

НАЦІОНАЛЬНА АКАДЕМІЯ ПРАВОВИХ НАУК УКРАЇНИ
НАУКОВО-ДОСЛІДНИЙ ІНСТИТУТ ПРИВАТНОГО
ПРАВА І ПІДПРИЄМНИЦТВА ІМЕНІ АКАДЕМІКА Ф. Г. БУРЧАКА

МЕТОДОЛОГІЧНІ ПИТАННЯ
ПРИВАТНОГО ПРАВА

монографія

*За редакцією докт. юрид. наук, проф., академіка (дійсного члена)
Національної академії правових наук України О. Д. Крупчана та
докт. юрид. наук, проф. З. В. Ромовської*

ЧАСТИНА 1

Київ 2021

УДК 341.9(082)
М54

Рекомендовано до друку Вченою радою Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України (протокол № 10 від 27 жовтня 2021 р.)

Рецензенти:

Майданик Р. А., доктор юридичних наук, професор, академік НАПрНУ, завідувач кафедри цивільного права Інституту права Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Васильєва В. А., доктор юридичних наук, професор, директорка Навчально-наукового юридичного інституту Прикарпатського національного університету імені Василя Стефаника

Первомайський О. О., кандидат юридичних наук, доцент, суддя Конституційного Суду України

М54 **Методологічні питання приватного права:** монографія / За ред. О. Д. Крупчана та З. В. Ромовської. У 2-х ч. Ч. 1. К., 2021. 300 с.

ISBN 978-617-8084-00-4

Об'єднані у монографії матеріали (наукові розробки) вчених Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України присвячені 25-річчю Інституту та окреслюють сучасні виклики в методології приватного права.

Рекомендовано увазі науковців, аспірантів, викладачів юридичних факультетів і вищих юридичних навчальних закладів, а також практикуючих юристів, інших осіб, які цікавляться методологією приватного права.

ISBN 978-617-8084-00-4

© Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака
НАПрН України, 2021
© Автори, 2021

Зміст

Вступне слово	5
РОЗДІЛ I. ВПЛИВ ЄВРОІНТЕГРАЦІЇ НА РОЗВИТОК ПРИВАТНОГО ПРАВА УКРАЇНИ	7
1.1. Герменевтичний метод теорії права та цивілістики: формування філософсько-правових засад	7
1.2. Забезпечення інтересів держави та інших суб'єктів приватного права в умовах зміни суспільної парадигми	14
1.3. Проблеми реалізації громадянами України права на житло.....	28
1.4. Правовідносини найму під час пандемії COVID-19.....	37
1.5. Цивільно-правове регулювання послуг із охорони	44
1.6. Договори щодо соціальних послуг: питання впровадження європейських стандартів.....	56
1.7. Приватноправові відносини у сфері надання медичних послуг: сучасні тенденції правового регулювання.....	66
1.8. Діалектика прав та обов'язків закладу освіти як суб'єкта приватного права.....	75
1.9. Страхування цивільної відповідальності медичних закладів	82
РОЗДІЛ II. ДІДЖИТАЛ-ТРАНСФОРМАЦІЇ У ПРИВАТНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ	94
2.1. Концепт цифрових активів у сучасному праві: теоретичні та нормативні витоки.....	94
2.2. Правовий захист майнових інтересів держави, суб'єктів господарювання і громадян від ризиків під час здійснення операцій із криптовалютою.....	102
2.3. Механізм правового регулювання правовідносин із використанням блокчейн.....	109
2.4. Окремі аспекти цивільно-правового статусу користувачів мережі Інтернет.....	117
2.5. Поняття та види електронної комерції у світлі політики діджиталізації в Україні	125
2.6. Арбітражний розсуд в умовах діджиталізації	137
Розділ III. ПИТАННЯ ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ РИНКОВОЇ ЕКОНОМІКИ	145
3.1. Міжнародні договірні механізми запобігання штучному уникненню статусу постійного представництва нерезидента у сфері оподаткування.....	145
3.2. Практика застосування санкцій Радою національної безпеки та оборони України крізь призму приватно-правового регулювання.....	156

3.3. Питання правового забезпечення захисту економічної конкуренції	164
3.4. Фінансові послуги: національне та міжнародно-правове регулювання	171
3.5. Актуалізація питання саморегулювання господарської діяльності на початку XXI століття	182
3.6. Конкуренція дерегулювання та її вплив на корпоративне право	191
3.7. Правовий режим майна дочірних підприємств державних акціонерних компаній	198
3.8. Проблеми розвитку корпоративного права	207
3.9. Підприємницькі юридичні особи в умовах рекодифікації цивільного законодавства України	218
3.10. Корпоративний договір у законодавстві України	227
3.11. Корпоративні права, набуті одним з подружжя та поділ майна, що є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя, переданого до статутного капіталу юридичної особи корпоративного типу	232
РОЗДІЛ VI ТЕОРЕТИЧНІ ТА ПРАКТИЧНІ ПРОБЛЕМИ РЕАЛІЗАЦІЇ ЗАВДАНЬ ЦИВІЛЬНОГО ТА ГОСПОДАРСЬКОГО СУДОЧИНСТВА В УКРАЇНІ	240
4.1. Системоутворюючі зв'язки між цивільним судочинством і конституційним провадженням у забезпеченні ефективного захисту прав осіб на національному рівні	240
4.2. Процесуальні фільтри як складова інституціональної спроможності верховного суду	250
4.3. До питання забезпечення справедливого, неупередженого та своєчасного розгляду та вирішення цивільних справ як завдань цивільного судочинства	277
4.4. Неупередженість як багатогранне завдання цивільного судочинства	285

Вступне слово

З огляду на основний стратегічний курс України - європейську інтеграцію, важливим фактором повноцінного інтегрування до європейського простору є приведення правової системи України до принципів правого регулювання, які існують у Європейському Союзі. При цьому адаптація національного законодавства до законодавства Європейського Союзу стала першим етапом такого зближення національної правової системи із правовою системою Європейського Союзу. Подальший розвиток національного законодавства повинен встигати за тими процесами, які відбуваються у праві ЄС та переслідують мету підвищення ефективності українського законодавства у відповідності до останніх тенденцій європейського права. Особливо важливо це у сфері приватного права.

При цьому, звичайно, було б помилкою стверджувати, що сучасне українське право у своєму розвитку спирається виключно на досвід правового регулювання за кордоном. Воно зберігає і продовжує традиції внутрішньої національної самобутності. Але сьогодні навряд чи знайдеться хоча б одна національна система, яка була б повністю відірваною від світового досвіду. Особливо зараз, в період глобалізації і євроінтеграції, взаємне зближення національних правових систем, вивчення і застосування іноземного права має надзвичайно важливе значення.

Не концентруючи увагу на всебічному розгляді генезису глобалізації в усіх її проявах, нам необхідно зосередитися на висвітленні основних підходів до розуміння сутності цього процесу в контексті проблеми обґрунтування теоретико-методологічних засад розвитку національної системи приватного права в умовах глобалізації, тобто в умовах інтеграції ринків, націй-держав і технологій, правових механізмів і конструкцій, що дозволяє суб'єктам приватного права досягати будь-якої точки світу швидше, глибше і дешевше, ніж раніше на основі відкритості, дерегуляції і приватизації національної економіки з метою зміцнення її конкурентоспроможності та збільшення привабливості для іноземного капіталу.

До прикладу, цифровізація (digitalization) виступає одним із факторів росту світової економіки в найближчій перспективі, що окрім додаткового виду діяльності і може стати, за оцінками експертів, головним інструментом росту ВВП України до 1 трлн дол. США, забезпечення добробуту, комфорту та європейського рівня якості життя українців.

Початком державної політики розвитку інформаційного суспільства стало прийняття у 1998–2006 рр. Законів України «Про електронні документи та електронний документообіг», «Про національну програму інформатизації», «Про електронний цифровий

підпис» та низки інших державних актів, пов'язаних з інформатизацією. Пізніше було прийнято Закони України «Про основні засади інформаційного суспільства в Україні на 2007–2015 роки», «Про захист інформації в інформаційних та телекомунікаційних системах» та деякі інші законодавчі акти, спрямовані на конкретизацію та реалізацію цих законів.

У 2020 році Україна посіла 46–е місце в рейтингу електронного уряду ООН на підставі високого рівня ІСВВ (Індекс розвитку електронного уряду). Найбільшим досягненням в цій галузі є нова система публічних електронних закупівель - ProZorro, що здобула низку міжнародних нагород: щорічну премію Відкритих урядових нагород 2016, Всесвітню нагороду закупівель (WPA) 2016 на премії державного сектору. У 2019 році Міністерством цифрових трансформацій України (Мінцифри) запущено проєкт «Цифрова держава», що згодом повинен об'єднати всі відомства в єдину зручну й дієву онлайн-систему. Цілями Мінцифри до 2024 року є: забезпечення 100 % доступності публічних послуг громадянам та бізнесу онлайн, 95 % транспортної інфраструктури, населених пунктів та їхніх соціальних об'єктів мають мати доступ до високошвидкісного Інтернету, 6 млн українців будуть залучені до програми розвитку цифрових навичок, доля ІТ у ВВП країни має складати 10 %.

Майбутнє удосконалення законодавства має ґрунтуватися не лише основі верховенства права (фундаментального принципу правової системи), а й відображати нові тенденції, у тому числі відданість принципам вільної ринкової економіки. У цій монографії представлено наукові здобутки колективу Інституту, спрямовані на формування фундаментальних засад у сфері приватного права.

Олександр КРУПЧАН

Зорислава РОМОВСЬКА

РОЗДІЛ І. ВПЛИВ ЄВРОІНТЕГРАЦІЇ НА РОЗВИТОК ПРИВАТНОГО ПРАВА УКРАЇНИ

1.1. Герменевтичний метод теорії права та цивілістики: формування філософсько-правових засад

Загальновідомо, що між методологією та теорією існує прямий діалектичний зв'язок. Будь-яка теорія в праксеологічній площині її застосування – це завжди загальний метод для інших субтеорій. Як впливає з самої його назви, герменевтичний метод – це не що інше як експлуативна, прикладна герменевтика, яка визначає саму сутність правової діяльності та смислотвірне ядро правової системи. Майже аксіоматичним стало визначення відомого вітчизняного гносеолога права А. А. Козловського: «Право настільки є правом, наскільки воно герменевтичне, і юрист є настільки юристом, наскільки він герменевтик»¹.

Водночас поняття герменевтики і етимологічно, і семантично міцно пов'язується з процесом інтерпретації². Отже, феноменологічно, на самій поверхні свого існування герменевтичний метод є спеціальним методом для теорії інтерпретації права і загальним для інших правових теорій, пов'язаних з процесами правового пізнання, правозастосовного роз'яснення його результатів та нормотворчості в усіх її проявах. Проте слід пам'ятати, що сама правова інтерпретація не обмежується якимось одним підходом чи єдиною догматикою. Цьому процесу властивий самий широкий методологічний плюралізм, монополізація лише однієї методології прирікає до «негерменевтичного підходу до герменевтики» (*unhermeneutical approach to hermeneutics*)³.

Такий підхід ґрунтується на ідеї «ланцюга когерентності», з якої випливає припущення, про те, що методологічними засадами теорії інтерпретаційного права виступає система методів (загальних, спеціальних та прикладних), базовим для якої є комплексний соціокультурний підхід з опорою на парадигмальний критерій єдності предмета і об'єкта дослідження. Ядро цієї системи складають спеціальні цивілістичні методи – герменевтичний та компаративний, для

¹ Козловський А. А. Гносеологічні принципи права. *Проблеми філософії права*. 2005. Том III. № 1-2. С. 39.

² Кошарний С. Герменевтика / Філософський енциклопедичний словник / В. І. Шинкарук (гол. редкол.) та ін. — Київ: Інститут філософії імені Григорія Сковороди НАН України: Абрис, 2002. 742 с.

³ Leyh, G. Introduction. *Legal Hermeneutics: History, Theory, and Practice*. Edited by Gregory Leyh. Berkeley: University of California Press, 1992. P. x–xviii. URL: <<http://ark.cdlib.org/ark:/13030/ft4779n9h2/>>

позначення єдності яких пропонується узагальнююча робоча назва «метод герменевтико-цивілістичної реконструкції», який передбачає послідовне застосування історичного та компаративного критеріїв когерентності предмета і об'єкта дослідження. Презюмується, що в підґрунтя цього спеціального методу пізнання покладено смислову парадигму, єдину з дискреційним методом правового регулювання. Тому очікується, що розробка методу герменевтико-цивілістичної реконструкції сприятиме більш активній інституалізації дискреції (розсуду) в процесі правового регулювання цивільних відносин⁴.

Про таку герменевтико-компаративну конструктивність спеціальної методології правового тлумачення свідчить увесь історичний шлях, який пройшло інтерпретаційне право, починаючи від давньоримського *ius interpretatio* та завершуючи сучасним *law of interpretation*.

Історичні витоки самої герменевтики встановити досить важко. Здається, що сама постановка питання про визначення історичного етапу її генезису є не зовсім коректною – саме людське суспільство не може функціонувати без суто герменевтичного його супроводу у формі з'ясування, тлумачення та креативного трактування.

Це переконливо підтверджує той суто науковий факт, що перші герменевтичні концепції, як і сама назва цієї теорії та методу, виникають не на початку ХХ століття, як це стверджується в популярних філософських словниках, а відслідковуються ще з античних часів. Йдеться про особливу релігію *герметуку* (*Hermetica*) та паранаукову містичну практику *герметизму* (англ. *Hermetism*), які узагальнюються поняттям *герметицизму* (англ. *Hermeticism*) як еклектичної сукупності різних езотеричних або таємних («герметичних») для непосвячених традицій. Назви цих вчень і практик походять від грец. слова *Ερμητισμός*, що, своєю чергою, походить від грецького бога торгівлі та хитрощів Гермеса (*Ερμής*), який був посередником між світом людей та богів. Згодом на тлі поєднання елліністичної та давньоєгипетської культур виникає культ Гермеса Трисмегіста або «Тричі-величавого» (грец. *Ερμῆς ὁ Τρισμέγιστος*), який є синтезом грецького кмітливого та винахідливого бога Гермеса та єгипетського бога мудрості Тота⁵.

Не менш визначальною є суто естетична, мистецтвознавча традиція герменевтики, в рамках якої особлива увага приділяється інтерпретації творів мистецтва, головним чином літературних. Витоки такої спеціалізації герменевтики походять від класика античної філософії, давньогрецького мислителя Платона (*Πλάτων*; 427 р. до н. е. – 347/348 р. до н. е.), який називав поетів «герменевтами богів»

⁴ Гайдулін О. О. Інститут інтерпретації (*ius interpretatio* = *law of interpretation*): методологічні засади цивілістичної теорії: монографія: у 2 т. Київ: Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2020. Т. 1. 453 с. С. 226.

⁵ Гермес Трисмегист и герметическая традиция Востока и Запада: [Тексты. Критика / сост., комент., пер. с древнегреч., латыни, фр., пол. Богуцкого К.]. Киев: Ирис; Москва: Алетейя, 1998. 624 с.

або «тлумачами (*ἑρμηνῆς*) волі богів, одержимими кожен тим богом, який ним володіє» (Plat. Ion 534e) ⁶. Вустами Сократа він наступним чином визначає герменевтичну сутність праці рапсода (*ῥαψωδός*) – читця епічних поем у Давній Греції: «Не можна стати добрим рапсодом, якщо не вникати в те, що говорить поет; рапсод повинен стати для слухачів тлумачем задуму поета, а впоратися з цим тому, хто не знає, що говорить поет, неможливо» (Plat. Ion 530c) ⁷.

Сучасна доба правової історії надзвичайно гостро актуалізує герменевтичну проблематику в умовах масштабної економічної, політичної та правової глобалізації. Це викликало розгортання в усьому світі широкого фронту доктринальних досліджень у напрямі правознавчої та нормативно-правової інституціоналізації інтерпретаційного права (*law of interpretation*) ⁸.

Розпочалася повномасштабна «герменевтична європеїзація», яка потребує ретельного теоретико-методологічного обґрунтування. На це вказує програмна заява Р. А. Майданика, який започаткував і очолює цей напрям цивілістичних досліджень: «Із наукової точки зору поняття, застосування і тлумачення приватного (цивільного) права України в умовах євроінтеграції та глобалізації в певному відношенні відображає ліберальне розуміння права і герменевтичні традиції країн Західної Європи, які, очевидно, відрізняються від переважно позитивістського підходу щодо розуміння і застосування права колишнього Радянського Союзу та його країн- правонаступників. Наведене зумовлює необхідність формування цілісного вчення про юридичну методологію приватного (цивільного) права України з метою імплементації європейських стандартів у сфері розуміння, тлумачення і застосування приватного (цивільного) права, юридичної техніки вирішення спорів» ⁹.

В авангарді цього процесу знаходяться дослідження, присвячені *філософсько-правовим аспектам герменевтики*. Виокремлюються праці авторитетного герменевтика права Антона Антоновича Козловського (1959–2020) ¹⁰, популярний підручник «Філософія права» за редакцією О. Г. Данильяна ¹¹, а також серія статей з проблематики застосування філософсько-герменевтичного методу в правових дослідженнях, авторами яких є О. П. Дзьобань та

⁶ Платон. Ион. Собрание сочинений в 4 т. : Т. 1. Общ. ред. А. Ф. Лосева и др. Авт. вступит. статьи А. Ф. Лосев; Примеч. А. А. Тахо-Годи. Пер. с древнегреч. Москва: Мысль, 1990. С. 377.

⁷ Там само. С. 372.

⁸ Гайдулін О. О. Інститут інтерпретації (*ius interpretatio = law of interpretation*): методологічні засади цивілістичної теорії: монографія: у 2 т. Київ: Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2020. Т. 1. 453 с. С. 17.

⁹ Майданик, Р. А. Вчення про методологію приватного (цивільного) права України. Загальні положення. *Право України*. 2019. No 1. С. 59.

¹⁰ Козловський А.А. Гносеологічна природа права (філософсько- правовий аналіз) : Автореф. дис. д-ра юрид. наук: 12.00.12. Київський національний ун-т ім. Тараса Шевченка. К., 2000. 40 с.

¹¹ Данильян О. Г., Дзьобань О. П., Максимов С. І. та ін. Філософія права: підруч. для студ. юрид. вищ. навч. закл.; за ред.. О. Г. Данильяна. Харків: Право, 2017. 208 с.

В. Л. Яроцький¹². Також заслуговують на увагу праці таких дослідників у сфері філософії права, як: І. А. Бальжик¹³, В. М. Брижко¹⁴, О. П. Донченко¹⁵, В. В. Завальнюк¹⁶, С. М. Квіт¹⁷, М. В. Мамич¹⁸, Л. Г. Удовіка¹⁹ та інші.

Показово, що саме *питання розробки герменевтичного методу* найбільш репрезентовані у працях таких науковців, як Р. М. Бірюков²⁰, Л. М. Бойко²¹, І. В. Гетьман²², В. В. Дудченко²³, Т. В. Дружиніна-Сендецька²⁴, І. С. Кривцова²⁵, О. О. Мережко²⁶, Ю. М. Оборотов²⁷, А. О. Фальковський²⁸. Особливий інтерес викликають спроби комплексного дослідження двох правових методів: герменевтичного та компаративного, які здійснено В. В. Гончаровим²⁹ та М. А. Дамірлі³⁰.

До цих джерел слід додати праці з *цивілістичної методології*, авторами яких є: О. В. Безух, О. В. Гетманцев, О. В. Дзера,

¹² Дзьобань О. П., Яроцький В. Л. Герменевтичний метод у сучасних цивілістичних дослідженнях: до питання про доцільність застосування. *Інформація і право*. Київ, 2017. No2 (21). С. 5–12; Дзьобань О. П., Яроцький В. Л. Общесметодологические и эвристические аспекты современных цивилистических исследований. *Методология исследования проблем цивилистики: сб. ст. посвящ. памяти проф. А.А. Пушкина*; под ред. Ю.М. Жорнокуя и С. А. Слипченко. Харків: Право, 2017. С. 176–205.

¹³ Бальжик І. А. Герменевтика та екзегеза: єдність та відмінність. *Актуальні проблеми держави і права: зб. наук. пр.* 2009. Вип. 50. С. 258–263.

¹⁴ Брижко В. М. Філософія права: герменевтика в сфері інформаційного права. *Правова інформатика*. 2014. No 1. С. 18–22.

¹⁵ Донченко О. П. Свобода як категорія права (герменевтичний аспект). *Актуальні проблеми держави і права*. 2009. Вип. 50. С. 37–50.

¹⁶ Завальнюк В. В. Антрополого-герменевтичний підхід до характеристики правової реальності: становлення концепцій. *Актуальні проблеми держави і права*. 2009. Вип. 50. С. 7–14.

¹⁷ Квіт С. М. Герменевтика: [навч. посіб.]. Київ, 2005. 42 с.

¹⁸ Мамич М. В. Проблеми юридичної герменевтики в працях Г.–Г. Гадамера. *Актуальні проблеми держави і права*. 2009. Вип. 50. С. 19–22.

¹⁹ Удовіка Л. Г. Інтегральна програма тлумачення права Р. Дворкіна. *Актуальні проблеми держави і права*. 2009. Вип. 50. С. 22–30.

²⁰ Бірюков Р. М. Теорія метафори, герменевтика та проблеми методології правової науки аналіз. *Актуальні проблеми держави і права*. 2009. Вип. 50. С. 54–60.

²¹ Бойко Л. М. Особливості застосування герменевтичного підходу у дослідженні правового менталітету. *Актуальні проблеми держави і права*. 2009. Вип. 50. С. 60–66.

²² Гетьман І. В. Герменевтичний підхід до праворозуміння: витоки, зміст, практичне значення. *Проблеми законності*. 2008. Вип. 97. С. 12–19.

²³ Дудченко В. В. Герменевтика права як проблема (методологічний аспект). *Актуальні проблеми політики: зб. наук. пр.* 2003. Вип. 17. С. 42–50.

²⁴ Дружиніна-Сендецька Т. В. Тлумачення у праві: особливості герменевтичного підходу: автореф. дис. канд. юрид. наук: спец. 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень». Харків, 2015. 16 с.

²⁵ Кривцова І. С. Можливості співробітництва герменевтичного та синергетичного підходів у пізнанні правових явищ. *Актуальні проблеми держави і права: зб. наук. пр.* 2009. Вип. 50. С. 79–83.

²⁶ Мережко А. А. Юридическая герменевтика и методология права. *Проблеми філософії права*. Київ; Чернівці: Рута, 2003. Т. 1. С. 159–162.

²⁷ Оборотов Ю. М. Герменевтика й метафора у правознавстві. *Наукові записки МГУ*. 2004. № 1. С. 126–131.

Оборотов Ю. М. Герменевтичний метод у правознавстві. Ю. М. Оборотов. *Вісник Одеського інституту внутрішніх справ*. 2000. № 1. С. 19–21.

²⁸ Фальковський А. О. Різноманітність аксіологічних підходів у методології права. *Актуальні проблеми держави і права: зб. наук. пр.* 2009. Вип. 50. С. 73–79.

²⁹ Гончаров В. В. До питання про функціональне тлумачення змісту юридичних норм. *Актуальні проблеми держави і права: зб. наук. пр.* 2009. Вип. 50. С. 270–276

³⁰ Дамірлі М. А. Специфіка компаративістсько-правової герменевтики. *Актуальні проблеми держави і права*. 2009. Вип. 50. С. 31–36.

О. П. Дзьобань, А. І. Дрішлюк, О. Д. Крупчан, Н. С. Кузнецова, О. Є. Кухарев, І. П. Лихолат, В. В. Луць, О. С. Мазур, Р. А. Майданик, О. В. Меленко, Є. О. Мічурін, О. М. Прокопенко, С. А. Степанов, Є. О. Харитонов, Р. Б. Шишка, В. Л. Яроцький.

Однак найбільш впливовим вченням інтерпретації в межах західноєвропейської культурно-правової традиції є філософська герменевтика, засновниками якої визнаються: Ф. Д. Е. Шлейєрмахер (F. D. E. Schleiermacher), В. Дільтей (W. Dilthey), М. Гайдеггер (M. Heidegger), Г.-Г. Гадамер (H.- G. Gadamer), П. Рікер (P. Ricoeur), Е. Г. А. Гуссерль (E. G. A. Husserl), Г. Бук (G. Buck), А. Ортіс-Осес (A. Ortiz-Osés), М. Бішо (M. Beuchot), Ж. Дерріда (J. Derrida), Е. Д. Хірш (E. D. Hirsch), Ю. Габермас (J. Habermas)³¹.

Центральною постаттю в цій когорті сучасних герменевтів є німецький філософ Ханс-Георг Гадамер (Hans-Georg Gadamer; 1900–2002), який дійшов висновку про необхідність визначення ядром його «історико-герменевтичного» методу прийому *реконструкції* (*Wiederaufbau*), який пізніше Юрген Габермас (Jürgen Habermas) запропонував називати «раціональним реконструюванням» (*rationale Rekonstruktion*). Цей прийом, на думку Гадамера, забезпечує необхідну універсальність інтерпретації, яка «повинна мислитися як частина смислового звершення, у якому утворюється і здійснюється сенс усіх висловлювань» у руслі всіх можливих ментальних традицій на основі загальнолюдського здорового розуму³².

Французький засновник традиції герменевтичної школи Поль Рікер (Paul Ricoeur, 1913–2005) вже звертає увагу на діалогічні, комунікативні аспекти тлумачення в процесі розв'язання інтерпретаційного конфлікту³³.

У подальшому ідейна спадщина філософської школи Гадамера-Рікера розвивається як напрям філософської думки в руслі методологічної, змістовної та інституціональної багатоманітності³⁴. Про це свідчить факт стрімкого зростання кількості конкуруючих у галузі філософської герменевтики шкіл. Наприклад, новітнішими серед них є *символічна герменевтика* (англ. *symbolic hermeneutics*; іспан. *hermenéutica simbólica*), засновником якої є іспанський філософ Андрес Ортіс-Осес (Andrés Ortiz-Osés) та *аналогова герменевтика* (англ. *analogic hermeneutics*; іспан. *hermenéutica analógica*), яка розроблена

³¹ Гайдулін О. О. Інтерпретація в європейському контрактному праві: герменевтико-цивілістичні засади : монографія. Київ: Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2021. 597 с. С. 66.

³² Гадамер, Г.-Г. Истина и метод. Основы философской герменевтики : Пер. с нем. Общ. ред. и вступ. ст. Б. Н. Бессонова. Москва: Прогресс, 1988. 704 с. С. 215.

³³ Див.: Ricoeur P. The conflict of interpretations: essays in hermeneutics. Continuum International Publishing Group, 2004 – 508 p.; Р. Рікєр П. Конфликт интерпретаций. Очерки о герменевтике. Пер. с фр. и вступит. ст. И. Вдовиной. Москва: «КАНОН-пресс-Ц»; «Кучково поле», 2002. 624 с.

³⁴ Гайденок П. П. Философская герменевтика. От Фр. Шлейермахера к Г. Гадамеру. Прорыв к трансцендентному. Москва: Республика, 1997. С. 391-447.

мексиканським філософом Маурісіо Бішо (Mauricio Hardie Beuchot Puento).

Серед усіх герменевтичних учень сучасності особливо виокремлюється так звана *правова герменевтика* або *юридичний інтерпретивізм* (*legal interpretivism*), що є провідним правовим ученням у Європі й має назву «європейська правова герменевтика».

Це вчення остаточно сформувалося завдяки творчості відомого американського вченого та практикуючого юриста Рональда Дворкіна (Ronald Dworkin; 1931–2013), який залишив після себе велику кількість праць³⁵ і заслужено вважається достатньо затребуваним автором³⁶. Головною працею американського засновника інтерпретивізму є його «Імперія права» (1986)³⁷, у якій розвиваються положення його першої книги «Серйозний погляд на права» (1978)³⁸.

Р. Дворкін наступним чином пояснює своє словосполучення «імперія права»: «Суди є столицями імперії права, і судді – її князі, але не її провидці й пророки. Останні ролі належать філософам, якщо вони забажають розробити ... більш чисту форму права в межах і поза межами того права, яке ми маємо»³⁹. Однак, на його думку, «імперія права визначена позицією (*attitude*), а не територією, або владою, або процесом. Це інтерпретуюча, саморефлексивна позиція, адресована політиці в сенсі послання (*in the broadcast sense*)»⁴⁰.

Таким чином, Дворкін не лише не розмежує право і його інтерпретацію, а й вважає право «інтерпретуючим поняттям» (*interpretive concept*)⁴¹. Для визначення інтерпретивної суті права американський вчений пропонує ідею *права як порядності* (*law as integrity*), яка має не лише суто раціональні, а й моральні виміри. До речі, такий варіант перекладу «*law as integrity*», не як «цілість права», а як «порядність права», «щирість права» чи «чесність права» цілком справедливо відстоює Г. В. Коваленко⁴².

Необхідно підкреслити, що в процесі формування герменевтичного методу в нашій країні намітилися обнадійливі тенденції. За останні роки ситуація у цій сфері принципово змінилася. Сучасні вітчизняні філософи-дослідники, що працюють на

³⁵ Дворкін, Р. О правах всерьез. Пер. с англ.; ред. Л. Б. Макеева. Москва: РОССПЕН, 2005. 392 с.; Дворкін Р. Цілість права. Філософія права. за ред. Дж. Фейнберга та Дж. Коулмена. Київ: Основи, 2007. С. 183–205.

³⁶ Коваленко Г. В. Філософсько-правова концепція «імперії права» Рональда Дворкіна. *Вісник Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого* № 9, 2011. С. 188–194; Удовіка Л. Г. Інтегральна програма тлумачення права Р. Дворкіна. *Актуальні проблеми держави і права*. 2009. Вип. 50. С. 22–30; Титов В. Д. Роналд Дворкін про інтерпретацію нечітких виражень у праві. *Вісн. Акад. прав. наук України*. 2003. № 1 (32). С. 84–92.

³⁷ Dworkin R. *Law's Empire*. Cambridge, Massachusetts, London, England: The Belknap Press of Harvard university Press, 1986. XIV, 471 p.

³⁸ Dworkin R. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977. P. XV. 293 p.

³⁹ Dworkin R. *Law's Empire*. P. 407

⁴⁰ Там само. P. 413.

⁴¹ Там само. P. 87.

⁴² Див.: Коваленко Г. В. Філософсько-правова концепція «імперії права» Рональда Дворкіна. *Вісник Національної юридичної академії України імені Ярослава Мудрого* № 9, 2011. С. 191.

пострадянському просторі, все більше зосереджують увагу саме на філософській проблематиці інтерпретації. У зв'язку з цим доречно підкреслити, що герменевтична проблематика постає «топовою» серед вітчизняних досліджень із загальної філософської проблематики. Особливо необхідно виокремити останні дисертаційні дослідження з герменевтичної проблематики таких українських вчених, як О. М. Юркевич⁴³, Л. Д. Архипова⁴⁴, Т. О. Берестецька⁴⁵, О. О. Блуд⁴⁶, А. Л. Богачов⁴⁷, С. В. Бондар⁴⁸, Н. В. Попова⁴⁹, І. О. Роман⁵⁰, О. М. Тимохін⁵¹, Р. Р. Якуц⁵².

Надзвичайно важливо те, що вітчизняна традиція філософсько-правової епістемології, що формується, поділяє okazionalnu, ситуативну установку гадамерівської герменевтики і для «розв'язання низки пізнавальних проблем герменевтичного плану» визнає «необхідність розуміння соціальної ситуації», а для здійснення юридичної інтерпретації – ситуації правової⁵³. При цьому А. А. Козловський наголошує: «Тлумачення певної правової ситуації ніколи не може бути чисто об'єктивістським, позаособистісним, воно завжди має екзистенціально-правову природу. Суддя орієнтується не тільки на виявлення істини як основної умови справедливого вироку, він водночас... дотримуються такої ж корпоративної правової парадигми»⁵⁴.

Підсумовуючи огляд формування філософсько-правових засад герменевтичного методу, необхідно зазначити, що необхідний ідейно-теоретичний базис нової методології в нашій країні вже створено. Це дає

⁴³ Юркевич, Е. Н. Герменевтика культурной формы понимания: дис. ... д-ра филоС. наук: 09.00.01. Харьковский национальный ун-т им. В.Н.Каразина. Харків, 2005. 384 л.

⁴⁴ Архипова, Л. Д. Роль інтерпретації в культурі: дис. ... канд. філос. наук: 09.00.04. Національний ун-т "Києво-Могилянська академія". Київ, 2002. 199 арк.

⁴⁵ Берестецька, Т. О. Інтерпретація як методологічна проблема гносеології: автореф. дис. ... канд. філос. наук: 09.00.02. Південноукраїнський держ. педагогічний ун-т ім. К.Д.Ушинського. Одеса, 2002. 19 с.

⁴⁶ Блуд, О. О. Мова як трансценденція : дис. ... канд. філос. наук: 09.00.01. Київський національний ун-т ім. Тараса Шевченка. Київ, 2007. 200 арк.

⁴⁷ Богачов, А. Л. Релятивізм і філософська герменевтика : дис. ... канд. філос. наук: 09.00.01. Київський ун-т ім. Т.Шевченка. Київ, 1997. 174 с.

⁴⁸ Бондар, С. В. Інтерпретація як реконструкція смислового змісту тексту (філософсько-естетичний аналіз): дис. ... канд. філос. наук: 09.00.08. Київський національний ун-т ім. Тараса Шевченка. Київ, 2003. -171 арк.

⁴⁹ Попова, Н. В. Герменевтические практики и проблема их философского осмысления : дис. ... канд. філос. наук: 09.00.04. Харьковский национальный ун-т им. В.Н.Каразина. Харьков, 2001. 177 л.

⁵⁰ Роман, Ігор Олегович. Герменевтичний потенціал норми в контексті філософії науки : дис. ... канд. філос. наук: 09.00.09. Чернівецький національний ун-т ім. Юрія Федьковича. Чернівці, 2005. 210 арк.

⁵¹ Тимохін, А. М. Обоснование рациональных норм средствами аналитической герменевтики : дис. ... канд. філос. наук: 09.00.01. Таврический национальный ун-т им. В.И.Вернадского. Симферополь, 2004. - 211 л.

⁵² Якуц, Р. Р. Феноменологічна та семіотична інтерпретації настанов комунікації : дис. ... канд. філос. наук: 09.00.01 Львівський національний ун-т ім. Івана Франка. Львів, 2006. 202 арк.

⁵³ Козловський А. А. Гносеологія тлумачення правових ситуацій. *Науковий вісник Чернівецького університету: Збірник наук. праць*. Вип. 105: Правознавство. Чернівці: Рута, 2001. С. 12-16.

⁵⁴ Козловський А. А. Гносеологічні принципи права. *Проблеми філософії права*. 2005. Том III. № 1-2. С. 39-40.

вагомі підстави вважати, що настав час системного розгортання герменевтичного методу як спеціального для приватного права.

1.2. Забезпечення інтересів держави та інших суб'єктів приватного права в умовах зміни суспільної парадигми

Парадигма суспільство-екологія-економіка

Процес зміни морально-політичних парадигм відбуваються у всьому світі. Насправді ті переконання, які на протязі останніх десятиріч вважалися істинними, тепер вже втратили свою важливість і значимість, оскільки вже йде мова про переконання, які мають займати в системі знань досить велику частку (часто перше місце). Тому не виникає сумніву, що їх зміна або переформатування може призвести до краху не лише світогляду, а й окремих суспільних формацій. Така наукова конструкція не заперечує, що на основі зруйнованих парадигм можна побудувати нову. Хоча переважна більшість споживачів таких знань досить різко сприйме руйнування ustalених засад. Зустріч з новою дійсністю, з новими завданнями сприяє приросту знань, і формує потребу їх постійного упорядкування та побудови нової основи, нового місця, де вони мають зберігатися.

Простіше кажучи зростання комунікацій та потреба в інформації збільшує необхідність створення нових і нових категоріальних систем. Звичайно в минулому комунікація також була важлива, але порівняно із нинішніми технологіями вона має дуже мізерне значення. Так, люди на словах погоджуючись з певними принципами повинні були приймати участь комунікаційних ритуалах, які не зовсім були зрозумілі для них. У таких умовах відбувається два процеси, що взаємопов'язані: популяризація так званого громадянина світу з об'єднанням країн на основі застосування сили або інших механізмів, що мають призвести до єднання нації.

Людство розуміє, що для вирішення усіх глобальних проблем землі як екосистеми, необхідні спільні дії більшості країн світу, що мають передбачити зменшення впливу людства на глобальні екосистеми. Йдеться про те, що відносинах споживацтва, у відносинах інвестування у певні нові види виробництва обов'язково повинні враховуватися вимоги екологічні (безпекові), що дозволяють зберегти загальну екосистему. Небезпека полягає в тому, що екологічні катастрофи відбувалися завжди, але в сучасних умовах ми швидкими кроками наближаємося до змін в екосистемі землі. Рішенням, звичайно, займаються усі країни, формуючи законодавства щодо вимог до товарів та послуг, які дозволяють оцінити вплив на життя і здоров'я людини та довкілля. У той же час,

якщо говорити про застосування лише імперативів, ми не отримаємо бажаного результату. Необхідно розуміти, що поєднання добровільного та обов'язкового може призвести до ефекту позитивних змін.

Зміни на землі, що можуть призвести до екологічної катастрофи ми не можемо відвернути, тому що існує стійкий взаємозв'язок між світовим кліматом, безпекою та забруднення довкілля. Представники старших і молодих поколінь все ще сподіваються, що катастрофа не відбудеться у час їхнього перебування на землі. Відповідно, на їх думку, немає необхідності вирішувати ці проблеми. Але все це не так. Екологічний напрямок в економіці був започаткований у світовому масштабі ще в 70-х роках 20 століття і нині виходить на перший план в багатьох навіть в політичних питаннях. По суті те, що було основою у двадцятому сторіччі нині немає такого значення.

Велика увага до екологічних питань була привернута також тоді, коли почали говорити про зіткнення культур чи парадигм сходо та заходу. В основі теорії зіткнення спочатку було покладено економічний принцип, а інші фактори не бралися до уваги. Насправді, як на сході, так і на заході основною метою була єдина: технічний розвиток для задоволення максимальних потреб, в тому числі економічних Ішлося про задоволення зростаючих потреб як власних громадян, так і інших осіб. Різниця полягала лише у способах досягнення цієї мети. Інші фактори не бралися до уваги і почали з'являтися лише у цьому сторіччі. Взагалі можна запитати: а чи має сенс спосіб, оскільки мета одна і та сама? Важливим є розуміння того, що економічні потреби (господарські потреби) є нині домінуючими і постають як центральні в більшості культур.

Ми пам'ятаємо, що такі підходи були не завжди. Наприклад, в античні часи співвідношення економіки та політики кардинально відрізнялося від сучасного. Політичні рішення в античному суспільстві досить рідко впливали на господарську сферу, фінансування, соціальну сферу та культуру. У середньовічні часи на перший план виносилося навіть не економічне питання, а питання релігійне. Парадигма того часу передбачала, що вірування (правильне вірування) дозволяє досягти економічних благ і навіть отримати «громадянство». Після цього новою парадигмою вважається нація. Нація, яка не залежить від внутрішніх і зовнішніх політичних чинників, від вірувань та економічного статусу суб'єкта.

Глобальної економічної політики нині поки що не існує. Існує світова економіка і в політиці економіка відіграє першочергову роль. Йдеться також про необхідність перетворення ліберальних правових держав на надавачів послуг, у тому числі соціальних. Таке розуміння дозволяє легше перейти від однієї парадигми до іншої в умовах інформаційного суспільства. Держава для задоволення потреб власних громадян має робити усе можливе зобов'язавшись отримати найменший спротив від них та міжнародної спільноти. На даному

етапі важливо розуміти, що держави (уряди) мають навчитися раціонально поєднувати інтереси природи і нації. Філософія і право завжди вважали природу безправною, оскільки вона ще не існує як суб'єкт і тому правами не може наділятися. Мабуть з точки розу юриспруденції це правильно. У той же час громадяни окремої країни опосередковано мають турбуватися про стан та інтереси природи, оскільки вони самі її частиною. Це турбота пов'язана з вибором, що стоїть кожного разу перед людиною: бути агресивним споживачем та знову опосередковано нищити природу або зменшити свої споживацькі потреби та забезпечити раціональне використання природних ресурсів, їх охорону та відтворення.

Сучасне освоєння країн третього світу виправдовуються тим, що їх громадяни до цього часу не заснували у себе сучасної правової держави, що дозволяє фактично грабувати ці країни. Ці процеси відбуваються під прикриттям інвестиційної політики, допомоги у вирішенні внутрішньо політичних питань, перенесення власного досвіду у політичну систему країн третього світу. Часто можна почути, що в країнах третього світу відсутня моральність і взагалі будь-які принципи, що можуть свідчити про існування демократичної держави. Громадяни країн першої світу начебто страждають за стан справ у відсталих країнах. Саме тому вони допомагають вирішити проблеми економічного та екологічного характеру.

Уклад сучасної політики знаходиться в залежності від економічної парадигми, що призводить до екологічної катастрофи на землі. Найгірший стан в такій ситуації країнах третього світу. Екологічна криза вплине на всі країни.

Слід розуміти, що ми живемо в переході до нової парадигми (від економічної парадигми до екологічної). Має відбутися перехід від невиправданого абсурдними потребами споживачів економічного зростання, від культурного та мовного єднання на шкоду іншим до інвестування в екологічні проекти. Має відійти та нівелюватися релігійна нетерпимість і розбрат. В таких умовах мають бути розставлені також і нові акценти в правовій сфері.

Вплив правових актів міжнародних організацій на досягнення екологічності економіки.

Фактично на Саміті в Ріо-де-Жанейро в 1992 році було проголошено, що сталий (підтримний) розвиток є основною формулою ООН, законом розвитку людства, юридичною основою для економічного розвитку всіх країн. Так, європейські країни майже одразу взяли на себе зобов'язання притримуватися цілей сталого (підтримного) розвитку, і там дуже багато вже прийнято і приймається актів законодавства на рівні ЄС та окремих країн, які упорядковують складні відносини між розвитком економіки і екологічною ситуацією. Лідерами щодо впровадження цілей сталого (підтримного) розвитку нині визнані окремі європейські країни

(Швеція, Норвегія, Фінляндія, Нідерланди⁵⁵), а також Японія та окремі штати США⁵⁶.

На міжнародному рівні не лише ООН пропагує сталий (підтримний) розвиток. ISO (Міжнародна організація зі стандартизації) також долучається до цих ініціатив і навіть провела неформальний розподіл частини своїх стандартів відповідно до цілей сталого (підтримного) розвитку⁵⁷.

Стандарти ISO сприяють сталому виробництву продуктів харчування та ресурсів, а також сталому працевлаштуванню (ISO 20400 Сталі закупівлі – Керівництво), підтримують бізнес та урядові установи в їх зусиллях щодо підвищення доброчесності та боротьби з хабарництвом (ISO 37001 Системи управління хабарництвом - Вимоги та керівництво щодо використання). Щоб покінчити з голодом, досягти продовольчої безпеки, покращеного харчування та сприяти сталому сільському господарству, ISO має понад 1600 стандартів для сектору виробництва харчових продуктів, покликаних створити впевненість у харчових продуктах, удосконалити методи сільського господарства та сприяти стійким та етичним закупівлям. Вони також охоплюють ряд інших областей, включаючи харчові та безпечні випробування, якість, упаковку та простежуваність усього процесу виробництва (ISO 22000 щодо управління безпечністю харчових продуктів, ISO 26000 про соціальну відповідальність та ISO 20400 про стійкі закупівлі).

ISO має численні стандарти, що мають забезпечити здорове життя та сприяти благополуччю для всіх у будь-якому віці, доступ до якісної медичної допомоги, а також підтримують безпечні, якісні медичні практики та вимоги до обладнання, що допомагають медичним працівникам надавати більш надійну та ефективну послугу (наприклад, ISO 11137 для стерилізації медичних виробів радіацією та ISO 7153 про матеріали для хірургічних інструментів). ISO також розробляє стандарти, які допомагають місцевим органам влади сприяти зміцненню здоров'я та добробуту у своїх громадах, таких як Міжнародна угода про семінарські заняття про структуру інтегрованих послуг у сфері охорони здоров'я та догляду протягом усього життя в літніх суспільствах⁵⁸, Рамкові умови, що створює ISO для інтегрованих послуг у сфері охорони здоров'я та догляду

⁵⁵Sustainable development in the European Union. *Monitoring report on progress towards the SDGs in an EU context*. 2019 edition. URL: <https://ec.europa.eu/eurostat/documents/3217494/9940483/KS-02-19-165-EN-N.pdf/1965d8f5-4532-49f9-98ca-5334b0652820> (дата звернення 20.07.2021).

⁵⁶ Кожихова Т. В. Національні політики США і Японії в сфері надання зовнішньої допомоги на цілі сталого розвитку. *Інвестиції: практика та досвід*. 2017. № 8. С. 15–20.

⁵⁷ Contributing to the UN Sustainable Development Goals with ISO standards. URL: <https://www.iso.org/files/live/sites/isoorg/files/store/en/PUB100429.pdf> (дата звернення 20.07.2021).

⁵⁸ IWA 18:2016. Framework for integrated community-based life-long health and care services in aged societies. URL: <https://www.iso.org/standard/67913.html> (дата звернення 20.07.2021).

протягом усього життя в «літніх» суспільствах та ISO 37101 для сталого розвитку громад.

Визнаючи важливість якісної освіти для всіх, ISO розробила новий документ: перший в історії стандарт системи управління освітою⁵⁹. Він спрямований на вдосконалення процесів та якості освітніх установ для задоволення потреб та очікувань тих, хто користується їх послугами. Крім того, технічний комітет ISO TC 232 розробляє стандарти, що описують вимоги до навчальних послуг, що надаються поза формальною освітою, таких як ISO 29993⁶⁰, який охоплює всі типи навчання протягом усього життя, включаючи професійну освіту та навчання в компанії (як аутсорсингові, так і внутрішні), а також ще 66 стандартів, що сприяють досягненню цілі 4.

Розширення прав і можливостей жінок та їх рівності в суспільстві окреслено в ISO 26000 - Керівництво щодо соціальної відповідальності⁶¹. Цей стандарт спрямований на усунення упередженості та сприяння паритету, рекомендуючи організаціям мати збалансоване поєднання чоловіків і жінок в управлінських структурах та управлінні, забезпечити порядок обох статей, коли справа стосується підбору, кар'єрних можливостей, оплати праці та забезпечення індивідуальних потреб чоловіків та жінок, приділяючи їм однакову увагу в рішеннях і діяльності компанії. Крім того, ISO має на меті заохотити рівноправне представництво в стандартизації, посилити участь жінок у розробці міжнародних стандартів ISO та зробити їх більш актуальними для жінок у всьому світі. З цієї причини ISO нещодавно приєдналася до Міжнародних гендерних чемпіонів - лідерської мережі, яка працює над просуванням гендерного паритету в органах виконавчої влади.

В усьому світі понад 80% стічних вод, що утворюються суспільством, стікає назад в екосистему, не обробляючись та не використовуючись повторно. Крім того, близько 40% світового населення не має достатньої кількості води для забезпечення своїх потреб⁶². ISO має багато стандартів для управління водою, що охоплюють різноманітні сфери від мереж стічних вод та каналізації, до повторного використання води, ефективного зрошення, моніторингу води та сервісних заходів, пов'язаних із системами питного водопостачання. Акцентується увага також на допомозі суспільству (громадам) керувати своїми питними ресурсами (водою)

⁵⁹ ISO 21001:2018 Educational organizations - Management systems for educational organizations -- Requirements with guidance for use. URL: <https://www.iso.org/standard/66266.html> (дата звернення 20.07.2021).

⁶⁰ ISO 29993:2017 Learning services outside formal education - Service requirements. URL: <https://www.iso.org/standard/70357.html> (дата звернення 20.07.2021).

⁶¹ ISO 26000:2010 - Social responsibility. URL: <https://www.iso.org/iso-26000-social-responsibility.html> (дата звернення 20.07.2021).

⁶² Goal 6: Clean Water and Sanitation. URL: <https://www.iso.org/sdg06.html> (дата звернення 20.07.2021).

та водовідведенням у випадку кризи⁶³. Нещодавно було запропоновано ISO 24521⁶⁴, який дає практичні вказівки щодо управління та обслуговування основних побутових послуг з водовідведення. Він пропонує поради щодо навчання користувачів та операторів (надавачів послуг), оцінки ризиків та проектування та побудови базових побутових систем стічних вод, використання альтернативних технологій, які можна створити з використанням місцевих ресурсів.

ISO має давно випрацьовані та апробовані стандарти, пов'язані з енергоефективністю та відновлюваними джерелами енергії. Вони забезпечують взаємодію пристроїв та систем, що заохочує перехід до відновлюваних джерел енергії та відкриває ринки для інновацій, які вирішують глобальні енергетичні проблеми (ISO 50001 (Системи енергоменеджменту – Вимоги та керівництво щодо використання⁶⁵, ISO 9806⁶⁶, який визначає методи випробувань для оцінки довговічності, надійності, безпеки та теплових показників теплонагрівальних сонячних колекторів, а також серія ISO 17225⁶⁷, що визначає технічні характеристики та класи якості палива на твердому біопаливі)

Міжнародні стандарти за своєю суттю сприяють економічному зростанню шляхом встановлення спільної мови та міжнародних узгоджених специфікацій, які можуть бути застосовані при розробці національного та міжнародного правового (і не лише) регулювання. Вони є продуктом найкращої практики та консенсусу, важливим інструментом для зменшення бар'єрів у міжнародній торгівлі. Це той внесок, який визнається і підтримується Угодою Всесвітньої торгової організації про технічні бар'єри в торгівлі (ISO 45001 Системи управління охороною праці та технікою безпеки - Вимоги з вказівками щодо використання⁶⁸, ISO 37001 вже згадувався вище).

Міжнародні стандарти ISO підтримують промисловість, інновації та інфраструктуру за допомогою міжнародно узгоджених специфікацій, які відповідають вимогам якості, безпеки та стійкості. Охоплюючи практично всі галузі, вони надають впевненість інвесторам та споживачам, створюючи середовище, в якому

⁶³ ISO 24518:2015 - Activities relating to drinking water and wastewater services -- Crisis management of water utilities. URL: <https://www.iso.org/standard/64118.html> (дата звернення 20.07.2021).

⁶⁴ ISO 24521:2016 - Activities relating to drinking water and wastewater services -- Guidelines for the management of basic on-site domestic wastewater services URL: <https://www.iso.org/standard/64679.html> (дата звернення 20.07.2021).

⁶⁵ ISO 50001:2018 – Energy Management System. URL: <https://www.iso.org/iso-50001-energy-management.html> (дата звернення 20.07.2021).

⁶⁶ ISO 9806:2017 Solar energy -- Solar thermal collectors -- Test methods. URL: <https://www.iso.org/standard/67978.html> (дата звернення 20.07.2021).

⁶⁷ ISO 17225-1:2014 Solid biofuels -- Fuel specifications and classes -- Part 1: General requirements. URL: <https://www.iso.org/standard/59456.html> (дата звернення 20.07.2021).

⁶⁸ ISO 45001:2018 - Occupational health and safety management systems Requirements with guidance for use URL: <https://www.iso.org/iso-45001-occupational-health-and-safety.html> (дата звернення 20.07.2021).

продукти та послуги можуть «процвітати». Фактично індустріалізація була рушієм міжнародної стандартизації у XX ст. Більше того, стандарти ISO забезпечують універсальну мову, тим самим руйнуючи технічні бар'єри для міжнародної торгівлі. Це особливо важливо для країн, що розвиваються, оскільки створюються полегшені умови конкуренції на світовому ринку (ISO 44001 Системи спільного управління діловими відносинами - Вимоги та рамки)⁶⁹.

Міжнародні стандарти ISO забезпечують платформу для забезпечення сумісності, яка заохочує інвестиції та підтримує інновації. Більше того, поточна робота ISO щодо управління інноваціями пропонує перевірені рішення, які допомагають організаціям розкрити свій інноваційний потенціал. Наприклад, стандарт ISO 56002⁷⁰ щодо систем управління інноваціями та ISO 50503⁷¹ щодо інструментів та методів спільного інноваційного партнерства.

Нині передові країни покладаються на складну систему якості та дотримання вимог, щоб забезпечити належне функціонування ринку, захистити здоров'я та безпеку людей та зберегти довкілля. Ця система зазвичай визначається як національна інфраструктура якості (NQI) і стосується всіх аспектів стандартизації, у тому числі метрології, тестування, управління якістю, сертифікації, акредитації та інших процедур оцінки відповідності. Багато країн, що розвиваються, потерпають від низької якості системи NQI, що може стати головною перешкодою для їх інтеграції на регіональні та глобальні ринки, обмежуючи можливості, які пропонує торгівля, і перешкоджаючи їх здатності покращувати громадський добробут у життєво важливих сферах, таких як здоров'я, безпека та захист навколишнього середовища. Частково в Стратегії ISO 2016-2020⁷² вже передбачається розбудова потенціалу для країн, що розвиваються, у таких сферах, як стратегія, технічна та експлуатаційна експертиза, відносини з розробниками політик і правил, щоб підтримати їх участь у міжнародній стандартизації. Це допомагає країнам посилити свої NQI, зменшуючи тим самим нерівності всередині та між країнами.

Для прикладу знову звертаємося ISO 26000 (Посібник з соціальної відповідальності), який дає керівні принципи щодо того, як підприємства та організації можуть діяти соціально відповідально, включаючи охоплення принципів недискримінації та рівних можливостей. Основні теми та проблеми, визначені стандартом, включають права людини, трудові практики, навколишнє

⁶⁹ ISO 44001:2017 - Collaborative business relationship management systems -- Requirements and framework. URL: <https://www.iso.org/standard/72798.html> (дата звернення 20.07.2021).

⁷⁰ ISO 56002:2019 - Innovation management -- Innovation management system -- Guidance. URL: <https://www.iso.org/standard/68221.html> (дата звернення 20.07.2021).

⁷¹ ISO 50503:2019 - Innovation management -- Tools and methods for innovation partnership -- Guidance. URL: <https://www.iso.org/standard/68929.html> (дата звернення 20.07.2021).

⁷² The ISO Strategy 2016-2020. URL: http://www.iso.org/iso/iso_strategy_2016-2020.pdf (дата звернення 20.07.2021).

середовище, справедливу практику роботи, проблеми споживачів та залучення громад.

Сталі міста та громади забезпечує більше двохсот стандартів ISO. Відповідальне використання ресурсів, збереження навколишнього середовища та покращення добробуту громадян є кінцевою метою для експертів технічного комітету ISO/TC 268 (Сталі міста та громади), чий флагманський стандарт ISO 37101⁷³ допомагає громадам визначати свої цілі сталого (підтримного) розвитку та створювати стратегії їх досягнення. До цього основного стандарту можна додати також низку стандартів щодо міських показників, включаючи ISO 37120⁷⁴ (показники для міських послуг та якості життя), ISO 37122⁷⁵ (показники для розумних міст) та ISO 37123⁷⁶ (показники для стійких міст).

У сфері відповідального споживання та виробництва ISO розробила вже більше 200 стандартів. Зменшення впливу на навколишнє середовище, сприяння використанню відновлюваних джерел енергії та заохочення відповідальних рішень щодо придбання – це лише деякі із способів, з допомогою яких стандарти ISO сприяють сталому (нехижацькому) споживанню та виробництву. Працюючи над досягненням цих цілей, ISO розробила ключовий стандарт ISO 20400⁷⁷ про сталі (стабільні, стійкі, зважені) закупівлі. ISO також розробила стандарти для маркування навколишнього середовища в серії ISO 14020⁷⁸. Таким чином забезпечується впровадження керівних принципів розробки та використання екологічних етикеток та самодекларацій, а також підготовку до сторонніх програм сертифікації, які допомагають підтверджувати екологічні вимоги та спонукають споживачів до свідомого вибору.

ISO має 185 стандартів, які відіграють важливу роль у «порядку денному» клімату, допомагаючи контролювати зміни клімату, кількісно оцінювати викиди парникових газів та сприяти передовій практиці управління довкіллям. У розробці перебуває Керівництво ISO 84⁷⁹ (Керівні принципи щодо зміни кліматичних змін у стандартах), що буде спрямоване на тих, хто бере участь у розробці стандартів, та стане «настільною книгою» для зацікавлених осіб.

⁷³ ISO 37101:2016 Sustainable development in communities -- Management system for sustainable development -- Requirements with guidance for use. URL: <https://www.iso.org/standard/61885.html> (дата звернення 20.07.2021).

⁷⁴ ISO 37120:2018 Sustainable cities and communities -- Indicators for city services and quality of life. URL: <https://www.iso.org/standard/68498.html> (дата звернення 20.07.2021).

⁷⁵ ISO 37122:2019 Sustainable cities and communities -- Indicators for smart cities. URL: <https://www.iso.org/standard/69050.html> (дата звернення 20.07.2021).

⁷⁶ ISO/FDIS 37123 Sustainable cities and communities -- Indicators for resilient cities. URL: <https://www.iso.org/standard/70428.html> (дата звернення 20.07.2021).

⁷⁷ ISO 20400:2017 Sustainable procurement -- Guidance. URL: <https://www.iso.org/standard/63026.html> (дата звернення 20.07.2021).

⁷⁸ ISO 14020:2000 Environmental labels and declarations -- General principles. URL: <https://www.iso.org/standard/34425.html> (дата звернення 20.07.2021).

⁷⁹ ISO/DGuide 84 Guidelines for addressing climate change in standards. URL: <https://www.iso.org/standard/72496.html> (дата звернення 20.07.2021).

Життя під водою - це найменш розроблена сфера (ціль). Звичайно є технічний комітет ISO (ISO/TC 234), який займається протезуванням риби та управлінням морськими ресурсами. У коло їх інтересів входять також питання рибальства та аквакультури, а розроблені стандарти надають унікальну можливість брати участь у розвитку рибного господарства та аквакультури таким чином, щоб поважати сталий (підтримний) розвиток.

У цьому напрямі працює також технічний комітет ISO (ISO/TC 8 – Кораблі та морські технології), який розробив понад 250 стандартів, що стосуються сталого (підтримного, стабільного) розвитку, щодо проектування, будівництва, обладнання, технології та у інших сферах морських екологічних питань, пов'язаних із суднобудуванням. Зокрема, підкомітет SC 2 ISO/TC 8 (захист морського навколишнього середовища) створив стандарти, що стосуються негативного впливу суден та морських технологій на морські біоти.

Вплив на морське життя здійснює туризм, регулювання якого забезпечується низкою стандартів ISO. Так, ISO 13009:2015⁸⁰ встановлює загальні вимоги та рекомендації для пляжних операторів, які пропонують туристичні послуги та послуги для місцевих відвідувачів.

Життя на суші. По суті це суперціль серед усіх цілей, бо вона охоплює захист, відновлення та сприяння сталому використанню наземних екосистем, стійкому управлінню лісами, боротьбі з опустелюванням, зупинці та зворотній деградації земель, припиненню втрати біорізноманіття. Захист та сприяння життю на суші шляхом кращого використання ресурсів є метою сотень стандартів ISO. Звертаючись знову до сім'ї ISO 14000 можна навести приклад ISO 14055⁸¹ (Екологічний менеджмент - Керівництво по створенню ефективної практики по боротьбі з деградацією земель і опустелювання). У полі зору ISO є підтримане (відтворене) лісове господарство, а ключовий стандарт ISO 38200⁸² (Мережа охорони деревини та виробів з деревини), має сприяти відстеженню в ланцюзі поставок деревини, заохочуючи більш широке використання деревини із відтворених джерел, і стає важливим інструментом для боротьби з незаконним вирубуванням лісів. На стадії розробки знаходиться дуже важливий стандарт ISO/WD PAS 1996-3⁸³ (Акустика - Опис, вимірювання та оцінка екологічного шуму), що має

⁸⁰ ISO 13009:2015 Tourism and related services -- Requirements and recommendations for beach operation. URL: <https://www.iso.org/standard/52329.html> (дата звернення 20.07.2021).

⁸¹ ISO 14055-1:2017 Environmental management -- Guidelines for establishing good practices for combatting land degradation and desertification -- Part 1: Good practices framework. URL: <https://www.iso.org/standard/64646.html> (дата звернення 20.07.2021).

⁸² ISO 38200:2018 Chain of custody of wood and wood-based products. URL: <https://www.iso.org/standard/70179.html> (дата звернення 20.07.2021).

⁸³ ISO/WD PAS 1996-3 Acoustics -- Description, measurement and assessment of environmental noise -- Part 3: Objective method for the measurement of prominence of impulsive sounds and for adjustment of LAeq. URL: <https://www.iso.org/standard/77035.html> (дата звернення 20.07.2021).

запропонувати об'єктивний метод вимірювання вираженості імпульсивних звуків та коригування LAeq.

Ефективні, підзвітні та інклюзивні товариства та інституції покладаються на хороше управління на всіх рівнях, починаючи з малих компаній, закінчуючи транснаціональними компаніями та урядами. Управління - це система, за допомогою якої організація спрямовується, контролюється та несе відповідальність за досягнення своєї основної мети в довгостроковій перспективі. Технічний комітет ISO/TC 309 (Управління організаціями), був створений для закріплення належної практики для ефективного управління та охоплює широкий спектр аспектів - від напряму, контролю та підзвітності, до дотримання, корупції та подання звітів. Тут знову варто звернутися до стандартів ISO 37001 (системи управління хабарництвом, які допомагають сприяти миру, справедливості та сильним інституціям шляхом підвищення прозорості та підзвітності), ISO 19600 (Системи управління дотриманням вимог - Керівні принципи), ISO 37000 (Керівництво щодо управління організаціями, що заохочує належне керівництво та контроль організацій усіх типів та розмірів). У цій сфері ISO має лише 60 стандартів, передаючи естафету в правові системи окремих країн.

У ISO розуміють важливість глобальних партнерських відносин, оскільки від цього залежить вся система ISO. Кожен міжнародний стандарт ISO розробляється при співпраці та консенсусі широкого кола зацікавлених сторін з усіх куточків Землі, включаючи представників органів влади, промисловості та стандартизації. ISO не відсторонюється, а співпрацює з великою кількістю міжнародних організацій, щоб забезпечити участь різноманітного кола зацікавлених сторін та принести переваги стандартам у всіх країнах, незалежно від розміру чи економічного статусу⁸⁴. Метою є зміцнення їх національної інфраструктури стандартів шляхом формування навичок у таких сферах, як стратегія, технічна та експлуатаційна експертиза, зв'язки з розробниками політики, щоб підтримати їх участь у міжнародній стандартизації⁸⁵.

Ключовим компонентом у досягненні цієї цілі є Пілотна програма «Нові права»⁸⁶, яка дозволяє країнам активніше брати участь у роботі над розробкою стандартів ISO у конкретних галузях, таких як туризм, продовольчі товари та оцінка відповідності. Це, в свою чергу, сприяє поліпшенню суспільного добробуту в таких

⁸⁴ ISO in brief. URL: <https://www.iso.org/files/live/sites/isoorg/files/store/en/PUB100007.pdf> (дата звернення 20.07.2021).

⁸⁵ Guidance for national standards bodies-Engaging stakeholders. URL: http://www.iso.org/iso/guidance_nsb.pdf (дата звернення 20.07.2021).

⁸⁶ New Rights Pilot Programme. *ISO focus*. 2016. September-October. P. 41. URL: [https://www.iso.org/files/live/sites/isoorg/files/news/magazine/ISOfocus%20\(2013-NOW\)/en/2016/ISOfocus118/ISOfocus_118.pdf](https://www.iso.org/files/live/sites/isoorg/files/news/magazine/ISOfocus%20(2013-NOW)/en/2016/ISOfocus118/ISOfocus_118.pdf) (дата звернення 20.07.2021).

життєво важливих сферах, як здоров'я, безпека та захист довкілля, створюючи економічне зростання та шлях до світових ринків.

Україна в процесах екологізації економіки

Останнім часом часто висловлюються думки про те, що вільний (лібертаріанський) розвиток економіки є максимально ефективним і забезпечує стабільність довкілля та суспільства. Тобто це щось альтернативне, орієнтоване не на ринкову економіку і не на контрольовану державою економіку, а має засновуватися на моральних засадах, добросовісності та суспільній кооперації задля суспільного блага.

На нашу думку, у вільному розвитку слід розрізняти економічний та суспільний аспекти. Така позиція засновується на нашому (українському) досвіді суспільного (спільного) управління. Так, навіть у часи війн та постійних руйнувань державності на території України на рівні малих соціумів (хутори, слободи, села, міста, групи населених пунктів) українці демонстрували ініціативи зі створення власних інститутів соціальної взаємодії для управління власними територіями. З приходом централізованих структурних утворень ці локальні інститути соціальної взаємодії нівелювалися, але в умовах чергових суспільних криз вони знову актуалізувалися. Це суспільний аспект вільного (анархічного) розвитку.

В економіці та розвитку ринків збуту товарів і послуг превалює централізоване управління процесами, оскільки на рівні окремих територіальних утворень важко запланувати рівний розвиток. Така ситуація виникає об'єктивно, бо різними є погодні умови, ресурсне наповнення, кількість населення, потреби в товарах (послугах) тощо. Лише централізоване (часто з виходом за межі держави) стратегічне та тактичне планування економіки дозволяє створити умови стабільності держави, матеріального забезпечення населення та розвитку суспільства.

Нам (українцям) слід відмовитися від міфу про благо капіталізму, про перевагу та ефективність приватних підприємств перед державними, оскільки за останні роки ці тези призвели лише до номенклатури, криміналізації економіки, збідніння населення. Чимдалі частіше українці звертаються до власних ресурсів для забезпечення свого існування. Провал суцільно централізованої економіки та наступного вільного підприємництва потребує раціональної та об'єктивної переоцінки. Йдеться не про перерозподіл ресурсів, сфер впливу чи інше, а про переорганізацію деспотичних та орієнтованих на прибуток підприємств чи навіть галузей економіки. Найкращим варіантом може стати максимальний розвиток місцевого самоврядування на місцях (без «феодалного» впливу) для організації суспільства та його взаємозв'язок з центральними структурами організації суспільства для економічного розвитку.

У цьому контексті слід також вийти за межі нашої держави і звернути увагу на світовий розвиток. Настав той час, коли у людства є вибір: об'єднання у демократичні та екологічно спрямовані спільноти або фізичне руйнування планети Земля. Ми цілком можемо жити в суспільстві, структурованому на основі спільнот різного рівня, використовуючи уже існуючі або новітні технології для життєзабезпечення та матеріального добробуту кожного. Інакше ми ризикуємо втратити особисту та економічну свободу через олігархат світового рівня, що засновується на максимальному отриманні прибутків та тиранії.

У тих країнах, де бідність ще не створила суспільної кризи, таким фактором стане екологічна небезпека і загроза життю людини. Тому нині слід говорити про екологію, безпеку довкілля та людини не з точки зору природничих наук, а вплітаючи ці ідеї в економіку та право. Екологічний баланс на планеті Земля може бути створений лише на основі раціонального та ефективного управління як соціальним і структурами, так і галузями економіки.

Слід також розглянути це одну ідею, яку часто експлуатують не лише в Україні, а й у світі. Мова йде про екологізацію компромісного типу, розпочату у 60-ті роки ХХ ст. Екологізація стала чимось таким вибілюючим у сфері підприємництва (бальзамом на душу для людства), хоча сутність полягає у тому, що природа для індустріальних магнатів є джерелом природних ресурсів для їх власного розвитку. Йдеться лише про загравання із суспільством та ходу з меншим опором, яку підтримують міжнародні організації, екологічні лобісти та владні структури окремих держав.

Така екологізація компромісного типу вже призвела до збільшення кількості вуглецю в атмосфері, ризиків знищення екваторіальних лісів (тих, що утворюють основну масу кисню на землі), зменшення озонового шару, зменшення обсягу питної води, хімічні (кислотні) дощі, шкідливі харчові складники у продуктах, невірноважені сільськогосподарські методи виробництва, що призводять до опустелювання та засолювання ґрунтів. Ситуація ускладнюється ще тим, що екологізація такого типу засновується на статусі кво переваги права приватної власності над суспільними інтересами.

Екологізація, що засновується лише на змагальності, свободі та саморегулюванні, призведе до екологічної катастрофи. Так само забюрократизована та дуже ієрархизована соціальна структура призводить до неповороткості, слабкого реагування і того самого результату.

Суспільство має шукати альтернативи. Так, бездумне зростання, накопичування та споживацтво, що виражається у побудові нових гідроелектростанцій, атомних електростанцій, дороги замість лісів, будинків замість міського рекреаційного ландшафту, має протиставлятися протестними рухами та соціальними ініціативами на рівні окремих соціумів. Тут слід зазначити, що ми не

маємо говорити про суспільство як абстрактне і загальне, оскільки кожне суспільство у горизонтальному (державному) та вертикальному (історичному) розрізах є унікальним і неповторним. У цьому контексті варто розрізняти два поняття суспільства та осуспільнення: 1) суспільство як комплекс відносин, який не варто ототожнювати з ринком і торгівлею, оскільки воно існувало і до ринкових відносин в епоху зародження людства як біологічного виду; 2) осуспільнення або узагальнення певних процесів (соціалізація, еволюція та інші процеси, що є супутніми і створюють суспільство).

Ідеологія сталого (підтримного) розвитку спрямована на поєднання таких елементів, як економічний розвиток, зростання доходів і доброту людей праці, особливо – зменшення бідності, злиднів, і, звичайно, екологізація всіх сфер життя. Це хороші ідеали, але ми навіть не знаємо, наскільки серйозно сьогодні постають перед нами ці екологічні питання, оскільки нині уряд та його міністерства позбавлені важелів контролю над певними монополіями і підприємствами – туди не потрапляють жодні інспекції, перевірки і взагалі мало відомо, що там відбувається. Хоча, він відзначає, що модернізація технологій, яка відбувається в нас на деяких підприємствах, сама по собі позитивна, оскільки набагато частіше враховує екологічну складову, ніж у інших країнах⁸⁷.

За усталеною думкою триєдина концепція сталого еколого-соціально-економічного розвитку має спрацювати так:

1. Економічний напрям має забезпечити оптимальне використання обмежених ресурсів та застосування природо-, енерго- і матеріалозберігаючих технологій для створення потоку сукупного доходу, який би забезпечував принаймні збереження (не зменшення) сукупного капіталу (фізичного природного, або людського), з використанням якого цей сукупний дохід створюється. Передбачалося, що перехід до інформаційного суспільства приведе до зміни структури сукупного капіталу на користь людського, збільшуючи нематеріальні потоки фінансів, інформації та інтелектуальної власності. Розвиток нової нематеріальної економіки буде стимулюватися не лише дефіцитом природних ресурсів, а й наростанням обсягів інформації та знань, що набувають значення затребуваного товару.

2. Екологічний напрям. Тут сталий розвиток має забезпечити цілісність біологічних і фізичних природних систем, їх життєздатність та відтворюваність, від чого залежить глобальна стабільність усієї біосфери. Особливого значення набуває здатність таких систем самооновлюватися й адаптуватися до різноманітних змін, замість

⁸⁷ Щербак Ю. Політика всіх президентів України ігнорувала інноваційний розвиток держави. URL: <https://hvylya.net/interview/yuriy-shherbak-politika-vsikh-prezidentiv-ukrayini-ignoruvala-innovatsiyniy-rozvitok-derzhavi.html> (дата звернення 20.07.2021).

збереження в певному статичному стані або деградації та втрати біологічної різноманітності.

3. Соціальний напрям орієнтований на людський розвиток, на збереження стабільності суспільних і культурних систем, на зменшення кількості конфліктів у суспільстві. Людина має ставати не об'єктом, а суб'єктом розвитку. Вона повинна брати участь у процесах формування своєї життєдіяльності, прийнятті й реалізації рішень, контролі за їх виконанням. Важливе значення для забезпечення цих умов матимуть справедливий розподіл благ між людьми (GINI-індексу, коефіцієнту нерівності), плюралізм думок та толерантність у стосунках між ними, збереження культурного капіталу і його розмаїття, насамперед спадщини не домінуючих культур.

В Україні постійно здійснюються заходи, спрямовані на поліпшення стану біорізноманіття, та удосконалюється законодавча база в галузі охорони, збереження та сталого використання біорізноманіття.

Звернемося до цифр та показників, що були передбачені в Указі Президента України «Про Стратегію сталого розвитку "Україна - 2020"» від 12.01.2015 № 5/2015 (нині вже є новий указ про цілі сталого розвитку в Україні, але він не містить жодних індикаторів, що дозволяють оцінити їх реальність). Проаналізуємо стратегічні індикатори реалізації цієї стратегії (розділ 4), беручи їх рівні із загальнодоступних джерел, у тому числі в світовому інформаційному просторі. Так, реалізація Стратегії сталого розвитку "Україна - 2020" передбачає досягнення 25 ключових показників, що оцінюють хід виконання реформ та програм.

Як показують публічно доступні джерела інформації більшість показників явно не будуть досягнуті у 2020 році, що спричинено нівелюванням засобів реалізації цієї стратегії. У 2015 році головною передумовою реалізації стратегії було названо суспільний договір між владою, бізнесом та громадянським суспільством, де кожна сторона має свою зону відповідальності. За ці роки було зруйновано не лише зони відповідальності, але інтегровано максимально бізнес та влада з одночасним усуненням від прийняття рішень громадянського суспільства. Це викликало глибокі системні кризи в українському суспільстві.

Вихід з подібних криз необхідно знаходити шляхом повернення держави до виконання статті 1 Конституції України про загальну спрямованість України як суверенної, незалежної, демократичної, соціальної, правової держави, яка є частиною світового співтовариства та відповідальною за сталий (підтримний) розвиток не лише українців, але й людства в цілому. Йдеться про те, що не слід засновуватися на прагматичному підході до збереження екології, де застосовується одностороннє реформування, створення ілюзій змін, екстенсивне використання природних ресурсів тощо. По суті така політика призводить до обрання меншого зла.

Тому нині слід перейти не стільки до сталого (підтримного) розвитку, скільки до необхідності підняття суспільства (спільнот) на новий рівень пізнання, де екологічні, економічні та інші соціальні проблеми мають переосмислитися на основі загальнолюдських цінностей, досягнення балансу з природою та «екологічної технократії».

1.3. Проблеми реалізації громадянами України права на житло

Згідно зі ст. 47 Конституції України за кожним закріплюється право на житло, це право гарантується для всіх категорій фізичних осіб, а не лише забезпечення державним житлом для соціально незахищених громадян. Але на сучасному етапі не створено систему забезпечення житлом населення відповідно до Конституції України. Хоча ЦК спрямований на реалізацію положень Конституції України у сфері приватноправових відносин, але цим нормативним актом не вирішуються проблеми забезпечення житлом. Сучасне розуміння житлових прав ґрунтується на визнанні природного права на житло як невід'ємної частини прав людини, тому відповідним чином має забезпечуватися. Проте вимагається нормативне закріплення механізму правової реалізації права на житло всіма фізичними особами, що проживають в Україні. Природний характер права на житло свідчить про те, що це право належить як дієздатній особі, так і особам, дієздатність яких є неповною внаслідок віку чи стану здоров'я, або повністю недієздатним особам⁸⁸. Крім того, особливу увагу необхідно звернути на те, що право на житло як природне право кожної людини є одним з невід'ємних елементів правоздатності фізичних осіб.

Потреба у житлі є однією з постійних потреб людини, без задоволення якої неможливе нормальне існування цивілізованого суспільства. Житло необхідне людині не лише як життєвий простір, місце спокою і відпочинку, творчої роботи і навчання, а й як важлива частина матеріальної бази для досягнення природного прагнення до створення сім'ї, виховання дітей тощо⁸⁹.

Чинне законодавство, яке регулює житлові відносини, містить норми, розроблені ще в радянський період. Ці норми не відповідають реаліям сьогодення, оскільки не забезпечують здійснення житлових прав та охоронюваних законом інтересів громадян.

Стаття 28 Проекту Житлового кодексу України розробленого Міністерством розвитку громад та територій України називається

⁸⁸ Галантич М. К. Житлове право України: навч. посібник. К. : Юрінком Інтер, 2007. С.108.

⁸⁹ Маслов В. Ф. Защита жилищных прав граждан. Х. : Издательство Харьковского ун-та, 1970. С.5

«Реалізація права громадян на житло»⁹⁰ відповідно до якої: «Громадяни мають право відповідно до своїх потреб і можливостей побудувати, придбати у власність або одержати житло у найм у порядку, передбаченому цим Кодексом та іншими нормативно-правовими актами» та іншими гаслами. Треба розуміти, що реалізація це досягнення певного результату тобто набуття житла і проживання в ньому, громадяни цієї мети можуть досягнути тільки власними діями.

Реалізація житлових прав неможлива через прогалини у законодавчій сфері, зокрема через нечіткість визначення понять, що містяться у житловому законодавстві, подвійних тлумачень, що призводить до колізій, або взагалі відсутності норм, які б забезпечували захист житлових прав громадян. Однією з таких прогалин є недостатнє та нечітке визначення поняття «житло», яке різниться в залежності від галузі права, наслідком чого є звуження можливостей реалізації житлових прав .

Так наприклад, Конституція України, не даючи визначення терміну «житло», ст. 47 гарантує, що кожен має право на житло, а ст. 48 ще раз декларує, що кожен має право на достатній життєвий рівень для себе і своєї сім'ї, що включає достатнє харчування, одяг, житло. Відповідно до ст. 379 ЦК України житлом фізичної особи визнається житловий будинок, квартира, інше приміщення, призначені та придатні для постійного проживання в них. Чинний ЖК не містить визначень поняття житло, замість нього використовується терміни житловий фонд, жилі будинки, жилі приміщення та окремі вимоги до приміщень, що можуть бути визначені як жилі, ознакою яких є їх призначення. Згідно ст. 6 ЖК УРСР жилі будинки і жилі приміщення призначаються для постійного проживання громадян, а також для використання у встановленому порядку як службових жилих приміщень і гуртожитків. У ст. 14 Проекту житлового кодексу України 91 зазначається, що житло це житловий будинок, квартира, кімната (кімнати) в житловому будинку, кімната (кімнати, житлова блок/секція) в гуртожитку, житлові приміщення в нежитлових будівлях, спорудах, призначені та придатні для постійного та тимчасового проживання людей і прийняті в експлуатацію в установленому законодавством порядку. Постає питання чи потрібне невичерпне перерахування різних житлових об'єктів. Л. Г. Лічман,

⁹⁰ Проект Житлового кодексу України розроблено Міністерством розвитку громад та територій України на виконання Указу Президента України від 08.11.2019 № 837/2019 «Про невідкладні заходи з проведення реформ та зміцнення держави». <http://w1.c1.rada.gov.ua> > zweb2 > webproc34

⁹¹ Проект Житлового кодексу України розроблено Міністерством розвитку громад та територій України на виконання Указу Президента України від 08.11.2019 № 837/2019 «Про невідкладні заходи з проведення реформ та зміцнення держави». <http://w1.c1.rada.gov.ua> > zweb2 > webproc34

зазначає, що право на житло не може бути реалізовано повною мірою доти, поки не буде офіційно визначене поняття «житло»⁹².

Метою визначення мають бути ознаки, за якими нерухомість може визнаватися житловою. За ст.379 ЦК України такими ознаками є: житловий будинок, квартира, інші приміщення, призначені та придатні для постійного проживання в них. Житло є об'єднуючим поняттям, яке включає в себе житловий будинок, квартиру, а також садибу, котедж, дачу, інші об'єкти нерухомості, які мають певний рівень капітальності, призначені для проживання фізичних осіб, відповідають санітарним та технічним вимогам. Не можуть вважатися житлом окремі виробничі приміщення, вагончики, підвали, сараї, гаражі, збірно-розбірні, пересувні, контейнерні та інші підсобні споруди, а також приміщення, призначені для тимчасового (готель, лікарня) або недобровільного (в'язниця) перебування особи. Підтвердженням призначення об'єкту для постійного проживання, є факт включення такого об'єкту згідно установлених правил.

Житло, що використовується для проживання, може бути лише те приміщення чи будівля, що функціонально призначене та придатне для проживання. П. І. Седугін до «жилого приміщення» відносить, крім жилих кімнат, квартири і будинки, які у свою чергу, крім жилих приміщень, кімнат, можуть включати і нежилі приміщення⁹³. До житла не можуть прирівнюватися дача, номер у готелі тощо, а також ті його частини, в яких може зберігатися майно (балкон, веранда, комора тощо), господарські приміщення. В. В. Назаров вважає, що ці приміщення не можуть вважатись житлом, оскільки не мають прямого для цього призначення, при цьому вважає їх тісно пов'язаним з повсякденним побутом⁹⁴.

Вважаємо, що призначеним для постійного проживання повинно бути те приміщення, включаючи підсобні приміщення, які використовуються безпосередньо для ведення домашнього побуту, яке зареєстровано в установленому законом порядку. Згідно ст. 50 ЖК УРСР жила приміщення, що надається громадянам для проживання, має бути благоустроєним по відношенню до умов даного населеного пункту, відповідати встановленим санітарним і технічним вимогам. При цьому, рівень благоустрою у кожному населеному пункті може відрізнятися, залежно від можливості забезпечення центральним водопостачанням, водовідведенням, опаленням, газифікацією тощо. Придатність житла для проживання відповідно до житлового законодавства передбачає мінімум вимог, встановлених для житлового об'єкта. Для житлових приміщень, які виступають об'єктом соціального найму, передбачено додаткові

⁹² Лічман Л. Г. Поняття «житло» і його цивільно-правове значення // Підприємництво, господарство і право. К., 2004. Вип. 11. С. 20

⁹³ Седугін П. І. Жилищное право: учеб. для вузов. М. : ИНФРА-М : НОРМА, 2002. С.63.

⁹⁴ Назаров В. В. Право особи на недоторканість житла та його обмеження у кримінальному провадженні / В. В. Назаров // Юридична Україна. К., 2009. № 5. С. 106.

вимоги про забезпеченість житлового приміщення зручностями відповідно до умов даного населеного пункту⁹⁵. В житловому законодавстві потребує встановлення вимог придатності для проживання для всіх житлових об'єктів. Є. О. Мічурін зазначає, що «житло» - це квартири багатоквартирних будинків, одноквартирні будинки, кімнати в квартирах одноквартирних будинків, а також інші приміщення призначені для постійного чи тимчасового проживання людей, завершені будівництвом і віднесені у встановленому порядку до житлового фонду⁹⁶.

Відповідно до норм ЦК, ЖК України однією вимогою житла є те, що воно призначене для проживання саме фізичних осіб, навіть якщо воно знаходиться у власності юридичних осіб. Більш того у ч. 2 ст. 813 ЦК України, зазначено, що житло може використовуватись лише для проживання у ньому фізичних осіб. О. В. Воронова, зазначає, що не зважаючи на те, що житло може належати різним суб'єктам права власності, проте усі вони можуть використовувати його не на свій розсуд, а тільки для проживання в ньому фізичних осіб⁹⁷.

В сучасній науці відсутні єдині погляди щодо реалізації права на житло. Поняття «право на житло» включає в себе сукупність житлових прав, це збірне поняття, складовими елементами якого є сукупність прав, які лише при здійсненні яких свідчать про реалізацію житлового права. Житлові права є особливою формою взаємного зв'язку між визначеними суб'єктами через їхні права, обов'язки. Ступінь конкретизації житлових прав і обов'язків сторін може бути різною: чітко визначена зобов'язана сторона; чітко визначена тільки уповноважена сторона, а коло зобов'язаних осіб не визначено; чітко визначені обидві сторони. Розглядаючи зміст права на житло, Ю. К. Толстой звертає увагу на те, що це право може виникнути в силу різних підстав і завжди являє собою елемент житлових правовідносин, що є збірним поняттям, яке охоплює і відносини щодо експлуатації і управління житловим фондом, забезпечення його схоронності тощо, а також відносини щодо надання житлових приміщень⁹⁸. Тобто, зважаючи на те, що житлове законодавство регулює як житлові, так і пов'язані з ними інші майнові та немайнові відносини, поняття «житлові інтереси» охоплює різні види відносин, що виникають з приводу особливого об'єкта – житла, яке має свою об'єктивізацію.

Поняття «право на житло» відрізняється від поняття «реалізація

⁹⁵Скаржинський М. В. Поняття житла в цивільному праві України //Підприємство, господарство і право. К., 2004. Вип. 9. С.76.

⁹⁶ Мичурин Е. А. Договоры с жильем: анализ возникающих проблем и пути их разрешения. Харьков: Харьков юридический, 2001. С.7.

⁹⁷ Воронова О. В. Підстави набуття права власності на житло: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право». К., 2005. С.11.

⁹⁸ Гражданское право. Ч. II.: учебник / под ред. Ю. К. Толстого, А. П. Сергеева. М., 1997. С. 215–216.

права на житло», яке безпосередньо пов'язано з задоволенням житлового інтересу у користуванні конкретним житловим приміщенням. Під реалізацію права на житло слід розуміти не абстрактну, потенційну можливість користування житлом, а реальне здійснення особою прав на проживання. Житлові права - це, з одного боку, конкретне матеріальне та/або нематеріальне благо, отримати, набути житло для користування або зберегти це право. Житлові права держава гарантує та бере на себе обов'язок не тільки сприяти тому, щоб кожен громадянин був забезпечений житлом, а має забезпечувати детермінованим юридичним обов'язком іншої сторони, оскільки житлові права і обов'язки є різними в будинках державного, комунального, приватного житлового фонду.

Право на житло відповідає поняттю «інтерес» у задоволенні житлової потреби. На думку В. П. Грибанова, термін «право на житло» необхідно розуміти: а) як право на задоволення потреби в житлі; б) як право на заняття приміщення; в) як право користування певним жилим приміщенням⁹⁹, що виявляє інтерес (прагнення) фізичної особи, пов'язаний із житлом у широкому розумінні. Проте, на думку П. І. Седугіна, поняття «право на житло» слід відмежовувати від поняття право на користування певним житловим приміщенням, яке треба розуміти як суб'єктивне житлове право¹⁰⁰.

Слід зазначити, що в юридичній літературі радянського періоду розгорнулася дискусія щодо права на житло як елемента цивільної правоздатності¹⁰¹, яке збігається із поняттям існування житлового інтересу. Але право на житло як інтерес фізичної особи може перетворитися на суб'єктивне право тільки за наявності обставин, з якими держава пов'язує виникнення суб'єктивного права. У момент надання житлового приміщення у користування право на житло завершує своє формування і «трансформується у право користування даним житловим приміщенням» і стає суб'єктивним житловим правом¹⁰². Відносини у сфері захисту суб'єктивних прав та законних інтересів, що охороняються, є складовою частиною житлових прав.

Зважаючи на дискусії, що й нині тривають в юридичній літературі, стає цілком зрозуміло, що серед дослідників немає єдності і щодо змісту права на житло. Так, В. А. Дозорцев та П. І. Седугін виділяли такі елементи права на житло: а) право громадян, які потребують поліпшення житлових умов, на одержання житла; б) закріплення житлової площі за громадянином у безстрокове користування¹⁰³. С. М. Корнеєв розглядав як два основні елементи

⁹⁹ Грибанов В. П. Основы советского жилищного законодательства. М., 1976. С. 29.

¹⁰⁰ Седугин П. И. Право на жилище в СССР / П. И. Седугин. М., 1983. С. 36.

¹⁰¹ Червонный Ю. С., Харитонов Е. О., Бровченко И. А. Правовое регулирование жилищных отношений в СССР / Ю. С. Червонный, Е. О. Харитонов, И. А. Бровченко. Одесса, 1984. С. 7.

¹⁰² Богданов Е. В. Правовое регулирование предоставления жилой площади в домах государственного фонда: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Харьков, 1979. С. 5.

¹⁰³ Советское жилищное законодательство: учебник / под ред. П. И. Седугина. М., 1986. С. 7.

права на житло: а) гарантовану державою можливість користування громадянином наявним у нього житлом; б) обов'язок держави сприяти забезпеченню кожного громадянина житлом¹⁰⁴. Як міжгалузевий інститут розглядає П. П. Андрушко зазначає, що право на житло, особисте немайнове право на недоторканність житла є об'єктом кримінально-правової, адміністративно-правової, цивільно-правової охорони, процесуально-правової охорони¹⁰⁵. В свою чергу Л. Г. Лічман вважає, що праву на житло притаманні декілька юридичних можливостей: а) реалізувати своє природне право на житло; б) стабільно користуватися займаним легально приміщенням; в) постійно покращувати свої житлові умови різними способами; г) використовувати житлове приміщення не тільки для особистого проживання, а й для проживання інших осіб чи використання з комерційною метою; д) претендувати на здорове та безпечне для проживання середовище¹⁰⁶.

В юридичній літературі виділяють такі риси, які притаманні житловим правам фізичної особи, зокрема: носіями цих прав є всі громадяни України, що впливає безпосередньо з Конституції України, та інші фізичні особи залежно від наявності відповідних юридичних фактів; право на житло закріплює за громадянином не тільки загальну можливість вступати в різні житлові відносини, а й юридичну можливість захищати їх. Таким чином, житлові права необхідно розглядати як передбачену законом можливість практичної реалізації житлових прав для задоволення власних житлових потреб, що полягають у володінні та користуванні житловими приміщеннями у будинках різних форм власності. Умовою реалізації житлових прав є наявність юридичного факту, з яким чинне законодавство пов'язує виникнення правових наслідків.

У цілому, право на житло О. О. Кармаза називає однією із найважливіших соціальних цінностей, невід'ємним правом кожної людини, закріпленим у Конституції України¹⁰⁷. На погляд М. К. Галянтича та В. М. Махінчука, право на житло можна сформулювати як право на задоволення своїх фізіологічних, психологічних, моральних та соціальних (життєвої) потреб, що знаходять свій прояв у постійному (тривалому) задоволенні останніх за допомогою житла¹⁰⁸. Можливість «скористатись» правом на житло, - матиме місце при фактичній реалізації такого права. Реалізація громадянами

¹⁰⁴ Гражданское право. – Т. 2. – Учебник / Под ред. Е. А. Суханов.а М., 1993. С. 149.

¹⁰⁵ Андрушко П. П. Категорія «інтерес» у кримінальному праві // Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки. 81/2009. С. 89.

¹⁰⁶ Лічман Л. Г. Судовий захист прав і інтересів членів сім'ї власника жилого приміщення: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Харків, 2005. С.37

¹⁰⁷ Кармаза О. О. Забезпечення в Україні конституційного права на житло в умовах розгортання світової економічної кризи // Юриспруденція: теорія і практика . К., 2009. № 7. С. 38.

¹⁰⁸ Галянтич М. К., Махінчук В. М. Реалізація права на житло - як особисте немайнове // Підприємництво, господарство і право. Вип. 1. К., 2004. С. 44.

права на житло та створення відповідних для цього умов є одним із основних напрямків державної житлової політики. Державна житлова політика має будуватися в більшості на створення умов для самостійної реалізації особами свого права на житло, а тільки певним категоріям осіб, не здатних самостійно реалізувати це право, держава має його забезпечити.

Дещо розширене тлумачення пропонує О. О. Кармаза, яка зазначає, що право на житло - це можливість фізичної особи мати житло у власності чи одержати його в користування, користуватися житлом та вимагати від зобов'язаних суб'єктів забезпечення реалізації цього права у повному обсязі¹⁰⁹. Також існує аналогічна, але дещо трансформована думка інших науковців, які визначають право на житло як можливість людини й громадянина мати житло у власності чи одержати його за договором найму з державного чи громадського фонду, користуватися житлом і вимагати від зобов'язаних суб'єктів забезпечення реалізації цього права в повному обсязі¹¹⁰. Право на житло Є. О. Мічурін, С. О. Сліпченко та О. В. Соколов, розуміють як перехід житла у власність (шляхом приватизації, спадкування, вкладення договорів купівлі-продажу, міни, довічного утримання, ренти) та отримання житла у користування, пропонують виділити окремий засіб здійснення права на житло шляхом будівництва (самостійного будівництва, кредитування будівництва, тощо)¹¹¹. Однак можливість здійснення права на житло шляхом самостійного будівництва житла, чи шляхом кредитування будівництва буде реалізоване повною мірою лише з моменту виникнення права власності на вже існуюче житло. Для реалізації права на житло громадянину необхідно вступати в відносини, які регулюються різними галузями права: конституційним, цивільним, адміністративним, що зумовлює присутність міжгалузевих норм в житловому праві.

Згідно чинного законодавства можливість здійснення права на житло забезпечує ч. 1 ст. 47 Конституції України, де зазначено, що держава створює умови, за яких кожний громадянин матиме змогу побудувати житло, придбати його у власність або взяти в оренду. Втім, відповідні конституційні положення, пов'язані з реалізацією права особи на житло, не знаходять дотепер належного розвитку і закріплення в житловому законодавстві України. Частина 2 ст. 47 Конституції України передбачає надання житла державою та органами місцевого самоврядування безоплатно або за доступну

¹⁰⁹ Кармаза О. О. Забезпечення в Україні конституційного права на житло в умовах розгортання світової економічної кризи // Юриспруденція: теорія і практика . К., 2009. № 7. С. 38.

