державних органах, органах місцевого самоврядування, перед іншими особами;

3) складення документів процесуального характеру.

При цьому суб'єктом надання безоплатної первинної правової допомоги відповідно до норм чинного законодавства можуть бути адвокати, інші фахівці у відповідній галузі права чи юридична особа приватного права (відповідно до ч. 8 ст. 12 Закону України «Про безоплатну правову допомогу»), а суб'єктами надання безоплатної вторинної правової допомоги є центри з надання безоплатної вторинної правової допомоги; адвокати, включені до Реєстру адвокатів, які надають безоплатну вторинну правову допомогу (відповідно до ч. 1 ст. 13 Закону України «Про безоплатну правову допомогу»).

Відповідно до п. 6 та п. 7 Положення про центри з надання безоплатної вторинної правової допомоги, затвердженого наказом Міністерства юстиції України № 967/5 від 02.07.2017 року, під час виконання функцій з надання безоплатної правової допомоги центри взаємодіють із судами, органами прокуратури та іншими правоохоронними органами, органами виконавчої влади, органами місцевого самоврядування, іншими суб'єктами надання безоплатної правової допомоги, органами адвокатського самоврядування, громадськими об'єднаннями.

Основними завданнями центрів є:

- 1) підвищення правової свідомості, культури та освіченості населення (правопросвітництво);
- 2) надання безоплатної первинної правової допомоги і безоплатної вторинної правової допомоги;
- 3) забезпечення доступу до електронних сервісів Міністерства юстиції України⁴²⁴.

⁴²⁴ Положення про центри з надання безоплатної вторинної правової допомоги: наказ Міністерства юстиції України від 02.07.2012 р. № 967/5. *Верховна Рада України. Законодавство України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1091-12#Text> (дата звернення 10.08.2021).

В цілому, що стосується безоплатної правової допомоги в Україні, погоджуємось із думкою, висловленою в колективній монографії на тему «право особи на безоплатну правову допомогу», відповідно до якої практика надання безоплатної правової допомоги в Україні не закріплює принцип вільного вибору захисника і створює дискримінацію осіб за матеріальною та майновою ознакою. Водночас система безоплатної правової допомоги наразі не передбачає жодних критеріїв для надання такої допомоги мало-забезпеченим особам, не встановлюються часові рамки для перевірки фінансового стану особи, і в результаті правова допомога надається всім, хто її обирає, без урахування фінансового статусу особи. Крім того, щоб прискорити або вплинути на кримінальне провадження, може бути використано Кримінальний процесуальний кодекс, аби змусити обвинувачених осіб користуватися безоплатною правовою допомогою, навіть якщо вони її не потребують чи не бажають її отримати. Існують також проблеми із заміною адвокатів, які надають безоплатну правову допомогу, що може призвести до відмови у справедливому і швидкому судовому розгляді. Врешті-решт, численні повідомлення свідчать про те, що чинна система призвела до корупції та зловживань, у тому числі до затримок в наданні адвоката з безоплатної правової допомоги, примусового надання безоплатної правової допомоги, вимог додаткових платежів з боку адвокатів і вибіркового розподілу справ державними посадовцями⁴²⁵.

Найбільш поширеним видом непоіменованих договорів є договір про надання юридичних послуг, договір юридичного обслуговування та договір про надання консультаційних послуг (юридичного консалтингу). Договір юридичного обслуговування ще може називатись договором супроводу, договором абонентського юридичного обслуговування.

Сторонами в таких договорах, з огляду на положення ч. 1 ст. 901 ЦК України, є «Замовник» та «Виконавець». З аналізу судової

⁴²⁵ Право особи на безоплатну правову допомогу / Ю. О. Данилевська, Л. В. Павлик, З. З. Петрович, У. О. Цмоць. Львів, 2018. С. 49 URL: http://nbuviap.gov.ua/images/dorobku_partneriv/Pravo%20osoby%20na%20bezoplatnu%20pravovu%20dopomohu.pdf (дата звернення 10.08.2021).

практики, зокрема постанов Верховного Суду, впливає, що замовником є особа, що зацікавлена в одержанні послуги відповідного роду, замовляє її надання на умовах, визначених договором, контролює надання послуги і оплачує її, якщо інше не встановлено договором. А виконавцем є особа, що виконує завдання замовника – надає відповідну послугу та отримує оплату за надану послугу, якщо інше не встановлено договором⁴²⁶ (постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду у справі № 911/2756/18 від 11 березня 2020 року).

При цьому замовником договору про надання юридичних послуг може бути будь-яка особа, яка має достатній обсяг діє- та правоздатності, а замовником договору юридичного обслуговування (супроводу) – суб'єкт господарювання (фізична особа–підприємець, юридична особа, незалежно від форми власності), який зареєстрований та діє у встановленому законодавством порядку. Така відмінність між суб'єктним складом, на нашу думку, зумовлена самим предметом вказаних договорів.

Щодо виконавця за договором про надання юридичних послуг та юридичного обслуговування, то зазвичай, його ототожнюють із адвокатом та адвокатською діяльністю в цілому. Однак таке судження помилкове та призводить до звуження суб'єктного кола, адже виконавцями такого роду юридичних послуг можуть бути як фізичні особи, так і юридичні особи. Що ж стосується фізичних осіб, то така діяльність може здійснюватися фізичними особами, які мають відповідну освіту чи відповідний кваліфікаційний рівень. В той же час, якщо особа займається професійним та постійним наданням юридичних послуг, то така особа має бути зареєстрована як суб'єкт підприємницької діяльності (фізична особа–підприємець) та вести індивідуальну юридичну практику.

На практиці досить часто трапляються випадки, коли відбувається підміна понять «договір про надання послуг»

⁴²⁶ Постанова Касаційного господарського суду у справі за № 911/2756/18 від 11.03.2020 р. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/88149875> (дата звернення 10.08.2021).

цивільно-правового характеру та «трудовий договір». Для роботодавця укладення договору про надання юридичних послуг з фізичною особою є більш вигідним з огляду на відсутність вимоги щодо мінімальної оплати за такі послуги, на відміну від визначеного законодавством встановленого розміру мінімальної заробітної плати, а також зменшення податків. Однак для фізичної особи, яка не зареєстрована у встановленому законодавством порядку як суб'єкт підприємницької діяльності, варіант укладення договору про надання юридичних послуг є більш несприятливим, порівняно з трудовим договором.

Зауважимо, що фізична особа має право звернутись до суду з позовною заявою про визнання договору про надання юридичних послуг трудовим. До прикладу, постановою Верховного Суду у складі колегії суддів Другої судової палати Касаційного цивільного суду у справі № 688/4284/13-ц від 17 червня 2020 було залишено касаційну скаргу товариства з обмеженою відповідальністю без задоволення, колегія суддів дійшла висновків, що умовами договору про надання юридичних послуг, укладеного між сторонами, визначено, що ОСОБА_1 зобов'язується здійснювати юридичний супровід господарської діяльності товариства з обмеженою відповідальністю на посаді начальника юридичного відділу підприємства, що вказує на те, що предметом цього договору є процес праці, а не її кінцевий результат. В договорі про надання юридичних послуг не зазначено, який саме результат роботи повинен передати виконавець замовнику, а процес праці не передбачає будь-якого кінцевого результату. Жодним пунктом договору не встановлено обсяг виконуваної роботи у вигляді конкретних фізичних величин, які підлягають вимірюванню, що повинні були бути відображені в акті їх приймання. В матеріалах справи відсутні акти виконаних робіт за цивільно-правовим договором, складених сторонами цього договору. Окрім того, умовами договору передбачена систематична оплата праці за виконану роботу, як це передбачено трудовим договором, а не разова. Апеляційний суд встановивши, що між сторонами виникли трудові відносини, а укладений між ними договір за своєю правовою природою є трудовим, дійшов правильного висновку про задоволення

позовних вимог про визнання договору про надання юридичних послуг, укладеного між товариством з обмеженою відповідальністю та фізичною особою, трудовим⁴²⁷.

Предметом договору про надання юридичних послуг є дії, спрямовані на захист прав, свобод та інтересів особи-замовника, надання юридичної допомоги та, у випадку необхідності, представництво інтересів замовника на підприємствах, установах, організаціях незалежно від форми власності. При цьому, вважаємо, що, враховуючи позицію законодавця, яка міститься в процесуальних кодексах, а саме, щодо представництва інтересів замовника в суді – передбачений особливий вид договору – договір про надання правової (правничої) допомоги, то до предмета договору про надання юридичних послуг не має входити представництво інтересів клієнта в суді. При цьому більш доцільним видається у випадку надання послуг кваліфікованим юристом називати таку послугу не стільки юридичною, як правовою послугою.

Предметом договору про надання консультаційних послуг можуть бути консультації в сфері права, які можуть бути також предметом договору про надання правових послуг. Проте між консалтинговим договором та договором про надання правових послуг існують відмінності, які не дозволяють їх ототожнювати чи вважати один частиною іншого. Перш за все, предметом договору про надання консультаційних послуг можуть бути тільки консультації, тобто дії фактичного характеру. Договір про надання юридичних послуг може охоплювати дії як фактичного, так і юридичного характеру. Проте, на відміну від договору про надання юридичних послуг, предметом консалтингового договору можуть бути консультації в сфері не тільки права⁴²⁸.

⁴²⁷ Постанова Другої судової палати Касаційного цивільного суду у справі за № 688/4284/13-ц від 17.06.2020 р. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/90143562> (дата звернення 10.08.2021).