¹¹⁰ Правознавство: підручник [для студ. вищ. навч. закл.] / [А.І. Берлач, С.С. Бичкова, Д.О. Карпенко, А.М. Колодій, А.Ю. Олійник, В.І. Осадчий]. [2-ге вид. доп.]. К.: Правова єдність, 2009. С.438

¹¹¹ Мічурін Є. О. Житлове право України : науково-практичний посібник / Є. О. Мічурін, С. О. Сліпченко, О. В. Соколов. Х. : Еспада, 2003. С.318

плату громадянам, які потребують соціального захисту, але до цього часу ця норма майже не реалізована.

Таким чином, конституційні гарантії щодо реалізації права на житло передбачають два права: право кожного громадянина України побудувати житло, придбати його у власність або взяти в оренду, право соціально незахищених верстви населення забезпечуються житлом безоплатно або за доступну для них плату. Умови правової конкретизації житлових прав будуються за силою та значенням правової регламентації. Перший рівень правового закріплення житлових прав встановлено у Загальній декларації з прав людини, у якій поняття «гідний рівень життя» пов'язано з наявністю у людини житла. Статтею 11 Міжнародного пакту про економічні, соціальні та культурні права встановлено, що держави, які беруть участь у ньому, визнають право кожного на достатній життєвий рівень для нього і його сім'ї, що включає і неухильне поліпшення умов проживання. Другий рівень правового закріплення визначено Конституцією України, зокрема стаття 47 Конституції України серед основних прав і свобод людини та громадянина проголошує право кожного на житло. Є. О. Харитонов цілком правомірно вважає, що конституційне право на житло не є суб'єктивним правом, а елементом правоздатності фізичної особи, що розуміється як загальна можливість (здатність) мати права й обов'язки. Воно, як вважає автор, є лише передумовою для набуття конкретних суб'єктивних прав і обов'язків. При цьому суб'єктивні житлові права учасників відповідних відносин виникають у ході реалізації конституційного права на житло, а їх наявність або відсутність у певної людини не впливає на наявність і зміст його конституційного права¹¹².

Третій рівень правового регулювання встановлюється у спеціальному законодавством України на рівні Цивільного, Житлового, Сімейного кодексів України, та комплексом спеціальних нормативних актів. Статтею 270 ЦК України забезпечується захист особистих немайнових прав, безпосередньо пов'язаних із правом на житло. Проте всі зазначені рівні закріплення у системі об'єктивних прав «житлові права» необхідно розглядати через чіткий механізм реалізації суб'єктивних житлових прав фізичною особою, що полягає у прагненні як повніше задовольнити свої житлові потреби при користуванні конкретним житлом, прямо опосередковані у суб'єктивному праві. Тому, житлові права можна визначити, і як урегульовані нормами цивільного, сімейного і житлового законодавства, що виражаються в конкретному зв'язку між уповноваженими і зобов'язаними суб'єктами - носіями суб'єктивних

¹¹² Харитонов Є. О. До визначення сутності права на житло // Матеріали міжнародної науково-практичної конференції, присвяченої пам'яті Василя Пилиповича Маслова «Актуальні проблеми цивільного, житлового та сімейного законодавства», 25 лютого 2011 р. С. 78

юридичних прав, обов'язків, що забезпечуються державою, та настання відповідальності у випадку їх невиконання.

Специфіка реалізації житлових прав полягає в тому, що вони здебільшого носять нематеріальний характер, їх цінність не очевидна, метою реалізації цих прав є задоволення потреби людини в проживанні, а не отримання прибутку. Способи реалізації житлових прав є різними. З огляду на це, варто погодитись із Л. Г. Лічманом про те, що право на житло, яке закріплене в Конституції України, означає, насамперед, право особи мати житло для власного проживання і проживання членів його сім'ї або взяти в найм, набути право користування житлом в якості членів сім'ї власника жилого приміщення, а також в якості осіб, які постійно проживають із наймачем житла, яке забезпечується державними гарантіями недоторканності житла і недопущення свавільного його позбавлення¹¹³.

У підсумку можемо зазначити, що чинні норми житлового законодавства передбачають реалізацію права на житло за наявності житлових прав. Враховуючи норми чинного цивільного й житлового законодавства, пропонуємо складовими елементами права на житло визначити: право на набуття у власність житла; право на одержання у користування житла на договірних засадах; право на державне забезпечення житлом для проживання.

Складна економічна ситуація в країні, не визначена житлова політика, відсутність реформ у сфері житлового законодавства, завищені ціни у сфері житлового будівництва, все це породжує проблеми реалізації житлових прав. Це, в свою чергу, призводить до недотримання державою визначених Конституцією України прав. Потребує вдосконалення законодавство, слід конкретизувати поняття «житло» із зазначенням не вичерпного переліку об'єктів, а соціальні стандарти. З цієї 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 оплати комунальних послуг, які забезпечують реалізацію конституційного права громадянина на житло. В державі мають бути встановлені згідно Закону соціальні нормативи, до яких зокрема, вище зазначеним Законом, віднесено: 1) гранична норма витрат на управління житлом, оплату комунальних послуг, передбачених Законом України «Про житлово-комунальні послуги», залежно від отриманого доходу; 2) соціальна норма житла та соціальні нормативи користування комунальними послугами, з оплати яких держава надає пільги та встановлює субсидії громадянам; 3)

¹¹³ Лічман Л. Г. Судовий захист прав і інтересів членів сім'ї власника жилого приміщення: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Харків, 2005. С.17.

показники якості управління багатоквартирним будинком і надання комунальних послуг.

З метою уникнення суперечностей у сфері житлових правовідносин, необхідні узгодження чинного законодавства з 1983 по цей час, хоча б у новому Житловому кодексі України. Прийняття нового ЖК України дозволить усунути проблему неоднакового застосування норм законодавства прийнятого у різний час.

1.4. Правовідносини найму під час пандемії COVID-19

До найбільш поширених на практиці договірних конструкцій, безперечно, належать договори про строкове платне користування чужим майном. Природно, що різноманітні аспекти правового регулювання відносин найму (оренди) – як загалом, так і щодо окремих різновидів об'єктів, які індивідуалізують певний предмет (окремі різновиди) зазначеного виду договорів – повсякчас є предметом дослідження з боку вітчизняних науковців¹¹⁴. Проте особливої актуальності зазначена проблематика набула в умовах пандемії COVID-19 та запровадженого у зв'язку з нею Кабінетом Міністрів України карантину.

Умови останнього значною мірою обмежують широке коло не тільки особистих немайнових, а й суто майнових прав учасників цивільних відносин – у тому числі тих, які постають як передумови встановлення, зміни та припинення правовідносин найму. Більше того, запроваджені державою заходи з протидії поширенню коронавірусної хвороби COVID-19 нерідко прямо визначають межі здійснення передбаченого ст. 1 Першого протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. права на мирне володіння майном та форми реалізації принципів свободи договору та не забороненої законом підприємницької діяльності.

У зарубіжних публікаціях (переважно практичного спрямування) активно обговорюються шляхи вирішення проблем, з якими зустрілися сторони договорів найму внаслідок пандемії, пов'язаних з нею негативних змін соціально-економічного характеру

¹¹⁴ Калаур І. Р. Договірні зобов'язання про передання майна у користування в цивільному праві України : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2015. 466 с.; Гнідан Р. М. Договір оренди земельної ділянки : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Івано-Франківськ, 2017. 201 с.; Семенька О. М. Договір найму (оренди) будівлі або іншої капітальної споруди за цивільним законодавством України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Одеса, 2018. 201 с.; Вилегжаніна В. В. Цивільно-правове регулювання договору найму (оренди) земельної ділянки : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2018. 200 с.; Лавриненко М. Р. Договір найму (оренди) нерухомого майна у цивільному праві України, Російської Федерації, Франції та ФРН (порівняльно-правовий аналіз) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Одеса ; Хмельницький, 2020. 230 с.

та застосування відповідних заходів публічно-владного впливу. При цьому як дієвий інструментарій розв'язання існуючих складнощів або, принаймні, їх пом'якшення, виходять взаємопов'язані доктрини неможливості або недоцільності виконання зобов'язань, неможливості досягнення його мети, а також врахування перешкод (ускладнень) до виконання зобов'язання та впливу на нього непереборної сили¹¹⁵.

Водночас у новітній вітчизняній науковій літературі¹¹⁶ залишаються недостатньо висвітленими питання, пов'язані з тлумаченням змісту й застосуванням тих норм інституту найму, які покликані забезпечити справедливий баланс інтересів наймодавця і наймача у разі виникнення надзвичайних обставин на кшталт пандемії. Доктринального аналізу потребують і подекуди доволі неоднозначні законодавчі спроби адаптувати під зазначені обставини наявні засоби правового регулювання відносин найму (оренди) або впровадити у цій сфері нові правові механізми, адекватні викликам сьогодення.

Особливо важливою є перевірка обґрунтованості й ефективності новел «антиковідного» законодавства крізь призму принципів справедливості, розумності й добросовісності, а також норм м'якого права, втілених у тому числі у Принципах УНІДРУА та Проекті загальної системи координат (DCFR).

У вищезазначеному акті уніфікації європейського приватного права можливість зміни або припинення зобов'язання в силу зміни обставин, які існували на час виникнення відповідних правовідносин, розглядається водночас крізь призму двох основоположних принципів – безпеки та справедливості. Крім того, ст. III.-1:110 DCFR до передумов застосування згаданих способів захисту відносить: явну несправедливість спонукання боржника до виконання первісного зобов'язання; справедливість та розумність у новій життєвій ситуації зміненого за рішенням суду зобов'язання; розумність і добросовісність поведінки заінтересованої сторони у плані передбачення ймовірності настання відповідних обставин, можливості прийняття ризику їх виникнення та співпраці зі своїм контрагентом з метою врегулювання умов зобов'язання¹¹⁷.

¹¹⁵ Irene Sinayskaya, Steven R. Yuniver. How COVID Impacted Lease Agreements, Contracts, and Business Interruption Claim. National Law Review. Vol. XI. № 172. URL : <https://www.natlawreview.com/article/how-covid-impacted-lease-agreements-contracts-and-business-interruption-claims> (дата звернення: 28.09.2021).

¹¹⁶ Гончаренко В. О. Оренда будівлі або іншої капітальної споруди під час дії обмежувальних карантинних заходів. *Juris Europensis Scientia*. 2020. № 2. С. 13–16; Польний Д. А. Способи захисту прав сторін за договором найму : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Хмельницький, 2021. 191 с. URL : http://old.univer.km.ua/doc/specvcr/diss_Polnij.pdf (дата звернення: 15.09.2021).

¹¹⁷ Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). URL: https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009_02_DCFR_Outline_Edition.pdf. P. 80, 87, 232–233 (дата звернення: 15.09.2021).

Отже, вже на початку пандемії можна було очікувати усвідомлення українським законодавцем того, що потенціал багатьох випробуваних часом цивільно-правових засобів за умовчанням може бути з успіхом використаний також і за карантинних умов. Адже на них повною мірою поширюються правила щодо зміни або розірвання договору на підставі непередбачуваних ускладнень, а так само про правові наслідки непереборної сили¹¹⁸. Зазначені положення є яскраво вираженими формами втілення принципів справедливості, розумності й добросовісності при визначенні правових наслідків виникнення надзвичайних обставин найрізноманітнішої етіології. Причому генетичний зв'язок норм загальної та особливої частин зобов'язального права дозволяє забезпечити саме аксіологічне підґрунтя для інтерпретації та застосування норм ч. 6 ст. 762 ЦК України як локального, адаптованого під фактичні відносини найму, вияву загальних приписів ст. 652 ЦК України щодо зміни або розірвання договору з огляду на істотну зміну обставин, якими сторони керувалися під час його укладення.

Згідно з Законом України від 30.03.2020 № 540-IX «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України, спрямованих на забезпечення додаткових соціальних та економічних гарантій у зв'язку з поширенням коронавірусної хвороби (COVID-19)» з моменту встановлення карантину, введеного постановою Кабінету Міністрів України від 11.03.2020 № 211 «Про запобігання поширенню на території України гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2» (з наступними змінами і доповненнями), і до його завершення в установленому законом порядку наймач міг бути звільнений від плати за користування майном відповідно до ч. 6 ст. 762 ЦК України. Зазначене «міг бути» можна було інтерпретувати як спеціальний наголос на можливості, а не доконечності виникнення під час пандемії необхідних і достатніх передумов для зміни змісту правовідносин найму в частині визначення обсягу покладеного на наймача обов'язку щодо сплати орендної плати.

Проте згодом наведене законоположення видозмінювалося Законами України від 13.04.2020 № 553-IX «Про внесення змін до Закону України «Про Державний бюджет України на 2020 рік» та від 16.06.2020 № 691-20 «Про внесення змін до Господарського кодексу України та Цивільного кодексу України щодо недопущення нарахування штрафних санкцій за кредитами (позиками) у період дії карантину, встановленого з метою запобігання поширенню на території України коронавірусної хвороби COVID-19».

¹¹⁸ Note of the UNIDROIT Secretariat on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the COVID-19 Health Crisis. URL: <https://www.unidroit.org/covid-19/586-covid-19/2891-covid-19-secretariat-notes> (дата звернення: 15.09.2021).

Тож нині абзац 1 п. 14 розділу «Прикінцеві та перехідні положення» ЦК України передбачає, що з моменту встановлення і до скасування того самого карантину, плата за користування нерухомим майном (його частиною) підлягає зменшенню за вимогою наймача, який здійснює підприємницьку діяльність з використанням цього майна, впродовж усього часу, коли майно не могло використовуватися в підприємницькій діяльності наймача в повному обсязі через запроваджені обмеження та (або) заборони.

У такий спосіб законодавець, по-перше, штучно виокремив певні категорії суб'єктів і об'єктів (предметів) договору найму, чим створив майже нездоланні перешкоди для системного тлумачення ординарних норм інституту найму у правових ситуаціях щодо найму нерухомого майна суб'єктами підприємницької діяльності. Не зрозуміло, зокрема, як корелює наведена норма із загальним положенням ч. 4 ст. 762 ЦК України про те, що наймач має право вимагати зменшення плати, якщо через обставини, за які він не відповідає, можливість користування майном істотно зменшилася.

По-друге, в контексті цивільно-правових наслідків карантинних обмежень було підірвано правову визначеність в розумінні справедливого й відповідного засадам розумності розподілу ризиків між сторонами договору оренди, що втілений до того ж в суто імперативному приписі ч. 6 ст. 762 ЦК України – «наймач звільняється від плати за весь час, протягом якого майно не могло бути використане ним через обставини, за які він не відповідає».

Річ у тім, що часова послідовність змін, які вносились до п. 14 розділу «Прикінцеві та перехідні положення» ЦК України, знаменувє вельми своєрідний перехід від опосередкованого наголосу на ч. 6 ст. 762 ЦК України до імпліцитної пріоритетності ч. 4 ст. 762 ЦК України. Тож, якщо нині чинні приписи абзацу 1 п. 14 розділу «Прикінцеві та перехідні положення» ЦК України усувають можливість для застосування ч. 6 ст. 762 ЦК України, тоді вони нівелюють правове значення добросовісності наймача нерухомого майна, який є підприємцем (адже надзвичайна обставина перебуває поза його контролем), об'єктивну неможливість використання ним предмета договору (через що втрачає практичне значення засада розумності), забезпечуючи інтереси лише однієї сторони договору – наймодавця, котрий може наполягати на збереженні права на отримання від наймача (нехай і зменшеної за розміром) плати за користування майном попри об'єктивну неможливість фактичного користування ним за його цільовим призначенням, визначеним договором найму (зважаючи на це навряд чи можна говорити про узгодженість запровадженого законодавцем припису з міркуваннями справедливості).

Відповідно до абзацу 2 п. 14 розділу «Прикінцеві та перехідні положення» ЦК України у випадку, визначеному абзацом 1 цього пункту, розмір плати за користування майном не може перевищувати сукупний (пропорційно до орендованої площі) обсяг витрат, які

наймодавець здійснив або повинен буде здійснити за відповідний період для внесення плати за землю, сплати податку на нерухоме майно, відмінне від земельної ділянки, і сплати вартості комунальних послуг. Тут законодавець вочевидь знову дещо упереджено балансує інтереси сторін договору оренди, забезпечуючи відшкодування наймачем реальних збитків наймодавця, котрий в умовах пандемії найчастіше більше за свого контрагента зацікавлений у збереженні дії раніше укладених договорів. Натомість наймач скоріше був би заінтересований у наділенні його правом на односторонню відмову не тільки від безстрокового, а й від строкового договору оренди. Втім, вважаємо, що це не позбавляє заінтересовану сторону права подати позов про зміну або розірвання договору на підставі ст. 652 ЦК України.

Далі згідно з абзацом 3 п. 14 розділу «Прикінцеві та перехідні положення» ЦК України зазначені у його абзаці 2 витрати покладаються на наймача як плата за користуванням майном за відповідний період пропорційно площі нерухомого майна, яку він наймає відповідно до договору, якщо договором не передбачений обов'язок наймача самостійно сплатити ці витрати повністю або частково. На нашу думку, в зазначеному положенні, як і у попередньо розглянутих нормах п. 14 розділу «Прикінцеві та перехідні положення» ЦК України, законодавець лишається вірним своїй лінії на пріоритетне забезпечення інтересів наймодавця, посилюючи його позицію легітимацією формально добровільної, втіленої в умовах договору, відмови наймача як від права, передбаченого ч. 4 ст. 762 ЦК України, так і від імперативно встановленої ч. 6 ст. 762 ЦК України правової гарантії.

Нарешті, відповідно до абзацу 4 п. 14 розділу «Прикінцеві та перехідні положення» ЦК України ця норма не поширюється на суб'єктів господарювання, які впродовж дії карантину фактично здійснювали діяльність з використанням цього майна в своїй господарській діяльності в повному обсязі, а також на договори найму майна, яке належить територіальній громаді. Зазначене положення виглядає найбільш суперечливим. З одного боку, психологічний контекст говорить про прагнення законодавця надати перевагу інтересам наймодавця за всіх можливих обставин, однак з іншого – об'єктивно наймач у відносинах з оренди комунального майна зберігає можливості для повноцінного застосування норм, закріплених у частинах 4 і 6 ст. 762 ЦК України.

Звичайно, національна судова практика власними засобами також намагається забезпечити правову визначеність у правовідносинах найму. Однак, уникаючи в своїй інтерпретаційній діяльності формулювань ціннісного характеру (насамперед визначення належних форм утілення тих чи інших принципів права в різних елементах механізму правового регулювання конкретного сегмента у предметі об'єктивного цивільного права, що зайвий раз

підкреслює також і інтерпретаційну значимість засад справедливості, розумності й добросовісності¹¹⁹), а також телеологічного й системного тлумачення правових норм, вітчизняні суди подекуди штучно ускладнюють формування єдиного розуміння суті типових правових ситуацій, з якими доводиться стикатися учасникам цивільних відносин.

Так, Касаційний господарський суд у складі Верховного Суду (далі – КГСВС) в постанові від 08.07.2021 у справі № 910/8040/2¹²⁰ підтримав суди першої та апеляційної інстанцій у їх підході до застосування ч. 6 ст. 762 ЦК України у контексті п. 14 Прикінцевих та перехідних положень зазначеного кодексу (у первісній «антиковідній» редакції), внаслідок додержання якого суди дійшли висновку про відсутність підстав для звільнення наймача від плати за користування орендованим майном. Мотивуючи своє рішення, Верховний Суд наголосив на тому, що запроваджені під час карантину обмежувальні заходи не поширювалися на позивача та не забороняли йому проводити свою господарську діяльність (зокрема за основним видом діяльності) та використовувати орендоване приміщення відповідно до умов договору оренди.

Такий правовий висновок сам по собі (безвідносно до обставин конкретної справи) не викликає заперечень в розрізі його відповідності загальним засадам цивільного законодавства. При цьому Верховний Суд зважив на те, що ч. 6 ст. 762 ЦК України не містить вичерпного переліку «обставин, які унеможливають використання орендарем майна, підстав виникнення таких обставин, засобів їх підтвердження». Крім того, КГСВС послався на раніше викладену в п. 6.10 постанови Великої Палати Верховного Суду від 08.05.2018 у справі № 910/7495/16 правову позицію, згідно з якою підставою для застосування вищезгаданої норми є «встановлення факту неможливості використання орендарем майна з незалежних від нього причин на загальних підставах, визначених процесуальним законодавством».

Разом тим, в окресленому підході криється небезпека нехтування вимогами системного тлумачення відповідних правових норм, що неминуче й несправедливо (оскільки суперечить покладеним на одну із сторін договору обов'язкам) ставить у невідгідне становище саме наймача. Адже найважливіший регулятивний аспект договірних відносин найму полягає в тому, що

¹¹⁹ Див, зокрема: Гайдунін О. О. Інститут інтерпретації (тлумачення) в європейському контрактному праві: теоретико-цивільні засади : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.01; 12.00.03. Київ, 2021. С. 16. URL: http://elar.naiu.kiev.ua/bitstream/123456789/19520/3/avtoreferat_haidulin_os.pdf (дата звернення: 15.09.2021); Тобота Ю. А. Принцип справедливості, добросовісності і розумності у цивільному праві : монографія. Харків : ХНПУ, 2020. 140 с.; Примак В. Д. Теоретичні проблеми відшкодування моральної шкоди на засадах справедливості, розумності й добросовісності : монографія. Київ : Юрінком Інтер, 2014. 432 с.

¹²⁰ Касаційний господарський суд у складі Верховного Суду в постанові від 08.07.2021 у справі № 910/8040/2. URL : <https://reyestr.court.gov.ua/Review/98203166> (дата звернення: 15.09.2021).

наймач зобов'язаний володіти та/або користуватися річчю відповідно до її призначення та умов договору. Натомість, якщо наймач володіє та/або користується річчю, переданою йому в найм, не за її призначенням або з порушенням умов договору найму, наймодавець має право вимагати розірвання договору та відшкодування збитків (частини 1 і 2 ст. 773 ЦК України) – в такий спосіб забезпечується нерозривний взаємозв'язок порушених регулятивних та нововиниклих охоронних правовідносин. У подальшому він зміцнюється через положення п. 1 ст. 883 ЦК України, згідно з яким наймодавець має право вимагати розірвання договору найму, якщо наймач володіє та/або користується річчю всупереч договору або призначенню речі.

Враховуючи означені взаємозв'язки, право будь-якої із сторін договору найму на його зміну або припинення (на зміну або припинення породжених ним зобов'язальних правовідносин тощо) має розглядатися передусім крізь призму можливості й належності володіння і користування певною річчю відповідно до її цільового призначення, що впливає або з самої її суті, або є прямо конкретизованим у договорі.

У зв'язку з цим, виходячи із засад справедливості, розумності й добросовісності, слід, з одного боку, підтримати позицію КГСВС про те, визначальною умовою для застосування ч. 6 ст. 762 ЦК України та звільнення наймача від плати за користування орендованим майном «є наявність обставин, за які орендар не відповідає». При цьому «позивач повинен довести обставини, які свідчать про те, що майно не використовувалося або не могло бути використане наймачем, і він не відповідає за ці обставини».

З іншого боку, вищезгаданим принципам та засадам системного й телеологічного тлумачення правових норм суперечить занадто змістовно звужувальна позиція суду про те, що «підставою звільнення від зобов'язання сплачувати орендну плату ця норма (тобто ч. 6 ст. 762 ЦК України. – **В. П.**) визначає об'єктивну неможливість використовувати передане в оренду майно (бути допущеним до приміщення, знаходитись у ньому, зберігати у приміщенні речі тощо) через обставини, за які орендар не відповідає». І далі, як квінтесенція ймовірності впровадження змістовно обмежувального ухилу при застосуванні відповідних норм без врахування їх аксіологічного підґрунтя: «Якщо орендар з незалежних від нього обставин протягом певного часу був повністю позбавлений можливості користуватися орендованим майном, то на підставі цієї ж норми Закону він вправі порушувати питання і про повне звільнення його від внесення орендної плати».

На нашу думку, з міркувань забезпечення реалізації згаданих нами принципів цивільного (приватного) права та видів тлумачення правових норм не можна погодитися з наведеним КГСВС примірним переліком підстав («виключних обставин») для звільнення орендаря

від сплати орендної плати, у якому згадується відсутність доступу до найманого приміщення, неможливість перебування орендаря в ньому та зберігання речей тощо. Адже фізичний доступ до орендованого приміщення, знаходження в ньому співробітників орендаря і навіть споживання комунальних послуг самі по собі не тотожні можливості користування предметом найму за визначеним у договорі призначенням – звичайно, якщо не йдеться про користування приміщенням саме з метою розміщення робочих місць співробітників (розташування офісу) або зберігання майна орендаря.

Звісно, це не означає звільнення орендаря від ймовірно зменшеної (з моменту отримання наймодавцем повідомлення наймача з обґрунтуванням неможливості або істотного зменшення можливості користування орендованим майном) плати за фактичне користування предметом договору – навіть якщо таке користування відрізняється від основного або є щодо нього лише супутнім, обслуговуючим. Тобто судова практика не може допускати також і безпідставного збагачення наймача. Але при цьому має зберігатися баланс інтересів сторін, що передбачає, серед іншого, наділення наймача можливостями для застосування адекватних трансформованим обставинам правових засобів з метою зміни або припинення первісних зобов'язальних правовідносин.

На підставі вищевикладеного можна дійти висновку, що будь-які спроби законодавчої та правозастосовної адаптації механізму найму (оренди) до умов пандемії потребують урахування об'єктивних закономірностей правового регулювання відповідного різновиду цивільних відносин і необхідності практичного втілення у орендних правовідносинах основоположних принципів європейського приватного права (свободи, справедливості, безпеки й ефективності) та основних засад вітчизняного цивільного законодавства (передусім принципів справедливості, розумності й добросовісності).

1.5. Цивільно-правове регулювання послуг із охорони

Кодифікація цивільного законодавства, виокремлення договору охорони як різновиду договору зберігання сприяло становленню і подальшого розвитку договірних відносин у сфері надання послуг з охорони. Недостатній характер правового регулювання відносин із надання послуг з охорони зумовлює неоднозначне тлумачення контрагентами умов договору, протиріччя і у правозастосовчій практиці, створює певні перешкоди учасникам цивільних правовідносин у належному здійсненні своїх прав та захисту належних їм благ від протиправних посягань. З огляду на особливу правову природу послуг із охорони, коли за певних умов об'єкт правовідносин може ототожнюватися із суб'єктом (

замовником послуг із охорони фізичної особи), існування низки різноманітних за правовою природою об'єктів охорони, з методологічної точки зору дослідження цієї категорії послуг повинно ґрунтуватися не лише на вивченні і аналізі чинного цивільного законодавства, а і низки підзаконних актів, зокрема відомчих, а також актів законодавства різних галузей права.

Сучасна цивілістична доктрина демонструє фрагментарність дослідження проблем, пов'язаних із наданням охоронних послуг. Винятком є спеціальні дослідження С. П. Довбія, Д.В. Козиря, А.В. Басової, Д.В. Бездітко¹²¹. Проте в силу природних причин у згаданих працях поза увагою залишилися новації цього інституту, пов'язані з прийняттям Закону України «Про охоронну діяльність» та подальшим законодавчим редагуванням його. Певне відношення до проблематики має робота А.М. Волинської «Договір про надання детективних послуг»¹²². Як окремий вид договору зберігання, хоча із застереженням про його самостійність в системі договорів на надання послуг, розглядає охорону А.Г. Донець¹²³. Недостатній стан наукового дослідження в сфері надання послуг з охорони, певна невизначеність теоретико-методологічної бази ускладнює правове регулювання договору охорони, перешкоджає створенню 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 «Про надання охоронних послуг» визначає охоронну діяльність як надання послуг з охорони власності та громадян¹²⁴. Запропоноване визначення звужує коло об'єктів охорони, оскільки окрім життя, здоров'я та майна, об'єктом охорони може виступати честь та гідність фізичної особи, громадській порядок під час проведення культурних, спортивних та інших масових заходів.

У літературі виокремлюють 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 професійну діяльність, що здійснюється на договірних відплатних

¹²¹ Довбій С. П. Договір охорони майна автореф. дис... канд. юрид. наук: 12.00.03 / Нац. ун-т внутр. справ. Х., 2005; «Договір охорони майна, Козир Д. В. Договір охорони : 12.00.03 : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Нац. акад. внутр. справ. Київ, 2015; Басова А. В. Договір охорони фізичних осіб : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Харків. нац. ун-т внутр. справ. Харків, 2015; Бездітко Д. В. Договір охорони життя та здоров'я фізичної особи (тілоохоронництва) за законодавством України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого. Харків, 2015.

¹²² Волинська А.М. Договір про надання детективних послуг : автореф. дис. канд. юрид. наук : 12.00.03 / НАВС, Київ, 2018.

¹²³ Донець А.Г. Окремі види договору зберігання у цивільному праві України : автореф. дис. канд. юрид. наук : 12.00.03 / ХНУВС, Харків, 2021.

¹²⁴ Про охоронну діяльність: Закон України від 22 березня 2012 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4616-17#Text>

засадах спеціальними суб'єктами підприємницької діяльності із застосуванням спеціальних засобів і прийомів та забезпечує цілісність майна, яке охороняється, або безпеку фізичної особи¹²⁵.

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 при наданні послуг є сама діяльність виконавця, оскільки при послугах продається не сам результат, а дії які до нього призвели так як в силу самого характеру послуги досягнення результату виконавцем не гарантується¹²⁶.

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

Договір охорони як окремий вид договірної зобов'язання вперше з'явився у ЦК України 2003 р.¹²⁷. Це яскравий приклад того, що і надалі система договорів буде обростати не тільки новими видами, регулювання яких буде закріплюватися в нормативних актах і з часом переміщуватися із спеціальних актів у кодифіковані¹²⁸. З огляду на поширеність цього виду договору законодавець намагається регламентувати надання охоронних послуг у зв'язку з чим і був прийнятий Закон «Про надання охоронних послуг», 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 осіб¹²⁹, і по суті продублював основні різновиди договорів з надання охоронних послуг, які уклдала 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

¹²⁵ Козир Д. В. Договір охорони : автореф. дис. ... канд. юрид. наук :12.00.03 / Нац. акад. внутр. справ. Київ, 2015. С.3.

¹²⁶ 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>

¹²⁷ 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.

¹²⁸ Договір як універсальна форма правового регулювання: монографія / за заг. ред. В. А. Васильєвої. Івано-Франківськ, 2016. С.140.

¹²⁹Про охоронну діяльність: Закон України від 22 березня 2012 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4616-17#Text>

визначених власником і належних йому: а) будівель, б) споруд, в) територій, г) акваторій, д) транспортних засобів, е) 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. 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.

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 протиправні дії зловмисників та затримати їх чи відшкодувати заподіяні розкраданням збитки¹³⁰.

Укладення договорів про надання послуг підпадає під дію правових норм, які визначають порядок укладення цивільних договорів з урахуванням спеціального законодавства¹³¹. 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 справедливості¹³².

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. 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., оскільки ці

¹³⁰ 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 експедитування. Зберігання / С.Є Морозова, І.С. Лукасевич-Крутник та ін.; за ред. проф. Спасибо-Фатєєвої. Х.: ЕКУС, 2020. С. 450.

¹³¹ 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.

¹³² Харитонов Є.О., Харитонova О.І. Приватне право як концепт. Т. IV: Від ідеї до реалізації : монографія. Одеса: Фенікс, 2021. С. 568.

договори мають спільні риси: відносяться до категорії договорів з надання фактичних послуг та об'єднані спільною метою.

Водночас договору охорони притаманні специфічні особливості, що є підставою розглядати його не як різновид договору зберігання, а як самостійний цивільно-правовий договір. Специфіка охоронних послуг виключає їх надання на побутовому рівні, оскільки передбачає обов'язкову професійність охоронця. *Охоронцями* виступають особливі суб'єкти підприємницької діяльності: спеціально утворенні охоронні фірми, які мають відповідні дозволи на надання такого роду послуг¹³³.

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 і забезпечення законності у діяльності охоронних підприємств та громадян суб'єктів підприємництва, та високого рівня якості послуг з охорони, що ними надаються¹³⁴.

Специфіка правового регулювання послуг з охорони зумовлена перш за все об'єктом охорони, тобто, безпеку чого і кого повинен забезпечити виконавець послуг. Самостійними видами договору охорони є договори про охорону об'єктів, майна, що знаходиться в житлових приміщеннях громадян, вантажів, готівки, фізичних осіб, громадських заходів, які проводяться 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 України¹³⁵, 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

¹³³ За даними МВС України на кінець квітня 2021 р. в Україні офіційно зареєстровано біля 8700 суб'єктів підприємницької діяльності, які отримали ліцензії на надання охоронних послуг.

¹³⁴ Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: у 2-т. 5-є вид., перероб. і доп. / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової, В. В. Луця. К.: Юрінком Інтер, 2013. Т. II. С. 615.

¹³⁵ За даними поліції охорони МВС України її підрозділами укладено майже 170 тисяч договорів на охорону квартир і будинків.

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 порядком 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.

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, грабiж 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 зазначено¹³⁶. Розмір оплати послуг охорони залежить від виду охорони (сил та засобів, які залучаються до виконання договору) та часу надання послуг. Охорона відповідає лише за дійсні збитки.

Досить спірною нам уявляється думка щодо відсутності чітких критеріїв якості охоронної послуги¹³⁷. Критерії якості охорони тісно пов'язані з метою, з якою укладається договір, а саме – виключення настання певної події стосовно об'єкта охорони (крадіжки, збройного нападу тощо).

¹³⁶ Заїка Ю. О. Договір охорони // Цивільне право України. Особлива частина: підручник / За ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової, Р. А. Майданика; 4-те вид., стереотип. К.: Юрінком Інтер, 2014. С. 705.

¹³⁷ Басова А. Развитие договора охраны физических лиц в Украине // *Legea și viața*. 2015. № 1. С. 50.

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 договорів охорони має і з договором підряду, оскільки, якщо за підрядом за замовленням в інтересах іншої сторони за винагороду виконується певна робота, а за договором охорони за замовленням 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, що у правовідносинах, які виникають з приводу охорони, один із суб'єктів договору і об'єкт договору можуть збігатися¹³⁸. 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 оборони¹³⁹.

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

¹³⁸ Козир Д. О. Договір охорони: автореф. дис ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Нац. акад. внутр. справ. Київ, 2015. С.18.

¹³⁹ Українське цивільне право: навч. посіб. 3-тє вид., перероб. і доп./ За ред. Ю. О. Заїки. К.: ЦУЛ, 2014. С.288-289.

Державної служби охорони при Міністерстві внутрішніх справ за договорами». До таких об'єктів належать: Національна телекомпанія, Національна радіокомпанія,; 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 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, 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.

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 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.

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, наступні: 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 кодівий 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 першій годині ночі, проте потрапити у під'їзд не зміг, а зв'язок із замовником був відсутній. Не передача позивачами усіх ключів від під'їзду та тамбуру стало перешкодою працівникам відповідача потрапити до квартири після спрацювання сигналізації¹⁴⁰.

Послуги з охорони безпосередньо об'єкту можуть поєднуватися із іншими – з охороною майна при перевезенні, при завантажуванні та розвантажуванні, зважуванні, перевірці у пункті призначення, при локальних переміщеннях на підприємстві тощо.

¹⁴⁰ Постанова Одеського апеляційного суду від 13 лютого 2020 р. по справі 521/15259/18. ЄДРСР. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/87949736>

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 які зберігач, приймаючи її на зберігання, не знав і не міг знати, або внаслідок умислу чи грубої необережності поклаждавця. Тобто, 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. Висновки та перспективи подальшого дослідження. 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 ЦК України.

Свої особливості має і надання послуг із 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) 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 відрядженні тощо). Послуга може надаватися як постійно, так і епізодично. Окремі автори обмежують обов'язки охоронця забезпеченням недоторканність здоров'я та життя фізичної особи¹⁴¹. Проте охоронець повинен також захищати честь і гідність фізичної особи, унеможливити обливання її зеленкою, кидання яєць, засування в сміттєві баки тощо.

¹⁴¹ Яновицька Г. Б. Фізична особа як споживач за договором особистої охорони // Науковий вісник Ужгородського університету. Сер. Право. Вип. 49. Т.1. 2018. С.171.

Послуги з надання охорони фізичної особи можуть здійснюється 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, безпечно пересування по території, вхід і вихід з приміщення, попередження небажаних контактів із сторонніми особами, перевірка осіб, які будуть спілкуватися з клієнтом та ін. Такі послуги можуть надавати як поліція охорони МВС України, так і як суб'єкти підприємницької діяльності.

Досить спірними є твердження, щодо переваги укладення договорів охорони життя та здоров'я особи з суб'єктами охоронної діяльності приватної форми власності у порівнянні з відповідними підрозділами органів внутрішніх справ України, оскільки є можливим надання охоронних послуг, зокрема, особам, які мають незняті судимості або які підозрюються у вчиненні кримінально караних дій, в той час як підрозділи міліції охорони мають обов'язок відмовляти в укладенні таких договорів¹⁴².

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 інформації про перебування особи у розшуку; визнання особи *«persona non grata»*¹⁴³. Переваги надання охоронних послуг приватними компаніями є ефемерним, оскільки підпунктом 7 п.13 Ліцензійних умов провадження охоронної діяльності *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

¹⁴² Бездітко Д. В. Договір охорони життя та здоров'я фізичної особи (тілоохоронництва) за законодавством України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Нац. юрид. ун-т ім. Ярослава Мудрого. Харків, 2015. С.6.

¹⁴³ 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>

перешкоди чи заважати діяльності представників правоохоронних органів в здійсненні ними повноважень, наданих їм законами: прохуввати відомості про кримінальні правопорушення. що вчиняються або готуються, незалежно від інтересів замовника послуг з охорони¹⁴⁴. Звичайно, що суб'єктами охоронної діяльності можуть використовуватися спеціальні засоби, до яких відповідно до Переліку спеціальних засобів, придбання, зберігання та використання яких здійснюється суб'єктами охоронної діяльності, віднесені, зокрема, бронежилети, захисні каски, газові балончики з аерозолями сльозоточивої та дратівної дії, газові пістолети і револьвери та патрони до них, 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 не смертельної дії та ін.¹⁴⁵. 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» поліцейський уповноважений у виняткових випадках застосовувати вогнепальну зброю, в том у 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»¹⁴⁶.

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 і 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 збігатися¹⁴⁷, що не відповідає класичному твердженню, що об'єкт повинен бути протиставлений суб'єкту;

¹⁴⁴ Ліцензійних умови провадження охоронної діяльності. затв. постановою КМ України від 18 листопада 2015 р. № 960. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/960-2015-%D0%BF#Text>

¹⁴⁵ Перелік спеціальних засобів, придбання, зберігання та використання яких здійснюється суб'єктами охоронної діяльності затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 11 лютого 2013 року № 97. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/97-2013-%D0%BF>

¹⁴⁶ Про національну поліцію. Закон України від 2 липня 2015 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/580-19#Text>

¹⁴⁷ Заїка Ю.О. Договір охорони в системі цивільних договорів // Приватне право і підприємництво. 2018. Вип.18. С.136.

- охоронні послуги можуть надаватися лише за умови ліцензування цього виду господарської діяльності;

- договір щодо надання охоронних послуг передбачає *оплатність та обов'язковість його укладення у письмовій формі*;

- *передумовою* укладання договору є обстеження об'єкту охорони з метою виявлення ризиків та небезпек, які йому загрожують;

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

- обов'язки охоронця обмежуються *конкретним завданням*, зокрема, не допустити крадіжку, розбій, грабїж, заподіяння шкоди тощо;¹⁴⁸

- охоронні послуги можуть надаватися не лише щодо такого об'єкту як майно, а і відносно *фізичних осіб*.

З огляду на особливість і специфіку надання послуг з охорони цей інститут повинен бути структурований в окрему главу ЦК України після глави 66 «Зберігання».

Зокрема, така глава повинна включати поняття договору охорони, його істотні умови, специфіку предмета договору, його різновиди, особливості укладання і розірвання, в тому числі і в односторонньому порядку, окремі права та обов'язки сторін, особливості відповідальності за неналежне виконання зобов'язань.

1.6. Договори щодо соціальних послуг: питання впровадження європейських стандартів

На виконання норм Європейської соціальної хартії Україна зобов'язалася сприяти діяльності або створенню служб, котрі сприятимуть добробуту та розвитку як окремих осіб, так і груп у суспільстві, їх адаптації до соціального оточення; заохочення участі окремих осіб, а також добровільних чи інших організацій у створенні та діяльності таких служб. Відповідно до ст.ст. 13, 14 Хартії у державі має бути забезпечено функціонування системи соціальних служб, створених для надання допомоги особі у розв'язанні її проблем, пов'язаних з адаптацією до соціального оточення, незалежно від походження, особистих, сімейних, професійних, фізичних або психічних наслідків. Такі соціальні служби можуть або бути загальними чи спеціалізованими (обслуговування окремих категорій та груп). Відповідно Україна, як соціальна держава, має забезпечити

¹⁴⁸ Див.: Заїка Ю.О. Договір охорони // Цивільне право України. Особлива частина : підручник / за ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнецової, Р.А. Майданика. 5-те вид. стереотипне. К.: Юрінком Інтер, 2017. С.703 -704.

доступність і рівність у користуванні відповідними послугами. Згідно з Угодою про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони Україна взяла на себе обов'язок з посилення рівня соціального захисту та модернізації систем соціального захисту, зокрема щодо якості, доступності та фінансової стабільності. Виконання державою певних зобов'язань у соціальній сфері може здійснюється через мережу спеціально створених органів та установ, уповноважених приймати рішення про надання особі соціального забезпечення за наявності визначених законодавством підстав та з дотриманням встановлених державних соціальних стандартів та нормативів.

За сучасних умов система соціального забезпечення в Україні характеризується єдністю публічних і приватних засад правового регулювання, останні з яких проявляються в договірних режимах регулювання, розширенні кола надавачів соціального забезпечення та його отримувачів¹⁴⁹.

Першим кроком у створенні нових механізмів державної підтримки осіб, що опинилися в складній життєвій ситуації, став Закон України «Про соціальні послуги»¹⁵⁰. Він чітко не визначив завдань та механізмів реформування існуючої системи соціального обслуговування населення, що значно ускладнило процес його реалізації уповноваженими суб'єктами.

Соціальними послугами переважно є результатом діяльності різних соціальних служб та уповноважених надавачів. Вони мають на меті задоволення потреб особи, котра їх потребує шляхом створення умов для її пристосування до існуючого середовища та становища, забезпечення заходів з її реабілітації та створення можливостей жити повноцінним життям. Підставою для їх отримання може бути лише складна життєва обставина, котра об'єктивно порушує нормальну життєдіяльність особи, наслідки якої неможливо подолати самотійно (інвалідність, часткова втрата рухової активності у зв'язку із старістю або станом здоров'я, самотність, сирітство, безпритульність, відсутність житла, роботи, насильство, зневажливе ставлення та негативні стосунки в сім'ї, малозабезпеченість, психологічний чи психічний розлад, стихійне лихо, катастрофа тощо), тобто такі несприятливі для особи події, за яких їй особливо важко і тому вона об'єктивно потребує допомоги держави та суспільства, аби здолати їх повністю чи частково та відновити свою нормальну життєдіяльність. Тому отримання соціальної послуги особою можливе лише за умови підтвердження нею наявності складних життєвих обставин.

¹⁴⁹ Лушников, А. М., Лушникова М. В., Тарусина Н. Н. Договори в сфері семьи, труда и социального обеспечения. 2-е изд. М. : Проспект, 2010. С. 344.

¹⁵⁰ Про соціальні послуги : Закон України від 17.01.2019 р. № 2671–VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2019. № 18. Ст. 73.

Структурно соціальна послуга як відокремлена система в структурі соціального забезпечення в державі та самостійний вид соціального забезпечення складаються з корисних дій, користування речами і благами індивідуального характеру чи призначених для задоволення матеріальних, духовних, культурних потреб та інтересів. Такий висновок випливає з загального поняття «послуги» як корисної дії, яка виникає у результаті праці, тобто коли праця надає послуги в якості діяльності у силу свого різноманіття Соціальні послуги, у свою чергу, умовно поділяються на послуги, що пов'язані із задоволенням соціально-культурних і духовних потреб особи та послуги в галузі матеріально-побутового обслуговування. Вони визначаються переважно як комплекс заходів з надання допомоги особі, окремим соціальним групам, які перебувають у певних обставинах і не можуть самостійно їх подолати, з метою розв'язання їх життєвих проблем. Базовий закон основними формами їх надання визначив матеріальну допомога та соціальне обслуговування як складову соціальних послуг. Допомогу могли отримувати особи, що потрапили у складну життєву ситуацію, у грошовій або натуральній формі (продукти харчування, засоби санітарії та особистої гігієни, засоби догляду за дітьми, одяг, взуття та інші предмети першої необхідності, паливо, технічні і допоміжні засоби реабілітації). Хоча формою надання соціальних послуг слід вважати лише матеріальну допомогу «у вигляді лише натуральної допомоги»¹⁵¹.

Соціальне обслуговування через систему соціальних послуг могли отримати: за місцем проживання особи (вдома); у стаціонарних, реабілітаційних інтернатних установах та закладах; в установах та закладах денного, тимчасового або постійного перебування; у територіальних центрах соціального обслуговування; в інших закладах соціальної підтримки (догляду). Безпосередньо їх наданням уповноважили займатися соціальні служби, та інші надавачі, що уповноважені на їх надання певним категоріям, особам, які перебувають у складних життєвих обставинах та потребують сторонньої допомоги.

Фактично «соціальні послуги» отримали свою назву не за типом діяльності, яка виконується при їх наданні, а за категорією їх споживачів, тобто потенційних отримувачів, котрим надаються (соціально незахищені особи чи сім'ї, які тимчасово чи постійно перебувають у складних життєвих обставинах і самостійно не можуть подолати їх наслідків). Призначенням послуг є подолання чи пом'якшення дії саме несприятливих життєвих обставин та відновлення повноцінного життя конкретної людини. Така їх назва є узагальнюючим поняттям, і включає в себе різні конкретні види послуг (соціально-побутові, психологічні, соціально-педагогічні,

¹⁵¹ *Сташків, Б.* Соціальне обслуговування у системі соціального забезпечення: правові питання. *Право України.* 2005. № 1. С. 78.

соціально-медичні, соціально-економічні, юридичні, послуги з працевлаштування, допомога в професійній реабілітації осіб з інвалідністю, інформаційні послуги). Законодавством визначено їх приблизний перелік.

Водночас за сучасних умов держава продовжує проводити розподіл наявних фінансових ресурсів задля посилення чи забезпечення соціально-правових гарантій окремих категорій¹⁵², внаслідок чого спостерігається тенденція до розширення кола отримувачів послуг за рахунок укладення договорів на користь фізичних осіб, які їх потребують з уповноваженими органами чи службами¹⁵³. Державні соціальні стандарти обов'язково застосовуються і при договірному регулюванні відносин у сфері соціального забезпечення для вироблення ефективного юридичного механізму забезпечення особи при наданні соціальних послуг шляхом закріплення мінімальних норми споживання та гарантії їх забезпечення¹⁵⁴.

Договір про надання соціальних послуг як юридична підстава для їх отримання переважно конкретизує відповідну норму права. Його укладення дозволяє врегулювати конкретні правовідносини між окремо взятими сторонами із визначенням їх кореспондуючих прав та обов'язків¹⁵⁵. Таким договором вважають двосторонню угоду, згідно з якою одна сторона (суб'єкт надання соціальних послуг) зобов'язується надавати відповідні соціальні послуги іншій стороні (отримувачу) на умовах та в строки, передбачені договором, друга сторона повинна надати необхідну для надання соціальних послуг інформацію. Його сторонами є надавач послуг та їх отримувач. Надання послуг можуть забезпечувати як фізична (фізична особа-підприємець), так і юридична особа (державна чи комунальна установа). Отримувачем може бути лише фізична особа чи родина, яка перебуває у складній життєвій ситуації. Його предметом є дії або ж сукупність дій як матеріального, так і нематеріального характеру, спрямовані на покращення стану отримувача соціальних послуг. За договором послуги можуть надаватись в різній формі (платно, безоплатно, за часткову плату), про що додатково зазначається в договорі¹⁵⁶. Надання оплатних соціальних послуг є одним із різновидів цивільно-правового договору про надання послуг.

¹⁵² Чудик-Білоусова Н. І. Соціально-правові гарантії в особливий період. *Університетські наукові записки*. 2015. № 2 (54). С. 135–154.

¹⁵³ Чудик-Білоусова Н. І. Соціальне обслуговування як складова соціального забезпечення особи. *Актуальні проблеми юридичної науки*: зб. тез Міжн. наук. конф. «Дванадцять осінніх юридичних читань» (м. Хмельницький, 8–9 листопада 2013 р.): у 4–х част. Хмельницький, 2013. Частина третя. С. 199.

¹⁵⁴ Про державні соціальні стандарти та державні соціальні гарантії: Закон України від 05.10.2000 р. № 2017–III. *Верховна Рада України. Законодавство України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2017-14>.

¹⁵⁵ Литвиненко В. Підстави надання соціальних послуг. *Юридична Україна*. 2013. № 1. С. 64.

¹⁵⁶ Литвиненко В. М. Поняття та основні ознаки договору про надання соціальних послуг. *Підприємство, господарство і право*. 2010/2. № 9. С. 51–53.

Натомість надання безоплатних послуг є однією з організаційно-правових форм соціального забезпечення¹⁵⁷.

Законодавство з надання послуг до 2020 року не містило чіткого механізму їх отримання особою на договірній основі, хоча прийняті на його виконання підзаконні акти гарантували таку можливість. Хоча проектом Закону «Про соціальні послуги», зареєстр. 06.05.2016 р. за № 4607 його пропонували визначати як правочин, що укладається між отримувачем соціальних послуг або його законним представником та надавачем соціальних послуг, у якому зазначаються права та обов'язки кожної із сторін, обсяг соціальних послуг, завдання, строки та періодичність надання соціальної послуги. Складення договору, індивідуального плану надання послуги, безпосереднє надання послуг могли здійснювати лише фахівці із соціальної роботи, соціальні працівники, фізичні особи-підприємці з належним рівнем фахової кваліфікації (ст. 36 проекту Закону «Про соціальні послуги», зареєстр. 06.05.2016 р. за № 4607). Місцевим органам влади дозволили укладати договори про їх надання за рахунок бюджетних коштів з надавачами недержавного сектору, які перемогли у конкурсі (ст. 30 цього ж проекту)¹⁵⁸. Фактично згаданим проектом договір у сфері надання соціальних послуг визнавався виключно інститутом цивільного права.

Згідно ст. 22 чинного закону «Про соціальні послуги» поняття договору відсутнє. Його укладають в письмовій формі між надавачем та отримувачем соціальних послуг чи його законним представником. Його невід'ємною частиною є індивідуальний план надання соціальних послуг. Істотними умовами договору є назва соціальних послуг, умови їх надання та вартість, права, обов'язки та відповідальність сторін, строк дії договору та інші умови, які сторони визнають істотними. Для одночасного отримання кількох соціальних послуг, укладається один договір про їх надання¹⁵⁹.

При розробці державних стандартів надання окремих послуг визначалися вимоги щодо забезпечення необхідного рівня доступності та якості соціальних послуг у цілому, а також на кожному етапі їх надання; зміст та обсяг, норми і нормативи, умови і порядок надання соціальної послуги, показники її якості. Для надання послуги певного виду має бути розроблений та затверджений державний стандарт її надання, котрий зокрема повинен містити описи щодо укладання договору¹⁶⁰). Хоча процес розробки та затвердження

¹⁵⁷ Яригіна Є. П. Соціальне забезпечення сімей з дітьми як елемент соціального захисту населення : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.05. Харків, 2015. С. 6.

¹⁵⁸ Проект Закону про соціальні послуги, зареєстр. 06.05.2016 р. за № 4607. *Верховна Рада України*. URL: https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=58997.

¹⁵⁹ Про соціальні послуги : Закон України від 17.01.2019 р. № 2671-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2019. № 18. Ст. 73.

¹⁶⁰ Про затвердження Порядку розроблення державного стандарту соціальної послуги : наказ Міністерства соціальної політики України від 16.05.2012 р. № 282, зареєстр. в Міністерстві

державних стандартів надання окремих послуг досі не завершений, що ускладнює можливість з їх отримання та якісного надання.

На даний час нормативно врегульовані можливості щодо укладення договору на отримання тих соціальних послуг, щодо яких затверджені державні соціальні стандарти визначені для територіального центру соціального обслуговування (надання соціальних послуг). Рішення про необхідність надання послуг за договором оформляють наказом. Договір укладається з отримувачем послуги, котрий відповідає визначеним критеріям та здатний підтвердити свої потреби¹⁶¹.

Законодавство гарантує укладення договору про надання соціальних послуг на основі діючого державного стандарту її надання. Так, соціальна послуга денного догляду також може надаватися за договором після здійснення первинного комплексного визначення індивідуальних потреб її отримувача шляхом складання індивідуального плану за результатами визначення індивідуальних потреб отримувача, складання індивідуального плану та укладання договору. У разі необхідності до складання плану залучаються члени родини отримувача. Строки надання послуги узгоджуються з її отримувачем або його законним представником після проведення комплексного визначення його індивідуальних потреб та зазначаються в договорі. Зміст та обсяг послуги визначають індивідуально залежно від ступеня індивідуальної потреби, про що зазначається в договорі. Його укладають протягом 7 днів з дня прийняття рішення про надання послуги¹⁶², хоча його структура законодавством не визначена.

Соціальна послуга стаціонарного догляду за договором надається отримувачу, який втратив здатність до самообслуговування чи не набув її після визначення ступеня його індивідуальних потреб, складання індивідуального плану та укладання договору. Договір укладається після проведення визначення ступеня індивідуальних потреб особи, з урахуванням індивідуального плану. У разі необхідності до його складання залучають членів родини отримувача. У договорі чітко визначають термін надання послуги (постійно або тимчасово, протягом визначеного періоду). Зміст та обсяг послуги для отримувача визначають індивідуально залежно від ступеня індивідуальної потреби, про що вказують в договорі, котрий

юстиції України 01.06.2012 в. за № 876/21188 *Верховна Рада України. Законодавство України.* URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0876-12>.

¹⁶¹ Деякі питання діяльності територіальних центрів соціального обслуговування (надання соціальних послуг): постанова Кабінету Міністрів України від 29.12.2009 р. № 1417. *Верховна Рада України. Законодавство України.* URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1417-2009-%D0%BF>.

¹⁶² Про затвердження Державного стандарту денного догляду: наказ Міністерства соціальної політики України від 30.07.2013 р. № 452, зареєстр. в Міністерстві юстиції України 09.08.2013 р. за № 1363/23895. *Верховна Рада України. Законодавство України.* URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1363-13>.

укладають протягом 5 робочих днів з дня прийняття рішення про надання послуги¹⁶³, хоча його структуру законодавством не визначено.

Соціальна послуга представництва інтересів надається за договором після проведення комплексного оцінювання індивідуальних потреб її отримувача. відповідно до результатів комплексного оцінювання індивідуальних потреб та складання індивідуального плану. Підставою для його укладення є результати комплексного оцінювання індивідуальних потреб отримувача. Послуга надається протягом строку, встановленого після проведення комплексного визначення потреб, який зазначається за потреби в індивідуальному плані та договорі про надання послуги. Строк надання послуги визначається індивідуально, залежно від потреб особи та узгоджується з її отримувачем та/або його законним представником після комплексного визначення стану індивідуальних потреб особи. Договір не укладається, якщо отримувачем послуги є дитина, яка перебуває в складних життєвих обставинах, але влаштована до закладу соціального захисту дітей чи при разовому її наданні¹⁶⁴. Структура договору та термін його укладення законодавством не визначені.

Соціальна послуга профілактики надається за договором після проведення оцінки потреб або ситуації особи, сім'ї шляхом складання індивідуального плану (профілактичної програми). Договір укладають протягом 7 днів з дня прийняття рішення про її надання, за винятком, коли отримувачем є дитина, влаштована до закладу соціального захисту дітей. Його не укладають, якщо послуга надається закладом, котрий виконує обов'язки опікуна стосовно отримувача, Тому послуга у таких випадках надається на підставі індивідуального плану, затвердженого керівником закладу¹⁶⁵. Структура договору законодавством не визначена.

Соціальна послуга соціальної адаптації надається за договором після здійснення первинного комплексного визначення індивідуальних потреб отримувача та складання індивідуального плану. Він укладається протягом 3 днів з дати прийняття рішення про її надання. У разі необхідності до його складання залучають членів

¹⁶³ Про затвердження Державного стандарту стаціонарного догляду за особами, які втратили здатність до самообслуговування чи не набули такої здатності: наказ Міністерства соціальної політики України від 29.02.2016 р. № 198, зареєстр. в Міністерстві юстиції України 23.03.2016 р. за № 432/28562. *Верховна Рада України. Законодавство України.* URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0432-16>.

¹⁶⁴ Про затвердження Державного стандарту соціальної послуги представництва інтересів: наказ Міністерства соціальної політики України від 30.12.2015 р. № 1261, зареєстр. в Міністерстві юстиції України 22.01.2016 р. за № 127/28257. *Верховна Рада України. Законодавство України.* URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0127-16>.

¹⁶⁵ Про затвердження Державного стандарту соціальної послуги профілактики: наказ Міністерства соціальної політики України від 10.09.2015 р. № 912, зареєстр. в Міністерстві юстиції України 29.09.2015 р. за № 1155/27600. *Верховна Рада України. Законодавство України.* URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1155-15>.

родини отримувача. Строки надання послуги визначаються індивідуально для отримувача залежно від його потреб, узгоджуються з ним та/або його законним представником після комплексного визначення індивідуальних потреб, тому обов'язково уточнюються у договорі¹⁶⁶. Структура договору законодавством не визначена.

Соціальна послуга консультування надається за договором після первинного комплексного визначення індивідуальних потреб отримувача послуги та складання індивідуального плану при коротко-, середньо- та тривалому консультуванні. У разі необхідності до його складання залучаються члени родини. Договір укладається не пізніше, ніж наступного дня з дати прийняття рішення про надання послуги при тривалому, середньо- та короткотривалому консультуванні у стаціонарних умовах або середньо- та короткотривалому консультуванні дистанційно. Строки надання послуги узгоджують з отримувачем після визначення індивідуальних потреб та зазначають у договорі. При разовому, кризовому, вуличному консультуванні договір не укладається¹⁶⁷. Структуру договору законодавством не визначено.

Соціальна послуга догляду вдома надається за договором після здійснення первинного комплексного визначення індивідуальних потреб отримувача послуги та складання індивідуального плану. У разі необхідності до його складання залучають членів родини отримувача. Соціальна послуга надається за місцем проживання отримувача протягом робочого дня. Строки надання послуги узгоджуються з отримувачем та/або його законним представником після проведення комплексного визначення його індивідуальних потреб та зазначаються у договорі. Послуга може надаватися постійно (III, IV групи рухової активності — 2 рази на тиждень, V група рухової активності — 5 разів на тиждень), періодично (2 рази на місяць), тимчасово (протягом визначеного у договорі періоду). Договір укладається протягом 5 днів¹⁶⁸. Його структуру законодавством не визначено.

Соціальна послуга паліативного догляду за договором надається після здійснення первинного комплексного визначення індивідуальних потреб потенційного отримувача та складання

¹⁶⁶ Про затвердження Державного стандарту соціальної адаптації: наказ Міністерства соціальної політики України від 18.05.2015 р. № 514, зареєстр. в Міністерстві юстиції України 05.06.2015 р. за № 665/27110. *Верховна Рада України. Законодавство України.* URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0665-15>.

¹⁶⁷ Про затвердження Державного стандарту соціальної послуги консультування: наказ Міністерства соціальної політики України від 02.07.2015 р. № 678, зареєстр. в Міністерстві юстиції України 17.07.2015 р. за № 866/27311. *Верховна Рада України. Законодавство України.* Режим URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0866-15>.

¹⁶⁸ Про затвердження Державного стандарту догляду вдома: наказ Міністерства соціальної політики України від 13.11.2013 р. № 760, зареєстр. в Міністерстві юстиції України 22.11.2013 р. за № 1990/24522. *Верховна Рада України. Законодавство України.* URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1990-13>.

індивідуального плану. Послуга може надаватися за місцем проживання отримувача послуги (вдома) протягом робочого часу; у приміщенні надавача послуги, з наданням місяця постійного проживання; у приміщенні надавача послуги, протягом робочого часу (у формі консультацій). Послуга за місцем проживання отримувача (вдома) може надаватися постійно (III група рухової активності — 2 рази на тиждень, IV група рухової активності — 3 рази на тиждень, V група рухової активності — 5 разів на тиждень), періодично (2 рази на місяць), тимчасово (визначений у договорі період). Строки надання послуги узгоджуються та зазначаються в договорі індивідуально залежно від ступеня індивідуальної потреби отримувача послуги і зазначаються в договорі. Договір укладається протягом 5 днів з дати прийняття рішення про надання послуги та за потреби може переглядатися¹⁶⁹. Умови укладення договору законодавством визначені.

Соціальна послуга соціальної інтеграції та реінтеграції бездомних осіб надається за договором після визначення індивідуальних потреб отримувача та складання індивідуального плану. Строки надання послуги зазначаються в договорі та узгоджуються з їх отримувачем після проведення комплексного визначення стану його індивідуальних потреб¹⁷⁰. Термін укладення договору та його структура законодавством не визначені.

Соціальна послуга підтриманого проживання бездомних осіб надається за договором після проведення комплексного визначення стану індивідуальних потреб отримувача та складання індивідуального плану. Зміст, обсяг послуги, строки її надання визначаються індивідуально залежно від потреб та зазначаються в договорі. Термін укладення договору та його структура законодавством не визначені¹⁷¹.

З 2012 року, згідно із Законом України від 15.03.2012 р. № 4523–VI «Про внесення змін до деяких законів України щодо надання соціальних послуг» запровадили залучення суб'єктів господарювання до задоволення потреб окремих категорій у соціальних послугах на умовах, визначених за договором соціальне

¹⁶⁹ Про затвердження Державного стандарту паліативного догляду: наказ Міністерства соціальної політики України від 29.01.2016 р. № 58, зареєстр. в Міністерстві юстиції України 17.02.2016 р. за № 247/28377. *Верховна Рада України. Законодавство України.* URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0247-16>.

¹⁷⁰ Про затвердження Державного стандарту соціальної інтеграції та реінтеграції бездомних осіб: наказ Міністерства соціальної політики України від 19.09.2013 р. № 596, зареєстр. в Міністерстві юстиції України 27.09.2013 р. за № 1671/24203. *Верховна Рада України. Законодавство України.* URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1671-13>.

¹⁷¹ Про затвердження Державного стандарту підтриманого проживання бездомних осіб: наказ Міністерства соціальної політики України від 03.04.2015 р. № 372, зареєстр. в Міністерстві юстиції України 22.04.2015 р. за № 458/26903. *Верховна Рада України. Законодавство України.* URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0458-15>.

замовлення, котрий укладає орган місцевого самоврядування із зобов'язанням фінансувати надання послуг в повному обсязі¹⁷².

Вищезазначений аналіз порядку укладення окремих договорів підтверджує переорієнтацію діяльності з організації надання соціальних послуг не лише за рахунок розширення кола їх одержувачів¹⁷³, але й через залучення до їх надання «недержавних організацій, які для своєї діяльності можуть залучати благодійні кошти, міжнародні гранти, спонсорську допомогу, що здатні суттєво зменшити витрати місцевих бюджетів та забезпечити права особи на ефективне соціальне забезпечення»¹⁷⁴ та розширення кола їх одержувачів за рахунок укладених договорів з надавачами послуг на користь фізичних осіб, які їх потребують¹⁷⁵.

Отже, у сучасних умовах укладення таких договорів здійснюється за участю отримувача послуги або його законного представника. Підставою для його укладення є рішення уповноваженого органу за результатами проведення комплексного визначення стану індивідуальних потреб отримувача. Договір підписується сторонами, тобто отримувачем послуги або його законним представником та представником надавача соціальної послуги. Кожна зі сторін отримує один примірник договору.

Водночас законодавство у сфері надання соціальних послуг потребує вдосконалення, в частині нормативного закріплення прав та обов'язків їх отримувачів і надавачів для окремих їх видів, тому необхідним є завершення процесів розробки та затвердження державних стандартів надання щодо всіх соціальних послуг, перелік яких визначений законодавством. Доцільним є завершення процесу створення реєстрів надавачів та отримувачів соціальних послуг та визначення механізмів інформування осіб, котрі перебувають у складній життєвій ситуації, щодо можливості отримання ними необхідних послуг, у тому числі й на договірних засадах.

¹⁷² Про внесення змін до деяких законів України щодо надання соціальних послуг : Закон України від 15.03.2012 р. № 4523-VI. *Верховна Рада України. Законодавство України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4523-17>.

¹⁷³ Чудик-Білоусова Н. І. Історичні тенденції та перспективи становлення соціального обслуговування. *Актуальні проблеми регулювання відносин у сфері праці і соціального забезпечення* : тези доп. та наук. повід. учасн. III Міжн. наук.-практ. конф., 7–8 жовтня 2011 р. / за ред. В. В. Жернакова. Х. : Кроссруд, 2011. С. 477–482.

¹⁷⁴ Чудик-Білоусова Н. І. Соціальне обслуговування як складова соціального забезпечення особи. *Актуальні проблеми юридичної науки* : зб. тез Міжн. наук. конф. «Дванадцять осінніх юридичних читань» (м. Хмельницький, 8–9 листопада 2013 р.) : у 4-х част. Хмельницький, 2013. Частина третя. С. 197–199.

¹⁷⁵ Чудик-Білоусова Н. І. Окремі проблеми систематизації законодавства про соціальні послуги. *Пан'європейська кодифікація приватного права та її вплив на кодифікацію цивільного законодавства України* : зб. наук. пр. [за результ. наук.-практ. кругл. столу (м. Хмельницький, 19 листопада 2010 р.)]. К. : НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2010. С. 129–138; Чудик-Білоусова, Н. І. Отдельные проблемы систематизации законодательства Украины о социальных услугах. *Реформирование законодательства о труде, социальной защите и экологии на постсоветском пространстве* : сб. науч. тр. по итогам Междунар. научн.-практ. конф., 14–15 окт. 2011 г. / редкол. К. Л. Томашевский (гл. ред.) [и др.]. Минск : Междунар. ун-т «МИТСО», [2012]. С. 197–204.

1.7. Приватноправові відносини у сфері надання медичних послуг: сучасні тенденції правового регулювання

Об'єктивні процеси сучасної історії України пов'язані із орієнтацією на євроатлантичну інтеграцію, європейські цінності та ідеологію людиноцентризму. Відповідно до ст. 3 Конституції України людина, її життя і здоров'я, честь та гідність, недоторканність та безпека визнаються найвищими соціальними цінностями. У цьому контексті цілком очікувано, що у новітньому вітчизняному законодавстві людина та її непорушні права набувають першості в ієрархії суспільних пріоритетів, чим висуваються відповідні вимоги до держави щодо забезпечення цих прав реальним правовим змістом: позитивно-правовими механізмами здійснення та ефективним захистом.

Спеціальним фактором актуалізації питань цивільно-правового регулювання 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 та 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.

Вказані 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.

Особливості цивільно-правового регулювання відносин у сфері надання медичної допомоги

Цивільно-правові відносини, які складаються в сфері охорони здоров'я та 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»¹⁷⁶. До цивільно-правових відносин у сфері надання медичної допомоги відносяться: договірні цивільно-правові відносини; особисті немайнові відносини між пацієнтом та лікарем; цивільно-правові відносини доручення; дії в інтересі особи без її доручення. Договірні цивільні відносини при наданні медичних послуг формуються та регулюються на підставі договору про надання медичних послуг та договору доручення (з предмету добровільного представництва). Недоговірні цивільно-правові відносини виникають з особистих немайнових прав учасників та з правомірних дій в немайновому інтересі особи без її доручення.

За своєю правовою природою цивільно-правові відносини, що складаються у секторі охорони здоров'я, мають виразну специфіку. Це пов'язано із особливим суспільним значенням чутливих об'єктів, на охорону та підтримання яких спрямована медична діяльність, та спеціальним правовим статусом пацієнта як слабкої сторони відносин та суб'єкта прав людини і суб'єктивних цивільних прав. Саме присутність у відносинах низки об'єктів та прав, які підлягають спеціальному захисту на рівні норм міжнародно-правових актів з прав людини та Конституції України, ускладнює дані відносини додатковими правовими елементами та обов'язками зобов'язаної сторони.

Зокрема, такою особливістю правовідносин з надання медичної допомоги є 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 нечинними¹⁷⁷.

Також 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

¹⁷⁶Майданик Р. А. Договір про надання медичних послуг. *Медичне право*. Львів, 2010. № 1 (5). С. 53, 59.

¹⁷⁷Миронова Г. А. Модернізація цивільного законодавства у сфері надання медичної допомоги: теоретичні засади та практика імплементації: монографія. Київ: Науково-дослідний інституту приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2020. С. 67-68

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 право¹⁷⁸.

Абсолютні права у цивільних відносинах з надання медичної допомоги

Деякі особисті немайнові права пацієнта є похідними від конституційних абсолютних прав людини, що охороняються Конституцією України: на повагу до гідності (ст. 28), на особисту недоторканність (ст. 29), на ознайомлення з усіма відомостями про себе (ст. 32). Під конституційну охорону підпадають такі права пацієнта: на згоду на медичне втручання, на відмову від медичного втручання, на отримання медичної інформації про себе. Конституційний та абсолютний статус права передбачає правову фіксацію важливих об'єктивних відмінностей у здійсненні цього права людиною та в механізмі втручання держави та інших учасників відносин в його здійснення.

Так абсолютність права передбачає, що здійсненню права його суб'єктом протистоїть юридичний обов'язок усіх інших учасників відносин утримуватися від будь-яких фактичних та юридичних дій або бездіяльності, що можуть призвести до його порушення. Також у сучасному розумінні абсолютності права присутній такий її вимір як спеціальний порядок обмеження. Р. О. Стефанчук пояснює: «слід враховувати те правило за яким зазначається ієрархічність обмеження особистих немайнових прав, залежно від нормативно-правового акту, яким встановлюється дане право. Так, якщо особисте немайнове право встановлюється в Конституції України, то і обмежено воно може бути тільки Конституцією України (ст. 64 Конституції України), а не в ЦК України чи іншими законами. Тому обмеження зазначених прав, навіть якщо вони після цього

¹⁷⁸ 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.

віднаходять своє дублювання у ЦК України чи інших законах, все рівно може бути обмежене тільки на рівні Конституції України»¹⁷⁹.

Конституційний принцип абсолютної дії, за яким винятки стосовно обмеження або звуження обсягу прав і свобод людини і громадянина встановлюються тільки самою Конституцією України, а не законами чи іншими нормативними актами, означає, що усі обмеження прав, які мають конституційний захист, не зважаючи на те, що вони додатково регулюються або захищаються галузевим законодавством, мають тлумачитися та регулюватися з урахуванням саме першості конституційного захисту права. Більше того, навіть прийняття спеціального законодавства, предметом якого є конституційні права, не може бути прийнятим без відповідного заключення, що воно не порушує Конституцію.

Стосовно тлумачення основного змісту ст. 64 Конституції України щодо конституційного режиму обмеження прав людини О. В. Скрипнюк зазначає: «конституційно-правове регулювання обмеження прав людини має вичерпні правові параметри, які не можуть розширюватися в довільному порядку і мають дискретний характер. [...]. Конституція України передбачає вичерпний перелік прав людини, які не можуть бути обмежені за жодних обставин. Так, не можуть бути обмежені права і свободи, передбачені такими статтями Конституції України: [...] ст. 28 – право на повагу до гідності; ст. 29 – право на свободу та особисту недоторканність»¹⁸⁰.

У світлі сказаного стосовно природи абсолютного конституційного права та спеціальних умов його обмеження, будь-яке обмеження права на згоду на медичне втручання повнолітньої дієздатної людини є неконституційним. То ж обмеження абсолютного права на згоду на медичне втручання фактично виступає примусом до прийняття іншої волі, і цей примус щільно межує з неповогою до гідності (нелюдським поводженням та тортурами). О. В. Крилова слушно зазначає, що буквальне розуміння змісту норми п. 5 ст. 284 ЦК України дозволяє зробити висновок про те, що «лікар наділений правом (або навіть зобов'язаний) здійснити примусове медичне втручання»¹⁸¹.

Так само право пацієнта на отримання медичної інформації про себе корелює із конституційним правом на ознайомлення з усіма відомостями про себе, закріпленим у ст. 32 Конституції України, та підпадає під ознаки абсолютного, оскільки здійсненню права його суб'єктом протистоїть юридичний обов'язок усіх інших учасників

¹⁷⁹ Стефанчук Р. О. Загальнотеоретичні проблеми поняття та системи особистих немайнових прав фізичних осіб у цивільному праві України. Хмельницький: Видавництво Хмельницького університету управління та права, 2006. С. 119 – 120.

¹⁸⁰ Скрипнюк О. В. Конституційно-правове регулювання обмеження прав і свобод людини і громадянина в Україні. *Публічне право*. Київ, 2011. № 3. С. 5, 9.

¹⁸¹ Крилова О. В. Представництво інтересів пацієнта в договорі про надання медичної допомоги. *Актуальні проблеми держави і права*. Вип. 31. Одеса, 2007. С. 88.

відносин – органи державної влади, органи місцевого самоврядування, установи і організації – утримуватися від дій або бездіяльності, що можуть призвести до його порушення. Також право на інформацію про себе належить до абсолютного за такою ознакою, як спеціальний порядок обмеження. Згідно зі ст. 64 Конституції України не може бути обмеженим крім випадків, передбачених Конституцією України. Такі правові підстави для обмеження права людини на отримання на інформації про себе наразі Конституція України передбачає тільки в умовах воєнного або надзвичайного станів.

Проте із прийняттям у 2003 році нового ЦК України існує загальний консенсус між законодавцем, науковцями та лікарями стосовно того, що нормою п. 5 ст. 284 ЦК України у невідкладних випадках лікарі зобов'язані надавати медичну допомогу та здійснювати медичне втручання без згоди та навіть всупереч волі пацієнта, і що такий відступ від загального правила згоди є обмеженням суб'єктивного цивільного права пацієнта. Нормами, закріпленими у п. 3 ст. 285 ЦК України та абз. 4 ст. 39 Основ законодавства України про охорону здоров'я, медичним працівникам надано право надавати неповну інформацію про стан здоров'я фізичної особи, обмежити можливість ознайомлення з окремими медичними документами.

Видається, що підхід законодавця до спеціального регулювання суб'єктивних цивільних прав пацієнта, що мають абсолютний конституційний статус, є помилковим, адже обмеження таких прав людини може здійснюватися тільки на підставах, передбачених Конституцією України. Закріплення конституційних прав людини у спеціальному законодавстві в якості особистих немайнових прав фізичної особи повинно переслідувати мету додаткового захисту даних прав, що стосуються чутливих суспільних та особистих благ. Зокрема, цивільне законодавство має забезпечити додаткові правові гарантії для поваги до гідності та недоторканності особи у цивільних відносинах в сфері медицини. Проте чинне цивільне законодавство вводить додаткові підстави для обмеження конституційних абсолютних прав на додаток до тих, що містяться в самій Конституції України. Так цивільним законодавством повинні бути запропоновані додаткові механізми для реалізації фізичною особою своєї автономії волевиявлення при здійсненні медичного втручання, наприклад, через запровадження інститутів попередніх розпоряджень, договірного представництва тощо.

Завдяки новим інструментам людина як учасник цивільних відносин зможе, зокрема, отримати користь від призначення довіреної особи¹⁸², яка на підставі договору доручення матиме

¹⁸² Див. Миронова Г. А. Довірена особа пацієнта як новий учасник цивільних відносин. *Учасники цивільних відносин: новаті рекодифікації цивільного (приватного) права України* : матеріали

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.

Договірне представництво у цивільних відносинах з надання медичної допомоги

Станом на тепер ані ЦК України, ані Закон України «Основи законодавства України про охорону здоров'я» не містять такого учасника відносин, як представник пацієнта, тому на практиці жодна особа (навіть шлюбний партнер, дорослі діти, інші родичі) не мають 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.

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) України «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.

У зв'язку із цифровою реформою сфери охорони здоров'я на рівні наказів МОЗ введено у правове поле довірену особу 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 – 10) 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 реформванням правового регулювання медичних послуг, пов'язаних з трансплантацією (послуг 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.

Тобто як видно, на поглибленням реформи сфери охорони здоров'я, цифровізації суспільних процесів та відносин, більш детального регулювання нових видів цивільних відносин, пов'язаних із застосуванням трансплантації, проблема врегулювання договірного представництва пацієнта весь час впливає на поверхню то з одного боку, то з іншого. І це означає лише одне: новий інститут потребує своєї легітимації на рівні ЦК України та іншого цивільного (можливо спеціального) законодавства. Зокрема, новим учасником цивільних відносин у сфері надання медичної допомоги маж стати довірена особа пацієнта.

Така постановка питання не є чимось надзвичайним, адже природним для приватного права аспектом правової диспозитивності є можливість для суб'єктів особистих немайнових медичних відносин розпоряджатися своїми суб'єктивними правами на власний розсуд, в тому числі за допомогою індивідуального або договірного регулювання. До того ж договірні форми представництва фізичних осіб у сфері надання медичної допомоги є позитивно-правовими засобами поширення та узаконення сучасних етичних вимог дотримання поваги до автономії, гідності та індивідуальності пацієнта. Договірні форми надають нові правові 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.

Як видно, спеціальні нормативні акти, рухаючись за потребами практики регулювання відносин з надання медичних послуг, сформували 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 застосовано в одних нормативно-правових актах термін довірена особа пацієнта, в інших – повноважний представник фізичної особи.

Напрями оновлення правового регулювання відносин з надання медичних послуг у Цивільному кодексі України

В умовах рекодифікації цивільного законодавства, що триває в Україні, є нагальна потреба сформувати виважену цивільно-правову доктрину приватноправових відносин у сфері надання медичної допомоги на засадах концепту приватного права європейської традиції та викласти систематизовану сукупність норм у вигляді окремої глави «Медичні послуги» в оновленому ЦК України. Вкрай важливим є не пропустити таку актуальну можливість для усунення правової невизначеності, що існує як на концептуальному, так і власне нормативному рівнях. В оновленому ЦК України необхідно знайти місце для спеціальних норм, що стосуються особистих немайнових прав учасників відносин, договірному представництві пацієнта, правових умов надання медичних послуг без отримання згоди, що посприятиме врахуванню особливостей медичних правовідносин, уніфікації цивільно-правового інструментарію та вдосконаленню засобів впливу на цивільні відносин.

За основу потрібно взяти доктринальні та нормативні напрацювання вітчизняних цивілістів. Нормативним зразком слугуватиме видатний європейський документ приватноправового змісту «Принципи, визначення та модельні 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»¹⁸³. 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 за 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 послуг¹⁸⁴.

В документі представлено спеціальний розділ, присвячений медичним послугам, який містить 11 статей з модельним змістом,

¹⁸³Модельные правила европейского частного права (перевод с английского). Под науч. ред. Н. Ю. Рассказова. Москва: Статут, 2013. С. 2.

¹⁸⁴Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR). 2009 bysellier. europeanlawpublishersGmbH, Munich. P. 302. URL: https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf. P 302. (Дата перегляду – 08.10.2021).

максимально наближеним до специфіки сфери надання медичних послуг в європейській приватноправовій традиції. Основні мінімально необхідні норми, що мають бути включені у спеціальну Главу «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.

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

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. Мінімально необхідні норми, які в європейській приватноправовій традиції мають бути включені у спеціальну Главу «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 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).

Таким чином, дослідження, що проводилися протягом останнього десятиліття щодо актуальних аспектів приватноправового регулювання медичних відносин, на своєму початку виходили більше із гуманістичних, філософських, методологічних позицій та здавалися на перший погляд суто абстрактними міркуваннями, лише питанням теорії, доктрини та, можливо, певної невизначеної майбутньої

перспективи. Наразі відповідні розвідки зрештою отримали свою теоретичну легітимацію та практичну значущість. Адже реальне правове життя рухалося назустріч, знизу, доводячи право на існування нових життєздатних відносин, які потребують свого врегулювання засобами приватного права, у тому числі на засадах договірності права. То ж сама практика засвідчила затребуваність нових цивільно-правових інститутів та засобів і поставила відповідне завдання перед цивілістичною наукою та нормотворенням. Фактично сьогодні вже йдеться про актуальний запит до цивілістичної наукової спільноти виконати важливе соціальне замовлення. Реалізація цього завдання надасть можливість уніфікувати цивільно-правове регулювання відносин з надання медичної допомоги на засадах європейської традиції приватного права, уникнути небажаних колізій та непродуктивних прогалів.

1.8. Діалектика прав та обов'язків закладу освіти як суб'єкта приватного права

Вагоме значення для ефективного правового регулювання має гармонізація прав та обов'язків, оскільки надання суб'єктам лише прав без обов'язків і відповідальності означало б фактичне скасування свободи і демократії. Це визначає необхідність глибокого системного аналізу збалансованості прав та обов'язків з позиції діалектики їх взаємозв'язків, зокрема закону єдності й боротьби протилежностей, на підставі якого й можна проаналізувати причинно-наслідкові зв'язки та усунути невідповідність прав та обов'язків у чинному конституційному законодавстві¹⁸⁵. До наведеної думки можна додати те, що пошук збалансованості прав та обов'язків є доцільним і необхідним у всіх сферах правового впливу, а не тільки конституційного законодавства.

Аналіз основних міжнародно-правових документів з прав людини (Загальна декларація прав людини від 10 грудня 1948 р., Конвенція Ради Європи про захист прав і основних свобод людини від 4 листопада 1950 р., Міжнародний пакт про громадянські і політичні права від 16 грудня 1966 р., Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права від 16 грудня 1966 р.) дає підстави для висновку про те, що обов'язки лаконічно перераховуються в преамбулі, а права і свободи – розгорнуто в численних статтях. Наприклад, серед тридцяти статей Загальної декларації прав людини слово «обов'язок» в різних формах згадується тільки три рази (ст. 10, 26, 29). Більш затребуваним в науково-популярній та філософській

¹⁸⁵ Ткаченко В.І. Діалектика відображення ідей прав людини в позитивному праві. *Порівняльно-аналітичне право*. 2018. № 2. С. 395-398.

літературі є аналіз прав, вважається, що феномен суб'єктивного права є вершиною сучасної юриспруденції. Витоки такого підходу походять з концепції лібералізму – це плід західноєвропейської культури, який отримав свій розвиток в працях Ф. Вольтера, Г. Гроція, Т. Джеферсона, Д. Дідро, Дж. Локка, Ш. Монтеск'є, інших західних авторів. Відповідно по теорії природних прав людини, вони не надаються державою, а виникають автоматично лише через факт появи людини на світ, носить назву теорії природного права. Ця теорія, що характеризується проявом свободи та гуманізму, виникла в XVII–XVIII ст. ст. Хоча в той же час аналогічні погляди беруть свої витоки ще в Давній Греції та Стародавньому Римі. Вони пов'язані з іменами Демокрита, Сократа, Платона і відображають намагання виявлення моральних, справедливих начал в праві, що закладені самою природою людини¹⁸⁶. Творці вчення про права людини (Г. Гроцій, Дж. Локк, Б. Спіноза, Ж.-Ж. Руссо, Ш. Монтеск'є, Т. Джеферсон, І. Кант, І. Бентам та ін.) визначають права особистості (право на життя, право на свободу) як священні імперативи, що не можуть бути піддані впливу жодною стороною особою, навіть державою. Акцент у роботах названих класиків відсуває аналіз обов'язків на другий план, в той час як суб'єктивне право є мертвим без закріплення відповідного пасивного чи активного обов'язку третіх осіб. Навіть абсолютне беззаперечне право на життя не можливо без кореспондуючого обов'язку всіх і кожного не порушувати це право. Традиційно юридична доктрина поділяє права на відносні та абсолютні. В першому випадку чітко визначеними є обидва суб'єкти: носій права та носій обов'язку (деліктні правовідносини, договірні правовідносини). Обов'язок в цьому випадку полягає в активній поведінці носія обов'язку вчинити дію: передати майно, виконати роботу, надати послугу, сплатити гроші тощо. В абсолютних правовідносинах чітко визначеним є суб'єкт носій права, а носієм обов'язку є невизначене коло, тобто вся сукупність інших суб'єктів (фізичні та юридичні особи, держава та державні утворення). В цій ситуації право уповноваженої особи забезпечується обов'язком пасивного типу, покладеним на всіх решту учасників, не порушувати право уповноваженого суб'єкта. Важливо відмітити, що в обох випадках суб'єктивне право не існує відокремлено від кореспондуючого обов'язку, а перебуває з ним у діалектичній єдності. Викладене свідчить про неможливість відокремлення обов'язку суб'єкта від його прав, відповідно про необхідність концептуалізації прав та обов'язків у їх неподільній цілісності та єдності.

Взаємозалежність права та обов'язку проявляється в спільних ознаках, до яких належать наступні: вони складають юридичний зміст позитивного права; з їх допомогою здійснюється правове

¹⁸⁶ Теория государства и права: Учебник для вузов. 2-е изд. изм. и доп./ Под ред. проф. В.М. Корельского и проф. В.Д. Перевалова. Москва: Изд. Группа НОРМА–ИНФРА, 2000. С. 225 (616 с.)

регулювання поведінки фізичних та юридичних осіб; слугують задоволенню індивідуальних і колективних потреб та інтересів; розкривають рівень політичного і правового режимів у суспільстві; відображають якість правотворчої діяльності. Кожне право обтяжене відповідними обов'язками, створення та підтримка гармонійних відносин в державі і суспільстві вимагає в тому числі не тільки поваги до прав суб'єктів, а й виконання ними певних обов'язків. Надмірна увага до прав і нехтування обов'язками (відповідальністю), викликають негативні правові наслідки для взаємовідносин між індивідом і суспільством.

Пропонується застосувати постулат теорії і філософії права про діалектичну єдність прав і обов'язків до сфери освіти, де одним з учасників відносин виступає заклад освіти, що є суб'єктом приватного права¹⁸⁷.

Співвідношення інституційної автономії закладу освіти та відповідальності закладу освіти.

Заклад освіти як суб'єкт цивільного права, з одного боку, володіє всіма ознаками юридичної особи, з іншого, наділений спеціальними ознаками, зокрема такою як інституційна автономія. Автономія університетів є однією із найстаріших форм самоврядування, яка ще із середньовіччя сприяла перетворенню їх на рушійну силу суспільного наукового прогресу. Фундаментальні питання доцільності та меж університетської автономії, глибини та масштабів контролю суспільства за діяльністю інституцій вищої освіти вже понад 800 років непокоять наукову спільноту¹⁸⁸ та не втратили актуальності й сьогодні. Як у ситуації з наявністю будь-яких протилежностей, питання полягає в пошуку оптимального балансу між крайнощами, який змінюється разом зі зміною суспільно-політичних, економічних та історичних умов. У світовій історії правового регулювання відносин у сфері освіти різні крайнощі стосовно реалізації принципу інституційної автономії закладу вищої освіти: від повної незалежності та автономії до жорсткого контролю з боку держави та субординації. Прикладами протилежних крайнощів є: 1) концепція «судової поваги до вищої освіти» або «утримання суду від втручання в справи університету», поширена в США до середини минулого століття, та 2) період в УРСР, коли відносини у сфері освіти регулювалися нормами адміністративного права на засадах імперативності без будь-яких застережень про автономію¹⁸⁹. Жодна

¹⁸⁷ Davydova N., Sabodash R., Mendzhul M., Milovska N., Lukasevych-Krutnyk I. Civil Law Status of the Institution of Higher Education in Ukraine. Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues. 2020. Vol. 23. Issue: 1 <https://www.abacademies.org/articles/civil-law-status-of-the-institution-of-higher-education-in-ukraine-9996.html>

¹⁸⁸ Neave J. Education. Academic freedom and university autonomy: an abiding concern. *Higher Education Policy*. Vol. 9. № 4. 1996. P. 263–266.

¹⁸⁹ Давидова Н. О. Правовий статус учасників відносин у сфері освіти в США і перспективи його імплементації в освітню систему України (цивільно-правовий аспект): Монографія. Київ : Видавництво Ліра-К, 2016. С. 382 (всього 532 с.)

із наведених крайнощів не є бажаною та прийнятною, оскільки ефективне правове регулювання відносин у сфері освіти передбачає поєднання доброї волі суб'єктів права та державно-владного впливу. Головним критерієм побудови системи вищої освіти має бути досягнення балансу та рівноваги між автономією і підзвітністю. Надмірна автономія університету призведе до того, що він не відповідатиме запитам суспільства, а жорсткий державний контроль знищить його академічні засади. У реформі вищої освіти закладено діалектику, прояв якої полягає в тому, що дуальні пари супроводжують увесь процес децентралізації у вищій освіті: «автономізація – суспільна відповідальність», «академічна свобода – фаховість, плановість», «політика якості освіти – самокритичність і самоаналіз». Наукова спільнота все частіше звертається до аналізу юридичної відповідальності закладів освіти, наприклад за працевлаштування випускників після успішного завершення освітньої програми¹⁹⁰.

Аналізуючи історичні етапи розвитку правового регулювання у сфері освіти на землях України, слід зазначити, що від часу створення перших закладів освіти постало питання дотримання балансу між 1) централізованим державним управлінням на засадах імперативності та підпорядкування і 2) університетською автономією і самоуправлінням на засадах диспозитивності та ініціативності. Інституційна автономія посилювалася і послаблювалася на різних етапах розвитку людства залежно від соціально-політичних та економічних умов. На жаль, імперативні методи впливу на освітні відносини часто переважали диспозитивні. Прикладом превалювання приватноправових засад є період дії Університетського статуту Олександра II (1863–1884 р.), а також сучасний період із моменту прийняття Закону України «Про вищу освіту» від 01.07.2014 р. Аналіз існуючого підходу до реформування та трансформації освітньої системи призводить до висновку про недостатній рівень академічної автономії, що є перепорою на шляху до змагальності освітніх інституцій в отриманні фінансування¹⁹¹. Хоча головним супротивником інституційної автономії є держава та органи державної влади, які здійснюють управління та контроль за діяльністю закладів вищої освіти, не слід нехтувати такою обставиною, що корумпованість вищої освіти також стоїть на заваді

¹⁹⁰ Haug, G. (2005). "The Public Responsibility of Higher Education: Preparing for Labour Market". In Weber, L. Bergan, S., eds. *The Public Responsibility for Higher Education and Research*. Strasbourg: Council of Europe, P. 203-209.

Teichler U. Universities Between the Expectations to Generate Professionally Competences and Academic Freedom Experiences from Europe. *Social and Behavioral Sciences*. 77 (2013). P. 421- 428.

¹⁹¹ Непомняшчы, О.М., Marusheva, O.A., Prav, Yu.H., Medvedchuk, O.V., & Lahunova, I.A. (2021). Certain aspects of the system of public administration of universities: World practices and the Ukrainian dimension. *Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine*, 28(1), 99-105. P. 103

інституційної автономії. Поки проблема корупції буде існувати видається сумнівним успішне реформування системи вищої освіти¹⁹².

Можна провести паралель між пошуком оптимального балансу між інституційною автономією закладу освіти та відповідальністю закладу освіти, з одного боку, та приватноправовим і публічно-правовим регулюванням, з іншого. Автономія волі взагалі та її окремий прояв у формі автономії закладу освіти є визначним елементом диспозитивності як методу приватного права. Підпорядкування закладу освіти таким органам державної влади як Кабінет Міністрів України, Міністерство освіти і науки України, Національне агентство із забезпечення якості вищої освіти, є проявом юридичної відповідальності освітньої інституції, елементом імперативності як методу публічного права. Вдале поєднання диспозитивного та імперативного правового методу є запорукою ефективного регулювання суспільних відносин у будь-якій їх сфері, в тому числі у сфері освіти: закони ринкового саморегулювання економічних відносин повинні органічно поєднуватися з державним регулюванням макроекономічних процесів.

Американська юридична доктрина напружувала чотири основні теорії правовідносин між студентом та університетом: договірна, теорія трасту, теорія довірчих відносин, конституційна теорія¹⁹³. Найбільшого визнання та поширення набула договірна теорія, саме на ній найбільш яскраво можна продемонструвати співвідношення між інституційною свободою університету (як прояв феномену права) та юридичною відповідальністю закладу освіти (як прояв феномену обов'язку). Провідні американські фахівці з права вищої освіти Вільям Каплін і Барбара Лі, розглядаючи теорію договірних правовідносин між університетом та студентом, аналізують поняття «кабального договору»¹⁹⁴, тобто настільки невідгідного та обтяжливого для однієї зі сторін, що розумна особа, яка діє без примусу та обману, не погодилася б на його укладання.

Такий договір не підлягає примусовому виконанню за рішенням суду. В справі *Albert Merrill School v. Godoy*¹⁹⁵ освітня інституція вимагала стягнення боргу зі сплати за навчання за програмою «обробка даних». Суд з'ясував, що студент не володів англійською мовою на тому рівні, щоб розуміти умови договору про навчання, правове становище сторін не було рівним, студента введено в оману. Суд відмовився примусувати відповідача виконати договірний обов'язок.

¹⁹² Osipian, A. L. University autonomy in Ukraine: Higher education corruption and the state. *Communist and Post-Communist Studies*. 50 (2017). 233-243.

¹⁹³ Alexander K., Solomon E. S. *College and University Law*. Charlottesville, Virginia : The Michie Company Law Publishers, 1972. P. 412–414. (776 p.)

¹⁹⁴ Kaplin W. A., Lee B. A. *The Law of Higher Education: a Comprehensive Guide to Legal Implications of Administrative Decision Making*, 5th Edition. V. 1. San Francisco, CA : Jossey-Bass, 2013. P. 847 (1075 p.)

¹⁹⁵ *Albert Merrill School v. Godoy*, 357 N.Y.S. 2d 378 (N.Y.Civ.Ct. 1974).

Вільям Каплін і Барбара Лі також розглядають конструкцію «договору приєднання»¹⁹⁶, за яким одна сторона (зазвичай більш сильна) пропонує іншій укласти договір за такою формулою: погодження із запропонованим договором у цілому або неукладення договору. Слабша сторона не може запропонувати свої умови договору, не може виступити з новою офертою. Невизначеність умов такого договору слід тлумачити на користь слабкої сторони (у цьому разі на користь студента), оскільки в неї не було можливості провести переговори та врегулювати спірні моменти. У справі *K. D. v. Educational Testing University*¹⁹⁷ суд розглянув спір між позивачем та організацією-адміністратором тесту для вступу до правових шкіл (LSAT) і визнав відносини між сторонами договірними, а саме договором приєднання. Договір було визнано дійсним, оскільки він не був «настільки несправедливим і нерозумним», щоб ігнорувати його з підстав порушення публічного порядку. В справі *Kyriazis v. University of West Virginia*¹⁹⁸ суд визнав договір приєднання між Університетом Західної Вірджинії та містером Каріазісом недійсним через порушення цим договором публічного порядку. В цій справі було встановлено критерії визначення, наскільки правове становище сторін має бути нерівним для оголошення договору недійсним. Університет мав перевагу перед студентом, оскільки: 1) студент повинен був підписати розписку для того, щоб взяти участь у спортивних змаганнях, тобто не мав права вибору; 2) текст розписки підготував юрист університету, натомість студент не мав радника з правових питань; 3) університетський кодекс поведінки вимагав від студента виконання вказівок представника університету.

В українській правовій системі договір між студентом і закладом вищої освіти слід розглядати також як договір приєднання. Завдання цивільного права полягає у «вирівнюванні» становища учасників майнового обороту шляхом встановлення для слабкої сторони зобов'язання особливих умов участі у договірних відносинах: пільгового порядку укладення, зміни та припинення договору, надання слабкій стороні додаткових прав і покладення на її контрагента додаткових обов'язків, обмеження відповідальності слабкої сторони¹⁹⁹. Конструкція договору приєднання, поряд із публічним договором, належить до числа тих, що обмежують договірну свободу ринкових відносин із метою «вирівнювання» правового становища споживача і надавача послуг, тобто студента та університету відповідно.

¹⁹⁶ Kaplin W. A., Lee B. A. *The Law of Higher Education: a Comprehensive Guide to Legal Implications of Administrative Decision Making*, 5th Edition. V.1. San Francisco, CA : Jossey-Bass, 2013. P. 848 (1075 p.)

¹⁹⁷ *K. D. v. Educational Testing University*, 386 N.Y.S.2d 747 (N.Y.Sup.Ct. 1976)

¹⁹⁸ *Kyriazis v. University of West Virginia*, 450 SE 2d 649, 192 W. Va. 60 (1994).

¹⁹⁹ Брагинский М. И., Витрянский В. В. *Договорное право. Книга первая : Общие положения* : Изд. 3-е, стереотипное. Москва: Статут, 2001. С. 793. (848 с.)

Увага до фактично слабшої сторони змушує законодавця спростовувати юридичне значення за такими договорами, при укладанні яких один контрагент користується невідгідним правовим становищем іншого. Однак нова тенденція до панування державного втручання над безмежним індивідуалізмом ще не настільки сформувалася, щоб усунути принцип свободи договору²⁰⁰. Зважаючи на небажання американських судів втручатися у вирішення університетських спорів і юридичну нерівність студента та університету як сторін договору, єдиним способом фективного захисту прав студента є запровадження обов'язку сторін договору діяти добросовісно та чесно. Саме таке формулювання надано у Зведенні договірного права²⁰¹. Концепція *good faith* певною мірою гарантує захищеність прав слабшої сторони у зобов'язальних відносинах. Університет як боржник несе обов'язок виконати зобов'язання добросовісно, з урахуванням звичаїв цивільного обороту.

Судам слід визначити межі, в яких університет повинен бути відповідальним за свої адміністративні, дисциплінарні та академічні рішення. Договірне право установило такі межі – принцип добросовісності та чесної ділової практики²⁰², що є запорукою уникнення конфліктів із приводу навчального процесу та результатів оцінювання знань. Поєднання добросовісності та чесної ділової практики з боку обох сторін договірних правовідносин дає суду змогу при виконанні ролі арбітра досягти балансу між 1) врегулюванням університетом відносин зі студентом на власний розсуд і 2) відповідальністю університету. Звертаючись до освітньої інституції з вимогою про дотримання принципу добросовісності та уникнення прийняття свавільних рішень, суд, з одного боку, надає потрібний студентів захист, а з іншого, – не узурпує університетську автономію.

Справедливість, добросовісність і розумність актуальні не тільки для договорів між студентом та університетом, а також є загальними засадами цивільного законодавства України (п. 6 ст. 1 ст. 3 ЦК України). Акцентуючи особливе значення цих засад стосовно зобов'язання, законодавець у ч. 3 ст. 509 ЦК України встановив, що зобов'язання має ґрунтуватися на засадах добросовісності, розумності та справедливості. Спільною якістю понять добросовісності, розумності та справедливості є їх оціночний характер.

Незважаючи на те, що «каучукові» норми зумовлюють деяку невизначеність у відносинах між суб'єктами цивільного права, а також наділяють суд широкими повноваженнями, проте, як засвідчила практика, надають цивільному праву необхідної гнучкості,

²⁰⁰ Шершеневич Г. Ф. Курс гражданского права. Тула: Автограф, 2001. С. 402 (720 с.)

²⁰¹ Restatement (Second) of Contracts 205 (1981) [Електронний ресурс]. Режим доступу : shorturl.at/quzW5

²⁰² Beh H. G. Student Versus University: the University's Implied Obligations of Good Faith and Fair Dealing. *Maryland Law Review*. 2000. Vol. 59, issue 1. P. 224 (183-224).

забезпечуючи зв'язок із реальністю, тому обійтися без них неможливо. Врегулювання відносин між освітньою інституцією та студентом на рівні цивільно-правового договору і внутрішніх університетських правил є недостатнім з огляду на можливість зловживання закладом освіти своїми повноваженнями. Принцип добросовісності та чесної ділової практики дає змогу розумно обмежити університет у здійсненні його прав, забезпечивши у такий спосіб юридичну рівність між сторонами договору та захищаючи права студента.

На підставі викладеного можна зробити такі висновки.

1. Необхідний глибокий системний аналіз збалансованості прав та обов'язків з позиції діалектики їх взаємозв'язків, зокрема закону єдності й боротьби протилежностей, на підставі якого й можна проаналізувати причинно-наслідкові зв'язки та усунути невідповідність прав та обов'язків у всіх сферах правового впливу. Концепція лібералізму зробила більш затребуваним в науково-популярній та філософській літературі аналіз прав, які вважаються верхньою сучасною юриспруденції, натомість аналіз юридичних обов'язків відтісняється на другий план. Якщо екстраполювати діалектику прав та обов'язків із загальної теорії права на відносини за участі закладу освіти, то вона проявляється у дихотомії інституційної автономії та відповідальності закладу освіти.

2. Інституційна автономія може тлумачитися в двох аспектах: (1) як право закладу освіти та (2) як юридична відповідальність за свою діяльність, наприклад, у формі працевлаштування випускників після успішного завершення освітньої програми. У світовій історії правового регулювання відносин у сфері освіти відомі різні крайнощі стосовно реалізації принципу інституційної автономії закладу вищої освіти: від повної незалежності та автономії до жорсткого контролю з боку держави та субординації. Університет повинен бути відповідальним за свої адміністративні, дисциплінарні та академічні рішення. Договірне право установило такі межі – принцип добросовісності та чесної ділової практики, що є запорукою уникнення конфліктів із приводу навчального процесу та результатів оцінювання знань. Поєднання добросовісності та чесної ділової практики з боку обох сторін договірних правовідносин дає суду змогу при виконанні ролі арбітра досягти балансу між 1) врегулюванням університетом відносин зі студентом на власний розсуд, де втілюється принцип інституційної автономії і 2) відповідальністю університету.

1.9. Страхування цивільної відповідальності медичних закладів

Сучасний стан розвитку суспільства характеризується появою великої кількості ризиків, здатних спричинити шкоду інтересам як

особистого так і майнового характеру оточуючих людей. Такий стан речей сприяє розвитку та диверсифікації компенсаційних інструментів, спрямованих на збереження балансу майнового становища потерпілих від ризику осіб. На особливу увагу, в контексті таких інструментів, заслуговує страхування, як вид професійної діяльності, спрямований на захист майнових інтересів фізичних та юридичних осіб у зв'язку з реалізацією певних подій, передбачених договором страхування або чинним законодавством. В свою чергу, в умовах реформування системи охорони здоров'я України та євроінтеграційних процесів важливого значення набуває страхування цивільної відповідальності закладів охорони здоров'я та медичних працівників, а також забезпечення широкомасштабного його застосування, що можливе за умови включення даного виду страхування до переліку обов'язкових.

Міжгалузевий за своєю правовою природою інститут страхування цивільної відповідальності посідає особливе місце в інституті цивільної відповідальності, оскільки зобов'язаною особою виступає безпосередньо не заподіювач шкоди, а відповідальна згідно закону чи договору особа, що і зумовлює особливість методологічних підходів у дослідженні цього інституту.

Щодо вибору методології то вона залежить передусім від характеру і масштабності сформульованої або заданої пізнавальної проблеми²⁰³. Проблематика питань, пов'язаних зі страхуванням цивільної відповідальності закладів охорони здоров'я, характеризується новизною для національного законодавства України. Від обрання оптимального методу дослідження залежить і можливість досягнути істинного результату. І, як слушно зазначає О.Д. Крупчан, єдиним методологічним «обмеженням» у науковому пошуку є загальнолюдські цінності²⁰⁴.

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, способи та форми; забезпечує регулювання відповідних відносин, тобто є динамічною частиною правової системи; має цілеспрямований та результативний характер; визначає ступінь ефективності правового регулювання договірних відносин зі страхування, відповідність поведінки їх учасників приписам юридичних норм²⁰⁵.

²⁰³ Методологія в праві: монографія / І. Безклубий, І. Гриценко, М. Козюбра та ін. ; за заг. ред. І. Безклубого. Київ: Грамота, 2017. С. 410.

²⁰⁴ Крупчан О.Д. Методологічні виміри сучасного вітчизняного приватного права. *Приватне право і підприємництво*. 2016. Вип.16. С. 31.

²⁰⁵ 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 ім. акад. Ф.Г. Бурчака НАПрН України. 2019. С. 178-179.

Відповідно до статті 3 Загальної декларації прав людини, кожна людина має право на життя, свободу і на особисту недоторканність²⁰⁶. Стаття 3 Конституції України також проголошує, що людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю²⁰⁷. Основами законодавства України про охорону здоров'я передбачено, що одним із основних принципів охорони здоров'я є визнання охорони здоров'я пріоритетним напрямком діяльності суспільства і держави, одним з головних чинників виживання та розвитку народу України²⁰⁸. 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 постраждалої особи.

Як зазначає ВООЗ, право на здоров'я є одним із погоджених на міжнародному рівні стандартів в області прав людини, що є невіддільним від інших прав. Реалізація права на здоров'я відіграє вирішальну роль для реалізації інших прав людини²⁰⁹. В свою чергу, 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.

Варто зазначити, що законодавство багатьох європейських країн передбачає 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 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

²⁰⁶ Загальна декларація прав людини, прийнята Генеральною Асамблеєю від 10 грудня 1948 року URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_015#Text

²⁰⁷ Конституція України: Закон України, прийнятий на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр#Text>

²⁰⁸ 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>

²⁰⁹ Права человека и здоровье. Основные факты. Всемирная организация здравоохранения. 29 декабря 2017 г. URL: <https://www.who.int/ru/news-room/fact-sheets/detail/human-rights-and-health>.

страховик 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 шкодою²¹⁰. В Україні питання обов'язковості страхування професійної відповідальності медпрацівників підіймалося неодноразово, проте наразі так і не знайшло свого закріплення на законодавчому рівні. Перелік видів добровільного та обов'язкового страхування визначається Законом України «Про страхування»²¹¹, п. 15 ст. 16 якого визначає, що до добровільного страхування, окрім іншого, відноситься страхування відповідальності перед третіми особами. В той же час, відповідно до п. 27 ст. 7 Закону, 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 сьогоднішній день недоцільним і таким, що стримуватиме розвиток медичної системи.

Будь-які правовідносини, в тому числі й відносини в сфері страхування, характеризуються своїм специфічним об'єктом. Дослідження об'єктів цивільних прав має не тільки теоретичне, а й практичне значення, оскільки дозволяє визначити правовий режим того чи іншого об'єкта цивільних прав, особливості здійснення цивільних прав та їх захист²¹². Об'єктом договору страхування є майновий інтерес, з приводу якого укладається той чи інший вид договору страхування. В залежності від такого майнового інтересу договори страхування поділяються на три групи: договір особистого, майнового страхування та договір страхування відповідальності.

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, або застрахованій особі. Страховим випадком означених правовідносин 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.

²¹⁰ Антонов С.В. Перспективи страхування професійної відповідальності медичних працівників в Україні. *Приватне право і підприємництво*. 2008. №7. С. 104.

²¹¹ Про страхування: Закон України від 7 березня 1996 р. № 85/96-ВР URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/85/96-%D0%B2%D1%80#Text>.

²¹² Дзера О.В. Вибране: Збірник наукових праць / Київська школа цивілістики. К: Юрінком Інтер, 2017. С. 72.

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 випадку²¹³. 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. Академічний тлумачний словник визначає адекватність як цілком відповідний, тотожний²¹⁴. Таким чином лікування в загальному значенні цього слова має відповідати встановленим критеріям такого лікування. Пункт 11 Ліцензійних умов встановлює, що у медичній практиці ліцензіат застосовує тільки ті методи профілактики, діагностики, лікування, реабілітації, лікарські засоби, медичні вироби, вироби медичного призначення та дезінфекційні засоби, що не заборонені до застосування МОЗ²¹⁵. 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 України²¹⁶.

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 протоколу, лікування, але й встановлення правильного діагнозу за результатами первинного огляду та опитування пацієнта, отриманих результатів додаткових обстежень (УЗД, ЕК, біохімічний аналіз крові тощо). Порушення правил здійснення різних видів діяльності не призводить до виникнення самостійного виду відповідальності, а лише створює підстави для формальної оцінки відповідності здійснюваних дій встановленим стандартам для констатації факту

²¹³ Заїка Ю., Менделя О. Страховий випадок як елемент механізму цивільно-правового регулювання страхових відносин. *Підприємництво, господарство і право*. 2021. № 4. С. 25.

²¹⁴ Словник української мови. Академічний тлумачний словник: в 11 томах. Т. 1. 1970. С. 20.

²¹⁵ Про затвердження Ліцензійних умов провадження господарської діяльності з медичної практики: постанова КМУ від 2 березня 2016 р. №285 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/285-2016-п#Text>

²¹⁶ 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>

вини суб'єкта професійної діяльності²¹⁷. Такого підходу дотримується й судова практика. 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»²¹⁸.

Окрім неадекватного лікування, відсутності необхідного медичного (в тому числі діагностичного) обладнання, лікарських засобів 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. На відміну від лікарських помилок, що призводять до цивільно-правової відповідальності, нещасний випадок (казус) передбачає об'єктивну неможливість передбачити наслідки лікарських дій, наприклад, при виникненні алергічних, токсичних реакцій на застосування тих або інших лікарських препаратів²¹⁹. В таких випадках відповідальність лікаря за наявну шкоду відсутня, оскільки його вини в настанні негативних наслідків для життя або здоров'я пацієнта нема. Відсутність вини медичного працівника виключає й страховий випадок за договором страхування професійної відповідальності, а отже позбавляє страховика обов'язку виплачувати страхове відшкодування.

Стаття 1166 ЦК України передбачає, що особа, яка завдала шкоди, звільняється від її відшкодування, якщо вона доведе, що шкоди завдано не з її вини. Таким чином, заклад охорони здоров'я або медичний працівник повинні довести наявність тих обставин, що виключають їх вини в спричиненні шкоди для життя або здоров'я пацієнта. Такими доказами, наприклад, можуть бути: підписана пацієнтом відмова від госпіталізації, або складений медичними працівниками акт про відмову від підписання такої відмови (у випадку, якщо сам пацієнт не хоче підписувати її); результати судово-медичної експертизи; пропуск без поважних причин чергового прийому лікарем тощо. Отже можна прийти до висновку, що відповідність дій лікаря затвердженням клінічним протоколам

²¹⁷ Василенко Н.В. Страхование профессиональной ответственности: новые горизонты. Вестник университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2019. № 2. С. 40.

²¹⁸ 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>

²¹⁹ Бисюк Ю.В. Ненадлежащее оказание экстренной медицинской помощи (критерии экстренной оценки и медико-правовые аспекты проблемы): дис. ... д-ра мед. наук. Волгоград, 2011. С. 15.

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 тлумаченню²²⁰.

Істотною обставиною, яка повинна бути врегульована договором страхування відповідальності медичних закладів є проміжок часу (момент початку та закінчення), протягом якого діє страхове покриття відносно кожного конкретного пацієнта, а також порядок його підтвердження.

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 кінець²²¹. До початку реформування системи охорони здоров'я моментом виникнення правовідносин з медичного обслуговування пацієнта вважалося оформлення медичної документації (консультативний висновок спеціаліста, медична карта амбулаторного або стаціонарного хворого тощо), яка мала паперову форму й видавалася пацієнту або зберігалася в його медичній картці. Окрім цього в приватних закладах охорони здоров'я укладаються, як правило, договори про медичне обслуговування пацієнтів, відповідальність за невиконання або неналежне виконання яких теж може бути застрахована. Проте страхування відповідальності за договором переслідує іншу мету, ніж страхування професійної відповідальності і не позбавляє заклад охорони здоров'я обов'язку відшкодувати матеріальні збитки пацієнту, які стали наслідком неналежного виконання професійних обов'язків найманими працівниками.

Не можна не погодитися із твердженням, що за своєю юридичною природою страхування професійної відповідальності відноситься до страхування цивільної відповідальності. При цьому, одні види страхування професійної відповідальності відносяться до страхування за спричинення шкоди, інші до страхування відповідальності за договором. Сукупність правових норм, що регулюють суспільні відносини в сфері страхування професійної відповідальності не можуть бути однозначно віднесені ні до

²²⁰ Заїка Ю., Менделя О. Страховий випадок як елемент механізму цивільно-правового регулювання страхових відносин. *Підприємництво, господарство і право*. 2021. №4. С. 25.

²²¹ Менделя О.О. Страховий період в договорах страхування цивільної відповідальності авіаперевізника. Матеріали II Міжнародної науково-практичної конференції «Авіація, промисловість, суспільство». Кременчук. 2021. С. 501.

страхування відповідальності за спричинення шкоди, ні до страхування відповідальності за договором²²².

Станом на сьогоднішній день, 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 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. Так, наказом МОЗ 28 лютого 2020 року №587 про «Зміни до деяких наказів Міністерства охорони здоров'я України»²²³ були скасовані форми первинної облікової документації в паперовому вигляді для надавачів медичних послуг, що працюють за програмою медичних гарантій.

Таким чином, початком страхового періоду вважатиметься дата внесення інформації до електронної системи відносно пацієнта або оформлена в паперовому вигляді медична документація. Укладений договір про медичне обслуговування населення не може розглядатися в якості початку страхового періоду, оскільки він не свідчить про фактичне надання медичної послуги (допомоги) пацієнту. В той же час, саме неякісна медична послуга (допомога) може бути каталізатором негативних наслідків для життя або здоров'я пацієнта та слугувати підставою реалізації страхового випадку. 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 ризику²²⁴. 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 (допомогу), що призвела до таких негативних наслідків та її початок (якщо вона складається з декількох епізодів).

²²² Долотина Р.Р. Правовое регулирование страхования профессиональной ответственности: дис. ... канд. юрид. наук. Казань. 2007. С. 30.

²²³ Зміни до деяких наказів Міністерства охорони здоров'я України: наказ МОЗ 28 лютого 2020 року №587 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0237-20#Text>

²²⁴ Заїка Ю., Мендела О. Страховий випадок як елемент механізму цивільно-правового регулювання страхових відносин. *Підприємництво, господарство і право*. 2021. № 4. С. 26.

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.

Отже, 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, фізична особа-підприємець, яка отримала ліцензію на провадження господарської діяльності з медичної практики та використовує найману працю, 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 під час виконання своїх трудових обов'язків. Так, статтею 1172 ЦК України передбачено, що юридична або фізична особа відшкодовує шкоду, якої завдав їхній працівник, коли виконував свої трудові (службові) обов'язки²²⁵.

Верховний Суд України у своїй постанові від 28.01.2015 р. висловив правову позицію, 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

²²⁵ Цивільний кодекс України: Закон України від 16.01.2003 р. № 435-IV URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text>

фізичною особою, або спричинена необхідністю, як на території роботодавця, так і за її межами²²⁶.

Таким чином, виступаючи страхувальником за договором страхування професійної відповідальності найманих працівників, заклад охорони здоров'я попереджає потенційні негативні наслідки у вигляді перебоїв в роботі підприємства, зумовлені судовими тяжбами з приводу відшкодування завданих майнових збитків пацієнту, а також необхідності сплачувати значні грошові кошти одночасно. Стаття 130 КЗпП України передбачає, що працівники несуть матеріальну відповідальність за шкоду, заподіяну підприємству, установі, організації внаслідок порушення покладених на них трудових обов'язків²²⁷. В той же час матеріальна відповідальність найманих працівників має обмежений характер як за розміром, так і за характером. Так, стаття 132 КЗпП України визначає, що за шкоду, заподіяну підприємству, установі, організації при виконанні трудових обов'язків, працівники, з вини яких заподіяно шкоду, несуть матеріальну відповідальність у розмірі прямої дійсної шкоди, але не більше свого середнього місячного заробітку²²⁸. Узагальнюючи практику застосування судами законодавства, що регулює матеріальну відповідальність працівників за шкоду, заподіяну роботодавцю, Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ зазначає, що матеріальна відповідальність є інститутом трудового права. Умови, підстави, обсяг та порядок її застосування закріплено КЗпП. Майнова відповідальність є цивільно-правовою категорією. Правове забезпечення застосування заходів майнової відповідальності здійснює ЦК України, тому вона не поширюється на трудові правовідносини. Підставою настання матеріальної відповідальності працівників є трудове майнове правопорушення, тобто невиконання або неналежне виконання працівником покладених на нього трудових обов'язків, в результаті чого підприємству, установі чи організації була завдана майнова шкода. В свою чергу трудові обов'язки працівника визначаються законодавством, трудовим договором, посадовою інструкцією, наказами керівника тощо²²⁹.

Статтю 1194 ЦК України передбачено, що особа, яка застрахувала свою цивільну відповідальність, у разі недостатності страхової виплати (страхового відшкодування) для повного відшкодування

²²⁶ 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/

²²⁷ Кодекс законів про працю України: закон України від 10.12.1971 року URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/322-08#n1246>

²²⁸ Кодекс законів про працю України: закон України від 10.12.1971 року URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/322-08#n1246>

²²⁹ Узагальнення Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ про практику застосування судами законодавства, що регулює матеріальну відповідальність працівників за шкоду, заподіяну роботодавцю (витяг) від 01.09.2015 р. URL: <https://ips.ligazakon.net/document/VRR00189>

завданої нею шкоди зобов'язана сплатити потерпілому різницю між фактичним розміром шкоди і страховою виплатою (страховим відшкодуванням)²³⁰. Сплативши таку різницю, заклад охорони здоров'я має право стягнути з медичного працівника, з вини якого завдані матеріальні збитки підприємству, грошові кошти в розмірі, що не перевищують середньомісячного заробітку такого працівника.

Як зазначає Міловська Н.В., в результаті укладення договору страхування цивільна відповідальність не втрачає свого дисциплінуючого характеру щодо винної особи (страхувальника або особи, відповідальність якої застрахована). Так, особа, яка застрахувала свою відповідальність, вже несе матеріальні витрати в вигляді внесення регулярних страхових платежів, а страховик виконує свої зобов'язання з виплати страхового відшкодування лише в межах страхової суми, визначеної договором страхування. Тому, якщо збитки третіх осіб перевищують розмір страхової суми, різницю має відшкодувати безпосередньо заподіювач шкоди (тобто сам страхувальник або особа, відповідальність якої застрахована)²³¹.

Особливістю договору страхування цивільно-правової відповідальності є неможливість чіткого визначення в 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 випадку²³². Оскільки потенційний розмір збитків, спричинених пацієнту неналежним медичним обслуговуванням, наперед передбачити неможливо – актуальним залишається питання щодо розміру страхових внесків та ліміт страхового відшкодування, який може бути виплачений страховиком після настання страхового випадку. Такі розрахунки – справа спеціальних учасників страхової діяльності - актуаріїв, які в своїй роботі застосовують спеціальні математичні формули та статистичні дані. 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, наприклад, страхування відповідальності лікаря хірургічного профілю буде оцінена дорожче, ніж лікаря-терапевта, оскільки діяльність першого супроводжується значно більшою кількістю потенційних ризиків.

Укладаючи договір страхування, страховик оцінює страхові ризики страхувальника в кожному конкретному випадку і на основі цього приймає рішення про укладення відповідного договору чи

²³⁰ Цивільний кодекс України: Закон України від 16.01.2003 р. № 435-IV URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text>

²³¹ Міловська Н.В. Теоретичні засади цивільно-правового регулювання договірних відносин зі страхування: дис. ... д-ра юрид. наук. Київ, 2019. С. 158.

²³² Цивільне право України: Академічний курс: у 2-х т./ за заг. ред. О.В. Дзери. Київ: Юрінком Інтер. 2010. С.194.

відмову в його укладенні²³³. З точки зору страхування ризик є предметом страхування, а обсяг ризику визначає для нього, з одного боку, можливість прийняття того чи іншого об'єкта на страхування, а з другого – умов такого страхування. Характерною ознакою медичної діяльності є ризик, зумовлений значним рівнем спричинення шкоди життю або здоров'ю пацієнта. У зв'язку з цим такий ризик підлягає страхуванню.

Обов'язкове страхування відповідальності медичних закладів в Україні сприятиме розвитку системи охорони здоров'я, захисту інтересів як пацієнтів, так і медичних працівників, закладів охорони здоров'я. Страхувальниками можуть виступати медичні заклади, фізичні особи-підприємці, а також самі медичні працівники. Враховуючи те, що шкода життю або здоров'ю пацієнта завдається за умов виконання медичним працівником своїх трудових обов'язків – закладу охорони здоров'я вигідно виступати стороною в договорі страхування (страхувальником), оскільки за відсутності такого договору постраждала особа або її законні представники позиватимуться до роботодавця про відшкодування завданої шкоди. 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 зави про виплату страхового відшкодування за лікарськими помилками, які мали місце під час дії укладеного договору страхування.

²³³ Петечел Н.М. Правове регулювання договору медичного страхування: дис. ... кандидат. юрид. наук. Івано-Франківськ. 2021. С. 93-94.

РОЗДІЛ II. ДІДЖИТАЛ-ТРАНСФОРМАЦІЇ У ПРИВАТНОМУ ПРАВІ УКРАЇНИ

2.1. Концепт цифрових активів у сучасному праві: теоретичні та нормативні витoki

Введенню нової термінологічної системи та предмета правового регулювання у національне правове поле звично передедує період дискусій і невизначеності. Покладення законотворчої функції на парламент зобов'язує останній не лише до адекватного нормативного врегулювання нових суспільних відносин, з усвідомленням перспектив їх динамічного розвитку, але й до збалансованого врахування потреб та інтересів усіх зацікавлених сторін, побудови життєздатної та справедливої моделі їх взаємодії. Так, з прийняттям Верховною Радою Закону України «Про віртуальні активи»²³⁴ ще більш актуальною у суспільному економіко-правовому дискурсі стала проблематика реалізації ефективних механізмів правової регламентації засад функціонування ринку цифрових активів, що потребує, насамперед, чіткого та несуперечливого розуміння сутності і правової природи найбільш вживаного терміну — віртуальних або цифрових активів. Критиці та аналізу положень згаданого Закону з огляду на це, на нашу думку, вже присвячено достатньо наукових та оглядових публікацій, а тому його ветування Президентом України, мабуть є логічним кроком. Разом з тим, попри відзначену критику і тимчасове призупинення процесу легалізації віртуальних активів, актуальність наукового дослідження ключового його поняття — *віртуального активу*, разом з аналізом зарубіжного досвіду в цій сфері, досі є значною та потребує уваги теоретиків і практиків права.

При цьому труднощів на шляху до досягнення поставленої мети дефінітивної кристалізації поняття цифрового активу додає як відсутність єдності в його концептуальному розумінні у вітчизняній та зарубіжній науці, так і сама природа таких активів, що немов уникає спроб несуперечливої класифікації, породжуючи відмінності у тлумаченні на рівні національних правових доктрин і міжнародного права. Зважаючи на це адекватним є поступове розкриття обраної проблематики, з урахуванням її технологічної специфіки, виокремлення низки ключових законодавчих підходів до закріплення концепту цифрового активу.

²³⁴ Про віртуальні активи: проект Закону України від 11.06.2020 р. № 3637. *Верховна Рада України. Законодавство України. URL : https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=69110*

Першим успіхом на цьому шляху можна вважати достатньо системне дослідження, яке здійснив А. А. Кудь на тему обґрунтування поняття цифрового активу у світлі економіко-правового аспекту та з огляду на виокремлення чотирьох складових, що становлять сутнісно-сміслові особливості досліджуваного поняття: економічної, правової, інформаційної та ціннісної. За результатами їх розгляду, синтезуючи усі вказані елементи поняття, вчений дійшов висновку щодо розуміння цифрового активу як інформаційного ресурсу, похідного від права на цінність і такого, що обертається в розподіленому реєстрі у вигляді унікального ідентифікатора²³⁵. При цьому такий підхід до визначення цифрового активу не є повністю придатним для втілення у нормі права, оскільки саме розуміння терміну буде залежати від однакового тлумачення усіх компонентів змісту поняття як з боку правозастосовних органів, так і від їх правильного розуміння учасниками відносин у сфері обігу цифрових активів.

У зв'язку з цим, з одного боку, нормативна дефініція повинна враховувати інформаційну складову цифрових активів, специфіку їх індивідуалізації як потенційних об'єктів майнових прав або похідних від них, а, з іншого, бути достатньо гнучкою для охоплення усієї варіативності «об'єктів» цифрового світу, що можуть підпадати під це визначення. У науково-правовому висновку, підготовленому у Національній академії правових наук України, до цифрових активів віднесено, зокрема: 1) криптовалюти та токени; 2) фотографії, зображення, відео або документи, що виражені в цифровій формі; 3) пакети даних; 4) цифрові моделі; 5) цифрові товари (наприклад, засоби цифрового збереження інформації); 6) доменні імена та засоби мережевої інфраструктури, до прикладу IP-адреси; 7) облікові записи користувачів тощо²³⁶. Таким чином, популярне уявлення стосовно звуження поняття цифрового активу до криптовалюти та токенив є невідриваним та не відображає усього обсягу та потенціалу аналізованого концепту, зокрема й у світлі його нормативного регулювання. При цьому на прикладі криптовалюти прослідковуються всі необхідні технічні елементи забезпечення обігу цифрового активу: наявність унікального ідентифікатора та обернення в розподіленому реєстрі (відомому як блокчейн), що сукупно забезпечують індивідуалізацію, надійність отримання доступу і поширення таких активів. До переваг блокчейну, таким чином, справедливо відносяться: децентралізація (немає єдиної ієрархії, кожен учасник підтримує роботу системи і відіграє роль

²³⁵ Кудь А. А. Обґрунтування поняття «цифровий актив»: економіко-правовий аспект. *International Journal of Education and Science*. 2019. 2(3). P. 29–41. URL: https://www.virtualassettest.org/wp-content/uploads/2019/11/obosnovanie-ponyatiya-cifrovoy-aktiv-ehkonomiko-pravovoj-aspekt_ua.pdf

²³⁶ Кучерявенко М. П., Білінський Д. О., Смичок Є. М. Науково-правовий висновок «Цифрові активи як об'єкт правового регулювання». 2019. С. 7–8. URL: <https://s3.eu-central-1.amazonaws.com/simcord-site/pdf/naukovo-pravoviy-visnovok-cifrov-aktivi-yak-obkt-pravovogo-regulyuvannya.pdf>

окремого сервера — немає централізованого емітента валюти); прозорість роботи (вся інформація знаходиться у відкритому доступі, а всі дані неможливо приховано змінити); теоретична необмеженість (ланцюжки блоків можна необмежено розширювати); надійність (вносячи нові дані можливо тільки на основі згоди всіх учасників мережі, всі операції фільтруються, а записуються тільки дані, які пройшли ретельну перевірку)²³⁷. Наявність цих ж або інших ознак, що повинні бути встановлені на теоретичному рівні та закріплені нормативно, дозволятиме відносити до цифрових активів як уже наявні об'єкти (токени, файли, що зберігаються в електронній формі, цифрові товари тощо), так і ті, що будуть створені в майбутньому (приймаючи до уваги й можливість заміни криптографічної системи будь-якою іншою²³⁸) і за своєю природою повинні підпадати під обсяг правової дефініції цифрових активів, а отже й під дію відповідного правового регулювання.

Враховуючи сказане слід не погодитись із авторами зазначеного вище висновку, що до основних властивостей цифрового активу відносять, зокрема, й забезпечення його реальними активами та зводять цифрові активи лише до інструменту підтвердження майнових прав на оцифрований матеріальний або ж нематеріальний актив, вбачаючи у цьому юридичну властивість аналізованого концепту²³⁹. На нашу думку такий погляд не лише обмежує легальне розуміння цифрових активів, але й не відповідає сутності та змісту криптовалют, виражених у цифровій формі зображень, пакетів (баз) даних та інших об'єктів, які належать до цифрових активів, проте не мають або можуть не мати за собою реального активу, що підтверджує атрибуцію таким цифровим активам певної, умовно «фіатної», цінності. Ті ж файли, що зберігаються в електронній формі не мають та ніколи не мали іншої форми, тобто відсутній сам факт оцифрування певних матеріальних або нематеріальних активів з наданням їм вигляду активу цифрового. Додатково, сама суть криптовалют та токенів полягає у відсутності реальних цінностей, що вони посвідчують, існування автономної від «реального світу» цифрової системи їх відтворення, збереження і поширення. Можливим є також некоректне тлумачення (переклад) поширеного в англійській науковій літературі розуміння криптовалюти та токенів як цифрового відображення вартості або цінності («digital

²³⁷ Нагнибіда В. І., Іщук А. Ю. Правове регулювання цифрових активів у новітньому законодавстві країн світу. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Сер.: Юриспруденція*. 2021. № 51. С. 70–75. С. 71.

²³⁸ Чаплян С. Окремі нюанси «віртуального» закону. URL: <https://blog.liga.net/user/schaplyan/article/41337>

²³⁹ Кучерявенко М. П., Білінський Д. О., Смичок Є. М. Науково-правовий висновок «Цифрові активи як об'єкт правового регулювання». 2019. С. 11. URL: <https://s3.eu-central-1.amazonaws.com/simcord-site/pdf/naukovo-pravoviy-visnovok-cifrov-aktivi-yak-obkt-pravovogo-regulyvannya.pdf>

representation of value»)²⁴⁰, що засновується на низці нормативних визначень, зокрема ст. 2(1) Закону Сінгапуру про платіжні сервіси 2018 року²⁴¹. Втім цифрове відображення або втілення цінності не є тотожним оцифруванню реальних активів, оскільки мова йде радше про абстрактну атрибуцію певної цінності з її вираженням у цифровій, віртуальній формі.

Цю ж логіку сприйняли та усвідомлювали й розробники Закону України «Про віртуальні активи», провівши класифікацію цифрових активів на забезпечені, що посвідчують майнові права, зокрема права вимоги на інші об'єкти цивільних прав, та незабезпечені, які, не посвідчують жодних майнових або немайнових прав. Тобто незабезпечені віртуальні активи у розумінні Закону є саме такими, що не відтворюють у цифровій формі певний реальний актив, а отже й не виступають вираженням у електронній формі його підтвердженням, як фактично, так і юридично. Цікаво, що саме завдяки цим ознакам цифрові активи можливо розглядати як різновид нематеріальних активів у розумінні Міжнародного стандарту бухгалтерського обліку 38 (МСБО 38). Нематеріальні активи, розробленого Радою з Міжнародних стандартів бухгалтерського обліку (IASB)²⁴². Так, відповідно до цього Стандарту, нематеріальний актив — це немонетарний актив, який не має фізичної субстанції та може бути ідентифікований. Впевненості у можливості віднесення цифрових активів до обсягу нематеріальних додає перелік можливих нематеріальних активів у параграфі 9 Стандарту, де до нематеріальних ресурсів віднесено технічні чи наукові знання, розробка та запровадження нових технологій і систем, ліцензії, інтелектуальну власність, ринкові дослідження та торгові марки (включаючи марки товару та назви видань). Далі вказується, що розповсюдженими прикладами об'єктів, що їх охоплюють ці широкі поняття, є комп'ютерне програмне забезпечення, патенти, авторські права, кінофільми, переліки клієнтів, права на іпотечне обслуговування, ліцензії на риболовлю, квоти на імпорт, франшизи, взаємовідносини з клієнтами чи постачальниками, лояльність клієнтів, частка ринку та маркетингові права. У параграфі 10 Стандарту підкреслюється, що не всі об'єкти, описані у параграфі 9, відповідають визначенню нематеріального активу, обов'язковими є такі характеристики як можливість ідентифікації, контроль над ресурсом та існування майбутніх економічних вигод. Вважаємо, що цифровий актив повністю відповідає наведеним критеріям

²⁴⁰ Hren M. ICO is Knocking on EU Doors; What is the Most Appropriate Regulatory Response? URL: <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=149349>

²⁴¹ Payment Services Act (No. 2 of 2019). URL: <https://sso.agc.gov.sg/Acts-Supp/2-2019/Published/20190220?DocDate=20190220#pr17>

²⁴² Міжнародний стандарт бухгалтерського обліку 38 (МСБО 38). Нематеріальні активи. Верховна Рада України. Законодавство України. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/929_050#Text

належності до нематеріальних активів, а тому може розглядатись як такий при веденні бухгалтерського обліку.

Щодо існуючих вітчизняних вимог нормативного регулювання нематеріальних активів та їх відображення у балансі компанії відзначимо, що відповідно до Національного положення (стандарту) бухгалтерського обліку, затвердженого наказом Міністерства фінансів України від 18 жовтня 1999 року № 242²⁴³, під нематеріальним активом розуміється немонетарний актив, який не має матеріальної форми та може бути ідентифікований. При цьому закріплюється, що придбаний або отриманий нематеріальний актив відображається в балансі, якщо існує імовірність одержання майбутніх економічних вигод, пов'язаних з його використанням, та його вартість може бути достовірно визначена. Тобто до ознак віднесення активу до нематеріального український Мінфін відносить відсутність матеріальної форми, можливість ідентифікації, та за умов наявності потенційної можливості отримання майбутньої вигоди від нематеріального активу і можливості встановлення вартості, зобов'язує до відображення його в балансі суб'єкта господарювання. Вважаємо, що означені характеристики цілком дозволяють відносити цифрові активи до нематеріальних у розуміння зазначеного Національного положення (стандарту). На користь такої позиції свідчить і віднесення (кваліфікації) на практиці в якості нематеріальних таких активів як: портфелів брендів, торговельних марок, патентів, інших об'єктів права інтелектуальної власності, клієнтських взаємовідносин компанії, інших самостійно створених на етапах проведення компанією досліджень і розробки нематеріальних активів²⁴⁴, що також можуть мати виключно цифрову форму втілення або поширюватись лише за допомогою електронних засобів комунікації, зокрема зберігатись у базах даних компаній.

Розглянемо кілька зарубіжних підходів до нормативного втілення концепту цифрового активу. Так, у модельному акті, розробленому Комісією з уніфікації права США — Переглянутому уніфікованому Законі про довірений (фідуціарний) доступ до цифрових активів 2015 року (Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act)²⁴⁵, у ст. 2(10), визначено, що цифровим активом є електронний запис, стосовно якого особа має право або інтерес. При цьому далі підкреслюється, що цей термін не включає відповідний актив або зобов'язання, якщо такий актив або зобов'язання не мають електронної форми. Тобто ключовою у дефініції є саме вказівка на

²⁴³ Про затвердження Національного положення (стандарту) бухгалтерського обліку: наказ Міністерства фінансів України від 18.10.1999 р. № 242. *Офіційний вісник України*. 1999. № 44. Ст. 424.

²⁴⁴ *Касаткін С.* Нематеріальні активи: визначення та визнання. URL: <https://dtk.com.ua/show/1bid05611.html>

²⁴⁵ Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act (2015). URL: <https://www.uniformlaws.org/HigherLogic/System/DownloadDocumentFile.ashx?DocumentFileKey=112ab648-b257-97f2-48c2-61fe109a0b33&forceDialog=0>

електронну форму закріплення активів і зобов'язань. Наведене розуміння є достатньо широким та допускає віднесення численних існуючих та майбутніх цифрових активів до сфери його дії.

У Франції, натомість, правове регулювання обігу цифрових активів на дефінітивному рівні є більш чітким та здійснюється Законом, що стосується росту та трансформації бізнесу від 22 травня 2019 року («Закон РАСТЕ»)²⁴⁶, згідно з яким до цифрових активів належать дві категорії: токени, визначені французьким законодавством, та віртуальні валюти, визначені європейськими правилами щодо боротьби з відмиванням грошей та боротьби з фінансуванням тероризму. Безпосередньо цифрові активи визначаються як: токени, зазначені у статті L. 552-2, за винятком тих, які відповідають характеристикам фінансових інструментів, зазначених у статті L. 211-1, та «*bons décaissé*», зазначених у статті L. 223-1; та як цифрове втілення вартості, яке не видається або не гарантоване центральним банком або державним органом, не обов'язково прикріплене до законодавчо встановленої валюти і не має юридичного статусу валюти чи грошей, але приймається фізичними чи юридичними особами як засіб обміну, який можна передавати, зберігати та продавати в електронному вигляді. Поняття токенів закріплюється як «будь-який нематеріальний актив, що існує в цифровій формі, одне або кілька прав, які можуть бути видані, зареєстровані, збережені або передані за допомогою спільного електронного пристрою запису, що дає можливість прямо чи опосередковано ідентифікувати власника зазначеного активу». Таким чином французький закон також відштовхується саме від цифрової форми збереження і відтворення, можливості однозначної ідентифікації власника активу (у контексті визначення сутності токену) та використовує концепти цифрового втілення вартості і нематеріального активу. Важливою є й вказівка на відсутність зв'язку між цифровим активом та державними емітентами валютних цінностей, гарантування цифрового активу останніми.

Вартим уваги є підхід, сприйнятий у Швейцарії, що не входить до складу Європейського Союзу та у зв'язку з цим, у тому числі, є привабливим ринком для обігу криптовалюти, зокрема Ethereum. Так, у Керівництві ICO («*initial coin offering*») — первісна пропозиція монет) Швейцарської служби з нагляду за фінансовими ринками (FINMA, фінансового регулятора Швейцарії) використовується класифікація токенів на інвестиційні, службові (сервісні), платіжні та гібридні²⁴⁷. Усі

²⁴⁶ Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises (1). URL:

https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000038496102?init=true&page=1&query=actifs+num%C3%A9riques+22+mai+2019&searchField=ALL&tab_selection=all

²⁴⁷ FINMA Guidelines for enquiries regarding the regulatory framework for initial coin offerings (ICOs). Published 16 February 2018. URL: <https://www.finma.ch/en/~media/finma/dokumente/dokumentencenter/myfinma/1bewilligung/fin-tech/wegleitung-ico.pdf?la=en&hash=9CBB35972F3ABCB146FBF7F09C8E88E453CE600C>

з них є цифровими активами, проте різної природи і призначення. Інвестиційні токени використовуються як інвестиції та повинні відповідати тестам і законодавчому регулюванню для підтвердження залежності транзакції від користувача або третьої сторони, природа платіжних токенів найбільше дозволяє прирівняти їх до криптовалют, що можуть виступати засобом оплати, у той час як службові токени втілюють право на послугу або продукт, що надаються емітентом токена. Як бачимо, інвестиційні токени можливо розглядати як забезпечені цифрові акти, що обертаються в рамках жорсткого законодавчого регулювання (ними є, до прикладу, акції, боргові зобов'язання, опціони), а платіжні можуть функціонувати незалежно від прив'язки до конкретних реальних цінностей у межах розподіленого реєстру та використовуються як платіжний засіб або спосіб передання цінності. Вбачається, що службові або сервісні токени є утилітарними та призначеними для надання доступу до програмного продукту через розподілений реєстр.

Управління з фінансового регулювання контролю Великобританії (FCA), де досі немає нормативного регулювання ринку обігу цифрових активів, у 2019 році підготувало Керівництво щодо крипто-активів²⁴⁸, що має на меті дати учасникам ринку та зацікавленим сторонам ясність щодо типів криптоактивів, які підпадають під регуляторну компетенцію FCA, і пов'язані з цим зобов'язання перед компаніями (у цьому документі фірми означають учасників ринку, а не «уповноважених осіб») та регулюючими органами захисту прав споживачів. Керівництво також надає інформацію про ті криптоактиви, які знаходяться за межами компетенції FCA, і що це означає для фірм та споживачів. Подібно до рекомендацій швейцарської FINMA, Керівництво FCA пропонує розмежовувати категорії крипто-токенів, а саме: 1) біржові (обмінні) токени, які не випускаються та не підтримуються жодним центральним органом влади і призначені для використання як засіб обміну. Вони, як правило, є децентралізованим інструментом купівлі-продажу товарів та послуг без традиційних посередників. Ці токени зазвичай знаходяться поза компетенцією FCA; 2) сервісні токени, що надають власникам доступ до наявного або майбутнього продукту чи послуги, але не надають власникам таких самих прав, як ті, що надаються за певні інвестиції. Хоча сервісні токени не є визначеними інвестиціями, вони за певних обставин можуть відповідати визначенню електронних грошей (як і інші токени). У цьому випадку діяльність з їх участю може регулюватися та, відповідно, підпадати під компетенцію FCA; 3) безпекові токени: це токени зі специфічними характеристиками, які означають, що вони надають права та обов'язки, подібні до визначених інвестицій, наприклад, акції або

²⁴⁸FCA Guidance on Cryptoassets Feedback and Final Guidance to CP 19/3. URL: <https://www.fca.org.uk/publication/policy/ps19-22.pdf>

боргові інструменти. Регулювання обігу цих токенів повністю знаходиться у компетенції FCA. З вищезазначеного можна стверджувати про існування тенденції розмежування видів криптографічних токенів як різновидів цифрових активів з огляду на жорсткість та потенціал їх нормативного регулювання і контролю. Більш суворого нагляду, відповідно, потребують ті активи, що можна вважати забезпеченими — в першу чергу інвестиційні токени, пов'язані із конкретними фінансовими інструментами «реального» сектору економіки, що лише відображаються або підтверджують у цифровій формі. Платіжні або сервісні токени і їх обіг може залишатися поза межами регуляторного і контролю впливу держави, забезпечуючи вказані вище децентралізацію і приватний характер обороту відповідних цінностей. Отже, законодавці та регулюючі органи усвідомлюють неможливість та недоцільність зарегулювання ринку цифрових активів.

Таким чином, попри відсутність єдиної, визначеної на доктринальному чи нормативному рівнях дефініції концепту цифрового активу, як у вітчизняній науці і законодавстві, так і серед підходів, втілених у зарубіжній науці і праві, сутність цифрового активу можливо розглядати крізь призму низки основоположних критеріїв. Останні повинні відображати базові риси, притаманні сутності цифрових активів як явищам об'єктивної, хоч і віртуальної, дійсності, допускаючи розширювальне тлумачення і динамічне пристосування до потреб часу. До таких критеріїв пропонується, насамперед, відносити (1) цифрову форму втілення та поширення (цифровий актив є електронним записом, інформаційним ресурсом), що тісно пов'язана із наявністю унікального ідентифікатора (забезпечуючи індивідуалізацію активу) та (2) розповсюдження в особливому середовищі, до якого належить, зокрема, але не виключно (!), розподілений реєстр (технологія блокчейн). У суто правовій площині будь-який інформаційний ресурс, що переходить у площину цифрового активу повинен проходити тест на ціннісну атрибуцію, яка може виражатись як у конкретній прив'язці чи забезпеченні його певними реальними цінностями, так і у факті встановлення його цінності власником або іншою особою без такої прив'язки. Відповідно встановлюватимуться права та інтереси стосовно такого електронного запису, він набуватиме рис безпосередньо цифрового активу. Вбачається, що відштовхуючись від наведених характеристик надалі можливо удосконалити не лише наукову парадигму розуміння цифрових активів, але й привести правозастосовну практику у відповідність з широким змістом концепту цифрового активу.

2.2. Правовий захист майнових інтересів держави, суб'єктів господарювання і громадян від ризиків під час здійснення операцій із криптовалютою

Захист майнових інтересів громадян та суб'єктів господарювання - резидентів є чи не найголовнішим завданням держави. І чи не основним способом такого захисту є розробка й утвердження, забезпечення застосування ефективної нормативної бази. Сьогодні у світі спостерігається прискорений розвиток економіки, що супроводжується появою модернізованих, а інколи і абсолютно нових, інноваційних, невідомих до цього видів господарської діяльності. Одними із таких видів діяльності є операції із криптовалютою та із її вирахуванням, видобутком («майнінгом»).

Відносини із криптовалютою з'явилися відносно недавно і стали альтернативою класичним відносинам у різних галузях і сферах економіки. Слід зробити невеликий відступ, щоб пояснити чому так сталося. За сучасного способу виробництва перед державою, суб'єктами господарювання та громадянами поряд із завданням заробляння грошей стоїть друге завдання – принаймні збереження, а то й примноження грошей. У багатьох економічно розвинених державах постійно проводяться дослідження, на основі яких продаються он-лайн або оф-лайн майстеркласи і спеціальні курси, покликані навчити підприємців і громадян зберегти наявні грошові ресурси. На жаль, цю проблему складно зрозуміти більшості громадян України, які лише намагаються вирішити завдання із заробляння грошей. Проте у сьогоднішньому світі збереження грошей є значною проблемою, адже нерухомість часто дешевшає, прикраси із дорогоцінних металів і каміння, рівно як і витвори мистецтва у випадку потреби складно продати швидко і за свою реальну вартість (до того ж вони вимагають постійних витрат на охорону), акції будь-якого підприємства можуть знецінитися, рівно як постійно знецінюються (у довгостроковій перспективі) грошові одиниці (валюта) усіх без винятку держав світу (можна навести приклад, коли у німецьких землях після поразки у першій світовій війні платили щоденну зарплату увечері кожного дня, оскільки на наступний день ця сума значно знецінювалася; можна згадати українські реалії початку 1990-х років із мільйонами купонів-карбованців; можна навести приклад і з більш «твердими» валютами, коли у 2003 році після виграшу італійським футбольним клубом «Мілан» ліги чемпіонів УЄФА капітан клубу Паоло Мальдіні сказав про дуже великі (на той час) у багато тисяч доларів США преміальні для кожного гравця і повідомив, що за виграш Ліги європейських чемпіонів у 1963 році (тобто за 40 років до цього) тим же «Міланом» його батько Чезаре Мальдіні отримав преміальні у сумі, еквівалентній

100 доларам США; а розмір сьогоднішніх преміальних може становити і сотні тисяч або й мільйони доларів США на кожного гравця), ще реальнішим у довгостроковій перспективі є падіння вартості вуглеводнів – вугілля, торфу, і навіть нафти і газу. Зростають у ціні чиста прісна вода і корисна їжа, але ними неможливо зацятися на тривалий строк через фізичну неможливість або високу вартість зберігання зі збереженням якості. Через усе вищевикладене і держави, і суб'єкти господарювання, і громадяни вишукують варіанти для диверсифікації як джерел отримання грошей, так і місць та способів їх зберігання та захисту. Диверсифікація цих процесів передбачає використання грошей одночасно у різних проєктах у різних країнах, сферах та галузях, зберігання на депозитних рахунках у різних валютах у різних банках, зберігання у банківських скриньках, у готівці в різних валютах у різних місцях, скуповування об'єктів комерційної і побутової нерухомості, виробів із дорогоцінних металів та каміння тощо.

Проте незвані способи зберігання грошей не завжди є ефективними й у більшості випадків є невигідними для держави. Державі потрібно, з одного боку, контролювати фінансові потоки, а з іншого – отримувати з них певні бонуси у вигляді податків та інших надходжень. А тому державі необхідна нова фінансова система із максимально зручними для себе механізмами. Такою може бути система на основі максимальної кількості безготівкових розрахунків. За її функціонування будуть мінімізовані можливості виникнення фінансових криз (у класичному вигляді), зникне загроза інфляції через зайву паперову масу грошей. Проте інтереси суб'єктів господарювання та громадян будуть зведені до нуля, адже у випадку загрози інфляції вони будуть позбавлені права укласти ту або іншу угоду за наявності власних зароблених грошей. При цьому людина, яка керуватиме вручну фінансовими процесами, чи комп'ютер, певним чином запрограмований, буде давати дозволи або вводити заборони, виходячи із тих чи інших інтересів керівників фінансовою системою. Тоді одні особи (компанії) зможуть скуповувати майно чи права на нього, а інші будуть завжди отримувати відповідь на кшталт «транзакція неможлива», «перевищений ліміт активності», «спробуйте завтра, наступного тижня, або взагалі ніколи». З іншого боку, державі така система буде вигідна лише за умови, коли «клавіатура керуючого комп'ютеру» буде знаходитися у неї. В іншому випадку держава буде так само отримувати відповідь «транзакція неможлива», введеної на комп'ютері в іншій державі чи міждержавній організації.

На сьогодні у світі внаслідок протистояння між родинними та регіональними угрупованнями фінансового капіталу сформувалася фінансова олігархічна монополія. Нею планується утворення глобалізованої безготівкової фінансової системи світу. Зрозуміло, що грошовою одиницею світу буде не гривня. Планується, що нова

грошово-фінансова система кожної держави ХХІ століття буде складовою відповідної всесвітньої системи. Грошовий готівковий обіг буде замінено на електронний, який під маркою захисту від шахраїв поширять повсюдно та поєднають із застосуванням електронних документів, що міститимуть біометричну інформацію про людину. Раніше нами було зроблено висновок, що у такій ситуації у програші опиняться грошово-фінансові системи усіх країн світу, рівно як і їхні уряди та громадяни (піддані), крім уряду тієї держави, яка контролюватиме «клавіатуру керуючого комп'ютера» . Щоб протистояти цьому або забезпечити свої інтереси кожній національній державі, зокрема й Україні, потрібна власна нова грошово-фінансова система. Якою бути новій системі, що повинна захистити інтереси як держави, так і її суб'єктів приватного права, слід вирішувати професіоналам. Найпершим варіантом виглядає повернення до минулого шляхом відновлення золотого стандарту грошової одиниці. Але такий варіант не є зручним. Можливо розробити механізм функціонування нової системи, яку може бути винайдено фахівцями тієї чи іншої країни. В Україні можна запропонувати Кабінету Міністрів України (КМУ) та Національному банку України (НБУ), Президенту оголосити всеукраїнський конкурс, до участі в якому залучити вчених і практиків, освітні заклади, наукові установи. Оскільки реалізацію способів регулювання для вирішення завдань державного регулювання та приведення банківської системи до відповідного стану здійснює НБУ , то й обрання оптимального проекту повинно здійснюватися його органами . У випадку появи нової фінансової системи держава зможе захистити свої інтереси. Але сама ідея будь-якої нової фінансової системи будь-якої держави формується на основі можливості держави її контролювати і контролювати процеси накопичення і витрачання грошей. Тим самим будь-яка нова фінансова система, що буде розроблена під контролем держави, буде централізованою і прагнучиме глобального захоплення світового ринку. І саме тому на протигагу пропозиціям появи нової безготівкової фінансової системи держави у світі виникла і поширилася децентралізована безготівкова фінансова система, яка отримала назву «криптовалюта». Тобто держава жодним чином не може впливати як на емісію електронних грошей, так і на їхній обіг і проведення операцій. Держава може лише забороняти своїм резидентам проведення операцій із криптовалютою. А з точки зору самих резидентів криптовалюта може розглядатися не лише як засіб платежу, але й як нове фінансове явище, новий фінансовий інструмент, нове місце зберігання (накопичення) грошей .

Сьогодні в Україні операції на ринку криптовалюти фактично здійснюються щоденно, проте нормативно вони ані дозволені, ані заборонені. НБУ, рівно як і інші центральні органи виконавчої влади, державні та інші банки в цілому не рекомендує резидентам України здійснювати операції із криптовалютою, оскільки вони, по-перше,

знаходяться за межами державного регулювання, а по-друге, правоохоронні органи України не зможуть надати кваліфікованої допомоги та захистити майнові інтереси резидентів України не лише через відсутність для цього правових підстав, а також і через відсутність достатніх технічних можливостей. 10 листопада 2014 року НБУ видав роз'яснення щодо правомірності використання в Україні «віртуальної валюти/криптовалюти» Bitcoin, в якому послався на статтю 32 Закону України «Про Національний банк України», а також на статтю 99 Конституції України, статтю 192 Цивільного кодексу України, статтю 3 Закону України «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні» та статтю 3 Декрету Кабінету Міністрів України від 19 лютого 1993 року № 15-93 «Про систему валютного регулювання і валютного контролю». НБУ визнав біткойн як грошовий сурогат, який не має забезпечення реальною вартістю і не може використовуватися фізичними та юридичними особами на території України як засіб платежу, оскільки це протирічить нормам українського законодавства.

Зараз у світі функціонує кілька тисяч видів криптовалют, тобто умовних валют, що не мають матеріального забезпечення і поширені та обмінюються за допомогою комп'ютерних технологій Blockchain у мережі інтернет. Першим і найбільш поширеним видом серед них є криптовалюта Біткойн, яку було вперше описано у мережі інтернет 31 жовтня 2008 року і поширено з початку 2009 року особою або групою осіб чи компанією під ім'ям Сатоші (Сатоші) Накамото (Satoshi Nakamoto). Випуск (емісія) та обіг одиниць криптовалюти здійснюється за певною формулою. Найчастіше це відбувається за формулою геометричної чи арифметичної прогресії на вибування або рівними частками. Обігу криптовалюти притаманні певні особливості, що відрізняють його від обігу одиниць класичної валюти. Так, операціям із криптовалютою притаманна анонімність, оскільки ніхто із користувачів крім власника гаманця криптовалюти не знає кому цей гаманець належить. При цьому операціям із криптовалютою притаманна відкритість, оскільки усі операції із криптовалютою знаходяться у відкритому доступі, і будь-яка особа може відслідкувати операції, які здійснюються із використанням певного гаманця криптовалюти. Операціям із криптовалютою притаманна незворотність, оскільки неможна визнати транзакцію недійсною і здійснити реституцію.

Особливості операцій із криптовалютою викликають певні серйозні ризики, описані нами раніше у статті «Ризики здійснення операцій з криптовалютою (біткойнами) громадян і суб'єктів господарювання України». Серед основних ризиків можна виділити:

– технологічний ризик, що полягає у можливості добровільної або насильницької відмови людської цивілізації від сучасних комп'ютерів та/або технологій інтернет (у випадку революційної заміни мережі інтернет новою, більш прогресивною

і зовсім не пов'язаною із нею, рівно як й у випадку втрати людством сучасних технологій і «скочужання» цивілізації униз через певні технологічні катастрофи, диверсії, кібератаки, епідемії чи пандемії тощо власники одиниць криптовалюти автоматично стануть власниками того, чим ці одиниці є насправді у матеріальному світі – власниками нічого, запису у комп'ютерній програмі, яку неможливо відкрити через відсутність комп'ютерів або мережі інтернет, або електрики тощо);

– правовий ризик односторонньої зміни фірмою-надавачем послуг з розміщення гаманця умов договору і введення оплати за надання окремих послуг та здійснення певних операцій (договір про відкриття гаманця криптовалюти (рахунку) викладається англійською мовою та укладається із фірмою-надавачем таких послуг і є договором приєднання. Серед умов договору вказується, що фірма-надавач послуг з обслуговування гаманця криптовалюти може в односторонньому порядку змінювати його умови. А отже, теоретично така фірма може запровадити плату за свої послуги);

– економіко-правовий ризик полягає у можливості падіння попиту на криптовалюту через підвищення попиту на реальні товари, економічну кризу, світову війну тощо, або через заборону державою однієї і появу нової криптовалюти (цей ризик також не слід відкидати. Під час двох світових війн найбільше у ціні зростали товари матеріального світу – дорогоцінні метали або монети з таких металів, продукти харчування (сіль, тваринний і рослинний жир, хліб, борошно тощо), речі, що сприяють виживанню (ліки, теплі речі, сірники, спирт, дрова, вугілля тощо), а нематеріальні активи, якими у певній мірі можна вважати одиниці криптовалюти, внаслідок фізичної відсутності комп'ютерів, інтернет-зв'язку, електропостачання взагалі неможливо буде використати);

– технологічний ризик, що полягає у можливості заволодіння сторонніх осіб інформацією про «ID-гаманець» і пароль, у т.ч. у можливості передачі цієї інформації третім особам фірмою-надавачем послуг з розміщення гаманця; у можливості пошкодження програмного обладнання або самого комп'ютера власника гаманця; у можливості банальної втрати і не відновлення «ID гаманця» та/або паролю його власником (за умови відсутності глобальних криз, всесвітніх чи регіональних кібератак, війн та інших об'єктивних негараздів цей ризик виглядає найбільш реалістичним та є найпоширенішим. Кіберрозвідки різних держав, хакери-злочинці цілодобово чатують у мережі інтернет на необережних власників одиниць криптовалюти);

– правовий ризик, що полягає у відсутності правового регулювання здійснення операцій із криптовалютами, рекомендації НБУ не проводити такі операції, покладання захисту законних інтересів на самих власників гаманців криптовалют, вказівкою на заборону їх використання в силу декількох норм у законодавстві і

можливість застосування не названих прямо заходів відповідальності (відсутність прямого дозволу на здійснення операцій із «майнінгу» криптовалюти може стати приводом для «рейдерського» захоплення криптоферм співробітниками правоохоронних органів або злочинними угрупованнями. У першому випадку посилання на загальнодозвільний принцип «дозволено усе, що не заборонено законом» не працює на захист власників криптоферм, оскільки протоколи та/або кримінальні провадження складаються/відкриваються у зв'язку із порушенням договорів оренди приміщень, порушенням правил протипожежної безпеки, зберіганням зброї, наркотичних речовин, порнографічної продукції тощо. У другому випадку «рейдери» тиснуть на те, що держава, зокрема правоохоронні чи судові органи не захистять «майнера», а навпаки – додадуть йому нових додаткових проблем) .

Захистити майнові права суб'єктів господарювання і громадян України, які здійснюють операції на ринку криптовалюти та/або організували її «майнінг», можна за допомогою застосування різноманітних правових заходів. Найпершою передумовою зниження ризиків майновим інтересам держави, суб'єктів господарювання і громадян має бути легітимація операцій із криптовалютою. Сьогодні у Верховній Раді України знаходиться кілька законопроектів, покликаних це забезпечити. Найбільш успішним серед них, проте таким, що, тим не менше, потребує значної кількості доопрацювань, є проєкт закону України «Про віртуальні активи» від 11 червня 2020 року, зареєстрований за номером 3637, який було прийнято 8 вересня 2021 року, проте не підписаного Президентом і повернутого до Верховної Ради України із його пропозиціями .

Після легітимації операцій із криптовалютою, зокрема і її «майнінгу» власники одиниць криптовалюти не відчуватимуть себе злочинцями або особами, що здійснюють якусь не зовсім законну справу, а також зможуть розраховувати на допомогу держави, у першу чергу правоохоронних органів, і об'єктивний судовий захист.

Захистити майнові права самих «майнерів» та інших осіб держава може завдяки запровадженню ліцензування операцій із «майнінгу». У такому випадку будуть розроблені та прийняті в окремому нормативному акті відповідні ліцензійні умови, серед яких чи не найважливішими будуть вимоги до протипожежної безпеки. Крім цього діяльність із «майнінгу» криптовалюти з використанням значної кількості технічних пристроїв буде здійснюватися лише у промислових приміщеннях, за чим слідкуватимуть державні органи з питань ліцензування, які матимуть у своєму штаті достатню кількість фахівців, спроможних визначити кількісні та якісні показники діяльності «майнерів». Органом ліцензування може бути визначено НБУ, Службу безпеки України (СБУ) або Національну комісію з цінних паперів та фондового ринку (НКЦПФР). Крім моніторингу дотримання

«майнерами» ліцензійних умов органами ліцензування, можливо спільно із торгово-промисловими палатами, має проводитися консультативна діяльність, спрямована на навчання основним правилам безпеки під час діяльності на ринку криптовалюту та на допомогу українським учасникам відносин на ринку криптовалют у виборі контрагентів, криптобірж, банків тощо. Не останнє місце питанням захисту майнових інтересів власників одиниць криптовалюти мають приділяти самі такі власники. Тут важливе значення має відводитися організації ефективної правової роботи, перманентно здійснюваної юридичними відділами та службами суб'єктів господарювання. Самі суб'єкти господарювання повинні слідкувати за своєчасним, повним і законним заповненням статутних документів та договорів. Найбільш ефективним варіантом організаційно-правової форми для невеликої криптоферми, на нашу думку, є форма ТОВ. У його статуті має бути максимально ретельно визначено частки кожного із засновників, правила розподілу прибутків і покладання збитків, внесення змін і доповнень (особливо тих, що змінюють частки учасників). Сам приватний підприємець чи власник невеликого бізнесу, юридична служба великого суб'єкта господарювання спільно з відповідними аналітичними та/або економічними відділами має визначати і відслідковувати ненадійних постачальників у випадках укладання договорів купівлі-продажу чи поставки товарів з оплатою у криптовалюті та ін. і комплексно застосовувати відомі різноманітні способи забезпечення виконання господарських зобов'язань (оплата у криптовалюті тут носитиме у більшій мірі індивідуальний специфічний характер).

Можливим варіантом захисту майнових інтересів держави може стати її більш активна участь в операціях на ринку криптовалюту. Є такий відомий вислів: «Якщо ти не можеш побороти певне явище, то мусиш його очолити». Отже, сьогодні логічним для держави буде: 1) розробити й ухвалити нормативну базу про операції із криптовалютою; 2) запровадити оподаткування «майнінгу» криптовалюти за невисокими ставками податків (наприклад, стягувати податок на прибуток від такої діяльності за ставкою у розмірі 5% або максимум 10%); 3) запровадити ліцензування «майнінгу» з визначенням державним органом з питань ліцензування СБУ, НБУ або НКЦПФР; 4) сформувати професійний кадровий склад, виділити фінансування та утворити українську державну криптобіржу, а то й не одну. Доходи від діяльності такої біржі потраплятимуть до Державного бюджету України; 5) так само сформувати професійний кадровий склад, виділити фінансування та утворити фірму-надавача послуг з відкриття й обслуговування гаманців криптовалюту; 6) розробити програму, сформувати професійний кадровий склад, виділити фінансування та розробити формулу емісії та обігу і запустити новий вид криптовалюти, який підтримуватиметься державою. Сама держава має викупити

максимально можливу кількість одиниць цієї криптовалюти під час перших емісій та через підтримку підвищити попит на них і, відповідно, вартість; 7) нормативно визначити один чи декілька державних комерційних банків, яким монопольно буде дозволено проведення операцій із обміну одиниць криптовалюти на національну валюту України. При цьому потрібно буде сформувати професійний кадровий склад, провести навчання співробітників державних комерційних банків, наділених компетенцією обміну криптовалюти, виділити фінансування та забезпечити потрібну кількість відділень таких банків криптоматами, пристосованими для обміну національної валюти України на новий вид криптовалюти, запущений державою, а можливо, і на інші види криптовалюти за умови сплати більш високої комісії.

Запропоновані напрями захисту інтересів держави, суб'єктів господарювання та громадян на ринку обігу криптовалюти дозволять активізувати діяльність із «майнінгу» криптовалюти, збільшити активність міжнародної торгівлі завдяки купівлі-продажу товарів за одиниці криптовалюти, а також отримати державі додаткові кошти, вкрай потрібні для реалізації різноманітних економічних та соціальних програм. Проте реалізація названих та інших можливих заходів має бути вкрай обережною та спиратися на нові правові норми. Для своєчасного виправлення можливих помилок у правовому регулюванні та швидкого заповнення прогалин переважна більшість актів повинна мати підзаконний характер, а державні органи, що їх прийматимуть (зокрема, КМУ, НБУ, СБУ, НКЦПФР, Міністерство цифрової трансформації та/або інші) повинні бути готовими робити це максимально оперативно. У такому випадку держава отримає можливість легітимізувати операції на ринку криптовалюти, захистити себе, суб'єктів господарювання і громадян України від можливих ризиків та отримати значні позитивні фінансові результати.

2.3. Механізм правового регулювання правовідносин із використанням блокчейн

Сучасний розвиток цифрових технологій дозволяє їм все глибше інтегруватись в повсякденне життя, породжуючи все нові продукти, які не тільки роблять життя комфортнішим, а й змінюють його в цілому. Однією з таких технологій є технологія блокчейн (від англійського blockchain – ланцюжок блоків). Цю технологію, як комплекс із попередніх розробок у сфері криптографії, вперше було застосовано в криптовалюті Bitcoin її розробником Сатоші Накамото. На сьогодні достеменно невідомо ким є цей персонаж, оскільки ім'я Сатоші Накамото є псевдонімом розробника або групи розробників Bitcoin. Хоч з моменту виходу Bitcoin вже пройшло більше 10 років,

усталеної практики правового регулювання продуктів, заснованих на технології блокчейн досі не вироблено.

Причина, а точніше причини створення Bitcoin – першого популярного продукту на технології блокчейн, викладена в так званому White Paper «Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System»²⁴⁹, серед яких: повністю однорангова (так звана peer-to-peer технологія побудови мережі, в якій відсутні головні або управляючі вузли, а всі учасники мережі мають рівні права і можливості впливати на мережу) версія електронної готівки; дозволяє онлайн платежі; надсилання платежу здійснюється напряму від одної сторони до іншої; здійснення платежу відбувається без проходження через фінансові інституції.

Як бачимо основною метою створення Bitcoin було створення приватних та цифрових грошей, на які не матиме жоден суб'єкт вирішального впливу. Це стало можливим за допомогою застосування технології блокчейн, яка за своєю природою є технологією розподілених реєстрів (DLT – distributed ledger technology). Ця технологія полягає в тому, що на багатьох комп'ютерах, що об'єднані єдиною мережею, міститься копія певної інформації та/або здійснюються певні обчислення, що є корисні для мережі, тобто виконується певна робота.

Будь-яка криптовалюта в своїй основі має технологію блокчейн, однак не всі продукти, які засновані на цій технології є криптовалютами. Сама по собі технологія містить обмеження, які не дозволяють надавати пріоритет якомусь із учасників мережі.

Не дивлячись на те, що технологія блокчейн є лише складовою частиною (хоча й основною) приватних електронних грошей, основною її функцією було створення середовища, в якому довіра будувалась не на репутації, підтвердженнях уповноважених інстанцій, а на технології, за допомогою якої в цьому середовищі здійснюється обмін інформацією. Довіра в мережі блокчейн забезпечується алгоритмами, обхід яких на сьогодні є вкрай складним, хоча й теоретично можливим. Мережа блокчейн дозволяє перевірити справжність інформації, що передається, з високим рівнем надійності без втручання інституцій, на які традиційно може бути покладено таку функцію. Це цілком перебудовує відносини між учасниками приватних правовідносин. Повністю незнайомі один з одним суб'єкти вступаючи в правовідносини можуть виключати фактор довіри у правовідносинах, без залучення будь якого гаранта а лише покладаючись на інформацію, яка міститься у відповідних блокчейн мережах.

Ключовим в технології блокчейн є те, що вона може використовуватись ширше, ніж у електронних грошах, оскільки вона

²⁴⁹ White Paper «Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System». URL: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf> (дата звернення 08.10.2021 р.)

забезпечує передання саме достовірної інформації, а не тільки віртуальної валюти.

Структура відносин в мережі блокчейн наступна:

- відносини між сторонами, які обмінюються інформацією;
- відносини всередині мережі.

Відносини між сторонами в мережі блокчейн складаються щодо передання певної інформації. У випадку з криптовалютою Bitcoin – інформацією, що умовно вважається валютою. Точніше, фактично, передається інформація про стан рахунків і операції, які було проведено з ними. Якщо розглядати мережу Bitcoin то саму одиницю валюти там віднайти фактично неможливо, оскільки вона існує у вигляді записів про стан рахунків. Коли створюється нова одиниця валюти (емітується) – то вона виникає у вигляді запису про стан певного рахунку, на якому кількість цієї валюти збільшилась. Далі, при перерахуванні з одного рахунку на інший, створюється запис про те, що на певному рахунку кількість валюти була зменшена, а на іншому – збільшена на таку саму суму. Така система фактично схожа на безготівковий розрахунок, в якому безготівкові гроші «створюються» Національним Банком України на рахунках інших банків в результаті певних правочинів. Тобто фактично НБУ не створює самі гроші, а змінює стан рахунку певного банку, збільшуючи кількість грошей, які на ньому обраховуються.

Відмінності цієї системи від системи обліку безготівкових грошей полягає в тому, що емітент криптовалюти фактично відсутній. В результаті проведення певної роботи з обчислень, необхідних для функціонування мережі, той хто перший здійснив ці обчислення – отримує внагороду у вигляді самої криптовалюти.

Загалом, основною метою створення блокчейн мережі є передача достовірної інформації між її учасниками без необхідності її верифікації. Внаслідок логіки алгоритмів, на яких побудована мережа, крім можливості передавати інформацію, її ще можливо зберігати в незмінному вигляді, отримувати до неї доступ від самого початку виникнення інформації до моменту останніх змін.

Слід зазначити, що сама по собі технологія блокчейн не передбачає приховування інформації, або будь-які інші технології або можливості, що принципово дозволяють за її допомогою вчиняти певні правопорушення (відмивання коштів, фінансування незаконної діяльності тощо). Зазначені можливості виявляються в тому випадку, коли правове регулювання таких відносин не встигає за їх розвитком. Відходячи в поле правової невизначеності, такі технології не підпадають під регулювання будь-яких правил і можуть бути використані в протиправних цілях.

Натомість можливості, які вони можуть забезпечити переважають умовні недоліки, викликані відсутністю правового регулювання.

Оскільки технологія блокчейн створювалась для передання інформації без необхідності підтвердження її достовірності, то її

застосування цілком можливе при перевірці походження продукту та певних супутніх елементів, які можуть також застосовуватись за допомогою блокчейн технології²⁵⁰. Так, наприклад блокчейн технологія здатна замінити, або існувати паралельно із системою сертифікатів походження товару. В блокчейні може зберігатися не тільки історія походження конкретного продукту, а й інформація про його переміщення, продаж, умови зберігання. Більше того, така інформація може зберігатися про всі складові компоненти певного продукту. Тобто за допомогою такої системи можна встановити виробника і походження всіх елементів, з яких складається продукт якщо, звичайно, в цьому є необхідність.

Особливістю інформації, що зберігається та розповсюджується в мережі блокчейн є те, що вона є необхідною для багатьох учасників мережі, а іноді і сторонніх людей. І мережа дозволяє отримати доступ до інформації з високим ступенем достовірності та захистом від її спотворення. Не можна говорити про технологію блокчейн як про один конкретний випадок. Вона є ключовою, лежить в основі та може бути в майбутньому застосована а багатьох продуктах, від криптовалют, які досі сьогодні не набули однозначного правового режиму, до реєстрів прав власності тощо.

Європейська Комісія, дійшла висновку, що блокчейн технології загалом та цифрові активи зокрема, необхідно врегульовувати²⁵¹, на відміну від, наприклад, Китаю, де криптовалюти мають всі шанси залишитись поза законом²⁵². Спершу цифрові активи підпадали під регулювання Директиви про ринки фінансових інструментів²⁵³. З плином часу було прийнято рішення про створення окремого законодавства, яке б регулювало цифрові активи, блокчейн тощо, однак таке регулювання має бути в режимі максимального сприяння їх розвитку, оскільки в них вбачається перспектива, зокрема – цифровий Євро. На сьогодні Європейська Комісія розробила Пропозицію Регламенту Європейського Парламенту та Ради Європи про ринки криптоактивів та внесення змін до Директиви (ЄС) 2019/1937²⁵⁴. Слід зазначити, що проект зазначеного акту має врегулювати правовідносини у сфері випуску та обігу криптоактивів.

²⁵⁰ Белая книга по техническому применению технологии блокчейн к информационным продуктам Центра Организации Объединенных Наций по упрощению процедур торговли и электронным деловым операциям (СЕФАКТ ООН) С. 17-21. URL: https://unece.org/fileadmin/DAM/cefact/cf_plenary/2019_plenary/ECE_TRADE_C_CEFAC2019_08R.pdf (дата звернення 08.10.2021 р.)

²⁵¹ Legal and regulatory framework for blockchain. European Commission. URL: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/regulatory-framework-blockchain> (дата звернення 08.10.2021 р.)

²⁵² Китай заборонив фінансовим установам вести криптовалютний бізнес. Економічна правда. URL: <https://www.epravda.com.ua/news/2021/05/19/674012/> (дата звернення 08.10.2021 р.)

²⁵³ Directive 2014/65/EU of the European Parliament and of The Council of 15 May 2014 on markets in financial instruments and amending Directive 2002/92/EC and Directive 2011/61/EU. URL: <http://data.europa.eu/eli/dir/2014/65/oj> (дата звернення 08.10.2021 р.)

²⁵⁴ Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on Markets in Crypto-assets, and amending Directive (EU) 2019/1937. EUR-Lex. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52020PC0593> (дата звернення 08.10.2021 р.)

На сьогодні Верховною Радою України розглядається Проект Закону «Про віртуальні активи»²⁵⁵. Відповідно до ст. 2 зазначеного Проекту він застосовується до правовідносин, що виникають: 1) у разі постачання послуг, пов'язаних з обігом віртуальних активів, якщо суб'єкти таких правовідносин мають зареєстроване місцезнаходження або постійне представництво на території України; 2) у зв'язку з вчиненням правочину, предметом якого є віртуальний актив, якщо сторони визначили право України як таке, що підлягає застосуванню до правочину в цілому або до окремої його частини; 3) у зв'язку з вчиненням правочину, предметом якого є віртуальний актив, якщо обидві сторони правочину є резидентами України; 4) у зв'язку з вчиненням правочину, предметом якого є віртуальний актив, якщо особа, яка здійснює операції з віртуальними активами у своїх інтересах (набувач віртуального активу), є резидентом України. Також він не застосовується до правовідносин, пов'язаних із випуском, обігом, зберіганням і погашенням електронних грошей, оскільки ці правовідносини регулюються Законом України «Про платіжні послуги»²⁵⁶, який прийнято Верховною Радою України 30.06.2021 р.

Слід також зазначити, що Проект Закону Про віртуальні активи націлено на регулювання криптовалют та їх різновидів (як передбачається Проектом «забезпечені та незабезпечені віртуальні активи»). В розумінні зазначеного Проекту, віртуальним активом є 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. Цікавим є те, що Проект Закону про віртуальні активи не регулює правовідносини, в яких такі активи є платіжним засобом, оскільки в ст. 4 Проекту прямо передбачено, що віртуальні активи не є засобом платежу на території України.

Прямую заборону, яка міститься в Проекті Закону про віртуальні активи, використовувати цифрові активи в якості засобу платежу не можна розглядати як прогресивний крок, оскільки таким чином цифрові активи, якими є криптовалюти, залишаться виключно предметом накопичення та спекулятивної торгівлі і не зможуть стати етапом еволюційного розвитку товарно-грошових відносин.

Цікавим в регулюванні блокчейн технологій є те, що регулювання потребують відносини, в яких ці технології застосовуються але в яких блокчейн не є суттю відносин (назвемо їх зовнішні відносини), тоді як відносини всередині мережі (назвемо їх внутрішні відносини) не потребують регулювання, оскільки більшою мірою врегульовані так званими White paper. Зазначений документ є свого роду

²⁵⁵ 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 08.10.2021 р.)

²⁵⁶ Проект Закону по платіжні послуги. Офіційний веб-портал Верховної Ради України. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=70412 (дата звернення 08.10.2021 р.)

маніфестом творця певного блокчейн продукту, в якому викладено алгоритм його роботи та правила взаємодії між собою учасників мережі, тобто врегульовано внутрішні відносини. Зазначені правила неможливо порушити, оскільки вони закладені в основу алгоритму блокчейн мережі та такий алгоритм просто не буде виконано у випадку порушення його роботи або втручання в неї. Крім цього, правила викладені в White paper носять також юридичну силу та мають природу договору приєднання, передбаченого ст. 634 ЦК України за винятком того, що такий договір не може бути змінено, оскільки він є частиною роботи алгоритм мережі, і у випадку зміни його буде змінено для всієї мережі та це може призвести до унеможливлення подальшої роботи мережі. Звичайно, слід зауважити, що ст. 634 ЦК України передбачає зміну або розірвання договору приєднання на вимогу сторони, яка приєдналася, якщо вона позбавляється прав, які звичайно мала, а також якщо договір виключає чи обмежує відповідальність другої сторони за порушення зобов'язання або містить інші умови, явно обтяжливі для сторони, яка приєдналася. Сторона, яка приєдналася, має довести, що вона, виходячи зі своїх інтересів, не прийняла б цих умов за наявності у неї можливості брати участь у визначенні умов договору.

Учасниками такої мережі і особами, які вступають у внутрішні відносини мережі блокчейн є так звані майнери. Вони мають таку назву оскільки здійснюють процес «добування» криптовалюти і для здійснення такої роботи використовується англійський термін mining – добування, за аналогією із роботою шахтарів. Без проведення роботи майнерами, неможливо здійснити операцію із передання інформації всередині мережі, таким чином побудовано алгоритм роботи мережі. Але самі майнери не можуть також його порушити, оскільки тоді їх робота не буде зарахована, вони обмежені логікою роботи алгоритму мережі. Тобто вони обмежені не тільки правовими нормами цивільного права щодо невиконання зобов'язань або кримінального кодексу щодо втручання в роботу комп'ютерних систем та положеннями White paper, а й на програмному рівні обмежені в цьому. То ж в такому випадку виходить, що майнери обмежені не тільки правом, а й додатково обмежені програмно аби підвищити рівень зламостійкості системи.

Внутрішні відносини в мережі блокчейн носять ознаки саморегульованих відносин. Як зазначає В. В. Кочин саморегулювання є способом упорядкування суспільних відносин між юридично рівними суб'єктами на основі самостійного визначення їх взаємних прав та обов'язків, що формуються у відповідному правочині, або шляхом створення норм та правил поведінки спеціально створеними організаціями (регуляторами), які визначаються та виконуються їх

учасниками (членами)²⁵⁷, с. 55. Звичайно, більшою мірою вони все ж договірні, за договором приєднання, однак за своєю суттю все ж також є саморегульованими, де кожен учасник мережі рівний, приєднання до мережі майнерів є добровільним, а регулювання правовідносин всередині мережі здійснюється на підставі White paper створеного розробником того чи іншого блокчейн продукту.

Зовнішні правовідносини, зазначені вище, це відносини в яких блокчейн застосовується як певний інструмент. На відміну від внутрішніх відносин, учасники зовнішніх відносин використовують блокчейн у своїх цілях. Це можуть бути як особи що здійснюють торгівлю криптовалютами, або використовують її як засіб розрахунку, також це можуть бути особи, що хочуть отримати достовірну інформацію про походження товару, коли така інформація міститься в блокчейн, або отримати інформацію про обтяження права власності на нерухоме майно у випадках коли реєстр права власності існує в цифровій формі та виконується на блокчейн.

Фактично внутрішні відносини забезпечують можливість існування зовнішніх. Щодо зовнішніх – хоча вони, більшою мірою, але не повністю, будуть приватними правовідносинами, все ж вони потребують регулювання.

Перш за все, враховуючи можливість псевдонімізації учасників блокчейн мережі, необхідна ідентифікація особи, яка є учасником зовнішніх відносин мережі блокчейн. Звичайно, така ідентифікація може здійснюватися виключно в тих випадках, коли це передбачено у відносинах без використання технології блокчейн (наприклад, коли відносини підпадають під дію Закону України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення»). Така ідентифікація може проводитись різними шляхами, зокрема може бути звичайне декларування криптогаманців, ідентифікація особи при отриманні інформації за допомогою електронного цифрового підпису тощо.

Основною концептуальною перепорою до тотального розповсюдження блокчейн проектів є підходи держав до їх регулювання і, взагалі, до філософського осмислення цих феноменів. Вони, за своєю природою є повністю приватними проектами, які, фактично, породжують новий сектор економіки, який регулюється більшою мірою у приватноправовому порядку. Державний вплив на них можливий виключно шляхом втручання, оскільки за своєю природою ці проекти саме створювались з метою якщо не унеможливлення то сильного ускладнення державного втручання в них з боку держави. Однак, коли такі проекти як Bitcoin або Ethereum набули такої капіталізації, що загальна вартість добового обороту

²⁵⁷ Кочин В. В. Поняття та ознаки саморегулювання у цивільному праві України. Юридична Україна. 2014. № 10. С. 52-56

торгів щодо кожного сягла 40 та 20 мільярдів доларів (за курсом бірж) відповідно²⁵⁸ – держава вже не може лишатись осторонь таких фактів, оскільки такі масштаби вже матимуть суттєвий вплив на економіку. Залишати ці відносини поза регулюванням є необачно небезпечним. На етапі такого втручання все залежить від того, наскільки ліберальною та прогресивною є державна політика загалом та у сфері фінансів зокрема. Це як питання контролю за легалізацією коштів, отриманих незаконним шляхом так і можливість наповнення бюджету, обкладаючи податком прибуток, який отримується з торгівлі криптовалютами.

Трохи іншою справою є використання блокчейну у таких сферах як реєстрація права власності. На сьогодні передача такої відповідальної функції держави до приватного сектору виглядає вкрай радикальним кроком. Держава взяла на себе зобов'язання з ведення обліку цих прав, відповідно до ст. 3 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяження» з метою гарантування об'єктивності, достовірності та повноти відомостей про зареєстровані права на нерухоме майно та їх обтяження. За умови передачі до приватного сектору, держава, фактично, знімає з себе відповідальність за гарантування стабільності вкрай суттєвої частини цивільного обороту. З іншого боку, облік прав власності на цінні папери, відповідно до Закону України «Про депозитарну систему України», повністю передано до юридичних осіб приватного права. В цій системі держава присутня у вигляді регуляторів, таких як Національний банк України, Національна комісія з цінних паперів та фондового ринку та одного учасника – Національного депозитарію України. Однак майже вся діяльність з обліку прав на цінні папери здійснюється приватним сектором. Така діяльність має ознаки зарегульованості, однак сам факт існування такої системи, в межах приватних правовідносин, доводить саму можливість такого існування.

Таким саме чином можливо розглядати систему сертифікації. За умов достатнього регулювання, така система може існувати з достатнім рівнем гарантування.

Однак на сьогодні все це можливо тільки після того як буде однозначно зрозуміла надійність і зламостійкість мереж блокчейн. Достатньо довготривале використання таких систем, звичайно, є певним доказом зазначених фактів, однак якщо їх застосовувати у сферах, в яких наразі присутня виключно держава (наприклад реєстрація права власності на нерухоме майно) – то саме держава має визнати надійність таких систем та мереж, встановити стандарти, створити правове поле тощо. Це є необхідним з очевидних причин – забезпечення прав та свобод осіб є функцією держави і саме

²⁵⁸ Today's Cryptocurrency Prices by Market Cap. URL: <https://coinmarketcap.com> (дата звернення 08.10.2021 р.)

держава, в особі її органів, є останньою надією осіб, чії права було порушено.

Тому застосування блокчейн технологій, на сьогодні, є вимогою часу. Держава не має лишатись осторонь, а створювати адекватне правове регулювання, яке з одного боку зможе надати можливість розвиватись новим проектам, а з іншого – забезпечить захист порушених прав та законність в цілому. Заборони у використанні блокчейн продуктів, за умови що загалом такі продукти не порушують законодавство, є контрпродуктивними та уповільнюють розвиток як правовідносин так і економіки вцілому.

2.4. Окремі аспекти цивільно-правового статусу користувачів мережі Інтернет

Сьогодні не можливо уявити світ без глобальної комп'ютерної мережі Інтернет. На протязі кількох останніх десятиліть нова інформаційно-технологічна реальність була зумовлена досить стрімким розвитком, який суттєво відрізняється від усіх інших форм історичного розвитку людського суспільства. Спектр нових можливостей, а з ними й потенційних загроз, які з'являються практично в усіх площинах суспільно-політичного, економічного й культурного життя світу у зв'язку з процесами цифровізації складно охопити чи спрогнозувати. Тим більшим викликом така ситуація постає для одного з найбільш сталих і догматичних конструктів людського знання — юриспруденції. Потреба нормативного врегулювання явищ і процесів, які за своєю природою нерідко виникають через спробу уникнути правової регламентації, що вже на філософському рівні видається дихотомічним завданням. Разом з тим, це робить його лише більш цікавим для юридичної наукової спільноти.

Проблематика регулювання правовідносин, що виникають в умовах становлення та розвитку цифрового суспільства, є складною тим, що потребує розуміння і врахування мінливої межі між тим, що потребує втручання законодавця для захисту інтересів суспільства, і тим, що є виявом новітніх інформаційних свобод і може бути закріплено лише як таке. Вбачається, що питання охорони й захисту прав користувачів мережі Інтернет у світлі конкретних механізмів і способів належать саме до першої категорії, хоч і ґрунтуються на інформаційних правах і свободах ХХІ століття, пов'язаних із ними або реалізованих за їх допомогою майнових і особистих немайнових прав особи.

Значний дослідницький інтерес становлять особливості вияву цивільно-правових інститутів при набутті, здійсненні й захисті прав з використанням мережі Інтернет, аналіз конкретної практичної ефективності існуючих способів захисту цивільних прав та інтересів

проти викликів та загроз всесвітньої інформатизації і глобалізації, до яких 2020 року додалась і пандемія коронавірусної інфекції COVID-19.

При цьому варто зазначити, що важливі кроки на шляху до врегулювання означених питань в Україні вже здійснено. Так, текст Конституції України не містить жодних елементів постмодерніського правового регулювання, пов'язаного із суспільним життям у «цифровій» епісі. Фактично звертаючись до Конституції України, ми не знаходимо норм, які би безпосередньо регулювали відносини, пов'язані з використанням мережі Інтернет чи будь-які інші ІТ-відносини.