⁴²⁸ Павліш П.В. Поняття договору надання юридичних послуг та його місце в системі цивільно-правових договорів. *Часопис цивілістики*. Вип. 18. С. 142. URL: <http://dspace.onua.edu.ua/bitstream/handle/11300/8361/Chasopys%20139-143.pdf.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (дата звернення 10.08.2021).

Отже, станом на сьогодні в законодавстві України не врегульовані відносини із надання юридичних послуг, а тому необхідно керуватись загальними положеннями законодавства, які регулюють надання послуг.

Відносини, що виникають на підставі договорів із надання юридичних послуг, включають в себе відносини, що виникають на підставі договорів про надання правової (правничої) допомоги, при цьому сама правова допомога є поняттям вужчим та є однією із форм юридичних послуг.

Відносини із надання юридичних послуг можуть виникати як на підставі договорів (які можуть укладатись у звичайній письмовій формі, спрощеній та усній формах), так і на підставі довірностей.

Основними видами договорів із надання юридичних послуг є поіменовані та непоіменовані договори. До поіменованих договорів належать договір про надання правової (правничої) допомоги, договір безоплатної первинної правової допомоги та договір безоплатної вторинної допомоги. До непоіменованих договорів належать договір про надання юридичних послуг, договір юридичного обслуговування, договір консультування.

РОЗДІЛ 10. ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН ІЗ НАДАННЯ МЕДИЧНИХ ПОСЛУГ

Організація системи охорони здоров'я та надання медичної допомоги в країні, як правило, віддзеркалює пануючу парадигму цінностей та провідні правові орієнтири суспільства. Об'єктивні процеси сучасної історії України пов'язані із орієнтацією на євроатлантичну інтеграцію, європейські цінності та ідеологію людиноцентризму. З цієї причини у новітньому законодавстві України людина та її непорушні права очікувано набувають першості в ієрархії суспільних пріоритетів, чим висувуються відповідні вимоги до держави щодо забезпечення цих прав реальним правовим змістом: позитивно-правовими механізмами здійснення та ефективним захистом. Відповідно до ст. 3 Конституції України людина, її життя і здоров'я, честь та гідність, недоторканність та безпека визнаються найвищими соціальними цінностями. Тому підвищену увагу та науковий інтерес до проблем цивільно-правових відносин в секторі охорони здоров'я стимулюють об'єктивні реалії сьогодення, зокрема, наявність системної об'єктивної закономірності розширення сфери застосування методів приватного права у регулюванні відносин з надання медичних послуг.

Крім зазначеного, свого правового супроводження та вирішення очікує низка системних проблем у світлі актуальних тенденцій розвитку сектору охорони здоров'я та медичної галузі. Так, спеціальним фактором актуалізації досліджень цивільно-правових відносин з надання медичних послуг стала реформа галузі охорони здоров'я, що триває в Україні, та ті зміни в економіко-правовій моделі її функціонування, які спричинили необхідність перезавантаження правового механізму надання медичної допомоги населенню, актуалізували нові підходи до визначення суті медичної послуги та галузевої підлеглості правовідносин, що виникають.

На цих засадах відбуваються об'єктивні процеси переоцінки ролі приватноправових та публічно-правових засобів впливу на нові правовідносини, підстав виникнення цивільно-правових відносин, ролі договору в їх регулюванні.

Наведене актуалізує спеціальне соціальне замовлення на дослідження цивільно-правового регулювання відносин з надання медичних послуг, завданнями якого є: аналіз та коригування спеціального категоріального апарату; дослідження правової природи медичних послуг у нових умовах; визначення змісту, складу та особливостей правовідносин, що підлягають регулюванню; обґрунтування напрямів та шляхів вдосконалення механізму правового регулювання. На підставі результатів дослідження виявлено прогалини у доктрині та практиці правозастосування, обґрунтовано рекомендації для законодавства України, яким регулюються цивільно-правові відносини з надання медичних послуг.

10.1. Медична допомога чи медична послуга: до питання визначення понятійного апарату

Особливої актуалізації питання правової визначеності суті відносин при наданні медичної допомоги набули в умовах розпочатої в Україні реформи організації та фінансування галузі охорони здоров'я на нових ідеологічних, економічних та правових засадах. З цього часу терміни «медична послуга» та «медичне обслуговування» стали важливою частиною національного законодавства та набули значного правового навантаження. Ці терміни було застосовано та по-новому визначено у низці нормативно-правових актів, які було прийнято або змінено для потреб правового забезпечення реформи. Зокрема, у спеціальному Законі України «Про державні фінансові гарантії медичного обслуговування населення» від 19.10.2017 р. та основному профільному Законі України «Основи законодавства України про охорону здоров'я» від 19.11.1992 р. (далі – Основи законодавства про охорону здоров'я) знайшли відображення нова концептуальна модель, нові правила надання медичних послуг та нова термінологія.

Проте різнобарвність категоріального апарату вітчизняного законодавства вражає. В різних нормативних актах можна зустріти застосування таких понять, як медична допомога, лікування, медичне втручання, медична послуга, медичне обслуговування. В законі Основи законодавства про охорону здоров'я, який визначає правові, організаційні, економічні та соціальні засади охорони здоров'я в Україні, регулюються суспільні відносини у цій сфері, застосовані декілька профільних термінів: «послуги» вжито 24 рази, «обслуговування» – 35, «втручання» – 12, «допомога» – 187, «лікування» – 58. Термінологічного хаосу додає той факт, що з контексту не завжди зрозумілими залишаються як зміст понять, так і їх співвідношення.

Барви національного світосприйняття дивують на фоні англійської термінології, що застосовується до регулювання послуг у медицині. Так, в англійській версії DCFR (Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference)⁴²⁹ для 11 статей, присвячених темі медичних послуг, вжито лише два профільні терміни: послуги (services) та виконавець медичних послуг (treatment provider).

Становище ускладнюється відсутністю єдиної термінологічної ідеології нормативної бази. Залишається не зовсім очевидним зміст основних понять, що стосуються сектору охорони здоров'я, визначення та застосування яких зазнали дієвого впливу під тиском особливостей пануючого національного менталітету та традицій розуміння суті відносин медичної сфери. Не секрет, що патерналістичні соціальні очікування значної частини населення наклали значний відбиток на переважно викривлене сприйняття ролі та співвідношення, з одного боку, приватної ініціативи громадян, з іншого – держави як регулятора правил гри та гаранта захисту слабкої сторони відносин. Цей факт вплинув і на особливості застосування термінологічного апарату, що вживається як у повсякденному обігу, так і у нормативно-правових актах, наукових працях, практиці правозастосування.

⁴²⁹ Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR). 2009 by sellier. european law publishers GmbH, Munich. P. 329. URL: https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf (дата звернення: 10.08.2021).

Існуючий у вітчизняній доктрині різнобій думок з питання термінології змусив Конституційний Суд України у пункті 3 мотивувальної частини свого рішення № 10-рп/2002 зазначити, що у визначеннях науковців, наданих суду, поняття «медична допомога» і «медична послуга» трактуються і як синоніми, і як антоніми, і як частина одна одної⁴³⁰. Саме таке несприятливе для формування та розвитку цивільно-правового законодавства в умовах реформування сектору охорони здоров'я становище вимагає виваженого визначення основних понять та обґрунтування відповідних законодавчих дефініцій, які сприятимуть гармонізації та вдосконаленню механізмів правового впливу на відповідні відносини.

Перш за все, в аспекті правового дослідження необхідним представляється конкретизація предметної сфери застосування понять «медична допомога», «медичне втручання», «лікування». Термін «медична допомога» входить сьогодні до понятійного апарату Цивільного кодексу України від 16.01.2003 р. (далі – ЦК України), в якому закріплено право на медичну допомогу та його основні складові (ст. 284), зокрема, права пацієнта на вибір методів лікування та на відмову від лікування. Очевидно, що обидва терміни – «медична допомога» та «лікування» – застосовані довільно, термін «медичне втручання» у ЦК України не застосовано. Проте в основному профільному законі Основи законодавства про охорону здоров'я в тому самому контексті прав пацієнта йдеться вже про право на медичне втручання та його складові (ст. 43). Як видно з контексту застосовного законодавства, термін «медична допомога» вжито або за смыслом, наближеним до терміна «медичне втручання», або для позначення тих відносин, які виникають при наданні послуг, то ж фактично як синонім медичної послуги на безоплатній для пацієнта основі.

⁴³⁰ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 53 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення положення частини третьої статті 49 Конституції України «у державних і комунальних закладах охорони здоров'я медична допомога надається безоплатно» (справа про безоплатну медичну допомогу) від 29.05.2002 № 10-рп/2002. URL: http://search.ligazakon.ua/1_doc2.nsf/link1/KS02042.html (дата звернення: 10.08.2021).

Втім у Конвенції про захист прав і гідності людини щодо застосування біології та медицини від 04.04.1997 р. термін «медична допомога» трапляється тільки у ст. 3 у контексті рівноправного доступу до медицини. Очевидно, що тут йдеться саме про обов'язок держав забезпечити певний рівень соціальної справедливості та рівноправний доступ до медичних послуг належної якості. Також показовим є те, що саме терміни «втручання у сферу здоров'я» та «медичне втручання» застосовані для характеристики правовідносин та прав людини в контексті впливу на організм людини засобами біомедицини. Як зазначено у п. 29 Пояснювальної доповіді до Конвенції про захист прав і гідності людини щодо застосування біології та медицини: термін «медичне втручання» слід розуміти у широкому смислі, він охоплює усі медичні дії, зокрема, втручання з метою діагностики, профілактики, лікування, реабілітації та з науковою метою⁴³¹.