Водночас, ми можемо виділити низку прав людини, які охороняються Конституцією незалежно від того, як вони здійснюються чи в реальному житті, чи шляхом взаємодії в інтернет-просторі. До них належать: право на життя (ст. 27), право на повагу до гідності людини (ст. 28), право на свободу й особисту недоторканність (ст. 29), право на таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції (ст. 31), недопустимість збирання, зберігання, використання та поширення конфіденційної інформації про особу без її згоди (ст. 32), свобода пересування, вільний вибір місця проживання, право вільно залишати територію України (ст. 33), право на свободу думки і слова, на вільне вираження своїх поглядів і переконань (ст. 34), право на вільне володіння, користування і розпорядження своєю власністю, результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності (ст. 41), право на охорону здоров'я, медичну допомогу (ст. 49), свобода літературної, художньої, наукової і технічної творчості, захист інтелектуальної власності, їхніх авторських прав, моральних і матеріальних інтересів, що виникають у зв'язку з різними видами інтелектуальної діяльності (ст. 54), та інші.

Так, було прийнято низку важливих засадничих законів, деякі зміни внесено до Цивільного кодексу України й інших актів цивільного законодавства, зокрема в частині способів захисту об'єктів прав інтелектуальної власності з використанням мережі Інтернет. Однак, такої правової регламентації у багатьох аспектах є недостатньо.

Крім цього, з позицій цивільного права й цивілістичної науки досі немає достатнього теоретичного розуміння поняття правового статусу користувачів мережі Інтернет, особливостей набуття і реалізації ними майнових й особистих немайнових прав. Аналіз і наукові спостереження у відповідній галузі представлено незначною кількістю праць і досліджень, здебільшого лише загального характеру.

Унаслідок підвищення соціальної ролі інформації та розвитку глобальних мереж виникають процеси трансформації багатьох сфер

життєдіяльності людини, з'являються нові види суспільних відносин, що знаходять місце в інформаційній сфері²⁵⁹.

У цьому контексті цікавою є точка зору вітчизняного науковця В. М. Горовий, який зазначив, що інформаційна база є однією з найважливіших ознак існування і розвитку всякої людської спільності, яка створюється разом зі становленням цієї спільності шляхом відбору необхідної інформації з більш загальних, інформаційних баз. У наш час найбільш загальні інформаційні бази пов'язані з ресурсами глобального інформаційного простору, інформаційними ресурсами Інтернету²⁶⁰.

Саме тому на сьогоднішній день вже неможливо уявити світ без постійного інформаційного обміну й розвитку інформаційних систем, у тому числі для потреб користувачів мережі Інтернет, адже серед сучасних засобів телекомунікацій найбільш швидко розвиваються саме системи мережі Інтернет. Тому доступ кожного громадянина до Всесвітньої мережі є однією із важливих ознак розвитку будь-якої країни у світі. Відповідно й кількість користувачів мережі Інтернет із кожним днем зростає. Так щороку до «Всесвітньої павутини» підключається все більше нових інтернет-користувачів. Тому сьогодні всі ми є частиною нової інформаційної ери, в якій глобальна мережа Інтернет із кожним днем відіграє все більшу роль.

Необхідно наголосити на тому, що розбудова інформаційного суспільства й цифрової економіки, глобальні процеси цифрової трансформації в Україні та світі загалом, відкривають в уряді України питання цифрової грамотності громадян України. Про це йдеться у Програмі діяльності уряду щодо «держави в смартфоні», «цифровізації економіки» й «цифрових трансформацій» в органах влади.

Основні цілі цифрового розвитку України й інформаційного суспільства усвідомлюються в першу чергу урядом країни, про що свідчать завдання, визначені в таких документах як розпорядження Кабінету Міністрів України від 20.09.2017 №649-р «Про схвалення Концепції розвитку електронного урядування в Україні»²⁶¹, розпорядження КМУ від 8 листопада 2017 року №797-р «Про схвалення Концепції розвитку електронної демократії в Україні та плану заходів щодо її реалізації»²⁶², розпорядження Кабінету Міністрів України від 17 січня 2018 року №67-р «Про схвалення Концепції розвитку цифрової економіки та суспільства України на

²⁵⁹ Янчук Ю. В. Інформаційні відносини в мережі Інтернет: теоретико-правовий аспект. *Науковий фаховий журнал «Право і суспільство»* 2017. № 5. Частина 2. С. 151–155.

²⁶⁰ Горовий В. М. Особливості розвитку соціальних інформаційних баз сучасного українського суспільства. Київ: НБУВ, 2005. С. 32.

²⁶¹ Про схвалення Концепції розвитку електронного урядування в Україні: Розпорядження КМУ від 20.09.2017 р. № 649-р. *Верховна Рада України. Законодавство України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/649-2017-%D1%80#Text>.

²⁶² Про схвалення Концепції розвитку електронної демократії в Україні та плану заходів щодо її реалізації: Розпорядження КМУ від 08.11.2017 р. № 797-р. *Верховна Рада України. Законодавство України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/797-2017-%D1%80#n13>.

2018–2020 роки та затвердження плану заходів щодо її реалізації»²⁶³, постанови Кабінету Міністрів України від 30 січня 2019 року №56 «Деякі питання цифрового розвитку»²⁶⁴, від 8 липня 2020 року № 595 «Про утворення Міжгалузевої ради з питань цифрового розвитку, цифрових трансформацій і цифровізації»²⁶⁵.

Необхідно наголосити, що державні інституції в Україні станом на 2020 рік досить системно здійснюють кроки в напрямі цифровізації адміністративних послуг і відповідного правового регулювання. Підтвердженням цього є запровадження програми «Держава в смартфоні». Уперше в Верховній Раді України було створено комітет із питань цифрової трансформації, який в взаємодії з Міністерством цифрової трансформації формуватиме політику в цій галузі й підсилуватиме вирішення різноманітних питань з приводу цифровізації в законодавчій сфері. Також є показовим той факт, що в кожному міністерстві є посада *заступника міністра з питань цифрового розвитку, цифрових трансформацій та цифровізації* та відповідно відповідальні за ці питання будуть з'являться і в *обласних держадміністраціях*²⁶⁶.

Разом з тим, слід зауважити, що в цілому нормотворець упродовж останніх років робив фрагментарні спроби розробки законопроектів, зміст яких вказує на недостатнє розуміння потреб інтернет-користувачів, їх «цифрових прав» і сучасних стандартів у сфері регулювання Інтернету.

Сама ідея цифровізації держави на сьогодні реалізовується хоча й у турборежимі, однак породжує низку втручань у приватне життя фізичних осіб і компаній та пов'язана із наміром держави здійснювати тотальний контроль за бізнесом. У результаті – законодавчі кроки держави наражаються на критику з боку як громадянського суспільства, так і міжнародних організацій.

Так, Україна потребує модернізації законодавства у сфері цифрових прав і свобод Інтернету. При цьому важливим має бути врегулювання як публічних, так і приватних правових інтересів. Однак, сьогодні ми відкрито можемо говорити, що політика цифровізації розбудовується і впроваджується, як у зарубіжних країнах, ЄС, так і в нашій державі зокрема. Необхідно підкреслити, що останні пару років Україна активно намагається бути лідером процесу

²⁶³ Про схвалення Концепції розвитку цифрової економіки та суспільства України на 2018-2020 роки та затвердження плану заходів щодо її реалізації : розпорядження Кабінету Міністрів України від 17.01.2018 р. № 67-р. *Верховна Рада України. Законодавство України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/67-2018-%D1%80#Text>.

²⁶⁴ Деякі питання цифрового розвитку: Розпорядження КМУ від 30.01.2019 р. № 56. *Верховна Рада України. Законодавство України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/56-2019-%D0%BF#Text>.

²⁶⁵ Про утворення Міжгалузевої ради з питань цифрового розвитку, цифрових трансформацій і цифровізації»: Розпорядження КМУ від 08.07.2020 р. № 595. *Верховна Рада України. Законодавство України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/595-2020-%D0%BF#Text>.

²⁶⁶ Перші цифрові послуги «Держава в смартфоні» скоро запрацюють: Департамент інформації та комунікацій з громадськістю Секретаріату КМУ від 23.10.2019 р. URL: <https://www.kmu.gov.ua/news/pershi-cifrovi-poslugi-derzhava-v-smartfoni-skoro-zapracyuyut>.

цифровізації. Яскравим прикладом цього є мобільний-застосунок «Дія», система eHealth (електронна система охорони здоров'я в Україні), розширюються можливості онлайн-банкінгу тощо.

Також, необхідно наголосити, що на сьогодні, на жаль, ми не знаходимо чіткого визначення категорії «інтернет-користувач» у сфері нормативно-правового регулювання як на міжнародному, так і на національному рівнях. Наявне тлумачення має лише загальний характер, який не дає можливості сформулювати чітке уявлення про правовий статус інтернет-користувача й обсяг правової охорони його прав.

Незважаючи на простоту цієї конструкції «інтернет-користувач» видається що формулювання такого абстрактного поняття спричинює труднощі, особливо з урахуванням ставлення до категорії «користувач» у цивільному праві. Сучасна «цифрова» епоха змінює саме ставлення як до суб'єкта користування, так і до його можливостей, залишаючи при цьому незмінним річ, яку було вкладено в розуміння «користувач» ще за часів римського права. Користування — це завжди споживання корисних властивостей певної речі, на яку особа-користувач не має права власності. Так і сьогодні, жоден користувач мережі Інтернет не може вважати її своєю. Утворюється феноменальна конструкція — коли мережа Інтернет не може належати жодному суб'єкту права.

З метою техніко-юридичного конструювання категорії «інтернет-користувач» звернемо увагу на вживання подібних понять у цивільному законодавстві. Необхідно зазначити, що категорію «користувач» не закріплено жодним національним нормативно-правовим актом.

В інформаційній сфері категорію «користувач» (англ. user, subscriber) прийнято розуміти як людину, яка користується послугами обчислювальної техніки для отримання інформації чи розв'язування різноманітних завдань. А також як користувач (споживач) інформації (англ. information user), тобто як суб'єкт, який звертається до інформаційної системи за одержанням потрібної йому інформації, щоб користуватися нею.

Таким чином, під поняттям «інтернет-користувач» ми пропонуємо розуміти *учасника інтернет-відносин (як фізичну, так і юридичну особу), який використовує можливості інтернет-середовища з метою задоволення своїх особистих та/або корпоративних потреб.* У контексті суб'єктів IT-відносин, інтернет-користувачами, вочевидь можуть бути будь-які учасники, крім провайдерів, при наданні останніми відповідних телекомунікаційних послуг. Убачається, що основною ознакою статусу інтернет-користувача є *споживання корисних властивостей*, пов'язаних із використанням мережі Інтернет і її електронних сервісів й інших можливостей.

Якщо далі вести мову про інтернет-користувача і його цивільно-правовий статус, необхідно наголосити на достатньо широкому переліку інтересів, які входять до змісту такого статусу. Тобто, у

цивільно-правовому статусі інтернет-користувача з об'єктивних причин існує певна диспропорція в тому, що цей статус більшою мірою складається з правових інтересів, а не конкретних правомочностей. На нашу думку, обов'язки кореспондують чітко визначеним правам, але не кореспондують правовим інтересам. Відповідно ще однією рисою правового статусу інтернет-користувача є значна перевага його правових можливостей над обов'язками.

Окрім цього, доволі багато правових можливостей, якими фактично наділено інтернет-користувача і які вже тривалий час повною мірою реалізуються на практиці у численних правовідносинах, пов'язаних із використанням мережі Інтернет, ми не знаходимо на рівні конкретних правових приписів у межах національної правової системи.

Особливості правового статусу інтернет-користувача відображаються і крізь призму загально визначених елементів правового статусу як такого. Яскравим прикладом змісту таких елементів є структура, наведена у дослідженнях, присвячених теорії держави і права й конституційного права. Так, на думку М. І. Хавронюка, структура конституційно-правового статусу людини складається з таких елементів: (1) правосуб'єктність; (2) принципи конституційно-правового статусу людини; (3) центральний елемент — права і свободи людини й гарантії їх реалізації; (4) обов'язки людини та гарантії²⁶⁷.

Подібної точки зору дотримуються і науковці в окремих галузях правових досліджень. Не є винятком і сфера цивільного права. Так, О. Ю. Черняк зазначила, що саме цивільна правосуб'єктність споживача, як найбільш узагальнювальна категорія, яка забезпечує таку властивість його правового статусу як рівність правових можливостей, наданих особі, повинна включатися до змісту спеціального цивільно-правового статусу споживача.

Тому коректніше говорити саме про спеціальну цивільну правосуб'єктність, що включає як спеціальну правоздатність, так і дієздатність, оскільки перша характеризує здатність споживача мати специфічні права й обов'язки, а друга слугує характеристикою здатності споживача своїми діями реалізувати можливості, закладені в його спеціальний правовий статус. Перша окреслює коло того, що може мати суб'єкт права з огляду на свої природні можливості, а друга — що він може створити для себе своїми діями²⁶⁸.

У цілому, підтримуючи вищевказану позицію вважаємо за необхідне наголосити на тому, що права і дієздатність інтернет-користувача як учасника цивільно-правових відносин, на нашу думку, не мають підстав для характеристики його цивільної

²⁶⁷ Хавронюк М. І. Конституція України. Коментар законодавства України про права та свободи людини і громадянина. Київ: Видавництво А.С.К, 2003. С. 69.

²⁶⁸ Черняк О. Ю. Цивільно-правовий статус споживача у контексті адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2011. С. 50.

правосуб'єктності як спеціальної. Особливою є лише сфера здійснення ним цивільних прав і набуття обов'язків. Тобто, за ознаками правоздатності і дієздатності інтернет-користувач залишається тією ж самою фізичною особою у розумінні ЦК України. Проте, це не свідчить про відсутність певних відмінних елементів дієздатності інтернет-користувача.

Важливість оцінки обсягів дієздатності інтернет-користувача зумовлено віковою специфікою учасників інтернет-відносин. На відміну від учасників традиційних цивільно-правових відносин, відносини за участю малолітніх та неповнолітніх осіб мають виняткову специфіку в різноманітних інтернет-відносинах. А тому традиційний перелік їх прав, який визначає межі часткової та неповної цивільної дієздатності (ст.ст. 31, 32 ЦК України), потребує доповнення з урахуванням специфіки інтернет-відносин.

Констатуємо, що інтернет-користувачів також може бути обмежено у цивільній дієздатності, що підтверджує тезу про розповсюдження на них загального тлумачення поняття цивільної дієздатності. При цьому, національне законодавство залишає поза мережею регулювання великий пласт відносин, пов'язаних з інтернет-користувачами, які з комерційною метою використовують можливості Інтернету, але не є зареєстрованими суб'єктами підприємницької діяльності. Комплексне вирішення питань, пов'язаних з окресленим змістом правового статусу залишається відкритим.

Для досягнення означеної мети слід урахувати, що правовому статусу інтернет-користувача властивий дуалізм. Частиною його правових можливостей складають його права й обов'язки у сфері публічно-правових відносин. Вони мають більш деталізований техніко-юридичний опис, відображуються у різноманітних міжнародно-правових актах. З іншого боку, інтернет-користувач початково виступає як носій цивільних прав та обов'язків. Основу його інтернет-активності складає ідея свободи формування власної поведінки, що є властивим саме для приватно-правового регулювання, тобто, в першу чергу, інтернет-користувач є учасником приватно-правових відносин. Саме в цьому ми вбачаємо причину низького нормативно-правового регулювання через побоювання встановлення державного контролю над інтернет-середовищем.

Виникнення правовідносин завжди пов'язується з настанням певного юридичного факту. У випадку з інтернет-користувачем такий факт визначити складно. У сучасних наукових дослідженнях чіткої позиції, на жаль, не сформовано. На перший погляд видається, що сам факт звернення (підключення) до мережі Інтернет через мобільні пристрої або персональні комп'ютери може відігравати роль такого факту. Проте, з іншого боку, такий факт об'єктивної дійсності безпосередньо з виникненням прав та обов'язків не пов'язаний.

Моментом виникнення правовідносин завжди передує, на нашу думку, будь-яка форма реєстрації акаунта особи в окремих інтернет-

ресурсах. Саме після такої реєстрації відбувається набуття інтернет-користувачем певних прав та обов'язків. Доволі часто на це вказують згоди, які передбачені під час реєстрації інтернет-користувача разом із локальними правилами форумів, мереж, окремих веб-сторінок тощо.

Тому, на нашу думку, моментом виникнення правового статусу інтернет-користувача як носія особистих немайнових і майнових прав є момент, коли фізична або юридична особа (в особі її посадових або інших уповноважених осіб) з допомогою мережі Інтернет здійснює певні цивільні права й обов'язки, взаємодіючи за допомогою електронних пристроїв з відповідним контентом у мережі Інтернет (наприклад, надсилаючи запит, інформацію, заповнюючи електронні форми тощо). Як висновок, ми вважаємо, що виникнення інтернет-правовідносин і набуття статусу інтернет-користувача відбувається після здійснення процедури ідентифікації такої особи. При цьому така ідентифікація здійснюється у двох площинах. Перша пов'язана з інформацією, яку надає така особа (зрозуміло, що вона може викликати певні сумніви), й друга – технічна площина, яка пов'язана з автоматичною реєстрацією персонального номеру пристрою з якого здійснюється реєстрація.

Таким чином, завершуючи розгляд питання цивільно-правового статусу інтернет-користувача, наголошуємо, що, по-перше, такий цивільно-правовий статус перебуває у стадії свого формування і завершеного характеру не має. По-друге, інтернет-користувача, безумовно, наділено цивільно-правовими можливостями, більшість з яких сьогодні перебувають у сфері правових інтересів особи. По-третє, на жаль, держава сьогодні не може гарантувати здійснення цивільно-правового статусу інтернет-користувача (у тому числі через відсутність нормативного регулювання). По-четверте, констатуємо, що українське суспільство перебуває в межах критичного етапу, який потребує безумовного врегулювання змісту цивільно-правового статусу інтернет-користувачів задля гарантування реалізації всіх правомочностей та належного виконання обов'язків, віднесених до цивільної дієздатності таких осіб.

Для цих цілей слід виходити з того, що з позиції цивільно-правової теорії правовий статус інтернет-користувача має включати в себе його права та обов'язки як учасника цивільно-правових відносин, здійснення яких гарантується з боку держави і пов'язане із задоволенням правових інтересів особи в інтернет-середовищі.

Саме останній чинник, здійснення цивільних прав і виконання цивільних обов'язків із використанням мережі Інтернет дозволяє говорити про виокремлення спеціального цивільно-правового статусу інтернет-користувача, специфіка змісту якого — конкретні майнові й особисті немайнові права, а також способи їх захисту.

Дослідження цивільно-правового статусу поняття «інтернет-користувач», визначення його видів і характеристики, необхідно зазначити наступне. По-перше, поняття інтернет-користувача повною

мірою набуває характеристики учасника цивільно-правових відносин. По-друге, інтернет-користувача наділено широким спектром прав й обов'язків учасника цивільно-правових відносин, закріплених у національному й міжнародному законодавстві.

Водночас зауважимо, що інтернет-користувач набуває специфічних майнових й особистих немайнових прав і кореспондуючих їм обов'язків, що окреслюють його специфічні правові можливості, які в нього виникають при взаємодії за допомогою електронних пристроїв і мережі Інтернет як користувача. У зв'язку з цим доречно розглядати спеціальний статус такого учасника.

2.5. Поняття та види електронної комерції у світлі політики діджиталізації в Україні

Функціонування ринку товарів і послуг та їх гармонійний розвиток у світовій економічній системі є фактично неможливими без розвитку електронної торгівлі та електронної комерції в цілому. Стрімкий розвиток електронної комерції став можливий перш за все завдяки розвитку інтернет-технологій, електронного документообігу, електронних фінансових послуг (платежі, перекази, страхування) та логістики. Для правильного функціонування та повноцінної інтеграції електронної комерції у повсякденне життя необхідно повною мірою забезпечити її функціонування, як в практичній частині (мається на увазі технічний функціонал, завдяки якому електронна комерція зможе функціонувати) так і в нормативній частині.

Потужною основою та стартом розвитку сфери електронних платежів та електронної комерції став Закон України «Про Національну програму інформатизації», прийнятий у 1998 році. Закон встановлював загальнодержавні цілі, пріоритети та порядок створення сучасної інформаційної інфраструктури України. За вказаним законом, національна програма інформатизації визначала стратегію розв'язання проблеми забезпечення інформаційних потреб та інформаційної підтримки соціально-економічної, екологічної, науково-технічної, оборонної, національно-культурної та іншої діяльності у сферах загальнодержавного значення²⁶⁹.

В той же період Верховною Радою України було ухвалено та прийнято Закон України «Про Концепцію Національної програми інформатизації» від 4 лютого 1998 року²⁷⁰, яким було схвалено Концепцію Національної програми інформатизації. Крім того, Законом України «Про затвердження Завдань Національної програми

²⁶⁹ Про Національну програму інформатизації: Закон України від 04 лютого 1998 р. № 74/98-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1998. № 27-28. Ст. 181.

²⁷⁰ Про Концепцію Національної програми інформатизації: Закон України від 04 лютого 1998 р. № 75/98-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1998. № 27. Ст. 182.

інформатизації на 1998-2000 роки» від 4 лютого 1998 року було затверджено Завдання Національної програми інформатизації на 1998-2000 роки та визначено конкретні завдання державних органів на вказаний період для запровадження новітніх та конкурентно-спроможних засобів інформатизації та інформаційних технологій у всіх сферах державного та суспільно-політичного життя²⁷¹.

Тодішнім Президентом України Леонідом Кучмою було підписано Указ від 31 липня 2000 року «Про заходи щодо розвитку національної складової глобальної інформаційної мережі Інтернет та забезпечення широкого доступу до цієї мережі в Україні», за яким одним з пріоритетних напрямів державної політики в сфері інформатизації, задоволення конституційних прав громадян на інформацію, побудови відкритого демократичного суспільства, розвитку підприємництва є розвиток національної складової глобальної інформаційної мережі Інтернет (далі — мережа Інтернет), забезпечення широкого доступу до цієї мережі громадян та юридичних осіб усіх форм власності в Україні, належне представлення в ній національних інформаційних ресурсів²⁷².

Наразі правові відносини у сфері електронної комерції під час вчинення електронних правочинів регулює Закон України «Про електронну комерцію» (далі — Закон)²⁷³. В Законі врегульовано організаційно-правові засади діяльності у сфері електронної комерції в Україні, встановлено порядок вчинення електронних правочинів із застосуванням інформаційно-телекомунікаційних систем та визначено права і обов'язки учасників відносин у сфері електронної комерції.

В тій чи іншій мірі електронна комерція в Україні регулюється також і іншими нормативно-правовими актами та законами, зокрема: Конституцією України, Цивільним та Господарськими кодексами України, законами України «Про захист прав споживачів», «Про рекламу», «Про електронні документи та електронний документо-обіг», «Про захист інформації в інформаційно-телекомунікаційних системах», «Про телекомунікації», «Про електронні довірчі послуги», «Про платіжні послуги», «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг», «Про захист персональних даних», підзаконними нормативно-правовими актами у сфері електронної комерції, міжнародними договорами України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України та іншими законами та/або нормативно-правовими актами, прийнятими на основі вищеперерахованих.

²⁷¹ Про затвердження Завдань Національної програми інформатизації на 1998-2000 роки: Закон України від 4 лютого 1998 р. № 76/98-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1998. № 27. Ст. 183.

²⁷² Про заходи щодо розвитку національної складової глобальної інформаційної мережі Інтернет та забезпечення широкого доступу до цієї мережі в Україні: Указ Президента України від 31 липня 2000 р. № 928/2000. *Офіційний вісник України*. 2000. № 31. Ст. 1300.

²⁷³ Про електронну комерцію: Закон України від 03 вересня 2015 р. №675-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2015. № 45. Ст. 410.

Таким чином, аналіз нормативних джерел дозволяє виділити два етапи формування нормативного масиву: перший — в період з 1997 р. по 2000 р., коли було закладено основні засади відносин із використанням Інтернет; другий — з 2000 р. по 2021 р., коли було прийнято спеціалізовані акти, які безпосередньо були спрямовані на вчинення електронних правочинів, електронну торгівлю та захист прав їх учасників.

Законодавство України, а саме Закон України «Про електронну комерцію» під поняттям *електронної комерції* розуміє відносини, спрямовані на отримання прибутку, що виникають під час вчинення правочинів щодо набуття, зміни або припинення цивільних прав та обов'язків, здійснені дистанційно з використанням інформаційно-телекомунікаційних систем, внаслідок чого в учасників таких відносин виникають права та обов'язки майнового характеру. На відміну від поняття «електронна комерція» під *електронною торгівлею* законодавець розуміє господарську діяльність у сфері електронної купівлі-продажу, реалізацію товарів дистанційним способом покупцю шляхом вчинення електронних правочинів із використанням інформаційно-телекомунікаційних систем. Із двох вищевказаних визначень можна зробити висновок, що законодавство України встановлює, що електронна торгівля поняття вужче, ніж поняття електронної комерції, і з цим важко не погодитися, адже електронна комерція включає в себе відносини на всіх етапах виробництва товару чи послуги, а не лише на одному з них, яким по суті є торгівля. Крім цього, торгівля базується переважно на зобов'язаннях купівлі-продажу, у той час як електронна комерція охоплює й інші правочини стосовно надання різних видів послуг, виконання робіт на замовлення тощо.

Значну сферу електронної комерції складає також функціонування електронних платіжних систем, та функціонування електронного документообігу за допомогою яких в системі електронної комерції здійснюються фактично всі розрахунки та обмін первинною документацією.

Законом України «Про електронні документи та електронний документообіг» регулюються відносини, що виникають у процесі створення, відправлення, передавання, одержання, зберігання, оброблення, використання та знищення електронних документів. Електронний документообіг за цим законом — сукупність процесів створення, оброблення, відправлення, передавання, одержання, зберігання, використання та знищення електронних документів, які виконуються із застосуванням перевірки цілісності та у разі необхідності з підтвердженням факту одержання таких документів²⁷⁴.

Поряд із законом України «Про електронні документи та електронний документообіг» не варто забувати і про Закон України

²⁷⁴ Про електронні документи та електронний документообіг: Закон України від 22 травня 2003 р. № 851-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 36. Ст. 275.

«Про електронні довірчі послуги», який встановлює поняття автентифікації, електронної ідентифікації, електронної печатки, електронної позначки часу, електронної послуги, електронного підпису та багато інших понять, які є основоположними та без яких неможливе здійснення електронного документообігу як такого²⁷⁵.

За допомогою електронного документообігу значно спрощується обмін первинною документацією, особливо в сфері електронної комерції, коли фактично всі процеси проходять онлайн.

Розрахунки в сфері електронної комерції здійснюються також онлайн, за допомогою електронних платіжних засобів, онлайн-банкінгу, та є можливим проведення розрахунків за допомогою віртуальних активів.

Правовідносини у сфері онлайн розрахунків регулюються низкою законів та підзаконних актів, серед яких зокрема базовим законом, що визначає загальні засади функціонування платіжних систем в Україні та загальний порядок проведення переказу коштів у межах України, є Закон України «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні»²⁷⁶. Цим Законом СЕП визначено державною системою міжбанківських розрахунків, а Національний банк України — платіжною організацією та розрахунковим банком СЕП. Порядок функціонування СЕП визначається Національним банком України.

Першим кроком у галузі розвитку міжнародного права щодо регулювання електронної комерції у Європі став Типовий закон про електронну торгівлю Комісії Організації Об'єднаних Націй з права міжнародної торгівлі (так званий Типовий закон ЮНСІТРАЛ про електронну торгівлю)²⁷⁷. Цей документ має рамковий, рекомендаційний характер і призначений в першу чергу для використання державами як основи для розробки національного законодавства. Цей міжнародний документ заклав правові основи діяльності в сфері електронної торгівлі, дав визначення основним поняттям (електронний документ, електронний документообіг, електронний підпис, автор електронного документа, інформаційна система) визнав юридичну і доказову силу за документами в електронній формі; визначив вимоги, що висуваються до електронного підпису як засобу підтвердження достовірності та цілісності електронного документа²⁷⁸.

08 червня 2020 року Європейським парламентом та Радою Європейського союзу було прийнято Директиву 2000/31/ЄС

²⁷⁵ Про електронні довірчі послуги: закон України від 05 жовтня 2017 року. № 2155-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2017. № 45. Ст. 400.

²⁷⁶ Про платіжні системи та переказ коштів в Україні: Закон України від 05 квітня 2001 року. № 2346-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 29. Ст. 137.

²⁷⁷ UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce (1996) with additional article 5 bis as adopted in 1998: Date of adoption: 12 June 1996 (additional article 5 bis adopted in 1998). *UNCITRAL: United Nations Commission On International Trade Law*. URL: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-04970_ebook.pdf.

²⁷⁸ *Пупіз С. О.* Платіжні системи : навч. посіб. К: Центр учбової літератури, 2008. С. 43.

Європейського парламенту та Ради «Про деякі правові аспекти інформаційних послуг, зокрема, електронної комерції, на внутрішньому ринку»²⁷⁹, яка мала на меті зробити внесок у належне функціонування внутрішнього ринку шляхом забезпечення вільного переміщення інформаційних послуг між державами-членами та доповнює законодавство держав Співтовариства, що застосовується до інформаційних послуг без перешкод до рівня захисту, зокрема, здоров'я громадян та інтересів споживачів, як передбачено актами Співтовариства та внутрішнього законодавства, відповідно до якого вони запроваджуються до тієї міри, до якої це не обмежує свободу забезпечення інформаційних послуг.

Іншим не менш важливим нормативним актом Європейського союзу що в певній мірі регулює електронну комерцію є Директива від 13 грудня 1999 року Європейського парламенту та Ради № 1999/93/ЄС «Про систему електронних підписів, що застосовується в межах Співтовариства»²⁸⁰, метою якої є сприяння використанню електронних підписів та їх юридичному визнанню. Нею закладено правову основу для використання електронних підписів і певних послуг по сертифікації з метою забезпечення належного функціонування внутрішнього ринку.

Також, 20 травня 1997 року було прийнято Директиву 97/7/ЄС Європейського парламенту та Ради «Про захист прав споживачів в дистанційних контрактах»²⁸¹. В Директиві встановлено визначення дистанційного контракту, що означає будь-який контракт, предметом якого є товари чи послуги, укладений між постачальником та споживачем відповідно до організованої дистанційної торгівлі чи схеми постачання послуг, якою займається постачальник, який, в цілях контракту, вдається до виняткового використання одного чи більше засобів дистанційного зв'язку до та включаючи момент укладення контракту.

Як бачимо, хоч в Україні процеси цифровізації та переходу до електронних систем почалися дещо пізніше ніж в Європі, наразі в контексті євроінтеграційних процесів законодавство України суттєво трансформується в частині впровадження електронних систем, і на сьогодні електронні комерційні відносини уже врегульовано на належному рівні. Електронна комерція (E-commerce, електронна

²⁷⁹ Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market ('Directive on electronic commerce'). URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32000L0031&from=EN>.

²⁸⁰ Directive 1999/93/EC of the European Parliament and of the Council of 13 December 1999 on a Community framework for electronic signatures. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A31999L0093>.

²⁸¹ Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts - Statement by the Council and the Parliament re Article 6 (1) - Statement by the Commission re Article 3 (1), first indent. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=celex%3A31997L0007>.

торгівля) стає так званим правонаступником традиційної офлайн торгівлі, хоча за своєю сутністю є дещо ширшим поняттям.

Хоча електронна комерція сьогодні — це явище досить не нове, та таке яке стрімко розвивається в епоху популярності Інтернету та всеохоплюючої діджиталізації, в науці наразі немає сталого підходу до визначення поняття електронної комерції. Під електронною комерцією зазвичай розуміють використання комп'ютерних мереж для сприяння транзакціям, які охоплюють виробництво, дистрибуцію, продаж і доставку товарів та послуг на ринку²⁸². Зарубіжні автори, при визначенні поняття електронної комерції, розуміють її як таку діяльність, що охоплює всі типи електронних транзакцій між організаціями та зацікавленими особами²⁸³. Американський науковець В. Звасс серед характеристик електронної комерції виділяє наступні: обмін бізнес-інформацією, налагодження бізнес-відносин, здійснення бізнес-транзакцій через телекомунікаційні мережі, а також торгові відносини. В його розумінні електронна комерція це виключно бізнесове поняття²⁸⁴. І з такою думкою важко не погодитися, адже комерційна діяльність сама по собі передбачає ведення бізнесу та отримання прибутку. Схоже визначення формулюють А. Саммер та Г. Дункан, які детермінують електронну комерцію як будь-яку форму бізнес-процесу, в якому взаємодія між суб'єктами відбувається засобами електронної комунікації²⁸⁵. Більш бізнесовий і торговий аспекти електронної комерції описують вчені В.Тріз та Л.Стюарт. На їх думку, вона включає застосування технологій у фінансовому бізнесі, електронному резервуванні квитків, постачанні, замовленнях, а також використання Інтернету для покупок і продажів товарів та послуг, зокрема післяпродажні послуги й підтримку²⁸⁶. Як бачимо, електронна комерція на думку вищеперерахованих вчених це поняття, яке формується в першу чергу на основі двох основних ознак — бізнес та цифровізація, під якою мається на увазі проведення всіх процесів в електронному вигляді.

Схожі за своєю суттю визначення пропонують і вітчизняні науковці. Зокрема, на думку Т. М. Тардаскіної, електронна комерція це вид електронної комерційної діяльності з використанням інформаційних комунікаційних технологій²⁸⁷. Царьов Р. Ю. під електронною комерцією розуміє будь-яку транзакцію, яка здійснюється через комп'ютерну мережу, внаслідок якої право власності або право використання товару або послуги було передано

²⁸² Резнікова В. В. Поняття, значення та перспективи правового забезпечення електронної комерції в Україні. *Теорія і практика інтелектуальної власності*. 2015. № 2. С. 59.

²⁸³ Chaffey D. E-business and E-commerce Management. *Strategy, Implementation and Practice*. Prentice Hall, 2009. Pp. 324.

²⁸⁴ Zwass V. Electronic Commerce: Structures and Issues. *International Journal of Electronic Commerce*. 1996. Vol. 1. № 1. P. 4–6.

²⁸⁵ Саммер А., Дункан Гр. Маркетинг. Пятая волна. E-commerce. М.: 1999. С. 101.

²⁸⁶ Treese C., Winfield St. L. C. Designing Systems for Internet Commerce. Addison Wesley, 1998. Pp 123.

²⁸⁷ Тардаскіна Т. М. Електронна комерція. Одеса: ОНАЗ ім. О. С. Попова, 2011. С. 12.

від однієї особи до іншої²⁸⁸. На думку А. А. Маєвської, електронна комерція — це використання електронних комунікацій та технологій обробки цифрової інформації для встановлення та змін відносин створення вартості між організаціями та між організаціями та індивідами²⁸⁹. Мартовий В. А. електронною комерцією пропонує називати діяльність організації або індивіда, переважно орієнтовану на отримання прибутку в результаті угод і транзакцій в Інтернеті²⁹⁰.

Аналізуючи вищенаведені визначення, дійсно можна дійти до висновку, що основними ознаками електронної комерції є те, що така діяльність орієнтована та пов'язана з отриманням прибутку та здійснюється в електронному вигляді, за допомогою електронних систем чи в більшості випадків за допомогою мережі Інтернет. Незважаючи на те, що більшість авторів не акцентують увагу на відмінностях між поняттями «електронна комерція» та «електронна торгівля», ці поняття не є ідентичними. Електронна торгівля є вужчим поняттям і охоплюється змістом поняття «електронна комерція» як одна із його складових. На відміну від електронної комерції, електронна торгівля охоплює не весь обсяг товарно-грошових відносин, а тільки ту його частину, яка пов'язана з купівлею-продажем²⁹¹.

До електронної комерції відносять електронний обмін інформацією (*Electronic Data Interchange, EDI*), електронний рух капіталу (*Electronic Funds Transfer, EFS*), електронну торгівлю (*E-Trade*), електронні гроші (*E-Cash*), електронний маркетинг (*E-Marketing*), електронний банкінг (*E-Banking*), електронні страхові послуги (*E-Insurance*) тощо. Перераховані складові електронної комерції в деякому сенсі можна вважати класифікацією електронної комерції за ознакою сфери, в якій остання використовується.

Хоча не всі згодні із тим, що поняття електронна торгівля вужче поняття ніж електронна комерція, і охоплює лише ті відносини, що пов'язані із купівлею-продажем. На думку В. В. Рєзнікової, електронна торгівля здебільшого розглядається як загальна форма надання інформаційно-комунікаційних послуг у сфері торгівлі. Електронну торгівлю визначають і як новий спосіб організації, управління та здійснення (укладення, виконання, припинення) бізнес-угод з використанням комп'ютерів та комунікаційних мереж. На її думку, у вузькому значенні це поняття означає процес купівлі-продажу, що підтримується електронними технологіями. У широкому значенні поняттям «електронна торгівля» охоплюється застосуванням комп'ютерних технологій (телефонно-телетекстних

²⁸⁸ Царьов Р. Ю. Електронна комерція: навчальний посібник з підготовки бакалаврів. Одеса: ОНАЗ ім. О. С. Попова, 2010. С. 16-17.

²⁸⁹ Маєвська А. А. Електронна комерція і право. Харків, 2010. С. 201-202.

²⁹⁰ Мартовой А. В. Сущность и основные характеристики электронного бизнеса, электронной коммерции, электронного и Интернет-маркетинга. URL: www.nbuv.gov.ua/Articles/Kultnar/knp56_1/knp56_146-152.pdf.

²⁹¹ Апопій В. В., Міщук І. П., Ребицький В. М., Рудницький С. І., Хом'як Ю. М. Організація торгівлі: Підручник. К.: Центр учбової літератури, 2009. С. 461.

мереж, електронної пошти, Інтернету) для контролю над складськими запасами, прогнозами попиту та пропозицій, тенденціями зміни цін, картковими формами платежів. Також електронна торгівля передбачає рекламну діяльність, випуск і постійне оновлення електронних каталогів, проведення електронних торгів (аукціонів), здійснення засобами телекомунікацій багаторівневого маркетингу, електронного цифрового підпису, тощо. Світова організація торгівлі під електронною торгівлею розуміє виробництво, рекламу, продаж та розповсюдження (просування на ринку) товарів за допомогою телекомунікаційних мереж²⁹². Такий погляд теж не позбавлений логіки, однак на нашу думку, ці поняття все ж слід розмежовувати.

Необхідно зазначити, що електронній комерції притаманні усі ознаки підприємницької діяльності за однієї особливості: вона здійснюється за допомогою Інтернету чи інших інформаційно-телекомунікаційних мереж. Крім цього, електронна комерція має свої особливості, до яких слід віднести: 1. *Комплексність*. Електронна комерція є системним поняттям, що охоплює відносини у сферах електронних документів та документообігу, укладанні угод, використання електронних підписів. 2. *Наявність мережі*. Середовищем для вчинення електронних угод та надання банківських послуг є мережа електрозв'язку — Інтернет. 3. *Диспозитивний підхід до вибору мережі*. Учасникам електронної торгівлі не потрібно використовувати якусь конкретну мережу. В нашій країні найбільш поширеним є Інтернет, але телекомунікаційні технології постійно розвиваються, тому сучасне законодавство визначає можливість здійснення операцій не тільки в мережі Інтернет, але й у корпоративних (внутрішніх, локальних) мережах, з'єднаних прямим «дротовим» зв'язком та відповідними електронними засобами електронної комунікації. 4. *Невичерпна кількість угод, які можуть здійснюватися за допомогою Інтернету*. Законодавством не обмежується кількість, види правочинів та їх об'єкти. 5. *Можливість здійснення операцій за допомогою електронних платіжних систем*, що визначені чинним законодавством України²⁹³.

Крім того, електронна комерція має особливі інструменти та методи здійснення такої діяльності, які так чи інакше стосуються електронних систем чи мережі інтернет.

Що стосується класифікації електронної комерції, то з точки зору економічної науки її можна класифікувати залежно від взаємовідносин між учасниками електронної комерції. Існує декілька

²⁹² Резнікова В. В. Поняття, значення та перспективи правового забезпечення електронної комерції в Україні. *Теорія і практика інтелектуальної власності*. 2015. № 2. С. 60–61.

²⁹³ Хома І. Б., Костюк-Пукаляк О. М. Теоретико-методологічні підходи до визначення сутності електронної комерції та її видів. *Slovak International Scientific Journal*. 2017. № 10(10). С. 35-40.

видів взаємовідносин між вказаними учасниками, а відтак і декілька видів електронної комерції, зокрема:

C2C — (англ. *Consumer-to-Consumer*) — такий тип взаємозв'язків передбачає схему електронної торгівлі між кінцевими споживачами, тобто покупцями, при якому покупцем і продавцем не є суб'єкти підприємницької діяльності. При такому типі відносин, нерідко між сторонами може виникнути посередник, який може організовувати торгову мережу, маркетплейс, торгові майданчики, де покупці і продавці можуть знаходити одне одного²⁹⁴.

C2B — (англ. *Consumer-to-Business*) — споживачеві надається можливість самостійно встановлювати вартість для різних товарів і послуг, пропонує компаніями. Таким чином формується попит на певні види товарів чи послуги. Продавець, користуючись даними поточного попиту, приймає остаточне рішення про товарну та цінову політику. При такій моделі, Споживач створює цінний продукт для бізнесу (огляди продуктів, реклама, ідеї для розробки нового продукту), а бізнес повинен запропонувати таку ціну, яка буде задовільною для споживача. В цій моделі функціонує так званий зворотній аукціон, який дозволяє споживачам вказувати або вимагати ту ціну, яка буде для них найвигідніша, за конкретний товар або послугу²⁹⁵.

B2C — (англ. *Business-to-Consumer*) — маркетинговий термін, що означає фінансові відносини між бізнесом та кінцевим споживачем. Тобто, це сегмент ринку, що представляє собою роздрібні продажі товарів, послуг та інформації. На даний сегмент орієнтовані західні моделі ведення електронної комерції²⁹⁶. До даного виду діяльності можна віднести: продаж товарів, продаж послуг, продаж інформації, інформування про товари (роботи, послуги), онлайн сервіси для організування (автоматизації) процесів.

B2B — (англ. *Business-to-Business*) — маркетинговий термін, що означає продаж товарів, послуг чи інформації між компаніями без включення в процес кінцевих споживачів. Тобто, це електронний бізнес, направлений на оптову торгівлю. До такого виду діяльності зазвичай відносять: логістичний бізнес, пов'язаний із транспортуванням та дистрибуцією продукції; провайдерів різних видів послуг, зокрема хостингу; аутсорсинг в електронній комерції, зокрема захист інформації, послуги із seo-оптимізації, розміщення реклами в Інтернеті, підтримки роботи серверів; послуги з розробки контенту для сайтів, інші види послуг²⁹⁷.

²⁹⁴ Leonard Lori N. K., Kiku J., Consumer-to-Consumer Ecommerce: Acceptance and Intended Behavior. *Communications of the IIMA*. 2014. Vol. 14. Issue 1. Pp. 2-3. URL: <https://core.ac.uk/download/pdf/55333662.pdf>.

²⁹⁵ Gupta A. E-commerce: Role of e-commerce in today's business. *International Journal of Computing and Corporate Research*. URL: <https://www.ijccr.com/January2014/10.pdf>.

²⁹⁶ Tony J. Jewels, Greg T. Timbrel Towards a definition of B2C & B2B e-commerce. AIS Electronic Library (AISeL). URL: <https://core.ac.uk/download/pdf/301342574.pdf>.

²⁹⁷ Tony J. Jewels, Greg T. Timbrel Towards a definition of B2C & B2B e-commerce. AIS Electronic Library (AISeL). URL: <https://core.ac.uk/download/pdf/301342574.pdf>.

B2G — (англ. *Business-to-Government*) — маркетинговий термін, що означає пропозиції бізнесу для урядових організацій щодо придбання товарів чи послуг. В Україні такий тип електронної комерції майже не застосовується, проте існує протилежний — G2B — (*Government-to-Business*). Яскравим прикладом такого виду електронної комерції є майданчики із здійснення електронних публічних закупівель по типу prozorro.gov.ua, zakupki.prom.ua, Держзакупівлі.Онлайн, zakupki.com.ua та багато інших майданчиків подібного типу.

Разом з тим, популярності набирає мобільна електронна комерція, тобто купівля та продаж товарів і послуг через бездротові технології із використанням таких портативних пристроїв, як мобільні телефони та КПК (планшети). В Японії даний вид електронної комерції є лідером цієї галузі. Цей вид електронної комерції є розвиненим у тих країнах, які мають можливість надавати більш швидкі, надійніші та безпечніші послуги Інтернету. До видів діяльності, які можна включити до складу мобільної комерції відносять: фінансові послуги (мобільний банкінг, онлайн банкінг), брокерські послуги, послуги роздрібною торгівлі, інформаційні послуги, що включають розваги, новини та іншу інформацію.

З точки зору сфери, в якій електронна комерція використовується, особливо необхідно виділити наступні види електронної комерції:

1. Електронна комерція у сфері **електронного руху капіталу** (*Electronic Funds Transfer, EFS*), електронний банкінг (*E-Banking*), електронні гроші (*E-Cash*).

Розрахунки у сфері електронної комерції здійснюються відповідно до законів України «Про платіжні послуги», «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг», інших законів та нормативно-правових актів Національного банку України. Законом України «Про електронну комерцію» встановлено, що розрахунки у сфері електронної комерції можуть здійснюватися з використанням платіжних інструментів, електронних грошей, шляхом переказу коштів або оплати готівкою з дотриманням вимог законодавства щодо оформлення готівкових та безготівкових розрахунків, а також в інший спосіб, передбачений законодавством України, що регулює надання платіжних послуг²⁹⁸.

Розглядаючи електронну комерцію у сфері електронного руху капіталу, варто розглянути віртуальні активи, про які дедалі більше розмов серед науковців та громадян у зв'язку із прийняттям Верховною Радою України Закону України «Про віртуальні активи» (далі — Закон № 1719–IX)²⁹⁹.

²⁹⁸ Про електронну комерцію: Закон України від 03 вересня 2015 р. №675-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2015. № 45. Ст. 410.

²⁹⁹ Закон України «Про віртуальні активи» станом на момент формування макету цього видання не підписаний Президентом України та не опублікований, відтак посилання будуть здійснюватися на Проект закону України «Про віртуальні активи», підписаний Головою

Відповідно до ч. 1 ст. 1 Закон № 1719–ІХ, віртуальним активом визнається 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.

2. Електронні страхові послуги (E-Insurance). На відміну від класичної форми укладення договорів страхування, онлайн страхування має ряд переваг, головна з яких полягає у відсутності будь-яких посередників під час придбання страхової послуги (брокерів або агентів), що своєю чергою суттєво знижує її вартість. Крім цього, мобільність договору страхування відображається у спрощенні процедури його укладення та можливості обміну інформацією за допомогою електронних засобів зв'язку³⁰⁰. Так, Т. Ю. Кулик зазначає, що одним із найбільш позитивних моментів використання електронних засобів обміну інформацією в цивільному праві є — значна економія часу, що дозволяє одночасно скоротити витрати і розширити коло потенційних контрагентів³⁰¹. При цьому основними моделями онлайн страхування на сьогодні є: 1) часткове онлайн страхування, особливістю якого є подання онлайн-заявки з подальшим відвідуванням офісу страхової організації для підписання договору страхування; 2) інтернет-платіж, коли в онлайн-сервісі страхових послуг клієнт розраховує вартість договору, підбирає зручні умови страхування, оплачує страхову послугу через Інтернет, однак страховий поліс отримує в паперовій формі; 3) повне онлайн страхування, коли клієнт в онлайн-сервісі страхових послуг визначає умови договору і ціну страхової послуги (шляхом підбору ризиків у калькуляторі), оплачує послугу через Інтернет та роздруковує підписаний договір, отримавши його на електронну пошту.

3. Електронна торгівля (E-Trade). Завдяки розвитку сучасних технологій, та особливо в часи пандемії COVID-19, надзвичайно популярною стає електронна торгівля. З розвитком електронної комерції в цілому, та з розвитком окремих її складових, таких як: електронний банкінг, електронні платіжні послуги та системи, дедалі простіше стає здійснення електронної торгівлі, в різних її моделях або формах, серед яких виділяють:

а) *Дропшипінг.* Це бізнес-модель, за якою компанія чи приватна особа, яка здійснює продаж товарів, фактично не виробляє ці товари, та не володіє ними. По суті, виробництво товарів, їх упакування та відправку здійснює компанія-виробник, а сам продавець

Верховної Ради України 20 вересня 2021 р. URL: <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=69110&pf35401=553089>.

³⁰⁰ Міловська Н. Електронна форма укладення договорів страхування. *Підприємництво, господарство і право*. 2020. № 11. С. 34–36.

³⁰¹ Кулик Т. Ю. Особенности правового регулирования договоров, заключаемых в электронной форме: автореф. дисс. канд. юрид. наук: 12.00.03. Краснодар, 2007. С. 12.

є посередником, який займається виключно реалізацією продукту, його просуванням та отримує за це невелику частину від вартості реалізованого товару.

б) *Підписки*. Раніше поняттям підписки охоплювалися лише підписки на будь-якого виду журнали, газети, періодичні видання та інше. Проте з розвитком інформаційних технологій, ростом попиту покупців на різного виду товари та бажанням продавців забезпечити пропозицію на існуючий попит, з'явилися нові види підписок. Всі підписки фактично функціонують по одній системі: вибір так званого тарифу, оплата, отримання продуктів один раз в погоджений період. Наразі, за системою підписок функціонує безліч підприємств, які пропонують своїм клієнтам різні продукти, починаючи від продуктів харчування, алкогольних напоїв, закінчуючи засобами особистої гігієни, косметичними послугами, книжних клубів, тощо. Особливої уваги заслуговує такий тип електронної комерції, як *підписки на програмне забезпечення* або на різного виду *сервіси*, такі як Spotify, YouTube Premium, Apple Music, Megogo, та інші. Існують такого плану сервіси і в юридичній сфері, до прикладу: Liga.net, ZakonOnline, PravoSud, Verdictum та інші.

Серед бізнесів, які працюють за системою підписки, цікавими є сервіси, які дають змогу користувачам використовувати їхній сервіс безкоштовно, проте з дещо вужчим функціоналом. Такий тип комерції найчастіше називають *Фримиум* (англ. — *Freemium*). Назва, як впливає із суті такого типу комерції, утворилася шляхом злиття двох понять: Free (англ. — безкоштовний) та Premium (англ. — преміальний, платний, покращений порівняно із стандартним).

в) *Традиційне виробництво, маркування та продаж*.

г) *Ребрендинг (або маркування) та продаж* (англ. — *White labeling*). Цікавий спосіб здійснення електронної торгівлі, за яким компанія купує в іншого суб'єкта підприємницької діяльності немарковані товари, після чого маркує їх своїм логотипом/брендом та реалізовує від свого імені. Насправді, таким способом користується багато іменитих брендів.

г) *Оптова торгівля*. Оптовою торгівлею можуть займатися як безпосередньо виробники товарів, так і посередники, які реалізують товари кінцевому споживачеві. Проте у випадку реалізації товарів через посередника, такий посередник має здійснити закупівлю великої партії товару, з впевненістю в тому, що цей товар він зможе реалізувати в роздріб кінцевому споживачеві. Тобто, такий спосіб є досить ризиковим³⁰².

д) *Оренда та прокат*. В бізнесі, що працює по моделі оренди чи прокату, клієнт сплачує лише за використання продукту чи послуги, а не за пряму їх покупку. В основному така форма здійснення електронної комерції реалізується в системі B2C (Business to

³⁰² Willett N., Binns R. Types of Ecommerce Businesses. URL: <https://www.websitebuilderexpert.com/building-online-stores/types-of-ecommerce-businesses/>.

Consumer), проте є яскраві приклади і в моделі C2C (Consumer to Consumer), наприклад Airbnb (<https://www.airbnb.com.ua/>), Fat Llama (<https://fatllama.com/>), частково Olx (<https://www.olx.ua/uk/>), Booking (www.booking.com), Gup (<https://www.gup.ua/>), та інші.

Підсумовуючи вищевказане, можна сформулювати визначення **електронної комерції** як діяльність суб'єктів публічного або приватного права, переважно орієнтована на отримання прибутку в результаті угод і транзакцій в електронних мережах чи мережі Інтернет, що охоплює відносини суб'єктів при повному циклі виробництва та реалізації товарів та/або послуг.

Серед видів електронної комерції з точки зору економічної науки залежно від взаємовідносин між учасниками електронної комерції, виділяють наступні її моделі: C2C (англ. Consumer-to-Consumer); C2B (англ. Consumer-to-Business); B2C (англ. Business-to-Consumer); B2B (англ. Business-to-Business); B2G (англ. Business-to-Government).

Крім того, електронну комерцію можна класифікувати і за сферами, в яких вона так чи інакше використовується, зокрема заслуговують уваги: електронна комерція у сфері електронного руху капіталу (Electronic Funds Transfer, EFS), електронний банкінг (E-Banking), електронні гроші (E-Cash), електронні страхові послуги (E-Insurance), електронна торгівля (E-Trade), що включає в себе безліч моделей ведення бізнесу — дропшипінг, підписки, підписки на програмне забезпечення та сервіси, фрімійум (англ. — Freemium) підписки, традиційне виробництво, маркування та продаж, ребрендинг (або маркування) та продаж (англ. — White labeling), оптова торгівля, оренда та прокат.

Україна в світлі діджиталізаційних процесів, що наразі відбуваються, стала на шлях активного розвитку електронних ресурсів, сервісів, електронних державних послуг, та цифровізації в цілому. На сьогодні в Україні досить непогано законодавче врегульовано питання функціонування електронної комерції, електронних правочинів, електронного банкінгу, та багатьох інших явищ, що так чи інакше пов'язані із діджиталізацією.

2.6. Арбітражний розсуд в умовах діджиталізації

За сучасних умов важко уявити собі економіку без транскордонних операцій, й зовнішньої економічної діяльності взагалі. Велика кількість правочинів, темпи їх укладення й виконання неминуче впливають на виникнення спорів. Звернення до міжнародного комерційного арбітражу є одним з найпопулярніших способів вирішення таких спорів, особливо з огляду на його швидкість.

З історії арбітражу стає зрозумілим, що арбітри ніколи не були стиснуті виключно законодавчими рамками під час правозастосування та вирішення спорів. Нині ж, в часи стрімкого розвитку технологій, а,

відтак, й постійної зміни правовідносин, нормативно врегулювати увесь їх масив неможливо. Однак проблема прогагин в законодавстві не є абсолютною для міжнародного комерційного арбітражу. Гнучкість арбітражу забезпечується тим, що як сторони так і арбітри здатні реалізовувати власну дискрецію на всіх етапах провадження.

Не можна оминати увагою сучасні тенденції у сфері торгівлі, зокрема смарт-контракти.

Одне з перших легальних визначень смарт-контракту вміщене в Акті про зміни до законодавства штату Аризона щодо електронних транзакцій (Arizona Electronic Transactions Act (AETA)) 2017 року № HB 2417.³⁰³ Актом введено таке поняття смарт-контракту – це керована подіями програма, що функціонує в розподіленому, децентралізованому реєстрі, яка може керувати передачею активів і забезпечувати запис про це у цьому реєстрі.³⁰⁴

Дослідники виділяють два підходи до вирішення спорів, що виникають зі смарт-контрактів. Перший підхід передбачає, що смарт-контракти можуть діяти в рамках існуючого договірного права і спори що з них виникають можуть розглядатися судами або вирішуватися з допомогою альтернативних способів вирішення спорів. Таким чином, смарт-контракт «дозволяє сторонам з більшою довірою ставитися до первинних договорів, що дозволяє уникнути потенційних проблем, пов'язаних із затримкою виконання зобов'язань».³⁰⁵ Такий підхід можливо поширити і на інші проблеми, пов'язані з виконанням договору та забезпеченням його дотримання.

Другий підхід розглядає смарт-контракти як окремі правові інструменти, а не як цифрову альтернативу традиційним угодам. Подекуди, науковці вважають, що технології блокчейну і смарт-контракту можуть створити нову правову систему, або новий *lex cryptographia*. Дослідники стверджують, що деякі характеристики технологій блокчейн і смарт-контрактів, такі як анонімність, автоматичне виконання і стійкість до зламу, вказують на те, що «існуюча правова інфраструктура не може вирішити правові проблеми, що виникають зі спорів по криптовалютичним операціям»³⁰⁶. Замість класичного судового вирішення подібні спори вимагатимуть використання «розподіленої юрисдикції» (*distributed jurisdiction*), тобто управління на основі блокчейну. На думку авторів, така розподілена юрисдикція повинна бути розроблена і створена в процесі інституціональних інновацій. Смарт-контракти розширюють можливі форми взаємодії доступні сторонам, таким чином логічним

³⁰³ Shehata I. Smart Contracts & International Arbitration (November 24, 2018). URL: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3290026>

³⁰⁴ Arizona Electronic Transactions Act (AETA)) 2017. HB 2417 URL: <https://www.azleg.gov/legtext/53leg/1r/bills/hb2417p.pdf>

³⁰⁵ Allen D., Lane A., Poblet M. The Governance of Blockchain Dispute Resolution. *Harvard Negotiation Law Review*. 2020. Vol. 25:75. P. 82.

³⁰⁶ Kaal W. A., Calcaterra C. Crypto Transaction Dispute Resolution. *The Business Lawyer*. Vol. 73, Winter 2017–2018. P. 110.

постає питання чи стануть вони популярним альтернативним способом укладання договорів.³⁰⁷

Обидва підходи вказують на той факт, що сучасне договірне право в змозі забезпечити нормативне регулювання яке, зокрема, буде втілене у судовій практиці, проте явно не може врегулювати таку особливість смарт-контрактів як самовиконання. У той же час, тенденція до створення новітнього *lex cryptographia* нині не дає впевненості стосовно унормування блокчейн технологій в цілому, та смарт-контрактів зокрема, оскільки й досі перебуває на зародковому етапі активного обговорення. Дослідники, абсолютно справедливо, зазначають про необхідність вибору сторонами юрисдикції вирішення спорів, між розподіленою юрисдикцією, котра не зв'язана кордонами, а, відтак, й *lex arbitri* та *ordre public*, і більш звичними способами вирішення спорів (суд, арбітраж, медіація тощо).³⁰⁸ На нашу думку, подібний вибір сам по собі породжує певний розсуд сторін, який спрямовується природою укладеного смарт-контракту.

Ми не погоджуємося з думкою про те, що вирішення спорів які виникають з угод що мають змогу до само виконання, тобто смарт-контрактів, шляхом звернення до суду чи арбітражу є неможливим. Слушною є думка про те, що нині програмний сценарій дозволяє автоматизувати тільки ті частини угоди, які є детермінованими за своєю природою. Дійсно, будь-яка нетривіальна угода не може містити виключно формулювання типу «якщо – то», а, скоріше, охоплюється недетермінованими поняттями і загальними положеннями, такими як сумлінність, розумність і багатьма іншими поняттями, що складають основу договірної права. Якщо штучний інтелект не розвинеться до такого ступеня, що машина зможе імітувати людські міркування стосовно цих категорій, не можна виключати необхідність залучення стороннього арбітра, у випадку застосування такого роду правових концепцій для вирішення спору³⁰⁹. Відповідно, відкривається широке поле можливостей застосування розсуду усіма учасниками розгляду.

Станом на 2020 рік, відомі такі платформи вирішення «крипто спорів», засновані на технології блокчейн: *Mattereum*, *LTO Network*, *Sagewise*, *Kleros*, *Blockchain Arbitration Forum*, *Jury.Online*, *Enigma*, *Monetha*.³¹⁰ За повідомленням *Datarella GmbH* у 2017 році відбувся перший арбітражний розгляд з застосуванням блокчейну, варто зауважити, що розгляд був ігровим, для демонстрації можливостей

³⁰⁷ Allen D., Lane A., Poblet M. The Governance of Blockchain Dispute Resolution. *Harvard Negotiation Law Review*. 2020. Vol. 25:75. P. 83.

³⁰⁸ Ibid.

³⁰⁹ Ortolani P. The impact of blockchain technologies and smart contracts on dispute resolution: arbitration and court litigation at the crossroads. *Uniform Law Review*. 2019. Volume 24, Issue 2. P. 438.

³¹⁰ Allen D., Lane A., Poblet M. The Governance of Blockchain Dispute Resolution. *Harvard Negotiation Law Review*. 2020. Vol. 25:75. P. 75-101.

системи CodeLegit.³¹¹ Визначально, що система маючи автоматичний інструментарій, усе одно покладається на здоровий глузд арбітра, оскільки будь-який софт може мати помилки.

Про це наочно свідчать розроблені Datarella GmbH Правила блокчейн-арбітражу – CodeLegit White Paper on Blockchain Arbitration. Запропоновано таку форму арбітражного застереження: «Будь-які спори, суперечки або претензії, що виникають із цього договору чи стосуються цієї угоди, або її порушення, припинення чи недійсність, вирішуються арбітражем відповідно до Правил блокчейн-арбітражу».³¹² Також Правила містять загальні вказівки на спосіб вирішення спору у блокчейн-арбітражі.

Сутність блокчейн-арбітражу полягає в тому, що сторони, як правило, не залежать від місця проведення арбітражу, а будь-яка інформація, обмін якою відбувається, є захищеною технологією блокчейн. Головна відмінність від класичного арбітражу у предметі спору – смарт-контракт або відносини щодо криптовалюти. Розгляд відбувається у онлайн режимі, однак, наприклад, CodeLegit передбачає можливість зустрічей наживу, або ж у режимі відеоконференцій. Варто зауважити, що завдяки блокчейну при прийнятті арбітражного рішення арбітри мають можливість таємно проголосувати стосовно варіантів вирішення спору які пропонують деякі платформи автоматично, або ж запропоновані іншими арбітрами самостійно.

Серед дослідників існують питання до визнання арбітражного рішення у рамках Нью-Йоркської конвенції про визнання та виконання іноземних арбітражних рішень, оскільки рішення сформоване у формі комп'ютерного коду. Проте, в силу того, що предметом спору є смарт-контракт, виконання арбітражного рішення здійснюється всередині нього ж. До того ж CodeLegit пропонує елегантне вирішення цієї проблеми – арбітражне рішення може надсилатися поштою, як електронною так і звичайною. Здається, що можливості блокчейну варто поширювати й на звичайну арбітражну процедуру.

З огляду на широке впровадження блокчейну, й тенденцію до появи блокчейн-арбітражу, розсуд арбітрів є застосовним при вирішенні спорів у контексті смарт-контрактів.

Однак діджиталізація сама по собі не обумовлює необхідність дискреції в сучасному комерційному арбітражі, а лише актуалізує застосування арбітражного розсуду. Така тенденція слушно підтверджується думкою про те, що арбітражна дискреція є

³¹¹ CodeLegit Conducts First Blockchain-based Smart Contract Arbitration Proceeding. URL: <https://codelegit.com/2017/07/16/codelegit-conducts-first-blockchain-based-blockchain-arbitration-proceeding/>

³¹² CodeLegit White Paper on Blockchain Arbitration. URL: https://docs.google.com/document/d/1v_AdWbMuc2Ei70ghITC1mYX4_5VQsF_2804PsLckNM4

найвищою формою правової інтерпретації, як необхідної складової вирішення спорів.³¹³

Взагалі, при розгляді спору необхідність звернення арбітрами до розсуду виявляється вже на початковому етапі. Арбітраж має з'ясувати чи дійсною є арбітражна угода між сторонами. У випадку недійсності основного договору який містить арбітражне застереження особливого значення набуває розсуд арбітрів, які мають визначити чи дійсним залишається таке арбітражне застереження, з огляду на загальноприйнятую концепцію автономності арбітражної угоди у формі арбітражного застереження.

Тут простежується зв'язок з принципом компетенції-компетенції (*komptenz-kompetenz*) арбітражу. Він полягає у тому, що арбітри мають самостійну компетенцію, щодо того чи перебуває розгляд спору у їх компетенції. Оскільки чітких критеріїв визначення компетенції не існує, виключно за рахунок дискреції можливо вирішити завдання покладені на арбітрів на цьому етапі. В національному законодавстві цей принцип закріплено у ч. 1 ст. 16 Закону України «Про міжнародний комерційний арбітраж» третейський суд може сам прийняти постанову про свою компетенцію, в тому числі щодо будь-яких заперечень щодо наявності або дійсності арбітражної угоди.³¹⁴

Показовою у цьому випадку, є справа № 19127, котра розглядалася у 2013 році. База UNILEX містить короткий виклад обставин справи.³¹⁵ У своїх поданнях щодо юрисдикції сторони не вказали норми права, що визначають матеріальну силу арбітражної угоди. З цієї причини арбітражний суд, що знаходиться у Швейцарії, вважав, що в межах швейцарського законодавства має певний розсуд при вирішенні, які норми права він застосовуватиме до цього питання. Розглянувши різні норми права, арбітраж вирішив, що відсутність згоди сторін можна трактувати як негативний вибір і що зв'язок договору з різними країнами не є достатньо переважним, щоб виправдати застосування одного національного законодавства за винятком інших. Виходячи з вищевикладеного, арбітраж вирішив застосувати Принципи УНІДРУА та швейцарське законодавство до питання про матеріальну дійсність арбітражної угоди. Визначаючи, чи сторони дали згоду розглядати спір в арбітражі, було застосовано статтю 4.1, а також статтю 4.3 (с) Принципів УНІДРУА. В контексті тлумачення подальшої поведінки сторін арбітраж вирішив, що заяви компанії В свідчать про те, що арбітражне застереження було дефектним і непрацездатним. Арбітраж вирішив, що твердження про

³¹³ Гайдунін О. О. Інститут інтерпретації (*ius interpretatio* = law of interpretation): методологічні засади цивільно-правової теорії: монографія: у 2 т. Київ: Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, 2020. Т. 1. С. 449.

³¹⁴ Про міжнародний комерційний арбітраж: Закон України від 24.02.1994 № 4002-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/go/4002-12>

³¹⁵ Case no. 19127. UNILEX. URL: <http://www.unilex.info/principles/case/2203>

протилежне суперечить принципу *venire contra factum proprium* (заборони суперечливої поведінки), який застосовується згідно зі статтями 1.7 та 1.8 Принципів УНІДРУА, а також швейцарським законодавством. Примітно, що обидві сторони скасували арбітражну угоду та визнали юрисдикцію державних судів.

Арбітраж також зобов'язаний встановити яке право є застосовним до спору, як в матеріальному (чи правильно обране право сторонами), так і в процесуальному плані (яке право є застосовним для розгляду спору). Одним з випадків дискреційного тлумачення волі сторін стосовно заснованого права є справа № 12123.³¹⁶ Так, арбітражне застереження передбачало, що законом, що застосовується до суті спору, є «європейське право» без додаткових пояснень. Арбітражний суд встановив, що поняття «європейське право» може мати суттєве значення і вказує на «своєрідну суміш основних принципів, до яких прагнуть основні європейські системи, наприклад ті, що лежать в основі проектів Європейського цивільного кодексу, проекти УНІДРУА, ті, що містяться в міжнародних конвенціях єдиного законодавства, ті, що належать до *lex mercatoria*, тощо». Сторони, після такого висновку арбітрів, звузили свій вибір і просили арбітражний суд застосовувати французьке законодавство.

З огляду на таке, варто погодитися з думкою, що встановлення та застосування права, що регулюватиме сутність спору при розгляді і вирішенні справи в міжнародному комерційному арбітражі, слід здійснювати не на основі колізійних норм міжнародного приватного права країни місця арбітражу або згідно з іншими правилами, дійсними для здійснення правосуддя державними судами, а виходячи з тих принципів, що відповідають сутності самого арбітражного розгляду: принципу автономії волі сторін, необхідності врахування їхніх намірів та очікувань, виконання арбітрами завдання постановлення виконуваного арбітражного рішення.³¹⁷

Наприклад, згідно зі ст. 1051(2) Арбітражного закону Німеччини в разі відсутності будь-якого визначення застосовного права сторонами арбітражний суд застосовує право держави, з якою сутність спору є найбільш тісно пов'язаною.³¹⁸ Закон України «Про міжнародний комерційний арбітраж» містить ч. 2 ст. 28, згідно з якою, в разі відсутності якої-небудь вказівки сторін третейський суд застосовує право, визначене згідно з колізійними нормами, які він вважає застосовними.³¹⁹ Відповідно до ч. 2 ст. 41 Регламенту МКАС при ТПП України, в разі відсутності будь-якої вказівки сторін склад

³¹⁶ Case no. 12123. UNILEX. URL: <http://www.unilex.info/principles/case/1428>

³¹⁷ Нагнібіда В.І. Теоретичні засади правозастосування у міжнародному комерційному арбітражі: дис. ... д-ра. юрид. наук: 12.00.04. Київ, 2021. С. 255-256.

³¹⁸ *Arbitral Proceedings Reform Act* (German Arbitration Act). URL: <https://sccinstitute.com/media/29988/germanarbitration-act.pdf>

³¹⁹ Про міжнародний комерційний арбітраж: Закон України від 24.02.1994 № 4002-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/go/4002-12>

арбітражного суду застосовує право, визначене згідно з колізійними нормами, які він вважає за необхідне застосувати.³²⁰ Формулювання «які він вважає за необхідне застосувати» вказує на широку дискрецію арбітрів стосовно встановлення застосованого права.

Окремим випадком визначення застосованого права є уповноваження сторонами арбітражного суду діяти як дружній посередник (*amiable compositeur*), або ж проводити арбітраж на основі принципів добра і справедливості (*ex aequo et bono*). В разі обрання таких способів арбітражу розсуду арбітрів набуває максимальної важливості, оскільки склад арбітражного суду практично не пов'язаний жодним публічним порядком (*ordre public*).

Зауважимо, що арбітраж зазвичай на свій розсуд встановлює строки подання доказів, вирішує порядок подання доказів, їх перелік, якщо сторони не домовились про інше. Наприклад, арбітри можуть дозволити сторонам подавати докази у електронній формі. Така практика отримала назву «процедура розкриття електронних документів» (*e-disclosure*). Зазвичай, у випадку застосування *e-disclosure*, використовують послуги спеціалізованих компаній, які розміщують на захищеному сервері систематизовані документи у відсканованому вигляді. Примітно, що існує Протокол щодо розкриття документів у електронній формі в міжнародному арбітражі (*Protocol for E-Disclosure in International Arbitration*), ухвалений Королівським інститутом арбітрів Великої Британії.³²¹ Однак, положення Правил ефективної організації процесу в міжнародному арбітражі (Празькі правила) не рекомендують проводити процедуру розкриття доказів, особливо у форматі *e-disclosure*, через зниження швидкості процесу, однак за обґрунтованої необхідності розкриття доказів допускається.³²²

Необхідно наголосити, що Празькі правила є своєрідним договором для сторін та складу арбітражу яким чином реалізовувати власні дискреційні повноваження з метою пришвидшення процесу арбітражного розгляду без шкоди його якості. Оскільки Празькі правила є актом м'якого права, їх застосування є додатковим до *lex arbitri*, регламенту арбітражу, домовленостей сторін, більше того, сторонам та арбітрам не заборонено адаптувати положення правил до конкретного спору за умови спільної згоди. Така гнучкість дозволяє широко використовувати Празькі правила з метою встановлення найбільш ефективної та економної процедури розгляду спору.

³²⁰ Регламент Міжнародного комерційного арбітражного суду при Торгово-промисловій палаті України. Затверджений Рішенням Президії Торгово-промислової палати України №25(6) від 27.06.2017, зі змінами, внесеними Рішенням Президії Торгово-промислової палати України № 2 (2) від 17.09.2020. URL: https://icac.org.ua/wp-content/uploads/Reglament_UA_2020_print_1603953966.pdf

³²¹ Protocol for E-disclosure in Arbitration. Chartered Institute of Arbitrators. URL: <https://www.ciarb.org/media/1272/e-iscolusureinarbitration.pdf>.

³²² Правила эффективной организации процесса в международном арбитраже (Празские правила). <https://praguerules.com/upload/medialibrary/443/44329e359e3111b0abca6f3b1be20412.pdf>

Варто наголосити на тому, що будь-який розсуд повинен мати межі, інакше він перетвориться у свавільну поведінку. Саме тому арбітри послуговуються, окрім іншого, нормами етики. Наприклад, діє Кодекс етики арбітрів при вирішенні комерційних спорів (The Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes), розроблений Американською арбітражною асоціацією та Американською асоціацією юристів.³²³ Празькі правила також встановлюють межі дискреції сторін та арбітрів, особливо в контексті тенденції до передачі сторонами більш широких повноважень щодо встановлення процедури складом арбітражу.³²⁴

Таким чином, розсуд арбітрів та сторін існує поза контекстом діджиталізації, однак об'єктивний вплив високих технологій змушує застосовувати розсуд більш широко, виступає «каталізатором» дискреції. Застосування дискреції (розсуду) арбітрами є об'єктивно визначеною необхідністю проведення арбітражного розгляду, зокрема встановлення порядку й строків розкриття доказів, визначення застосовного права. Арбітражний розгляд має ґрунтуватися, перш за все на загальних засадах арбітражу, враховувати межі розсуду, для уникнення можливих проявів свавільної поведінки. Впевнено можна сказати, що діджиталізація позитивно впливає на ефективність розв'язання спорів у міжнародному комерційному арбітражі.

³²³ The Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes. URL: https://adr.org/sites/default/files/document_repository/Commercial_Code_of_Ethics_for_Arbitrators_2010_10_14.pdf

³²⁴ Правила эффективной организации процесса в международном арбитраже (Празские правила). URL: <https://praguerules.com/upload/medialibrary/443/44329e359e3111b0abca6f3b1be20412.pdf>

Розділ III.

ПИТАННЯ ПРАВОВОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ РИНКОВОЇ ЕКОНОМІКИ

3.1. Міжнародні договірні механізми запобігання штучному уникненню статусу постійного представництва нерезидента у сфері оподаткування

В сучасних умовах в нашій державі гранично загострюється суспільно значуща проблема забезпечення стабільних надходжень державного бюджету, що актуалізує необхідність підвищення дієвості правових механізмів, насамперед міжнародно-договірних, протидії уникненню оподаткування як резидентів, так і нерезидентів України.

В умовах розширення кола стратегій уникнення оподаткування, які реалізуються суб'єктами транскордонної комерційної діяльності усіх без винятку держав, для останніх актуалізувались проблеми щодо інститутів, загальні концептуально-правові підходи щодо яких вважались узгодженими на багатосторонньому рівні у форматі модельних (типових) конвенцій та імplementовано державами з певними варіаціями на рівні двосторонніх договорів про уникнення подвійного оподаткування, а також закріплено як усталені засади в актах податкового законодавства.

Конкретизувати наведену тезу можна на прикладі інституту «постійного представництва» (Permanent Establishment) нерезидента, який набув багатогранного проблемного характеру в декількох площинах у контексті оптимізації (мінімізації) оподаткування у сфері транскордонних комерційних відносин.

Так, зокрема, у модернізованому в останні роки законодавстві Європейського Союзу, спрямованого на гармонізацію податкового законодавства держав – членів ЄС у сфері протидії уникненню оподаткуванню, постійне представництво розглядається як невід'ємний компонент проблеми розмивання податкової бази та виведення прибутку з-під оподаткування через створення «контрольованих іноземних компаній». Поряд із цим, функціонування постійного представництва на території будь-якої держави актуалізує проблему застосування трансфертних цін у відносинах з нерезидентом, через яке ним здійснюється підприємницька діяльність на території іноземної держави.

Поряд із наведеними гранями проблеми, в якій поєднуються правові аспекти створення постійних представств нерезидентів та схеми уникнення оподаткування, пов'язані з інститутами контрольованих іноземних компаній та трансфертного ціноутворення, у межах цієї статті

увагу сфокусовано ще на одній проблемній економіко-правовій грані функціонування таких представництв.

У даному випадку йдеться про один із основних сучасних трендів, який полягає у намаганнях нерезидентів уникнути оподаткуванню в державах, на територіях яких вони здійснюють підприємницьку діяльність шляхом штучного уникнення правового статусу постійних представництв, загальні засади та особливості створення, функціонування та оподаткування яких закріплено у двосторонніх договорах про уникнення подвійного оподаткування.

31 грудня 2019 року для України набрала чинність Багатостороння конвенція про виконання заходів, які стосуються угод про оподаткування, з метою протидії розмиванню бази оподаткування та виведенню прибутку з-під оподаткування³²⁵. Саме ця Багатостороння конвенція ОЕСР (OECD Multilateral Convention) стала міжнародно-правовим інструментом, за допомогою якого узгоджені державами на багатосторонньому рівні концептуально-правові підходи щодо модернізації інституту постійного представництва імплементуються на двосторонньому міжнародно-договірному рівні.

Наведене дозволяє сформулювати мету статті, яка полягає у розкритті змісту норм Багатосторонньої конвенції щодо постійних представництв нерезидентів, повідомлень та застережень до неї України та певного кола іноземних держав, які репрезентують на лише Європейський Союз, та правових наслідків їх імплементатії щодо двосторонніх договорів про уникнення подвійного оподаткування, які мають брати до уваги як судові та податкові органи, так і платники податків. За відсутності поки що достатньої кількості релевантних науково-правових досліджень в Україні, для досягнення мети статті необхідним є проведення власного аналізу та формування висновків, спираючись на першоджерела, зокрема, міжнародні багатосторонні та двосторонні договори у сфері оподаткування, модельні (типові) конвенції ОЕСР та ООН, положення та висновки Фінального звіту ОЕСР щодо Дії 7, судових рішень (постанов) судів України усіх інстанцій, а також результатів наукових досліджень іноземних фахівців у сфері міжнародного оподаткування.

На сучасному етапі чинні двосторонні договори України можна диференціювати за критерієм модернізації інституту постійного представництва нерезидентів на три групи, де перша охоплює договори, норми яких суттєво удосконалено, друга – договори з частковою модернізацією норм та третя – у яких система норм цього інституту залишатиметься чинною в існуючих багато років редакціях.

У даному контексті зазначимо, що у межах цієї статті другу групу репрезентуватиме двосторонній договір (конвенція) з одним із

³²⁵ Багатостороння конвенція про виконання заходів, які стосуються угод про оподаткування, з метою протидії розмиванню бази оподаткування та виведенню прибутку з-під оподаткування. URL.: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/376_001-16#n2 (дата звернення: 15.08.2021)

апологетів процесів європейської інтеграції – Францією (далі – українсько-французька Конвенція)³²⁶, третю групу – подібний договір з іншим апологетом спільного європейського проекту – Німеччиною (далі – українсько-німецька Угода)³²⁷ [3]. У свою чергу, для того, щоб не фокусувати надмірну увагу у наукових дослідженнях на міжнародних договорах з державами – членами ЄС, першу групу репрезентуватиме один з економічних лідерів Великої Східної Азії, причому, не Китай, а Японія, аналіз договору з якою зберігає актуальність, незважаючи на те, що він пов'язаний з минулою історичною епохою.

Дійсно, на нинішньому етапі для України зберігає чинність Конвенція між Урядом СРСР та Урядом Японії про уникнення подвійного оподаткування щодо податків на доходи від 18 січня 1986 р.³²⁸. Як зазначено у листі Державної податкової адміністрації № 290/7/12-0117 від 11.01.2000 Про застосування міжнародних договорів про уникнення подвійного оподаткування, відповідно до положень Закону України «Про правонаступництво України», Україна застосовує договори СРСР про уникнення подвійного оподаткування, що діють до набуття чинності новими договорами³²⁹. Дійсно, відповідно до ст. 7 зазначеного Закону України, наша держава є правонаступником прав і обов'язків за міжнародними договорами Союзу РСР, які не суперечать Конституції України та інтересам республіки. Виходячи з наведеного, цілком обґрунтованим є включення Україною Конвенції між Урядом СРСР та Урядом Японії про уникнення подвійного оподаткування щодо податків на доходи до переліку угод, на які розповсюджується дія Багатосторонньої конвенції ОЕСР. Оскільки аксіоматичним є твердження, що одностороннього волевиявлення України є недостатнім для модернізації радянсько-японської Конвенції, варто звернутись до офіційної інформації Міністерства фінансів Японії (станом на 28 грудня 2020 р.), де зазначено, що Японія бажає розповсюдити дію Багатосторонньої конвенції ОЕСР також на цю радянсько-японську Конвенцію в частині, зокрема, імплементації норм щодо протидії штучному уникненню статусу постійного представництва³³⁰.

³²⁶ Конвенція між Урядом України і Урядом Французької Республіки про уникнення подвійного оподаткування та попередження податкових ухилень стосовно податків на доходи і майно. URL.: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/250_001#Text (дата звернення: 16.08.2021).

³²⁷ Угода між Україною і Федеративною Республікою Німеччина про уникнення подвійного оподаткування стосовно податків на доход і майно. URL.: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/276_001#Text (дата звернення: 16.08.2021).

³²⁸ Конвенция между Правительством СССР и Правительством Японии об избежании двойного налогообложения в отношении налогов на доходы от 18 января 1986 г.. URL.: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/392_007#Text (дата звернення: 17.08.2021).

³²⁹ Лист Державної податкової адміністрації України N 290/7/12-0117 від 11.01.2000 «Про застосування міжнародних договорів про уникнення подвійного оподаткування». URL.: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v0290225-00#Text> (дата звернення: 17.08.2021).

³³⁰ Convention to Implement Measures to Prevent BEPS (MLI) Ministry of Finance, Japan, as of February 28, 2020. URL.: mof.go.jp/english/tax_policy/tax_conventions/mli.htm (дата звернення: 01.09.2021).

Обрані для системного порівняльно-правового аналізу двосторонні договори – українсько-французька Конвенція, українсько-німецька Угода та радянсько-японська Конвенція – повною мірою відображають як правові передумови для виникнення основних трендів у сфері уникнення оподаткування, пов'язані з маніпулюванням суб'єктами трансграничної комерційної діяльності статусом постійного представництва, так і легітимні та легальні правові бар'єри, які запроваджуються державами на рівні багатосторонніх та двосторонніх договорів.

Двосторонні договори України про уникнення подвійного оподаткування імплементували усталені у міжнародно-договірній практиці підходи щодо оподаткування прибутку суб'єктів трансграничної економічної діяльності, які є резидентами інших держав – Франції, Німеччини, Японії. Так, виходячи зі змісту п. 1 ст. 7 українсько-французької Конвенції, п. 1 ст. 7 українсько-німецької Угоди та п. 1 ст. 5 радянсько-японської Конвенції, прибуток, відповідно, французької, німецької або японської компанії від підприємницької (комерційної) діяльності на території України оподатковується лише на території цих держав

Ці та інші двосторонні договори про уникнення подвійного оподаткування України містять подібні диспозиції правових норм, які можна було б вважати імперативними за відсутності гіпотез цих норм обмежувального характеру – якщо така діяльність нерезидента не здійснювалась через розташоване на території України постійне представництво. Отже, Україна має право на оподаткування прибутку нерезидентів від здійснення на її території підприємницької діяльності за умови наявності представництва нерезидента, яке може бути визнане постійним, але виключно в тій частині, що стосується цього постійного представництва.

Відповідно до ст. 5 Модельної конвенції ОЕСР про уникнення подвійного оподаткування на доходи та капітал (далі – Модельна конвенція)³³¹, для цілей цієї Конвенції термін постійне представництво означає постійне місце діяльності, через яке повністю або частково здійснюється діяльність нерезидента. Зазвичай, оперуючи дефініцією «постійне представництво», увага фокусується на одному зі ключових компонентів, який визначається формулюванням «постійне місце діяльності» (fixed place of business), через яке повністю або частково здійснюється комерційна (підприємницька) діяльність нерезидента. У двосторонньому договорі безпосередньо з Японією цей аспект не знайшов подальшої конкретизації, водночас у більшості подібних договорів незалежної України, у тому числі, з Францією та Німеччиною, цілком логічним є те, що таке місце діяльності пов'язується з офісом, фабрикою, свердловиною для видобутку корисних копалин тощо.

³³¹ Model tax convention on income and on capital: condensed version 2017. URL: <https://www.oecd.org/ctp/treaties/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-20745419.htm> (дата звернення: 03.09.2021).

Попри логічність такого підходу, навіть за наявності такого постійного місця діяльності, воно не обов'язкового підлягатиме кваліфікації як постійне представництво в силу передбачених двосторонніми договорами виключень з цього правила. Коли йдеться про виключення (наслідком яких буде те, що постійне місце ведення діяльності не буде вважатися постійним представництвом згідно з його визначенням), у п. 4 ст. 5 українсько-французької Конвенції та п. 3 ст. 4 радянсько-японської Конвенції малися на увазі раніше, а у п. 4 ст. 5 українсько-німецької Угоди маються на увазі й нині, аналогічні за змістом позиції, що термін «постійне представництво» не включає:

а) використання споруд виключно з метою зберігання, демонстрації або поставки товарів чи виробів, що належать, наприклад, французькому підприємству;

б) утримання запасів товарів або виробів, що належать підприємству, виключно з метою зберігання, демонстрації або поставки (*прим. – доцільність курсиву зумовлена важливим аспектом, який аналізується нижче*);

с) утримання запасів товарів або виробів, що належать французькому підприємству, виключно з метою переробки іншим підприємством;

д) утримання постійного місця діяльності виключно з метою закупівлі товарів чи виробів або для збирання інформації для підприємства;

е) утримання постійного місця діяльності виключно з метою здійснення для підприємства будь-якої іншої діяльності підготовчого чи допоміжного характеру

ф) утримання постійного місця діяльності виключно для здійснення будь-якої комбінації видів діяльності, перелічених у підпунктах від а) до е), за умови, що сукупна діяльність постійного місця діяльності, яка виникає внаслідок такої комбінації, має підготовчий або допоміжний характер.

Незважаючи на те, що наведена норма носить похідний характер у межах цієї статті її доцільно визначити як «базова норма», що дозволить уникнути її багаторазового повторного відтворення.

Закріплення аналогічних за змістом базових норм у зазначених та інших двосторонніх договорах України про уникнення подвійного оподаткування є цілком закономірним, оскільки вони ґрунтуються на нормах Модельної конвенції ОЕСР та Типової конвенції ООН³³². При цьому варто звернути увагу на один аспект, який полягає у тому, що пп. «б» статей 5 зазначених конвенцій відрізняється за змістом в одному компоненті. Так, у Типовій конвенції ООН відсутній компонент «поставки», який має місце у Модельній конвенції ОЕСР,

³³² The United Nations Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries. URL.: https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2018/05/MDT_2017.pdf (дата звернення: 03.09.2021).

що, у свою чергу, також закріплено в українсько-французькій Конвенції, українсько-німецькій Угоді та радянсько-японській Конвенції. Експерти ООН слушно вважали, що цей елемент діяльності з утримання запасів товарів або виробів, що належать нерезидентам з метою не тільки зберігання і демонстрації, а також поставки зміщує акценти на діяльність, безпосередньо спрямовану на одержання прибутку, що робить дискусійним обґрунтованість віднесення такої діяльності у цілому відносити до виключень з оподаткування. Цей дискусійний аспект цікаво вирішений через акцентування на тому, що така поставка можлива, але обов'язково повинна носити разовий характер, наприклад, у договорі з Фінляндією, відповідно до пп. «b» п. 4 ст. 5 якої постійне місце діяльності не перетворюватиметься у постійне представництво у випадку «утримання запасів товарів або виробів, що належать підприємству, з єдиною метою зберігання, показу або разової поставки».

Визначальною ознакою сучасного етапу модернізації міжнародних договорів у сфері протидії уникненню оподаткування можна вважати те, що з одним колом держав – учасниць Багатосторонньої конвенції ОЕСР, наведена вище редакція базової норми вже зазнала суттєвих змін, з іншим колом учасниць цієї ж Конвенції – залишається та, високоімовірно залишатиметься й у подальшому, в чинній редакції.

У процесі імплементації Багатосторонньої конвенції ОЕСР для України ключового значення набуває її п. 2 ст. 7 (варіант «А»), де передбачено, що незалежно від положень Угоди про оподаткування, на яку поширюється дія цієї Конвенції, які визначають термін «постійне представництво», цей термін вважається таким, що не охоплює:

а) види діяльності, безпосередньо вказані в Угоді про оподаткування до внесення цією Конвенцією змін, як види діяльності, які вважаються такими, що не засновують постійне представництво, незалежно від того, чи таке виключення зі статусу постійного представництва залежить від підготовчого або допоміжного характеру діяльності, чи ні;

б) підтримання постійного місця ведення діяльності, виключно з метою продовження для підприємства будь-якого виду діяльності, не зазначеного у підпункті а);

с) підтримання постійного місця ведення діяльності, виключно для поєднання видів діяльності, зазначених у підпунктах а) і б),

за умови, що така діяльність, або, у випадку, коли застосовується підпункт с), загальна діяльність постійного офісу має підготовчий або допоміжний характер.

Така зміна редакції базової норми, а у дійсності, повна заміна в українсько-французькій Конвенції п. 4 ст. 5, а в радянсько-японській Конвенції – п. 3 ст. 4, трансформує у невичерпний перелік видів діяльності, які можуть підпадати під виключення, водночас, не зачіпає її концептуально-правового смислового ядра. Внаслідок цього

у нерезидентів зберігаються можливості не підпадати під оподаткування прибутку в Україні у випадку визнання їх такими, що не мають постійного представництва на території нашої держави у випадку здійснення будь-яких видів діяльності, яким притаманний спільний знаменник, що така діяльність носить «підготовчий та допоміжний характер».

Діаметрально протилежне розуміння у платників податків та податкових органів України характеру діяльності, яка здійснюється нерезидентами через постійні місця діяльності та носить або ж не носить «підготовчого та допоміжного характеру», призводить до виникнення судових спорів, які неодноразово проходять суди усіх інстанцій, які також одну й ту ж діяльність представництва нерезидента, можуть кваліфікувати різним чином.

Фокусуючи увагу на правових позиціях Верховного Суду як касаційної інстанції щодо цієї категорії справ, репрезентативно можна вважати одну із останніх його постанов у справі від 16 березня 2020 р. №826/7675/18³³³ за позовом Представництва резидента Німеччини «ЮСБ ФАРМА ГМБХ» до Головного управління Державної фіскальної служби у м. Києві про визнання протиправними та скасування податкових повідомлень-рішень.

Обґрунтовуючи свої позовні вимоги, позивач наголосив на тому, що висновки фіскальних органів України зроблено без належного з'ясування характеру його діяльності, яка не дублювала основну діяльність материнської компанії (хед-офісу), при цьому він не отримував будь-якого доходу від третіх осіб, тому не може бути визнаний постійним представництвом для цілей податкового законодавства.

У свою чергу, обґрунтовуючи вимоги касаційної скарги, відповідач вказав, що підставою для визнання позивача комерційним (постійним) представництвом стала діяльність позивача щодо реєстрації та рекламування в Україні лікарських засобів, які вироблялися не безпосередньо компанією-нерезидентом ФРН компанією «UCB Pharma GmbH», а іншими виробниками-нерезидентами, на яких не розповсюджується дія Угоди між Україною і Федеративною Республікою Німеччина про уникнення подвійного оподаткування стосовно податків на доход і майно, зокрема, компанії «NextPharma SAS» (Франція).

За результатами розгляду справи Верховний Суд дійшов висновку, що діяльність представництва резидента Німеччини носила підготовчий та допоміжний характер, внаслідок чого воно не може бути визнаним постійним представництвом та оподатковуватись податком на прибуток в Україні. Отже, касаційну скаргу Головного управління Державної фіскальної служби у м. Києві залишено без задоволення, а рішення Окружного

³³³ Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду від 16 березня 2020 року, справа №826/7675/18, адміністративне провадження №К/9901/29144/19. URL.: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/88360094> (дата звернення: 10.09.2021).

адміністративного суду міста Києва від 26.04.2019 та постанову Шостого апеляційного адміністративного суду від 25.09.2019 залишено без змін.

Виділяючи ключові критерії, які слугують підставою для розмежування «постійного» (комерційного) та «непостійного» (некомерційного) представництва, Верховним Судом ще раз наголошено на тому, що діяльність некомерційного представництва, насамперед, має виключно підготовчий або допоміжний характер щодо діяльності материнської компанії і має бути відмінною від статутних функцій материнської компанії.

У межах розглянутої вище постанови Верховного Суду було здійснено посилання на аналогічну позицію Верховного Суду, обґрунтовану в іншій справі від 24.05.2019 № 826/3191/13 а³³⁴, в якій суди першої та апеляційної інстанцій дійшли протилежних висновків щодо того, чи носить діяльність представництва нерезидента України щодо реєстрації лікарських засобів в Міністерстві охорони здоров'я України, замовленні рекламної продукції на препарати фармацевтичного призначення саме «підготовчий та допоміжний характер».

У роз'ясненнях до положень Модельної Конвенції ОЕСР, на основі якої підписано Угоду між Україною та Федеративною Республікою Німеччина про уникнення подвійного оподаткування стосовно податків на доход і майно, наведені критерії для оцінки діяльності представництв як допоміжної або підготовчої. Так, відповідно до пунктів 23 та 24 офіційного Коментаря до Модельної Конвенції ОЕСР діяльність представництва не може вважатись такою, що має допоміжний характер, якщо вона переважно здійснює такі ж функції, що і материнська компанія.