Хоча з точки зору клінічної медицини втручання, лікування та допомога можуть різнитися за обсягом та впливом на організм людини засобами медицини, видається, що у правових нормах та практиці правозастосування вони інтерпретуються виключно залежно від індивідуальної точки зору суб'єкта інтерпретації. Тому, з метою запобігання зайвого дублювання сутностей та враховуючи викривлене змістовне наповнення понять «медична допомога», «медичне втручання», «лікування», доречно було б взагалі виключити термін «лікування» із правового обігу, а термін «медична допомога» замінити на «медичне втручання» або «медичні послуги» залежно від контексту застосування. Такі кроки, безумовно, посприяють розвантаженню та уніфікації термінологічного апарату правових актів.

Щодо визначення та співвідношення понять «медична допомога» та «медична послуга», то вирішення цього питання у наукових та нормативних джерелах України має свою власну історію розвитку. Ще у 1998 році Конституційний Суд України у п. 2

⁴³¹ Пояснительный доклад к Конвенции о защите прав человека и человеческого достоинства в связи с применением биологии и медицины : Конвенция о правах человека и биомедицине. Департамент по юридическим вопросам. Страсбург, Май 1997. URL: <https://rm.coe.int/168066caa2> (дата звернення: 10.08.2021).

Рішення № 15-рп/98 зазначав, що «у медичній науці поняттям «медична допомога» переважно охоплюються лікування, профілактичні заходи, які проводяться під час захворювань, травм, пологів, а також медичний огляд та деякі інші види медичних робіт. Зміст же близького до «медичної допомоги» поняття «медична послуга» до цього часу залишається не визначеним не тільки в нормативних актах, а й у медичній літературі»⁴³².

Досліджуючи зміст поняття «медична допомога», Конституційний Суд України у своєму Рішенні № 10-рп/2002 зазначив, що «у лінгвістичному аспекті слово «допомога» означає сприяння, підтримку (фізичну, матеріальну, моральну тощо) в чому-небудь; захист кого-небудь, порятунок у біді; робити певний вплив, що дає потрібні наслідки, приносить полегшення, користь, у тому числі і виліковування; дію, скеровану на підтримку (реалізацію чийх-небудь запитів або потреб у чому-небудь) за певних обставин». Щодо правового значення, то термін «медична допомога» широко вживається у національному законодавстві України, є певні його визначення Всесвітньої організації охорони здоров'я, науковців, медичних університетів й академій. Цілісна правова дефініція цього поняття у законах України відсутня, а тому потребує нормативного врегулювання, що виходить за межі повноважень Конституційного Суду України».

Радикальний вихід із такої ситуації плутанини термінів запропонувала свого часу С. Б. Булеца: «Для усунення змішування понять «медична допомога» та «медична послуга» пропонуємо включити ці два поняття в термін «медиколатрія». Латрія (від грец. *λατρεία* – служіння) – у складних словах відповідає поняттю «служіння»⁴³³. Проте навряд чи проста заміна назви наблизить до досягання мети визначеності та чистоти категоріального апарату.

⁴³² Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 66 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження переліку платних послуг, які надаються в державних закладах охорони здоров'я та вищих медичних закладах освіти» (справа про платні медичні послуги) від 25.11.1998 р № 15-рп/98. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v015p710-98#Text> (дата звернення: 10.08.2021).

⁴³³ Булеца С. Б. Договір медиколатрії. *Вісник Академії адвокатури*. К. : 2012. Число 2 (24). С. 68.

Для адекватного визначення понятійного апарату потрібно скористатися методологію означення через родову належність та видову відмінність. Використовуючи дану опрацьовану методологію, потрібно спочатку вказати на рід (клас), до якого належить предмет визначення, по-друге, з'ясувати особливі видові ознаки, які його уособлюють та вирізняють серед інших того самого роду, та на цих підставах сформулювати дефініцію, або стислий логічний опис, що містить найістотніші ознаки визначуваного поняття.

Слід визнати далекоглядність підходу С. Б. Булеци, яка у подальших дослідженнях застосувала термін «медична діяльність» та вжила його у назві своєї докторської праці як відправне поняття, за допомогою якого авторка побудувала свою наукову концепцію та надала визначення основних застосовних понять. Цілком справедливо на самому початку своєї роботи дисертантка зазначає, що «в юридичній літературі все частіше порушується низка питань, пов'язаних із цивільно-правовим регулюванням відносин, що виникають у сфері здійснення медичної діяльності, зокрема, питання про співвідношення понять «медична допомога», «медична послуга», «договір надання медичних послуг (допомоги)», «пацієнт». Проблема співвідношення цих категорій має не лише теоретичне, а й практичне значення, оскільки від чіткого визначення зазначених понять залежать і результати надання медичних послуг (допомоги)»⁴³⁴.

Погоджуючись із С. Б. Булецею, слід визнати, що ті категорії та явища, що за ними стоять, які потрібно визначити та звести у певну системну картину, (медична допомога, медична послуга, медичне обслуговування) є різновидами медичної діяльності з акцентом на її медичну, правову, господарську складові. Виходячи з наведеного, медичну допомогу слід розуміти як спеціальну професійну діяльність з профілактики, діагностики, лікування, реабілітації; медичне втручання – як діяльність із застосуванням спеціальних заходів, пов'язаних із впливом медицини на організм людини;

⁴³⁴ Булеца С. Б. Цивільні правовідносини, що виникають у сфері здійснення медичної діяльності: теоретичні та практичні проблеми : дис. ... док. юрид. наук : 12.00.03. Одеса, 2016. С. 4.

медичну послугу – як діяльність суб'єкта господарювання на договірній та відплатній основі; а медичне обслуговування – як ту саму діяльність з надання послуг суб'єктом господарювання на постійній основі.

На засадах такого визначення стає зрозумілим і співвідношення медичної допомоги та медичної послуги. М. М. Самофал⁴³⁵ слушно зазначає, що медична допомога є змістом медичної послуги. На думку С. В. Антонова, медична послуга – це вид професійної або господарської діяльності медичних закладів (організацій), фізичних осіб – підприємців, які займаються приватною медичною практикою, що включає застосування спеціальних заходів стосовно здоров'я чи спрямованих на досягнення певних естетичних змін зовнішності⁴³⁶. М. І. Пасько пропонує розділити ці категорії у такий спосіб: «медична послуга як елемент ринку, а медична допомога – категорія неринкових відносин лікаря і пацієнта»⁴³⁷.

Т. В. Блащук визначає медичну послугу як діяльність спеціальних суб'єктів, яка безпосередньо спрямована на профілактику, діагностику, лікування та реабілітацію у зв'язку із захворюванням пацієнта та у зв'язку з вагітністю та пологами, а також пов'язана з нею діяльність⁴³⁸. Як свідчать С. Ф. Марова та С. М. Вовк, «до використання терміна «медична допомога» більше схильні медичні працівники, а термін «медична послуга» частіше зустрічається в роботах економістів»⁴³⁹.

⁴³⁵ Самофал. М. М. Підстави виникнення правовідносин з надання медичних послуг. *Вісник Вищої ради юстиції*. № 1 (13) 2013. С. 156.

⁴³⁶ Антонов С. В. Правова регламентація надання медичних послуг. *Управління закладом охорони здоров'я*. 2009. № 2. С. 20.

⁴³⁷ Пасько М. І. Особливості надання медичної допомоги та медичної послуги в умовах формування ринку послуг. *Економіка та управління національним господарством*. 2017. Вип. 15. С. 119.

⁴³⁸ Блащук Т. В. Договір про надання медичних послуг (медичного обслуговування) в умовах реформи медичної галузі. *Часопис Національного університету «Острозька академія»*. Серія: *Право*. 2017. № 2 (16). URL: <http://lj.oa.edu.ua/articles/2017/n2/17btvrmh.pdf>. С. 9 (дата звернення: 10.08.2021).

⁴³⁹ Марова С. Ф., Вовк С. М.. Медична послуга як товар медичного ринку. *Електронне наукове фахове видання Державне управління: удосконалення та розвиток*. Дніпро, 2017. № 4. URL: file:///D:/%D0%97%D0%B0%D0%B3%D1%80%D1%83%D0%B7%D0%BA%D0%B8/Duur_2017_4_4.pdf (дата звернення: 10.08.2021).

Враховуючи наведе, визначним фактом можна вважати те, що дефініції «медична допомога» і «медична послуга» у вітчизняному законодавстві поступово стали формулюватися через посилання на родові для них поняття «діяльність». Відповідно до п. 1 ст. 1 «Програми надання громадянам гарантованої державною безоплатної медичної допомоги», затвердженої Постановою Кабінету Міністрів України від 11.06.2002 № 955, медична допомога – це вид діяльності, до якого належить комплекс заходів, спрямованих на оздоровлення та лікування пацієнтів у стані, що на момент її надання загрожує життю, здоров'ю і працездатності та здійснюється професійно підготовленими працівниками, які мають на це право відповідно до законодавства.