У контексті розкритого вище зберігається важливе концептуально-правове співвідношення понять «постійне представництво» та «постійне місце ведення діяльності», де кожне постійне представництво є постійним місцем ведення діяльності, водночас, не кожне постійне місце ведення діяльності є постійним представництвом.

Як наголошує німецький юрист Мартін Мор (Dr. Martin Mohr), як країна орієнтована на експорт, Німеччина, як правило, не бажає визнавати постійне представництво компаній в іншій країні та займає консервативну позицію, відхиляючи низку новел Модельної конвенції ОЕСР і Багатосторонньої конвенції MLI та роблячи відповідні застереження на міжнародному рівні. Це стосується, зокрема, кваліфікації дій в інтересах німецьких компаній з боку залежних агентів або певних суб'єктів права, які визнаються агентами з незалежним статусом. Водночас, Німеччина сприйняла точку зору в межах Багатосторонньої конвенції ОЕСР щодо виключень з

³³⁴ Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду від 24 травня 2019 року, справа №826/3191/13-а, адміністративне провадження №К/9901/4500/18. URL.: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/81981690> (дата звернення: 10.09.2021).

визначення терміну постійного представництва певних видів діяльності, які носять допоміжний або підготовчий характер³³⁵.

У зазначеній Багатосторонній конвенції, а саме у ст. 13, передбачено можливі альтернативні опції, одну з яких може обрати кожна держава, або ж відмовитись від застосування будь-якої з них.

При ратифікації Багатосторонньої конвенції ОЕСР Україною сформульовано повідомлення до зазначеної вище ст. 13, сутність якого полягає у тому, що з двох запропонованих у цій Конвенції альтернативних варіантів – «А» (п. 2 ст. 13) або «В» (п. 3 ст. 13) Україна бажає застосовувати варіант «А». При цьому усі три двосторонні міжнародні договори про уникнення оподаткування, які розглядаються у межах цієї статті – з Францією, Німеччиною та Японією, включено до переліку двосторонніх договорів, на які Україна має намір розповсюдити дію Багатосторонньої конвенції.

У тому випадку, якби Франція зробила аналогічний вибір на користь варіанту «А», то п. 4 ст. 5 українсько-французької Конвенції набув би суттєво іншого змісту, оскільки замінив би собою наведену раніше її «базову норму». Застосування у наведеному твердженні умовного способу «якби» є цілком доречним, оскільки в офіційній правовій позиції Франції зазначено, що вона бажає застосовувати варіант «В», який відрізняється за змістом від варіанту «А». Правовим наслідком того, що Україна та Франція зробили різні повідомлення щодо одного й того ж положення їхньої двосторонньої Конвенції (п. 4 ст. 5) є незастосування ні варіанту «А», ні варіанту «В». Отже, незважаючи на модернізацію низки інших норм українсько-французької Конвенції, ті її норми, що стосуються правових механізмів розв'язання проблеми штучного уникнення статусу постійного представництва шляхом виключень, передбачених для окремих видів діяльності, підлягають й подальшому застосуванню в «старій», існуючій більше двадцяти років редакції.

У даному контексті варто звернути увагу на особливість імплементації Багатосторонньої конвенції, яка полягає у тому, що у випадку вибору іншими державами також варіанту «А» щодо двостороннього договору з Україною (що реально має місце, наприклад, у відносинах з Данією, Індією) він підлягає застосуванню замість відповідних «базових норм» цих договорів у попередній редакції.

Аналогічні до українсько-французьких правові наслідки для правозастосовної діяльності мають місце також щодо українсько-німецької Угоди, водночас, з інших підстав. Питання полягає у тому, що, на відміну від нашої держави, Німеччина виключила двосторонню Угоду з Україною з переліку договорів, на які вона бажає розповсюдити дію Багатосторонньої конвенції, у цілому.

³³⁵ Dr. Martin Mohr. Germany under pressure to amend position on taxable presence in foreign country. URL.: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=30eaf6e9-8281-48c3-974b-0480ee25e13f> (дата звернення: 15.09.2021).

На фоні розкритих правових позицій лідерів ЄС, які призводять до «заморожування» старих правових механізмів, які не дозволяють синхронно підвищити рівень протидії уникненню оподаткування нерезидентів, заслуговує на увагу саме радянсько-японська Конвенція. Отже, зазначена Конвенція, яка репрезентує минулу історичну епоху, характеризується найвищим рівнем модернізації її норм, спрямованих на запобігання штучному уникненню статусу постійного представництва шляхом виключень для окремих видів діяльності. Дійсно, відповідно до інформації у спеціальній базі даних ОЕСР, Японія також офіційно висловила бажання застосовувати варіант п. 2 ст. 13 – варіант «А», внаслідок чого саме він підлягає застосуванню замість п. 3 ст. 4 радянсько-японської Конвенції³³⁶.

У даному контексті важливо акцентувати увагу на запровадженні Багатосторонньою конвенцією ОЕСР певного обмеження, яке звужує можливості підпадати під міжнародно-договірні виключення щодо статусу постійного представництва. Як було розкрито вище, закріплені у двосторонніх договорах про уникнення подвійного оподаткування виключення ґрунтуються на спільному концептуально-правовому знаменнику, що у випадку здійснення діяльності, яка носить виключно допоміжний або підготовчий характер, постійне місце здійснення діяльності не перетворюється на постійне представництво нерезидента, внаслідок чого не набуває статусу платника податку на прибуток.

Такий підхід можна вважати раціональним та прийнятним, водночас однією зі стратегій нерезидентів з уникнення оподаткування стало зловживання виключеннями, передбаченим у двосторонніх договорах шляхом юридичної фрагментації фактично цілісної діяльності. Це здійснювалось з метою імітації того, що діяльність у постійному місці її здійснення на території певної держави носить допоміжний та підготовчий характер щодо основної діяльності нерезидента.

Немодернізовані двосторонні договори України про уникнення подвійного оподаткування не містять належних правових «анти-фрагментаційних запобіжників», які дозволили б унеможливити втілення нерезидентами як теоретично, так і практично декількох простих, але вигідних для них алгоритмів, які дозволяли їм цілком легально, зокрема:

1. Створювати одноосібно декілька постійних місць діяльності на території України, які не є організаційно та функціонально відокремленими, навпаки, є складовими цілісної діяльності.

2. Створювати одне постійне місце діяльності, через яке, однак, здійснюється не лише безпосередньо діяльність одного нерезидента, а й тісно пов'язаних з ним інших нерезидентів, які формально не мають відношення до створення цього місця діяльності.

³³⁶ MLI Matching Database (beta). URL.:<https://www.oecd.org/tax/treaties/mli-matching-database.htm> (дата звернення: 16.09.2021).

3. Здійснювати декількома резидентами – тісно пов'язаними особами підприємницької діяльності через декілька постійних місць діяльності на території України, які також (як і у випадку 1), розділяючи на окремі складові (ніби то «підготовчі та допоміжні») цілісну діяльність, наприклад, торговельну (де доставка товару з-за кордону формально-юридично здійснюється однією пов'язаною особою-нерезидентом, його подальше зберігання на складі в Україні – іншою, реалізація покупцям на території України – третьою).

Для запобігання таким та подібним узгодженим недобросовісним діям суб'єктів транскордонної економічної діяльності у Багатосторонній конвенції ОЕСР передбачено можливість запровадження державами правового бар'єру. Виходячи з того, що ні Україна, ні Франція, ні Японія не зробили відповідного застереження та, не розкриваючи детально у межах цієї статті досить складні системні та логічно-змістовні зв'язки статей 8, 7, 5 (а) Багатосторонньої конвенції, варто звернути увагу на важливу особливість її імплементації. Сутність цієї особливості полягає у тому, що не тільки до нової норми радянсько-японської Конвенції, а й до старої редакції базової норми українсько-французької Конвенції вже підлягає застосуванню спеціальний п. 4 ст. 13 Багатосторонньої конвенції ОЕСР.

Внаслідок застосування зазначеного пункту ст. 13 Багатосторонньої конвенції ОЕСР п. 3 ст. 4 радянсько-японської Конвенції та п. 4 ст. 5 українсько-французької Конвенції (де міститься перелік конкретних видів діяльності, які визнаються такими, що не засновують постійне представництво), не застосовується до постійного місця ведення діяльності нерезидента. Міжнародно-договірні виключення не працюватимуть за певних умов, якщо нерезидент або ж пов'язана з ним особа здійснює комерційну діяльність у цьому самому місці або, навіть, в іншому місці на території іншої держави. При цьому зрозуміло, що загальна діяльність, яка є поєднанням окремих видів діяльності, не повинна носити підготовчого або допоміжного характеру, що є проявом усталеного підходу. Водночас, міжнародно-договірною новелою є запровадження частини норми щодо не застосування виключень, за умови, що комерційна діяльність здійснювана двома нерезидентами на одному і тому самому місці, або одним і тим самим нерезидентом або нерезидентами, які є тісно пов'язані між собою, в двох місцях, являє собою взаємопов'язані функції, які є частиною цілісної ділової операції.

Порівняльний аналіз, з одного боку, концепції «цілісної бізнес операції» та анти-фрагментаційних новел Модельної конвенції ОЕСР, з іншого – законодавства Франції щодо концепції «повного комерційного циклу» та її застосування у судовій практиці Верховного Суду Франції, дозволив французькому фахівцю Стефану Геліну (Stephane Gelin) зробити висновок щодо змістовної та функціональної якщо не їх тотожності, то подібності. При цьому концепцію «повного комерційного циклу» слід тлумачити розширювально, оскільки вона охоплює операції, які здійснюються із заздалегідь визначеними цілями та є послідовними елементами єдиного цілісного бізнес процесу, що може бути

репрезентовано діяльністю у сфері купівлі-продажу, виробництва і продажу та відповідними договорами, у тому числі, лізингу³³⁷.

Отже, серед держав, договори України з якими розглядаються межх цієї статті, норми Багатосторонньої конвенції ОЕСР, якими запроваджуються правові бар'єри для фрагментації підприємницької діяльності нерезидентів на території України, стали невід'ємною частиною двосторонніх договорів з Францією та Японією, водночас, щодо договору з Німеччиною ці новели не застосовуються.

Підсумовуючи викладене вище, можна зробити висновок, що двосторонні міжнародні договори України про уникнення подвійного оподаткування містять як важливі новели, так і константи щодо проблеми уникнення статусу постійного представництва шляхом виключень для окремих видів діяльності. При цьому як загальний процес майже одночасної модернізації таких договорів, так і різнорівневий формат цього процесу з іноземними державами зумовлений, по-перше, узагальненням основних стратегій уникнення оподаткування суб'єктів транскордонної економічної діяльності та розробкою сучасних міжнародно-договірних механізмів протидії таким стратегіям з боку держав у межах Дії 7 Плану дій BEPS, по-друге, різним баченням держав незалежно від регіональної приналежності щодо доцільності імплементації Багатосторонньої конвенції щодо двосторонніх договорів з Україною у цілому та щодо їхніх норм стосовно постійних представництв нерезидентів зокрема.

Постійні представництва нерезидентів є органічним елементом економічної системи, яка зародилася у минулому столітті, що конститує фізичну присутність нерезидентів на території іноземної держави через постійне місце здійснення підприємницької (комерційної) діяльності, що є передумовою для їх оподаткування податком на прибуток. У свою чергу, динамічний розвиток нових бізнес моделей транскордонного цифрового бізнесу позбавляє необхідності для нерезидентів створювати класичні постійні представництва, що породжує велику кількість проблем оподаткування нерезидентів, які мають на ринках держав виключно цифрову присутність, що заслуговує на дослідження цієї проблематики у межах наступної наукової статті у межах системного наукового економіко-правового дослідження.

3.2. Практика застосування санкцій Радою національної безпеки та оборони України крізь призму приватно-правового регулювання

³³⁷ Gelin S. The New Permanent Establishment Status After BEPS: Déjà Vu In France? . URL.: <https://www.cms-lawnow.com/ealerts/2016/10/the-new-permanent-establishment-status-after-beps-deja-vu-in-france>(дата звернення: 16.09.2021).

Застосування санкцій щодо окремих громадян за певними ознаками не є новим інструментом економічного та політичного впливу на останніх. Зазначений інститут бере свій початок ще з часів Стародавньої Греції та Стародавнього Риму, коли громадяни, які були небезпечні для держави, повністю або частково позбавлялися своїх прав та зазнавали обмежень у певній діяльності. Зокрема, чиновники Стародавньої Греції та Стародавнього Риму перебували під постійним контролем з боку вищих інституцій, які, в свою чергу, в разі певних порушень чи зловживань, могли застосувати до конкретного чиновника обґрунтовані політичною доцільністю санкції.

Застосування державою санкцій щодо фізичних та юридичних осіб стало вкрай актуальним та в той же час суперечливим питанням і для сучасної України. Санкції, згідно чинного законодавства України – це тимчасові імперативні заходи, спрямовані на захист національних інтересів, національної безпеки, суверенітету і територіальної цілісності України, протидію терористичній діяльності. Таке визначення викладене в Законі України «Про санкції» від 2014 року³³⁸, з прийняттям якого була запроваджена неоднозначна процедура, що передбачає настання для певних осіб негативних наслідків, пов'язаних із обмеженням права власності негативних, у позасудовий спосіб. Питання легітимності застосування санкцій за рішенням Ради національної безпеки та оборони (РНБО) постає з огляду на розуміння даного поняття в загальній теорії права. Так, санкції розглядаються як заходи державного примусу, що застосовуються до порушника встановлених правовими нормами вимог. Кримінально-правові та адміністративно-правові норми, які встановлюють санкції як засіб застосування примусу з боку держави, обов'язково мають містити певне правило поведінки (або заборону), лише за умови порушення яких особа може бути притягнута до юридичної відповідальності.³³⁹

Натомість, Закон України «Про санкції» закріплює широкий перелік видів обмежувальних заходів та суб'єктів, щодо яких вони можуть бути застосовані (санкції застосовуються як до фізичних, так і до юридичних осіб, резидентів та нерезидентів України), однак в той же час, не містить норм, що конкретизують діяння особи, які мають бути вчинені (були вчинені) для застосування до неї санкцій, що суперечить правовій природі цього правового інструменту.

Закон України «Про санкції» проголошує, що правову основу застосування санкцій становлять Конституція України, закони України та міжнародні договори, ратифіковані Україною. Одночасно зазначений закон регламентує і механізм застосування санкцій, який

³³⁸ Закон України «Про санкції» від 14.08.2014 № 1644-VII

³³⁹ О. Сопронюк. Поняття санкції у теорії права. Історико-правовий часопис. – 2016. – № 1(7) (<https://evnuir.vnu.edu.ua/bitstream/123456789/10795/1/%D1%81%D0%BE%D0%BF%D1%80%D0%BE%D0%BD%D1%8E%D0%BA.pdf>)

суперечить Конституції України, зокрема статті 62³⁴⁰ - «принципу презумпції невинуватості», відповідно до якого особа вважається невинуватою у вчиненні злочину і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено в законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду. Встановлений Законом України «Про санкції» механізм їх введення не передбачає наявності відповідного обвинувального вироку суду, який свідчив би про неправомірну діяльність суб'єктів, щодо яких були застосовані санкції. Підходи до застосування санкцій та відповідна процедура суперечать нормам Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та іншим міжнародним договорам у галузі прав людини та практиці ЄСПЛ, що не відповідає прагненням України приведення законодавства до європейських стандартів.

Щодо суперечливості правомірності застосування санкцій РНБО нещодавно висловився і спікер Верховної Ради України Дмитро Разумков, який заявив, що ані в програмі Президента України, ані в програмі партії «Слуга народу» не йшла мова про застосування санкцій, замість звернення до судів».³⁴¹

Правовий статус та діяльність РНБО регламентовані Конституцією України та Законом України «Про Раду національної безпеки і оборони України»³⁴². Варто зазначити, що РНБО виступає координаційним органом при Президентові України, який лише контролює, а не реалізує функції органів виконавчої влади, і за своєю правовою природою не є тим органом, який міг би, здійснюючи аналіз фактів та доказів, надавати їм правову оцінку та застосовувати санкції у вигляді особистих або майнових обмежень щодо окремих осіб.

В той же час, практика застосування санкцій в Україні показує, що РНБО не обмежена у застосуванні обмежувальних заходів щодо осіб, які, на суб'єктивну думку 23 членів РНБО, персональний склад якої формується Президентом України, несуть певну загрозу національній безпеці України.

Досить не поодинокі випадки ухвалення санкцій РНБО в обґрунтування яких покладено, на думку автора, не правова, а політична аргументація. З нещодавніх таких випадків яскравим прикладом цьому є Указ Президента України №151/2021 від 9 квітня 2021 року, яким було введено в дію Рішення РНБО Про застосування санкцій щодо компанії-нерезидентів «Endless Moonlight Limited» і «Trading Field Limited», які є акціонерами ПАТ «Донецькоблгаз».³⁴³

Обґрунтовуючи застосування на території України санкцій до

³⁴⁰Конституція України від 28.06.1996

³⁴¹https://m.censor.net/ru/news/3291913/razumkov_otritsaet_chno_predal_idei_sn_ni_v_program_me_prezidenta_ni_partii_my_ne_govorili_chno_poyidem

³⁴²Закон України «Про Раду національної безпеки та оборони України» від 05.03.1998 № 183/98-ВР

³⁴³УКАЗ ПРЕЗИДЕНТА УКРАЇНИ №151/2021 Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 19 березня 2021 року "Про застосування та внесення змін до персональних спеціальних економічних та інших обмежувальних заходів (санкцій)" від 9 квітня 2021 року.

іноземних компаній, секретарем РНБО Олексієм Даниловим було зазначено про те, що: «не можна допустити, щоб компанії з Гонконгу подавали тепло, тим більше на ту територію, де на сьогоднішній день вкрай важка ситуація, і маніпулювали таким чином, що припинили постачання на частину Донецької області».³⁴⁴

Цікавим і водночас кричущим фактом є те, що з усіх акціонерів компанії (ПАТ «Донецькоблгаз»³⁴⁵), санкції, пов'язані з діяльністю підприємства, були застосовані лише до двох (!) акціонерів компанії. Такий підхід свідчить про вибірковість, упередженість і нехтування принципом рівності акціонерів. Застосування санкцій лише до двох акціонерів - юридичних осіб з Гонконгу, ставить під питання об'єктивність та послідовність застосування санкцій в цілому. Варто також зазначити, що названі компанії потрапили під максимальний пакет санкцій, передбачений Законом України «Про санкції». Зазначене рішення демонструє упередженість з боку РНБО по відношенню саме до двох вказаних акціонерів.

Даний висновок підтверджується тим, що виходячи з Закону України «Про акціонерні товариства», акціонери не відповідають за зобов'язаннями товариства. До акціонерів не можуть застосовуватися будь-які санкції, що обмежують їх права, у разі вчинення дій, в тому числі протиправних, товариством або іншими акціонерами.³⁴⁶

Зазначена акціонерна компанія є типовою публічною акціонерною компанією, відповідно управління поточною діяльністю ПАТ «Донецькоблгаз» здійснює Правління ПАТ «Донецькоблгаз» відповідно до Статуту ПАТ «Донецькоблгаз»³⁴⁷. Окрім того, слід звернути увагу, що ані Закон України «Про акціонерні товариства», ані Статут ПАТ «Донецькоблгаз» не надає акціонеру права напямую надавати Правлінню ПАТ «Донецькоблгаз» будь-які обов'язкові вказівки, а тим більше втручатися в поточну роботу підприємства.

З інформації з сайту компанії та коментарів ЗМІ рішення про накладення санкцій на зазначених іноземних акціонерів ПАТ «Донецькоблгаз» було обумовлено тим, що ПАТ «Донецькоблгаз» нібито неправомірно припинило газопостачання на об'єкти Обласного комунального підприємства «Донецьктеплокомуненерго» з 6 березня 2021 року. Однак, важливою обставиною для аналізу застосованих санкцій у даній ситуації є те, що вказане відключення об'єктів – котелень ОКП «Донецьктеплокомуненерго» відбувалося правомірно – на підставі чинного законодавства, згідно з яким ПАТ «Донецькоблгаз» діяв в межах повноважень та у спосіб, що передбачено спеціальним законодавством.

³⁴⁴<https://dn.depo.ua/ukr/dn/pid-sanktsii-rnbo-potrapili-aktsioneri-donetskoblغازu-z-gonkongu-202103191298677>

³⁴⁵ З інформації у ЗМІ таких налічується більше 900

³⁴⁶ Закон України «Про акціонерні товариства» від 17.09.2008 № 514-VI

³⁴⁷ Статут ПАТ «Донецькоблгаз»: <https://oblغاز.donetsk.ua/files/public-information/founders/statute-2019.pdf>

Так, згідно з офіційним повідомленням НАК «Нафтогаз України» про припинення (обмеження) газопостачання, що є у вільному доступі для ознайомлення³⁴⁸, НАК «Нафтогаз України» повідомив ОКП «Донецьктеплокомуненерго» про загальну заборгованість перед Компанією у розмірі 1 548 266 464,71 гривень та попередив про припинення газопостачання у разі невиконання вимог щодо розрахунків з боку останнього. У зв'язку із цим, ПАТ «Донецькоблгаз» отримало від НАК «Нафтогаз України» вимогу про припинення (обмеження) газопостачання для об'єктів ОКП «Донецьктеплокомуненерго». Оскільки ПАТ «Донецькоблгаз» виступало, як будь-який облгаз в Україні, лише як посередник в газопостачанні та діє виключно на підставі відповідних норм Кодексу ГРМ та Кодексу ГТС, з метою недопущення завдання державі щодобових збитків від несанкціонованого споживання газу в розмірі 150 млн. грн. на місяць, підприємству «не залишалось іншого виходу, окрім як припинити газопостачання. Проблема з газопостачанням мала б вирішуватись виключно між ОКП «ДТКЕ» (як споживачем) і НАК «Нафтогаз України» (як постачальником) в межах їхніх господарсько-правових відносин».

Таким чином, звинувачення в сторону ПАТ «Донецькоблгаз» про нехтування потребами людей та вчинення діянь, що поставили під загрозу їх життя та здоров'я є необґрунтованими та не відповідають дійсності.

Після застосування санкцій, арештовані акції (49,9%), що належали іноземним компаніям акціонерам ПАТ «Донецькоблгаз» в подальшому були передані за рішенням Кабінету Міністрів України в управління НАК "Нафтогаз України". Основним мотивом передачі заарештованих акцій ПАТ «Донецькоблгаз» до НАК "Нафтогаз України" є начебто необхідність забезпечення постачанням газу мешканців Донецької області. Однак, як вже наголошувалось, ПАТ «Донецькоблгаз» (розшифруй повну назву) виступає лише посередником, який надає мережу розподільних трубопроводів для передачі газу комунальним підприємствам, і було змушено припинити газопостачання в Донецькій області на котельні комунального підприємства «Донецьктеплокомуненерго» через заборгованість останнього. Рішення про припинення поставок газу приймається безпосередньо НАК «Нафтогаз України», яка, володіючи інформацією щодо ситуації заборгованості комунального підприємства «Донецьктеплокомуненерго», свідомо прийняв рішення щодо припинення поставок газу, що, в свою чергу, і призвело до відключення населення Донецької області від тепло- та газопостачання. В результаті, НАК «Нафтогаз України» не понесла жодної відповідальності за свої дії та не стала суб'єктом, проти якого

³⁴⁸Повідомлення НАК «Нафтогаз України» про припинення (обмеження) газопостачання: <https://oblgaz.donetsk.ua/mul-novyny-donetskoblhazu/informatsiine-povidomlennia/798-nak-naftohaz-ukrainy-pryruynyv-postachannia-pryrodnoho-hazu-dlia-okp-donetskteplokomunenerho>

були спрямовані санкції РНБО. Хоча НАК «Нафтогаз України» виступає постачальником останньої надії (ПОН), тобто виступає гарантом енергозабезпечення, забезпечуючи постачання природного газу споживачам, коли комерційні постачальники з тих чи інших причин цього робити не можуть, що зобов'язує НАК «Нафтогаз» забезпечувати газом споживачів, які з об'єктивних причин залишилися без основного постачальника протягом 60 днів.

Таким чином, дії іноземних акціонерів ПАТ «Донецькоблгаз» не підпадають під ознаки, передбачені Законом України «Про санкції» як підстави для застосування санкцій. Оскільки приймаючи рішення, РНБО не мало в розпорядженні належних та допустимих доказів того, що діями іноземних компаній – акціонерів ПАТ «Донецькоблгаз» були створені реальні та/або потенційні загрози національним інтересам, національній безпеці України або їх сприяння терористичній діяльності та/або порушення прав і свободи людини і громадянина, інтересів суспільства та держави.

Вищевикладене свідчить, що РНБО фактично із усієї кількості акціонерів обрала дві іноземні компанії та безпідставно застосувала до них санкції як відповідальність за поточну діяльність ПАТ «Донецькоблгаз», до якої акціонери не мають відношення та яка, в свою чергу, не є протизаконною.

Суперечливе рішення РНБО призвело до значних майнових втрат іноземних акціонерів ПАТ «Донецькоблгаз», щодо яких були застосовані санкції. Прикладом є застосування такого обмежувального заходу, як блокування активів, що полягає в тимчасовому обмеженні права особи користуватися та розпоряджатися належним їй майном, яке повністю обмежує осіб у здійсненні своїх прав щодо володіння, користування та розпорядження власністю, яка їм належить.

Закон України «Про акціонерні товариства» у статті 25 до корпоративних прав відносить права акціонера на:

- 1) участь в управлінні акціонерним товариством;
- 2) отримання дивідендів;
- 3) отримання у разі ліквідації товариства частини його майна або вартості частини майна товариства;
- 4) отримання інформації про господарську діяльність акціонерного товариства.

Так, акції, що належать акціонерам «Донецькоблгаз», є належним їм на праві власності майном, і внаслідок застосування санкції «блокування активів» акціонери позбавляються всіх належних прав щодо управління акціонерним товариством та отримання прибутку.

У Рішенні Конституційного Суду України у справі за конституційною скаргою товариства з обмеженою відповідальністю «МЕТРО КЕШ ЕНД КЕРІ УКРАЇНА» в абз. 7. п.п.2.3 пункту 2 мотивувальної частини було визначено, що право власності не є абсолютним, тобто може бути обмежене, однак втручання у це право може здійснюватися лише на підставі закону з дотриманням

принципу юридичної визначеності та принципу пропорційності, який вимагає досягнення розумного співвідношення між інтересами особи та суспільства. При обмеженні права власності в інтересах суспільства пропорційними можуть вважатися такі заходи, які є менш обтяжливими для прав і свобод приватних осіб з-поміж усіх доступних для застосування заходів.

Натомість, втручання держави у право власності акціонерів ПАТ «Донецькоблгаз» є надмірним та не відповідає меті захисту інтересів держави, та суперечить Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

Виходячи з цього, акціонери ПАТ «Донецькоблгаз» були позбавлені права володіти, користуватися та розпоряджатися власним майном без будь-яких пояснень та об'єктивної оцінки з боку суду щодо обґрунтованості застосування санкцій.

Чинне українське законодавство надає можливість скасування санкцій, застосованих РНБО, шляхом звернення до Верховного Суду з позовом про визнання Указу Президента про введення у дію рішення РНБО протиправним і не чинним. Проте, як показує існуюча на сьогоднішній день судова практика в даній категорії справ, суди найчастіше відмовляють у відкритті провадження, а у разі відкриття – в більшості випадках приймають негативні для позивача рішення. Так, перше рішення РНБО про застосування санкцій було введено в дію в 2015 році, і динаміка прийняття таких рішень була незмінною, оскільки з того часу санкції РНБО були застосовані до 5808 осіб, з яких 1848 – юридичні особи (в тому числі іноземні). Однак, незважаючи на значну кількість справ, Касаційним адміністративним судом було прийняте лише одне рішення на користь особи, проти якої були введені санкції. У цій справі Судом було вивчено і досліджено документи, які було надано учасниками справи, але за наслідками їх аналізу не було встановлено таких обставин, які могли б слугувати підставою для застосування санкцій відповідно до Закону України «Про санкції». Санкції були застосовані до позивача – компанії Tolexis Enterprises AG за постачання продукції, що вироблялася на території окупованого Криму. Однак позивач надав належні та допустимі докази на підтвердження того, що зазначена продукція була вироблена відповідно до вимог українського законодавства. Виходячи з цього, Суд встановив, що застосовані санкції в даній справі є безпідставним, тому вирішив: визнати протиправним і не чинним Указ Президента України «Про рішення Ради національної безпеки та оборони України від 19 березня 2019 року «Про застосування, скасування та внесення змін до персональних спеціальних економічних та інших обмежувальних заходів (санкцій)» в частині введення в дію персональних спеціальних економічних та інших обмежувальних заходів (санкцій) щодо компанії «Tolexis Enterprises AG». (Постанова ВС від 18.06.2019 р. у справі № 9901/259/19).

У всіх інших випадках, відмовляючи у позовних вимогах, суди обґрунтовують свої рішення тим, що права і свободи осіб не є

абсолютними та можуть підлягати формальностям, умовам, обмеженням або санкціям, що встановлені законом і є необхідними в демократичному суспільстві в інтересах національної безпеки. Тому застосування державою санкцій не є порушенням прав і свобод і має передбачену законом мету - необхідність негайного і ефективного реагування на загрози національній безпеці України.

Однак, зважаючи на дану позицію, виникає питання, чи дійсно дії всіх осіб, які підпали під санкції становлять загрозу національній безпеці України та чи достатньо об'єктивно, на основі беззаперечних доказів відповідні рішення були прийняті РНБО.

Закон України «Про санкції» передбачає, що застосування обмежувальних заходів має ґрунтуватися на принципах законності, прозорості, об'єктивності, відповідності меті та ефективності. В той же час, законодавством не встановлено конкретно визначених підстав застосування санкцій та за які діяння можуть застосовуватися відповідні види обмежень, що фактично надає можливість РНБО кваліфікувати будь-які дії суб'єктів як такі, що становлять загрозу національній безпеці та застосовувати невиправдано суворі обмеження їх прав. Окрім того, процедура прийняття рішення РНБО здійснюється у закритому режимі, а рішення щодо застосування санкцій набирає чинності з моменту видання указу Президента України, що фактично позбавляє можливості оцінити об'єктивність та відповідність встановленій меті прийнятих рішень.

Пункт перший статті 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод гарантує право особи на справедливий суд, відповідно до якого кожен має право на справедливий і публічний розгляд справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом. Позбавлення особи належних їй прав, в тому числі майна без здійснення судового розгляду, який передбачає рівність сторін, оцінку доказів та перевірки наявності підстав для таких обмежень - є прямим порушенням прав людини.

Так, рішенням Європейського суду з прав людини у справі «Аль-Думіні та Монтана менеджмент, Інк. проти Швейцарії» було встановлено порушення статті 6 Конвенції при застосуванні санкцій на основі Резолюції Ради безпеки ООН, відповідно до яких активи заявників були конфісковані через внесення останніх до санкційних списків. Суд визнав, що суворе застосування санкцій з боку Швейцарії без розгляду питання обґрунтованості таких заходів та неможливість оскаржити заходи конфіскації «не піддаються розумінню в демократичному суспільстві». Окрім того, було визнано, при відсутності на рівні ООН ефективного та незалежного судового розгляду легітимності внесення осіб до санкційних списків, держава повинна була забезпечити заявникам судовий розгляд із дотриманням відповідних процесуальних процедур.

Таким чином, практика ЄСПЛ вказує на те, що застосовуючи санкції до осіб, держава зобов'язана слідувати за дотриманням

процесуальних гарантій. Зокрема, санкції, що обмежують право власності, повинні відповідати принципу пропорційності.

Даний принцип закріплений у ст. 1 Першого протоколу до Конвенції, яка визначає, що кожна фізична або юридична особа має право мирно володіти своїм майном. Ніхто не може бути позбавлений своєї власності інакше як в інтересах суспільства і на умовах, передбачених законом і загальними принципами міжнародного права. У контексті статті 1, втручання у право власності, навіть якщо воно здійснюється згідно з національним законом і в інтересах суспільства, буде розглядатися як порушення, якщо не було дотримано справедливої рівноваги (балансу) між інтересами держави (суспільства), пов'язаними з втручанням, та інтересами особи, яка його зазнала. «Справедлива рівновага» передбачає наявність розумного співвідношення між передбачуваною метою та засобами, які використовуються для її досягнення. Необхідний баланс не буде дотриманий, якщо особа несе індивідуальний і надмірний тягар.

Тобто, для дотримання вищевказаного стандарту застосування обмежень до осіб щодо прав володіння, користування та розпорядження власністю (наприклад: блокування активів), РНБО повинна обґрунтувати, що таке втручання не є надмірним та відповідає меті захисту інтересів держави та суспільства.

Аналізуючи процедуру застосування санкцій РНБО, можна прийти до висновку, що на сьогоднішній день, вона здійснюється з порушенням встановлених міжнародних стандартів, оскільки рішення РНБО не містить жодних відомостей щодо підстав введення санкцій, порядку розгляду даного питання та мети застосування обмежень. Такий стан речей вказує на суперечливість рішень РНБО, що не відповідає встановленій меті захисту інтересів держави та суспільства. Зважаючи на очевидні порушення прав осіб, щодо яких застосовуються санкції, звернення до ЄСПЛ з оскарженням таких рішень з великою імовірністю може мати позитивний результат. А відсутність реакції держави на пряме порушення прав осіб та залишення без змін існуючої процедури накладення санкцій може призвести до значних репутаційних втрат України у міжнародній спільноті, що явно суперечить інтересам країни. Головним завданням держави в частині забезпечення захисту національної безпеки є не переслідування суб'єктів шляхом накладення суперечливих санкцій, а притягнення цих суб'єктів до відповідальності в судовому порядку, який відповідає стандартам та принципам Європейського Союзу.

3.3. Питання правового забезпечення захисту економічної конкуренції

Антимонопольне регулювання та діяльність по захисту економічної конкуренції розпочалися з перших років незалежності

України та насамперед знайшли своє втілення в прийнятті відповідних законів та нормативних актів.

Першим фундаментальним нормативним актом став Закон України «Про обмеження монополізму та недопущення недобросовісної конкуренції у підприємницькій діяльності» від 18 лютого 1992 року № 2132-XII. На зміну якому через дев'ять років був прийнятий Закон України «Про захист економічної конкуренції» 11 січня 2001 року № 2210-III, який із змінами та доповненнями діє і по сьогоднішній день. Також базовими нормативними актами в цій сфері стали Закон України «Про Антимонопольний комітет України» від 26 листопада 1993 року № 3659-XII та Закон України «Про захист від недобросовісної конкуренції» від 7 червня 1996 року № 236/96-ВР, які із змінами і доповненнями чинні й сьогодні.

Як ми бачимо, основна нормативна база з питань захисту економічної конкуренції та антимонопольного регулювання була сформована в перше десятиріччя існування Української держави. З того часу вносились зміни та доповнення до вказаних нормативних актів, приймалися підзаконні нормативні акти. Проте серед дійсно суттєвих змін в змісті правового регулювання в означеній сфері можна виділити лише віднесення в 2010 році до компетенції Антимонопольного комітету функцій органу оскарження в сфері державних, а з 2016 року публічних закупівель.

Водночас з плином часу розвиток господарських відносин спонукає до відповідного розвитку нормативного регулювання. Але існуюча незмінність багатьох базових норм чинних нормативних актів, їх часто загальний, декларативний та недостатньо деталізований зміст, а по суті відсталість та невідповідність вимогам сьогодення стає значним гальмом в процесі забезпечення правового регулювання в цій сфері господарських відносин.

В межах цієї статті пропонується звернути увагу на окремі актуальні проблеми, що виникають при здійсненні правового регулювання відносин по захисту економічної конкуренції та антимонопольному регулюванню.

В зв'язку з тим, що основний регулятивний вплив на вказані господарські відносини з боку держави здійснюється державним органом із спеціальним статусом Антимонопольним комітетом України, то й багато проблемних питань пов'язані з виконанням ним своїх функцій, змістом компетенції, визначенням та деталізацією повноважень, порядком формування та кількістю його складу, особливостями здійснення правозастосовної діяльності тощо. Тому доцільним є розгляд актуальних проблем, що виникають в процесі правового регулювання відносин захисту економічної конкуренції, через призму в тому числі і діяльності Антимонопольного комітету України.

Відповідно до ст. 1 Закону України «Про Антимонопольний комітет України» Антимонопольний комітет України є державним органом із спеціальним статусом, метою діяльності якого є

забезпечення державного захисту конкуренції в підприємницькій діяльності та в сфері публічних закупівель. При цьому положення щодо державних закупівель (з 2016 року публічних закупівель) були додані в 2006 році чим було поширено компетенцію Антимонопольний комітет України на цю сферу господарських відносин. Починаючи з 2010 року Антимонопольний комітет України є органом оскарження в сфері державних закупівель. Безпосередньо цю діяльність здійснює постійно діюча адміністративна колегія (колегії) Антимонопольного комітету України з розгляду скарг про порушення законодавства в сфері публічних закупівель. Процедура оскарження визначена Законом України «Про публічні закупівлі» 25 грудня 2015 року № 922-VIII і зазнає постійних змін спрямованих на удосконалення процесу оскарження, подолання існуючих прогалин в регулюванні. Але поза увагою законодавця вже довгий час залишались організаційні питання функціонування органу оскарження, були відсутні будь-які норми щодо правового статусу державних уповноважених саме як членів постійно діючої адміністративної колегії, не визначені межі їх компетенції при розгляді скарг, правові засади та гарантії забезпечення їх незалежності, самостійності та об'єктивності. Адже норми ст. 14 Закону України «Про Антимонопольний комітет України», де визначено компетенцію адміністративних колегій АМКУ та норми ст. 16 цього Закону, де визначено компетенцію державних уповноважених АМКУ, мають хоч і деталізований зміст, але пов'язаний безпосередньо із здійсненням ними функцій по захисту економічної конкуренції і не враховано специфіки виконання функцій з розгляду скарг в сфері публічних закупівель. Проте кроком на вирішення проблем, пов'язаних із здійсненням розгляду скарг в сфері публічних закупівель стало Закон України «Про внесення змін до деяких законів України щодо повноважень Антимонопольного комітету України в сфері публічних закупівель» від 5 лютого 2021 року № 1219-IX, суть яких полягає в запровадженні посади уповноваженого з розгляду скарг про порушення законодавства в сфері публічних закупівель. Це спеціально створювана посада для роботи виключно в сфері оскарження публічних закупівель, та відповідно в перспективі державні уповноважені Антимонопольного комітету України вже не будуть виконувати функції членів колегії з оскарження. Передбачено, що кількість уповноважених з розгляду скарг про порушення законодавства в сфері публічних закупівель становить десять осіб. Це дійсно позитивні зміни для роботи Антимонопольного комітету України, адже станом на сьогодні державні уповноважені АМКУ в кількості дев'ять осіб, включаючи голову Комітету, виконують свої основні повноваження і повноваження членів колегії з оскарження в сфері публічних закупівель. Також змінено назву органу оскарження – замість існуючих на сьогодні колегій законом передбачено створення

комісії. Проте зміна назви нічого не змінює по суті виконання функцій та обсягу компетенції існуючих колегій.

Проте звернемо увагу на те, що в п. 5 розділу II Прикінцеві та перехідні положення зазначено:

«5. Голові Антимонопольного комітету України у тримісячний строк з дня набрання чинності цим Законом підготувати та подати до Верховної Ради України звіт про здійснення добору та призначення уповноважених з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель та про процес утворення Комісії (комісій) з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель.»

І хоча Закон набрав чинності 4 березня 2021 року станом на сьогодні комісії з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель не створені, а діяльність з оскарження продовжують здійснювати колегії в складі яких здійснюють повноваження державні уповноважені Антимонопольного комітету України.

Сподіваємось, що добір кадрів на посади уповноважених з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель буде здійснено і комісії з оскарження в сфері публічних закупівель. Проте необхідно зазначити, що вишенаведені новели в чинному законодавстві спрямовані лише на кадрове забезпечення процесу розгляду скарг і зовсім обішли стороною проблеми, що виникають в процесі розгляду скарг. Існуючі проблеми можна розділи на три категорії.

Перша пов'язана безпосередньо з визначенням меж компетенції членів колегії при розгляді скарг. На сьогодні відсутні чіткі норми щодо меж розгляду скарги, можливості колегії виходити за межі заявлених скаржником підстав для оскарження та обставин визначених у скарзі, давати оцінку належності та допустимості доказів. Відсутні положення про те, що ніякі докази не мають для постійно діючої адміністративної колегії заздальгідь встановленої сили, а члени колегії мають право та повинні оцінювати надані сторонами докази за своїм внутрішнім переконанням, що ґрунтується на всебічному, повному і об'єктивному розгляді в процесі оскарження всіх обставин справи в їх сукупності.

Друга група обставин стосується безпосередньо правового статусу члена колегії, гарантій забезпечення його незалежності, самостійності та захисту при здійсненні повноважень.

До третьої групи обставин можна віднести відсутність нормативно закріпленого інструментарію для забезпечення виконання рішень колегії.

Наслідком означених прогалин правового регулювання в цій сфері стає формування практики заснованої на прецедентах раніше прийнятих рішень, створенні та застосуванні звичаїв при вирішенні справ. При цьому такі звичаї часто базуються не на правових засадах, а виходять із світогляду окремих членів колегії, також непоодинокі випадки різного

тлумачення та відповідно неоднакового застосування норм чинного законодавства в залежності від складу колегії. Відсутність норм, що забезпечують незалежність, самостійність та захист члена постійно діючої адміністративної колегії з оскарження публічних закупівель мають своїм наслідком часто зайвий формалізм, скрутість при оцінці доказів та обставин справи, що негативно впливає на можливість приймати рішення самостійно за своїм внутрішнім переконанням. Відсутність нормативно закріпленого інструментарію для забезпечення виконання рішень колегії породжує практику невиконання її рішень і відсутності відповідних засобів покарання за бездіяльність.

Все це породжує певний хаос в процесі прийняття рішень по скаргам та відповідно формування практики діяльності колегії та часто унеможлиблює для сторін процесу оскарження – скажників та замовників системне та обґрунтоване планування своєї роботи як з підготовки тендерної документації замовниками, так і з підготовки учасниками своїх пропозицій щодо участі в закупівлі. Адже суттєвою складовою при підготовці тендерної документації є врахування замовниками практики діяльності постійно діючої адміністративної колегії з оскарження публічних закупівель для забезпечення прав учасників та мінімізації обставин, що можуть стати підставою для оскарження.

Одним із можливих шляхів для вирішення означених проблем повинно стати закріплення в Законі України «Про Антимонопольний комітет України» норм по визначенню правового статусу та повноважень уповноваженого з розгляду скарг про порушення законодавства в сфері публічних закупівель (як це здійснено щодо державного уповноваженого АМКУ в ст. 16 Законі України «Про Антимонопольний комітет України»), гарантій забезпечення його незалежності, самостійності та захисту при здійсненні повноважень. Також необхідним є внесення змін до Закону України «Про публічні закупівлі» та визначення положень, що стосуються меж розгляду скарги, порядку оцінки доказів, їх належності та допустимості, алгоритмів прийняття рішень в залежності від позицій та аргументації сторін, зміни ними своєї позиції чи аргументації тощо.

Ще одним суттєвим блоком проблемних питань є порядок застосування та обсяг штрафів, що застосовуються органами Антимонопольного комітету України за порушення законодавства про захист економічної конкуренції. Розміри штрафів, які накладаються органами Антимонопольного комітету України передбачені частинами другою ст. 52 Закону України «Про захист економічної конкуренції» та частинами першою та другою ст. 21 Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції» і складають до 1%, 5%, 10 % доходу (виручки) суб'єкта господарювання від реалізації продукції за останній звітний рік. Таким чином, існуюче формулювання можливого до застосування розміру штрафів від 1 грн. до 10 % доходу суб'єкта господарювання призводить знову ж таки як і у попередньому випадку з прийняттям рішень при оскарженні

публічних закупівель до невиправдано вільного підходу та зайвої «творчості» при визначенні розміру штрафу, що базується виключно на особистих уявленнях та світогляді членів АМКУ. На практиці різниця в сумах штрафів може рахуватись сотнями мільйонів гривень, що створює значні корупційні ризики та можливості для маніпуляцій з боку відповідальних посадових осіб АМКУ.

Необхідно відзначити, що територіальні відділення АМКУ нормативно обмежені в можливості накладення штрафу розміром 4 000 неоподаткованих мінімумів доходів громадян, що складає 68 000 грн.. Тому в даному випадку мова перш за все йде про закріплення на рівні закону обов'язку Антимонопольного комітету України та його адміністративних колегій визначати розміри штрафів на підставі порядку, який буде встановлений обов'язковими до застосування підзаконними актами.

На сьогодні АМКУ під час визначення розміру штрафів керується власними рекомендаційними роз'ясненнями від 9 серпня 2016 року, які не набули статусу нормативно-правового акту (не пройшли реєстрацію в Міністерстві юстиції України), а тому носять рекомендаційний (не обов'язковий) характер. Вони служать швидше для застосування однакових підходів до визначення штрафів, ніж визначають чіткі критерії їх визначення. Адже в якості критеріїв, що застосовуються в якості понижуючих/відвищуючих коефіцієнтів при визначенні розміру штрафу, використовуються такі оціночні поняття як соціальна значущість товару, вплив чи можливість впливу порушення на конкуренцію на суміжних ринках тощо.

Водночас в рекомендаційних роз'ясненнях АМКУ є ряд прогресивних порівняно з чинними нормами Закону положень. Це і прив'язка розміру штрафу до обсягу доходу, пов'язаного з порушенням, більш гнучка система накладення штрафів за інформаційні порушення, визначення вичерпного переліку пом'якшуючих та обтяжуючих обставин. Але, повторюємо, з одного боку на сьогодні застосування цих підходів є лише можливим, але не обов'язковим при прийнятті рішень членами АМКУ, а з іншого - відсутність нормативно встановлених порядку, критеріїв, «формули» визначення штрафу не дає можливості судам переглядати рішення АМКУ в частині розміру штрафу, адже єдиними нормативними обмеженнями залишаються лише верхні межі його розміру, які є достатньо значними.

Тому закріплення на нормативному рівні деталізованого порядку розрахунку розміру штрафу надасть можливість судам переглядати рішення АМКУ не тільки на предмет наявності/відсутності складу правопорушення, а й в частині розміру штрафу. В тому числі суди зможуть приймати рішення, якими могли б зменшувати або збільшувати розмір штрафу. Безумовно це в свою чергу повинні досвідати судові органи до оволодіння спеціальними знаннями та досвідом саме в галузі антимонопольного регулювання.

Отже необхідно підкреслити нагальну необхідність внесення змін до чинного законодавства, прийняття підзаконних актів, які повинні забезпечити прозорість та обґрунтованість діяльності органів АМКУ при здійсненні розрахунку штрафу за порушення законодавства про захист економічної конкуренції.

Необхідно також зазначити про наявність ряду системних проблем в чинному законодавстві про захист економічної конкуренції, які пов'язані з його неререформованістю, а відповідно застарілістю та архаїчністю в окремих частинах.

Такими, на нашу думку, є: термінологічна обмеженість та розмитість; надмірна загальність, а відповідно нечіткість при визначенні монопольного домінуючого становища суб'єкта господарювання та випадків можливого зловживання ним; розмитість формулювань складів окремих правопорушень, зокрема антиконкурентних узгоджених дій; надмірна дискреція органів АМКУ при прийнятті рішень як щодо початку розгляду справи про порушення, так і при прийнятті рішень по закінченню розслідування; відсутність нормативно закріплених граничних строків розслідування та розгляду справ про порушення законодавства про захист економічної конкуренції (розслідування може тривати роками, «п'ятичиками» і більше); існуючий перелік порушень законодавства про захист економічної конкуренції потребує перегляду на предмет зменшення видів правопорушень та конкретизації їх складу; існуючі порогові економічні показники, що передбачають необхідність отримання дозволу АМКУ на концентрацію повинні бути переглянуті в бік їх підвищення (дерегуляція); виключити з компетенції органів АМКУ зайві контролюючі функції та водночас здійснити заходи для забезпечення контрольної діяльності шляхом запровадження дієвих механізмів залучення відповідних підрозділів правоохоронних органів для проведення виїзних перевірок, виїмки матеріальних доказів тощо.

Необхідно зазначити, що за останній період були ряд запропоновано цілий ряд законодавчих ініціатив з метою реформування в сфері захисту економічної конкуренції. Проте більшість з них так і залишились в ініціативами без подальшої реалізації.

Але з останніх законопроектів варто звернути увагу на проект Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо вдосконалення діяльності Антимонопольного комітету України» № 5431 від 27.04.2021 р., що станом на сьогодні пройшов перше читання. Запропоновані ініціативи загалом варті уваги та заслуговують на впровадження після певного доопрацювання, хоча окремі з них є неприйнятними.

Так слухними є запропоновані новели до Закону України «Про Антимонопольний комітет України» по вдосконаленню процедури, уточненню та деталізації змісту повноважень органів АМКУ щодо перевірки з метою збирання доказів у вигляді інформації, закріплення на рівні закону норми оплати праці посадових осіб АМКУ.

Водночас пропозиції по закріплення обов'язку звернення органів АМКУ до суду для надання дозволу на проведення перевірок, накладення арешту або вилучення документів та затвердження угоди про врегулювання справи мають неоднозначний характер з огляду на забезпечення збирання доказів по справі. Вважаємо, що проведення перевірок, накладення арешту або вилучення документів може здійснюватись із наступним отриманням погодження суду, а не з попереднім. Бо інакше втрачається раптовість при проведенні перевірки, а відповідно в багатьох випадках і смисл її проведення.

Запропоноване положення про те, що органи Антимонопольного комітету України мають право не розпочинати розгляд справи за заявами суб'єктів господарювання, громадян, об'єднань, установ, організацій, поданнями органів державної влади, органів місцевого самоврядування, органів адміністративно-господарського управління та контролю, якщо зазначені в заяві ознаки порушення законодавства про захист економічної конкуренції не відповідають встановленим Антимонопольним комітетом України пріоритетам його діяльності є таким, що прямо протирічить нормам чинного законодавства України, а тому є неприйнятним.

Об'єктивно доцільним є доповнення Закону України «Про захист економічної конкуренції» статтю 44-1 Проведення перевірки, статтю 46-1 Врегулювання у справах про антиконкурентні узгоджені дії та зловживання монополієм (домінуючим) становищем, а також запровадження солідарної та субсидіарної відповідальності при сплаті накладеного органами Комітету штрафу.

Ми окреслили лише самі основні проблемні питання діяльності Антимонопольного комітету України та його органів, які потребують внесення нормативних змін для забезпечення приведення їх функціонування відповідно до сучасних критеріїв ефективності та доцільності в діяльності органів державного регулювання в сфері економіки.

Підсумовуючи вищезазначене вважаємо за необхідне відзначити, що існуюча на сьогодні система правового регулювання в сфері захисту економічної конкуренції потребує докорінних суттєвих змін, які б забезпечили її адекватність вимогам часу та сучасному рівню господарських відносин в країні та світі. Запровадження кращих зразків зарубіжного досвіду, формування чіткої нормативної бази, оптимізація процесів та процедур, а відповідно значне зменшення дискреції в діяльності Антимонопольного комітету України, повинні забезпечити якісні зміни як в правовому регулюванні, так і відповідно в конкурентному середовищі, де здійснюють свою діяльність суб'єкти господарювання в Україні.

3.4. Фінансові послуги: національне та міжнародно-правове регулювання

Ринок фінансових послуг, як стратегічна галузь, має динамічний розвиток, який позитивно відображається на зростанні рівня економіки країн. В першу чергу, це сприяє встановленню зв'язків між учасниками ринку, в тому числі на міжнародному рівні, по-друге, сприяє залученню інвестицій та зростанню світових контрактів з міжнародних послуг, створенню відповідних умов з метою підвищення ефективності ринку фінансових послуг та нівелювання ризиків, а також забезпечує значні можливості для інвестування збережень як для приватного так для публічного сектора на ринку фінансових послуг.

Інституційна структура фінансової системи країни залежить від її економічної стабільності, наслідком чого є розвиток та ефективність інститутів банку та небанківських фінансових установ (НБФУ). Сучасний світ – це світ інтернаціоналізації економік різних країн, тому в цих умовах економіка України не може розвиватися окремо від світового досвіду.

Саме тому сфера фінансових послуг потребує уніфікованого та чіткого регулювання задля подальшої розбудови повноцінного ринкового конкурентоспроможного середовища відповідно до міжнародних стандартів, забезпечення стабільності ринку фінансових послуг в Україні, розвитку інституційної спроможності Регуляторів, а також вдосконалення системи із забезпечення захисту прав споживачів та інвесторів фінансового сектору.

Світову фінансову систему поділяють на дві моделі: «англо-саксонську» або «біржеву» характерною для країн: США, Канади, Австралії та Британії, та «германську» або «європейську», якої дотримується країни ЄС.

Розглянемо характерні особливості «англо-саксонської» або «біржевої» моделі на прикладі США, як однієї з найперших країн, що започаткувала регулювання фінансового ринку на рівні закону, починаючи з 1933 року, який ознаменувався прийняттям двох основоположних документів: «Акту про цінні папери» та Закону «Про банки». Вимогами першого документу було закріплено обов'язок емітента про надання достовірних даних щодо випуску цінних паперів та їх обов'язкову реєстрацію у спеціальному незалежному органі. Визначені норми були направлені на захист прав інвесторів. Закон «Про банки» передбачав чітке розмежування діяльності з інвестиційних операцій та відсторонив банки від операцій з цінними паперами. У зв'язку з чим, комерційні банки перестали впливати на фінансовий ринок США. Протягом наступних років відбувалось поступове розширення правового поля щодо подальшого розвитку національного фінансового ринку, в результаті якого було прийнято низку законів: «Про інвестиційні компанії», 1940 р., «Про інвестиційних консультантів», 1940 р., «Про захист інвесторів у цінні папери»,

1970 р., «Про депозитарні установи», 1982 р., «Про операції інсайдерів з цінними паперами і шахрайство», 1988 р. Сьогодні США - лідер фінансових інновацій, що має найбільший фондовий ринок у світі.

Основне джерело інвестицій - фондовий ринок. Так, за даними Finbold, на Сполучені Штати припадає більше половини відносного обсягу світового фондового ринку, а саме 55,9% (станом на січень 2021 року). Домінування американського ринку дуже помітно, варто лише порівняти з Японією, яка займає друге місце і контролює 7,4%. Незважаючи на те, що Китай перетворився на величезну глобальну економічну державу, на його частку припадає лише 5,4% від сукупної вартості світового ринку акцій. Тим часом Великобританія займає четверте місце з часткою 4,1%³⁴⁹.

Сучасні інститути фінансового ринку США. Всі фінансові посередники США (*федеральні резервні і комерційні банки, фінансові корпорації, фондові біржі, кредитні установи, інвестиційні, фінансові, страхові компанії, пенсійні фонди тощо*) належать до інституційної складової фінансового ринку. Сьогодні тенденція їх розвитку у Сполучених штатах направлена на утворення *крупних фінансових корпорацій*, які надають різний спектр послуг, та, водночас, володіють банками, інвестиційними холдингами, страховими компаніями, мають філіали у всьому світі, зокрема: Transamerica, Fidelity Investments, American Express, Merrill Lynch тощо.

Крім того, США визнаний лідер з виробництва високотехнологічних продуктів та їх експорту. Відомі американські компанії як Apple, Tesla, Microsoft, Amazon мають значну долю капіталізації, яка досягає трлн доларів. Саме ці компанії демонструють найбільш швидке зростання прибутку, яке має реінвестування за високими ставками.

Значну роль відіграють американські *фондові біржі*. *Нью-Йоркська фондова біржа NYSE* перша та найбільш масштабна, яка має 50% всього світового обороту, займає перше місце з ринковою капіталізацією в \$ 25,62 трлн. *Електронна платформа NASDAQ* займає друге місце з ринковою капіталізацією \$ 19,51 трлн. На третьому місці знаходиться *фінансовий холдинг AMEX* з ринковою капіталізацією \$ 6,76 трлн, який об'єднує Гонконгську фондову і ф'ючерсну біржу, а також Лондонську біржу металів³⁵⁰.

Страхова індустрія також належить до сфери фінансових послуг США. Страхові компанії мають високий рівень відповідальності перед клієнтами, надають значну сферу послуг, зокрема: страхування нерухомості, страхування життя, здоров'я, перестрахування - викуп страхових зобов'язань у традиційних страховиків, спеціалізоване страхування - яке не вкладається в список традиційних страхових компаній.

³⁴⁹ На США приходить 56% обсягу світової вартості фондового ринку. URL: <https://www.finam.ru/analysis/newsitem/na-ssha-prihoditsya-56-obsheiy-stoimosti-mirovogo-fondovogo-rynka-20210418-11000/>

³⁵⁰ Там само.

Наприклад, такі страхові компанії як: *American International Group (AIG) та Anthem (ANTM)* мають перспективні показники як з нарощування капіталу, так і девідентної прибутковості. *AIG* працює в трьох сегментах: *AIG Property Casualty* (страхування нерухомості), *AIG Life and Retirement* (страхування життя і пенсії), *United Guaranty Corporation* (іпотечні страхові продукти). За прогнозами *Refinitiv* (американо-британського глобального постачальника інформаційних даних в сфері фінансових ринків) передбачається збільшення прибутку на акції цієї компанії до 32% на найближчі 12 місяців. *ANTM* - друга після *UnitedHealth Group* за ринковою часткою компанія, що займається страхуванням здоров'я, протягом 10 останніх років збільшує прибуток.

Регуляторна політика фінансового ринку США направлена на створення умов щодо фінансової безпеки її учасників, проведення чесної і справедливої торговельної діяльності, визначення нормативних стандартів, встановлення правил торгівлі, здійснення контролю та застосування санкцій. Організаційна складова регуляторної системи представлена у вигляді такої концепції:

- *Державні виконавчі органи, до яких належать Комісія з цінних паперів і фондових бірж (The United States Securities and Exchange Commission, SEC)* - вищий регулюючий орган США з цінних паперів, заснований в 1934 році на підставі постанови Конгресу та *Державна комісія з торгівлі товарними ф'ючерсами США (CFTC)* - державне агентство, утворене з метою захисту учасників ринку від шахрайства і зловживань, а також здійснення контролю за виконанням Закону про товарні біржі.

- *Саморегулівні організації (SRO)* почали утворюватися поряд з державними з 1934 року виключно за участю кваліфікованих осіб - професійних учасників фінансового ринку з метою: забезпечення сприятливих умов щодо його діяльності, надання інформаційних послуг, пов'язаних з галуззю цінних паперів; встановлення стандартів, яким повинні відповідати надавачі фінансових послуг, правил щодо захисту прав та інтересів учасників фінансового ринку; ознайомлення інвесторів з належною діловою практикою. До них належать кілька відомих бірж і регулюючих органів, в тому числі: Нью-Йоркська фондова біржа (NYSE); Асоціація фінансового планування (FPA); Чиказька торгова палата (CBOT); Американська рада страховиків життя (ACLI); Фінансовий Контролюючий орган Промисловості, Inc. (FINRA); Клірингова корпорація з фіксованим доходом (FICC); Опціонна клірингова корпорація (OCC); Американський інститут сертифікованих державних рахунків (AICPA)³⁵¹.

Виходячи з наведеного вище, доходимо висновку, що американський ринок фінансових послуг представляє собою сукупність фінансових інститутів, які пропонують комплекс

³⁵¹ К. Адам Хейз. Фондовые рынки. Саморегулируемая организация (CPO). URL: <https://www.investopedia.com/terms/s/sro.asp>

інвестиційних продуктів через залучення новітніх інноваційних інструментів, максимально орієнтованих на споживача. *Характерними особливостями фінансового ринку США є :*

- глобалізація фінансових операцій через фондовий ринок;
- уніфікована та прозора нормативна база у сфері цінних паперів та фондових бірж;
- відсутність єдиного фінансового регулятора;
- розвинута система саморегулювних організацій, які є автономними у приватно правовому регулюванні;
- стійка тенденція до розвитку крупних фінансових корпорацій з виробництва високотехнологічних продуктів та їх експорту;
- реалізація масштабних проєктів шляхом проведення експортно-імпортних операцій.

«Європейська» модель передбачає домінування інституту банку в економіці країн. Такої моделі дотримуються деякі країни Європи. Хоча сьогодні стає очевидним процес стирання чітких розмежувань фінансових систем.

Більш детально розглянемо «європейську» модель на прикладі Німеччини, фінансова система якої представляє собою *типовий приклад «банко центральної моделі»*. В Німеччині налічується близько 1740 банків і 674 фінансових установ³⁵². У позиційному документі про роль банків щодо фінансування економіки зазначено, що банки є наріжним каменем європейської економіки: вони виконують важливу і перевірену посередницьку функцію, зокрема, за допомогою аналізу та управління ризиками, а також забезпечення цілісних і довгострокових відносин з клієнтами. Мета політики європейського фінансового ринку, яка полягає в зниженні ризиків в банках і більш широкому їх розподілі на ринку, не повинна призводити до серйозного погіршення цієї посередницької функції³⁵³

До структури банківської системи Німеччини входять:

- *Центральний банк Німеччини Бундесбанк (Deutsche Bundesbank)* – державна юридична особа, незалежний від уряду, разом з тим зобов'язаний надавати підтримку уряду в галузі загальної економічної політики. Бундесбанк здійснює грошово-кредитну політику держави, контроль щодо фінансової системи; виконує функцію суб'єкта грошово-кредитного регулювання економіки держави, забезпечує реалізацію монетарної політики, валютного та розрахункового центрів країни.

- *Комерційні або кредитні банки*, серед яких можна виділити гросбанки – *Німецький (Deutsche Bank), Комерційний (Commerzbank)*.

³⁵² Банки и поставщики финансовых услуг. BaFin Федеральний орган фінансового надзора. URL: https://www.bafin.de/EN/Aufsicht/BankenFinanzdienstleister/bankenfinanzdienstleister_de_en.html;jsessionid=F28987CF01A682BBCBAA750C086D6E38.2_cid503

³⁵³ Positionspapier zur Rolle der Banken bei der Finanzierung der europäischen Wirtschaft. URL: <https://bankenverband.de/themen/positionspapier-zur-rolle-der-banken-bei-der-finanzierung-der-europaischen-wirtschaft/>

Кожен з grosbankів консолідується на основі їх зрощування з промисловими концернами країни. Адже, слід визнати той факт, що протягом останніх років *Deutsche Bank* переживає не найкращі часи. Складне становище цього банку - не єдина проблема німецької банківської системи. Незважаючи на те, що кількість банків в Німеччині істотно перевищує європейський рівень, частка активів найбільших банків залишається невисокою, що призводить до серйозних обмежень їх міжнародної активності.

- *Універсальні банки: земельні банки, ощадні каси* належать до категорії публічно-правових інститутів, які по суті сьогодні є універсальними банками та виконують увесь спектр банківських послуг.

- *Спеціалізовані банки: іпотечні банки, будівельні каси, Депозитарний банк, кредитні установи з «вузькою» спеціалізацією, послуги яких охоплюють близько 25% ринку.* Так, *Kreditanstalt fur Wiederaufbau* – банк, який займається наданням інвестицій для освітньої сфери, розвитку муніципальної інфраструктури та громадського транспорту, фінансує середній і малий бізнес, будівництво мостів, портів, тунелів. Федеральному уряду Німеччини належить 80% акцій банку, федеральним землям Німеччини - 20%³⁵⁴.

Фондовий ринок Німеччини.

Хоча з 2002 року в Німеччині відбувається новий етап розвитку фондового ринку у зв'язку з прийняттям закону про відміну податку на продаж крупних пакетів акцій, що сьогодні призводить до зростання ліквідності фондового ринку, а *німецька біржа Deutsche Boerse* надає весь спектр послуг біржевої індустрії (при цьому 80% акцій володіють іноземці), слід зазначити, що фондовий ринок Німеччини залишається слабо розвинутим та відіграє другорядну роль в економіці країни.

Основне внутрішнє джерело фінансування – банківський кредит.

Промислове виробництво відіграє ключову роль в економіці Німеччини, внесок якого у формування ВВП значно вище, ніж, наприклад, в США, у Франції і тим більше в Великобританії. Німеччина є одним з небагатьох великих високорозвинених народних господарств, яке базується на сильній індустріальній базі, - нагадує в недавньому дослідженні про потенціал німецької економіки Аналітичний центр *Deutsche Bank (DB Research)*³⁵⁵.

Сьогодні в країні найбільше на експансію налаштовані виробники електроніки і автомобілів, завантаження виробничих потужностей яких в автомобільній промисловості вже перевищила 91%. Серйозний імпульс зростанню ВВП Німеччини дає стрімко зростаюче виробництво різних вакцин від коронавірусу і компонентів до них, зокрема *BioNTech* і *Pfizer*, з якими Євросоюз

³⁵⁴ Интерактивное издание. Газета *Aussiedlerbote*. URL: <https://aussiedlerbote.de/2021/09/top-samyh-nadezhnyh-nemeckih-bankov/>

³⁵⁵В Германии начинается экономический бум. Его обеспечат 7 драйверов роста. URL: <https://www.dw.com/ru/v-frg-nachinaetsja-jekonomicheskij-bum-dw-o-7-drajverah-rosta/a-57486682>

тільки що уклав договір про постачання 1.8 млрд. доз до 2023 року. Значна частина цього гігантського замовлення буде виконуватися саме в Німеччині.³⁵⁶

При цьому більше половини відомих акціонерних товариств Німеччини фінансуються в першу чергу банками.

Регуляторну політику фінансового ринку та нагляд за діяльністю банків, постачальників фінансових послуг, страховими організаціями та торгівлею цінними паперами на консолідованій основі здійснюють:

- *Deutsche Bundesbank (Бундесбанк)* - центральний банк Німеччини;
- *BaFin (Федеральне відомство з нагляду за фінансовими ринками)* - автономна установа публічного права, що знаходиться під юридичним і технічним наглядом Федерального міністерства фінансів, фінансується за рахунок зборів і внесків установ і підприємств, що знаходяться під його контролем. BaFin управляється Виконавчою радою³⁵⁷ і є невід'ємною частиною нової європейської системи банківського нагляду. Завдяки механізму *Single наглядової (SSM - Single Supervisory Mechanism)*, який започаткував свою діяльність з 2014 року, сьогодні в Німеччині забезпечено стійкість і міцність європейської банківської системи та підвищення фінансової інтеграції.³⁵⁸

Розглядаючи ринок фінансових послуг Німеччини, доходимо висновку, що фінансування промислового виробництва країни через банківський кредит залишається на достатньо високому. Доля цінних паперів, незважаючи на зростання показників, складає до 10%. У підсумку, в Німеччині акціонерами є лише 7% дорослого населення, в той час як в США - 35%, в Англії - 20%, у Франції - 14%.

Все це свідчить про те, що інноваційні форми фінансування в Німеччині мають нижчий рівень у порівнянні з США. Незважаючи на значне збільшення абсолютних показників емісії цінних паперів, основним зовнішнім джерелом залучення капіталу продовжує залишатися банківський кредит. *До характерних особливостей ринку фінансових послуг Німеччини можна віднести:*

- пріоритет банківського кредитування, як інструменту фінансування;
- незначний розвиток повноцінного фондового ринку;
- розвинутий потенціал промислового виробництва;
- консолідована система з надзору за фінансовими послугами, яка представлена єдиним регулятором;
- відсутність саморегулювальних організацій як альтернативних органів з надзору за ринком фінансових послуг;

Система ринку фінансових послуг в Україні

³⁵⁶ Там само.

³⁵⁷ BaFin Федеральний орган фінансового надзора. URL: https://www.bafin.de/EN/DieBaFin/diebaфин_node_en.html

³⁵⁸ Банки и поставщики финансовых услуг. BaFin Федеральний орган фінансового надзора. URL: https://www.bafin.de/EN/Aufsicht/BankenFinanzdienstleister/bankenfinanzdienstleister_node_en.html;jsessionid=F28987CF01A682BBCBAA750C086D6E38.2_cid503

В Україні фінансова система відрізняється від американської та європейської. До фінансових установ діючим Законом України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» віднесено: банки, кредитні спілки, ломбарди, лізингові компанії, довірчі товариства, страхові компанії, установи накопичувального пенсійного забезпечення, інвестиційні фонди і компанії та інші юридичні особи, виключним видом діяльності яких є надання фінансових послуг, а в випадках, прямо визначених законом, - інші послуги (операції), пов'язані з наданням фінансових послуг.³⁵⁹

Говорити про домінування конкретної фінансової моделі українського ринку фінансових послуг складно, тому що сьогодні й досі він знаходиться в процесі становлення. Хоча слід визнати той факт, що у 2000 роках спостерігалась тенденція до розвитку банку орієнтованої системи у структурі фінансового сектору. Так, за даними Міністерства фінансів України, станом на 01.01.2008 року було 175 діючих банків, з них 47 з іноземним капіталом, 17 зі 100% іноземним капіталом³⁶⁰. Сьогодні за даними НБУ фінансовий ринок України виглядає по іншому.

Відповідно до приведеної статистики констатуємо про скорочення кількості банків протягом останніх тринадцяти років. На нашу думку, така тенденція є свідченням кризи в банківській сфері України, до факторів якої можна віднести спад виробництва протягом останніх років, яке супроводжувалося кількома хвилями значної девальвації гривні, внаслідок чого відбувався масовий відплив депозитів з банківської системи, політичну та економічну кризу початку 2014 року, окупацію Криму та окремих районів Донецької і Луганської областей та інші. У цьому зв'язку слід відмітити, що жоден банк, який належить державі або міжнародним фінансовим холдингам, не був визнаний неплатоспроможним.

Крім того, варто визнати і той факт, що банки в Україні створювалися в якості «обслуговуючого гаманця» фінансово-промислових груп, бізнес-структур та просто заможних і впливових громадян з метою безпечного акумулювання зростаючих фінансових потоків у керованій фінансовій системі. Такий хиткий баланс легко порушити у разі, коли контролер банку або акціонери приймають рішення про вилучення з обороту істотної частини коштів або оформлення їх в якості кредиту. Адже такі «схеми» не тільки порушують права вкладників, але й наносять непоправної шкоди авторитету всієї вітчизняної банківської системи.

«Українці втратили майже 100 млрд гривень через падіння окремих банків та зловживання власників», - про це у межах другого

³⁵⁹ Закон України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг»// Відомості Верховної Ради України. 2002, № 1, ст. 1. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2664-14#Text>

³⁶⁰ Кількість банків в Україні (2008-2021). URL: <https://index.minfin.com.ua/banks/stat/count/>

форуму YES заявив Секретар РНБО Олексій Данілов та підкреслив, що: «необхідно розібратися з усіма зловживаннями в банківському секторі. Чи продовжуються ці речі зараз? Мені складно сказати. Але певні речі, які відбуваються саме в банківській системі, вони мене дивують. 96 млрд ми сплатили з вами з власних грошей нібито через те, що якісь власники там щось не додають. І наступний кейс, який може розглядатися в апараті Нацбезпеки та оборони за дорученням президента, це саме: як так сталося, що грошей немає, додаткові олігархи з'явилися після так званих банкопадів в нашій країні. Ці речі мають бути абсолютно публічні»³⁶¹.

З наведеної статистики також простежується зростання кількості фінансових компаній. Адже у цьому зв'язку, це логічне та передбачуване явище, оскільки внаслідок ліквідації банків-банкрутів Фонд гарантування вкладів фізичних осіб (ФГВФО), займається реалізацією їх майна, яке належить до категорії «проблемних» боргів (NPLs) шляхом їх продажу (через укладення договору про відступлення права вимоги) фінансовим компаніям. Такі борги об'єднуються в «ПУЛІ» або «кредитні портфелі» та виставляються на продаж через проведення аукціонів на офіційному майданчику електронної системи публічних закупівель України ProZorro.

З початку банківської кризи 2014-2015 років ФГВФО виплатив вкладникам 94 банків-банкрутів близько 90 млрд грн компенсацій. Повернути ці гроші не вийшло: при номінальній вартості активів банків під керуванням ФГВФО в 500 млрд грн, Фонд зміг заробити від їх продажу всього 20 млрд грн - менше 5%³⁶².

За словами керівника фінансової компанії «Morgan Capital» Р. Харченко: «Основний попит на ринку проблемних кредитів диктують самі позичальники. На них припадає близько 90% всіх здійснюваних операцій. Безпосередні учасники аукціонів - фінансові компанії - всього лише перепродують куплені лоти боржникам, оскільки ті самі не можуть брати участь в аукціонах ФГВФО³⁶³». «Перепродаж кредитів зацікавленим особам - це найбільш оптимальний спосіб отримання прибутку», - розповідає О. Гром, керуючий партнер фінансової компанії «Фінактив»³⁶⁴.

Отже, окреслюючи основні міжнародно-правові та національно-правові аспекти цієї проблеми, варто зазначити таке. Законом України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» визначено чіткий перелік фінансових послуг: торгівля валютними цінностями; залучення фінансових активів із зобов'язанням

³⁶¹ РНБО готує розгляд питання за наслідками банкопаду. URL: https://lb.ua/economics/2021/09/11/493744_rnbo_gotuie_rozglyad_pitannya.html

³⁶² Дело на миллиарды | Топ-10 покупателей долгов банков-банкротов. Как зарабатывают на плохих активах? URL: <https://finance.liga.net/bank/article/top-10-pokupateley-dolgov-bankov-bankrotov-kto-eto-delaet-i-kak-zarabatyvaet-razbor>

³⁶³ Там само

³⁶⁴ Там само

щодо наступного їх повернення; фінансовий лізинг; надання коштів у позику, в тому числі і на умовах фінансового кредиту; надання гарантій; у сфері страхування; діяльність у системі накопичувального пенсійного забезпечення; професійна діяльність на ринках капіталу; факторинг; банківські та інші фінансові послуги, що надаються відповідно до Закону України «Про банки і банківську діяльність».

Фінансові послуги, надання яких передбачається іншими законами, підлягають включенню до переліку, визначеного частиною першою цієї статті. Надання фінансових послуг, не включених до зазначеного переліку, забороняється³⁶⁵.

Відповідно до наведеного, дискусійним залишається питання з надання такої фінансової послуги як «продаж кредитів» фінансовим компаніям шляхом укладення договору про відступлення права вимоги, адже загальні правові засади у сфері надання фінансових послуг відповідно до міжнародно-правових зобов'язань, встановлених ст.125 Угоди про асоціацію, нормами ЦК України та цього Закону, не визначають відступлення права вимоги як фінансову послугу і вона не належить до факторингу.

У регуляторній політиці фінансового ринку України відбулись зміни у зв'язку з набранням чинності у 2020 році Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо удосконалення функцій із державного регулювання ринків фінансових послуг», статтю 55⁻¹ якого визначено, що Національний банк здійснює функції державного регулювання та нагляду за діяльністю на ринках небанківських фінансових послуг (крім діяльності на ринках цінних паперів та похідних (деривативів), професійної діяльності на фондовому ринку та діяльності у системі накопичувального пенсійного забезпечення) на індивідуальній та консолідованій основі у межах та порядку, встановлених цим Законом, Законом України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» та іншими законами з питань регулювання ринків фінансових послуг³⁶⁶.

Крім НБУ функції Регулятора ринку фінансових послуг виконують: *Фонд гарантування вкладів фізичних осіб; Національна комісія з цінних паперів та фондового ринку; Міністерство фінансів України.*

Водночас на фінансовому ринку України діють саморегульовані організації, зокрема, Асоціація українських банків заснована в 2007 році, Асоціація «Українська федерація убезпечення» заснована в 2008 році, яка об'єднує провідні компанії класичного страхового ринку України; Всукраїнська Асоціація ломбардів заснована в червні 2002 року та інші. Адже, на відміну від саморегульованих організацій США,

³⁶⁵ Закон України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг» // Відомості Верховної Ради України, 2002, № 1, ст. 1. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2664-14#Text>

³⁶⁶ Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо удосконалення функцій із державного регулювання ринків фінансових послуг» // Відомості Верховної Ради (ВВР), 2019, № 44, ст.277. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/79-20#Text>

вітчизняні не є автономними у приватно правовому регулюванні ринку фінансових послуг.

Враховуючи вищевикладене, констатуємо, що до основних викликів та несприятливих факторів у сфері фінансових послуг в Україні можна віднести: високий рівень тінізації економіки; достатньо низький рівень ліквідності фондового ринку; невдосконала законодавча база щодо захисту прав інвесторів та споживачів; невдосконалене та непрозоре законодавство у сфері правового регулювання фінансових послуг та податковій сфері; низький рівень обізнаності та довіри населення України щодо інвестиційної діяльності; достатньо велика частка «проблемних боргів» у кредитному портфелі банків та інші.

Питання переймання Україною світового досвіду з розвитку ринку фінансових послуг серед науковців також видається дискусійним. Так, В.П. Кодацький у своєму дослідженні пропонує: в Україні використовувати американський (США) досвід діяльності: комерційних банків; державних і контрольованих державою кредитних установ; інвестиційних банків, дилерських і брокерських фірм; фінансових компаній; недержавних пенсійних фондів та щодо організації кредитування населення і підприємств³⁶⁷.

А. Лаврик вважає, що для України більш ефективною на даному етапі буде побудова і розвиток саме банківсько-орієнтованої фінансової системи. Фінансування через банківську систему є більш ефективним саме для традиційних секторів економіки. Низький попит на ризиковані інвестиції у інвесторів і їх гомогенність також є важливим фактором при виборі типу фінансової системи. Для України також характерна нерозвиненість правової та інституційної інфраструктури - низький рівень захищеності акціонерів, корупція серед органів влади і суддів, невиконання законів. В таких умовах саме розвиток банківських установ сприяє стабільності і більшій захищеності споживачів³⁶⁸.

На нашу думку, після довготривалого процесу «банко падіння» Україна навряд чи повернеться до «банко орієнтованої» або «європейської» моделі. У сьогоднішніх умовах економічної кризи та нестабільності вітчизняні банки поступово втрачають довіру вкладників. Приватні особи не поспішають вкладати на депозит або зберігати частину своїх грошових ресурсів на банківських рахунках. Передумовою стабільності роботи вітчизняних банків мають бути законодавчо закріплені на національному рівні нові стандарти банківського регулювання, підвищені вимоги до якості і структури власного капіталу банків та покриття ризиків, зняття з платників податків фінансової відповідальності за «проблемні банки» та

³⁶⁷ В. П. Кодацький. Грошово-кредитна система сполучених штатів Америки. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/groshovo-kreditna-sistema-spoluchenihshtativ-ameriki/viewer>

³⁶⁸ А. Л. Лаврик. Світові моделі фінансового посередництва. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/mirovye-modeli-financevogo-posrednichestva/viewer>

посилення наглядової функції. Такий підхід має гармонізувати принципи діяльності українських банків, систему гарантування вкладів, відновити довіру вкладників, а також наблизити рівень фінансових послуг у банківській сфері до єдиного наглядового механізму (*Single Supervisory Mechanism*) та механізму врегулювання банкрутств (*Single Resolution Mechanism*).

Для впровадження «англо-саксонської» або «біржевої» моделі в Україні, перш за все, мають бути створені умови для ефективного функціонування фондового ринку, утворено основного організатора торгів, запроваджено прозору нормативну базу; наступним кроком має бути розвиток всіх сегментів ринку: державних цінних паперів, ринку валют, акцій найбільших національних компаній тощо; по-третє, вкрай важливо забезпечити сприятливе середовище для розвитку вітчизняного промислового виробництва та залучення іноземних компаній з високою ринковою капіталізацією. Такі послідовні дії мають привести до становлення повноцінного фондового ринку як одного з найважливіших джерел фінансування господарської діяльності. Оскільки вітчизняний ринок цінних паперів - це ринок, що розвивається, його інституційна складова менш розвинута, ніж в інших країнах. Сьогодні українці вкладають деяку частину своїх грошових ресурсів в акції таких корпорацій як: Microsoft, Facebook, Visa, Tesla, Netflix тощо, тим самим сприяючи розвитку економіки США. Тому справедливо припустити, що модель розподілу інвестиційних ресурсів буде змінюватися у майбутньому і в Україні, зокрема в напрямі розвитку українського ринку цінних паперів. Оскільки процвітання створюється виключно підприємствами, промисловими виробництвами, а фондові біржі є майданчиками для інвестицій таких компаній.

Таким чином, одним з важливих принципів розвитку національного законодавства у сфері фінансових послуг залишається принцип розумного підходу щодо залучення значного досвіду регулювання фінансових ринків різними країнами з метою розбудови в Україні гнучкої та, в той же час, ефективної системи, враховуючи рівень економіки, особливості вітчизняного законодавства та історичні традиції країни.

3.5. Актуалізація питання саморегулювання господарської діяльності на початку XXI століття

Людство розвивається, постійно змінюються економічні підходи та відносини. Чи то доіндустріальне, індустріальне, постіндустріальне суспільство, чи то новий тренд (зелена, шерінгова, цифрова економіки тощо) посилюють або ж уповільнюють використання окремих засобів, або ж з'являються, відроджуються «нові» та відходять у небуття «старі», у тому числі засоби, способи правого регулювання економіки. У сучасних умовах глобальної

трансформації підходів до правового регулювання важливим залишається синергетичний підхід, адже його використання допомагає заповнити прогалини регулювання, не завдаючи шкоди чи то публічному порядку держави чи то транскордонним відносинам. У той же час слід говорити і про недоліки, які пов'язані, перш за все, з недостатнім розумінням та застосуванням суб'єктами, за відсутності конкретизації при врегулювання тих чи інших відносин, загальних принципів права, які уже напрацьовані та визнані.

За умови виникнення нових відносин, чи то, до прикладу, нових засобів укладення договору тощо, іноді видається, що важко заповнити ті чи інші прогалини, адже відомо, що право «не встигає», зокрема, за науково-технічним прогресом. Тому саморегулювання і є швидким, оперативним способом врегулювання відносин, а в окремих випадках фактично єдиним. Однак, саморегулювання господарської діяльності як різновид правового регулювання не може суперечити імперативним нормам держави або ж транснаціональному публічному порядку. Загальні принципи та пріоритети розвитку соціальної держави мають бути збережені у регулюванні та обмеженнях економічної діяльності та продовжувати функціонувати як основні імперативи, такі як дотримання законодавства про конкуренцію, захист прав споживачів тощо³⁶⁹.

Державне регулювання визначає межі, засоби, ефективні інституції саморегулювання економічної діяльності, включаючи його таким чином у площину впливу. Дозволяється діяльність недержавних судів, саморегулювальних організації, альтернативне матеріальне регулювання, укладення договорів з широкою свободою, однак із застереженнями щодо не порушення імперативних норм держави. Глобальні тренди щодо посилення політики захисту прав людини у бізнесі, протидія кліматичним змінам, пандемія Covid-19 також стали напрямками змін у дозволених саморегулювальних політиках суб'єктів бізнесу.

Однак слід визначити і сучасні недоліки (ризика) застосування саморегулювальних елементів, які не відразу є очевидними. А.Н. Barkatullah застерігає, що розвиток електронної комерції реформував традиційну комерцію, піддаючи споживачів у транзакціях електронної комерції більшим ризикам³⁷⁰. Так, значні ризики пов'язані з захистом особистої інформації споживачів. Надаючи свій номер телефону та інші дані про себе, згодом людина може стати ціллю для шахраїв.

Зокрема, банківські установи, розвиваючи ринок фінансових послуг та проявляючи саморегулювальну ініціативу, також намагаються

³⁶⁹ Oksana M. Vinnyk, Dmytro V. Zadykhaylo, Olena M. Honcharenko, Olga V. Shapovalova, Nino B. Patsuriia. Economic and Legal Policy of the State in the Field of Digital Economy. The International Journal of Criminology and Sociology. Vol. 10 (2021) P. 383-392. Special Issue: <https://www.lifescienceglobal.com/pms/index.php/ijcs/article/view/7087>.

³⁷⁰ Djumadi, A.H. Barkatullah, Does self-regulation provide legal protection and security to e-commerce consumers?, Electronic Commerce Research and Applications (2018), doi: <https://doi.org/10.1016/j.elerap.2018.05.008>

використати персональні дані, однак не завжди гарантуючи їх належний захист. Наприклад, поповнення особистої банківської карти за номером телефону. Так, один із найбільших українських банків «ПриватБанк» надає послугу «Перекази на картку за номером телефону» таким чином: «... перейдіть до сервісів, натисніть «Переказ за номером телефону» й в вікні, що з'явилося, виберіть одержувача з телефонної книги. Якщо номер адресата підключений до Приват24, ви побачите зелену плашку під його іменем... Якщо ви ще не вибрали картку для зарахування переказів, вам буде запропоновано зробити це під час спроби переказати гроші. Якщо інша людина зберегла ваш номер телефону, вас буде показано в контактній книзі в Приват24. Зазначте суму переказу. Виберіть тип сплати комісії (якщо вона є) і перевірте правильність введених даних. Після цього підтвердьте платіж. Гроші надійдуть одержувачу протягом кількох хвилин»³⁷¹. Тобто, виходить, що можливо клієнт банку не надавав згоди на те, щоб інший клієнт перераховував кошти на його картку. Однак така опція є дозволеною. Вказана послуга має значні корупційні ризики. Так, без згоди власника можна перерахувати кошти на картку, а потім звинуватити таку особу в корупційних діях. Запровадивши таку послугу банк не запитав у клієнтів згоди на запровадження, не повідомив жодним чином. Тут лише саморегулювальна ініціатива банку, яка торкається інтересів третіх осіб та порушує права особи щодо надання приватної інформації. Тому така послуга має бути конкретизована та відповідно чітко визначений порядок надання персональної інформації. Водночас така послуга не сприятиме підвищенню довіри клієнтів до банківської системи, а надасть можливість до впровадження нових шахрайських схем.

Порушення порядку невтручання в особисте життя відбувається і на основі використання додатку GetContact. Власники мобільних телефонів від тепер мають змогу дізнатись, як їхній контакт записаний на інших пристроях³⁷². Під нібито благою ідеєю - дізнатися рівень довіри до себе з боку іншої людини, продається технологія *втручання у приватні справи*. При завантаженні додатка на телефон вся інформація про власника пристрою копіюється в базу даних GetContact. Окрім цього, сервер також запозичує всю телефонну книгу користувача. Відтак користувачі додатку, ввівши номер телефону з кодом країни, мають змогу побачити, як вони записані у смартфонах знайомих та друзів. Якщо ж людина не хоче, щоб її номер перевіряли інші, вона може приховати інформацію, зареєструвавшись на сайті та видаливши свій аккаунт з бази даних³⁷³. Як бачимо, не запитується згода інших осіб на обробку їх персональних даних, що передбачено Законом України «Про захист персональних даних» від 01.06.2010 року № 2297-

³⁷¹Перекази на картку за номером телефону. URL: <https://privatbank.ua/perekaz-za-nomerom-telefonu> (дата звернення 10.09.2021).

³⁷²GetContact: як дізнатися, як записаний ваш номер на інших телефонах URL:https://lifestyle.24tv.ua/getcontact_yak_diznatisya_yak_ti_pidpisaniy_u_inshih_n932549 (дата звернення 10.09.2021).

³⁷³Там само.

VI. На вказаному прикладі бачимо, що порушення законодавства з приводу захисту персональних даних, на мою думку, є очевидним, неприхованим. Яке можна однозначно кваліфікувати.

Водночас, Закон України «Про захист персональних даних» передбачає, що в сфері електронної комерції згода суб'єкта персональних даних може бути надана під час реєстрації в інформаційно-телекомунікаційній системі суб'єкта електронної комерції шляхом проставлення відмітки про надання дозволу на обробку своїх персональних даних відповідно до сформульованої мети їх обробки. за умови, що така система не створює можливостей для обробки персональних даних до моменту проставлення відмітки³⁷⁴. Крім того, стаття 32 Конституції України проголошує право людини на невтручання в її особисте життя. Відповідно до неї не допускається збирання, зберігання, використання поширення конфіденційної інформації про особу без її згоди, крім випадків, визначених законом, і лише в інтересах національної безпеки, економічного добробуту та прав людини. Отже, надання послуги за допомогою додатку GetContact порушує Конституцію України, Закон України «Про захист персональних даних» та фактично є забороненим, отже і створення як самостійної саморегульованої пропозиції не може набути розвитку. У той же час, недоліком вказаного Закону є відсутність конкретизації поняття «персональні дані», тому цю дефініцію можна тлумачити як досить широко так і вузько.

Ще один додаток Zenly – це карта, на якій можна побачити, що роблять ваші друзі або рідні. Рекламою цього додатку стверджується, що більше не потрібно запитувати в друзів адресу! Щоб дістатися до них, знадобиться лише транспортний додаток. Вмикайте режим приблизного або фіксованого місцезнаходження, щоб за потреби зникнути з радарів³⁷⁵. Однак, на відміну від двох зазначених вище послуг, в цьому додатку запитується згода на запрошення і тільки після цього додатком Zenly можна користуватися. Тобто, приватна інформація щодо місця знаходження надається тільки після згоди всіх суб'єктів. У цьому випадку для свідомих споживачів рівень довіри до такого додатку буде значно вищим. Слід відмітити добросовісність суб'єктів бізнесу щодо розроблення вказаного застосунку в цьому аспекті та розуміння відповідальності за невтручання в особисте життя людини.

Отже, актуальним є питання, особливо для українських суб'єктів господарювання та споживачів, – це *розроблення правил щодо збирання, зберігання та використання приватної інформації, яку надають споживачі товарів та послуг*, незалежно від сфери або галузі господарської діяльності: господарсько-торговельної, банківської, електронної комерції тощо. Нарізі можна констатувати

³⁷⁴Про захист персональних даних: Закон України від 01.06.2010 року № 2297-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2297-17#Text> (дата звернення 11.09.2021).

³⁷⁵Zenly: Ваша карта — ваші люди URL: <https://play.google.com/store/apps/details?id=app.zenly.locator&hl=uk&gl=US> (дата звернення 11.09.2021).

застосування суб'єктами господарювання саморегульованих технологій щодо обробки приватної інформації без використання належних механізмів захисту такої.

Завважв, що використання таких механізмів в різних державах може мати значні відмінності: в одних державах – підприємець створює модель саморегулювання щодо захисту персональних даних і таким чином розраховує на довіру споживачів та держави (США); в інших – держава відіграє активнішу роль та законодавчо визначає (навіть під загрозою значних штрафів) обов'язок суб'єкта господарювання впроваджувати захисні механізми щодо захисту персональних даних (держави Європейського Союзу). Так, в США наразі відбуваються слухання щодо компанії Facebook, яку звинувачують в ігноруванні небезпек щодо використання дітьми цієї соціальної мережі, в послабленні демократії, відсутності реакції на повідомлення про небезпеки використання. Також компанію обвинувачують в приховуванні результатів внутрішніх досліджень щодо небезпек через комерційну зацікавленість керівництва в надприбутках. Крім того, вказується, що Facebook має змінити свої внутрішні алгоритми і повідомляти про них. Пропонується на законодавчому рівні змінити відповідне законодавство, зокрема закон «Про етику в сфері комунікацій» та зробити відповідальними соціальні мережі за зміст.

Кращими практиками на сьогодні вважається також включення механізмів щодо обробки персональних даних споживачів до *етичних кодексів підприємців* тієї чи іншої галузі або ж конкретного суб'єкту господарювання. Також у електронній торгівлі для багатьох споживачів незрозумілими залишаються питання: щодо інформації про підприємця, який надає такі послуги; про якість товару чи послуги; про порядок вирішення спорів у разі їх виникнення; про обґрунтованість встановлення ціни тощо. Недоліком електронної торгівлі є віддаленість від покупця. Звичайно такі положення перш за все ґрунтуються на нормі закону, однак, цифрова економіка – це передусім продукт саморегулювання, і багато норм держава не встигає упорядкувати, тому етичні кодекси (кодекси професійної етики, кодекси поведінки в певній галузі цифрової економіки) є важливим інструментом добросовісності та добрих практик в електронній торгівлі³⁷⁶.

Ще одна важлива сфера пов'язана із захистом прав споживачів, де повинні бути впроваджені ефективні механізми саморегулювання – це реклама. Цікавим є іспанський досвід. Так, В Іспанії у 1995 році була створена Асоціація саморегулювання комерційного спілкування (Autocontrol). Результати досліджень науковців показують, які є досягнення саморегуляції Autocontrol так і визначені виклики, з

³⁷⁶ Гончаренко О. М. Етичні кодекси поведінки суб'єктів цифрової економіки: правовий аспект. *Зовнішня торгівля: економіка, фінанси, право*. 2021. № 2. С. 76-77.

якими організація досі стикається³⁷⁷. López Jiménez D., Dittmar E.C., Vargas Portillo J.P. вважають, що реклама – це бурхлива діяльність як у фізичній сфері, так і в Інтернеті; реклама в Інтернеті зростає і підпорядковується правовим стандартам, хоча для галузі необхідні деякі етичні стандарти, що накладаються самостійно³⁷⁸. Розроблення норм саморегулювання суб'єктами бізнесу в Україні для забезпечення етичної, якісної реклами повинно проходити із врахуванням кращих практик та дотриманням прав споживачів такої реклами. До цієї взаємодії мають бути широко залучені представники організацій із захисту прав споживачів, науковці та органи державної влади.

Українські науковці визнають різке погіршення прав споживачів в умовах пандемії. Л. Микитенко стверджує, що: «Запровадження заходів, пов'язаних із запобіганням поширенню на території України гострої респіраторної хвороби COVID-19, вкотре продемонструвало повну незахищеність споживчої спільноти перед несумлінним бізнесом і відсутність дієвих, скерованих державних механізмів захисту прав споживачів»³⁷⁹. Вочевидь, що погіршення стану дотримання прав споживачів пов'язане із невиконанням контрактних зобов'язань самими суб'єктами господарювання через пандемію. Тому, якщо суб'єкти господарювання будуть мати адекватні інструменти врегулювання спорів між собою, то і права споживачів у більшості випадків також будуть дотримані за добросовісного підприємництва. Такі інструменти може забезпечити саморегулювання через розвиток *альтернативних методів врегулювання спорів*.

На думку, А.Н. Barkatullah: «Саморегуляція не може працювати сама без втручання держави, яка створює положення та надає споживачам інформацію про безпеку транзакцій. Щоб саморегулювання працювало безперебійно, потрібно щось гарантувати; це якість саморегулятора, що дуже важливо для фактичної реалізації саморегуляції. Покупець повинен бути експертом у галузі регулювання. Саморегулятор має бути об'єктивним і працювати цілком самостійно. Крім того, торговець повинен мати мотивацію регулювати і бути креативний у вирішенні складних ситуацій у галузі. Щоб зрозуміти поняття відповідальності продавця за проблеми, з якими стикаються споживачі, їхня відповідальність розділена на дві частини: відповідальність за інформацію та відповідальність за безпеку»³⁸⁰. Слід підтримати думку Б.В.Деревянка, який зазначає, що завдяки поєднанню заходів держав-

³⁷⁷ Feenstra. R.A., González Esteban. E. Autocontrol: A Critical Study of Achievements and Challenges in the Pursuit of Ethical Advertising Through an Advertising Self-Regulation System. *J Bus Ethics* 154. 341–354 (2019). <https://doi.org/10.1007/s10551-016-3423-0>.

³⁷⁸ López Jiménez. D., Dittmar. E.C. & Vargas Portillo. J.P. Self-regulation of Sexist Digital Advertising: From Ethics to Law. *J Bus Ethics* 171, 709–718 (2021).

³⁷⁹ Микитенко Л. Права споживачів в умовах карантину 2020. *Зовнішня торгівля: економіка, фінанси, право*. 2020. № 3. С. 44.

³⁸⁰ Djumadi, A.N. Barkatullah, (2018). Does self-regulation provide legal protection and security to e-commerce consumers?, *Electronic Commerce Research and Applications* doi: <https://doi.org/10.1016/j.elerap.2018.05.008>.

ного і недержавного (внутрішнього) контролю у сфері господарювання можна підвищити ефективність боротьби із негативними явищами в економіці, зокрема, знизити частку її «тінізації»³⁸¹. Саморегулювання у виді недержавного контролю за допомогою внутрішніх процедур суб'єкту господарювання сприятиме дотриманню прав споживача в умовах швидких та подекуди непередбачених змін, адже у такі процедури вносяться зміни оперативно без очікування законодавчих «новел», зокрема в аспекті посилення державного контролю.

Обізнаність (поінформованість) з одного боку суб'єктів господарювання про важливість саморегулювних механізмів та додану вартість за їх впровадження, а з іншого боку - обізнаність споживачів товарів та послуг щодо ризиків та порушень прав у разі передачі персональних даних – створить розумний стандарт поведінки як споживача так і бізнесмена.

Lex mercatoria – сучасний та адаптивний засіб саморегулювання, який швидко розвивається. Транснаціональне торгове право (Lex mercatoria) відноситься до системи «м'якого» права та, відповідно, за своєю силою має рекомендаційний характер. Lex mercatoria – це глобалізована система норм саморегулювання (звичай торгівлі), яка кодифікована на рівні відомих міжнародних урядових і неурядових організацій, науково-дослідних інститутів. Lex mercatoria має важливу ознаку автономності: її розробляє, приймає, кодифікує певна спільнота, що професійно здійснює та упорядковує міжнародну торгівлю³⁸².

Слід зазначити, що питання саморегулювання розглядається і через призму європейського договірного права. Зокрема у праці F. Cafaggi « Self-regulation in European contract law»³⁸³. У рамках саморегуляції автором досліджуються різні суб'єкти та форми створення правил. Стосовно суб'єктів розглядаються різні приватні організації: незалежні організації та організації з власним інтересом. Справді, сучасні неурядові та деякі урядові міжнародні організації (УНІДРУА), які реалізують саморегулювання у сфері транснаціонального торгового права, є своєрідними неформальними органами з комплаєнс-перевірки відповідних матеріальних норм, напрацьованих суб'єктами бізнесу, завдяки погодженню правил, формуванню практики. Важливим є їх взаємодія із органами державної влади конкретної держави, зокрема в аспекті дозволу на застосування норм «м'якого» права суб'єктами господарювання як

³⁸¹ Деревянко Б.В. Питання державного та недержавного (внутрішнього) контролю діяльності суб'єктів господарювання. Актуальні правові проблеми господарської діяльності в Україні: збірн. тез доповідей учасників наук.-практ. семінару (30 травня 2019 року) / Упорядники: М. С. Долинська, В. О. Кучер. Львів: ЛьвДУВС. 2019. С. 24.

³⁸² Гончаренко О. М. Транснаціональне торгове право як форма нормативного саморегулювання. *Зовнішня торгівля: економіка, фінанси, право*. 2020. № 2. С. 38.

³⁸³ Cafaggi F. Self-regulation in European contract law. *Eur. Legal Stud.*, 2007. URL: https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/6846/EJLS_2007_1_1_8_Caf_EN.pdf?sequence=3 (дата звернення 11.09.2021).

прояву свободи договору при виборі застосовного права як основного або ж додаткового.

На думку В.С. Мілаш європеїзація договірної права України повинна здійснюватися насамперед через уніфікацію принципів правового регулювання договірних відносин та їх орієнтацію на принципи «європейського типу», які характеризують зміст договірної права та є «розщепленими» у ньому «наскрізними ідеями»³⁸⁴. Таким прикладом, зокрема, є Принципи європейського договірної права (The principles of European contract law - PECL), які підготовлені Комісією з європейського договірної права під головуванням проф. Оле Ландо та відносяться до джерел *Lex mercatoria*. Слід підтримати таку ідею, зокрема з огляду на наукове обґрунтування, проведений аналіз теорії та практики застосування положень, викладених у цих Принципах.

Прогресивний розвиток нормативного саморегулювання *Lex mercatoria* призвів до появи *Lex electronica*. Як зазначає Е.М. Деркач, що з розвитком транснаціонального права електронної торгівлі (*Lex electronica*) – системи норм міжнародно-правового характеру, що виникла внаслідок спроби упорядкування *Lex mercatoria*, - з'являються специфічні правові утворення, спрямовані на забезпечення саморегуляції відносин комерційного характеру, які виникають у мережі інтернет, можливості їхніх учасників самостійно обирати право, що підлягає застосуванню...³⁸⁵. *Lex electronica* є різновидом транснаціонального торгового права, яке виявляється як у формі відповідних матеріальних норм, які вказують, що робити або не робити учасникам електронної комерції, а також - процесуальних, які визначають порядок врегулювання спорів за допомогою інтернет технологій (онлайн арбітраж). Можна спрогнозувати подальший швидкий розвиток недержавного нормативного регулювання як відповідь на швидкі технологічні зміни та трансформацію економіки. *Lex electronica arbitralis* – це конкретизація *Lex electronica* у аспекті альтернативного врегулювання спорів за допомогою інтернет платформи.

Крім того, у науці виділяють окремі групи норм *lex mercatoria*: *lex petrolea* (право нафтових трансакцій), *lex constructionis* (будівельне право), *lex maritime* (морське право)³⁸⁶ та інші. Така деталізація у межах *Lex mercatoria* свідчить про розвиток нормативного саморегулювання. Швидка зміна технологій у аспекті застосування штучного інтелекту та відсутність адекватного швидкого регулювання з боку держави уже призвела до появи *права штучного інтелекту* як різновиду *Lex*

³⁸⁴ Мілаш В.С. Європеїзація господарського договірної права України як напрям правової інтеграції. *Актуальні проблеми права: теорія і практика*. 2018. № 1 (35). С. 55.

³⁸⁵ Деркач Е. М. Правове регулювання господарської діяльності в сфері транспорту: теоретичні та прикладні проблеми: автореф. дис. ... докт. юрид. наук за спеціальністю 12.00.04 – господарське право; господарсько-процесуальне право. НАН України. Державна установа «Інститут економіко-правових досліджень імені В.К. Макутова НАН України». Київ, 2021. С. 16.

³⁸⁶ Maniruzzaman A.F.M. The *Lex Mercatoria* and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration? *American University International Review*. 1999. Vol. 14, iss. 3, Pp. 657-734.

mercatoria. Важливий висновок зробили D. Restrepo-Amariles and G.Lewkowicz про необхідність структурної співпраці між юристами та інженерами з метою управління неминучою гібридизацією верховенства права та його технологічної інтеграцією (on the necessity for a structural collaboration between lawyers and engineers in order to manage the inevitable hybridization of the rule of law and its technological integration). Також автори вказують на появу наукового, математичного, алгоритмічного закону, що керується ризиками та технологіями (класифікованого як «розумне право» («Smart Law»))³⁸⁷.

Принагідно слід зазначити, що сучасне Lex mercatoria розпочало своє відродження у середині ХХ століття і тому швидкість розвитку та ускладнення відповідних економічних відносин вплинули на недержавне автономне регулювання, яке здійснюється на рівні міжнародних урядових організацій, недержавних організацій та на рівні суб'єкту бізнесу.

Саморегулювання господарської діяльності на початку ХХІ століття в умовах швидких змін економічних «трендів» є одним з важливих способів регулювання завдяки використанню низки «гнучких» елементів (зокрема, так званих «каучукових» норм, «м'якого» права), що дозволяють суб'єктам права вчасно та адекватно реагувати на виклики керуючись принципом, який є по суті саморегулювальною ідеєю: «дозволено все, що не заборонено законом». Суб'єктам господарювання слід спрямувати свою діяльність в напрямку розроблення кращих практик використання приватної інформації, яка надається споживачами та запровадити відповідні саморегулювальні заходи внутрішнього контролю за її збереженням.

Свідомий споживач та відповідальний бізнес – формула ефективного регулювання сучасних економічних відносин, важливою складовою якого є саморегулювання, реалізація якого є взаємною з обох сторін. Добросовісність та чесне ведення справ, розумність як «каучукові» норми допомагають розвивати *добропорядне саморегулювання*, виступаючи одночасно обмежувачими факторами як для нормативного так і інституційного саморегулювання.

Саморегулювання - це питання не тільки добропорядності, а й активності та ефективності реалізації економічних операцій. Зрілість суб'єктів господарювання, розуміння ними важливості впровадження саморегулювання та прагнення набути та зберегти довіру споживача - у кінцевому підсумку призводять до кращої якості надання послуг та відповідно дотримання норм імперативного законодавства.

Розвиток цифрової економіки призвів до появи нових понять, форм, інструментів, які є викликами для правового забезпечення як за допомогою державних так і недержавних механізмів. Глобальним трендом став розвиток альтернативного регулювання Lex mercatoria.

³⁸⁷ Restrepo-Amariles, David and Lewkowicz, Gregorv. Unpacking Smart Law: How Mathematics and Algorithms are Reshaping the Legal Code in the Financial Sector (December 23, 2020). *Lex Electronica*, Vol. 25, 3 (2020), Pp. 171-185. <https://ssrn.com/abstract=3754007>

3.6. Конкуренція дерегулювання та її вплив на корпоративне право

Однією із світових тенденцій в сфері регулювання корпоративних відносин та господарської діяльності юридичних осіб корпоративного типу є процес дерегулювання та лібералізації корпоративного права. Під дерегулюванням розуміється скасування норм, правил, зміна форм і методів регулювання. Як правило, означає зменшення контролю держави над веденням бізнесу, наприклад, для стимулювання вільної конкуренції на ринку. Дерегулювання – сукупність заходів, спрямованих на зменшення втручання державних органів у підприємницьку діяльність, усунення правових, адміністративних, економічних та організаційних перешкод в розвитку підприємництва. Зокрема, спростилися вимоги при заснуванні товариства та порядок реєстрації товариства. Більшість європейських країн значно зменшили податкову ставку на корпоративний прибуток в період 2006 – 2012³⁸⁸. Зниження податкових ставок на корпоративний прибуток з метою залучення інвестицій та великого бізнесу і по сьогодні залишається одним із спірних моментів серед країн-членів Європейського Союзу.

Явище «конкуренції дерегулювання» в корпоративному праві бере свій початок в США. Іноді в науковій літературі його ще називають «race to the bottom» - «перегони вниз, на виснаження»³⁸⁹, внаслідок чого знижується якість правових норм³⁹⁰. Термін «перегони на дно» був вперше використаний Луїсом Брандейсом, суддею Верховного суду США в справі 1933 року, що виникла на ґрунті змагань окремих штатів максимально лібералізувати корпоративне право, зокрема в процедурі заснування корпорацій, з метою підвищення інвестиційної привабливості. Частина штатів США виключили із права штату ряд традиційних для того часу обмежень (вимоги створення корпорацій тільки для цілей, передбачених статутом, і на чітко визначений термін (від 20 до 50 років); встановлення максимального розміру оголошеного капіталу; вимоги оплати акцій (часток) виключно грошима в розмірі їх повної (номінальної) вартості; обов'язковості умови проживання засновників і (або) директорів корпорації в штаті її реєстрації; заборони корпораціям мати акції (частки) інших корпорацій і створення холдингів і т.п.)³⁹¹. Фактично першість в гонці на спрощення умов для бізнесу (в тому числі і тих, які були спрямовані на охорону та захист учасників корпоративних

³⁸⁸ Sobotková, V.: Revisiting the debate on harmful tax competition in the European Union. Acta univ. agric. et silvic. Mendel. Brun., 2012. LX, No. 4, pp. 343–350.

³⁸⁹ Засімович І. Чи можливий «податковий рай» в Україні? Досвід функціонування офшорів в Європейському Союзі та можливі наслідки податкової конкуренції. URL: <https://spa.ukma.edu.ua/taxes-ukraine-offshores/?lang=en>

³⁹⁰ Cary W. Federalism and Corporate Law: Reflections Upon Delaware. Yale L. J. 83. 1974. P. 663, 705.

³⁹¹ Суханов Е.А. Сравнительное корпоративное право. М.: Статут, 2014. 456 с.

правовідносин, кредиторів корпорації) станом на сьогодні утримує штат Делавер, де зареєстрована значна частина найбільших корпорацій США. Тому явище дерегулювання корпоративного права та податкового права в частині оподаткування корпорацій ще називають «ефектом Делаверу».

Суттєвого пришвидшення процесам дерегулювання, лібералізації корпоративного права серед країн Європи додала низка рішень Європейського суду справедливості у справах *Centros*, *Überseering* та *Inspire Art*. На окремих з них варто зупинитись детальніше, оскільки вони стали приводом до концептуальних змін у підходах щодо правового регулювання юридичної особи в цілому. Історично склалося, що панівною концепцією в країнах континентальної Європи була саме теорія місцезнаходження.

У справі *Centros Ltd*, компанія з імпорту та експорту вина, яка зареєстрована у Сполученому Королівстві, подала заявку на реєстрацію представництва в Данії, де вона здійснювала безпосередню підприємницьку діяльність. Реєструючий орган Данії відмовив на тій підставі, що компанія намагалася обійти вимогу країни щодо сплати нею мінімального статутного капіталу. У Данії на той час мінімальний статутний капітал становив 200 000 датських крон, тоді як у Великобританії мінімальна вимога до капіталу становила 1 фунт стерлінгів. Датська влада стверджувала, що оскільки *Centros* не торгував у Сполученому Королівстві, він насправді прагнув створити головне представництво в Данії, тим самим обходячи національні правила, що стосуються, зокрема, мінімальних вимог до капіталу Данії.

Данія обґрунтувала застосування правила про мінімальний статутний капітал як спосіб захисту кредиторів та запобігання шахрайській неплатоспроможності. Компанія *Centros Ltd* стверджувала, що вона має право бути визнаною в Данії відповідно до положень про свободу заснування в Договорі про ЄС (статті 52, 56 та 58). Суд Данії передав це питання до Європейського суду справедливості, який постановив, що відмова датської влади визнати компанію суперечить статтям 52, 56 та 58 Договору про ЄС, є неправомірною³⁹². Відмова не може бути виправданою метою захисту кредиторів від ризиків шахрайства через банкрутство недобросовісних компаній, із заниженою капіталізацією. Суд зазначив, що національні органи влади могли б уживати інших обмежувальних заходів, таких як надання кредиторам можливості отримати необхідні гарантії, заходи, що запобігають або

³⁹² Варто відзначити, що у своєму першому рішенні *Daily-Mail* (1989 року) стосовно права компанії здійснювати діяльність в іншій країні-члені ЄС, Європейський суд справедливості притримувався зовсім іншої думки. Суд у справі *Daily-Mail* постановив, що право на заснування не включає право компанії, зареєстрованої відповідно до законодавства держави-члена, можливості переміщення її місця діяльності до іншої держави члена. Суд також постановив, що проблема переміщення компанії з однієї держави-члена в іншу має бути вирішена майбутнім законодавством або конвенціями.

штрафують за шахрайство, за необхідності у співпраці з іншою державою-членом³⁹³.

Та оскільки згадана справа стосувалася лише представництва компанії, зареєстрованої відповідно до законодавства іншої держави-члена, більшість країн і далі притримувались теорії реального місцезнаходження³⁹⁴. Лише Вищий суд Австрії змінив подальшу свою практику та, як наслідок врахування практики Європейського суду, відмовився в подальшому застосовувати теорію місцезнаходження³⁹⁵.

Наступним кроком була справа *Überseering BV v Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*. *Überseering BV* (голландська компанія, зареєстрована в Амстердамі, а згодом придбана двома німецькими особами) та *Nordic Construction Company* (німецька компанія) уклали контракт на будівництво. Пізніше *Überseering BV* подав до суду на *NCC* про відшкодування збитків. Хоча фактичне місцезнаходження *Überseering BV* було перенесено до Німеччини, але зареєстрована компанія була в Нідерландах, Федеральний суд Німеччини відмовив у визнанні правосуб'єктності *Überseering BV*.

Überseering BV стверджувало, що це є обмеженням його права на свободу заснування, і заборонено статтями 43 та 48 Договору про Європейське співтовариство (насьогодні статті 49 та 54 ДФЄС). Тому справа була передана розгляд до Європейського суду, який постановив, що правосуб'єктність компанії, створеної у відповідності до законодавства однієї держави-члена ЄС, але яка провадить діяльність на території іншої держави-члена ЄС, повинна визнаватися останньою як правосуб'єктна особа.

У справі *Überseering* Суд відзначив, що загальні інтереси, такі як захист інтересів кредиторів, міноритарних акціонерів, працівників і навіть податкових органів, не можуть виправдовувати обмеження свободи заснування (п. 92). Водночас їх врахування не може зумовлювати заперечення правосуб'єктності (п. 93)³⁹⁶. Європейський Суд підтвердив, що компанія, яка була зареєстрована в іншій державі-члені, але перемістила свій центральний офіс та діяльність до іншої держави-члена, може бути визнана з точки зору її правосуб'єктності.

Після прийняття рішення у справі *Centros* та його підтвердження у справах *Überseering* та *Inspire Art*, поглиблення інтеграційних процесів

³⁹³ Sebastian Mock, Harmonization, Regulation and Legislative Competition in European Corporate Law, 3 German Law Journal (2002). URL: <http://www.germanlawjournal.com/index.php?pagelD=11&artID=216>

³⁹⁴ Werner F. Ebke, *Centros – Some realities and some mysteries*, American Journal of Comparative Law 48, 623.

³⁹⁵ Österreichischer Oberster Gerichtshof (OGH), *Recht der Internationalen Wirtschaft, Recht und Wirtschaft*, 46, 2000, 378.

³⁹⁶ Judgment of the Court of 5 November 2002. - *Überseering BV v Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62000CJ0208>

всередині Європи, визнання свободи здійснення підприємницької діяльності наріжним каменем комерційного, а отже і корпоративного права, теорія місцезнаходження поступово втрачає своє значення на користь теорії інкорпорації. Поширення набувають процеси дерегулювання в корпоративному праві з метою залучення максимальної кількості інвесторів шляхом усунення не тільки різного роду бар'єрів, але й деяких механізмів захисту корпоративних прав, зокрема прав міноритарних акціонерів (учасників).

Конкуренція правових систем отримала різну оцінку, іноді діаметрально протилежну. Так, деякі вчені висловлюються різко проти конкуренції законодавців, побоюючись "ефекту Делавера" або "race to the bottom"³⁹⁷. Інші, навпаки, бачать в ній рішення проблем гармонізації корпоративного права³⁹⁸. Ними відзначається очевидність того, що в порівнянні з гармонізацією права шляхом регламентів і директив конкуренція правових систем має певні переваги, оскільки вона також здатна привести до зближення права держав-учасників, але при цьому позбавлена недоліків, властивих гармонізації шляхом регламентів і директив. Нарешті, треті висловлюються обережно, підкреслюючи, що неможливо передбачити, що принесе з собою конкуренція законодавців: "race to the top" або "race to the bottom"³⁹⁹. А є й такі, які, виходячи з численної кількості протилежних ставлень до явища «конкуренції дерегулювання» вважають його міфом і заперечують факт існування такого явища в принципі⁴⁰⁰.

Регулятивна конкуренція спрямована на пошук таких правових розв'язків, які були би максимально ефективними. Попри деякі негативні прояви конкуренція дерегулювання зумовила появу нових ефективних правових конструкцій. Яскравим прикладом цього є корпоративне право США, яке одним із перших зазнало суттєвого послаблення рамок нормативного регулювання корпоративних правовідносин. І як наслідок, саме в корпоративному праві США виникли такі нові правові інститути як непрямої позов, груповий позов, які на сьогодні фактично є іманентною частиною корпоративного права більшості країн з розвинутою економікою.

Конкуренція дерегулювання зумовила скасування багатьох традиційних обмежень (включаючи вимоги до початкового капіталу корпорації), але і стала причиною появи нових інститутів права цінних паперів та корпоративного права, як неголосуючі акції (*nonvoting shares*) і акції без номінальної вартості (*no par value shares*), можливість закріплення в статуті корпорації необмежених

³⁹⁷ Blaurock U. Europäisches und deutsches Gesellschaftsrecht - Bilanz und Perspektiven eines Anpassungsprozesses / Zeitschrift für Europäisches Privatrecht. 1998. S. 463.

³⁹⁸ Kübler F. Rechtsbildung durch Gesetzgebungswettbewerb? / KritVischr. 1994. S. 79, 88-89.

³⁹⁹ Hopt K. Europäisches Gesellschaftsrecht - Krise und neue Anläufe / Hopt K. Europäisches Gesellschaftsrecht - Krise und neue Anläufe / Zeitschrift für Wirtschaftsrecht. 1998. S. 96.

⁴⁰⁰ Marcel Kahan and Ehud Kamar, The Myth of State Competition in Corporate Law, 55 STAN. L. REV. 679, 2002.

правомочностей менеджменту зі зміни в майбутньому її установчих документів (*charter amendments*) та ін.⁴⁰¹.

Аналіз змін нормативного забезпечення корпоративного права окремих країн⁴⁰² ⁴⁰³ підтверджує, що явище конкуренції дерегулювання іманентно присутнє в правотворенні більшості держав ринкової економіки. Більше того, воно є одним і чинників, що обумовлюють статус «країни з розвинутою економікою».

Однією з таких тенденцій є поширення за кордоном нових різновидів давно відомих корпоративних форм: акціонерного товариства та товариства з обмеженою відповідальністю.

Набуває популярності запровадження спрощеної форми акціонерної форми, так званої «*simple joint stock company*». Відповідна форма уже запроваджена в праві Польщі (*prosta spółka akcyjna*), Словаччини (*iednoduchá spoločnosť na akcie*), Франції (*société par actions simplifiée*). Основні відмінності від типового звичного акціонерного товариства зводяться до спрощення процедури заснування та порядку функціонування товариства. Мінімальний статутний капітал становить, як правило, одне євро чи інший еквівалент у національній грошовій одиниці. Реєстрація товариства можлива в електронній формі, що насправді є майже революційним кроком, оскільки навіть після прийняття Директиви ЄС 2019/1151 про використання цифрових інструментів та процесів у корпоративному праві⁴⁰⁴, спрямованої на впровадження цифрових технологій у корпоративному праві, зокрема можливість віддаленого заснування чи зміни реєстраційних даних про товариство, але більшість країн поки-що обмежується застосуванням електронних технологій лише виключно стосовно товариств з обмеженою відповідальністю. З'явилася можливість для засновників (нових акціонерів) набуття акцій взамін на послуги (роботи), які надаються товариству.

Мета прийнятих законів, якими запроваджується просте акціонерне товариство – забезпечення інтересів стартапів, тобто максимально швидке залучення капіталу в ІТ-сфері та суміжних галузях. Але слід враховувати, в історії розвитку корпоративного права мав місце уже не один випадок, коли різка лібералізація корпоративного законодавства призводила до підвищення рівня шахрайств на фондовому ринку, зловживанням відповідною корпоративною формою. Спрощення системи органів управління товариством (відсутність необхідності створення наглядової ради), набуття акцій в рахунок робіт

⁴⁰¹ Суханов Е.А. Сравнительное корпоративное право. М.: Статут, 2014. 456 с.

⁴⁰² Ковалишин О.Р. Американизація корпоративного права Німеччини / Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія «Юриспруденція», №40, 2019, С. 88-91.

⁴⁰³ Ковалишин О.Р. Правові запозичення в господарському праві Польщі / Держава та регіони. Серія: Право, №4, 2019, С. 47-51.

⁴⁰⁴ Directive (EU) 2019/1151 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 amending Directive (EU) 2017/1132 as regards the use of digital tools and processes in company law. URL: <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2019/1151/oj>

(послуг) може на практиці зумовити створення акціонерних товариств-«бульбашок», які за собою не мають реальних активів.

Щодо правової форми товариства з обмеженою відповідальністю загальною тенденцією є нівелювання статутного капіталу як механізму захисту кредиторів. Чимало країн з метою залучення іноземних інвестицій встановили мінімальний статутний капітал на мінімальному рівні: Чехія - 1 чеська крона, Франція – 1 євро. В низці країн таких як Великобританія, Фінляндія, Греція, Ірландія⁴⁰⁵ взагалі відсутня вимога щодо мінімального статутного капіталу товариства. Таким чином, вимога мінімального статутного капіталу сьогодні носить більш декларативний характер. Це швидше данина історичним традиціям ніж реальний механізм захисту прав кредиторів.

В ряді правових систем пішли дещо іншим шляхом. Аби не скасовувати вимогу щодо мінімального статутного капіталу, але одночасно з тим задовольнити суспільний запит на спрощені умови ведення підприємницької діяльності, запроваджені різновиди класичної форми товариства з обмеженою відповідальністю. В Данії – *ivaersaetterselskab, (IVS)*, в Бельгії - *société privée à responsabilité limitée starter (SPRL-Starter)*, Італії – *società a responsabilità limitata semplificata*, Німеччині - *Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)* або як його ще називають «*Mini-GmbH*» чи менш поширене «*GmbH light*».

Основні відмінності згаданих різновидів класичного товариства з обмеженою відповідальністю зводяться до наступного: обмежений строк функціонування у відповідній спрощеній формі або необхідність поступового доформування статутного капіталу до рівня встановленого для класичної форми товариства. Так в Австрії хоча мінімальний статутний капітал й надалі становить € 35 000, протягом перших 10 років після створення засновники зобов'язані внести лише € 10 000⁴⁰⁶. До моменту закінчення цього періоду кредитори товариства пред'являють вимоги лише в межах € 10 000, а учасники не зобов'язані сплачувати решту € 25 000 аж поки не сплине 10-річний строк з моменту створення товариства⁴⁰⁷.

В Німеччині для підприємницького товариства (*Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)*) закріплено обов'язок формування резервного капіталу за рахунок не менше 25% сукупного прибутку товариства⁴⁰⁸. Іншими словами, існує обов'язкова вимога щодо економії, щоб врешті-решт набути статусу «повноцінного» *GmbH*. До цього часу ці заощадження служать своєрідним буфером для захисту кредиторів, оскільки вони не можуть бути розподілені

⁴⁰⁵ Minimum capital requirement. URL: <https://www.dlapiperintelligence.com/goingglobal/corporate/index.html?t=03-minimum-capital-requirement>

⁴⁰⁶ Hartlieb/Saurer/Zollner, Gründungsprivilegierte GmbH 23.

⁴⁰⁷ Корпоративне право Австрії та України : монографія / Васильєва В. А., Ковалишин О. Р., Вікторія Робертсон [та ін.]; за ред. проф. В. А. Васильєвої. Івано-Франківськ, 2015. 250 с.

⁴⁰⁸ Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz). URL: <https://www.gesetze-im-internet.de/gmbhg/>

між учасниками або використані для будь-яких цілей, крім покриття збитків. Використання резервного капіталу допускається лише для: 1) збільшення статутного капіталу товариства; 2) покриття збитків звітного року; 3) компенсації втрат попереднього року (ч. 3 ст. 5а).

Глобальна тенденція конкуренції дерегулювання відчутна також в цілому на рівні права Європейського Союзу. Зокрема у Зверненні Комісії ЄС до Ради ЄС та Європарламенту "Модернізація корпоративного права й вдосконалення корпоративного управління в Європейському союзі – План щодо руху уперед" від 21 травня 2003 р., відзначено, що найближчим часом діяльність інститутів ЄС у галузі корпоративного права повинна бути спрямована на поступову лібералізацію наявних директив. У липні 2007 р. Комісія представила свої плани зі спрощення правових приписів у сфері корпоративного права, фінансової звітності й аудиту (Com (2007) 394). Зокрема, Комісія запропонувала спростити обов'язки компаній щодо публікації інформації та передбачити полегшення для середніх і малих компаній у сфері фінансової звітності та аудиторської перевірки. На виконання положень Плану дій вже лібералізовано положення Директиви про капітал, прийнято Директиву про права акціонерів, нову Директиву про аудиторів, Директиву про транснаціональне злиття, реформовано Четверту і Сьому Директиви тощо. В доповіді Європейської Комісії ЄС "Сучасна регуляторна модель корпоративного права в Європі" зафіксовано остаточну відмову Комісії від ідеї "тотальної гармонізації" корпоративного права в країнах ЄС.

Процес лібералізації правового регулювання корпоративних форм не оминув і корпоративне право України. Уже досить давно скасовано вимоги до мінімального статутного капіталу, що суттєво позитивно вплинуло на динаміку реєстрації ТОВ. Правова форма приватного підприємства, яка до цього часу була чи не єдиним способом для дрібного та середнього бізнесу скористатися інститутом обмеженої відповідальності, не ризикуючи втратити вкладення на формування мінімального статутного капіталу у сто мінімальних заробітних плат, відійшла в минуле. Статистичні дані підтверджують, що чисельність приватних підприємств в Єдиному державному реєстрі юридичних осіб невпинно зменшується⁴⁰⁹.

В результаті запровадження можливості реєстрації товариств з обмеженою відповідальністю на підставі модельного статуту, скасування реєстраційного збору за реєстрацію товариства суттєво зменшені витрати на заснування підприємницької діяльності в корпоративних формах. Створення законодавчого поля для заснування товариства у віддаленому дистанційному режимі, розширення кола суб'єктів, які уповноважені здійснювати реєстрацію товариств за рахунок надання відповідних повноважень нотаріусам, сприяє мобільності, створенню передумов для

⁴⁰⁹Статистичні дані за 2014-2020рр. URL: http://www.ukrstat.gov.ua/edrpoj/ukr/EDRPU_2018/ks_opfg/ks_opfg_0118.htm

реєстрації чи розширення існуючої підприємницької діяльності без відриву від виробничих процесів.

Вище перераховані зміни дають підстави вважати, що вітчизняне корпоративне право динамічно змінюється, намагаючись відповідати сучасним тенденціям розвитку корпоративного права в тому числі лібералізації корпоративного права в частині взаємовідносин між державою та товариством, державою та засновниками (учасниками) товариства. Ухвалення Закону України «Про акціонерні товариства», Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю», які за обсягом правового матеріалу суттєво перевищують відповідно глави 1 і 2 Закону України «Про господарські товариства», складно назвати кроками усупереч загальній тенденції лібералізації. Деталізація правового регулювання, яка закладена у згаданих спеціальних законах, спрямована на забезпечення захисту прав акціонерів, прозорості взаємовідносин між органами управління товариством та його акціонерами (учасниками), розмежування прав та обов'язків між органами управління, в першу чергу між виконавчим органом та наглядовою радою товариства.

В цілому лібералізація корпоративного права, конкуренція правових конструкцій швидше чи пізніше, але краще досягає цілей оптимального співвідношення корпоративних правовідносин, ніж директивні вказівки централізованого регулятора, які засновані виключно на суб'єктивному баченні «оптимального», виходячи перш за все з інтересів регулятора. Разом з тим аналіз конкуренції дерегулювання в праві окремих країн показує, що ті правові новели, які зумовлені явищем конкуренції дерегулювання, можуть нести певні ризики для захисту інтересів меншоритарних акціонерів (учасників), кредиторів та превалювання інтересів менеджерів над інтересами товариства.

Тому піддаючись впливу «конкуренції дерегулювання» як чинника, що сприяє формуванню інвестиційно привабливого та конкурентоспроможного корпоративного права, національне корпоративне право не повинно нехтувати базовими засадами охорони інтересів акціонерів, інвесторів, які були закладені на етапі формування сучасного корпоративного права України.

3.7. Правовий режим майна дочірних підприємств державних акціонерних компаній

Держава за допомогою суб'єктів державного сектора економіки вирішує багато економічних і соціальних задач, в тому числі пов'язаних з вирішенням ключових загальнонаціональних проблем: забезпечення прогресивних структурних змін в економіці;

становлення і розвиток соціальної інфраструктури; охорона навколишнього середовища; проведення регіональної політики; забезпечення науково-технічного прогресу тощо.

Відповідно до ч. 2 ст. 22 Господарського кодексу України суб'єктами господарювання державного сектору економіки є суб'єкти, що діють на основі лише державної власності, а також суб'єкти, державна частка в статутному капіталі яких перевищує п'ятдесят відсотків чи становить величину, яка забезпечує державі право вирішального впливу на господарську діяльність цих суб'єктів.

Отже, суб'єкти державного сектору економіки можуть створюватися або існувати в обмеженій кількості організаційно-правових форм, до яких можна віднести такі: 1) державне унітарне комерційне підприємство; 2) державне унітарне казенне підприємство; 3) акціонерне товариство; 4) дочірнє підприємство, засноване на державній власності; 5) державне об'єднання (концерн, інші види); 6) інші, крім акціонерного, форми господарських товариств, переважно ТОВ⁴¹⁰.

Отже, одним із видів господарських організацій, які належать до державного сектора економіки, є державне акціонерне товариство. Поняття «державне акціонерне товариство» вживається у багатьох нормативно-правових актах: Господарському кодексі України, Законах України «Про акціонерні товариства», «Про управління об'єктами державної власності», «Про приватизацію державного майна», проте у згаданих актах відсутнє визначення цього поняття.

В науковій літературі зазначається, що «Державна (національна) акціонерна компанія – це акціонерне товариство, 100 відсотків акцій якого належать державі, що створюється у стратегічно важливих галузях економіки відповідно до розпорядчого акта центрального органу виконавчої влади на основі державної власності, в тому числі пакетів акцій / часток, що належать державі у статутних капіталах господарських товариств однієї галузі та можуть утворити єдиний комплекс, а також інших майнових об'єктів»⁴¹¹.

Слід зазначити, що розглядати державне акціонерне товариство як окремий тип акціонерного товариства чи як окрему організаційно-правову форму господарювання немає підстав, адже за своєю сутністю державне акціонерне товариство не може бути протиставлене публічному чи приватному акціонерному товариству, і на практиці всі акціонерні товариства, акціонером яких є держава, функціонують як публічні чи приватні⁴¹².

⁴¹⁰ Кібенко О. Р. Організаційно-правові форми державного підприємства та державного акціонерного товариства: порівняльно-правовий аналіз URL: <https://ndipzir.org.ua/wp-content/uploads/2013/04/Kibenko.pdf>

⁴¹¹ Волкова Л.О. Цивільно-правовий статус державних акціонерних компаній: дис. канд. юрид. наук: 12.00.03, Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, Київ, 2019. С.118-119
URL: http://idpnan.org.ua/files/2019/volkova-l.-o.-tsivilno-pravoviy-status-derjavnih-aktsionernih_d-.pdf

⁴¹² Захарченко А.М. Управління об'єктами державної власності (господарсько-правовий аспект): Монографія. Вінниця: ДонНУ ім. Василя Стуса, 2017. С.74.

Державні акціонерні компанії (ДАК) та Національні акціонерні компанії (НАК), створюються за рішенням Кабінету Міністрів України чи Президента України у галузях економіки, що мають стратегічне значення для держави та є важливими у питаннях національної безпеки. Особливістю цих державних акціонерних товариств є те, що правовий статус згаданих компаній врегульовується в індивідуальному порядку. Статутний капітал ДАК (НАК) формується державою в особі уповноважених органів шляхом передачі державного майна, необхідного для функціонування підприємства.

На специфіку правового режиму майна суб'єкта господарювання безпосередньо впливають форма власності, правова підстава на якій належить майно тому чи іншому суб'єкту господарювання, вид та організаційно-правова форма суб'єкта господарювання тощо. С.К. Елькін розкриває зміст і сутність правового режиму майна акціонерного товариства як встановлених у законодавстві правил реалізації правомочностей з володіння, користування та розпорядження майном товариства в процесі підприємницької діяльності⁴¹³.

Основу правового режиму майна суб'єктів господарювання, на якій базується їх господарська діяльність, відповідно до ч. 1 ст. 133 ГК України, становлять право власності та інші речові – право господарського відання, право оперативного управління.

Нині не існує єдиного підходу до визначення правового режиму майна державних акціонерних компаній, 100% акцій яких перебувають у державній власності. Низка вчених переконані, що акціонерні товариства, засновником і єдиним акціонером яких є держава в особі органів виконавчої влади, мають спеціальний правовий режим майна у порівнянні з іншими господарськими товариствами, які створюються у загальному порядку. Проте, ми приєднуємось до позиції, що будь-яке майно, передане державою як учасником державному акціонерному товариству, включається до його статутного капіталу (фонду) і стає власністю товариства.

Акціонерне товариство за своєю природою є об'єднанням капіталів і вимагає закріплення за ним майна не на праві господарського відання або на праві оперативного управління, а на праві власності незалежно від кількості акцій, що належать державі. Не слід пов'язувати можливість набуття державними акціонерними товариствами права власності на передане їм державне майно виключно з проведенням його приватизації, оскільки приватизація не є єдиним способом відчуження державного майна.

Внесення вкладу до статутного капіталу товариства припиняє в держави право власності на нього. Таке майно переходить у власність

⁴¹³ Елькін С.К. Правовой режим имущества акционерного общества: дис. ... канд. юрид. наук. – 12.00.04. / рос. акад. наук, Ин-т государства и права; Рос. акад. наук, Ин-т государства и права. М., 1998. С. 8.

створеного товариства. Тобто при передачі державою, в особі органу, уповноваженого управляти державним майном, майна як внеску до статутного капіталу державного акціонерного товариства відбувається перехід права власності на зазначене майно від держави до державного акціонерного товариства.

До держави, яка набула право на акції, переходять в сукупності всі права за цінними паперами, включаючи право на отримання частини прибутку акціонерного товариства в вигляді дивідендів та право на отримання частини майна акціонерного товариства в разі його ліквідації, право на управління акціонерним товариством, а також немайнові права, передбачені ЦК України та законом, що регулює питання створення, діяльності та припинення акціонерних товариств.

Отже, правові режими майна акціонерних товариств з участю і без участі держави не повинні відрізнятися. Всі акціонерні товариства мають визнаватися власниками свого майна, а держава, як всі інші акціонери, повинна впливати на управління товариством через механізм реалізації своїх корпоративних прав.

Проте не слід забувати, що фактично вищезгадані АТ створювалися в особливому порядку і процедура їх створення значно відрізняється від процедури приватизації чи корпоратизації. Майно таких товариств формувалося шляхом передання до їх статутного фонду майна державних підприємств (організацій) та акцій корпоратизованих підприємств цілої галузі (підгалузі) економіки. Причому майно передається до статутних фондів ДАК(НАК), і визнається їх власністю, а акції корпоратизованих підприємств, хоча й передаються до статутного фонду, не стають власністю ДАК (НАК), хоча є й випадки, коли вони визнаються власністю. В той же час непоодинокі випадки, коли державне майно передається не до статутного фонду ДАК (НАК), а на його баланс, без визначення права товариства, яке воно має відносно такого майна. В цьому разі, як вважає І. А. Селіванова, можна стверджувати, що таке майно не перейшло у власність ДАК (НАК) і залишається державною власністю, яким ДАК володіє на праві господарського відання⁴¹⁴.

Участь держави в управлінні корпоративними правами є складним механізмом і світовій практиці відомі різні моделі управління державними корпоративними правами. Переважна більшість держав із розвинутою ринковою економікою здійснюють управління об'єктами державної власності за тими ж принципами, які поширюються на будь-які відносини власності, тобто держава як власник бере участь в управлінні через органи управління та контролю діяльності компанії. Загалом, попри різноманіття організаційних форм управління державною власністю, на

⁴¹⁴ Селіванова І. А. Про різновиди акціонерних компаній, створених за участю держави / І. А. Селіванова // Універ. наук. записки. 2007. № 2 (22). С. 216– 217.

доктринальному рівні визначено дві основні моделі управління державними компаніями:

-здійснення управління державними підприємствами міністерствами чи іншими органами виконавчої влади відповідного профілю;

-здійснення управління державним підприємством через передачу пакетів акцій спеціальній установі⁴¹⁵.

У ст. 3 Закону України «Про управління об'єктами державної власності» передбачено перелік об'єктів управління державної власності. Це, серед іншого, – майно, яке передане казенним підприємствам в оперативне управління; майно, яке передане державним комерційним підприємствам, установам та організаціям; майно, яке передане державним господарським об'єднанням; корпоративні права, що належать державі у статутних капіталах господарських організацій (державні корпоративні права); державне майно, передане в оренду, лізинг, концесію; державне майно, що перебуває на балансі господарських організацій і не увійшло до статутних капіталів або залишилося після ліквідації підприємств та організацій. Таким чином законодавець визначає особливий порядок управління зазначеним майном.

Визначення «корпоративні права держави» міститься у постанові Кабінету Міністрів України «Про затвердження Основних концептуальних підходів до підвищення ефективності управління корпоративними правами держави» від 11 лютого 2004 року № 155, де корпоративні права держави – це право держави, частка якої визначається у статутному капіталі господарського товариства, що включає право на управління цим товариством, отримання певної частки його прибутку (дивідендів), активів у разі ліквідації відповідно до законодавства, а також інші права, передбачені законом та установчими документами⁴¹⁶. В науковій літературі висловлюють слушні думки про необхідність коригування такого визначення, а саме: замінити словосполучення «право на управління» словосполученням «право на участь в управлінні». Таким чином, буде усунуто невідповідність між нормами ГК України та постановою Кабінету Міністрів України № 155⁴¹⁷. Держава, як і будь-яка інша особа, отримує корпоративні права пропорційно кількості акцій, належних їй у статутному капіталі товариства, тож і вплив на управління таким товариством буде відповідним.

⁴¹⁵ Сафронова О.М. Розвиток інституційних засад державного представництва в органах управління акціонерних товариств України. Вісн. НАДУ. 2011. № 1. С. 140.

⁴¹⁶ Про затвердження Основних концептуальних підходів до підвищення ефективності управління корпоративними правами держави : постанова Кабінету Міністрів України від 11.02.2004 р. № 155. URL : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/155-2004-%D0%BF>

⁴¹⁷ Жабський В.І. Корпоративні права держави як об'єкт корпоративних правовідносин. Наше право. 2013. № 10. С. 17. URL : file:///C:/Users/cc/Downloads/Nashp_2013_10_5.pdf

В свою чергу ДАК (НАК) можуть створювати дочірні підприємства, основними цілями яких, як правило, є: підвищення ефективності використання ресурсів материнської компанії; підвищення рівня спеціалізації за окремим видом діяльності материнської компанії; можливість розпочати фінансово-господарську діяльність, використовуючи майно материнської компанії, без поточної заборгованості материнської компанії та проблем, пов'язаних з нею.

В юридичній літературі не вироблено єдиного підходу до визначення поняття дочірнього підприємства. З огляду на зміст ст. 126 ГК України дочірнє підприємство можна визначити як юридичну особу, а саме: суб'єкт господарювання, що перебуває у залежності (простій чи вирішальній) від іншого суб'єкта господарювання. Простою є залежність, коли один суб'єкт господарювання (материнське) може блокувати прийняття рішень іншим (залежним), які мають бути прийняті відповідно до закону чи установчих документів цього суб'єкта господарювання кваліфікованою більшістю голосів. Вирішальною є залежність, що виникає, якщо між суб'єктами господарювання встановлюються відносини контролю-підпорядкування за рахунок переважної участі контролюючого суб'єкта господарювання у статутному фонді та / або загальних зборах чи інших органах управління дочірнього суб'єкта господарювання, зокрема володіння 100 відсотками акцій (ч. ч. 1–3 ст. 126 ГК України)⁴¹⁸.

Вінник О.М. вважає, що дочірнім підприємством є господарська організація, що перебуває під вирішальним контролем іншого підприємства (материнського або контролюючого). При цьому контроль над дочірнім підприємством може забезпечуватися різними шляхами, а саме: наявністю в засновника дочірнього підприємства права власності на закріплене за підприємством майно; володінням на праві власності контрольним пакетом акцій (відповідною часткою в статутному капіталі) дочірнього підприємства; володіння більшістю голосів на загальних зборах акціонерів без наявності права власності на відповідну частку в статутному капіталі дочірнього підприємства; укладенням договору про підпорядкування керівництва дочірнього підприємства керівництву іншого підприємства тощо⁴¹⁹.

Однією з основних ознак дочірнього підприємства є його залежність від материнської компанії, а точніше – можливість здійснення впливу на прийняття рішень дочірнім. У науковій літературі радянського періоду панувала думка про неможливість передання майна у власність дочірньому підприємству, оскільки наслідком буде втрата залежності від

⁴¹⁸ Волкова Л.О. Цивільно-правовий статус державних акціонерних компаній: дис. канд. юрид. наук: 12.00.03, Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, Київ, 2019. С.139. URL: http://idpnan.org.ua/files/2019/volkova-l.-o.-tsivilno-pravoviy-status-derjavnih-aktsionernih_d_.pdf.

⁴¹⁹ Вінник О.М. Правове становище дочірніх підприємств. Підприємництво, господарство і право. 2000. № 1. С.3.

основного підприємства; тоді використовувалися право оперативного управління та господарського відання. Сьогодні у чинному національному законодавстві не передбачено прямої заборони на передачу майна материнської компанії у власність дочірньому підприємству⁴²⁰.

Одним з проблемних моментів стосовно майна, яке передається материнською компанією дочірній, є питання передачі дочірнім підприємствам майна, що не підлягає приватизації, тобто державного майна, закріпленого за материнською компанією, та наступне неправомірне розпорядження цим майном дочірнім підприємством. Тому важливим є конкретизація змісту правового режиму майна дочірнього підприємства, що відображається в установчих документах як материнської компанії так і її дочірнього підприємства.

Слід зазначити, що частину дочірніх підприємств державних акціонерних компаній було створено за рішеннями відповідних суб'єктів управління на базі майна певних державних унітарних підприємств (шляхом перетворення останніх), інші ж дочірні підприємства утворювались самими національними (державними) акціонерними компаніями шляхом виділення частини майна, належного їм на різних правових титулах. Із плином часу між органами державної влади та зазначеними господарськими організаціями почали виникати суперечки стосовно наявності у держави прав на таке майно, а також правомочностей щодо розпорядження ним⁴²¹.

Відсутність єдиної позиції щодо правового режиму майна дочірніх підприємств державних акціонерних компаній спричиняє низку проблем. Так, з матеріалів судової справи № 904/1146/18 вбачається позиція, відповідно до якої Дочірнє підприємство «Дніпропетровський облавтодор» не є державним підприємством, оскільки воно є юридичною особою, яка має відокремлене майно, самостійний баланс та рахунки в банках; його створено не органом державної влади, а господарським товариством, зокрема акціонерним товариством, та не у розпорядчому порядку; назва боржника не містить слова «державне».

ВАТ «ДАК «Автомобільні дороги України» є акціонерним товариством, у якому 100% акцій перебувають у державній власності. Положення статуту згаданої ДАК підтверджують, що майно, яке передане засновником до статутного фонду Компанії, не є державним, воно належить товариству на праві власності.

Здійснюючи право власності, Компанія володіє, користується та розпоряджається належним їй майном, вчиняючи щодо нього будь-які дії, що не суперечать законодавству, цьому Статуту, іншим

⁴²⁰ Волкова Л.О. Цивільно-правовий статус державних акціонерних компаній: дис канд. юрид. наук: 12.00.03, Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, Київ, 2019. С.147. URL: http://idpnan.org.ua/files/2019/volkova-l.-o.-tsivilno-pravoviy-status-derjavnih-aktsionernih_d-.pdf.

⁴²¹ Волкова Л.О. Цивільно-правовий статус державних акціонерних компаній: дис канд. юрид. наук: 12.00.03, Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, Київ, 2019. С.141-142. URL: http://idpnan.org.ua/files/2019/volkova-l.-o.-tsivilno-pravoviy-status-derjavnih-aktsionernih_d-.pdf.

внутрішнім документам Компанії та меті її діяльності. Відчуження (продаж, обмін, дарування тощо), передача в користування, у т. ч. в оренду, передача в заставу(іпотеку) основних засобів, списання з балансу майна Компанії та/або її дочірніх підприємств здійснюється в порядку, встановленому законодавством, цим Статутом та іншими внутрішніми документами Компанії (п. 5.6 Статуту)⁴²².

Тобто, передаючи майно до статутного капіталу акціонерної компанії, держава в особі уповноваженого органу втратила право на володіння, користування і розпорядження таким майном, натомість здобула корпоративні права й управляє ними на підставі Закону України «Про управління об'єктами державної власності». Проте власником майна, яке передано до статутного капіталу третьої особи, є саме Компанія, а не держава. Отже, ДП «Дніпропетровський облавтодор» ВАТ «ДАК «Автомобільні дороги України» не може вважатися державним підприємством.

Одним із аргументів на користь окресленої позиції наведено лист Міністерства інфраструктури України від 25.06.2019р. відповідно до якого ДП «Дніпропетровський облавтодор» ВАТ «ДАК «Автомобільні дороги України» не відноситься до категорії державних підприємств та є окремою юридичною особою, засновником якої є АТ «Державна акціонерне компанія» Автомобільні дороги України».

Але існує й інша правова позиція. Відповідно до п. 1.1 Статуту ДП «Дніпропетровський облавтодор «ВАТ «ДАК «Автомобільні дороги України» є Дочірнім підприємством створеним відповідно до наказу Державної служби автомобільних доріг України від 09.04.2002 №156 на власності Відкритого акціонерного товариства «Державна акціонерна компанія «Автомобільні дороги України».

ДП «Дніпропетровський облавтодор» ВАТ «ДАК «Автомобільні дороги України» засноване з метою забезпечення економічних інтересів держави, задоволення потреб держави, населення та оборони країни в удосконаленні і розвитку автомобільних доріг загального користування, розширення можливостей виробничого та соціального розвитку підприємств дорожнього господарства, підвищення ефективності використання матеріальних, фінансових та інших ресурсів на основі спільної діяльності, розподілу праці і кооперації» (п. 2.1 Статуту підприємства) .

Тому оскільки засновник ДП «Дніпропетровський облавтодор» ВАТ «ДАК «Автомобільні дороги України» є державним акціонерним товариством, 100 % акцій якого належать державі, то його дочірнє підприємство за своєю сутністю також є державним підприємством, адже діє на основі державної власності, переданої йому засновником

⁴²² Статут АТ «Державна акціонерне компанія» Автомобільні дороги України» URL: https://adu.com.ua/wp-content/uploads/2021/09/Statut_nova_red_vid_23_11_2020-1.pdf

у господарське відання (Постанова Верховного суду від 27 січня 2020 року у справі № 904/1146/18)⁴²³.

Аналогічний правовий висновок викладено у Постанові Верховного Суду України від 17.03.2015 в справі №21-58a15. У згаданій справі ДП «Дніпропетровський облавтодор» ВАТ «Державна акціонерна компанія «Автомобільні дороги України» звернулося до суду з позовом, в якому просило визнати протиправними дії Контрольно-ревізійного управління в Дніпропетровській області (правонаступником якого є Державна фінансова інспекція в Дніпропетровській області) щодо проведення відносно нього ревізії (перевірки) фінансово-господарської діяльності з питань, не пов'язаних із використанням бюджетних коштів. На обґрунтування позову ДП «Дніпропетровський облавтодор» послалося на те, що воно не є суб'єктом державного сектору економіки або підприємством, яке отримує або отримувало кошти з бюджетів усіх рівнів та державних фондів для ведення фінансово-господарської діяльності, не використовує державне чи комунальне майно і тому відповідно не входить до переліку суб'єктів, що підлягають перевірці органами КРУ з питань використання і збереження державних фінансових ресурсів, необоротних та інших активів, правильності визначення потреби в бюджетних коштах та взяття зобов'язань, ефективного використання коштів і майна, стану і достовірності бухгалтерського обліку і фінансової звітності.

Проте колегія суддів Судової палати в адміністративних справах дійшла висновку, що оскільки засновник ДП «Дніпропетровський облавтодор» ВАТ «Державна акціонерна компанія «Автомобільні дороги України» є державним акціонерним товариством, 100 % акцій якого належать державі, то ДП «Дніпропетровський облавтодор» як його дочірнє підприємство за своєю сутністю також є державним підприємством, адже діє на основі державної власності, переданої йому засновником у господарське відання, а відтак дії КРУ щодо проведення ревізії (перевірки) фінансово-господарської діяльності ДП «Дніпропетровський облавтодор» є такими, що вчинені на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України⁴²⁴.

Слід зазначити, що питання правового статусу дочірнього підприємства та правового режиму його майна неодноразово піднімалось в судових справах, де стороною є ДП «Івано-Франківський облавтодор» ВАТ «ДАК «Автомобільні дороги України» (справа № 909/995/19). Підставою для існування неоднозначної правової позиції щодо правового режиму майна дочірніх підприємств державних акціонерних компаній є відсутність норми в законодавстві, яка б чітко вказувала на те, що держава, володіючи 100% акцій акціонерного товариства також володіє корпоративними

⁴²³ Єдиний державний реєстр судових рішень у формі відкритих даних. URL: <http://iplex.com.ua/doc.php?regnum=87273001&red=1000035f0cacb1a6820ce49d2d38adad20f966&d=5>

⁴²⁴ Постанова ВСУ від 17.03.2015 року у справі №21-58a15. URL: https://protocol.ua/ua/postanova_vsu_vid_17_03_2015_roku_u_spravi_21_58a15/

правами і щодо дочірнього підприємства, засновником та власником якого є таке акціонерне товариство. Враховуючи вищенаведене, можна зробити висновок, що необхідно врегулювати питання пов'язані з правовим становищем державних (національних) акціонерних компаній, їх дочірніх підприємств, правовим режимом їх майна шляхом прийняття спеціального закону про суб'єктів державного сектору економіки.

3.8. Проблеми розвитку корпоративного права

Одним із напрямів розвитку приватного права України є подальше вдосконалення регулювання великого сегменту суспільних відносин, який нині однозначно окреслив своє місце в системі приватного права – це корпоративне право. Проте цей процес аж ніяк не завершений. Нині ми можемо лише констатувати первинне становлення цього інституту в правовій системі. Доктринальне осмислення категорій корпоративного права продовжує посідати чи не центральне місце серед наукових дискусій та бажань учасників долучитися до законотворення у цій сфері. При цьому рушійною силою для визначення наукових концепцій є практика.

Значно полегшує наукове осмислення основних категорій погодження того, що вирішення проблем корпоративного права передусім слід шукати саме в доктрині цивільного права.

Нині певною мірою затихли суперечки щодо поняття корпоративного права та корпоративних відносин як основоположних категорій цього інституту. В загальному вигляді корпоративне право регулює підприємницьку діяльність у формі корпорацій. Нині якщо і залишилися прихильники концепції корпоративного права як права, що регулює діяльність, створення та припинення юридичних осіб (корпорацій), то їх – меншість, оскільки очевидно, що така діяльність регулюється різними галузями законодавства.

Розвиток наукових досліджень у галузі корпоративного права стає розгалуженішим і на сьогодні слід окреслити такі напрями досліджень у сфері корпоративного права.

1. Проблема законодавчого забезпечення регулювання корпоративних відносин

Нині проблема правового регулювання корпоративних відносин не є проблемою відсутності законодавчого регулювання, а навпаки – перебуває у площині протилежній, а саме достатньо великого нагромадження нормативного масиву, який не стільки вирішує питання по суті із чіткими формулюваннями чинних норм та правил, а створює колізії, «різничиво» та підштовхує до думки про нове законотворення або вдосконалення чинного законодавства.

Латання прогалин та усунення дублювань не роблять чинне законодавство гармонійнішим.

Тому зараз на перший план виходить ситуація не стільки уніфікації законодавства України згідно з європейським, скільки питання гармонізації внутрішнього законодавства. Це слід зробити способом усунення дублювання та зарегульованості тих чи інших суспільних відносин. Співвідношення приватного права та корпоративного як загального та спеціального дозволяє застосувати загальні положення цивільного права за відсутності спеціальних норм. Слід констатувати, що сьогодні у нашій правовій системі є багато спеціальних норм, які конкурують між собою, і визначити пріоритетність тієї чи іншої на підставі доктринального тлумачення досить проблемно. Таким чином, у сфері корпоративного права слід ревізувати насамперед спеціальні нормативні акти, які прийняті у формі закону.

До того, корпоративні утворення за своєю природою є договірними. Такий посыл передбачає віднесення низки питань створення та діяльності юридичних осіб на розсуд сторін через укладення договорів та прийняття колективних рішень. Тому зайва опіка таких утворень зі сторони держави через прийняття нормативних актів, яких стає дедалі більше, видається не тільки не виправданою, а й шкідливою.

Динамічний розвиток суспільних відносин, який є сегментом застосування норм цивільного права, не може чекати на прийняття того чи іншого закону, питання варто вирішити уже сьогодні. У сфері приватного права такі суспільні відносини можна регулювати через застосування такого загальновизнаного інструментарію, як: 1) верховенство права, 2) пряма дія норм Конституції, 3) принципи (засади) цивільного права, 4) укладення договорів. Але за відсутності безпосередньої, здебільшого спеціальної норми ми чуємо в ролі обґрунтування беспорядності державних інституцій у вирішенні тих чи інших питань констатацію факту відсутності законодавства.

Нині проблема приватноправового регулювання вийшла за межі «конфлікту цивільного та господарського кодексів». Вона набула ширших та значно глибинніших масштабів. Йдеться про «економізацію» законотворення, яка здебільшого регулятивно не виправдана. Розгляд корпоративного права із суто прикладних позицій є характерним для американського корпоративного права, сучасну теоретичну базу якого становить вчення про «економічний аналіз права». Будь-які проблеми правового регулювання вирішуються із залученням теоретико-економічних аргументів. Такий за своєю суттю арсенал аргументів є «чужим» для нашої доктрини і користі для правової системи, в основі якої лежать пандектні принципи, не принесе.

2. Юридичні особи корпоративного типу

У становленні та розвитку корпоративних відносин особливими за своїм правовим статусом є юридичні особи, але не всіх організаційно-правових форм, а лише корпорації.

Для окреслення юридичних осіб корпоративного типу слід проаналізувати вітчизняне законодавство із його різноманітністю організаційно-правових форм юридичних осіб. Проблема окреслення юридичних осіб корпоративного типу лежить у площині кваліфікаційних критеріїв. Окрім того, класифікація ускладнена існуванням двох однопорядкових кодифікованих актів, які ще більше заплутали і без цього складну систематизаційну ситуацію. Проте визначення юридичних осіб корпоративного типу дасть можливість кваліфікувати правовідносини як такі, що є корпоративними, та окреслити предмет регулювання корпоративного права, не вдаючись при цьому у крайнощі: підмінити корпоративним правом право юридичних осіб або ж зводити його тільки до двох-трьох видів господарських товариств.

По-перше, учасником корпоративних відносин виступають юридичні особи та засновники (учасники) господарських організацій, якими є як фізичні, так і юридичні особи. По-друге, учасником корпоративних відносин є не будь-які організації, а лише ті, які утворюються у договірному порядку шляхом реалізації суб'єктами цивільного права своїх засновницьких прав. Наслідком створення такої організації є виникнення у засновників корпоративних прав. Таким чином, для окреслення кола корпоративних відносин слід детальніше проаналізувати юридичну особу, щодо якої в учасника виникають корпоративні права. І, напевне, буде логічним таку юридичну особу вважати юридичною особою корпоративного типу або корпорацією.

Для класифікації корпорацій можуть бути використані різні критерії, що відображають їхнє правове становище. Насамперед, для окреслення юридичних осіб корпоративного типу важливо класифікувати їх за характером прав учасників на майно організації. Слід розмежовувати: організації, щодо майна яких засновники володіють речовим правом; організації, щодо яких засновники володіють зобов'язальними правами (корпоративними); організації, щодо яких засновники не мають майнових прав, а набувають статусу члена організації.

Існування такої групи юридичних осіб – не власників, на майно яких засновники зберігають право власності або інше речове право (унітарні, казенні, державні, комунальні, дочірні підприємства) – пов'язане із наявністю перехідного етапу розвитку економіки.

Більшість вітчизняних науковців до юридичних осіб корпоративного типу відносять організації, які мають такі ознаки: - союз осіб; - наявність статутного капіталу; - спільна мета.

Якщо названі ознаки вважати необхідними і загалом достатніми для віднесення певного утворення до корпорації, то за чинним

законодавством такими слід вважати всі види товариств, кооперативи, фермерські господарства, громадські організації тощо. Безперечно, відразу виявляється те, що в одному переліку опинилися юридичні особи прибуткові та неприбуткові, а поза переліком залишилася така організаційно-правова форма, як приватне підприємство. Така ситуація змушує нас або вводити додаткові критерії для розмежування відносин за суб'єктною ознакою, або дещо змінити підхід чи взагалі відмовитися від нього. Ускладнює ситуацію той факт, що Господарський кодекс України до корпоративних підприємств відносить підприємства, які утворюються, як правило, двома або більше засновниками за їхнім спільним рішенням (договором), діють на основі об'єднання майна та/або підприємницької чи трудової діяльності засновників (учасників), їх спільного управління справами на основі корпоративних прав, зокрема через органи, що ними створюються, участі засновників (учасників) у розподілі доходів та ризиків підприємства. Корпоративними є кооперативні підприємства, що створюються у формі господарських товариств, а також інші підприємства, зокрема засновані на приватній власності двох чи більше осіб (п. 5 ст. 63).

Корпорація є узагальнюючою організаційно-правовою формою корпоративних відносин у межах однієї організації. Тому не слід її ототожнювати тільки із наявністю статутного капіталу та сукупності учасників. З позиції майнового обороту корпорація має за мету задоволення суспільних інтересів в особі конкретних індивідів (учасників) у централізації капіталу та об'єднання зусиль.

Згідно з ч. 1 ст. 83 Цивільного кодексу України юридичні особи можуть створюватися у формі товариств, установ та в інших формах, установлених законом. У свою чергу, товариства поділяються на підприємницькі та непідприємницькі (ч. 2 ст. 83). Проте така класифікація стосується лише товариств, а не установ чи інших різновидів юридичних осіб. На думку певних учених, установи не можуть бути диференційовані на підприємницькі та непідприємницькі, тому що діють винятково без мети отримання прибутку. Поруч із цим відсутня імперативна заборона на отримання прибутку установою, і це підштовхує до думки про прийняття прибуткової діяльності установи. Д. Лещенко, досліджуючи організаційно-правову форму установи як учасника цивільних правовідносин, окреслює такі ознаки цього виду юридичних осіб. Зокрема, спеціальними ознаками установи є те, що вона створюється без підприємницької мети, а певна прибуткова діяльність можлива лише як допоміжна; засновники установи не мають права участі в управлінні нею, а також не можуть отримувати прибуток від її діяльності; установи задовольняють суспільні чи приватні інтереси та потреби фізичних осіб, що не є їх членами (так званих дестинаторів), не перебувають не тільки з установою, а й між собою у будь-яких відносинах⁴²⁵. Установа може створюватися на підставі складеного

⁴²⁵ Лещенко Д. С. Установи як учасники цивільних відносин. Дніпропетровськ, 2007. С. 143.

засновниками (засновником) індивідуального або спільного установчого акта – статуту або положення, розробленого та затвердженого засновником (засновниками). Установи можуть утворюватися як за ініціативою органів держави, так і мати приватний характер.

Корпорації діють в інтересах своїх членів, установи – в інтересах користувачів (визначеність складу корпорації і невизначеність користувачів установи). Мета та зміст діяльності корпорації визначаються спільною волею засновників, а мета діяльності установи привнесена ззовні і визначається адміністрацією.

Окрім поділу юридичних осіб на товариства та установи важливим видається їх поділ залежно від мети створення. Зокрема, поділ юридичних осіб на підприємницькі і непідприємницькі. Як зазначалося, установи належать до непідприємницьких юридичних осіб, і як наслідок – право у члена установи отримувати прибуток від діяльності товариства відсутнє. Непідприємницькі організації не розділяють прибуток між своїми учасниками. До таких належать споживчі кооперативи, товариства співвласників житла, установи, фонди, релігійні організації та всі види громадських об'єднань, які створюються на основі спільності інтересів засновників (громадські рухи, політичні партії, фонди, творчі спілки, благодійні організації). Непідприємницькі організації створюються в результаті реалізації суб'єктами засновницького права, після чого із такими юридичними особами їх пов'язує членство.

З викладеного вище випливає що до юридичних осіб корпоративного типу належать усі організаційно-правові види юридичних осіб, які створені з метою отримання прибутку (підприємницькі) та подальшого його розподілу між учасниками, і в результаті створення яких у засновників щодо юридичної особи виникає особливий вид майнових прав зобов'язального характеру, який прийнято називати корпоративним правом.

Юридичні особи корпоративного типу – це, як правило, договірно-статутні організації, учасники яких визначають порядок управління корпорацією, передбачаючи тим самим ступінь впливу на прийняття рішень юридичною особою.

3. Корпоративна власність

Обов'язковою істотною ознакою корпоративних відносин слід визнати наявність визначеного законодавцем об'єкта права корпоративної власності, наявність в учасника корпоративних прав особливого виду майнових прав.

Саме така ознака дає можливість досягнути мети створення юридичної особи корпоративного типу та участі у корпоративних відносинах – права на отримання прибутку учасниками юридичних осіб. Щодо об'єкта права власності учасників, то варто назвати такі ознаки: оборотоздатність, конкретна вартість, максимально легко відчуження, за необхідності – виділення як частки у майні корпорації; передання на підставі універсального правонаступництва.

З цього приводу недопустимим є визнання об'єктом права власності «права на частку у майні товариства», оскільки будь-яке підприємство – це цілісний майновий комплекс і, до того, на майно, передане у статутний капітал, не може одночасно визнаватися речове право за різними суб'єктами. Безперечно, що нормативні акти початку дев'яностих років запровадили категорію «права на частку», яка переноситься із одного нормативного акта на інший. Законодавець залишається у цьому плані консервативним, і відчуження корпоративних прав і донині має викривлений характер, легально втілюючись у форму виходу із корпорації і вступу в корпорацію. При цьому практика цивільного обороту де-факто визнає корпоративні права окремим майновим об'єктом цивільних прав.

Корпоративні права здебільшого визначаються наявністю майнової участі у статутному капіталі чи майні корпорації. А коли юридична особа створюється без формування статутного капіталу (приватне підприємство), тоді виникає питання: якщо у засновника відсутня частка у статутному капіталі підприємства у зв'язку із відсутністю його як такого, то він не набуває жодних прав на майно цього підприємства; на отримання частини прибутку від господарської діяльності; на отримання майна, що залишилося після ліквідації? Тому варто не погодитися з думкою про те, що корпоративні права слід розуміти як права учасника корпоративного підприємства, і тільки такого, що має статутний капітал. Наприклад, майно повного товариства не називається статутним, хоча, по суті, є таким. Корпоративні права має будь-який учасник організації, що визнається організацією корпоративного типу.

Суб'єктивне корпоративне право слід розглядати як складний сукупний об'єкт цивільних прав, що складається із низки самостійних суб'єктивних прав. Вони в сукупності становлять зміст корпоративного права. Серед них є права немайнового характеру, або їх ще називають організаційні права учасника товариства, та майнові права. Саме наявність майнових прав дозволяє ввести корпоративне право в цивільний оборот як самостійний об'єкт. Майновий компонент робить корпоративне право вартісним, що привертає увагу учасників ринку. З огляду на зазначене, права учасників неприбуткових організацій позбавлені майнового наповнення, і такий їх правовий зв'язок з юридичною особою називають членством. Правовстановлюючими документами власника корпоративного права є акція, сертифікат, виписка з реєстру, установчі документи товариства.

4. Корпоративні правочини

Постало питання кваліфікації категорії «корпоративні правочини» та правовідносин, що виникають на їх підставі. Будь-який науковий аналіз та класифікація не є самоціллю, і, окрім пізнавального характеру, має за мету досягнення практичного

результату. Отже, теоретичне виокремлення групи корпоративних правочинів беззаперечно вимагатиме спеціального регулювання шляхом закріплення окремих норм.

Для з'ясування сутності корпоративних правочинів слід у першу чергу віднайти кваліфікаційні ознаки корпоративних правочинів або окреслити чинники, що індивідуалізують ці зобов'язання (дозволяють їх виокремити).

Власник корпоративних прав має право володіти, користуватися та розпоряджатися ними. Разом з цим тріада повноважень власника нині розширилася за рахунок включення повноваження управління власністю, що є категорією ускладненою, необхідністю системного впливу на об'єкт. І якщо стосовно речей управління здебільшого зводиться до користування, то корпоративна власність надзвичайно яскраво засвідчує необхідність визнання цілеспрямованих дій щодо об'єкта управління. Підтверджує цю точку зору той факт, що у такому складному об'єкті, як корпоративне право, присутня низка організаційних прав. А це спричиняє необхідність і водночас проблему їх реалізації шляхом упорядкування управління. Іншими словами, організаційні права – це зміст, а управління – форма. Реалізація управління передбачає необхідність упорядкованого вчинення дій, спрямованих на максимальну ефективність володіння корпоративними правами. Тому домовленості у формі договору щодо управління корпоративними правами набувають форми особливого виду договору, який слід вважати корпоративним, а односторонні дії учасників корпоративного договору на виконання умов договору – корпоративними правочинами.

Таким чином, відмежування корпоративних правочинів від інших договірних видів перебуває у площині предмету договору. Предметом корпоративного правочину є організаційні права, якими володіє учасник корпорації та управління ними. Предметом домовленостей може бути певний перерозподіл організаційних прав, щодо який відсутнє імперативне регулювання, зокрема на рівні локальних нормативних актів. У межах такого договору сторони домовляються про період та межі здійснення суб'єктивних прав власника корпоративних прав. Передбачається також, що сторони вправі перерозподілити організаційні права між собою. На виконання прав та обов'язків корпоративного договору сторони вчиняють дії юридичного та фактичного характеру. Частина з них зумовлює настання цивільно-правових наслідків. Наприклад, голосування щодо укладення значного правочину. Такі дії слід кваліфікувати як односторонні корпоративні правочини.

Особливістю корпоративних договорів є їх багатосторонність. За своєю правовою природою ці договори найближче примикають до договорів про спільну діяльність. Проте на відміну від корпоративного договору зобов'язання, яке виникає за договором про спільну діяльність, має майновий характер. На відміну від

договору про спільну діяльність, де можливе поглинання волі більшістю під час голосування, порядок погодження умов корпоративного договору відбувається шляхом погодження волі всіх учасників правочину.

Зобов'язання, що виникає з корпоративного договору, може мати акцесорний характер щодо установчого договору чи статуту, тоді як договір про спільну діяльність є самостійним видом, який має господарську (майнову) мету.

Акцесорний характер корпоративного зобов'язання впливає на низку умов договору, які погоджуються сторонами з урахуванням регламентації цих умов в основному зобов'язанні. Вони змушені мати похідний характер щодо усіх актів корпоративного законодавства під загрозою їх недійсності.

Особливою умовою корпоративного правочину є строк. Він може бути зазначений у договорі або ні. У другому випадку припинення такого зобов'язання буде визначатися строком володіння корпоративними правами, і відчуження корпоративних прав буде слугувати підставою припинення корпоративного правочину. Характерним для корпоративного правочину є те, що дії та інтерес сторін полягають у впливі на інший об'єкт – юридичну особу.

5. Теоретичні проблеми захисту корпоративних прав

Проблема захисту корпоративних прав нині є однією з найактуальніших, оскільки «ціна» порушених суб'єктивних прав є надзвичайно високою. Звідси і така увага до захисту прав у плані як процесуального, так і матеріально-правового регулювання. Ці питання виникли у площині юридичної практики і вимагають глибоких наукових досліджень. Тема ця багатогранна, оскільки правова природа корпоративних прав є особливою.

Корпоративні відносини за своєю юридичною природою наближені до зобов'язальних, адже інтерес носія суб'єктивного права може бути задоволений шляхом вчинення дії (утримання від дії) уповноваженою особою з надання відповідних благ. Корпоративні відносини мають відносний характер, але при цьому їхньою особливістю є те, що вони виникають лише між учасниками конкретної організації і є закритими для інших учасників цивільного обороту.

Корпоративні права посідають самостійне місце в системі суб'єктивних цивільних прав. Їхня природа є цивільно-правовою, а самі корпоративні права мають зобов'язальний характер, але при цьому усі дослідники погоджуються з тим, що частку в корпоративних відносинах становлять так звані організаційні відносини, в основі яких лежать організаційні права. Звідси і багатогранність способів захисту корпоративних прав, де частина майнових позовів є незначною. Серед способів захисту порушеного корпоративного права слід назвати оспорювання правочинів, притягнення осіб, що обіймають керівні посади до відповідальності, визнання рішень органів корпорації недійсними, і позов про відновлення корпоративного

контролю. Кожен із перелічених способів заслуговує на спеціальне дослідження його дії в системі захисту корпоративних прав. Проте нині актуальність досліджень у цій сфері полягає в тому, щоб вивчити проблему захисту корпоративних прав як системне правове явище і, окрім цього, виявити таку проблематику способів захисту корпоративних прав, яка притаманна тільки корпоративним правам.

У теорії права відсутня єдина думка про зміст захисту суб'єктивного права, його юридичну природу. Загалом напрацьовані дослідження щодо природи корпоративних прав як цивільно-правової підштовхують практичні напрацювання у русло використання цивільно-правових способів захисту. Передусім йдеться про те, що порушене корпоративне право захищається з використанням способів, перерахованих у Цивільному кодексі України. Серед них – відновлення права, визнання права, припинення дії.

Постає питання – чи є вичерпним перелік способів захисту корпоративних прав? Від відповіді на це питання залежить, чи вартий заявлений позов розгляду, чи його слід відхилити. В науковій літературі переважає думка, що цей перелік є відкритим. Проте, напевно, слід говорити не про відкритий характер переліку способів захисту, а про те, що з приводу способів захисту повинен діяти принцип: захищатися можна тільки тими способами, які встановлені законом. Крім того, норма Цивільного кодексу України зазначає, що захищатися можна способами, які зазначені у Кодексі, і такими, які визначені у законі. Проте використання інших способів є можливим лише тоді, коли з цього приводу є пряма вказівка закону (наприклад, визнання переважних прав при тому, що відсутня вказівка прямої норми закону з приводу переважних прав).

Наступна проблема – це вибір способів захисту порушених прав. Йдеться про такий вибір у межах позовного провадження. В літературі цей спосіб називається конкуренцією позовів. Тут можливі кілька рішень. Перше полягає в тому, що особа, яка захищає свої права, повинна вибрати саме той спосіб захисту, який передбачений законом саме для його вирішення. Інша точка зору – особа, що захищається, повинна вибрати для свого захисту будь-який спосіб захисту, який передбачений законом. Захищаючи порушене суб'єктивне право, особа не пов'язана необхідністю застосовувати лише визначений спосіб захисту. Проте таку тезу слід поставити під сумнів, оскільки важко сконструювати єдине розуміння суб'єктивного цивільного права. На практиці ми щоразу будемо стикатися із великою різноманітністю форм реалізації прав, зокрема і за суб'єктивним складом. Проте це різноманіття виникає, в першу чергу, за змістом, оскільки характер прав (зобов'язальний, корпоративний, речовий, виключний) відрізняє їх настільки радикально (у площині об'єктів, за змістом повноважень, за способами їх здійснення), і саме тому не може існувати єдиного способу захисту для всіх перелічених прав. На основі цього слід вважати, що кожному об'єкту, або ж кожному виду

прав повинен відповідати свій спосіб захисту. Якщо пригадати, то речові права захищаються спеціальними позовами (віндикаційним, негаторним), зобов'язальні – позовами, які захищаються позовом, що базується на спеціальному зобов'язанні (особистому позові). Висловлена теза є наріжним каменем вчення про строгу відповідність способу захисту виду права, яке захищається. Наприклад, пред'явивши позов про визнання дій директора АТ незаконними, суд повинен у розгляді цього позову відмовити, оскільки Закон України «Про акціонерні товариства» не містить такого способу захисту прав акціонерів. Аналогічне рішення суду стосується позову про визнання протоколу загальних зборів недійсним. Ще у низці позовів була вимога визнати недійсними чимало договорів дарування акцій ЗАТ і застосування наслідків недійсного правочину – повернення усього отриманого за правочином. У своєму рішенні суд, визнавши мнимість правочину дарування, зазначив, що існує спеціальний спосіб захисту прав акціонерів ЗАТ – пред'явлення позову про переведення прав та обов'язків за договором. В іншому рішенні, коли було пред'явлено позов про визнання дій генерального директора АТ незаконними, суд зазначив, що закон про АТ не містить такого способу захисту прав акціонера, і тому позов про визнання незаконною бездіяльність одноосібного виконавчого органу АТ (ненадання інформації) не може бути задоволено. Аналогічно було прийнято рішення і щодо визнання протоколу зборів недійсними. В захисті корпоративних прав може бути відмовлено у зв'язку з тим, що положення ст. 10 Цивільного кодексу України встановлює, що у випадку недотримання дій громадян і юридичних осіб, які здійснюються з наміром вчинити шкоду іншій особі, а також зловживання правом в інших формах, суд чи третейський суд може відмовити особі у захисті належного їй права. У сфері корпоративних відносин це положення здебільшого застосовується у зв'язку з корпоративним шантажем, тобто пред'явленням позовів про визнання недійсними рішень зборів, правочинів осіб, які володіють незначним пакетом акцій (часток), що їх участь у зборах не могла вплинути на результати голосування і жодних збитків учасникам завдано не було. У більшості таких випадків суди відмовляють у задоволенні позову із посиланням на зловживання корпоративними правами.

Проблемою загальної теорії захисту цивільних прав є не стільки проблема порушеного суб'єктивного права, скільки проблема захисту правомірного інтересу. Саме собою питання про природу та місце інтересу в структурі цивільного правовідношення є складним. Тим не менше інтерес за Цивільним процесуальним та Господарським процесуальним кодексами України є об'єктом судового захисту. При цьому у сфері корпоративного права особливо помітно проявляється можливість захисту корпоративного інтересу. Це пояснюється тим, що саме у сфері корпоративного права може бути виявлено найцікавіший матеріал, пов'язаний із захистом правомірного

інтересу. На нашу думку, це пояснюється структурою корпоративних правовідносин (учасник корпорації – корпорація), неможливістю учасника корпорації виступати від імені корпорації і розмежування майна корпорації і майна її учасників. У зв'язку з цим (а особливо у зв'язку з майновим відокремленням) учасник корпорації не виступає суб'єктом речових і зобов'язальних правовідносин, у яких бере участь корпорація, і тому він не набуває будь-яких прав у межах цих правовідносин.

Проте в учасника корпорації існує досить багато способів втрутитися у ці правовідносини з метою недопущення зменшення вартості майна корпорації, відшкодування завданих їй збитків. Що у цьому випадку захищає учасник корпорації? Звичайно, права самої корпорації, але не тільки. Учасник захищає і свій власний інтерес у збереженні і збільшенні вартості майна корпорації, оскільки це зумовить збільшення вартості частки у майні корпорації, а також і розмір дивідендів. Це і слід вважати правомірним інтересом, який буде захищати учасник корпорації.

Виникає запитання: якими способами захищається правомірний цивільно-правовий інтерес, і чи може він захищатися тими самими способами, що й суб'єктивне корпоративне право? Як законом, так і судовою практикою допускається захист правомірного інтересу учасника корпорації шляхом висування вимог про визнання оспорюваного правочину недійсним і застосування наслідків її недійсності, застосування наслідків недійсності нікчемного правочину, вимоги про виконання зобов'язання в натурі, вимоги про відшкодування збитків, припинення чи зміни правовідношення. Прикладом таких способів захисту охоронюваного законом інтересу може бути: визнання правочину недійсним (у випадку вчинення правочинів на великі суми, правочинів із зацікавленістю, договорів із перевищенням наданих договором чи законом повноважень); припинення дії, яка порушує право (під час примусового скликання зборів чи ради директорів); зміна правовідношення (зокрема, пред'явлення учасником ТОВ вимоги про виключення іншого учасника, згадуване раніше переведення прав та обов'язків за договором купівлі-продажу частки в ТОВ чи акцій ЗАТ, що укладений з порушенням переважних прав); відновлення становища, яке існувало до порушення.

Типовим прикладом захисту суб'єктивного інтересу визначеними законом способами є форми так званого непрямого позову, тобто позову учасника корпорації до особи, що виконує функції органу юридичної особи. Позивач таким чином захищає не своє право, а інтерес у капіталізації корпорації. Ще один приклад непрямого позову – позов учасника дочірнього товариства про відшкодування основним товариством збитків, що спричинені товариству діями останнього.

Дискусійним нині залишається застосування такого законодавчо визначеного способу захисту порушеного інтересу, як визнання права.

Чи правомірно через пред'явлення позову трансформувати охоронюваний законом інтерес у суб'єктивне право? Принаймні, з погляду вчення про цивільне правовідношення це буде неправильно. Кожна із окреслених проблем захисту корпоративних прав потребує спеціальних теоретичних досліджень із виокремленням особливих ознак, що виявляються з урахуванням природи і через призму захисту суб'єктивного корпоративного права та інтересу.

3.9. Підприємницькі юридичні особи в умовах рекодифікації цивільного законодавства України

Одним із важливих законодавчих актів України, яким закріплено засади та визначено механізм адаптації вітчизняного законодавства до права ЄС, став Закон України «Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу»⁴²⁶. Відповідно, серед переліку пріоритетних сфер вказаної Програми було зазначено законодавство про компанії. Наступним дієвим кроком у напрямку проведення реформ в Україні та оновлення вітчизняного законодавства до вимог права ЄС стала ратифікація Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами. Крім того, за Указом Президента України «Про Стратегію сталого розвитку «Україна – 2020» від 12 січня 2015 року № 5/2015 Україна отримала можливість здійснити реформи у сфері корпоративного права.

Враховуючи зазначені події, на законодавчому полі було оновлено численну кількість нормативних положень у частині корпоративних відносин і оновлено та / або прийнято ряд спеціальних законів, що регулюють окремі організаційно-правові форми та види юридичних осіб приватного права. Зокрема, йде мова про прийняття Законів України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» від 06.02.2018 р. № 2275-VIII, «Про сільськогосподарську кооперацію» від 21. 07. 2020 р. № 819-IX, а також внесення змін до Законів України «Про акціонерні товариства», «Про кооперацію», «Про фермерські господарства» тощо. Вказане зумовило внесення змін й до Цивільного та Господарського кодексів України.

Разом із тим одним зі стратегічних напрямів на шляху удосконалення корпоративного права є прийняття 17 липня 2019 року Постанови Кабінету Міністрів України № 650 «Про утворення робочої групи щодо рекодифікації (оновлення) цивільного

⁴²⁶ Закон України «Про Загальнодержавну програму адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу» від 18. 03. 2004 р. № 1629-IV. Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2004, № 29, ст. 367. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1629-15#Text>

законодавства України», якою утворено робочу групу щодо рекодифікації цивільного законодавства та затверджено Положення про неї. У результаті здійснених напрацювань робочої групи одним із перших етапів роботи стало опублікування Концепції оновлення Цивільного кодексу України.

Згідно вказаної Концепції пропонується викласти Розділ II під назвою «Особи» (глави 4–11), у якому закріпити вичерпний перелік організаційно-правових форм юридичних осіб з одночасною відмовою від архаїчних конструкцій юридичних осіб (передусім йдеться про підприємства). Для юридичних осіб, які зареєстровані в організаційно-правових формах, не передбачених ЦК України, повинен бути наданий час для приведення своєї організаційно-правової форми у відповідність до положень ЦК України протягом строку, який буде встановлений законом⁴²⁷.

Зазначені пропозиції змін про закріплення вичерпного переліку організаційно-правових форм юридичних осіб на кодифікованому рівні неодноразово висловлювалися у наукових дослідженнях відомих вітчизняних цивілістів з наведенням переваг такого підходу. Тому, можливо, справді внесення відповідних змін зумовить нові реалії розвитку підприємництва в Україні з більш прозорими та уніфікованими правилами функціонування юридичних осіб приватного права як самостійних суб'єктів права. Водночас залишається відкритим питання про механізм реалізації запропонованих змін у практиці застосування та визначення критеріїв віднесення організацій до конкретних організаційно-правових форм юридичних осіб, перелік яких має бути вичерпним.

Погляди, ідеї та пропозиції щодо розкриття сутності, організаційно-правових форм та видів юридичних осіб приватного права, в тому числі підприємницьких юридичних осіб, можна віднайти у наукових дослідженнях та виступах на науково-практичних конференціях таких відомих вчених, як Н. С. Кузнецової, В. А. Васильєвої, І. В. Спасибо-Фатєєвої, А. В. Зеліско, О. І. Зозуляк, О. О. Кота, В. Л. Яроцького та інших. Втім постійне оновлення корпоративного законодавства та проведення реформи шляхом роботи над зміною нормативних положень ЦК України створило нові вектори для дослідження даного питання, що полягає у запровадженні нових правил окреслення кола юридичних осіб приватного права, в тому числі підприємницьких товариств.

В умовах сучасних підходів та змін до цивільного законодавства можна окреслити наступні тенденції розвитку нормативного регулювання. Згідно ст. 81 ЦК України всі юридичні особи за критерієм порядку їх створення поділяються на юридичних осіб приватного права та юридичних осіб публічного права. При чому вказується, що ЦК України поширює дію свого регулювання на

⁴²⁷ Концепція оновлення Цивільного кодексу України. К.: Видавничий дім «АртЕк», 2020. С. 10.

юридичних осіб приватного права. Щодо організаційно-правових форм юридичних осіб приватного права, то останні можуть створюватися у формі товариств, установ та в інших формах, встановлених законом. На рівні ЦК України (ст. 83) передбачено товариства та установи як основні організаційно-правові форми юридичних осіб приватного права.

Оскільки у Концепції оновлення Цивільного кодексу України пропонується закріпити у ЦК України закритий перелік організаційно-правових форм юридичних осіб приватного права, то найбільша кількість міркувань з цього приводу зводиться до визначення двох основних організаційно-правових форм – товариств та установ, так як це передбачено у чинному ЦК України, але без продовження у ст. 81 речення «та в інших формах, встановлених законом». Після опублікування вищезазначеної Концепції вже проведено ряд науково-практичних заходів, на яких жваво обговорюються дані питання з урахуванням перспектив внесення таких змін, а також сучасних реалій і проблем, що існують в діючому законодавстві.

Зокрема, одним із таких заходів була ХІХ науково-практична конференція «Учасники цивільних відносин: новації рекодифікації цивільного (приватного) права України», присвячена 99-й річниці з дня народження доктора юридичних наук, професора В. П. Маслова, на якій провідні вітчизняні вчені висловили свою позицію «за» чи «проти» піднятої проблематики поділу юридичних осіб приватного права.

У ході проведення вказаної конференції Н. С. Кузнєцова⁴²⁸ висловила свою думку, згідно якої організаційно-правова форма – це найкращий ідентифікатор юридичної особи, вичерпний перелік якої має бути в основі вибору організації ведення бізнесу. За прикладом законодавства Нідерландів існують дві організаційно-правові форми юридичних осіб – засновані як договірні об'єднання та як установи і фонди. У контексті зазначеного, товариство – це об'єднання майна та осіб. Підприємницьке товариство включає в себе господарські товариства та виробничі кооперативи. Поняття «корпоративні права» закріплені у ст. 167 ГК України має бути перенесено та деталізовано у ЦК України.

Натомість В. Л. Яроцький⁴²⁹ виступає за відкритий перелік юридичних осіб. В обґрунтування своїх переконань вченим наводиться приклад приватних підприємств. Відзначаючи спірну позицію щодо сприйняття приватного підприємства як об'єкта чи як суб'єкта права, що по-різному визначається в ЦК України і ГК України, науковець вказує, що приватне підприємство варто розглядати як

⁴²⁸ Наукові доповіді за результатами проведення ХІХ науково-практичної конференції «Учасники цивільних відносин: новації рекодифікації цивільного (приватного) права України», присвяченій 99-й річниці з дня народження доктора юридичних наук, професора В. П. Маслова, організований кафедрою цивільного права № 1 та № 2 Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого разом з відділенням цивільно-правових дисциплін НАПрНУ та Харківським обласним осередком Всеукраїнської громадської організації (м. Харків, 12 березня 2021 року).

⁴²⁹ Там само.

суб'єкта права через призму сприйняття в суспільстві, правовій свідомості громадян та посадових осіб органів державної влади і управління. Крім того, пропонує звернути увагу на Закон України «Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань» та на Державний класифікатор організаційно-правових форм господарювання, що відображає організаційно-правові форми, закріплені у ЦК України та у ГК України.

Втім О. О. Кот⁴³⁰ із вказаного міркування висловився за закритий перелік організаційно-правових форм юридичних осіб. Щодо інших організаційно-правових форм юридичних осіб, що існують де-факто і де-юре, то створення перехідного періоду для приведення у відповідність до закону юридичними особами своєї організаційно-правової форми зумовить передумови для вирішення цього питання. Цей процес вимагатиме певного часу, який буде проходити еволюційно. На тезу про контраверсію закритого переліку юридичних осіб науковець зазначив, що будь-яка свобода, в тому числі конструювання юридичної особи, не є абсолютною. Необхідно враховувати державний інтерес, зокрема врегулювання структури юридичної особи.

І. В. Спасибо-Фатєєва⁴³¹ висловлює згоду щодо закритого переліку організаційно-правових форм юридичних у ЦК України, де й має визначатися узагальнений підхід, а не на рівні спеціальних законів.

Отже, на основі зазначених аргументів вчених можна дійти висновку про корисність та доцільність запровадження до оновленого ЦК України закритого переліку юридичних осіб приватного права, які поділяються на товариства та установи. Такий поділ юридичних осіб, як уже зазначалося, є традиційним для доктрини пандектного права (Німеччина, Швейцарія), що розрізняють корпорації (союзи) і установи.

Втім для поділу юридичних осіб приватного права на певні види важливе значення відіграють й кваліфікаційні критерії, за якими їх можна розмежувати. Однією з пропозицій щодо відмежування цих юридичних осіб у вітчизняному праві пропонується критерій поділу юридичних осіб на об'єднання осіб та об'єднання майна. Проте вказаний критерій застосовується не тільки для розмежування правового статусу товариств та установ, так як такому ж поділу підлягають господарські товариства – об'єднання осіб (повні та командитні товариства) та об'єднання майна (товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю, акціонерні товариства).