Законом України «Основи законодавства про охорону здоров'я» у ст. 3 надано визначення ключових понять у такий спосіб: медична допомога – діяльність професійно підготовлених медичних працівників, спрямована на профілактику, діагностику та лікування у зв'язку з хворобами, травмами, отруєннями і патологічними станами, а також у зв'язку з вагітністю та пологами; медичне обслуговування – діяльність закладів охорони здоров'я, реабілітаційних закладів, відділень, підрозділів та фізичних осіб – підприємців, які зареєстровані та одержали відповідну ліцензію у встановленому законом порядку, у сфері охорони здоров'я, що не обов'язково обмежується медичною допомогою та/або реабілітаційною допомогою, але безпосередньо пов'язана з їх наданням; послуга з медичного обслуговування населення (медична послуга) – послуга, що надається пацієнту закладом охорони здоров'я або фізичною особою – підприємцем, яка зареєстрована та одержала в установленому законом порядку ліцензію на провадження господарської діяльності з медичної практики, та оплачується її замовником. Замовником послуги з медичного обслуговування населення можуть бути держава, відповідні органи місцевого самоврядування, юридичні та фізичні особи, у тому числі пацієнт.

Отже, з позиції загальносоціологічного підходу обидва терміни «медична допомога» та «медична послуга» застосовуються до тих самих «робочих операцій», які виконують одну і ту саму суспільно

корисну функцію: задовольняють потреби людини та інтерес суспільства стосовно охорони, підтримання, зміцнення та відновлення здоров'я людини. Проте з точки зору правої науки та правового регулювання важливо бачити різницю, адже у понятті медична допомога фіксується медичний склад, втім медична послуга передбачає формування, організацію та врегулювання економічних та правових відносин між їх учасниками.

10.2. Правова природа відносин з надання медичних послуг

Р. А. Майданик у своїй новій праці зазначає: «На сьогодні відсутні чіткі доктринальні положення і законодавчі правила щодо загального розуміння медичних послуг і загальних умов їх надання»⁴⁴⁰. Проте завдяки зусиллям самого автора цих слів та інших видатних науковців не можна сказати, що будувати систему цивільно-правового регулювання надання медичних послуг в Україні треба починати на порожньому місці. Відсутність чіткості у доктрині та однозначності правових умов надання медичних послуг не свідчить про тотальну їх відсутність. Адже той факт, що галузь надання медичних послуг функціонує та прогресує як в соціально-економічному, так і організаційно-правовому аспектах, свідчить на користь життєздатності обраних моделей фінансово-економічного та правового розвитку. До того ж правова наука активно досліджує дану сферу відносин як в публічно-правовому, так і, власне, приватноправовому її вимірах.

Р. А. Майданик не поділяє точки зору стосовно поділу правового режиму медичних послуг залежно від «виокремлення публічності цивільно-правових медичних послуг»⁴⁴¹. «За своєю правовою природою медичні послуги є нематеріальним благом, яке є об'єктом

⁴⁴⁰ Майданик Р. А. Рекодифікація цивільного законодавства України: медичні послуги. *Приватне право в сфері охорони здоров'я: виклики та перспективи. Київські правові читання* : матеріали міжн. наук.-практ. конф. Київ, 17 вересня 2020 р. / Р. А. Майданик, К. В. Москаленко та ін.; відп. ред. Р. А. Майданик. К: Інститут права Київського національного університету імені Тараса Шевченка, 2020. С. 132.

⁴⁴¹ Майданик Р. А. Договір про надання медичних послуг. *Медичне право*. 2010. № 1 (5). С. 61.

цивільних прав, загальні положення якого, зокрема, його поняття, оборотоздатність, правила надання цих послуг, мають визначатися ЦК України»⁴⁴². З цим цілком можна погодитися. Проте протягом певного часу дослідники виокремлювали договір про надання медичної допомоги від договору про надання медичних послуг, головним чином за такою ознакою, як безоплатність та оплатність. Такому розумінню посприяла позиція Конституційного Суду України, який з метою з'ясування змісту й обсягу безоплатної медичної допомоги у Рішенні № 10-рп/2002 розтлумачив норму ст. 49 Конституції України, підсумувавши багаторічні дискусії з цього приводу. Фактично згадане Рішення юридично розмежувало медичну допомогу, котра надається безоплатно, та медичні послуги, за які може братися плата. Конституційний Суд України в даному рішенні, хоча і ухилився від визначення поняття медичної допомоги, все ж започаткував традицію поєднання термінів «безоплатно» і «медична допомога» у нерозривному системному зв'язку словосполучення «безоплатність медичної допомоги». Відтоді поширення набуло трактування, що медична допомога надається всім громадянам безоплатно – незалежно від її обсягу і без попереднього, поточного або наступного розрахунку.

Конституційний Суд України окремо зазначив, що вказане положення не забороняє можливості надання громадянам медичних послуг, які виходять за межі медичної допомоги (за термінологією Всесвітньої організації охорони здоров'я – «медичних послуг другорядного значення», «парамедичних послуг»), у зазначених закладах за окрему плату. Перелік таких платних послуг не може втручатися у межі безоплатної медичної допомоги і відповідно до вимог пункту 6 частини першої ст. 92 Конституції України має встановлюватись законом. Тобто медичні послуги це той обсяг медицини, що виходить за межі медичної допомоги, ґрунтується на платній основі і визначається вичерпним переліком на рівні закону.

⁴⁴² Майданик Р. А. Рекодифікація цивільного законодавства України: медичні послуги. *Приватне право в сфері охорони здоров'я: виклики та перспективи. Київські правові читання* : матеріали міжн. наук.-практ. конф. Київ, 17 вересня 2020 р. / Р. А. Майданик, К. В. Москаленко та ін.; відп. ред. Р. А. Майданик. К: Інститут права Київського національного університету імені Тараса Шевченка, 2020. С. 132.

У такий правовий спосіб Конституційний Суд України вийшов із складної соціально-правової ситуації, адже державні гарантії надання медичної допомоги в державних і комунальних закладах охорони здоров'я усім громадянам незалежно від її обсягу не можуть бути абсолютними – вони обмежуються наявними в державі ресурсами. Тому закладам було дозволено за окрему плату надавати медичні послуги, які виходять за межі медичної допомоги. Фактично згадане рішення Конституційного Суду України № 10-рп/2002 юридично розмежувало медичну допомогу, котра надається безоплатно, та медичні послуги, за які може братися плата. З того самого часу висловлені у Рішенні правові позиції було і підтримано, і піддано справедливій критиці.

О. І. Смотров висунув ідею про те, що реалізація громадянським конституційного права на охорону здоров'я може відбуватися як у публічних правовідносинах щодо безоплатного надання медичної допомоги, так і в цивільних правовідносинах щодо платного надання медичних послуг, що свідчить про двоїсту правову природу правовідносин у сфері надання медичної допомоги, яка залежить від режиму правового регулювання цих відносин і механізму фінансування оплати за медичні послуги⁴⁴³.

І. Я. Сенюта слушно заперечує, що «джерело фінансування надання медичних послуг не можна вважати критерієм для виокремлення правовідносин у сфері надання медичної допомоги як предмета правового регулювання цивільного права»⁴⁴⁴. А. А. Герц вважає, що «поняття «медична послуга» відображає цивільно-правову природу відносин з надання медичної допомоги, оскільки основною підставою її надання є договір про надання медичних послуг. Як різновид послуг медична послуга є самостійним об'єктом цивільних прав (ст. 177 Цивільного кодексу України). Натомість поняття «медична допомога» є міжгалузевим і розглядається переважно в контексті особистих немайнових прав фізичної особи у цивільному праві та гарантованого

⁴⁴³ Смотров О. І. Договір щодо платного надання медичних послуг : автореф дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Харків, 2003. С. 6.

⁴⁴⁴ Сенюта І. Я. Генеза вітчизняної цивілістичної думки щодо правовідносин у сфері надання медичної допомоги та її сучасний стан// Медичне право. 2016. С. 84.

державою права кожної людини в сфері охорони здоров'я у конституційному праві»⁴⁴⁵.

Таким чином, більш глибоке проникнення правової науки у сутність досліджуваних відносин надає переконливі підстави для висновку, що оплатність та безоплатність не є достатніми вирізняльними ознаками для специфікації відносин з надання медичної допомоги або медичних послуг. Адже вони можуть бути такими для пацієнта та виконавця лише з тієї точки зору, що пацієнт або медична установа безпосередньо не сплачують за надані послуги. Проте немає на сьогодні нічого безкоштовного, та усі медичні втручання здійснюються за рахунок тих або інших джерел фінансування. З огляду на наведене, не можна ставити регулювання відносин в залежність від джерела фінансування послуг. Підставою для розмежування правових режимів регулювання відносин при наданні медичних послуг з метою проведення медичного втручання є характер правового зв'язку між їх учасниками.

Послуга є категорією, якою позначено характер правового зв'язку між сторонами приватних відносин, а медична послуга характеризується як різновид послуг, предметом яких є надання медичної допомоги або здійснення медичного втручання. Медичні послуги зі змістовного боку мають різноманітну суто медичну спрямованість, проте з правового боку є різновидом послуг, ґрунтуються на єдиних приватноправових засадах та регулюються переважно нормами цивільного законодавства, звісно, зважаючи на специфіку суб'єктів та об'єкта правовідносин. Виходячи з цього, правовідносини між пацієнтом та медичним закладом (приватно-практикуючим лікарем) з формально – юридичної точки зору в усіх випадках можна вважати саме цивільно-правовими відносинами з надання медичних послуг.

З прийняттям Закону України «Про державні фінансові гарантії медичного обслуговування населення» від 19.10.2017 р. (далі – Закон) було започатковано здійснення змін у наданні безоплатних та платних медичних послуг у закладах охорони

⁴⁴⁵ Герц А. А. Договірні зобов'язання у сфері надання медичних послуг : дис... док. юрид. наук : 12.00.03. Львів, 2016. С. 54.