У зв'язку з цим варто навести думку І. В. Спасибо-Фатєєвої, що відмінності між такими організаційно-правовими формами – товариствами та установами – проявляються у тому, що учасники товариства задовольняють власний інтерес через участь у товаристві,

⁴³⁰ Там само.

⁴³¹ Там само.

а установа діє в інтересах не учасників, а інших осіб – вигодонабувачів, дестинаторів. Наступною відмінністю є наявність в учасників товариства права участі, а в засновників установи такого права нема⁴³². Тобто критеріями розмежування товариств та установ є охоронюваний законом інтерес та право участі.

Разом із тим, на відміну від установ, на рівні ЦК України товариства отримали подальший поділ на підприємницькі та непідприємницькі товариства; підприємницькі товариства – акціонерне товариство, товариство з обмеженою відповідальністю, товариство з додатковою відповідальністю, повне і командитне товариство та виробничий кооператив (ст. ст. 81, 83 – 85 ЦК України). Щодо непідприємницьких товариств, то перелік їх організаційно-правових форм у ЦК України не визначено. О. І. Зозуляк з даного приводу вказує, що невичерпний перелік організаційно-правових форм юридичних осіб приватного права зумовлює неоднозначність у віднесенні тих чи інших юридичних осіб до числа корпорацій. Зокрема, йде мова про приватні підприємства, фермерські господарства тощо. Така ситуація примушує або вводити додаткові критерії для розмежування відносин за суб'єктною ознакою, або дещо змінити підхід чи взагалі обрати інший⁴³³.

Згідно ч. 1 ст. 84 ЦК України товариства, які здійснюють підприємницьку діяльність з метою одержання прибутку та наступного його розподілу між учасниками (підприємницькі товариства), можуть бути створені лише як господарські товариства або виробничі кооперативи. Щодо непідприємницьких юридичних осіб, то ч. 1 ст. 85 ЦК України закріплює тільки положення про те, що ці товариства не мають на меті одержання прибутку для його наступного розподілу між учасниками.

Щодо вказаного поділу товариств на підприємницькі та непідприємницькі А. В. Зеліско вважає, що ключовим критерієм розмежування досліджуваних юридичних осіб є право на розподіл прибутку між учасниками, у зв'язку з чим варто виходити із простого логічного принципу: підприємницькі юридичні особи приватного права мають право розподіляти прибуток між учасниками або членами, а непідприємницькі, відповідно – не мають права його розподіляти між ними⁴³⁴. В. А. Васильєва зазначає, що до юридичних осіб корпоративного типу належать усі організаційно-правові види юридичних осіб, які створені з метою отримання прибутку (підприємницькі) та подальшого його розподілу між учасниками, і в результаті створення

⁴³² Спасибо-Фатеева І. Юридичні особи за Цивільним кодексом України. Право України. 2014. № 2. С. 72 – 73.

⁴³³ Зозуляк О. І. Проблеми вдосконалення правового регулювання здійснення підприємницької діяльності непідприємницькими організаціями зі статусом юридичної особи. Міжнародний журнал «Право і суспільство»: за ред. д-ра юрид. наук, проф. Васильєвої В. А. Випуск 1. Івано-Франківськ: Фоліант, 2015. С. 76 – 89.

⁴³⁴ Зеліско А. В. Підприємницькі юридичні особи приватного права як суб'єкти цивільних правовідносин: дис. на здобуття наук. ступ. доктора юрид. наук: 12.00.03. Київ. 2017. С. 95 – 96.

яких у засновників щодо юридичної особи виникає особливий вид майнових прав зобов'язального характеру, який прийнято називати корпоративним правом⁴³⁵. О. І. Зозуляк також зазначила, що найбільш оптимальним напрямом удосконалення класифікаційних критеріїв відмежування непідприємницьких юридичних осіб від підприємницьких буде передусім вказівка на нерозподіл між учасниками (засновниками) одержаного прибутку, а вже далі – конкретизація щодо спрямування його (прибутку) на досягнення відповідної мети діяльності непідприємницької юридичної особи⁴³⁶. Така позиція вченої аргументована й тим, що більшість непідприємницьких юридичних осіб займаються підприємницькою діяльністю заради досягнення своїх статутних неприбуткових цілей.

Разом із тим варто зазначити, що Законом № 819-ІХ від 21. 07. 2020 р. було внесено зміни до ст. 84 ЦК України, згідно яких розширено вичерпний перелік підприємницьких товариств, а саме зазначено, що до переліку таких товариств, крім господарських товариств і виробничих кооперативів, варто віднести й сільськогосподарські кооперативи, сільськогосподарські кооперативні об'єднання, що діють з метою одержання прибутку. Зазначені зміни пов'язані з прийняттям нового Закону України «Про сільськогосподарську кооперацію», згідно якого передбачено, що сільськогосподарський кооператив може здійснювати діяльність з метою одержання прибутку або без мети одержання прибутку (ч. 3 ст. 5).

Вказаний підхід дещо потребує тлумачення, якщо піддати аналізу законодавство про кооперацію. Відповідно до нової редакції Закону України «Про сільськогосподарську кооперацію» скасовано поділ сільськогосподарських кооперативів за типами на виробничі і обслуговуючі, натомість здійснено поділ на такі, що діють з метою або без мети отримання прибутку. У попередній редакції Закону України «Про сільськогосподарську кооперацію» (втрата чинності від 15. 11. 2020 р.) зазначалося, що сільськогосподарський виробничий кооператив створювався з метою одержання прибутку, а обслуговуючий кооператив – для організації обслуговування, спрямованого на зменшення витрат та/або збільшення доходів членів цього кооперативу під час провадження ними сільськогосподарської діяльності та на захист їхніх економічних інтересів. Разом із тим діюча редакція Закону України «Про кооперацію» передбачає поділ кооперативів на виробничі, обслуговуючі та споживчі, серед яких тільки виробничі кооперативи створюються з метою отримання прибутку. Крім того, жодних змін у зазначеному Законі про новий вид кооперації – сільськогосподарський кооператив – нема.

⁴³⁵ Васильєва В. А. Проблеми розвитку корпоративного права. Приватне право. 2013. № 1. С. 139.

⁴³⁶ Зозуляк О. І. Проблеми вдосконалення правового регулювання здійснення підприємницької діяльності непідприємницькими організаціями зі статусом юридичної особи. Міжнародний журнал «Право і суспільство»: за ред. д-ра юрид. наук, проф. Васильєвої В. А. Випуск 1. Івано-Франківськ: Фоліант, 2015. С. 81.

Таким чином, новели законодавства, що регулює кооперативну діяльність, потребують додаткового аналізу у контексті окреслення спільних та відмінних ознак виробничих, сільськогосподарських, обслуговуючих та споживчих кооперативів, оскільки розширення переліку підприємницьких товариств у ЦК України зумовило питання про не включення в їх число споживчих товариств, члени яких теж мають право одержувати частку прибутку, що розподіляється за результатами господарської діяльності між членами споживчого товариства відповідно до їх пайового внеску.

У Законі України «Про кооперацію» (ст.1) міститься визначення кооперативу, з якого можна виокремити загальні ознаки, притаманні всім типам та видам кооперативів: 1) члени кооперативу об'єднуються на основі членства; 2) кооператив створюється для ведення спільної господарської та іншої діяльності; 3) метою створення кооперативу є задоволення економічних, соціальних та інших потреб членів кооперативу на засадах самоврядування.

На відміну від інших видів кооперативів у виробничому кооперативі члени зобов'язані брати особисту трудову участь у діяльності кооперативу, а також чітко визначено мету кооперативу – отримання прибутку. Наявність останньої ознаки зумовлює можливість віднесення виробничого кооперативу до підприємницьких товариств, які створюються з метою отримання прибутку для подальшого його розподілу між учасниками товариства.

Варто зазначити, що схожі характеристики містяться у Законі України «Про сільськогосподарську кооперацію», оскільки серед принципів сільськогосподарської кооперації виділено принцип обов'язковості участі члена сільськогосподарського кооперативу, сільськогосподарського кооперативного об'єднання у його господарській та іншій діяльності, що передбачає розподіл доходів сільськогосподарського кооперативу, що діє з метою одержання прибутку, серед його членів пропорційно до їх участі у господарській діяльності, а також спрямування (ч. 4 ст. 4). Вказані положення містяться й у ст. 12 цього ж Закону, де закріплено основні права та обов'язки члена сільськогосподарського кооперативу, в тому числі право на участь в управлінні кооперативом та право на одержання патронажних дивідендів.

Якщо звернутися до аналізу Закону України «Про споживчу кооперацію», то в останньому зазначено, що первинною ланкою споживчої кооперації є споживче товариство, яке створюється на основі добровільності членства і взаємодопомоги за місцем проживання або роботи для спільного господарювання з метою поліпшення свого економічного і соціального стану (ч. 1 ст. 5). Крім того, у ч. 4 ст. 6 цього ж Закону вказано, що до прав члена споживчого товариства належить й право на частку прибутку, що розподіляється за результатами господарської діяльності між членами споживчого товариства відповідно до їх пайового внеску. Отже, де-юре споживче

товариство створюється без мети отримання прибутку, але для задоволення економічного і соціального стану своїх членів, хоча де-факто створення споживчого товариства зумовлює можливість отримання прибутку від господарської та інших видів діяльності для подальшого розподілу між членами товариства. Така особливість регулювання правового статусу споживчих товариств не дозволяє відносити їх й до непідприємницьких товариств, адже останні хоча й мають право здійснювати підприємницьку діяльність, що спрямована на отримання прибутку, але не мають права розподіляти прибуток між учасниками такого товариства.

Проте за загальною характеристикою правового статусу діє правило, що обслуговуючі та споживчі кооперативи відносяться до непідприємницьких товариств, оскільки останні створюються без мети отримання прибутку. Проте така позиція є хиткою, адже незважаючи на те, що обслуговуючі та споживчі кооперативи хоча й створюються без мети отримання прибутку, тим не менш здійснюють підприємницьку діяльність для задоволення потреб їх членів. Окрім того, згідно Закону України «Про споживчу кооперацію» члени споживчого товариства мають право одержувати частку прибутку відповідно до їх пайового внеску, що є притаманним для підприємницьких товариств.

Варто звернути увагу й на судову практику, що стосується обслуговуючих кооперативів, які хоча й відносяться до неприбуткових організацій, разом із тим судова влада в таких кооперативах визнає наявність корпоративних прав, що явно зумовлює дисбаланс у розумінні сутності таких понять, як «підприємницькі та непідприємницькі товариства», а також «корпоративні права», «право участі», «право членства».

Прогресивними у напрямку вищезазначених позицій є висновки, що містяться у Постанові Великої Палати ВСУ від 24 квітня 2019 року у справі № 509/577/18. У ході вирішення справи по суті судом встановлено, що обслуговуючі кооперативи є корпоративними підприємствами, члени яких мають корпоративні права та між якими виникають корпоративні відносини. Аргументація таких висновків підкріплюється ч. ч. 3, 5 ст. 63 ГК України, згідно яких за способом утворення (заснування) та формування статутного капіталу кооперативні підприємства відносяться до корпоративних, а за формою власності – до підприємств колективної власності. Крім того, зазначено, що особливості створення кооперативів та ведення господарської діяльності обслуговуючими кооперативами визначається Законом України «Про кооперацію». За змістом положень статей 2, 6, 9 цього Закону кооператив є юридичною особою, державна реєстрація якого проводиться в порядку передбаченому законом. Відповідно до завдань та характеру діяльності кооперативи поділяються на такі типи: виробничі, обслуговуючі та споживчі. За напрямками діяльності кооперативи

можуть бути сільськогосподарськими, житлово-будівельними, садово-городніми, гаражними, торговельно-закупівельними, транспортними, освітніми, туристичними, медичними тощо.

Обслуговуючий кооператив надає послуги своїм членам, не маючи на меті одержання прибутку (ст. 2, 23 Закону України «Про кооперацію»). Разом із тим вказуючи на ст. 167 ГК України за змістом наведених норм корпоративні права характеризуються тим, що особа, яка є учасником (засновником, акціонером, членом) юридичної особи має право на участь в управлінні господарською організацією та інші правомочності передбачені законом і статутними документами. Згідно з положеннями ст. 12 Закону України «Про кооперацію» основними правами члена кооперативу є, зокрема, участь в господарській діяльності кооперативу, а також в управлінні кооперативом, право голосу на його загальних зборах, право обирати і бути обраним в органи управління ... тощо. Відповідно, члени обслуговуючого кооперативу незалежно від напрямку його діяльності є носіями корпоративних прав, а відносини між його членами та кооперативом, які пов'язані зі створенням, діяльністю, управлінням або припиненням діяльності такої юридичної особи, є корпоративними⁴³⁷.

Вказані положення дублюються й у постановвах Касаційного господарського суду (для прикладу, Постанова КГС ВСУ від 10 лютого 2021 року). Верховний Суд виходить з того, що відповідно до ст. 167 ГК України правомочність учасника (акціонера, члена) на участь в управлінні господарською організацією, зокрема, шляхом участі в загальних зборах, є однією зі складових корпоративних прав⁴³⁸.

З наведених аргументів формується міркування, що «право участі», «права на членство» та «корпоративні права» є тотожними поняттями, у зв'язку з чим кооперативи за організаційно-правовою формою відносяться до товариств за критерієм права участі, як однієї з правомочностей корпоративних прав, а також вводяться додаткові критерії – спосіб утворення та порядок формування статутного капіталу. В той же час така позиція показує на відсутність чітких критеріїв поділу кооперативів на підприємницькі та непідприємницькі, що не співпадають із критеріями поділу товариств на відповідні види. Крім того, у Законі України «Про кооперацію» визначено такі типи кооперативів: виробничі, обслуговуючі та споживчі, які за напрямками діяльності можуть бути сільськогосподарськими, житлово-будівельними, гаражними, торговельно-закупівельними, транспортними, освітніми тощо. Тому з урахуванням змін у законодавстві варто змінити й підходи у формуванні типів кооперативів та критеріїв їх поділу, а саме

⁴³⁷ Постанова ВП ВСУ від 24 квітня 2019 року. Справа № 509/577/18. URL: <https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/81691869>

⁴³⁸ Постанова КГС ВСУ від 10 лютого 2021 року. Справа № 923/226/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/94802500>

визначити можливість створення виробничих, сільськогосподарських та споживчих кооперативів, при чому на рівні спеціальних законів передбачити, що не тільки сільськогосподарські кооперативи, але й споживчі кооперативи можуть створюватися з метою отримання прибутку та без мети отримання прибутку. Також доцільно було б окреслити подальшу долю обслуговуючих кооперативів з урахуванням можливості їх створення за відповідними напрямками діяльності або ж передати їх функції споживчим товариствам, що створюються без мети отримання прибутку.

Таким чином, приходимо до висновку, що запропонований у Концепції оновлення Цивільного Кодексу України підхід про закритий перелік організаційно-правових форм юридичних осіб приватного права відповідає сучасним викликам розвитку ринкового середовища на вітчизняному та міжнародному рівнях та приведення у відповідність до права ЄС. Критерій права участі є тим кваліфікуючим критерієм, що розмежовує юридичні особи приватного права на товариства і установи. Разом із тим, на відміну від установ, на рівні ЦК України товариства отримали подальший поділ на підприємницькі та непідприємницькі товариства, у зв'язку з чим кваліфікуючими критеріями відмежування підприємницьких товариств від інших юридичних осіб приватного права (непідприємницьких товариств та установ) мають бути мета створення і діяльності товариства – отримання прибутку та право на розподіл прибутків між учасниками товариства, наявність в засновника товариства інтересу бути його учасником та набуття ним корпоративних прав, визначених законодавством та установчими документами товариства. Щодо кооперативів, як одного з видів товариств, доцільно запровадити можливість створення кооперативів з метою отримання прибутку та без мети отримання прибутку і внести корективи у формування їх типів шляхом поділу на виробничі, сільськогосподарські та споживчі кооперативи.

3.10. Корпоративний договір у законодавстві України

Із вступом в силу Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю»⁴³⁹ чи не вперше законодавцем вживається термін «корпоративний договір». Так, до прийняття коментованого закону існували норми ст. 51-1 «Про господарські товариства»⁴⁴⁰, де використовувався термін «договір про реалізацію прав учасників (засновників) товариства» та норми ст. 29 Закону України

⁴³⁹ Закон України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» від 6 лютого 2018 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2275-19>

⁴⁴⁰ Закон України «Про господарські товариства» від 19 вересня 1991 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1576-12>

«Про акціонерні товариства»⁴⁴¹, в якій йшлося про те, що статутом товариства може бути передбачена можливість укладення договору між акціонерами, за яким на акціонерів покладаються додаткові обов'язки, у тому числі обов'язок участі у загальних зборах, і передбачається відповідальність за його недотримання. Остання стаття згодом була замінена статтею 26-1, яка є чинною на сьогодні та повністю присвячена регулюванню так званого договору між акціонерами.

У ст. 7 Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» корпоративним договором визнається договір, за яким учасники товариства зобов'язуються реалізовувати свої права та повноваження певним чином або утримуватися від їх реалізації. З цього положення випливає, що за цим договором ніяких нових прав учасники не набувають, умовами договору лише встановлюється порядок реалізації своїх прав або утримання від їх здійснення.

Корпоративний договір не може суперечити статуту товариства, а також, як і будь-який правочин, – чинному законодавству України. Водночас із статті випливає, що можливість його укладення не обов'язково повинна бути передбачена статутом товариства, а надається безпосередньо нормами закону.

Корпоративний договір має цивільно-правову природу та врегульовується загальними положеннями ЦК України, а також нормами зобов'язального права, тоді як зміст договору та правові наслідки його укладення знаходяться в сфері дії корпоративно-правових норм. Корпоративний договір є також актом здійснення корпоративної правоздатності учасниками господарських товариств договірної форми та породжує корпоративні наслідки, оскільки спрямований на організацію, впорядкування використання корпоративних прав з метою збереження чи перерозподілу корпоративного контролю.

Необхідною ознакою корпоративного договору є його безвідплатність. Встановлення умови щодо оплати чи зустрічного відшкодування у корпоративному договорі має наслідком його нікчемність. Така заборона укладення оплатних корпоративних договорів має на меті запобігти комерційному підкупу, рейдерським захопленням, незаконним поглинанням корпоративних прав міноритарних учасників та іншим можливим недобросовісним діям учасників товариства.

На практиці буває доволі складно визначити, чи є корпоративний договір безвідплатним, особливо у випадках, коли його умовами передбачено укладення відплатних договорів. Так, наприклад, у листопаді 2019 року Господарським судом Одеської області розглядалась справа про визнання окремих пунктів корпоративного договору недійсними⁴⁴². Позивач просив визнати

⁴⁴¹ Закон України «Про акціонерні товариства» від 17 вересня 2008 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/514-17>

⁴⁴² Рішення Господарського суду Одеської області від 28 листопада 2019 року у справі № 916/1444/19. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/86175401>

недійсними окремі пункти корпоративного договору, а також спробував довести, що положення щодо обов'язку продажу корпоративних прав є їх заставою. Господарський суд Одеської області відмовив у задоволенні позовних вимог мотивуючи своє рішення тим, що відносини, що виникли між сторонами корпоративного договору, не містять умов застави корпоративних прав та до них не застосовуються положення ст. 584 Цивільного кодексу України. На твердження позивача про те, що положення договору про перехід корпоративних прав за номінальною вартістю без додаткової оплати суперечить цивільним нормам про оплатність договору купівлі-продажу суд зазначив, що корпоративний договір не є договором купівлі-продажу, адже оспорюваний його пункт передбачає підписання окремих договорів купівлі-продажу корпоративних прав, де й буде визначена їх договірна вартість.

Обов'язковою формою вчинення корпоративного договору є письмова. Про обов'язковість нотаріального посвідчення у статті не йдеться, хоча сторони можуть домовитись і про таке.

У разі недотримання вимог щодо безвідплатності та письмової форми - корпоративний договір вважається нікчемним.

Окрім цих двох вимог, передбачених даним законом, для дійсності договору необхідним також є дотримання вимог ЦК України щодо дійсності правочину, а саме:

- зміст правочину не може суперечити цьому Кодексу, іншим актам цивільного законодавства, а також інтересам держави і суспільства, його моральним засадам;

- особа, яка вчиняє правочин, повинна мати необхідний обсяг цивільної дієздатності;

- волевиявлення учасника правочину має бути вільним і відповідати його внутрішній волі;

- правочин має бути спрямований на реальне настання правових наслідків, що обумовлені ним;

- правочин, що вчиняється батьками (усиновлювачами), не може суперечити правам та інтересам їхніх малолітніх, неповнолітніх чи непрацездатних дітей.

Дата укладення і строк дії корпоративного договору визначаються в самому договорі. Закон «Про акціонерні товариства» містить більше конкретне формулювання, передбачивши, що договір між акціонерами може укладатися на визначений строк або безстроково. Однак, слідуючи принципу дозволеності того, що не заборонено законом, можна стверджувати, що корпоративний договір між учасниками товариства також може бути безстроковим.

Предметом договору є коло правовідносин, яке ним врегульовується. Для корпоративного договору – це права та обов'язки, які виникають у сторін у зв'язку з участю у товаристві, порядок їх вчинення, а також дії з управління товариством. Зокрема, корпоративним договором може визначатись порядок реалізації таких

повноважень учасників, як: брати участь у зборах; обговорювати питання порядку денного на зборах, а також пропонувати інші питання (у разі згоди всіх учасників); голосувати на зборах; вимагати скликання зборів; ініціювати проведення опитування; пропонувати кандидатури на посади в органи управління; обіймати посади в органах управління; пропонувати учасникам придбати частку в статутному капіталі; відчужувати частку тощо.

Корпоративним договором можуть бути встановлені обов'язки сторін щодо голосування в порядку і способом щодо рішень, конкретно визначених договором; порядок та умови відчуження частки, в тому числі спільне відчуження; дотримання вимог конфіденційності; здійснення заходів вирішення безвихідної ситуації тощо. Безвихідною ситуацією є настання умов, за яких у жодного учасника товариства або групи учасників не вистачає голосів для прийняття ключових рішень щодо діяльності товариства. У корпоративному договорі можуть бути закріплені договірні конструкції викупу часток в статутному капіталі однією стороною іншою. Такі способи є напрацьовані юридичною практикою країн загального права і до них належать: «Russian roulette», «black spot», «Texas shoot out», «Dutch auction» тощо.

Корпоративний договір, яким встановлюється обов'язок учасників забезпечити голосування згідно з вказівками органів управління товариства, є нікчемним. Однак, голосування певним чином на загальних зборах на виконання зобов'язань між учасниками, які впливають із корпоративного договору, може бути предметом останнього. У випадку нікчемності корпоративного договору або невиконання зобов'язань, рішення, прийняті на загальних зборах в порушення закону або договору не є недійсними, але можуть бути оскаржені. Зокрема, Законом України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» доповнено ЦК України новою нормою ч. 8 ст. 258, в якій закріплено одночасно і спосіб захисту права, і скорочений термін позовної давності (один рік) щодо вимог про визнання недійсним рішення загальних зборів товариства.

За загальним правилом, корпоративний договір є конфіденційним, тобто його зміст не підлягає розкриттю сторонами. Також (на протигагу регулювання договору між акціонерами) сторони не зобов'язані повідомляти про факт його укладення. Така ситуація створює певні ризики для третіх осіб, які можуть не знати про існування корпоративного договору та зміст його умов. Не захищає сторону корпоративного договору і положення ч. 6 даної статті, за якою договір, укладений стороною корпоративного договору на порушення такого корпоративного договору, є нікчемним, якщо інша сторона за договором знала або мала знати про таке порушення. У разі, якщо інша сторона (за іншим договором) була добросовісним набувачем, тобто не знала і не могла знати про існування корпоративного договору, то договір, укладений навіть всупереч

корпоративному договору, може створювати дійсні договірні зобов'язання для його сторін.

Разом із тим, конфіденційність положень корпоративного договору не є абсолютною. Окрім запитів компетентних органів, є і застереження у самому Законі. Так, корпоративний договір між учасниками підприємства, стороною якого є держава, територіальна громада або відповідна юридична особа, у статутному капіталі якої 25 і більше відсотків належить державі чи територіальній громаді, оприлюднюється протягом 10 днів з моменту його укладення шляхом розміщення на сайті відповідного органу державної влади, органу місцевого самоврядування. Існують також правила щодо повідомлення товариства про факт укладення договору – згідно ч. 6 ст. 26-1 Закону України «Про акціонерні товариства» інформація про укладення договору між акціонерами повідомляється товариству однією із сторін договору протягом трьох робочих днів з дати його укладення. Публічне акціонерне товариство розкриває інформацію про наявність договору між акціонерами у порядку, встановленому Законом України «Про цінні папери та фондовий ринок» для розкриття особливої інформації про емітента.

У договорі можуть бути передбачені заходи відповідальності сторін у разі порушення зобов'язань. Наприклад, це може бути штраф і пеня за прострочення виконання зобов'язання з продажу/випу частки. Договором можуть бути передбачені інші санкції, метою встановлення яких є стимулювання сторін до виконання ними своїх зобов'язань, а також захист порушених прав та компенсація завданих збитків постраждалим особам.

Щодо сторін корпоративного договору, то донедавна лише дійсні учасники товариства могли укладати між собою корпоративні договори. Законом України «Про стимулювання розвитку цифрової економіки» від 15.07.2021р.⁴⁴³ було внесено доповнення до ст. 7 Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю», за яким сторонами корпоративного договору можуть також бути саме товариство та треті особи.

Разом із тим один учасник товариства може одночасно бути стороною кількох корпоративних договорів. Важливо при цьому, щоб положення наступного корпоративного договору не суперечили умовам попереднього, інакше останній договір може бути нікчемним, тобто таким, що за законом не породжує ніяких правових наслідків.

Ще однією цікавою новелою є внесення зміни до ст. 46 Закону Україну «Про міжнародне приватне право» від 23.06.2005 р.⁴⁴⁴, відповідно до якої сторони договору, за яким учасники (засновники, акціонери, члени) юридичної особи з іноземною участю

⁴⁴³ Про стимулювання розвитку цифрової економіки» від 15.07.2021 р. № 1667-IX (rada.gov.ua)

⁴⁴⁴ Закон України «Про міжнародне приватне право» від 23.06.2005 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2709-15https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2709-15>

зобов'язуються реалізувати свої права та повноваження щодо такої юридичної особи певним чином або утримуватися від їх реалізації (корпоративний договір), можуть обрати право, що застосовується до такого корпоративного договору.

Хоча й існує можливість зловживання цими нормами, безумовно, останні зміни заповнили ряд прогалин у правовому регулюванні корпоративного договору, що в свою чергу призведе до поживлення інтересу іноземних інвесторів та розвитку бізнесу в Україні.

3.11. Корпоративні права, набуті одним з подружжя та поділ майна, що є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя, переданого до статутного капіталу юридичної особи корпоративного типу

Відповідно до ч. 1 ст. 61 СК України об'єктом права спільної сумісної власності подружжя може бути будь-яке майно, за винятком виключеного з цивільного обороту⁴⁴⁵. Тобто об'єкти, які можуть формувати вклад юридичної особи корпоративного типу згідно до ч. 2 ст. 115 ЦК України⁴⁴⁶, ст. 13 Закону України «Про господарські товариства»⁴⁴⁷, ст. 13 Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю»⁴⁴⁸ можуть перебувати в подружжя на праві спільної сумісної власності. Передати майно, що належить подружжю на праві спільної сумісної власності як вклад до статутного капіталу юридичної особи корпоративного типу один із подружжя може при створенні юридичної особи, в зв'язку із збільшенням статутного капіталу чи на підставі договору.

У результаті передачі майна або коштів формується майно, яке позначається як статутний капітал із «розбивкою» на частки, пропорційні розміру вкладів⁴⁴⁹. Вклад має властивості об'єкта цивільного права та розглядається таким на певному проміжку часу. Тобто є тимчасовим або проміжним об'єктом цивільного права,

⁴⁴⁵ Сімейний кодекс України: Закону України від 10.01.2002 року 2947-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14>.

⁴⁴⁶ Цивільний кодекс України від 16.01.2003 року № 435-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15>.

⁴⁴⁷ Про господарські товариства: Закон України від 19.09.1991 року № 1576-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1576-12>.

⁴⁴⁸ Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю: Закон України від 17.06.2018 року № 2275-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2275-19>.

⁴⁴⁹ Антошкина В. К., Борисова В. И., Жилинкова И. В. и др. Харьковская цивилистическая школа: антология семейного права: монография /под. общ. ред. И. В. Спасибо-Фатеевой. Харьков: Право, 2013. С. 98.

об'єктом права власності вкладника та може перебувати у цивільному обороті лише на вказаних проміжках часу⁴⁵⁰.

І. В. Спасибо-Фатєєва з цього приводу зазначає, що поняттям вкладу можна оперувати тільки до державної реєстрації господарського товариства або до внесення змін в державний реєстр, тобто в цей проміжок часу ще не встановлюється корпоративний зв'язок між особою, яка вносить вклад і господарським товариством⁴⁵¹. Внесення вкладу означає фактичну оплату часток/акцій засновниками/учасниками шляхом відчуження/ передачі майна (вкладу) у власність/користування (використання) господарському товариству⁴⁵². Вклад як майно існує тільки на певному етапі – в момент його внесення учасником, а потім він потрапляє до єдиного об'єкту, що йменується майном господарського товариства, і перестає існувати як майно з окремим правовим режимом⁴⁵³.

Тобто з моменту державної реєстрації юридичної особи корпоративного типу власником майна, переданого їй у власність учасниками як вклад до статутного капіталу, стає сама юридична особа у відповідності до п. 1. ч. 1 ст. 115 ЦК України, п. 1 ч. 1 ст. 12 Закону України «Про господарські товариства».

Відповідно до п. 26, 28 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про практику застосування судами законодавства при розгляді справ про право на шлюб, розірвання шлюбу, визнання його недійсним та поділ спільного майна подружжя» № 11 від 21 грудня 2007 року⁴⁵⁴: *«при вирішенні питання про поділ майна у вигляді акцій, частки (паю, доли) у фондах корпоративних господарських організацій судам слід виходити з того, що питання їх поділу вирішується залежно від виду юридичної особи, організаційно-правової форми її діяльності, характеру правовідносин подружжя з цим суб'єктом. Статтею 12 Закону України від 19 вересня 1991 р. N 1576-XII «Про господарські товариства» встановлено, що власником майна, переданого йому засновниками і учасниками, є саме товариство. Вклад до статутного фонду господарського товариства не є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя».*

У Постанові від 03 липня 2013 року Верховний Суд України у справі № 6-61цс13 за позовом про визнання недійсним договору

⁴⁵⁰ Ханієва Ф. М. Правочини зі внесення вкладів при первісному створенні господарського товариства. *Проблеми цивільного права та процесу: Матеріали наук.-практ. конф., присвяченої пам'яті професора О. А. Пушкіна* (30 травня 2015 р.). Харків, 2015. С. 321.

⁴⁵¹ Спасибо-Фатєєва І. В. Право спільної власності подружжя на частку в статутному капіталі господарського товариства: «за» і «проти». *МЕН*. 2008. № 6. С. 35.

⁴⁵² Ханієва Ф. Порядок внесення вкладу до господарського товариства. Підприємництво, господарство і право. 2016. № 12. С. 70.

⁴⁵³ Кравченко С. С. Право власників учасників товариства. *Часопис Київського університету права*. 2009. № 4. С. 211.

⁴⁵⁴ Про практику застосування судами законодавства при розгляді справ про право на шлюб, розірвання шлюбу, визнання його недійсним та поділ спільного майна подружжя: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 21 грудня 2007 року № 11. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0011700-07>.

купівлі-продажу частки в статутному капіталі⁴⁵⁵ дійшов наступної правової позиції: «з моменту внесення грошових коштів до статутного капіталу господарського товариства вони є власністю самого товариства, зазначені спільні кошти (майно) подружжя втрачають ознаки об'єкта права спільної сумісної власності подружжя».

В. А. Васильєва зазначає, що юридична особа з моменту її державної реєстрації є самостійним суб'єктом цивільних правовідносин незалежно від її організаційно-правової форми. Якщо в результаті створення юридичній особі майно передається на праві власності, то незалежно від організаційно-правової форми, між засновником, а в подальшому і учасником, встановлюється правовідношення майнового характеру зобов'язального типу, яке на сьогодні переважна більшість називає корпоративним. Саме з цього часу площина майнового регулювання корпоративного права зміщується в сферу корпоративного правовідношення⁴⁵⁶.

Після здійснення державної реєстрації юридичної особи корпоративного внески учасників формують його статутний капітал та переходять у власність такої юридичної особи. Сам засновник в обмін на внесений вклад до статутного капіталу юридичної особи корпоративного типу набуває корпоративних прав, незалежно від форми їх фіксації (часка, акція тощо). Здійснюється трансформація права власності, зокрема, учасник втрачає своє речове право в обмін на корпоративне. Разом з тим, передаючи об'єкти права спільної сумісної власності до статутного капіталу, учасником юридичної особи корпоративного типу стає, зазвичай, один з подружжя. Це означає, що власником корпоративного права є один із подружжя, який отримує правомочності на участь в управлінні юридичною особою корпоративного типу, отриманні певної частки прибутку (дивідендів) та активів у разі ліквідації останньої тощо. Участь в юридичній особі корпоративного типу може здійснювати лише та особа, яка є власником корпоративного права і як учасник такої юридичної особи внесена до установчих документів.

Враховуючи те, що корпоративне право є персоніфікованим та неподільним, погоджуємося з В. А. Васильєвою, яка зазначає що корпоративне право не може перебувати на праві спільної власності⁴⁵⁷, а відповідно не може йти мова про поділ корпоративних прав між подружжям. Оскільки, для того з подружжя, який є учасником юридичної особи корпоративного типу право власності (речове право) на майно, що

⁴⁵⁵ Постанова Верховного суду України від 03 липня 2013 р., справа № 6-61цс13. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/32532909>.

⁴⁵⁶ Васильєва В. А. Спільна сумісна власність подружжя і корпоративні права. *Корпоративні правочини: Збірник наукових праць за матеріалами Всеукраїнської науково-практичної конференції (27-28 вересня 2013 року, м. Івано-Франківськ)*. Івано-Франківськ, 2013. С. 9-10.

⁴⁵⁷ Васильєва В. А. Корпоративне право як об'єкт спадкових прав. *Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України. Збірник статей*. 2010. Випуск XXIII. С. 112.

передається у статутний капітал останнього, трансформується в суб'єктивне корпоративне право. Для того з подружжя, який не є учасником юридичної особи корпоративного типу, право власності (речове право), що передається у статутний капітал юридичної особи корпоративного типу, трансформується у право вимоги.

Право вимоги як майнове право надає тому з подружжя, який не є учасником юридичної особи корпоративного типу, але передав майно як вклад до статутного капіталу, звернутися з вимогою до іншого з подружжя, який є учасником юридичної особи корпоративного типу, щодо виплати певних сум, що належать йому згідно із законом та/або договором, а саме:

1. Поділ доходів, отриманих іншим з подружжя – учасником юридичної особи корпоративного типу.

Згідно п. 28 Постанови Верховного Суду України № 11 «Про практику застосування судами законодавства при розгляді справ про право на шлюб, розірвання шлюбу, визнання його недійсним та поділ спільного майна подружжя» від 21.12.2007 року⁴⁵⁸ якщо вклад до статутного фонду господарського товариства зроблено за рахунок спільного майна подружжя, в інтересах сім'ї, той із подружжя, хто не є учасником товариства, має право на поділ одержаних доходів. Говорячи про дохід, отриманий від здійснення корпоративних прав законодавство оперує таким поняттям як «дивіденди». Відповідно до ч. 1 ст. 116 ЦК України учасники господарського товариства мають право брати участь у розподілі прибутку товариства та одержувати його частину (дивіденди). Про отримання частини прибутку у вигляді дивідендів йде мова також в Законі України «Про господарські товариства». Законі України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю», Законі України «Про акціонерні товариства»⁴⁵⁹.

Згідно ст. 26 Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» виплата дивідендів здійснюється за рахунок чистого прибутку товариства особам, які були учасниками товариства на день прийняття рішення про виплату дивідендів, пропорційно до розміру їхніх часток. У відповідності до ч. 2 ст. 61 СК України об'єктом права спільної сумісної власності є інші доходи, одержані одним із подружжя. Враховуючи наведене, дохід (дивіденди), отриманий від діяльності юридичної особи корпоративного типу та доходи (майно), отримані від відчуження корпоративних прав відносяться до спільної сумісної власності подружжя.

2. Поділ майна отриманого іншим з подружжя - учасником юридичної особи корпоративного типу у разі його виходу.

⁴⁵⁸ Про практику застосування судами законодавства при розгляді справ про право на шлюб, розірвання шлюбу, визнання його недійсним та поділ спільного майна подружжя: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 21 грудня 2007 року № 11. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0011700-07>.

⁴⁵⁹ Про акціонерні товариства: Закону України від 17.09.2008 року № 514-VI. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/514-17>.

На думку В. М. Кравчука, вихід з товариства – це дія спрямована на припинення корпоративних прав та обов'язків і виникнення цивільних прав, а саме права на одержання вартості частини майна товариства⁴⁶⁰. Л. В. Сіщук зазначає, що саме з моменту виходу учасник втрачає суб'єктивні корпоративні права по відношенню до товариства, а товариство зобов'язується виплатити майнову вартість його частки у статутному (складеному) капіталі, що визначається станом на день виходу учасника з товариства⁴⁶¹.

У відповідності до ч. 7-10 ст. 24 Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» товариство зобов'язане протягом одного року з дня, коли воно дізналося чи мало дізнатися про вихід учасника, виплатити такому колишньому учаснику вартість його частки. Статутом товариства, що діє на момент виходу учасника, може встановлюватися інший строк для здійснення такої виплати.

Вартість частки учасника визначається виходячи з ринкової вартості сукупності всіх часток учасників товариства пропорційно до розміру частки такого учасника. За погодженням учасника товариства, який вийшов, та товариства зобов'язання зі сплати грошових коштів може бути замінено зобов'язанням із передачі іншого майна. Товариство виплачує учаснику, який вийшов з товариства, вартість його частки або передає майно лише пропорційно до розміру оплаченої частини частки такого учасника.

При виході з юридичної особи корпоративного типу корпоративні права того з подружжя, який є учасником корпорації припиняються, однак виникає право на отримання грошових коштів або майна в натурі, вартість яких пропорційна частці у статутному капіталі. Відповідно, якщо вклад був сформований за рахунок об'єктів права спільної сумісної власності подружжя, то це майно або грошові кошти автоматично набуватимуть режиму права спільної сумісної власності і підлягатимуть поділу між подружжям на підставі ч. 2. ст. 61 СК України.

3. Поділ майна, отриманого іншим з подружжя – учасником юридичної особи корпоративного типу у разі ліквідації юридичної особи корпоративного типу.

У відповідності до ст. 19 Закону України «Про господарські товариства» припинення товариства здійснюється в порядку, встановленому законом. Згідно ст. 104 ЦК України юридична особа припиняється в результаті реорганізації (злиття, приєднання, поділу, перетворення) або ліквідації. Згідно ч. 1 ст. 48 Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» товариство припиняється внаслідок передання всього свого майна, всіх прав та обов'язків іншим господарським товариствам –

⁴⁶⁰ Кравчук В. М. Припинення корпоративних правовідносин в господарських товариствах: монографія. Львів: Край, 2009. С. 227.

⁴⁶¹ Сіщук Л. В. Колізії у правовому регулюванні щодо визначення моменту виходу учасника з господарського товариства. *Приватне право і підприємництво*. 2016. Вип. 15. С. 151.

правонаступникам шляхом злиття, приєднання, поділу, перетворення або в результаті ліквідації.

Згідно п. 4. ч. 1 ст. 5 Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» учасники товариства мають право отримати у разі ліквідації товариства частину майна, що залишилася після розрахунків з кредиторами, або його вартість. Згідно п. 3 ч. 1 ст. 25 Закону України «Про акціонерні товариства» кожною простою акцією акціонерного товариства її власнику – акціонеру надається однакова сукупність прав, включаючи права на отримання у разі ліквідації товариства частини його майна або вартості частини майна товариства.

Відповідно до п. 12 ст. 111 ЦК України майно юридичної особи, що залишилося після задоволення вимог кредиторів, передається учасникам юридичної особи, якщо інше не встановлено установчими документами юридичної особи або законом.

Тобто у разі ліквідації юридичної особи корпоративного типу учасники отримують частину майна, що залишилося. З цього моменту майно перестає належати юридичній особі корпоративного типу, що ліквідовується, воно належить учасникам юридичної особи. Це майно в силу норм ст. 61 СК України є об'єктом права спільної сумісної власності подружжя і підлягатиме поділу між ними.

4. Компенсація вартості частини майна, яка була передана одним із подружжя до статутного капіталу юридичної особи корпоративного типу одноосібно, без згоди іншого з подружжя.

Згідно п. 28 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про практику застосування судами законодавства при розгляді справ про право на шлюб, розірвання шлюбу, визнання його недійсним та поділ спільного майна подружжя» № 11 від 21 грудня 2007 року⁴⁶²: «за змістом ч. ч. 2, 3 ст. 61 СК України, якщо вклад до статутного фонду господарського товариства зроблено за рахунок спільного майна подружжя, в інтересах сім'ї, той із подружжя, хто не є учасником товариства, має право на поділ одержаних доходів. У разі використання одним із подружжя спільних коштів у супереч ст. 65 СК України інший із подружжя має право на компенсацію вартості його частки».

Якщо виходити з ст. 65 СК України, то право на компенсацію в іншого з подружжя буде виникати лише у тому випадку, якщо майно, що об'єктом права спільної сумісної власності було передане до статутного капіталу юридичної особи корпоративного типу без згоди іншого з подружжя та всупереч інтересам сім'ї.

⁴⁶² Про практику застосування судами законодавства при розгляді справ про право на шлюб, розірвання шлюбу, визнання його недійсним та поділ спільного майна подружжя: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 21 грудня 2007 року № 11. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0011700-07>.

5. *Звернення стягнення на частину частки у статутному капіталі того з подружжя, хто є учасником юридичної особи корпоративного типу.*

Згідно п. 1. ч. ст. 10 Закону України «Про виконавче провадження»⁴⁶³ заходами примусового виконання рішень є звернення стягнення на кошти, цінні папери, інше майно (майнові права), корпоративні права, ... інше майно (майнові права) боржника, у тому числі якщо вони перебувають в інших осіб або належать боржникові від інших осіб, або боржник володіє ними спільно з іншими особами. Ст. 22 Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю» передбачено особливості звернення стягнення на частку учасника товариства.

Тобто, той з подружжя, який не є учасником юридичної особи корпоративного має можливість здійснити звернення стягнення на частку того з подружжя, який є учасником юридичної особи. Водночас слушно зазначає В. М. Кравчук, що об'єктом стягнення є не частка в статутному капіталі, а частка в майні юридичної особи, пропорційна розміру частки в статутному капіталі (дійсна вартість частки)⁴⁶⁴. Мається на увазі, що у випадку звернення на частку в майні юридичної особи корпоративного типу зменшується обсяг корпоративного права на заявлену частку того з подружжя, який є учасником юридичної особи корпоративного типу.

Аналізуючи наведене можна зробити висновок, що при внесенні об'єктів права спільної сумісної власності подружжя до статутного капіталу юридичної особи корпоративного типу один з подружжя набуває статусу учасника та наділяється корпоративними правами, а інший з подружжя набуває право вимоги. Належність права вимоги дає його власникові право на частину: 1) доходів (дивідендів), отриманих одним із подружжя; 2) доходів (майна), отриманого від відчуження корпоративних прав; 3) майна, отриманого в разі виходу з юридичної особи корпоративного типу; 4) майна, отриманого у випадку ліквідації юридичної особи корпоративного типу.

Якщо об'єкти права спільної сумісної власності були використані одним із подружжя одноосібно для внесення вкладу до статутного капіталу юридичної особи корпоративного типу без згоди іншого з подружжя, то останній має право на компенсацію вартості частини майна, що є об'єктом права спільної сумісної власності. Крім того, інший з подружжя також має право вимоги звернення стягнення на частку у статутному капіталі того з подружжя, хто є учасником юридичної особи корпоративного типу.

⁴⁶³ Про виконавче провадження: Закон України від 02.06.2016 року № 1404-VIII. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1404-19>.

⁴⁶⁴ Кравчук В. М. Припинення корпоративних правовідносин в господарських товариствах: автореф. дис. ... докт. юридич. наук: 12.00.03 / ЛДУВС. Харків. 2010. С. 20.

РОЗДІЛ VI

ТЕОРЕТИЧНІ ТА ПРАКТИЧНІ ПРОБЛЕМИ РЕАЛІЗАЦІЇ ЗАВДАНЬ ЦИВІЛЬНОГО ТА ГОСПОДАРСЬКОГО СУДОЧИНСТВА В УКРАЇНІ

4.1. Системоутворюючі зв'язки між цивільним судочинством і конституційним провадженням у забезпеченні ефективного захисту прав осіб на національному рівні

В умовах ускладнення системи й структури правовідносин, що виникають під час судового захисту прав і свобод осіб у порядку різних видів судочинства, взаємозв'язок цивільного судочинства і конституційного провадження реально простежується в судовій практиці і частково закріплений у нормах права, однак ще не отримав належного наукового осмислення.

Виявлення означеного взаємозв'язку видається доцільним крізь призму доктрини судового права як відроджуваної нині універсальної загальноправової теорії судової влади й процесуального права⁴⁶⁵, що слугуватиме певним методологічним базисом і формуватиме об'єктивні зв'язки між згаданими процесами, підкреслюючи їх взаємозумовленість, зокрема під час захисту публічних інтересів учасників цивільних відносин. У цьому контексті важливо акцентувати, що для кожної наукової юридичної дисципліни характерний власний арсенал методів, спрямованих, зокрема, на дослідження окремих видів судочинства, а тому певним чином не придатних для проведення міжпроцесуальних досліджень.

Зокрема, предмет конституційного права зумовлює його метод, який традиційно розуміють як певні способи правового впливу на суспільні відносини, що є предметом відповідних галузі права або юридичної науки⁴⁶⁶.

Теорія конституційного права⁴⁶⁷ має об'єктом дослідження судову владу разом з іншими державно-владними інституціями. Водночас її «серед іншого» вивчають з позиції науки конституційного

⁴⁶⁵ Соколов Т. В. Взаимосвязь конституционного и уголовного судопроизводства: современное состояние. *Право и политика*. 2013. № 10. С. 1351.

⁴⁶⁶ Скрипнюк О. В. Конституційне право і теорія конституційного права України: теоретико-методологічні проблеми. *Вісник Національної академії правових наук України*. 2013. № 2 (73). С. 112.

⁴⁶⁷ Конституционное право Российской Федерации: учебник / под общ. ред. Н. В. Витрука. М.: Норма: ИНФРА-М, 2011. С. 15; Кутафин О. Е. Избранные труды: монография: в 7 т. М.: Проспект, 2011. Т. 1: Предмет конституционного права. С. 7.

права як невелику складову предмета конституційного права, що охоплює масу явищ переважно матеріально-правового чи організаційного характеру.

Вітчизняний конституціоналіст О. В. Скрипнюк, досліджуючи особливості методології конституційного права та теорії конституційного права, виокремлює низку методів, притаманних цій галузі, зокрема: імперативний (метод субординації) та диспозитивний (метод координації) правового регулювання. Оскільки конституційне право є пріоритетною галуззю публічного права, характерним для нього є імперативний метод правового регулювання⁴⁶⁸, утім це не виключає можливості диспозитивного врегулювання окремих видів конституційно-правових відносин⁴⁶⁹. Сучасному конституційному праву властиві субординаційні та координаційні методи регулювання суспільних відносин, які є предметом цієї галузі права. Зазначений дослідник констатує, що вищенаведені методи є визначальними, стрижневими, але не єдиними методами конституційного права, і обґрунтовує наявність у конституційному праві й інших методів установлення й застосування норм конституційного права, вибір яких залежить від регламентування загальних чи конкретних конституційних відносин. Зокрема, у разі виникнення загальних відносин і правових станів застосовують методи декларацій, встановлення принципів, мети і завдань організації та діяльності суб'єктів конституційного права. У процесі регулювання конкретних видів конституційно-правових відносин може бути використано інші методи, наприклад метод безпосереднього конституційного нормозакріплення, метод позитивного зобов'язання, метод дозволу, метод заборони, метод регламентування структури тощо⁴⁷⁰. Підсумовуючи викладене, О. В. Скрипнюк формулює поняття методу конституційного права, що розуміє як «систему форм, прийомів і способів здійснення цільового впливу конституційного права на правову поведінку або діяльність учасників суспільних відносин, які є предметом цієї галузі права. З метою позначення дієвості методу конституційного права його ще називають методом конституційно-правового регулювання»⁴⁷¹.

Приєднуючись до наведеного поняття методу конституційного права, констатуємо, що звернення до доктрини конституційного права та її методів переконує, що методологія теорії конституційного права не призначена для **детального** вивчення процесуально-правових явищ. Водночас виокремлення певних методів науки конституційного права

⁴⁶⁸ Кутафін О. Е. Избранные труды: монография: в 7 т. М.: Проспект, 2011. Т. 1: Предмет конституционного права. С. 43.

⁴⁶⁹ Скрипнюк О. В. Конституційне право і теорія конституційного права України: теоретико-методологічні проблеми. *Вісник Національної академії правових наук України*. 2013. № 2 (73). С. 112.

⁴⁷⁰ Там само. С. 112–113.

⁴⁷¹ Там само. С. 113.

видається корисним для розкриття мети нашого дослідження в сенсі розкриття засад регулювання **конкретних правовідносин**: метод безпосереднього конституційного нормозакріплення, метод позитивного зобов'язання, метод дозволу, метод заборони, метод регламентування структури та методи цивільного процесуального права (імперативно-диспозитивний, системний, аналізу й синтезу, структурно-системний, верифікації та фальсифікації, телеологічний, які також притаманні конституційному праву).

Розмірковуючи над взаємозв'язками між цивільним судочинством та конституційним провадженням, виділяємо такі підходи до розуміння доктрини судового права, а саме: 1) як сукупності всіх судових процесів; 2) як інтегральної галузі знань чи інтегральної системи декількох галузей права; 3) ототожнення судового права із судовою правотворчістю й певним функціональним елементом судового прецеденту – базуються на взаємозв'язку між цивільним судочинством та конституційним провадженням. Спробуємо це довести.

Розкриємо ці взаємозв'язки з позиції системного підходу, розглядаючи цивільне судочинство та конституційне провадження як відкриті системи. У найзагальнішому визначенні система є впорядкованою сукупністю елементів, взаємопов'язаних і взаємодіючих між собою, для якої характерні відносна самостійність і органічна єдність, внутрішня цілісність і автономність функціонування⁴⁷².

Проілюструємо структуру, критерії й складові елементи соціального управління як відкритої системи. Для цілей нашого дослідження корисним видається динаміка і зв'язки, сформовані С. А. Курочкіним⁴⁷³ й адаптовані до системи цивільного процесу, виходячи із надбав теорії систем і системного аналізу, зокрема напрацювань Кліра Дж⁴⁷⁴. та виокремлені нами, зокрема, із концентрованих висновків зарубіжної дослідниці І. А. Прохорової⁴⁷⁵.

Виокремлення цих критеріїв дозволить розглянути системні зв'язки обох юрисдикційних процесів та виокремити інтегративні якості кожного.

Таблиця 1. Ієрархія систем. Змістовний критерій

Надсистема 3	Соціальне управління
Надсистема 2	Правове регулювання
Надсистема 1	Реалізація права
Система	Цивільний процес
Підсистема 1	Правозастососувальні цикли
Підсистема 2	Стадії циклів

⁴⁷² Афанасьев В. Г. Системность и общество. М.: Политиздат, 1980. С. 25; Карташов В. Н. Система систем. Очерки общей теории и методологии. М.: Прогресс-академия, 1985. 325 с.

⁴⁷³ Курочкин С. А. Частные и публичные начала в цивилистическом процессе / науч. ред. В. В. Ярков. М.: Инфотропик Медиа, 2012. С. 57

⁴⁷⁴ Клир Дж. Систематология. Автоматизация решения системных задач. М. 1990. 544 с.

⁴⁷⁵ Прохорова И.А. Теория систем и системный анализ: учебное пособи. Челябинск. Издательский центр ЮУрГУ, 2013. С. 13–14.

Таблиця 2. Ієрархія систем. Функціональний критерій

Надсистема 3	Соціальне управління
Надсистема 2	Юрисдикційна діяльність – вирішення юридичних/судових справ
Надсистема 1	Цивільна юрисдикція
Система	Цивільний процес (судочинство)
Підсистема 1	Цивільний процес, третейський розгляд, міжнародний комерційний арбітраж
Підсистема 2	Процесуальні провадження

Стосовно конституційної юстиції виділяємо такі критерії.

Таблиця 3. Ієрархія систем. Змістовний критерій

Надсистема 3	Соціальне управління
Надсистема 2	Правове регулювання
Надсистема 1	Реалізація права
Система	Конституційний юрисдикційний процес
Підсистема 1	Правозастосовувальні цикли
Підсистема 2	Стадії циклів

Таблиця 4. Ієрархія систем. Функціональний критерій

Надсистема 2	Соціальне управління
Надсистема 1	Юрисдикційна діяльність – вирішення питань, що підлягають абстрактному й конкретному конституційному контролю
Система	Конституційний юрисдикційний процес (судочинство)
Підсистема 1	Процесуальні провадження
Підсистема 2	конституційне провадження за конституційними поданнями; за конституційними скаргами

Отже, юрисдикційний процес є відкритою системою, якій притаманна невід’ємна властивість комунікативності – здатність взаємодіяти в зовнішньому середовищі з іншими системами та елементами систем (закриті системи такої властивості не мають). Тож, юрисдикційний процес як відкрита система завжди пов’язаний із людським фактором, адже людина є активним учасником різноплощинних явищ усередині юрисдикційного процесу, серед них і правосуддя, незалежно від виконуваних нею функцій.

Також юрисдикційний процес взаємодіє з іншими настільки ж складними соціальними системами: Верховною Радою України, Президентом України, Омбудсменом, Кабінетом Міністрів України, учасниками провадження, громадськістю та ін. (конституційний процес);

прокуратурою, адвокатурою, нотаріатом, особами, які беруть участь у справі, сторонами, громадськістю та ін. (цивільний процес), а також різними соціально-економічними процесами (наприклад інфляція, рецесія, міграція, безробіття, криза освіти тощо).

У цьому полягає **особливий взаємозв'язок** між конституційним провадженням і цивільним судочинством: обидва юрисдикційні процеси мають властивість взаємодіяти із зовнішнім середовищем (навколишнім середовищем, об'єктивною дійсністю життя) й різноманітними юридичними та неюридичними явищами (мораллю, економічними, демографічними, політичними викликами, суспільними та іншими процесами, які загалом можна охопити поняттям «соціальне управління») - що, своєю чергою, безумовно впливає на правове регулювання⁴⁷⁶. **Такий зв'язок між конституційним провадженням і цивільним судочинством безпосередньо не регламентований правом, однак перебуває під його впливом** (правова політика й правова культура), утворюючи комплексний предмет дослідження судового права та економіки, соціології та інших неюридичних наук.

Таким чином, цивільне судочинство та конституційне провадження є відкритими системами. Однак цивільне, господарське, адміністративне та кримінальне як єдине процесуальне право з урахуванням спільних засад їх побудування пов'язані очевидним горизонтальним взаємозв'язком як однопорядкові процеси/судочинства, що є самостійними елементами системи здійснення правосуддя.

Натомість конституційне провадження є особливою юрисдикцією, яка перебуває, так би мовити, «понад» усіма наведеними процесами, має унікальну специфічну процедуру проведення, методологію інтелектуально-вольової діяльності нормативно-доктринального спрямування та пов'язана з іншими судочинствами вертикальними зв'язками. У загальному розумінні конституційне провадження «випадає» з переліку всіх процесів за такого підходу до розуміння доктрини судового права.

Усі галузі матеріального права, серед них цивільне, адміністративне, господарське та кримінальне право й відповідні їм галузі процесуального права, перебувають під впливом діяльності КСУ та її результатів на підставі статей 55, 151-1, 151-2, й особливо статей 147 і 150 Конституції України, за якими КСУ надано повноваження щодо конституційного контролю в усіх сферах нормативного правового регулювання з можливістю дискваліфікації цим судом відповідних правових норм. Конституційне провадження, точніше його результати – рішення КСУ, ухвалені у справах про відповідність законів та інших правових актів Конституції України (за різними підставами звернення), взаємодіють практично з усіма

⁴⁷⁶ Курочкин С. А. Частные и публичные начала в цивилистическом процессе . Науч. ред. В. В. Яков. М.: Инфотропик Медиа, 2012. С. 56.

галуззями українського права, корегуючи норми останніх залежно від того, наскільки ті суперечать Основному Закону України. Таким чином, ця «вертикальна», матеріально-правова передумова визначена ієрархічними (субординаційними) зв'язками між Конституцією та галузевим законодавством⁴⁷⁷.

У цьому вбачаємо наявність **нормативно-корегувального взаємозв'язку**, що полягає в корегуванні джерел процесуального права (юридична форма втілення норм цивільного процесуального права – цивільне процесуальне законодавство) у процесі конституційного провадження під час перевірки джерел цивільного процесуального права у порядку конституційного судочинства.

Такий зв'язок втілюється в життя за допомогою методу **«безпосереднього конституційного нормозакріплення»** науки конституційного права, коли КСУ безпосередньо у своїх рішеннях роз'яснює зміст конституційних норм і, за необхідності, методу позитивного зобов'язання, якщо КСУ закріплює порядок застосування положень цивільно-процесуального законодавства у спосіб, відповідний до Конституції України (ч. 3 ст. 89 Закону України «Про Конституційний Суд України»).

До явищ, з якими взаємодіє юрисдикційний процес, можна віднести норми права інших галузей як матеріальних, так і процесуальних, як регулятивних (визначальних), так і охоронних правовідносин, а також правовідносини, акти реалізації права, акти тлумачення права та інші правові явища.

Акцентуємо увагу, що взаємозв'язок і взаємодія юрисдикційних процесів між собою, їх процесуальні зв'язки істотним чином різняться від взаємозв'язку процесуального права з матеріальним правом. Перш за все, юрисдикційні процеси (судочинства) особливим чином взаємодіють із міжнародним та конституційним правом, яке за своєю природою є нормативним утворенням матеріально-правового характеру в силу засадничого характеру останніх⁴⁷⁸.

Так, конституційними нормами передбачено не лише існування КСУ, ВС та загальних засад судоустрою, а й закріплення конституційних засад організації судової влади, серед них конституційних гарантій суддів (ст. ст. 125, 126, 130, 130-1, 131, 126) та конституційних засад здійснення правосуддя (ст. ст. 124, 127, 128, 129, 129-1), гарантування апеляційного перегляду справи та касаційного оскарження у визначених законом випадках (п.8 ч. 2. ст. 129), а також права громадян у здійсненні правосуддя (ч.1 ст. 127).

Вагомим конституційним внеском у розвиток судової системи є

⁴⁷⁷ Соколов Т. В. Формы взаимосвязи конституционного и уголовного судопроизводства в контексте доктрины судебного права: дис. канд. юрид. наук: 12.00.02 ; 12.00.09. Новосибирск, 2014. С. 114.

⁴⁷⁸ Соколов Т. В. Формы взаимосвязи конституционного и уголовного судопроизводства в контексте доктрины судебного права: дис. канд. юрид. наук: 12.00.02 ; 12.00.09. Новосибирск, 2014. С. 104–105.

окремі норми Конституції України, що містяться в інших розділах, зокрема Розділі II «Права, свободи та обов'язки людини і громадянина», як-от: право на свободу та особисту недоторканність (ст. 29); право на оскарження в суді рішень, дій чи бездіяльності органів державної влади, місцевого самоврядування, посадових і службових осіб, право на звернення до міжнародних судових інстанцій (ст. 55); право на правову допомогу та вибір захисника (ст. 59); презумпція невинуватості (ст. 62); право не свідчити проти себе та близьких (ст. 63) тощо⁴⁷⁹.

Судовий захист постає універсальною гарантією всіх інших прав і свобод людини і громадянина. Відносно найбільш важливих прав це обумовлено окремо: наприклад, щодо права на повагу гідності особи (ст. 28); гарантування права на свободу та особисту недоторканність (ст. 29); гарантування права недоторканності приватного життя (заборони втручання в особисте й сімейне життя, крім випадків, передбачених Конституцією (ч. 1 ст. 32); гарантування права вільно володіти, користуватися й розпоряджатися своєю власністю, результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності та свобода такої творчості (ст. 41); гарантування права на підприємницьку діяльність, яка не заборонена законом (ч. 1-3 ст. ст. 42, 54); гарантування захисту прав споживачів (ч. 4 ст. 42); гарантування права на працю та відпочинок (ст. ст. 43, 45); гарантування соціальних прав (ст. ст. 44, 46); гарантування права на житло (ст. 47); права на охорону здоров'я (ст. 49) тощо.

Отже, конституційне право здійснює визначальний вплив на конституційне провадження, оскільки саме на засадах конституційних норм КСУ вирішує конкретні конституційні справи щодо захисту прав і свобод. Взаємозв'язок юрисдикційних процесів (конституційного провадження та цивільного судочинства) з іншими галузями матеріального права відбувається у двох напрямках, що є досить закономірним.

Ілюструючи перший напрям взаємозв'язку між конституційним провадженням і цивільним судочинством, зауважимо, що матеріальне право визначає ситуації, коли судовий захист цивільного права є можливим чи неможливим (наприклад, в алеаторних, чи натуральних зобов'язаннях, з'ясування дійсного характеру спірних відносин і, як наслідок, визначення юрисдикції), а також регламентує порядок захисту та поновлення прав, свобод і законних інтересів учасників конкретного спірного матеріального правовідношення, що є предметом судового розгляду.

У межах другого напрямку впливу матеріальне право «шліфує» певну «спільну процесуальну форму» вирішення судами спору на кшталт того, як токар виточує деталь із конкретної заготовки. Таку

⁴⁷⁹ Хотинська-Нор О. З. Теоретико-правові та праксеологічні засади судової реформи в Україні: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.10. Київ, 2017. С. 148.

«заготовку» доктрина судового права напрацьовує як комплекс атрибутів механізму реалізації судової влади, визначаючи можливі належні допустимі морфологічні межі змін, зумовлених матеріальним правом⁴⁸⁰.

Однак у побудові процесуальної форми конкретного виду судочинства процесуальна наука не є вільною, адже певні питання конструкції процесу без урахування специфіки матеріального права вирішити неможливо. До розряду таких перетинів матеріального права з процесом справедливо відносять:

- критерії розмежування юрисдикції у видах судочинства, а також правила визначення підвідомчості та підсудності справ між судами;

- баланс диспозитивних та імперативних засад у формуванні методу цивільного судочинства⁴⁸¹;

- відсутність сутнісного змістовного наповнення принципу змагальності в конституційному провадженні;

- окремі питання правосуб'єктності учасників юрисдикційного процесу (наприклад, належні позивач і відповідач, заявник, допустимість правонаступництва; особа, яка звертається з конституційною скаргою як належний носій конституційного права, належний суб'єкт права на конституційне подання);

- низка питань доказового права, у їх числі обставини матеріально-правового характеру, віднесені до предмета доказування, питання належності та допустимості окремих засобів доказування;

- значення судового рішення як юридичного факту для відповідної галузі матеріального права⁴⁸².

Сучасні суспільні відносини, регламентовані матеріальним правом, ускладнюються за своїми структурними, суб'єктним і функціональними характеристиками, що варто пояснювати посиленою конвергенцією приватного і публічного права, а також імплементацією значної кількості міжнародно-правових норм у національну правову систему. Це, своєю чергою, породжує в судовій практиці ситуацію неможливості захисту прав, свобод і охоронюваних законом інтересів особи лише в одному виді судочинства, через що такій особі з метою свого захисту слід вдаватися до декількох видів судочинства. Наведені ситуації саме і утворюють явище, котре ми

⁴⁸⁰ Соколов Т. В. Формы взаимосвязи конституционного и уголовного судопроизводства в контексте доктрины судебного права: дис. канд. юрид. наук: 12.00.02; 12.00.09. Новосибирск, 2014. С. 108.

⁴⁸¹ Курочкин С. А. Частные и публичные начала в цивилистическом процессе / науч. ред. В. В. Ярков. М.: Инфотропик Медиа, 2012. С. 17.

⁴⁸² Абушенко Д. Б. Проблемы взаимовлияния судебных актов и юридических фактов материального права в цивилистическом процессе: монография. Тверь: Кондратьев А. Н., 2013. 319 с.; Грось Л. А. Влияние норм материального права на гражданское процессуальное право: научно-практические проблемы: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03; 12.00.04. М., 1999. 63 с.

розуміємо як взаємозв'язок видів судочинства⁴⁸³.

Специфіка взаємозв'язку цивільного судочинства та конституційного провадження зумовлена, з одного боку, признанням останнього, що полягає в захисті конституційних прав і свобод від нормативних порушень; а з іншого, – предметною сферою взаємозв'язку, якою є цивільний процес. Отже, всі форми взаємозв'язку конституційного й цивільного судочинства так чи інакше пов'язані з перевіркою конституційності цивільно-правових та цивільно-процесуальних норм⁴⁸⁴.

Досліджуючи характеристику взаємозв'язків цивільного судочинства та конституційного провадження, необхідно виділити його ознаки.

По-перше, зв'язок видів судочинства є обопільним (взаємним), тобто передбачає вплив юрисдикційного одного процесу на інший та навпаки. Повноваження щодо офіційного тлумачення КСУ нині не здійснює, водночас наділений іншим – розглядати питання відповідності положень законів Конституції України. Під час реалізації цього повноваження КСУ в межах з'ясування відповідності конкретної норми права Основному Закону України встановлює її зміст і, як наслідок, її конституційність чи неконституційність, а також уповноважений встановити у своєму рішенні конституційність способу застосування такої норми. Але саме остаточне судові рішення, ухвалені в порядку цивільного судочинства судом як державним органом, уповноваженим здійснювати правозастосування, слугує своєрідним «лакмусовим папірцем» коректної дієвості норми права під час її застосування. Поширеність звернень із конституційними скаргами з того самого питання є зовнішнім чинником певної дефектності норм, застосованих судом під час вирішення справ цивільної юрисдикції, та свідчить про вплив цивільного судочинства на конституційне провадження.

Отже, у разі одночасного впливу одного процесу на інший взаємозв'язок наявний. У протилежному випадку – коли відбувається вплив лише одного процесу на інший та відсутній зворотній вплив – взаємозв'язок відсутній.

По-друге, зв'язки між видами юрисдикційних процесів можуть бути статичними або динамічними. Визначення статичних і динамічних зв'язків між елементами системи визнане наукою системного аналізу. У сфері процесуального права цивільні зв'язки виявляються таким чином: статичні зв'язки припускають вплив завершеного провадження на завершене судочинство, а отже перебувають у стані статички, а динамічні зв'язки виникають між незавершеними судочинством. Прикладом перших зв'язків є

⁴⁸³ Соколов Т. В. Формы взаимосвязи конституционного и уголовного судопроизводства в контексте доктрины судебного права: дис. канд. юрид. наук: 12.00.02; 12.00.09. Новосибирск, 2014. С. 110.

⁴⁸⁴ Соколов Т. В. Формы взаимосвязи конституционного и уголовного судопроизводства в контексте доктрины судебного права: дис. канд. юрид. наук: 12.00.02; 12.00.09. Новосибирск, 2014. С. 121.

поновлення цивільного судочинства, зважаючи на таку виключну обставину, як визнання застосовної в цій справі норми права КСУ неконституційною чи конституційною. Прикладами зв'язку другого типу є відкриття конституційного провадження за зверненнями суду або учасників цивільного процесу й зупинення розгляду цивільної справи на період розгляду звернень КСУ. Наведені ознаки взаємозв'язку свідчать, на наше переконання, про взаємозв'язок між конституційним провадженням і цивільним судочинством з позиції розуміння доктрини судового права як інтегральної системи декількох галузей права.

По-третє, вплив одного процесу на інший має бути безпосереднім, тобто його має зазнати конкретна процесуальна діяльність (наприклад, судове провадження у цивільній справі зупиняється у зв'язку зі зверненням його учасників до КСУ) або судові рішення, що набули законної сили, підлягають скасуванню чи зміненню в разі відновлення цивільного судочинства, з огляду на таку виключну обставину, як визнання застосованої в цій справі норми права КСУ неконституційною/конституційною.

У цьому полягає взаємозв'язок конституційного провадження і цивільного судочинства в контексті розуміння доктрини судового права як результатів судової правотворчості між різними процесуальними інститутами наведених процесуальних галузей права, зокрема:

– в інституті зупинення провадження у справі через необхідність очікування завершення провадження у справі й вирішення по суті іншої судової справи в іншому вигляді судочинства (п. 6 ч. 1 ст. 251 ЦПК України);

– в інституті відновлення судочинства у зв'язку з виключними обставинами (п. 1 ч. 3 ст. 423 ЦПК України) та інших інститутах процесуального права, які є формами взаємозв'язку й підлягатимуть детальному аналізу в наступному підрозділі цієї роботи.

Отже, розглянувши концептуальні питання взаємозв'язків між цивільним судочинством та конституційним провадженням, дійшли висновку що практично всі форми взаємозв'язків опосередковуються використанням низки особливих наукових методів, передусім, міжгалузевих і міждисциплінарних підходів, системних структурно-функціональних методів. Це пояснюється тим, що нами одночасно піддані аналізу два інститути різних галузей процесуального права: цивільного процесуального права (цивільного судочинства) та конституційного процесуального права, яким регламентовано правила конституційного провадження. Обрана методологія здатна досліджувати сутність усіх процесуальних явищ з урахуванням їх загальних та специфічних рис, що ведуть до утворення взаємозв'язків між самостійними видами судочинства як відкритих систем соціального управління.

4.2. Процесуальні фільтри як складова інституціональної спроможності верховного суду

Інституціональна спроможність судової системи

Вирішення проблеми забезпечення стабільності, єдності і передбачуваності судової практики протягом останніх років з нагальною, однак абстрактною, потребою всього суспільства поступово викристалізувалась у цілком конкретну проблему інституціональної спроможності Верховного Суду як органу, покликаного забезпечити єдність судової практики як запоруку і передумову її стабільності і передбачуваності.

Інституціональна чи інституційна спроможність, за визначенням Організації економічного співробітництва та розвитку, являє собою суму організаційних, структурних та технічних систем, а також індивідуальні компетенції, які створюють та впроваджують політику, що відповідає потребам громадськості⁴⁸⁵. Європейська Комісія визначає, що посилення інституційної спроможності спрямоване передусім на інституції (системи і структури), однак посилення спроможності індивідів (штату інституцій) може бути так само важливим для посилення здатності інституцій діяти більш важливо та ефективно. При цьому питання інституційної спроможності пов'язане з двома напрямками: зосередження на окремих індивідах, включаючи розвиток навичок і компетенцій на всіх рівнях органів публічної адміністрації, та зосередження на інституціях, що включає процеси (правила, процедури, засоби, інструменти, методи), організацію (структуру, функції) і ресурси (інформаційні, технічні, кадрові)⁴⁸⁶. Програма розвитку ООН визначає поняття «спроможність» як «здатність індивідумів, інституцій та суспільств виконувати функції, вирішувати проблеми, а також ставити та поступово досягати поставлених цілей»⁴⁸⁷.

Для судової системи України елементами інституційної спроможності, на думку О. Ю. Ремезюка, є: структурна побудова судової системи; законодавче та нормативне забезпечення; фінансові ресурси; кадрове забезпечення; організаційна автономія судів та незалежність суддів; співробітництво між судовими органами

⁴⁸⁵ OECD. (2008, 06 June). OECD Public Management Reviews – Ireland: Towards an Integrated Public Service. URL: <https://www.oecd.org/ireland/oecdpublicmanagementreviews-irelandtowardsanintegratedpublicservice.htm> [in English].

⁴⁸⁶ European Commission. (2014, June). Programming Period 2014-2020 Monitoring and Evaluation of European Cohesion Policy European Social Fund. Guidance Document on Indicators of Public Administration Capacity Building. URL: [https://guidance%20indicators%20on%20public%20administration%20capacity%20building%20\(3\).pdf](https://guidance%20indicators%20on%20public%20administration%20capacity%20building%20(3).pdf) [in English].

⁴⁸⁷ Ремезок А. Ю. Інституційна спроможність судової системи України: поняття та зміст. Державне управління та місцеве самоврядування, 2021, вип. 1(48). С. 92-98. С. 95. doi: 10.32782/palg/2021.1.11

та зовнішні відносини; управлінські системи та практики, керівництво та судове адміністрування; навчання та підтримання кваліфікації як суддів, так і працівників апарату судів; судове самоуправління; імплементація новітніх технік та технологій тощо. Отже, інституційна спроможність судової системи України – це її здатність ефективно та прозоро виконувати свої функції шляхом забезпечення належного рівня нормативного регулювання, а також структурних, організаційних та технічних систем, процесів та ресурсів⁴⁸⁸.

Верховний Суд, поряд з тим, що він має ті ж складові забезпечення власної інституційної спроможності, що й в цілому судова система, має також специфічні складові, обумовлені його особливою роллю у цій системі.

Роль суду касаційної інстанції

Як слушно вказує Я. О. Берназюк, правовий статус Верховного Суду визначається тим, що він є найвищим судом у системі судоустрою України, який забезпечує сталість, тобто визначає порядок застосування правової норми, та єдність судової практики, тобто забезпечує перегляд рішень судів першої та апеляційної інстанції, які не відповідають сформованим позиціям Верховного Суду, а також, у випадку наявності неузгоджених позицій Верховного Суду, забезпечує їх єдність, зокрема, шляхом відступу. Верховний Суд за своєю природою є судом права, а не доказів (з'ясування обставин справи), у зв'язку з чим право на подачу касаційної скарги (звернення до суду касаційної інстанції) – це допоміжна, додаткова гарантія захисту прав особи, котра звертається до суду. При цьому рішення Верховного Суду як правові інструменти: забезпечують не лише формальне вирішення певної справи, а виступають формою врегулювання конкретного правового питання та, відповідно, гарантують правову визначеність (дотримання принципу *res judicata*) для всіх суб'єктів права; спрямовані, головним чином, на виявлення можливої «системної помилки» у судових рішеннях щодо застосування певних положень законодавства; завдання Верховного Суду – це, фактично, у межах розгляду конкретної справи, здійснення тлумачення норми законів та інших нормативно-правових актів в розрізі певних правовідносин; містять правові позиції (виступають орієнтиром) для всіх судів (в т.ч. і для самого Верховного Суду), що дозволяє в загальному забезпечити на належному рівні конституційне право кожного на судовий захист; приймаються не оперативно, а лише після всебічного вивчення проблеми і, відповідно, формування правової позиції «на роки». Для утвердження конституційно-правового статусу Верховного Суду як суду права важливим є формування у суспільстві розуміння, що:

⁴⁸⁸ Там само.

1) мета касаційного перегляду справи – це вирішення проблеми, яка виходить за межі конкретної справи та приватного інтересу;

2) касаційний розгляд – це виняток, а не правило;

3) касаційний перегляд справи Верховним Судом – це, головним чином, вирішення в межах одиначної справи «виключної правової проблеми»;

4) всі справи Верховного Суду – це «зразкові справи», тобто приклад для вирішення інших аналогічних спорів;

5) не повинно існувати такого поняття як «пріоритетність» розгляду певної категорії справ (зумовлене сьогодні наявністю переважання Верховного Суду десятками тисяч справ), яке має зникнути, а всі прийняті Верховним Судом касаційні скарги повинні стати пріоритетними;

6) Верховний Суд повинен спрямовувати свою діяльність, в першу чергу, на забезпечення загального (суспільного) інтересу, як інтересу, що охоплює та спрямований на захист прав необмеженої кількості осіб⁴⁸⁹.

Основне призначення Верховного Суду як найвищої судової установи в Україні – це насамперед, у межах касаційного провадження конкретної справи сформувану обґрунтовану правову позицію щодо застосування надалі всіма судами певної норми матеріального права або дотримання норми процесуального права і, таким чином, спрямувати судову практику в єдине та узгоджене правозастосування (вказати напрям, в якому у майбутньому слід здійснювати вибір та застосування правової норми). При цьому межі конституційного права особи на «касаційне оскарження судового рішення у визначених законом випадках» не забороняють Верховному Суду здійснити касаційний перегляд судового рішення при наявності очевидної мети «забезпечити сталість та єдність судової практики», а, навпаки, зобов'язує суд здійснювати у такій ситуації касаційний перегляд для гарантування того, що якість судової практики в Україні (її сталість та єдність, дотримання всіма судами позиції Верховного Суду) в абсолютній більшості випадків виключатиме необхідність касаційного перегляду певних видів судових рішень. Відмова Верховного Суду від забезпечення сталості та єдності судової практики (через здійснення, у виключних випадках, касаційного перегляду судових рішень, які викликають обґрунтований сумнів у своїй законності) може впливати на авторитет Верховного Суду та довіру до судової системи в цілому, а також до України як суб'єкта міжнародного права⁴⁹⁰.

⁴⁸⁹ Берназюк Я. О. Конституційно-правовий статус верховного суду як суду права. Експерт. 2020. № 6 (12). С 101-115. DOI: [https://doi.org/10.32689/2617-9660-2020-6\(12\)-101-115](https://doi.org/10.32689/2617-9660-2020-6(12)-101-115) С. 110-111

⁴⁹⁰ Берназюк Я. О. Конституційно-правовий статус верховного суду як суду права. Експерт. 2020. № 6 (12). С 101-115. DOI: [https://doi.org/10.32689/2617-9660-2020-6\(12\)-101-115](https://doi.org/10.32689/2617-9660-2020-6(12)-101-115). С. 111

Враховуючи правовий статус, а також основну свою функцію забезпечення сталості та єдності судової практики), Верховний Суд може здійснювати касаційний перегляд рішень судів апеляційної інстанції, за наявності обґрунтованих мотивів необхідності такого касаційного перегляду, крім випадків, коли такий перегляд прямо заборонений законом. Саме такий підхід дає змогу: забезпечувати дотримання в Україні гарантованих, зокрема, статтями 8, 129 Конституції України та статтями 2, 6 КАС України, основних засад (принципів) адміністративного судочинства, а саме верховенства права та його невід'ємного елементу – принципу правової визначеності; досягнути вищого рівня єдності практики як однієї з основних форм реалізації принципу правової визначеності, що є одним із фундаментальних аспектів верховенства права та гарантує розумну передбачуваність судових рішень; гарантувати дотримання принципу рівності всіх громадян перед законом і судом, який втілюється шляхом однакового застосування судом тієї самої норми закону в однакових справах щодо різних осіб, а також є запорукою довіри громадян до судової влади. Цей підхід також дозволяє реалізувати призначення Верховного Суду як «суду права», що розглядає справи, що мають найважливіше (принципове) значення для суспільства та держави⁴⁹¹.

Навантаження як фактор інституціональної спроможності Верховного Суду

З 15 грудня 2017 року, тобто з часу початку роботи Верховного Суду, до 31 грудня 2019 року на його розгляд надійшло 250,4 тисячі матеріалів, розглянуто 192 533 матеріали⁴⁹². За цей час надходження матеріалів і справ до касаційних судів було таким: Касаційний адміністративний суд 29 517 у 2018 році і 37 959 у 2019 році (зростання на 29 %), Касаційний цивільний суд 24 628 у 2018 році і 26 037 у 2019 році (зростання на 6 %), Касаційний господарський суд 11 897 у 2018 році і 13 799 у 2019 році (зростання на 16 %), Касаційний кримінальний суд 11 846 у 2018 році і 9 157 у 2019 році (зменшення на 23 %)⁴⁹³. При цьому у 2019 році середні показники надходження та розгляду матеріалів на одного суддю у Верховному Суді становили: у Касаційному адміністративному суду надійшло 949, розглянуто 1139, у Касаційному цивільному суді 668 і 830 відповідно, у Касаційному господарському суді 418 і 391, у Касаційному кримінальному суді 286 і 299, у Великій Палаті 125 і 114⁴⁹⁴.

⁴⁹¹ Там само.

⁴⁹² Верховний Суд у цифрах і фактах за 2019 рік. 84 с. С. 10. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads/supreme/Zvit_VS_2019_.pdf

⁴⁹³ Верховний Суд у цифрах і фактах за 2019 рік. 84 с. С. 11. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads/supreme/Zvit_VS_2019_.pdf

⁴⁹⁴ Верховний Суд у цифрах і фактах за 2019 рік. 84 с. С. 13. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads/supreme/Zvit_VS_2019_.pdf

Такі дуже високі показники складно визнати прийнятним як в розрахунку на одного суддю (тобто як фактор умов праці при аналізі кадрової складової інституціональної спроможності Верховного Суду), так і в цілому при аналізі умов і результатів роботи Верховного Суду як органу, практику якого при такій кількості розглянутих справ і, відповідно, ухвалених у них рішень, складно відстежувати, а тим більше забезпечувати її єдність.

"Фільтри" у процесуальному законі

У судовій практиці визнано, що касаційний перегляд вважається екстраординарним з огляду на специфіку повноважень суду касаційної інстанції з точки зору обмеження виключно питаннями права та більшим ступенем формальності процедур⁴⁹⁵. Дійсно, Конституцією України серед основних засад судочинства закріплене забезпечення права на апеляційний перегляд справ та у визначених законом випадках — на касаційне оскарження судових рішень (п. 8 частини першої статті 129 Основного Закону). Аналогічна норма є як у Законі України «Про судоустрій і статус суддів» (частина перша статті 14), так і в процесуальних кодексах (приміром, частина перша статті 17 Господарського процесуального кодексу України, далі — *ГПК України*). З цього вбачається, що касаційний перегляд судових рішень є екстраординарним, тобто таким, що не відбувається у кожній справі⁴⁹⁶.

У процесуальному законодавстві України визначено баланс між такими гарантіями права на справедливий судовий розгляд, як право на розгляд справи судом, встановленим законом (пункт 1 статті 6 Конвенції), та принципом остаточності судових рішень *res judicata*, фактично закріплено перехід до моделі обмеженої касації, що реалізується за допомогою введення процесуальних фільтрів з метою підвищення ефективності касаційного провадження. Оскарження в суді третьої інстанції має відбуватися щодо справ, які заслуговують на третій судовий розгляд, що забезпечує ефективність касаційного провадження. Повноваження суду касаційної інстанції щодо перегляду справ мають використовуватися для виправлення судових помилок та недоліків судочинства, а не для здійснення нового судового розгляду⁴⁹⁷.

Наведене повністю узгоджується з правовими позиціями, сформованими Європейським судом з прав людини (далі – ЄСПЛ) у справах «Леваж Престасьон Сервіс проти Франції (Levages Prestations

⁴⁹⁵ Верховний Суд, Велика Палата, постанова від 27.10.2020, справа № 127/18513/18, провадження № 14-145цц20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/93374071>

⁴⁹⁶ Уркевич В. Процесуальні фільтри касаційного оскарження судових рішень у господарських справах. Юридична газета. 2021. 16 березня. URL: <https://yur-gazeta.com/publications/practice/sudova-praktika/procesualni-filtri-kasacijnogo-oskarzhennya-sudovih-rishen-u-gospodarskih-spravah.html>

⁴⁹⁷ Верховний Суд, Велика Палата, постанова від 27.10.2020, справа № 127/18513/18, провадження № 14-145цц20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/93374071>

Services v. France) від 23 жовтня 1996 року⁴⁹⁸ та «Бруалья Гомес де ла Торре проти Іспанії» (Brualla Gomez de la Torre v. Spain) від 19 грудня 1997 року⁴⁹⁹, згідно з якими умови прийнятності касаційної скарги відповідно до норм законодавства можуть бути суворішими, ніж для звичайної заяви. Зважаючи на особливий статус суду касаційної інстанції, процесуальні процедури у суді касаційної інстанції можуть бути більш формальними, особливо якщо провадження здійснюється судом після їх розгляду судом першої інстанції, а потім судом апеляційної інстанції. Щодо забезпечення права на касаційне оскарження ЄСПЛ неодноразово зазначав у своїх рішеннях, що одним із фундаментальних аспектів верховенства права є принцип правової визначеності, який передбачає дотримання остаточного характеру судового рішення. Це означає, що жодна зі сторін не має права вимагати перегляду остаточного та обов'язкового судового рішення лише через те, що вона хоче нового розгляду та вирішення розглянутої судом справи. Повноваження вищих судових органів стосовно перегляду справ мають реалізовуватися для виправлення судових помилок та недоліків судочинства. Перегляд справи не має замінювати апеляцію, а можливість існування 2-х різних поглядів на один предмет не є підставою для нового розгляду. Винятки з цього правила можуть бути лише у разі наявності підстав, обумовлених обставинами важливого та вимушеного характеру (пункт 40 рішення ЄСПЛ від 3 квітня 2008 року у справі «Пономарьов проти України»⁵⁰⁰).

Тому встановлення в процесуальному кодексі виняткових підстав для касаційного оскарження у тих випадках, коли таке оскарження є дійсно необхідним, має слугувати формуванню дієвої судової системи, що гарантуватиме особі право на остаточне та обов'язкове судове рішення. Водночас ЄСПЛ неодноразово звертав увагу на недосконалість чинного законодавства України та необхідність дотримуватися принципу правової визначеності в питаннях чіткості закону. Так, у пункті 46 рішення ЄСПЛ від 3 квітня 2008 року у справі «Корецький та інші проти України»⁵⁰¹ було зазначено, що навіть припускаючи, що положення закону були правильно розтлумачені судами й таке втручання базувалося на формальній підставі, закріпленій у національному законодавстві, Суд нагадує, що вислів «передбачений законом» у пункті 2 статті 11 Конвенції не тільки вимагає, щоб дія, яка оскаржується, була передбачена національним законодавством, але також містить вимогу щодо якості закону. У пункті 47 цього ж рішення ЄСПЛ

⁴⁹⁸ *Levages Prestations Services v. France* (Application no. 21920/93), European Court of Human Rights, Judgment of 23 October 1996. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58065>

⁴⁹⁹ *Brualla Gómez de la Torre v. Spain* (Application no. 155/1996/774/975), European Court of Human Rights, Judgment of 19 December 1997. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58127>

⁵⁰⁰ *Ponomaryov v. Ukraine* (Application no. 3236/03), European Court of Human Rights, Judgment of 3 April 2008. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-85683>

⁵⁰¹ *Koretsky and others v. Ukraine* (Application no. 3236/040269/023), European Court of Human Rights, Judgment of 3 April 2008. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-85679>

зазначає, що закон має бути доступний для конкретної особи та достатньо чітко сформульований, щоб вона могла, якщо це необхідно, за допомогою кваліфікованих радників передбачити в розумних межах виходячи з обставин справи ті наслідки, які може спричинити означена дія. Щоб положення національного закону відповідали цим вимогам, він має гарантувати засіб юридичного захисту від свавільного втручання органів державної влади у права, гарантовані Конвенцією. У питаннях, які стосуються основоположних прав, надання правової дискреції органам виконавчої влади у вигляді необмежених повноважень було б несумісним з принципом верховенства права - одним з основних принципів демократичного суспільства, гарантованих Конвенцією. Відповідно, закон має достатньо чітко визначити межі такої дискреції та порядок її реалізації. Ступінь необхідної чіткості національного законодавства, яке безперечно не може передбачити всі можливі випадки, значно залежить від того, яке саме питання розглядається, від сфери, яку це законодавство регулює, а також від кількості та статусу осіб, яких воно стосується.

Відповідно до пункту 170 рішення ЄСПЛ від 9 січня 2013 року у справі «Олександр Волков проти України»⁵⁰² формулювання національного законодавства повинне бути достатньо передбачуваним, щоб дати особам адекватну вказівку щодо обставин та умов, за яких державні органи мають право вдатися до заходів, які вплинуть на їхні конвенційні права (пункт 39 рішення ЄСПЛ від 24 квітня 2008 року у справі «С.Г. та інші проти Болгарії»⁵⁰³). Крім того, законодавство повинно забезпечувати певний рівень юридичного захисту проти свавільного втручання з боку державних органів. Існування конкретних процесуальних гарантій у цьому контексті є необхідним.

У Рішенні Конституційного Суду України від 29 червня 2010 року №17-рп/2010 у справі із конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) абзац 8 пункту 5 частини першої статті 11 Закону України «Про міліцію» зазначається, що одним з елементів верховенства права є принцип правової визначеності, в якому стверджується, що обмеження основних прав людини та громадянина і втілення цих обмежень на практиці допустиме лише за умови забезпечення передбачуваності застосування правових норм, встановлених такими обмеженнями⁵⁰⁴. Тобто обмеження будь-якого права повинне

⁵⁰² Oleksandr Volkov v. Ukraine (Application no. 21722/11), European Court of Human Rights, Judgment of 9 January 2013. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-115871>

⁵⁰³ C.G. and others v. Bulgaria (Application no. 1365/07), European Court of Human Rights, Judgment of 24 April 2008. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-86093>

⁵⁰⁴ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) абзацу восьмого пункту 5 частини першої статті 11 Закону України "Про міліцію" від 29.06.2010 № 17-рп/2010. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v017p710-10>

базуватися на критеріях, які дозволять особі відокремлювати правомірну поведінку від протиправної, передбачати юридичні наслідки своєї поведінки.

Комітет міністрів Ради Європи у своїй Рекомендації стосовно введення в дію та поліпшення функціонування систем і процедур оскарження у цивільних та торгових справах № R(95)5 від 7 лютого 1995 року рекомендував державам-членам вживати заходів щодо визначення кола питань, які виключаються з права на апеляцію та касацію, стосовно запобігання будь-яким зловживанням системою оскарження⁵⁰⁵.

Отже, враховуючи позицію ЄСПЛ про те, що обмеження права на касацію лежить у площині внутрішнього регулювання кожної держави, яка має право вирішувати це питання на власний розсуд, а також що введення процесуальних «фільтрів» не порушує право на доступ до суду, оскільки таке право вже реалізоване при зверненні до суду першої та апеляційної інстанцій, можна стверджувати, що введення процесуальних «фільтрів» допуску до перегляду судових рішень касаційним судом не порушує право доступу до правосуддя. Однак право на доступ до суду може порушуватись нечітким, незрозумілим визначенням у законі таких процесуальних критеріїв щодо допуску до перегляду судового рішення касаційним судом, що спричиняє розбіжності у розумінні та застосуванні норми закону. Велика Палата Верховного Суду звертала увагу на те, що тенденції нормативно-правового регулювання національної моделі касаційного оскарження свідчать про перехід на конституційному рівні до моделі обмеженої касації, що реалізується, зокрема, за допомогою введення переліку випадків, коли рішення підлягає касаційному оскарженню, а також низки процесуальних фільтрів (пункт 5.21 постанови від 18.05.2021 у справі № 914/1570/20)⁵⁰⁶.

На прикладі Кодексу адміністративного судочинства України Я. О. Берназюк вказує на те, які «фільтри» встановив процесуальний закон з метою запобігання перевантаженню судової системи, зокрема, судів касаційної інстанції, до них він відносить:

- наявність передбачених законом справ, що не підлягають розгляду в судах;
- обов'язок сторони сплатити судовий збір (за виняткових обставин скористатися встановленими законом пільгами);
- обов'язок заявника належним чином оформити касаційну скаргу;
- обов'язок учасників справи дотримуватися строків звернення до суду та вчинення певних процесуальних дій;

⁵⁰⁵ Рекомендації стосовно введення в дію та поліпшення функціонування систем і процедур оскарження у цивільних та торгових справах № R(95)5 від 7 лютого 1995 року, Комітет міністрів Ради Європи. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_153#Text

⁵⁰⁶ Верховний Суд, Велика Палата, постанова від 18.05.2021, справа № 914/1570/20, провадження № 12-90rc20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/97967349>

- обов'язковість попереднього апеляційного оскарження судового рішення;

- встановлена законом заборона зловживання процесуальними правами; визначення категорій справ, що не підлягають касаційному оскарженню.

Основними завданнями запровадження «процесуальних фільтрів» у касаційному провадженні, на його думку, є:

1) розумне спрощення (підвищення ефективності) судового процесу для сторін за критерієм економії часу, фінансових та інших ресурсів;

2) запобігання зловживанням правом (процедурою) касаційного оскарження судових рішень;

3) захист права особи, на користь якої винесено судове рішення, від можливої затримки у добровільному або примусовому виконанні відповідачем такого рішення;

4) зменшення навантаження на Верховний Суд як суд касаційної інстанції та відповідно, забезпечення підвищення якості рішень Верховного Суду

5) спрямування діяльності Верховного Суду на виконання функції «суду права»:

а) усунення фундаментальних правових помилок, допущених судами нижчих інстанцій;

б) забезпечення єдності судової практики⁵⁰⁷.