здоров'я державної та комунальної форми власності. Відповідно до Закону держава гарантує (згідно з тарифом за рахунок коштів Державного бюджету України) повну оплату надання громадянам необхідних їм медичних послуг та лікарських засобів, передбачених програмою медичних гарантій. Встановлюється державний гарантований пакет послуг, перелік якого щорічно затверджуватиме Уряд. Звуження програми медичних гарантій не допускається. Надавач медичних послуг зобов'язаний поінформувати пацієнта про медичні послуги та лікарські засоби, які той може отримати в певному закладі за програмою медичних гарантій. У державних та комунальних установах охорони здоров'я забороняється вимагати у пацієнтів винагороду у будь-якій формі за медичні послуги та лікарські засоби, надані за вказаною програмою.

Оцінюючи нову правову модель надання медичних послуг в Україні, Р. А. Майданик стверджує, що «за своєю юридичною природою надання безоплатної для пацієнтів медичної допомоги за програмами державних гарантій медичного обслуговування є цивільно-правовою послугою, з окремими ознаками публічних соціальних послуг». Тому, незважаючи на підвищений рівень публічно-правового впливу, зокрема, використання конструкції договору медичного обслуговування, на ці правовідносини також «поширюються передбачені ЦК України загальні правила про договір і надання медичних послуг»⁴⁴⁶.

Виходячи з нормативних актів, які прийняті на підготовку та проведення реформи сфери охорони здоров'я, є очевидною орієнтація нової моделі на договірні відносини, що, безумовно, відповідає сучасним реаліям та світовим підходам до правового регулювання галузі. Із тексту Закону можна зробити висновок про наявність двох видів правовідносин на засадах двох видів договорів, якими регулюються відносини з надання медичних послуг.

⁴⁴⁶ Майданик Р. А. Рекодифікація цивільного законодавства України: медичні послуги. *Приватне право в сфері охорони здоров'я: виклики та перспективи. Київські правові читання* : матеріали міжн. наук.-практ. конф. Київ, 17 вересня 2020 р. / Р. А. Майданик, К. В. Москаленко та ін.; відп. ред. Р. А. Майданик. К. : Інститут права Київського національного університету імені Тараса Шевченка, 2020. С. 134.

Перша група відносин складається на основі договорів між суб'єктами господарювання та Уповноваженим органом – центральним органом виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері державних фінансових гарантій медичного обслуговування населення. Договір про медичне обслуговування населення за програмою медичних гарантій укладається між надавачами медичних послуг, які одержали ліцензію на провадження господарської діяльності з медичної практики та/або мають право на надання реабілітаційної допомоги згідно із законодавством, та Уповноваженим органом, яким є Національна служба здоров'я України. Істотними умовами договору про медичне обслуговування населення за програмою медичних гарантій є: перелік та обсяг надання пацієнтам медичних послуг та лікарських засобів за програмою медичних гарантій; умови, порядок та строки оплати тарифу; фактична адреса надання медичних послуг; права та обов'язки сторін; строк дії договору; звітність надавачів медичних послуг; відповідальність сторін. Типова форма договору про медичне обслуговування населення за програмою медичних гарантій, порядок його укладення, зміни та припинення затверджуються Кабінетом Міністрів України.

Договір про реімбурсацію (відшкодування суб'єктам господарювання, які здійснюють діяльність з роздрібною торгівлю лікарськими засобами, вартості лікарських засобів, що були відпущені пацієнту на підставі рецепта, за рахунок коштів Державного бюджету України) укладається між Національною службою здоров'я України та суб'єктом господарювання. За своєю правовою природою договір про медичне обслуговування населення та договір про реімбурсацію є договорами на користь третіх осіб – пацієнтів у частині надання їм медичних послуг та лікарських засобів суб'єктами господарювання.

Друга група правовідносин виникає між пацієнтом та надавачем медичних послуг за програмою медичних гарантій. Пацієнт (його законний представник) реалізує своє право на вибір лікаря, закладу охорони здоров'я та отримання медичних послуг за програмою медичних гарантій шляхом подання надавачу медичних послуг декларації про вибір лікаря, який надає первинну медичну

допомогу. Право пацієнта на вибір лікаря та закладу надання медичної допомоги, закріплене у ЦК України, до початку медичної реформи у 2016 році було скоріше нормою-принципом, ніж суб'єктивним правом пацієнта. Проте Законом було запроваджено порядок реалізації пацієнтом права на вибір лікаря шляхом подання надавачу медичних послуг декларації про вибір лікаря, який надає первинну медичну допомогу.

За своєю правовою природою Декларацію про вибір лікаря можна вважати одностороннім правочином, який, за словами І. Я. Сенюти, «створює обов'язки не лише для особи, яка його вчинила, тобто фізичної особи, а й для інших осіб, зокрема для надавача медичних послуг, Національної служби здоров'я України»⁴⁴⁷. Оскільки закріплене право пацієнта на вибір лікаря кореспондує з обов'язком лікаря (професійним та юридичним) надавати медичну допомогу усім пацієнтам, які до нього звернулися, зустрічної згоди лікаря не потрібно. Обмеження передбачено тільки для спеціалізації лікаря та граничної межі у 2000 пацієнтів на одного лікаря. То ж правовідносини виникають з одностороннього правочину, вчиненого фізичною особою – підписання передбаченої процедури Декларації про вибір лікаря.

Згодом І. Я. Сенюта переглянула свою позицію щодо правової характеристики Декларації про вибір лікаря, який надає первинну медичну допомогу, та стверджує, що вона не є одностороннім правочином, оскільки форма документа зазнавала нормативних змін і не може з огляду на чинне законодавство розглядатись як односторонній правочин. Декларація про вибір лікаря, який надає первинну медичну допомогу, на її думку, на тепер має таке юридичне значення: а) засвідчує реалізацію права на вільний вибір лікаря; б) є юридичним фактом, що підтверджує виникнення у фізичної особи статусу третьої особи, згідно з договором про медичне обслуговування населення за програмою медичних гарантій; в) є елементом юридичного складу, що породжує виникнення правовідносин у сфері надання медичної допомоги.

⁴⁴⁷ Сенюта І. Я. Правочин як підстава виникнення цивільних правовідносин у сфері надання медичної допомоги// Підприємництво, господарство і право. 2018. № 6. С. 68.

Попри те, що стосовно правової природи Декларації про вибір лікаря існують різні позиції, обґрунтовано вбачається та, що декларація є одностороннім правочином, з огляду на такі аргументи. У ст. 202 ЦК України визначено, що правочином є дія особи, спрямована на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. У п. 14 Типової форми договору про медичне обслуговування населення за програмою медичних гарантій, затвердженого Постановою Кабінету Міністрів № 410 від 25 квітня 2018 р., передбачено, що пацієнт набуває прав на отримання медичних послуг, пов'язаних з первинною медичною допомогою, згідно з договором з моменту подання надавачеві в установленому законодавством порядку декларації. Тобто набуття прав пацієнтом напряму пов'язано із вчиненням ним декларації у передбачений спосіб.

Отже, послуга є категорією, якою позначено характер правового зв'язку між сторонами приватних відносин, а медична послуга характеризується як різновид послуг, предметом яких є надання медичної допомоги або здійснення медичного втручання. Правовідносини між пацієнтом та надавачем медичних послуг в усіх випадках можна вважати саме цивільно-правовими відносинами з надання медичних послуг.

10.3. Особливості цивільно-правового регулювання відносин із надання медичних послуг

Цивільно-правові відносини, які складаються в сфері надання медичних послуг, поділяються на договірні та недоговірні. На думку Р. А. Майданика, з якою можна погодитися, «приватні медичні правовідносини існують в юридичній формі зобов'язання з надання медичних послуг, підставами для якого може виступати договір з надання медичних послуг, одностороння обіцянка або дії в інтересах третьої особи без її доручення»⁴⁴⁸. Невід'ємною складовою цивільно-правових відносин з надання медичних послуг є не тільки договірні цивільно-правові відносини,

⁴⁴⁸ Майданик Р. А. Договір про надання медичних послуг. *Медичне право*. 2010. № 1 (5). С. 53, 59.

а й інші елементи: особисті немайнові відносини між пацієнтом та лікарем; цивільно-правові відносини доручення; дії в інтересі особи без її доручення. Отже, договірні цивільні відносини при наданні медичних послуг формуються та регулюються на підставі договору про надання медичних послуг та договору доручення (з предмета добровільного представництва). Недоговірні цивільно-правові відносини виникають з особистих немайнових прав учасників та з правомірних дій в немайновому інтересі особи без її доручення.

Оскільки вітчизняне цивільне законодавство не містить спеціальних норм, якими визначаються умови надання медичних послуг, джерелами регулювання договірних відносин з надання медичних послуг слід вважати акти цивільного законодавства та цивільно-правові договори, які укладаються, як за прямою вказівкою закону, так і шляхом укладання ініціативних правочинів його сторонами. Останнім часом низка докторських дисертацій з цивільного права було присвячено тією чи іншою мірою дослідженню цивільно-правового договору про надання медичних послуг: С. Б. Булеца «Цивільні правовідносини, що виникають у сфері здійснення медичної діяльності: теоретичні та практичні проблеми», А. А. Герц «Договірні зобов'язання у сфері надання медичних послуг», І. Я. Сенюта «Цивільні правовідносини у сфері надання медичної допомоги: питання теорії та практики». Також окремі питання щодо правової природи медичних послуг, особливості цивільно-правового регулювання медичних послуг досліджувалися Т. В. Блащук та Р. А. Майдаником, які внесли суттєвий вклад у дослідження суб'єктно-об'єктного складу та характеру зобов'язань у конструкції цивільно-правового договору про надання медичних послуг.

Цивільно-правові договори про надання медичних послуг мають виразну специфіку. Це пов'язано із особливим суспільним значенням об'єктів, на охорону та підтримання яких спрямована медична діяльність, та спеціальним правовим статусом пацієнта як отримувача послуг та суб'єкта цивільних прав. Ці особливості набули свого правового вираження у конструкції договору про надання медичних послуг та його характерних ознаках.

Всіма авторами, які досліджують правовідносини з надання медичних послуг, досягнуто консенсусу стосовно того, що правова конструкція медичної послуги, з одного боку, є цивільно-правовим інститутом, що підпадає під дію цивільного законодавства, яким регулюються відносини з надання послуг. З іншого боку, надання послуг у секторі охорони здоров'я та медичної допомоги має свої виразні особливості з огляду на наявність спеціальних чутливих об'єктів правового регулювання. Так само і договір про надання медичних послуг є достатньо усталеною правовою конструкцією в Україні, незважаючи на відсутність його визначення у цивільному законодавстві. Проте його виразна специфіка пов'язана із присутністю у договірних відносинах низки об'єктів та прав, які підлягають спеціальному захисту на рівні норм міжнародно-правових актів з прав людини та Конституції України. Саме з цієї об'єктивної обставини впливають особливості у правовому регулюванні відносин з надання медичних послуг, на які вказують дослідники.

Т. В. Блащук наголошує на тому, що «однією з характерних ознак медичної послуги є специфічний суб'єкт її надання, а також замовник послуги»⁴⁴⁹. Р. А. Майданик відмічає таку особливість договорів про надання медичних послуг як їх алеаторний характер. Договір про надання медичних послуг відноситься доктриною до зобов'язань професійного ризику, що зумовлено особливістю спеціального об'єкта надання медичних послуг – людський організм та неможливістю «гарантування позитивного результату лікування як внаслідок об'єктивних явищ, так і через властивості організму»⁴⁵⁰. До того ж медична послуга становить «соціально значущу і не пов'язану зі створенням (покращанням) речі невизначену і неподільну цілісність дій, спрямовану на задоволення потреб пацієнта шляхом медичного втручання в організм здорової людини

⁴⁴⁹ Блащук Т. В. Договір про надання медичних послуг (медичного обслуговування) в умовах реформи медичної галузі. *Часопис Національного університету «Острозька академія»*. Серія: *Право*. Острог, 2017. № 2(16). С. 9. URL: <http://lj.oa.edu.ua/articles/2017/n2/17btvrnh.pdf> (дата звернення: 10.08.2021).

⁴⁵⁰ Аномалії у цивільному праві України : навч.-практ. посібник / відп. ред. Р. Майданик. Київ : Юстініан, 2007. С. 252-273.

або докладання максимальних зусиль до зміцнення і підтримання здоров'я пацієнта, чи отримання гарантованого результату безоплатно або, у встановлених законом випадках, за плату»⁴⁵¹.

Втім у літературі недостатньо розкрито таку особливість правовідносин з надання медичних послуг, як обов'язкове включення до тих норм, які визначені законодавством або умовами договору, додатково особистих немайнових прав учасників, які походять від природних прав людини. Так, усі права пацієнта, закріплені у міжнародному та національному праві, є обов'язковими складовими договору про надання медичних послуг нарівні з диспозитивними умовами. Передусім йдеться про права: на гідність, недоторканність, інформовану згоду (статті 3, 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р., статті 27, 28, 32, 64 Конституції України). Перелічені права існують як природні права людини, тож є такими, що не залежать від їхнього визнання та навіть від наявності (або відсутності) відповідних норм у праві, законі або договорі. Положення договору, що ігнорують або спростовують обов'язкові правила, застосовні до даного виду відносин, є нечинними⁴⁵².

Ще однією особливістю, яка впливає зі спеціального статусу пацієнта як учасника правовідносин з надання медичних послуг, є присутність у сучасному механізмі цивільно-правового регулювання надання медичних послуг відносин договірної представництва. Як слушно зазначає О. В. Крилова, «інтерес до питань представництва в сфері надання медичних послуг передбачає вирішення окремих немайнових питань пацієнта його представниками». Авторка пояснює, що «регулювання багатьох аспектів надання медичних послуг, а особливо медичної допомоги, вимушено не може обійти увагою представництво, тому що сама

⁴⁵¹ Майданик Р. А. Договір про надання медичних послуг. *Медичне право*. 2010. № 1 (5). С. 62–63.

⁴⁵² Миронова Г. А. Модернізація цивільного законодавства у сфері надання медичної допомоги: теоретичні засади та практика імплементації : монографія. Київ : Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2020. С. 67–68.

специфіка лікарської діяльності зобов'язує надавати допомогу як недієздатній або обмежено дієздатній особі, так і особі, яка тимчасово позбавлена можливості вчиняти будь-які дії внаслідок хворобливого стану»⁴⁵³.

Інститут довіреної особи пацієнта та повноважного представника пацієнта частково знайшов свою актуалізацію в українській правовій системі з початком реформування системи охорони здоров'я та відповідного законодавства. Так, Наказом Міністерства охорони здоров'я України (далі – МОЗ) «Про затвердження Порядку вибору лікаря, який надає первинну медичну допомогу, та форми декларації про вибір лікаря, який надає первинну медичну допомогу» від 19.03.2018 р. № 503 у коло суб'єктів правовідносин з надання медичних послуг введено довірену особу пацієнта.

На рівні правової компетенції МОЗ правового статусу набув такий новий учасник цивільних відносин з надання медичних послуг, як довірена особа пацієнта для повідомлення в разі настання екстреного випадку з пацієнтом. Порядком ведення Реєстру пацієнтів в електронній системі охорони здоров'я, затвердженого Наказом МОЗ від 30.11.2020 № 2755, у п. 10 визначено відомості, які містяться в Реєстрі про пацієнта, серед них – інформація про довірену особу для повідомлення в разі настання екстреного випадку з пацієнтом (прізвище, ім'я, по батькові (за наявності), контактні дані). У наказі МОЗ «Деякі питання ведення Реєстру медичних записів, записів про направлення та рецептів в електронній системі охорони здоров'я» від 28.02.2020 № 587 пунктом 25 перебачено зміст відомостей зведеної медичної інформації про пацієнта, до якої віднесено інформацію про: прізвище, ім'я, по батькові, вік, стать пацієнта; прізвище, ім'я, по батькові лікаря ПМД, його контактні дані; прізвище, ім'я, по батькові довіреної особи пацієнта для повідомлення у разі настання екстреного випадку з пацієнтом та її контактний номер телефону.

Крім того, у зв'язку із реформуванням правового регулювання медичних послуг, пов'язаних з трансплантацією (послуг

⁴⁵³ Крилова О. В. Представництво інтересів пацієнта в договорі про надання медичної допомоги. *Актуальні проблеми держави і права*. Вип. 31. Одеса, 2007. С. 85.

з вилучення анатомічних матеріалів у донорів та/або послуг із зберігання і перевезення анатомічних матеріалів людини), у законодавство введено новий правовий інститут повноважного представника фізичної особи. Цей новий учасник правовідносин з надання медичних послуг отримав правове визначення та обґрунтування у Законі України «Про застосування трансплантації анатомічних матеріалів людині» від 17.05.2018 № 2427-VIII та у «Положенні про Єдину державну інформаційну систему трансплантації органів та тканин», затвердженому Постановою Кабінету Міністрів України від 23 грудня 2020 р. № 1366.

Як видно, спеціальне законодавство, рухаючись за потребами практики регулювання відносин з надання медичних послуг, сформувало певні підходи до договірного представництва. Проте, ще не можна говорити про існування цілісної концепції та доктринального обґрунтування нового для українського права інституту, тому різними суб'єктами нормотворчості в одних нормативно-правових актах застосовано термін довірена особа пацієнта, в інших – повноважний представник фізичної особи.

Проте станом на тепер ані ЦК України, ані Основи законодавства з охорони здоров'я не містять такого учасника відносин, як представник пацієнта, тому на практиці жодна особа (навіть шлюбний партнер, дорослі діти, інші родичі) не має права отримувати медичну інформацію про дієздатну повнолітню особу, надавати згоду на медичне втручання або госпіталізацію, або відмову від таких та підписувати будь-які документи від імені пацієнта у цивільних правовідносинах з надання медичних послуг. На фоні випереджального введення інституту договірного представництва у спеціальних нормативно-правових актах, відсутність його врегулювання на рівні ЦК України створює правовий вакуум і є, по суті, непродуктивною прогалиною законодавства.

Правовий режим регулювання приватноправових відносин, які виникають під час надання медичної допомоги в ургентних випадках без отримання згоди пацієнта, можна розглядати в аспекті зобов'язань з рятування життя та здоров'я фізичної особи без доручення, як правомірні дії лікаря в умовах крайньої необхідності. В літературі неодноразово висловлювалася така позиція.

На думку М. М. Малєїної, відносини з медичного обслуговування пацієнта незалежно від волі пацієнта виникають за наявності вказаного в законі юридичного факту – такого стану пацієнта, який, з одного боку, не дозволяє йому виразити свою волю, а, з іншого – потребує невідкладного медичного втручання⁴⁵⁴. Р. А. Майданик зазначає, що: «медичне втручання щодо пацієнта, який перебуває у несвідомому стані, дозволяється за ініціативою лікаря за наявності загрози для життя або особливо небезпечного стану для здоров'я. [...] Обов'язок лікаря – дії мають бути обумовлені тим, що надання послуг у такій ситуації має бути кваліфіковано як дії в чужому інтересі без доручення (*negotiorum gestio*). Даний випадок дій в чужому інтересі передбачає дотримання правил щодо надання медичних послуг в умовах медичного втручання»⁴⁵⁵. Цієї думки притримуються С. Б. Булеца та О. О. Мостовенко. Зокрема, С. Б. Булеца доходить висновку, що «вчинення медичних дій виконавцем медичних послуг належить до інституту вчинення дій в інтересі пацієнта без його згоди»⁴⁵⁶. О. О. Мостовенко пише у своїй дисертації: «до підстав виникнення медичних правовідносин традиційно відносять односторонню обіцянку та дії в інтересах третьої особи без доручення»⁴⁵⁷.

Тож, правовідносини з надання медичних послуг у невідкладному випадку без процедури отримання згоди від пацієнта доцільно врегулювати за допомогою норм інституту цивільно-правового зобов'язання дій в інтересі іншої особи без її доручення. Повний склад юридичних фактів, за наявності яких вступають в силу норми цивільно-правового зобов'язання дій в інтересі іншої особи без її доручення, складається з трьох обов'язкових елементів: а) стан пацієнта є невідкладним; б) згода

⁴⁵⁴ Малєїна М. Н. Человек и медицина в современном праве. М. : Бек, 1995. С. 29.

⁴⁵⁵ Майданик Р. А. Договор об оказании медицинских услуг. Личные неимущественные права: проблемы теории и практики применения : сб. статей и иных материалов / под ред. Р. А. Стефанчука. К. : Юриком Интер, 2010. С. 394, 395.

⁴⁵⁶ Булеца С. Б. Особенность института действий в чужом интересе без поручения. *Електронний науковий журнал «Наука. Общество. Государство»*. 2013. № 3 (3). С. 13.

⁴⁵⁷ Мостовенко О. О. Реалізація права на медичну допомогу: цивільно-правові аспекти : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. К., 2019. С. 44.

на медичне втручання не може бути надана особою або її представниками; в) відсутні документи з попередніх розпоряджень пацієнта. За відсутністю хоча б одного з перелічених юридичних фактів дії медичних працівників з надання медичної допомоги є неправомірними. За наявності повного юридичного складу згода передбачається (презюмується) та отримується відразу, як це тільки стає можливим⁴⁵⁸.

Введення в оновлене цивільне законодавство спеціальних норм, що стосуються особистих немайнових прав учасників відносин, договірної представництва пацієнта, правових умов надання медичних послуг без отримання згоди посприятиме врахуванню особливостей правовідносин з надання медичних послуг, уніфікації цивільно-правового інструментарію та вдосконаленню засобів впливу на цивільні відносини, що виникають при наданні медичних послуг.

10.4. Напрями вдосконалення цивільно-правового регулювання відносин із надання медичних послуг

Як заявлено у Вступі до оприлюдненої 06 січня 2021 року наукової праці «Концепція оновлення Цивільного кодексу України», її автори «вважають, що здійснення рекодифікації впливає із логіки подальшої трансформації суспільства, зокрема, формування реальної й ефективної ринкової економіки як невід'ємної складової громадянського суспільства та євроінтеграційної спрямованості всіх компонентів суспільства». Серед юридичних чинників та передумов для початку відповідних робіт автори називають, передусім, «1) значний розвиток ринкового законодавства в країні; 2) наявність норм-моделей міжнародних актів; 3) сучасний досвід рекодифікації цивільних кодексів Франції та Німеччини – «бастіонів» приватного права; 4) законодавчий приклад нових членів ЄС – колишніх країн «соціалістичного

⁴⁵⁸ Миронова Г. А. Приватноправове регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги : автореф. дис... док. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2020. С. 8.

табору»; 5) необхідний потенціал вітчизняної приватноправової науки»⁴⁵⁹.

Системне оновлення нормативного масиву пропонується здійснювати, в тому числі, за напрямом «Нові договірні конструкції». За задумом членів Робочої групи, «обґрунтованим вбачається імплементація до національного законодавства нових договірних конструкцій, які наразі відсутні у ЦК, але добре зарекомендували себе в цивільних кодексах інших держав. Необхідно звернути увагу на договір про надання... Можемо констатувати доцільність включення до ЦК України таких договірних конструкцій як форфейтинг, франчайзинг, валютний дилінг, договори про надання медичних послуг»⁴⁶⁰.

З метою оперативного проведення системного оновлення нормативного масиву Цивільного кодексу, в Україні оголошено загальнодержавну дискусію по основних напрямках рекодифікації норм цивільного законодавства. Підключаючись до розпочатого наукового дискурсу, слід зазначити, що за відсутності спеціального правового акта або хоча б спеціального розділу у профільному законі є нагальна потреба сформулювати виважену цивільно-правову конструкцію медичної послуги та викласти систематизовану сукупність норм у вигляді окремої глави в оновленому ЦК України. Цей крок є вкрай важливим для усунення правової невизначеності, що існує як на концептуальному, так і власне нормативному рівнях щодо: кваліфікації відносин з надання медичних послуг, на які поширюються правові норми; учасників відносин з надання медичних послуг, їх обов'язків та прав; правових наслідків порушення зобов'язань. Також необхідно знайти місце для правового регулювання спеціальних правових режимів: інформування щодо змісту послуги; відмови слабкої сторони (пацієнта) від надання послуги; правових наслідків відмови від договору тощо.

За зразок доцільно взяти видатний європейський документ приватноправового змісту «Принципи, визначення та модельні

⁴⁵⁹ Концепція оновлення Цивільного кодексу України. Київ: Видавничий дім «АртЕк», 2020. С. 5.

⁴⁶⁰ Там само. С. 48.

правила європейського приватного права. Проект загальної довідкової схеми» (Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of reference – DCFR). Документ насправді втілює сучасну модель цивільного права та заслуговує на зразкове становище, адже правила, сформульовані в ньому, «є продуктом загальноєвропейської цивілістичної думки і забезпечують краще, на думку фахівців різних країн, регулювання відповідних відносин, максимально звільнене від «національної» залежності»⁴⁶¹. Правила, викладені у частині С «Послуги (Part C. Services)», застосовуються до договорів, за якими одна сторона, постачальник послуг, зобов'язується надавати послугу іншій стороні, клієнту, в обмін на ціну, та з відповідними адаптаціями до договорів, згідно з якими постачальник послуг зобов'язується надавати послуги клієнту інакше, ніж в обмін на ціну. Це стосується, зокрема, сфери медичних послуг⁴⁶².

В документі представлено спеціальний розділ, присвячений медичним послугам, який містить 11 статей з модельним змістом, максимально наближеним до специфіки сфери надання медичних послуг в європейській приватноправовій традиції. Основні мінімально необхідні норми, що мають бути включені до спеціальної глави «Медичні послуги», в DCFR рекомендовано такі: 1) сфера застосування; 2) попереднє обстеження; 3) зобов'язання, що стосуються інструментів, лікарських засобів, матеріалів, пристроїв і приміщень; 4) професіоналізм і дбайливість; 5) обов'язок інформування; 6) обов'язок повідомлення в разі необов'язкових або експериментальних медичних послуг; 7) винятки з правил про повідомлення; 8) обов'язок не надавати послуги без згоди; 9) документація; 10) засоби захисту від невиконання зобов'язань; 11) обов'язки організацій, що надають медичні послуги.

⁴⁶¹ Модельные правила европейского частного права (перевод с английского). Под науч. ред. Н. Ю. Рассказова. Москва: Статут, 2013. С. 2.

⁴⁶² Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR). 2009 by sellier. european law publishers GmbH, Munich. P. 302. URL: https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf. P 302. (дата звернення: 10.08.2021).

За представленою схемою у главі «Медичні послуги» ЦК України потрібно викласти як основні положення про медичні послуги, так і окремі норми, які стосуються спеціальних вимог до надавача щодо кваліфікації, якості та дбайливості; спеціальних режимів екстрених випадків; гарантій немайнових прав учасників відносин прав тощо.

Зокрема, потрібно включити норми, присвячені правовому регулюванню цивільно-правових відносин, які виникають з особистих немайнових прав учасників відносин, і є частиною правовідношення з надання медичних послуг. Так, подвійний правовий статус лікаря передбачає, що, з одного боку, він є працівником закладу охорони здоров'я (або фізичною особою – підприємцем) та виконує свої трудові та професійні обов'язки, є представником надавача медичних послуг (або послугонадавачем) та зобов'язаною особою. З іншого боку, лікар є фізичною особою, якій належать усі права людини, суб'єктивні цивільні права, у тому числі, особисті немайнові права на повагу до гідності, на індивідуальність, релігійні переконання. Отже, можна стверджувати, що лікар у процесі виконання своїх професійних обов'язків є учасником особистих немайнових відносин. Тому, будучи представником юридичної особи надавача медичної допомоги, яка є учасником цивільних відносин із пацієнтом (або суб'єктом господарювання), лікар може реалізовувати свою особисту автономію шляхом здійснення своїх особистих немайнових прав. Одним з таких особистих немайнових прав лікаря як людини та фізичної особи є право на відмову від ведення пацієнта з міркувань совісті, яке впливає з фундаментального права людини на свободу релігії, совісті та думки, а також з обов'язку держави поважати це право⁴⁶³.

Хоча в більшості європейських юрисдикцій, які регулюють право лікаря на відмову від здійснення медичного втручання з міркувань совісті, регулюються спеціальним законодавством, все ж концептуальні норми мають міститися в основному кодифікованому акті цивільного законодавства з відсилкою до спеціального

⁴⁶³ Миронова Г. А. Приватноправове регулювання особистих немайнових відносин у сфері надання медичної допомоги : дис. ... док. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2020. С. 218–226.

закону. Тому доцільно включити до глави «Медичні послуги» норми концептуального значення, якими закріплено окремі права лікаря як представника надавача медичних послуг та пацієнта. Спеціальні норми щодо регулювання окремих інститутів мають бути предметом спеціального законодавства, наприклад: «Медичного кодексу України», Закону України «Про права пацієнта», Закону України «Про попередні розпорядження та довгострокову довіреність пацієнта на прийняття медичних рішень» тощо. Проте концептуальні норми мають знайти своє місце у ЦК України.

Наприклад, у статті «Обов'язок професіоналізму та дбайливості» в модельних правилах DCFR є окрема норма щодо можливості направити пацієнта до іншого виконавця: якщо у виконавця недостатньо досвіду або вміння для лікування пацієнта відповідно до необхідного рівня професіоналізму і дбайливості, виконавець зобов'язаний направити пацієнта до іншого виконавця, який володіє зазначеними якостями. Цілком логічним у цій статті виглядає окремий пункт щодо права виконавця відмовити пацієнту з міркувань совісті у такий спосіб: «лікар має право відмовитися від здійснення медичного втручання, пов'язаного з умертвінням людини або людського плоду, якщо він попередньо зазначив про це застереження у трудовій угоді (контракті) або у власних локальних актах. Право лікаря на відмову від здійснення медичного втручання з міркувань совісті підлягає регулюванню із дотриманням вимог спеціального закону».

Права пацієнта, які походять від прав людини, є важливою складовою цивільно-правового регулювання відносин з надання медичних послуг. Вони потребують врахування основних засадничих положень, які стосуються здійснення пацієнтом прав на: згоду, відмову, отримання медичної інформації про себе, складання попередніх розпоряджень про медичне втручання, призначення довіреної особи з визначеним обсягом повноважень. Завдяки таким новим інструментам людина як учасник цивільних відносин зможе, зокрема, отримати користь від призначення довіреної особи, яка на підставі договору доручення матиме можливість отримати медичну інформацію про пацієнта або прийняти деякі, обумовлені договором, рішення стосовно вибору методів лікування та ін. Такі

цивільно-правові засоби містять нові можливості, подовжуючи автономію пацієнта у часі та просторі при здійсненні ним своїх суб'єктивних прав, зокрема, поширюючи принцип згоди навіть на ті ситуації, в яких воля пацієнта не може бути з різних причин братися до уваги.

У подальшому у спеціальному законі потрібно деталізувати положення і механізми, які можуть бути необхідними для запровадження нових інститутів: врегулювати процедури введення системи сертифікації, реєстрації та/або повідомлення стосовно видачі, скасування, чинності, припинення дії доручень; передбачити механізми врегулювання конфліктів інтересів довірителя та представника; вирішити, якою мірою завчасні директиви повинні мати обов'язкову силу; розглянути, за яких обставин постійна довіреність втрачає силу та які заходи захисту слід вчинити за таких обставин; вноرمувати питання про ситуації, які виникають у разі істотної зміни обставин тощо.

Ці авторські пропозиції знаходять підтвердження у документі «Принципи, визначення та модельні правила європейського приватного права. Проект загальної довідкової схеми» (DCFR). Серед тих мінімально необхідних норм, які в європейській приватноправовій традиції мають бути включені до спеціальної глави «Медичні послуги», є стаття IV. С. 8: 108 «Обов'язок не проводити лікування без згоди», що містить такі правила стосовно регулювання деяких абсолютних відносин при наданні медичних послуг:

1. Надавач медичних послуг не повинен проводити втручання, якщо пацієнт не дав на це попередньої інформованої згоди.
2. Пацієнт може відкликати згоду в будь-який час.
3. Якщо пацієнт нездатний дати згоду, надавач медичних послуг не повинен проводити втручання, якщо: (а) не отримана інформована згода від особи чи установи, які мають законне право приймати рішення щодо лікування від імені пацієнта; або (b) будь-які правила або процедури, що дозволяють законно проводити втручання без такої згоди, були дотримані; або (c) втручання повинно бути здійснене в екстрених випадках.
4. У ситуації, описаній у пункті 3, надавач медичних послуг не повинен проводити втручання, не враховуючи, наскільки

це можливо, думку недієздатного пацієнта щодо втручання та будь-яку таку думку, висловлену пацієнтом, перш ніж стати недієздатним.

5. У ситуації, описаній у пункті 3, надавач медичних послуг може проводити лише таке втручання, яке призначене для поліпшення стану здоров'я пацієнта.

6. У ситуації, описаній у пункті 2 IV. С. 8: 106 (Обов'язок інформувати у разі непотрібного чи експериментального лікування), згода має бути надана явним і конкретним способом.

7. Сторони не можуть, на шкоду пацієнтові, виключати застосування цієї статті, відступати або змінювати її наслідки⁴⁶⁴.

Як видно, у тексті статті стисло викладені основні правила, що стосуються: абсолютного права пацієнта на згоду (п. 1, п. 2); вирішення екстрених випадків (п. 3); отримання згоди через представників, які мають право приймати рішення від імені пацієнта; попередніх розпоряджень (п. 4).

Висновки. Таким чином, новітні соціокультурні орієнтири та тенденції суспільного руху України, безумовно, актуалізують застосування цивільного права до регулювання відносин з надання медичних послуг, адже саме диспозитивні та уповноважувальні засоби правового впливу на учасників приватних відносин є найбільш придатними для врахування приватного інтересу, який є особливо важливим у цій сфері.

Медична послуга у сучасних правових дослідженнях та нормативно-правових актах розглядається як форма правового зв'язку між юридично рівними учасниками приватних відносин, змістом якої є надання медичної допомоги отримувачу послуги. Зі змістовного боку медичні послуги мають різноманітну суто медичну спрямованість, проте з правового боку є різновидом послуг, ґрунтуються на єдиних приватноправових засадах та регулюються переважно нормами цивільного законодавства, звісно, зважаючи на специфіку суб'єктів та об'єкта правовідносин. За таких умов усі відносини

з надання медичних послуг, які виникають між юридично рівними учасниками, сьогодні доктриною віднесені до приватноправових відносин, які регулюються нормами цивільного законодавства.

Сектор охорони здоров'я напряму стосується чутливих об'єктів, якими є життя здоров'я, гідність, недоторканність, автономія, незалежність людини, що зумовлює низку особливостей у цивільно-правовому регулюванні відносин із надання медичних послуг. Зокрема, невід'ємними складовими цивільно-правових відносин з надання медичних послуг є не тільки договір про надання медичних послуг, а й такі інші елементи: особисті немайнові відносини між пацієнтом та лікарем; цивільно-правові відносини доручення; дії в інтересі особи без її доручення. Отже, договірні цивільні відносини при наданні медичних послуг формуються та регулюються на підставі договору про надання медичних послуг та договору доручення. Недоговірні цивільно-правові відносини виникають з особистих немайнових прав учасників та з правомірних дій в немайновому інтересі особи без її доручення.

В умовах рекодифікації цивільного законодавства, що триває в Україні, є нагальна потреба сформувати виважену цивільно-правову конструкцію медичної послуги та викласти систематизовану сукупність норм у вигляді окремої глави в оновленому ЦК України. Цей крок є вкрай важливим для усунення правової невизначеності, що існує як на концептуальному, так і власне нормативному рівнях щодо: кваліфікації відносин з надання медичних послуг; учасників відносин з надання медичних послуг, їх обов'язків та прав; правових наслідків порушення зобов'язань. Також необхідно знайти місце для правового регулювання спеціальних правових режимів: інформування щодо змісту послуги; відмови слабкої сторони від надання послуги тощо. Введення в оновлене цивільне законодавство спеціальних норм, що стосуються особистих немайнових прав учасників відносин, договірної представництва пацієнта, правових умов надання медичних послуг без отримання згоди, посприятиме врахуванню особливостей правовідносин з надання медичних послуг, уніфікації цивільно-правового інструментарію та вдосконаленню засобів впливу на цивільні відносини, що виникають при наданні медичних послуг.

⁴⁶⁴ Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR). 2009 by sellier. european law publishers GmbH, Munich. P. 329. URL: https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf (дата звернення: 10.08.2021).

НОТАТКИ

НОТАТКИ

Наукове видання

**ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВИЙ МЕХАНІЗМ
РЕГУЛЮВАННЯ ВІДНОСИН
ІЗ НАДАННЯ ПОСЛУГ В УКРАЇНІ**

Монографія

За загальною редакцією О. Д. Крупчана, Ю. О. Заїки

Редакційна правка А. М. Шадріна

Підписано до друку 01.10.2021 р. Формат 60×84/16
Обл.-вид. арк. 15,1 Тираж 100 прим. Зам. № 21-006

Видавець:

Науково-дослідний інститут приватного права
і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України
вул. Раєвського, 23а, м. Київ, 01042

Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи
до державного реєстру видавців, виготівників
і розповсюджувачів видавничої продукції,
серія ДК № 4758 від 07.08.2014 р.