Касаційні фільтри 2020 року

Законом України від 15 січня 2020 р. № 460-ІХ «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України щодо вдосконалення порядку розгляду судових справ», який набрав чинності 8 лютого 2020 р. запроваджено істотні зміни, які стосуються права на касаційне оскарження судових рішень. В цілому умови касаційного оскарження стосуються як суб'єктів, так і об'єктів оскарження.

Досліджуючи правову природу касаційного перегляду, слід підкреслити, що касаційне провадження є, за визначенням А. В. Помазанова, факультативною стадією цивільного процесу. На нашу думку, більш виправдано говорити про екстраординарний характер касаційного перегляду. Відтак, можна вважати, що існуючі процедурні особливості касаційного провадження є наслідком такого роду факультативності або екстраординарності. Так, у ЦПК України право на касаційне оскарження мають учасники справи, а також особи, які не брали участі у справі, якщо суд вирішив питання про їхні права, свободи, інтереси та (або) обов'язки. Водночас, касаційне оскарження судового рішення суду першої інстанції без його

⁵⁰⁷ Берназюк Я. О. Конституційно-правовий статус верховного суду як суду права. Експерт. 2020. № 6 (12). С 101-115. С. 109-110. DOI: [https://doi.org/10.32689/2617-9660-2020-6\(12\)-101-115](https://doi.org/10.32689/2617-9660-2020-6(12)-101-115)

перегляду в апеляційному порядку не допускається, що становить собою своєрідний процесуальний фільтр, підкреслюючи тим самим винятковість касаційного перегляду⁵⁰⁸.

На прикладі господарських процесуальних норм, які є подібними до тих, що містяться в інших процесуальних кодексах, відзначимо, що коло суб'єктів, які мають право касаційного оскарження судових рішень, закріплено у частині першій статті 287 ГПК України. Подати касаційну скаргу мають право:

а) учасники справи (тобто сторони — позивач та відповідач, а також треті особи);

б) особи, які не брали участі у справі, якщо суд вирішив питання про їхні права, інтереси та/або обов'язки.

Як відзначає В. Ю. Уркевич, з приводу учасників справи питань не виникає. Що ж до осіб, які не брали участі у справі, якщо суд вирішив питання про їхні права, інтереси та/або обов'язки, то слід орієнтуватися на правові висновки Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду (далі — *КГС ВС*), згідно з якими таке право має особа, яка не брала участі у справі, якщо в мотивувальній частині рішення містяться висновки суду про права, інтереси та/або обов'язки цієї особи, або у резолютивній частині рішення суд прямо вказав про права, інтереси та/або обов'язки такої особи. Будь-який інший правовий зв'язок між скаржником і сторонами спору не може братися до уваги (постанови КГС ВС від 5 травня 2020 р. у справі №910/9254/18, об'єднаної палати КГС ВС від 15 травня 2020 р. у справі №904/897/19). Водночас така особа (яка не брала участі у справі) має право подати касаційну скаргу на судові рішення лише після його перегляду в апеляційному порядку за її апеляційною скаргою, крім випадку, коли судові рішення про права, інтереси та/або обов'язки такої особи було ухвалено безпосередньо судом апеляційної інстанції (частина четверта статті 287 ГПК України)⁵⁰⁹.

Що стосується судових рішень, що можуть бути оскаржені в касаційному порядку, то, як відзначає В. Ю. Уркевич, загальним є правильно, що не допускається касаційне оскарження судового рішення суду першої інстанції без його перегляду в апеляційному порядку (частини другої статті 17 ГПК України). Відповідно до приписів частини першої статті 287 ГПК України, касаційну скаргу можна подати на такі судові рішення після їх перегляду в апеляційному порядку:

⁵⁰⁸ Помазанов А. В. Касаційний перегляд судових рішень в цивільному процесі України. Дисертація на здобуття наукового ступеня доктора філософії за спеціальністю 081 (Право). — Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України, Київ, 2019. 252 с. С. 53.

⁵⁰⁹ Уркевич В. Процесуальні фільтри касаційного оскарження судових рішень у господарських справах. Юридична газета. 2021. 16 березня. URL: <https://yur-gazeta.com/publications/practice/sudova-praktika/procesualni-filtri-kasacijnogo-oskarzhennya-sudovih-rishen-u-gospodarskih-spravah.html>

а) рішення суду першої інстанції (та, відповідно, постанову суду апеляційної інстанції). До цієї групи судових рішень в аспекті їх касаційного оскарження застосовується додатковий процесуальний фільтр, закріплений в абзаці 1 пункту 2 частини третьої статті 287 ГПК України, згідно з яким ці судові рішення мають бути постановлені у справах, що не віднесені до малозначних, або ж у справах, ціна позову в яких перевищує 500 розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб. Лише за таких умов рішення суду першої інстанції, прийняте по суті спору (як і відповідна постанова апеляційного господарського суду), може бути предметом касаційного оскарження;

б) ухвали суду першої інстанції. При цьому процесуальний закон містить вичерпний перелік таких судових рішень, серед яких ухвали: про забезпечення позову, заміну заходу забезпечення позову; про повернення заяви позивачеві (заявникові); про відмову у відкритті провадження у справі; про закриття провадження у справі; про залишення позову (заяви) без розгляду; про відмову у відкритті провадження за нововиявленими або виключними обставинами, відмову в задоволенні заяви про перегляд судового рішення за нововиявленими або виключними обставинами; про розгляд скарг на рішення, дії (бездіяльність) органів Державної виконавчої служби, державного виконавця, приватного виконавця; про заміну чи відмову у заміні сторони у справі (процесуальне правонаступництво) або сторони виконавчого провадження; про звернення стягнення на грошові кошти, що належать іншим особам, чи нерухоме майно, право власності на яке не зареєстроване в установленому законом порядку; про визначення частки майна боржника у майні, яким він володіє спільно з іншими особами. Тобто це ухвали суду першої інстанції, зазначені в пунктах 3, 6, 7, 13, 14, 21, 25, 26, 28, 30 частини першої статті 255 ГПК України, що є переважно такими, що унеможливають подальший рух справи;

в) ухвали і постанови суду першої інстанції, постанови суду апеляційної інстанції у справах про банкрутство (неплатоспроможність). Перелік таких судових рішень визначався Законом України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом», а зараз встановлений Кодексом України з процедур банкрутства⁵¹⁰.

Він зазначає, що пункт 3 частини першої статті 287 ГПК України додатково містить вичерпний перелік ухвал суду апеляційної інстанції, що можуть бути оскаржені в касаційному порядку. Це ухвали про відмову у відкритті або про закриття апеляційного провадження, про повернення апеляційної скарги, зупинення провадження, щодо забезпечення позову, заміни заходу

⁵¹⁰ Уркевич В. Процесуальні фільтри касаційного оскарження судових рішень у господарських справах. Юридична газета. 2021. 16 березня. URL: <https://yur-gazeta.com/publications/practice/sudova-praktika/procesualni-filtri-kasacijnogo-oskarzhennya-sudovih-rishen-u-gospodarskih-spravah.html>

забезпечення позову, щодо зустрічного забезпечення, про відмову ухвалити додаткове рішення, про роз'яснення рішення чи відмову у роз'ясненні рішення, про внесення або відмову у внесенні виправлень у рішення, про повернення заяви про перегляд судового рішення за нововиявленими або виключними обставинами, про відмову у відкритті провадження за нововиявленими або виключними обставинами, про відмову в задоволенні заяви про перегляд судового рішення за нововиявленими або виключними обставинами, про заміну сторони у справі, про накладення штрафу в порядку процесуального примусу, окремі ухвали⁵¹¹.

Наріжним, за висловом В. Ю. Уркевича, є питання щодо підстав касаційного оскарження названих судових рішень. Для оскарження ухвал суду першої та апеляційної інстанцій такою підставою є неправильне застосування судом норм матеріального права чи порушення норм процесуального права (абзац 2 частини другої статті 287 ГПК України). Як відомо, неправильним застосуванням норм матеріального права є неправильне тлумачення закону, або застосування закону, який не підлягає застосуванню, або незастосування закону, який підлягав застосуванню. Порушенням норм процесуального права слід вважати дію або бездіяльність суду, які суперечать встановленому законом процесу господарського судочинства. Водночас для касаційного оскарження рішень суду першої інстанції та постанов суду апеляційної інстанції встановлено додаткові процесуальні фільтри. Так, абзацом 1 частини другої статті 287 ГПК України визначено, що підставами касаційного оскарження таких судових рішень є неправильне застосування судом норм матеріального права чи порушення норм процесуального права, проте в окремих виключних випадках. Першим є випадок, коли суд апеляційної інстанції в оскаржуваному судовому рішенні застосував норму права без урахування висновку щодо її застосування у подібних правовідносинах, викладеного у постанові Верховного Суду, крім випадків наявності постанови Верховного Суду про відступлення від такого висновку (п. 1 частини другої статті 287 ГПК України). Частина шоста статті 13 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» встановлено, що висновки щодо застосування норм права, викладені у постановках Верховного Суду, враховуються іншими судами при застосуванні таких норм права. Отже, неврахування відповідних правових висновків Верховного Суду якраз і може бути підставою касаційного оскарження судових рішень. При цьому такі висновки мають бути зроблені в іншій справі (яка розглядалася раніше, в якій уже відбувся касаційний перегляд судових рішень) і мають охоплювати застосування тієї ж самої права норми, що застосована в оскаржуваних судових рішеннях, у подібних

⁵¹¹ Уркевич В. Процесуальні фільтри касаційного оскарження судових рішень у господарських справах. Юридична газета. 2021. 16 березня. URL: <https://yur-gazeta.com/publications/practice/sudova-praktika/procesualni-filtri-kasaciyogo-oskarzhennya-sudovih-rishen-u-gospodarskih-spravah.html>

правовідносинах. Водночас у нормі процесуального права, що аналізується, чомусь зазначено про неврахування висновків Верховного Суду лише судом апеляційної інстанції, й немає згадки про суд першої інстанції (очевидно, що й місцевий господарський суд при розгляді справи може не врахувати відповідні висновки Верховного Суду). Більше того, відкритим залишається питання щодо неврахування судами першої та апеляційної інстанцій висновків щодо застосування норм права, викладених у постановах Верховного Суду України, як підстави касаційного оскарження відповідних судових рішень. Справа в тому, що про судові рішення та висновки Верховного Суду України у чинному ГПК України згадується лише у його розділі XI «Перехідні положення». Так, згідно з пп. 7 п. 1 цього розділу ГПК України, суд, який розглядає справу в касаційному порядку у складі колегії суддів або палати (об'єднаної палати), передає справу на розгляд Великої Палати Верховного Суду, якщо така колегія або палата (об'єднана палата) вважає за необхідне відступити від висновку щодо застосування норми права у подібних правовідносинах, викладеного в раніше ухваленому рішенні Верховного Суду України. Звідси можна стверджувати про тимчасову чинність висновків Верховного Суду України щодо застосування норм права до їх перегляду та підтвердження (або ж спростування шляхом відступу від них) Верховним Судом у складі Великої Палати. Водночас, з урахуванням того, що у п. 7 мотивувальної частини рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень п. 4, 7, 8, 9, 11, 13, 14, 17, 20, 22, 23, 25 розділу XII «Прикінцеві та перехідні положення» Закону України «Про судоустрій і статус суддів» від 2 червня 2016 р. №1402-VIII від 18 лютого 2020 р. №2-р/2020 зазначено, що системний аналіз положень Конституції у взаємозв'язку з положеннями законів України з питань судоустрою та судочинства дає Конституційному Суду України підстави стверджувати, що вилучення слова «України» — власної назви держави — зі словесної конструкції «Верховний Суд України» не вплинуло на конституційний статус цього органу державної влади, можна дійти висновку, що й суперечність судових рішень судів першої та апеляційної інстанцій висновку щодо застосування норми права у подібних правовідносинах, викладеного в раніше ухваленому рішенні Верховного Суду України, має бути підставою касаційного оскарження таких судових рішень⁵¹².

Другим випадком касаційного оскарження судових рішень є ситуація, коли скаргник вмотивовано обґрунтував необхідність відступлення від висновку щодо застосування норми права у подібних правовідносинах, викладеного у постанові Верховного Суду та застосованого судом апеляційної інстанції в оскаржуваному

⁵¹² Уркевич В. Процесуальні фільтри касаційного оскарження судових рішень у господарських справах. Юридична газета. 2021. 16 березня. URL: <https://yur-gazeta.com/publications/practice/sudova-praktika/procesualni-filtri-kasacijnogo-oskarzhennya-sudovih-rishen-u-gospodarskih-spravah.html>

судовому рішенні (пункт 2 частини другої статті 287 ГПК України). В. Ю. Уркевич відзначає, що відступленням від висновку слід розуміти або повну відмову Верховного Суду від свого попереднього висновку на користь іншого або ж конкретизацію попереднього висновку із застосуванням відповідних способів тлумачення юридичних норм (п. 45 постанови Великої Палати Верховного Суду від 4 вересня 2018 р. у справі №823/2042/16, провадження №11-377апп18). Тобто у касаційній скарзі скаргник має зазначити, що існуючий висновок Верховного Суду щодо застосування норми права у подібних правовідносинах потребує видозміни, від нього слід відмовитися або ж уточнити, модифікувати певним чином з урахуванням конкретних обставин його справи. Сама ж по собі вмотивованість такого клопотання скаргника оцінюватиметься судом касаційної інстанції як при застосуванні наведеного процесуального фільтру під час вирішення питання про відкриття касаційного провадження у справі, так і при здійсненні касаційного перегляду судових рішень. Ще однією виключною підставою касаційного оскарження судових рішень є відсутність висновку Верховного Суду щодо питання застосування норми права у подібних правовідносинах (п. 3 частини другої статті 287 ГПК України). У цьому випадку скаргник має довести суду касаційної інстанції певну унікальність своєї справи, обґрунтувати, що спір у його справі виник у правовідносинах, подібні до яких ще не аналізувалися в попередніх рішеннях Верховного Суду. Самостійною підставою касаційного оскарження судових рішень може бути низка процесуальних порушень, що визначені як підстава для скасування судових рішень судів першої та апеляційної інстанцій у частині першій та третій статті 310 ГПК України (пункт 4 частини другої статті 287 ГПК України). Водночас слід зауважити, що якщо в переважній більшості випадків скаргнику достатньо послатися на порушення наведених процесуальних норм, то при поданні касаційної скарги згідно з пунктом 1 частини третьої статті 310 ГПК України (якщо суд не дослідив зібрані у справі докази) додатково має бути обґрунтовано підстави касаційного оскарження, передбачені пунктами 1, 2, 3 частини другої статті 287 ГПК України. Адже згідно з пунктом 1 частини третьої статті 310 ГПК України, підставою для скасування судового рішення та направлення справи на новий розгляд є також порушення норм процесуального права, на які посилається скаргник у касаційній скарзі, що унеможливило встановлення фактичних обставин, які мають значення для правильного вирішення справи, якщо суд не дослідив зібрані у справі докази, за умови висновку про обґрунтованість заявлених у касаційній скарзі підстав касаційного оскарження, передбачених пунктами 1, 2, 3 частини другої статті 287 цього Кодексу. Іншими словами, підстава касаційного оскарження судових рішень, закріплена у пункті 1 частини третьої статті 310 ГПК України, застосовується завжди спільно з пунктами 1, 2, 3 частини другої статті

287 ГПК України. Тобто йдеться про те, що суди попередніх інстанцій мають не дослідити зібрані у справі докази, які мають значення для правильного вирішення справи, і такі порушення мають бути допущенні або внаслідок застосування норми права без урахування висновку Верховного Суду щодо застосування норми права у подібних правовідносинах, або ж скаржник має обґрунтувати потребу подолання відповідного висновку Верховного Суду чи зазначити про відсутність такого висновку суду касаційної інстанції⁵¹³.

В. Ю. Уркевич відзначає, що процесуальний закон вимагає від заявника касаційної скарги не простого зазначення про невідповідність оскаржуваних судових рішень висновку Верховного Суду або необхідність відступу від такого висновку, а й чіткого зазначення підстави (підстав), на якій (яких) подається касаційна скарга з урахуванням приписів статті 287 ГПК України із зазначенням реквізитів відповідної постанови Верховного Суду (дати її прийняття та номеру справи). Так, пунктом 5 частини другої статті 290 ГПК України встановлено, що у разі подання касаційної скарги на підставі пункту 1 частини другої статті 287 цього Кодексу в ній зазначається постанова Верховного Суду, в якій викладено висновок про застосування норми права у подібних правовідносинах, що не був врахований в оскаржуваному судовому рішенні. У разі подання касаційної скарги на підставі пункту 2 частини другої статті 287 цього Кодексу зазначається обґрунтування необхідності відступлення від висновку щодо застосування норми права у подібних правовідносинах, викладеного у постанові Верховного Суду. Тлумачення наведених положень процесуального закону здійснене Верховним Судом у процесі правозастосування. Відповідно до нього, при касаційному оскарженні судових рішень з підстав, передбачених пунктами 1, 2, 3 частини другої статті 287 цього Кодексу, окрім посилання на неправильне застосування судом норм матеріального права та порушення норм процесуального права, касаційна скарга має містити:

пункт 1) формулювання застосованого судом апеляційної інстанції висновку щодо застосування норми права, з яким не погоджується скаржник, із зазначенням цієї норми права та змісту правовідносин, у яких ця норма застосована, а також посилання на постанови Верховного Суду, в яких зроблено інший (який саме) висновок щодо застосування цієї ж норми права та в яких (подібних) правовідносинах (із зазначенням, у чому саме полягає невідповідність оскарженого судового рішення сформованій правозастосовній практиці у подібних правовідносинах);

пункт 2) обґрунтування необхідності відступлення від висновку щодо застосування норми права, викладеного у постанові

⁵¹³ Уркевич В. Процесуальні фільтри касаційного оскарження судових рішень у господарських справах. Юридична газета. 2021. 16 березня. URL: <https://yur-gazeta.com/publications/practice/sudova-praktika/procesualni-filtri-kasacijnogo-oskarzhennya-sudovih-rishen-u-gospodarskih-spravah.html>

Верховного Суду та застосованого судом апеляційної інстанції в оскаржуваному судовому рішенні, з чіткою вказівкою на норму права (абзац, пункт, частина статті), а також зазначенням такого правового висновку, описом правовідносин та змістовним обґрунтуванням мотивів такого відступлення;

пункт 3) зазначення норми права, щодо якої відсутній висновок щодо її застосування з конкретизацією змісту правовідносин, в яких цей висновок відсутній, та обґрунтуванням необхідності формування єдиної правозастосовної практики щодо цієї норми для правильного вирішення справи (див. п. 4.6. постанови КГС ВС від 12 листопада 2020 р. у справі №904/3807/19)⁵¹⁴.

Як уже зазначалося, існують судові рішення, які за загальним правилом касаційному оскарженню не підлягають. Такими, відповідно до абзацу 1 пункту 2 частини третьої статті 287 ГПК України, є судові рішення у малозначних справах (критерії віднесення справ до малозначних закріплено у частині п'ятій статті 12 ГПК України) та у справах з ціною позову, що не перевищує 500 розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб. Водночас для учасників таких справ законодавець передбачив і відповідні "пільги", тобто виключення з загального підходу, за наявності яких судові рішення у таких справах все ж можуть бути переглянуті в касаційному порядку. Такими винятками абзац 1 пункту 2 частини третьої статті 287 ГПК України називає випадки, коли: а) касаційна скарга стосується питання права, яке має фундаментальне значення для формування єдиної правозастосовної практики; б) особа, яка подає касаційну скаргу, відповідно до цього Кодексу позбавлена можливості спростувати обставини, встановлені оскарженим судовим рішенням, при розгляді іншої справи; в) справа становить значний суспільний інтерес або має виняткове значення для учасника справи, який подає касаційну скаргу; г) суд першої інстанції відніс справу до категорії малозначних помилково.

Як вбачається, наведені процесуальні приписи містять такі оціночні поняття, як «фундаментальне значення», «формування єдиної правозастосовної практики», «значний суспільний інтерес», «виняткове значення для учасника справи». Наявність таких випадків має бути належним чином обґрунтована в касаційній скарзі самим скаржником. Переконливість наведених скаржником доводів оцінюється судом касаційної інстанції при вирішенні питання про відкриття касаційного провадження у відповідній справі⁵¹⁵.

⁵¹⁴ Уркевич В. Процесуальні фільтри касаційного оскарження судових рішень у господарських справах. Юридична газета. 2021. 16 березня. URL: <https://yur-gazeta.com/publications/practice/sudova-praktika/procesualni-filtri-kasaciynogo-oskarzhennya-sudovih-rishen-u-gospodarskih-spravah.html>

⁵¹⁵ Уркевич В. Процесуальні фільтри касаційного оскарження судових рішень у господарських справах. Юридична газета. 2021. 16 березня. URL: <https://yur-gazeta.com/publications/practice/sudova-praktika/procesualni-filtri-kasaciynogo-oskarzhennya-sudovih-rishen-u-gospodarskih-spravah.html>

На думку І. В. Андронова та В. А. Андронові, аргументом на користь того, що касаційна скарга стосується питання права, яке має фундаментальне значення для формування єдиної провазастосовчої практики, може бути обґрунтування наявності прогалин або колізій у законодавчому регулюванні певного кола суспільних відносин та відсутності єдності у судовій практиці стосовно вирішення даного питання. При цьому наявність правового висновку Верховного Суду в аналогічній справі не є безумовною підставою для відмови у відкритті касаційного провадження, якщо в касаційній скарзі міститься належне обґрунтування необхідності відходу від такого правового висновку⁵¹⁶.

Як відзначає В. Ю. Уркевич, для справ, судові рішення у яких за загальним правилом не підлягають касаційному оскарженню, запроваджено більш складні умови доступу до суду касаційної інстанції. Так, окрім наявності названих випадків, передбачених підпунктами а, б, в та г абзацу 1 пункту 2 частини третьої статті 287 ГПК України, скаргник має додатково подолати й процесуальні фільтри, встановлені частиною другою статті 287 ГПК України, для оскарження відповідних видів судових рішень. Іншими словами, в касаційній скарзі має бути, приміром, зазначено, що конкретна справа має виняткове значення для учасника справи (з належним обґрунтуванням такої винятковості), а судові рішення в ній прийняті з неправильним застосуванням судом норм матеріального права чи порушенням норм процесуального права за наявності виключного випадку касаційного оскарження, закріпленого у пунктах 1, 2, 3, 4 частини другої статті 287 ГПК України⁵¹⁷.

Викладене щодо процесуальних фільтрів касаційного оскарження судових рішень в господарських справах дозволило В. Ю. Уркевичу підсумувати, що існуючі нормативні приписи щодо права касаційного оскарження дисциплінують заявників обмеженням підстав касаційного оскарження, потребують від скаргників належного обґрунтування поданої скарги та є втіленням диспозитивності як самостійного принципу господарського судочинства. Водночас норми процесуального права щодо касаційного перегляду судових рішень в господарських справах не мають обмежувати Верховний Суд у реалізації його завдання забезпечення сталості та єдності судової практики⁵¹⁸.

⁵¹⁶ Андронов І. В., Андронova В. А. Касаційне оскарження судових рішень у малозначних справах. С. 13. URL: [http://dspace.onua.edu.ua/bitstream/handle/11300/14021/Андронов І. В.%2C Андронova В. А. Касаційне оскарження судових рішень....pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://dspace.onua.edu.ua/bitstream/handle/11300/14021/Андронов.І.В.%2C%20Андронova.В.А.%20Касаційне%20оскарження%20судових%20рішень....pdf?sequence=1&isAllowed=y)

⁵¹⁷ Уркевич В. Процесуальні фільтри касаційного оскарження судових рішень у господарських справах. Юридична газета. 2021. 16 березня. URL: <https://yur-gazeta.com/publications/practice/sudova-praktika/procesualni-filtri-kasacijnogo-oskarzhennya-sudovih-rishen-u-gospodarskih-spravah.html>

⁵¹⁸ Уркевич В. Процесуальні фільтри касаційного оскарження судових рішень у господарських справах. Юридична газета. 2021. 16 березня. URL: <https://yur-gazeta.com/publications/practice/sudova-praktika/procesualni-filtri-kasacijnogo-oskarzhennya-sudovih-rishen-u-gospodarskih-spravah.html>

Велика Палата Верховного Суду та її інституціональна спроможність

За слушною думкою Я. О. Берназюка, на важливість забезпечення єдності судової практики як основної функції Верховного Суду вказує й факт утворення та функціонування в структурі останнього за прикладом деяких європейських держав Великої Палати Верховного Суду⁵¹⁹. Її значення як інструменту забезпечення єдності судової практики полягає в тому, що саме вона покликана вирішувати спірні питання юрисдикції, приймати рішення стосовно необхідності відступу від правових висновків касаційних судів, якщо на необхідність такого відступу вказує інший касаційний суд, вирішувати питання відступу від правових позицій Верховного Суду України, а також вирішувати правові проблеми, що мають характер виключних.

При цьому інституціональна спроможність Великої Палати забезпечити виконання цих завдань безпосередньо пов'язана з кількістю справ, які до неї надходять, адже з одного боку мова йде про фактор перевантаження справами, а з іншого – про необхідність збереження значення рішень Великої Палати як рішень особливої ваги у тому сенсі, що вони повинні містити правові висновки з важливих питань, а не тиражовані однотипні позиції, за якими юридичній спільноті і судам буде складно встежити.

За період з 15 грудня 2017 року до 31 грудня 2019 року Велика Палата Верховного Суду (далі – ВП ВС) розглянула 3 881 справу⁵²⁰. У 2018 році вона одержала на свій розгляд 752 матеріали і справи безпосередньо, тобто у тих випадках, коли заявники звертались до неї, зокрема коли палата діяла як суд апеляційної інстанції або здійснювала перегляд за виключними обставинами, а також 1769 матеріалів справ від касаційних судів. У 2019 ці показники становили 780 і 1603 відповідно⁵²¹. Переважна більшість справ з тих, що надходили до ВП ВС від касаційних судів, була пов'язана з необхідністю вирішити питання юрисдикції.

У 2019 році зберігалась тенденція, за якої більше 80 % справ, що розглядає ВП ВС, — це справи, в яких необхідно вирішити питання належної юрисдикції спору⁵²².

Виправити ситуацію було покликане запровадження у 2020 нових "фільтрів" для передання справ з питаннями стосовно юрисдикції на розгляд ВП ВС. Сукупно з іншими процесуальними

gazeta.com/publications/practice/sudova-praktika/procesualni-filtri-kasaciynogo-oskarzhennya-sudovih-rishen-u-gospodarskih-spravah.html

⁵¹⁹ Берназюк Я. О. Конституційно-правовий статус верховного суду як суду права. Експерт. 2020. № 6 (12). С. 101-115. С. 107. DOI: [https://doi.org/10.32689/2617-9660-2020-6\(12\)-101-115](https://doi.org/10.32689/2617-9660-2020-6(12)-101-115)

⁵²⁰ Верховний Суд у цифрах і фактах за 2019 рік. 84 с. С. 10. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads/supreme/Zvit_VS_2019_.pdf

⁵²¹ Там само. С. 11.

⁵²² Там само. С. 15.

фільтрами вони становлять істотні обмеження для передання справ, які покликані підвищити інституціональну спроможність ВП ВС. Далі ми зупинимось на двох найважливіших фільтрах, які ВП ВС застосовує як суд касаційної інстанції, і якими є критерії для прийняття нею справ для вирішення виключної правової проблеми і критерії прийняття юрисдикційних питань. На відміну від прийняття справ для відступу від висновків касаційних судів, Верховного Суду України і самої ВП ВС, ці два перших фільтри є таким, що зазнали найбільш істотних змін на рівні змін процесуального законодавства або практики самої Великої Палати із застосування критеріїв прийнятності справ.

Процесуальні фільтри для передання справи на розгляд Великої Палати Верховного Суду **Виключна правова проблема**

У процесуальному законодавстві встановлено, що суд, який розглядає справу в касаційному порядку, має право передати справу на розгляд до ВП ВС, якщо дійде висновку, що справа містить виключну правову проблему (далі – ВПП) і таке передання необхідне для забезпечення розвитку права й формування єдиної правозастосовної практики.

Як відзначає Л. В. Козловська, характеристика ВПП як підстави передання справи на розгляд ВП ВС виходить за межі правової проблеми високого рівня складності. Необхідною умовою є також її значення для забезпечення розвитку права та формування єдиної правозастосовної практики. Цим можна пояснити обмеження у формулюванні ВПП лише судом касаційної інстанції. Якби йшлося тільки про складність справ, то аналогічні повноваження для суду першої та апеляційної інстанцій (можливо, оформлені іншим процесуальним інститутом) щонайменше запобігали б формуванню помилкової практики. Це наштовхує на думку, що законодавцем ВПП розуміється як така, що не була й не могла бути вирішена судами інших інстанцій, що має бути підтверджено на всіх стадіях судового розгляду. Індикатором наявності ВПП, що пов'язується з недоліками правового регулювання, є те, що для її ефективного вирішення необхідним є внесення змін до законодавства щодо врегулювання спірних відносин. Проте, оскільки суд не може відмовити в розгляді справи, проблеми правового регулювання розв'язуються ним засобами правозастосування.

Касаційні суди як загальну умову необхідності вирішення ВПП зазначають, що норми права неоднаково застосовуються судами різних видів юрисдикції, а в касаційного суду, на відміну від ВП ВС, відсутні процесуальні можливості для формування правозастосовної практики (див., наприклад, ухвалу КГС ВСвід 26.04.2018, справа №916/3727/15).

ВП ВС послідовно утверджує практику, відповідно до якої виключна правова проблема має оцінюватися з урахуванням кількісного та якісного вимірів. Кількісний ілюструє той факт, що вона

наявна не в одній конкретній справі, а в невизначеній кількості спорів, які або вже існують, або можуть виникнути з урахуванням правового питання, щодо якого постає проблема невизначеності. За якісним критерієм про виключність правової проблеми свідчать такі обставини:

1) касаційна скарга мотивована тим, що суди допустили істотні порушення норм процесуального права, які унеможливили розгляд справи з дотриманням вимог справедливого судового розгляду;

2) норми матеріального права були застосовані судами нижчих інстанцій так, що постає питання дотримання принципу пропорційності, тобто забезпечення належного балансу між інтересами сторін у справі.

Крім того, виключна правова проблема є такою що впливає на застосування норм права у подібних та/або у тотожних правовідносинах та судами декількох юрисдикцій у зв'язку з чим її невіршення призведе до різного тлумачення або застосування судами норм права та не однакового вирішення спорів за однаковими фактичними обставинами та правовим регулюванням⁵²³.

Як відзначає Л. В. Козловська, для визначення ВПП порушення норм процесуального права, як і їх неправильне застосування, може мати лише винятковий характер: істотні процесуальні помилки виправляють касаційні суди, крім випадків позбавлення права на судовий захист. Застосування процесуальних норм засобом вирішення ВПП обґрунтоване, тільки якщо існує системна проблема в тлумаченні таких норм, що не може бути розв'язана касаційним судом. Наприклад, відмова в доступі до правосуддя, позбавлення права на судовий захист можуть мати місце внаслідок використання всіх можливих способів захисту порушених прав із застосуванням різних правових висновків Верховного Суду України та ВП ВС у судах різних видів юрисдикції, якщо такі висновки є суперечливими (ухвала КЦС ВС від 27.02.2019, справа №688/2507/16-ц). У подібних випадках невизначеність у застосуванні судами норм права внаслідок формулювання касаційними судами та Верховного Суду України суперечливих позицій є умовою формулювання ВПП, якщо така суперечливість не може ефективно усуватися шляхом відступлення від правового висновку Верховного Суду України або касаційних судів. Наприклад, касаційний суд убачає, що відступлення від одного чи кількох правових висновків не усуне правової проблеми, що лише частково розв'язана в рішеннях судів вищих інстанцій. Якщо існує правовий висновок Верховного Суду України, що ефективно вирішує конкретну проблему правозастосування, доцільним є саме шлях відступлення від правових висновків, які йому суперечать. Таким прикладом вирішення ВПП шляхом відступлення від висновків

⁵²³ Верховний Суд, Велика Палата, ухвала від 14.04. 2021, справа № 757/50105/19, провадження № 14-39цс21. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/96669449>

Верховного Суду України є постанова ВП ВС від 21.11.2018 (справа №372/504/17). Вона є прикметною з огляду на встановлення пріоритету окремих принципів права шляхом застосування права презумпцій спільності власності подружжя та добросовісності учасників цивільних правовідносин. Саме порушенням системного застосування принципів права, що мало наслідком виникнення ВПП, колегія суддів КЦС ВС обґрунтувала передання справи на розгляд ВП ВС (ухвала від 6.06.2018). Саме розв'язання проблеми із засобом застосування принципів права для забезпечення верховенства права відмежовує ВПП від формулювання правової позиції ВП ВС, у тому числі в умовах колізії норм, інших недоліків законодавства. Системне дотримання принципів права саме собою є забезпеченням принципу верховенства права⁵²⁴.

Л. В. Козловська слушно наголошує, що стосовно меж розгляду справ, які передані на розгляд ВП ВС як такі, що містять ВПП, виникає низка питань, а саме:

- чи обмежена ВП ВС формулюванням ВПП, яке здійснене касаційними судами?

- чи може ВП ВС, не повертаючи справи, визначити ВПП й розглянути справу?

Останнє, на її думку, є найдоцільнішим. Адже ВПП існує об'єктивно, незалежно від того, яким чином її сформулював касаційний суд. Повернення справи, яка не може бути повторно передана на розгляд ВП ВС, лише утруднює розв'язання складних проблем правозастосування, що існують подекуди десятки років. Норми процесуального законодавства не містять прямих вимог щодо формулювання ВПП судом касаційної інстанції. Суд, який розглядає справу в касаційному порядку, передає її з обґрунтуванням підстав, передбачених нормою процесуального законодавства (частина четверта статті 404 ЦПК України). Фразу «відсутність підстав для передання справи на розгляд» можна розуміти як відсутність підстав, визначених касаційним судом, або ж як об'єктивну відсутність підстав⁵²⁵. Схожу позицію висловили судді ВП ВС в своїй окремій думці до ухвали Великої Палати про повернення справи на розгляд колегії касаційного суду через відсутність підстав для передання цієї справи на розгляд ВП ВС. Автори окремої думки звернули увагу на те, що колегія у своїй ухвалі навела достатньо деталізований виклад правової проблеми, яка містить ознаки виключної (хоча правовою підставою для передання справи на розгляд ВП колегією була зазначена необхідність відступу від висновку ВП ВС). Судді звернули

⁵²⁴ Козловська Л. Виключна правова проблема як підстава для передання справи до ВП ВС. Закон і бізнес. 2019. № 29 (1431). 27.07—02.08.2019. URL: https://zib.com.ua/ua/138640-viklyuchna_pravova_problema_yak_pidstava_dlya_peredannya_spr.html

⁵²⁵ Козловська Л. Виключна правова проблема як підстава для передання справи до ВП ВС. Закон і бізнес. 2019. № 29 (1431). 27.07—02.08.2019. URL: https://zib.com.ua/ua/138640-viklyuchna_pravova_problema_yak_pidstava_dlya_peredannya_spr.html

увагу на те, що відповідно до частини шостої статті 303 ГПК України справа повертається відповідній колегії для розгляду, якщо ВП ВС дійде висновку про відсутність підстав для передачі справи на її розгляд, а також якщо *дійде висновку про недоцільність розгляду справи* ВП ВС, зокрема через відсутність виключної правової проблеми, наявність висновку щодо застосування норми права у подібних правовідносинах, викладеного в раніше ухваленому рішенні ВП ВС. У цій справі були відсутні підстави для висновку про *недоцільність розгляду справи* Великою Палатою з посиланням на усталеність висновку, від якого колегія касаційного суду вважала за необхідне відступити, а також були підстави для висновку про існування у справі виключної правової проблеми, вирішення якої мало б значення для правозастосовчої практики розгляду цивільних та господарських справ, тому автори окремої думки вважали, що ВП ВС мала прийняти справу до розгляду⁵²⁶.

Л. В. Козловська відзначає, що розгляд ВП ВС є одним із ефективних процесуальних механізмів забезпечення єдності практики. Для його дієвості ВП ВС може застосовувати саме підходи з пріоритетним використанням конституційних норм і принципів. Зокрема, розширювальне тлумачення процесуального законодавства, що неодноразово використовувалося ВП для дотримання конституційних принципів, наприклад забезпечення апеляційного та касаційного оскарження (постанова від 19.06.2018, справа №18/1544-10), застосування норм Конституції та міжнародних договорів як норм прямої дії (постанова від 11.12.2018, справа №910/8122/17) тощо. Отже, вирішення навіть дуже складної справи та формулювання правильної правової позиції ВП ВС не завжди є розв'язанням ВПП. Зазвичай це спостерігається щодо вирішення судом питань, які потребують зміни законодавчого регулювання. Основою формулювання та розв'язання ВПП для забезпечення верховенства права, яке є основним конституційним принципом і «керівним» принципом судового розгляду, є системність процесуальних норм, аналогічних статті 10 ЦПК України. Водночас системне дотримання судом принципів права саме собою є механізмом забезпечення верховенства права.

Процесуальний фільтр для передання на розгляд Великої Палати Верховного Суду справ для вирішення питання про юрисдикцію

ВП ВС у визначених законом випадках здійснює перегляд судових рішень у касаційному порядку з метою забезпечення однакового застосування судами норм права (пункт 1 частини другої статті 45 Закону України «Про судоустрій і статус суддів»). Одним із

⁵²⁶ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) абзацу восьмого пункту 5 частини першої статті 11 Закону України "Про міліцію" від 29.06.2010 № 17-рп/2010. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v017p710-10>

таких випадків є передання справи на її розгляд, коли учасник справи оскаржує судове рішення з підстав порушення правил предметної чи суб'єктної юрисдикції.

Відповідно до частини шостої статті 302 ГПК України у редакції, яка була чинною з 15 грудня 2017 року до 18 жовтня 2019 року включно, справа підлягала передачі на розгляд ВП ВС у *всіх випадках*, коли учасник справи оскаржував судове рішення з підстав порушення правил предметної чи суб'єктної юрисдикції.

19 жовтня 2019 року набрав чинності Закон України від 2 жовтня 2019 року № 142-ІХ «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо підстав передачі справи на розгляд Великої Палати Верховного Суду та щодо строків повернення справи» (далі – Закон № 142-ІХ). Цим Законом частина шоста статті 302 ГПК України викладена у новій редакції, а саме: справа підлягає передачі на розгляд ВП ВС, коли учасник справи оскаржує судове рішення з підстав порушення правил предметної чи суб'єктної юрисдикції, крім випадків, якщо:

1) учасник справи, який оскаржує судове рішення, брав участь у розгляді справи в судах першої чи апеляційної інстанції і не заявляв про порушення правил предметної чи суб'єктної юрисдикції (пункт 1).

2) учасник справи, який оскаржує судове рішення, не обґрунтував порушення судом правил предметної чи суб'єктної юрисдикції наявністю судових рішень Верховного Суду у складі колегії суддів (палати, об'єднаної палати) іншого касаційного суду у справі з подібною підставою та предметом позову у подібних правовідносинах (пункт 2).

3) ВП ВС вже викладала у своїй постанові висновок щодо питання предметної чи суб'єктної юрисдикції спору у подібних правовідносинах (пункт 3).

Після набрання чинності цими законодавчими змінами ВП ВС, неодноразово, зокрема в ухвалі від 08 вересня 2021 року у справі № 922/3322/20 формулювала підхід, відповідно до якого підстави для передачі справи на розгляд ВП ВС, коли учасник справи оскаржує судове рішення з підстав порушення правил предметної чи суб'єктної юрисдикції, прямо обмежені законодавцем в процесуальному законі, справа може бути передана на розгляд ВП ВС на підставі частини 6 статті 302 ГПК України лише за відсутності всіх трьох указаних у цій частині випадків. У разі наявності хоча б одного із перелічених у цій нормі випадків справа не підлягає передачі на розгляд ВП ВС⁵²⁷.

Такий підхід неодноразово застосований Великою Палатою Верховного Суду при вирішенні питання щодо наявності підстав для передачі справи на розгляд Великої Палати Верховного Суду.

⁵²⁷ Верховний Суд, Велика Палата, ухвала від 08.09.2021, справа № 922/3322/20, провадження № 12-43rc21. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/99786456>

У тих випадках, коли відповідний касаційний суд не наводить інших підстав, передбачених приписами статті 302 ГПК України, з відповідним обґрунтуванням для передачі справи на розгляд ВП ВС в ухвалі про передачу справи ВП ВС повертає справу відповідній колегії, як це мало місце коли вона повернула справу №922/3322/20 до КГС ВС відповідній колегії суддів для розгляду⁵²⁸.

Водночас, позиція про те, що зазначені умови для проходження процесуального фільтра для передачі юрисдикційного питання на розгляд Великої Палати слід застосовувати сукупно, не є прийнятною всіма членами ВП ВС. Так, не погоджуючись з тим, що ВП ВС повернула справу на розгляд відповідній колегії Касаційного господарського суду з підстав недотримання умов для передачі питання про юрисдикцію на розгляд Великої Палати, суддя Д. А. Гудима виклав аргументи своєї незгоди в окремій думці⁵²⁹. Він вважає, що граматичне тлумачення Великою Палатою частини шостої статті 302 ГПК України не дозволяє досягнути мети роботи ВП ВС у ситуаціях, коли подібні спори розглядають суди різної юрисдикції та відсутній відповідний висновок ВП ВС. Таке тлумачення фактично допускає можливість розгляду подібних спорів у судах різної юрисдикції, допоки у якомусь наступному спорі один із учасників справи не почне, починаючи з першої інстанції, звертати на це увагу. Він переконаний, що такий підхід до тлумачення частини шостої статті 302 ГПК України, хоч і не є помилковим з погляду граматики, але невиправданий з огляду на мету ВП ВС забезпечити однакове застосування судами норм процесуального права щодо юрисдикції, зокрема усунути юрисдикційні конфлікти та ситуації розгляду подібних спорів у судах різних юрисдикцій, а також попередити виникнення таких конфліктів і ситуацій⁵³⁰.

Д. А. Гудима звертає увагу на те, що відповідно до пояснювальної записки до проекту Закону № 1026 від 29 серпня 2019 року (який 2 жовтня 2019 року парламент прийняв як Закон № 142-IX) обґрунтування зазначених змін полягало у такому: процесуальне законодавство не дає змоги ні касаційному суду у складі Верховного Суду, ні ВП ВС запобігти зловживанню щодо «неправильної» юрисдикційності спорів, оскільки перший зобов'язаний передати справу на розгляд Великої Палати, а вона – прийняти справу до розгляду, виходячи лише із зазначення учасником справи такої підстави касаційного оскарження судового рішення як порушення судами правил юрисдикції.

⁵²⁸ Там само.

⁵²⁹ European Commission. (2014, June). Programming Period 2014-2020 Monitoring and Evaluation of European Cohesion Policy European Social Fund. Guidance Document on Indicators of Public Administration Capacity Building. URL: [https://www.ec.europa.eu/eu-justice/guidance%20Indicators%20on%20Public%20Administration%20capacity%20building%20\(3\).pdf](https://www.ec.europa.eu/eu-justice/guidance%20Indicators%20on%20Public%20Administration%20capacity%20building%20(3).pdf) [in English].

⁵³⁰ Там само.

ВП ВС за час її функціонування вже сформулювала певні висновки з більшості юрисдикційних питань, а відсутність нормативних обмежень, за яких касаційний суд міг би не передавати справу на розгляд ВП ВС, призводить до надмірного навантаження останньої та зобов'язує її розглядати подібні спори, щодо юрисдикції суду в яких вже сформульований висновок. Передача касаційними судами справ на розгляд ВП ВС з підстав порушення правил юрисдикції відбувається за сукупності таких підстав: заявлення учасником справи, який оскаржує судові рішення, про порушення правил юрисдикції під час розгляду справи в судах попередніх інстанцій; наявність різної судової практики в подібних спорах у касаційних судах інших юрисдикцій; відсутність висновків ВП ВС щодо юрисдикції у подібних спорах. Зазначені зміни покликані забезпечити ефективне функціонування ВП ВС, унеможливити зловживання учасниками справи правом на оскарження судових рішень з підстав порушення правил юрисдикції з метою передачі справи на розгляд ВП ВС, що дасть змогу її розвантажити. Отже, метою запровадження змін до частини шостої статті 302 ГПК України було не обмеження можливості передання справ на розгляд ВП ВС з метою припинення її роботи чи задля появи нових юрисдикційних конфліктів, а забезпечення ефективного функціонування ВП ВС, її розвантаження від повторюваних справ, унеможливлення зловживання учасниками справи правом на оскарження судових рішень з підстав порушення правил юрисдикції задля передачі справи на розгляд ВП ВС⁵³¹.

Тому, на думку Д. А. Гудими, частину шосту статті 302 ГПК України у редакції, чинній з 19 жовтня 2019 року, слід тлумачити з огляду на мету, поставлену суб'єктом законодавчої ініціативи та парламентом. Згідно з цільовим (телеологічним) тлумаченням приписів зазначеної частини виняток, визначений у її пункті 2, треба застосовувати у сукупності з винятками, передбаченими у пунктах 1 і 3 лише тоді, коли учасник справи, який оскаржив судові рішення та наполягає на розгляді справи у суді іншої юрисдикції, ніж той, до якого звернувся позивач, міг обґрунтувати порушення судом правил юрисдикції наявністю судових рішень Верховного Суду у складі колегії суддів (палати, об'єднаної палати) іншого касаційного суду у справі з подібною підставою та предметом позову у подібних правовідносинах, але не зробив цього. У тому випадку, коли відповідний учасник справи не міг надати таке обґрунтування через відсутність зазначених судових рішень Верховного Суду у складі колегії суддів (палати, об'єднаної палати) іншого касаційного суду, на мою думку, відсутні підстави повертати справу для продовження розгляду до касаційного суду. Так само відсутні підстави для такого

⁵³¹ European Commission. (2014, June). Programming Period 2014-2020 Monitoring and Evaluation of European Cohesion Policy European Social Fund. Guidance Document on Indicators of Public Administration Capacity Building. URL: [https://Guidance%20Indicators%20on%20Public%20Administration%20capacity%20building%20\(3\).pdf](https://Guidance%20Indicators%20on%20Public%20Administration%20capacity%20building%20(3).pdf) [in English].

повернення (а отже, для застосування винятку, визначеного у пункті 2 частини шостої статті 302 ГПК України у сукупності з винятками, передбаченими у пунктах 1 та 3 цієї частини) і тоді, коли учасник справи, який оскаржив судове рішення, наполягає на її розгляді у суді саме тієї юрисдикції, до якої звернувся позивач⁵³².

Якщо суди першої та апеляційної інстанцій закрили провадження у господарській справі, вважаючи, що спір є, наприклад, адміністративним, то за такої ситуації нерозумно у всіх випадках вимагати від особи, яка, вважаючи закриття провадження помилковим, подає касаційну скаргу, обґрунтування у цій скарзі порушення судами правил юрисдикції наявністю судових рішень Верховного Суду у складі колегії суддів (палати, об'єднаної палати) іншого касаційного суду у справі з подібною підставою та предметом позову у подібних правовідносинах (пункт 2 частини шостої статті 302 ГПК України). «Інший касаційний суд» (наприклад, адміністративний), можливо, ніколи не закривав провадження у справі з подібною підставою та предметом позову у подібних правовідносинах, бо не вважає, що такий спір слід розглядати у суді господарської юрисдикції. Такий «інший касаційний суд» може тривалий час розглядати певну категорію спорів, вважаючи, що вона належить до його юрисдикції. Тому учасник справи, який оскаржив судові рішення про закриття провадження у господарській справі, не зможе обґрунтувати касаційну скаргу тими рішеннями «іншого касаційного суду», згідно з якими подібний спір належить до юрисдикції господарського суду⁵³³.

Неможливість такого обґрунтування (а) не означає, що «інший касаційний суд» правильно розглядає справу в іншому судочинстві, ніж господарське, як і (б) не означає, що господарський суд може ухвалювати рішення в аналогічних справах за правилами господарського судочинства всупереч висновкам «іншого касаційного суду». Вказане демонструє, чому за такої ситуації може бути потреба застосувати повноваження ВП ВС, і чому виняток, визначений у пункті 2 частини шостої статті 302 ГПК України, не у всіх випадках слід застосовувати у сукупності з винятками, передбаченими у пунктах 1 і 3 цієї частини. За іншого тлумачення приписів частини шостої статті 302 ГПК України, ніж запропоноване вище, ВП ВС не зможе належно виконувати її завдання із забезпечення однакового застосування судами норм процесуального права щодо визначення юрисдикції, зокрема з попередження виникнення юрисдикційних конфліктів, а також із

⁵³² European Commission. (2014, June). Programming Period 2014-2020 Monitoring and Evaluation of European Cohesion Policy European Social Fund. Guidance Document on Indicators of Public Administration Capacity Building. URL: [https:// Guidance%20Indicators%20on%20Public%20Administration%20capacity%20building%20\(3\).pdf](https://Guidance%20Indicators%20on%20Public%20Administration%20capacity%20building%20(3).pdf) [in English].

⁵³³ European Commission. (2014, June). Programming Period 2014-2020 Monitoring and Evaluation of European Cohesion Policy European Social Fund. Guidance Document on Indicators of Public Administration Capacity Building. URL: [https:// Guidance%20Indicators%20on%20Public%20Administration%20capacity%20building%20\(3\).pdf](https://Guidance%20Indicators%20on%20Public%20Administration%20capacity%20building%20(3).pdf) [in English].

попередження виникнення таких ситуацій, коли подібні спори розглядають суди різних юрисдикцій⁵³⁴.

Той підхід до інтерпретації частини шостої статті 302 ГПК України, який ВП ВС застосувала в ухвалі від 8 вересня 2021 року у справі № 922/3322/20, на думку Д. А. Гудими, передбачає можливість визначення ВП ВС юрисдикції для розгляду спору тільки після того, як суди різної юрисдикції вже сформують протилежну практику, а учасник справи, подаючи касаційну скаргу, прямо на це вкаже. За означеного підходу, по-перше, неможливо попередити розгляд подібних спорів у судах різної юрисдикції; по-друге, забезпечення єдності практики застосування норм процесуального права щодо юрисдикції поставлене у залежність від суб'єктивного чинника, а саме від того, чи відшукає учасник справи, який подав касаційну скаргу з підстав порушення правил юрисдикції, «судові рішення Верховного Суду у складі колегії суддів (палати, об'єднаної палати) іншого касаційного суду у справі з подібною підставою та предметом позову у подібних правовідносинах». Очевидно, що задля належності виконання завдання із забезпечення єдності у застосуванні норм процесуального права щодо юрисдикції не можна було буквально тлумачити засновану на суб'єктивізмі процесуальну перешкоду для розгляду справи Великою Палатою Верховного Суду⁵³⁵.

Водночас, Д. А. Гудима визнає, що з огляду на висновок щодо застосування частини шостої статті 302 ГПК України, викладений в ухвалі Великої Палати Верховного Суду від 8 вересня 2021 року, вирішити вищевказану проблему можливо або шляхом відступу від такого висновку, або шляхом внесення змін у пункт 2 зазначеної частини (щодо обов'язкового передання на розгляд Великої Палати Верховного Суду справи для вирішення питання юрисдикції суду і тоді, коли (а) або ще відсутні судові рішення Верховного Суду у складі колегії суддів (палати, об'єднаної палати) іншого касаційного суду у справі з подібною підставою та предметом позову у подібних правовідносинах, (б) або учасник справи, який оскаржив судові рішення, наполягає на її розгляді у суді тієї юрисдикції, до якої звернувся позивач, а не іншої).

Результати запровадження процесуальних фільтрів

У 2020 році, із запровадженням нових процесуальних фільтрів, які були тут проаналізовані, зазначені вище показники навантаження Верховного Суду істотно змінюються. Надходження нових матеріалів до касаційних судів мало такий вигляд: Касаційний адміністративний суд – 37 634 (зменшення на 1 % у порівнянні з попереднім роком), Касаційний цивільний суд – 21 075 (зменшення на 19 %), Касаційний

⁵³⁴ Там само.

⁵³⁵ European Commission. (2014, June). Programming Period 2014-2020 Monitoring and Evaluation of European Cohesion Policy European Social Fund. Guidance Document on Indicators of Public Administration Capacity Building. URL: [https://guidance%20Indicators%20on%20Public%20Administration%20capacity%20building%20\(3\).pdf](https://guidance%20Indicators%20on%20Public%20Administration%20capacity%20building%20(3).pdf) [in English].

господарський суд 9 966 (зменшення на 28 %), Касаційний кримінальний суд 9630 (зростання на 5 %)⁵³⁶.

На розгляд до Великої Палати Верховного Суду надійшло 673 матеріали, а також 234 справи від касаційних судів (зменшення надходження від касаційних судів на 62 % у порівнянні з попереднім роком)⁵³⁷.

Як видно, зменшення надходжень мало місце саме у тих сферах, де було запроваджено нові, жорсткіші процесуальні фільтри, зокрема у цивільній та, особливо, у господарській юрисдикції. Також у зв'язку із запровадження процесуального фільтру для передання юрисдикційних питань на розгляд ВП ВС, істотно зменшилась кількість справ, переданих від касаційних судів.

Вже у 2021 справджуються очікування, що зменшення кількості справ, у яких касаційні суди здійснюють повноцінний касаційний перегляд, який завершується прийняттям постанов із викладенням висновків про застосування норм права, призводить до зменшення суперечностей у викладених правових позиціях, а це сприяє досягненню єдності у правозастосуванні. Також зменшення кількості справ, які Велика Палата Верховного Суду приймає для вирішення питання юрисдикції, призводить до зменшення кількості судових рішень Великої Палати, які містять обов'язкові для врахування висновки про застосування норм права, що сприяє підвищенню значення цих судових рішень і їх якості.

4.3. До питання забезпечення справедливого, неупередженого та своєчасного розгляду та вирішення цивільних справ як завдань цивільного судочинства

Статтею 2 «Завдання та основні засади цивільного судочинства» Цивільного процесуального кодексу України в редакції від 03.10.2017 року визначено завдання та основні засади цивільного судочинства. Так, відповідно до ч. 1 ст. 2 ЦПК завданням цивільного судочинства є справедливий, неупереджений та своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ. При цьому завдання тут тісно пов'язується з метою цивільного судочинства – ефективним захистом порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави.

Дещо дивним тут виглядає логіка викладення завдання і мети: в назву статті винесено саме завдання, а мета тут виглядає ніби другорядний елемент. Однак саме метою цивільного судочинства і повинні обумовлюватися всі процесуально-правові засоби, а виконання

⁵³⁶ Верховний Суд у цифрах і фактах за 2020 рік. 134 с. С. 15. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads/supreme/Zvit_2020.pdf

⁵³⁷ Там само.

завдання – забезпечувати досягнення мети. Мета є основоположним елементом для формування судочинства. Адже навіть коли справу буде розглянуто і вирішено справедливо, неупереджено і своєчасно, але права, свободи та інтереси не будуть захищені, то ані справедливість, ані неупередженість, ані своєчасність такого вирішення, тим більше – розгляду, жодної цінності для особи не матимуть.

Тому назву ст. 2 ЦПК слід викласти таким чином «Мета, завдання та основні засади цивільного судочинства». Навіть з точки зору реалізації інформативної функції права таке формулювання матиме вищу ефективність.

Привертає увагу і те, що справедливий, неупереджений і своєчасний розгляд і вирішення справи визначено як єдине завдання цивільного судочинства. З такою триєдністю можна погодитися. Але все ж слід детально з'ясувати, яким же є зміст цих понять та яке між ними співвідношення, і не лише в площині справедливість-неупередженість-своєчасність, але й у вимірі розгляду та вирішення. Тобто потрібно з'ясувати також співвідношення між справедливим розглядом і справедливим вирішенням, неупередженим розглядом і неупередженим вирішенням, своєчасністю розглядом і своєчасним вирішенням. Може з'ясуватися, що окремі з цих елементів можуть стосуватися більшою мірою або розгляду, або вирішення.

ЦПК України, на жаль, згадує про справедливість лише в ч. 1 ст. 2, а про неупередженість/упередженість – розкриваючи принцип змагальності сторін та питання відводу судді. Це свідчить про потребу глибокого теоретичного осмислення цих елементів завдання цивільного судочинства та відшукування і вирішення проблем їх правового забезпечення.

Торкаючись нещодавньої історії законодавчого закріплення завдання цивільного судочинства зауважу, що ст. 2 ЦПК 1963 р. в редакції від 15.12.1992 визначала, що завданням цивільного судочинства є охорона прав та законних інтересів фізичних осіб, держави шляхом всебічного розгляду та вирішення цивільних справ у повній відповідності з чинним законодавством. Як бачимо, те, що тоді визначалося як завдання, близьке за сутністю до актуальної мети цивільного судочинства, а шлях досягнення – до актуальних завдань. За великим рахунком, завдання – це і є шлях до мети. Вирішуючи комплекс завдань ми досягаємо мети. У завданнях цивільного судочинства на початку будівництва незалежної України все ще чітко виражався примат позитивного права та об'єктивної істини.

Первинна редакція ЦПК 2004 р. завдання цивільного судочинства закріплював у ст. 1 і формулював їх майже аналогічно актуальній редакції, за тим винятком, що це було три окремих завдання: «завданнями цивільного судочинства є справедливий, неупереджений та своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ». Вони пов'язувалися з метою захисту порушених, невизнаних або

оспорюваних прав, свобод та інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави.

Оглядаючи цивільне процесуальне законодавство країн близького та далекого зарубіжжя, теж можна виявити неоднакові підходи до визначення завдань цивільного судочинства. Так, ЦПК країни-агресора передбачає, що «завданнями цивільного судочинства є правильний і своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ з метою захисту...». Правильний розгляд і вирішення надалі використовується по тексту УПК РФ як критерій при вирішенні питань доказування, об'єднання та роз'єднання справ, притягнення до відповідальності за перешкоджання правильності і своєчасності тощо. Однак у кодексі не визначається, що саме є правильним розглядом і вирішенням. Натомість наведено визначення неправильного застосування та тлумачення норм матеріального і процесуального права у контексті перегляду судових рішень, з чого і можна опосередковано виводити зміст поняття «правильний розгляд і вирішення». Це робить розуміння завдань цивільного судочинства РФ набагато простішим і утилітарнішим, аніж розуміння завдання цивільного судочинства та правових засобів забезпечення реалізації його складових у цивільному судочинстві України.

У Цивільному процесуальному кодексі Республіки Білорусь задачі цивільного судочинства, натомість ст. 5 закріплює завдання цивільного процесуального законодавства: завданнями цивільного процесуального законодавства є забезпечення правильного та своєчасного розгляду та вирішення судами цивільних справ, виконання судових постанов та інших актів, які підлягають виконанню, захист прав та охоронюваних законом інтересів громадян та юридичних осіб. Як бачимо, перелік завдань ширший, прямо вказано, що вони поширюються також на виконання судових рішень, однак це є завданнями цивільного процесуального законодавства. Примітно, що коли у ЦПК РБ йдеться про принципи – то це принципи саме судочинства.

Статтею 4 ЦПК Республіки Молдова визначено, що завданнями цивільного судочинства є правильний, здійснюваний у розумний строк розгляд цивільних справ з метою захисту порушених або оспорюваних прав, свобод та законних інтересів фізичних та юридичних осіб та їх об'єднань, органів публічної влади, інших осіб, які ж суб'єктами цивільних, сімейних, трудових та інших правовідносин, а також захист інтересів держави та суспільства, сприяння зміцненню законності, правопорядку, запобігання випадкам порушення законів. Отже, в ЦПК РМ завдання цивільного судочинства обмежуються виключно розглядом справ.

У Цивільному процесуальному кодексі Франції не вдалося виявити норми, яка б розкривала задачі цивільного судочинства.

Статтею 1 Правил цивільного судочинства для окружних судів США (RULES OF CIVIL PROCEDURE FOR THE UNITED STATES DISTRICT

COURTS)⁵³⁸ встановлено, що суд і сторони повинні їх тлумачити, куруватися ними та використовувати їх так, щоб забезпечити справедливе, швидке і ощадливе вирішення кожного позову та судової справи (These rules govern the procedure in all civil actions and proceedings in the United States district courts, except as stated in Rule 81. They should be construed, administered, and employed by the court and the parties to secure the just, speedy, and inexpensive determination of every action and proceeding.).

Цікавим є порівняння завдання цивільного судочинства в ЦПК України зі статтею 6 Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Закріплене нею право на справедливий суд визначається як право кожного на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку належним і безстороннім судом, встановленим законом, який вирішить спір щодо його прав та обов'язків цивільного характеру... Бачимо, що вимоги до розгляду та результату розділяються приблизно так, як у ЦПК України розділяються завдання та мета. Вимоги справедливості, публічності, розумності строків, незалежності і безсторонності суду, встановленості суду законом висуваються до розгляду справ. Все це має здійснюватися з метою вирішення спору. При цьому до власне вирішення спору подібного роду вимог не висувається. Отже, вітчизняний законодавець дещо ширше застосовує вимогу справедливості – справедливим, неупередженим та своєчасним має бути і вирішення справи.

Проте судова практика ЄСПЛ свідчить про те, що вимога справедливості поширюється також на рішення по справі: гарантії ст. 6 включають зобов'язання судів надавати достатні підстави для винесення рішення, які демонструються сторонам, що їх справа була ретельно розглянута; хоча національний суд користується певним правом розсуду, обираючи аргументи і приймаючи докази, він зобов'язаний обґрунтувати свої дії підставами для винесення рішення; надані підстави повинні надавати змогу сторонам використати право на апеляцію; стаття 6 зобов'язує суди надавати підстави для винесення рішень, однак не передбачає детальної відповіді на кожний аргумент; міра застосування цього зобов'язання може різнитися в залежності від характеру рішення і може визначатися тільки зважаючи на обставини справи: необхідно брати до уваги, серед іншого, різноманітність документів і доказів, які сторонам може представити судам і різницю у положеннях, нормах звичаєвого права, юридичних оцінках і представленні та винесенні рішень між державами-учасницями; якщо подання сторони є вирішальним для результату проваджень, воно вимагає конкретної та

⁵³⁸ RULES OF CIVIL PROCEDURE FOR THE UNITED STATES DISTRICT COURTS. URL: https://www.uscourts.gov/sites/default/files/federal_rules_of_civil_procedure_-_december_2020_0.pdf

прямої відповіді. Отже, віднесення справедливості до вимог, що стосуються вирішення справи, має під собою таке суттєве підґрунтя, як практика ЄСПЛ. Попри відсутність у ЦПК України, окрім як ст. 2, згадки про справедливість, слід виявити інститути цивільного процесуального права, де вимоги справедливості стосуються не лише судового розгляду, але й вирішення справи, встановити основні ознаки справедливого розгляду та вирішення справи, виявити їх зв'язок з іншими складовими завдання цивільного судочинства.

Вимозі щодо розумного строку розгляду, без сумніву, відповідає такий елемент завдання цивільного судочинства, як своєчасний розгляд і вирішення цивільної справи. Водночас, розумність строку розгляду та своєчасність розгляду та вирішення не є поняттями тотожними. Вимогою щодо розгляду справи впродовж «розумного строку» у Конвенції підкреслюється важливість правозастосування без відкладень, що можуть зашкодити його ефективності чи правдивості. Що стосується початку відповідного строку, то він, зазвичай, розпочинається з моменту подачі заяви до компетентного суду, якщо тільки подання заяви не є передумовою для початку проваджень, у такому випадку термін провадження може включати обов'язковий попередній адміністративний розгляд. Щодо закінчення строку, то він зазвичай включає відповідне провадження загалом, враховуючи апеляційні провадження і рішення, яке врегульовує спір. Відповідно, вимога стосовно розумного строку застосовується до всіх стадій юридичних проваджень, спрямованих на вирішення спору, включаючи додаткові стадії рішення у справі. Винесення рішення будь-яким судом, таким чином, розглядається як важлива частина проваджень при розрахунку відповідного строку. Строк триває доки право, заявлене у провадженні, фактично не починає виконуватися ефективно. Провадження, що розглядаються Конституційним Судом, враховуються, коли рішення суду, який хоч і не має юрисдикції виносити рішення у справі, може вплинути на результати спорів, що розглядаються у судах загальної юрисдикції. Обґрунтованість тривалості проваджень відповідно до ст. 6 має бути оцінена окремо для кожної справи відповідно до обставин з урахуванням таких критеріїв, встановлених практикою суду: складність справи; внесок заявника і відповідних органів влади, а також предмет спору.

Отже, слід встановити співвідношення понять «вирішення протягом розумного строку» та «своєчасне вирішення». На перший погляд видається, що в процесуальному аспекті, тобто в частині того, що мається на увазі під словом «розгляд», включно із винесенням та виконанням рішення, «вирішення протягом розумного строку» є ширшим за своїм змістом, ніж «своєчасне вирішення». Розумність – це вимога, що висувається до строків при їх встановленні законодавцем чи суддею, коли встановлення конкретної тривалості процесуального строку покладається на суддю. Натомість вчасність –

це розгляд з дотриманням встановлених строків. Таким розумність строків розгляду впливає на їх тривалість при їх дотриманні.

Спірним видається віднесення до завдань цивільного судочинства України своєчасного вирішення справи. При цьому вирішення розуміється як встановлення правової визначеності, тобто вирішення матеріально-правового спору, а своєчасність – як можливість вирішити спір у момент часу, коли ще зберігається об'єктивна можливість ефективно захистити право, а суб'єкт цього права все ще зацікавлений у його захисті. З огляду на те, що строки позовної давності та інші строки звернення до суду не є предметом цивільного процесуального регулювання, а те, коли за умови дотримання процесуальних строків буде вирішено справу по суті, залежить від того, коли було здійснено звернення до суду, не може бути метою цивільного судочинства своєчасне вирішення справи. Суд не може самостійно скоротити строки звернення до суду, натомість може їх поновити, незалежно від того, чи буде відповідне рішення своєчасним в означеному аспекті. Розумність строків розгляду справи визнається однією із основних засад (принципом) цивільного судочинства.

Такому елементу завдання цивільного судочинства, як неупереджений розгляд та вирішення справи, який стосується саме суду, найбільш близькими є вимоги ст. 6 Європейської конвенції щодо незалежності і безсторонності суду, встановленого законом. Очевидно, що у ст. 2 ЦПК України презюмується, що виконання завдання цивільного судочинства і досягнення його мети покладається виключно на суд, встановлений законом. Розгляд справи неповноважним судом є підставою для скасування судового рішення. Проте повноважність суду сама по собі не тотожна неупередженості суду. Встановлення вимог до формування складу суду є лише одним з елементів забезпечення його неупередженості. Незалежність і безсторонність суду значно ближчі за сутністю до неупередженості. Видається, що вони є складовими неупередженості. Проте, це слід встановити у ході більш глибокого дослідження проблем правового забезпечення вирішення завдання цивільного судочинства.

Всі три елементи завдання цивільного судочинства отримують розвиток в основних засадах (принципах) цивільного судочинства. Важливе значення для справедливого розгляду і вирішення цивільної справи мають принципи: верховенства права; поваги до честі і гідності; гласності і відкритості судового процесу та його повного фіксування технічними засобами; пропорційності; обов'язковості судового рішення; забезпечення прав на апеляційний перегляд справи та касаційне оскарження судового рішення; неприпустимості зловживання процесуальними правами; відшкодування судових витрат сторони, на користь якої ухвалено судове рішення.

Вимоги щодо неупередженого розгляду і вирішення цивільної справи отримують розвиток у принципах: рівності усіх учасників перед законом; гласності і відкритості судового процесу та його повного фіксування технічними засобами; змагальності сторін; диспозитивності; забезпечення прав на апеляційний перегляд справи та касаційне оскарження судового рішення; неприпустимості зловживання процесуальними правами.

Своєчасному розгляду справи сприяє реалізація перш за все таких засад цивільного судочинства, як верховенство права, змагальність сторін, диспозитивність, пропорційність, обов'язковість судового рішення, забезпечення прав на апеляційний перегляд справи та касаційне оскарження судового рішення, розумність строків розгляду справи, неприпустимість зловживання процесуальними правами.

Як видно, деякі принципи розкривають не один, а кілька елементів завдання цивільного судочинства. І це цілком логічно, адже це є три елементи єдиного завдання, на забезпечення вирішення якого спрямовані всі принципи цивільного судочинства. Завдання цивільного судочинства можуть бути вирішеними лише за умови втілення відповідних принципів цивільного судочинства у конкретні інститути цивільного процесуального права.

Попри те, що принципи цивільного судочинства пронизують усі матерію цивільного процесуального законодавства, в певних інститутах превалюють одні принципи, в інших – інші. Певні інститути мають більш суттєве значення для забезпечення одних елементів завдання цивільного судочинства, інші – для забезпечення інших.

Більшою чи меншою мірою, але всі інститути цивільного процесуального права України вже були досліджені. Менш дослідженими залишаються деякі новели чинної редакції ЦПК України. Проте досліджень проблем, які властиві тим чи іншим інститутам цивільного процесуального права України, саме в контексті того, яке вони мають значення для вирішення завдання цивільного судочинства, не кожен його елемент, у науці цивільного процесуального права України поки немає. Як я вже зазначав, на вирішення завдання та досягнення мети цивільного судочинства спрямований весь зміст цивільного процесуального законодавства України, чи принаймні повинен бути спрямованим. Відповідно, дослідження справедливого, неупередженого та своєчасного розгляду цивільних справ повинно стосуватися всього змісту об'єктивного цивільного процесуального права, що навряд чи можливо здійснити на належному рівні в межах навіть докторського дослідження.

Натомість, доцільним є дослідження саме проблем забезпечення справедливого, неупередженого та своєчасного розгляду та вирішення цивільних справ. Перш за все, проблем теоретичних. Адже законодавство нам не дає відповіді на питання, що ж є справедливим розглядом та вирішенням цивільної справи, що

таке неупереджений розгляд та вирішення цивільної справи, який розгляд та вирішення цивільної справи буде своєчасним, які принципи цивільного судочинства і як спрямовуються на вирішення завдання цивільного судочинства. Лише визначившись із теоретичними засадами справедливого, неупередженого та своєчасного розгляду та вирішення цивільних справ, можна виявити і вирішити теоретичні та практичні проблеми інститутів цивільного процесуального права, які містять правові засоби забезпечення реалізації окремих елементів завдання цивільного судочинства.

Так, справедливість судового розгляду та вирішення цивільних справ тісно пов'язана з теоретичними та практичними проблемами доступу до правосуддя; забезпечення безоплатної правової допомоги, дискреційними повноваженнями суду щодо перебігу процесу; врегулюванням спору за участю судді; застосуванням принципу верховенства права; особливостями застосування законодавства при вирішенні справ, в т. ч. застосування аналогії закону та права; правом на апеляційний перегляд та касаційне оскарження, особливо з урахуванням процесуальних фільтрів; розподіл судових витрат.

Неупередженість розгляду та вирішення цивільно справи суттєвою мірою забезпечується автоматизованим розподілом цивільних справ, який, однак, міг бути знівельований шляхом вчинення певних процесуальних диверсій. Чинна редакція ЦПК України містить певні запобіжники цьому, але вони не є досконалими як з точки зору теорії, так і з точки зору практики. Ще одним засобом забезпечення неупередженого розгляду і вирішення цивільної справи є колегіальність розгляду окремих категорій справ у суді першої інстанції, а також перегляд в апеляційному та касаційному порядку. Проте значення колегіальності саме для неупередженості розгляду та вирішення справ ще належить визначити. Інститут відводів у цивільному процесі залишається однією з найважливіших гарантій неупередженості суду в теорії, проте практика свідчить про недієвість такого засобу в одних випадках та надмірну дієвість в інших. Отже, належить сформулювати теоретичне підґрунтя, яке сформує умови для ефективного відводу за наявності ознак упередженості та не допустить відводів за відсутності належних підстав. Диспозитивність цивільного процесу та змагальність сторін у ньому є, безумовно, давньою і достатньо ефективною запорукою неупередженого судочинства. Проте нові підходи до ролі суду у процесі, закріплені в чинній редакції ЦПК України, які з одного боку спрямовані на закріплення ролі суду як пасивного глядача в процесі, а з іншого наділення його окремими активними повноваженнями, змушує процесуалістів знову звертатися до питань диспозитивності цивільного судочинства та змагальності сторін у ньому.

Своєчасність судового розгляду забезпечується розумно встановленими процесуальними строками та їх дотриманням. На

інститут процесуальних строків впливають нові підходи до цивільного процесу закріплені в чинній редакції ЦПК – підготовці до справи надається значно суттєвіше значення, встановлено низку нових строків, змінено тривалість строків, які існували раніше. Слід визначити вплив нормативних та судових абсолютно та відносно визначених процесуальних строків на своєчасність розгляду справи. Новелою процесуального законодавства є закріплення переліку дій, які можуть визнаватися зловживанням процесуальним правом. Такі дії можуть суттєво перешкоджати своєчасному розгляду і вирішенню цивільної справи. Тому слід виявити, які саме недоліки цивільного процесуального законодавства все ще залишають можливість сторонам та іншим учасникам судового процесу затягувати розгляд та вирішення цивільної справи та розробити пропозиції по їх усуненню. При цьому слід чітко відмежувати зловживання цивільними процесуальними правами від невиконання процесуальних обов'язків. Проте і зловживання процесуальними правами, і невиконання процесуальних обов'язків, тягнуть за собою певні правові наслідки, які прямо або опосередковано можуть бути негативними як для особи, чії дії спричинили неможливість своєчасного розгляду чи вирішення справи, або яка порушила процесуальні строки, так і для інших осіб. Ці наслідки можуть виражатися у застосуванні засобів процесуального примусу, неможливості реального виконання судового рішення у зв'язку з несвоечасним вирішенням справи, неможливістю захисту матеріального права у зв'язку з пропуском процесуального строку тощо. Строки можуть порушуватися, і систематично порушуються, суддями. Випадки відповідальності суддів за це в умовах недоукомплектованості судів якщо і є, то вони поодинокі. Все це зумовлює потребу у систематизації правових наслідків порушення процесуальних строків.

4.4. Неупередженість як багатогранне завдання цивільного судочинства

Згідно із ст. 3 Конституції України найвищою соціальною цінністю в Україні визнається людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека. Своєю чергою, ст. 55 Конституції України передбачає, що права і свободи людини і громадянина захищаються судом. При цьому, конституційні права і свободи людини і громадянина не можуть бути обмежені, крім випадків, передбачених Конституцією України (ст. 64 Конституції України). Таким чином, загальна конституційна норма щодо захисту прав і свобод людини закріплює право кожного звернутися до суду, якщо його права чи свободи порушені або порушуються, створено або створюються перешкоди для їх реалізації або мають місце інші ущемлення прав та свобод. Зазначена норма зобов'язує суди

приймати заяви до розгляду навіть у випадку відсутності в законі спеціального положення про судовий захист.

Відмова суду у прийнятті позовних та інших заяв чи скарг, які відповідають встановленим законом вимогам, є порушенням права на судовий захист.

Конституційне право на судовий захист прав і свобод людини і громадянина відповідає положенням Міжнародного пакту про громадянські та політичні права, Конвенції про захист прав і основних свобод людини (Рим, 1950 рік), що згідно зі ст. 9 Конституції України є частиною національного законодавства України.

Так, Європейська Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року у п. 1 ст. 6 закріпила право на справедливий, публічний розгляд справи в розумний строк незалежним та неупередженим судом, створеним на підставі закону. У ст. 14 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права передбачено, що кожний громадянин має право при визначенні його прав та обов'язків у будь-якому цивільному процесі на справедливий та публічний розгляд справи компетентним, незалежним і неупередженим судом, створеним на основі закону.

Таким чином, захист судом прав і свобод людини і громадянина є не лише конституційною гарантією здійснення прав та свобод людини і громадянина, а й ознакою демократичної та правової держави.

Значене конституційне право конкретизується у ст. 2 Закону України «Про судоустрій і статус суддів», якою закріплюється завдання суду здійснити правосуддя на засадах верховенства права, забезпечення кожного право на справедливий суд та повагу до інших прав і свобод, гарантованих Конституцією і законами України, а також міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

Судовий захист відбувається з дотриманням цивільної процесуальної форми, оскільки суд та учасники цивільного процесу мають діяти у визначеному законом порядку, реалізуючи принципи цивільного процесуального права, спрямовані на досягнення мети та завдань цивільного судочинства. Саме тому завданням цивільного судочинства у ст. 2 ЦПК України визначено справедливий, неупереджений та своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ з метою ефективного захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави.

В сучасних умовах реформування процесуального законодавства та поновлення суспільної довіри до суду дослідження питання неупередженості суду при розгляді та вирішенні справ не втрачає своєї актуальності.

Окремі аспекти завдань, мети цивільного судочинства, а визначення суті неупередженості суду були предметом дослідження

таких науковців як: В. В. Комаров, С. С. Бичкова, О. В. Гетманцев, М. М. Ясинок, Т. В. Сахнова, Г. Л. Осокіна, І. Л. Петрухін, М. Й. Штефан та ін. Проте зміни, що відбулися у законодавстві та практиці його застосування вимагають переглянути існуючі підходи до розуміння неупередженості суду при розгляді та вирішенні цивільних справ.

З метою з'ясування сутності неупередженості суду в першу чергу слід з'ясувати, що розуміється під словом «неупереджений».

Так, словник української мови тлумачить «неупереджений» як такий, що не має обманної, негативної, задалегідь сформованої думки, упередження проти кого-, чого-небудь.⁵³⁹

Слід брати до уваги, що термін «неупереджений суд» використовується у процесуальних кодексах (ст. 2 ЦПК України, ст. 2 ГПК України, ст. 2 КАС України), водночас у ст. 7 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» закріплено, що кожному гарантується захист його прав, свобод та інтересів у розумні строки незалежним, безстороннім і справедливим судом, утвореним законом.

Тобто, зазначений закон використовує термін «безсторонній». Відповідно виникає питання: чи можна розглядати «неупереджений» як синонім «безстороннього»?

Безсторонній тлумачиться як такий, хто складає думку про кого-, що-небудь або щось робить на підставі об'єктивних фактів, а не особистого почуття.⁵⁴⁰

Якщо порівняти тлумачення слів «неупереджений» та «безсторонній», можна зробити висновок, що у визначенні «неупередженого» складовою є емоційний фактор, що впливає на ставлення до кого-, що-небудь, в той час як для «безсторонній» - основним фактором є об'єктивність. Тобто, «неупереджений» та «безсторонній» характеризують одну і ту ж дію з різних кутів та можуть вживатися як синоніми, що підтверджується словником синонімів.⁵⁴¹ Також синонімом слів «неупереджений» та «безсторонній» є слово «справедливий».⁵⁴²

Як вже зазначалося вказівка на неупередженість суду при розгляді і вирішенні справ міститься й у ст. 2 ГПК України, ст. 2 КАС України. Тобто неупередженість суду є загальним завданням судочинства в Україні, що має сприяти реалізації принципу верховенства права. Так, Т. Бінгем досліджуючи гарантії верховенства права, однією із них називає – наявність встановлених державою справедливих судових процедур. При цьому справедливість дослідник розуміє як ухвалення рішень незалежними й неупередженими судами. Де незалежними суди будуть коли вони можуть вільно ухвалювати рішення щодо юридичних і

⁵³⁹ Неупереджений. // Словник української мови: в 11 томах. Том 5, 1974. С. 398.

⁵⁴⁰ Безсторонній. // Словник української мови: в 11 томах. Том 1, 1974. С. 148.

⁵⁴¹ Неупередженість. URL: https://ukrainian.abcthesaurus.com/browse_synonyms/synonyms_for_%D0%BD%D0%B5%D1%83%D0%BF%D0%B5%D1%80%D0%B5%D0%B4%D0%B6%D0%B5%D0%BD%D0%B8%D0%B9.html. (дата доступу: 06.09.2021 р.).

⁵⁴² Безсторонній. URL: <https://uk.worldwidedictionary.org/%D1%81%D0%B%D1%80%D0%B0%D0%B2%D0%B5%D0%B4%D0%BB%D0%B8%D0%B8%D0%B8%D0%B9> (дата доступу: 06.09.2021 р.).

фактичних обставин справи на власний розсуд та бути вільними від будь-якого стороннього впливу або тиску, а неупередженими будуть тоді, коли вони, наскільки це можливо, відкриті, вільні від будь-яких особистих інтересів.⁵⁴³ Таким чином, дослідник при тлумаченні неупередженості суду також вказує на відсутність емоційної складової при розгляді і вирішенні судом справ.

Дещо по іншому тлумачить неупередженість суду Венеціанська комісія, яка під ним розуміє не упередженість щодо результату справи.⁵⁴⁴ В даному випадку акцент зроблений на вирішенні судом справи з відсутністю особистого, емоційного ставлення суду до матеріалів справи, учасників процесу.

Якщо поєднати наведені розуміння неупередженості суду при розгляді та вирішенні справи, то можна дійти висновку, що у суду має бути відсутність не будь-яка заінтересованість в результаті вирішення справи, а ненадання жодних переваг будь-якій із сторін. Тобто, суддя зобов'язаний проявляти рівну повагу до всіх учасникам цивільного судочинства та не проявляти до них зневагу. Думка суду повинна ґрунтуватися на тих фактах, які він встановив при безпосередньому дослідженні доказів, наданих особами, які беруть участь у справі. Тому можна повністю погодитись із висловленою позицією А. Бараком, який під неупередженістю розуміє рівне ставлення судді до сторін, надання рівних можливостей для захисту їх правової позиції. Суд, не маючи особистої заінтересованості має вирішити справу.⁵⁴⁵

В цьому визначенні називається одна із ознак неупередженості суду – рівна позиція суду до сторін справи. Водночас, якщо звернувшись до цивільної процесуальної доктрини, можна констатувати наявність як інших підходів до тлумачення неупередженості суду при розгляді і вирішенні справи, так і виокремлення інших ознак, що її характеризують.

Так, О. О. Зайцева, вважає, що неупередженість – це поняття цивільного процесу, однак у виняткових випадках може визнаватися принципом правосуддя.⁵⁴⁶

Наведене розуміння не є однозначним. Воно викликає запитання: чи може завдання цивільного судочинства бути одночасно й принципом його здійснення? Відповідь буде однозначною, що не може, оскільки принципи є основою для досягнення задач і мети цивільного судочинства.

В. М. Лебедев висловлює позицію, згідно із якою неупередженість є важливою передумовою справедливості.⁵⁴⁷

⁵⁴³ Bingham, T. (2011). The Rule of Law. Penguin, UK. P. 91.

⁵⁴⁴ Rule of Law Checklist. Venice Commission of the Council of Europe. Council of Europe. 2016. URL: https://www.venice.coe.int/images/SITE%20IMAGES/Publications/Rule_of_Law_Check_List.pdf. (дата доступу: 06.09.2021 р.).

⁵⁴⁵ Барак А. Судейское усмотрение. М., 1999. С. 252.

⁵⁴⁶ Проблемы судебной этики / под ред. М.С. Строговича. М., 1974. С. 178.

⁵⁴⁷ Лебедев В. М. Судейская беспристрастность и социальный контроль за судом // Российская юстиция. 2001. № 7. С. 2.

Частково з цією думкою можна погодитись, але неупередженість суду при розгляді і вирішенні цивільних справ, скоріше буде не передумовою справедливості, а одним із елементів реалізації принципу справедливості при здійсненні правосуддя.

Зроблений висновок підтверджується й підходом до розуміння неупередженості суду, висловленим Т. О. Савельєвою, яка вважає, що діяльність неупередженого судді спрямована на досягнення справедливості. Саме в цьому проявляється сутність правосуддя, його значущість для суспільства. Суд, будучи компетентним і неупередженим, виступає гарантом злагоди в суспільстві.⁵⁴⁸

Д. Н. Козак неупередженість суду пов'язує із рівнем довіри суспільства до суду.⁵⁴⁹ Дана теза у повній мірі співпадає із позицією Європейського суду з прав людини, який у рішенні у справі «Фей проти Австрії» зазначив, що неупередженість суду це умова довіри, яку суди у демократичному суспільстві повинні апіорно викликати в учасників цивільного процесу.⁵⁵⁰

Своєю чергою, Г. Л. Осокіна досліджуючи неупередженість суду, пов'язує її із особистими якостями судді та відзначає, що він повинен мати витримку, спокій, культуру і неупередженість. У судді має бути відсутня думка, яка сформувалась «до» і «поза» судового процесу по конкретній юридичній справі, саме це може свідчити про його неупередженість.⁵⁵¹

З такою точкою зору слід погодитись, оскільки неупередженість, в першу чергу, пов'язана із емоційним відношенням людини до чогось або когось. Тому у цивільній процесуальній доктрині неупередженість відносять до обов'язкової моральної якості судді. Так, наприклад, О. Овсяннікова, досліджуючи професійну етику суддів та працівників суду, також пов'язує неупередженість судді з його етичними якостями.⁵⁵²

Такий доктринальний підхід до розуміння неупередженості судді при здійсненні правосуддя узгоджується з положеннями такого правового акту як Кодекс суддівської етики, який був затверджений XI черговим з'їздом суддів України 22 лютого 2013 р. Згідно із ст. 7 Кодексу суддівської етики, суддя повинен старанно й неупереджено виконувати покладені на нього обов'язки та вживати заходів для

⁵⁴⁸ Савельєва Т.А. Судебная власть в гражданском процессе: автореф. дис. ...канд. юрид. наук. Саратов, 1996. С. 1.

⁵⁴⁹ Козак Д. Н. Суд в современном мире (проблемы и перспективы) // Российская юстиция. 2001. № 9. С. 3.

⁵⁵⁰ Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Фей проти Австрії» (Fey v. Austria), від 24 лютого 1993 року, Series A № 255. пп. 28, 30. URL: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:4M2OzvDsepYJ:hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/pdf%3Flibrary%3DECHR%26id%3D001-125736%26filename%3DCASE%2520OF%2520FEY%2520v.%2520AUSTRIA%2520-%2520%255BUkrainian%2520Translation%25D%2520summary%2520by%2520the%2520Lviv%2520Laboratory%2520of%2520Human%2520Rights.pdf%26logEvent%3DFalse+&cd=1&hl=ru&ct=clnk&gl=ua&client=avast-a-1> (дата доступу: 06.09.2021 р.).

⁵⁵¹ Осокіна Г.Л. Курс гражданского судопроизводства России. Общая часть: учебное пособие. Томск, 2002. С. 514.

⁵⁵² О. Овсяннікова. Професійна етика суддів та працівників суду як чинник, що впливає на формування громадської думки. // Підприємництво, господарство і право. 2016. № 8. С. 198.

поглиблення своїх знань та вдосконалення практичних навичок. Водночас, у ст. 10 цього кодексу зазначається, що суддя повинен виконувати свої обов'язки безсторонньо і неупереджено та утримуватися від поведінки, будь-яких дій або висловлювань, що можуть призвести до виникнення сумнівів у рівності професійних суддів, народних засідателів та присяжних під час здійснення правосуддя, а у ст. 15 прямо вказується, що неупереджений розгляд справ є основним обов'язком судді.

Про те, що неупередженість при розгляді і вирішенні цивільної справи є обов'язком, до того ж не лише судді вказує й ч. 2 ст. 2 ЦПК України, якою закріплене положення, що суд та учасники судового процесу зобов'язані керуватися завданням цивільного судочинства, яке превалює над будь-якими іншими міркуваннями в судовому процесі.

Таким чином, неупередженість суддя має проявляти під час розгляду і вирішення справи не лише до сторін, а й усіх учасників цивільного процесу.

Якщо суддя заздалегідь передбачає результат розгляду справи, проявляючи особисту заінтересованість та досліджує лише ті докази, які підтверджують бажане для нього рішення, то судовий розгляд набуває характеру одностороннього, в якому втрачається неупередженість. На неприпустимість таких дій судді під час розгляду і вирішення справи вказує й Європейський суд з прав людини у своєму рішенні від 12.12.2005 р. у справі «Киприану проти Кипру» (Kyprianou – Cyprus) (заява № 73797/01).⁵⁵³

На таку обставину, досліджуючи неупередженість суду, звертав увагу Ю. В. Чуфаровский, який зазначав, що досвідчений суддя відрізняється неупередженістю і витримкою, високою відповідальністю за прийняті рішення та принциповістю.⁵⁵⁴ Тобто, вчений також відносить неупередженість до особистих якостей судді та розглядає як складову особистого характеру людини. Неупередженість одночасно виступає як моральна якість судді та як вимога до його поведінки під час розгляду та вирішення цивільних справ. Неупередженість має бути у всій процесуальній діяльності судді, починаючи зі стадії відкриття провадження у справі та закінчуючи ухваленням судового рішення, вона має проявлятися й у взаєминах суду з учасниками процесу.

Т. Ю. Якимова зазначає, що неупередженість суду проявляється в: 1) спокої та гідності суді під час розгляду справи; 2) неприпустимості

⁵⁵³ Справа «Киприану проти Кипру» (Kyprianou – Cyprus) (заява № 73797/01) (рішення від 12.12.2005 р.). URL: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:foRaW04M4HJ:hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/pdf%3Flibrary%3DECHR%26id%3D001-185915%26filename%3DCASE%2520OF%2520KYPRIANO%2520v.%2520CYPRUS%2520%25E2%2580%2593%2520%25BRussian%2520translation%25D%2520summary%2520by%2520Development%2520of%2520Legal%2520Systems%2520Publ.%2520Co%2520.pdf%26logEvent%3DFalse+&cd=1&hl=ru&ct=clnk&gl=ua&client=avast-a-1> (дата доступу: 16.09.2021 р.).

⁵⁵⁴ Чуфаровский Ю. Ф. Юридическая психология. М.: Право и Закон, 1997. С. 305.

надмірної емоційності зауважень судді; 3) використанні однакового тону при зверненні до учасників процесу.⁵⁵⁵

Таким чином, неупередженість слід розглядати як моральний критерій, що висувається до особистості судді, як вимоги до поведінки судді в судочинстві. Неупередженість безпосередньо пов'язана із справедливістю та має забезпечувати реалізацію як об'єктивності, так й справедливості.

Сумлінність та культура судді під час розгляду та вирішення цивільної справи забезпечують справедливість цивільного судочинства. З цього приводу В. М. Шерстюк зазначав, що рівень культури ведення цивільного судочинства залежить від рівня освіти, ерудиції всіх працівників суду і в першу чергу суддів.⁵⁵⁶

На обачність судді вказується й у рішенні Європейського суду з прав людини. Так, у справі «Buscemi v. Italy» (заява № 29569/95, рішення від 16 вересня 1999 р.) Суд зазначив, що від судових органів вимагається проявляти максимальну обачність щодо справ, які вони розглядають, щоб зберегти свій імідж як неупереджених суддів. Ця обачність повинна стримувати їх від використання преси, навіть якщо їх провокують до цього. Цей обов'язок накладає високі вимоги на правосуддя й характер повноважень суду. У зазначеній справі голова суду публічно зробив заяви, які вказували на те, що він уже сформував неприхильну думку щодо справи заявника до того, як почав головувати у справі. На думку Суду, ці висловлювання були такими, що об'єктивно виправдали побоювання заявника щодо неупередженості суду. Отже, мало місце порушення ст. 6 Конвенції (п. п. 64–69 рішення).⁵⁵⁷

Оскільки особистість судді уособлює всю судову владу в цілому, тому суддя пам'ятаючи про це має проявляти культуру ведення процесу: бути тактовним, ввічливим, толерантним і поважним до всіх присутніх в залі судового розгляду, а не тільки до учасників судового процесу, не допускати зверхності, грубості і зневажливих дій, що принижують людську гідність.

Культура правосуддя включає в себе юридичні, організаційні, особистісні та інші засоби, що мають забезпечити необхідну якість правосуддя. Л. Н. Топильська ототожнює правову культуру зі своєрідним феноменом життя суспільства.⁵⁵⁸ (

Окрім дотримання культури поведінки, суддя повинен сумлінно виконувати свої функціональні обов'язки, до яких належить й неупередженість під час розгляду та вирішення цивільної справи.

⁵⁵⁵ Якімова Т.Ю. Объективность суда в стадии судебного разбирательства: дис. ...канд. юрид. наук. Краснодар, 2004. С. 29.

⁵⁵⁶ Гражданский процесс: учебник / под ред. М.К. Треушникова. М.: Городец-издат, 2003. С. 288.

⁵⁵⁷ Справа «Buscemi v. Italy». Европейський суд з прав людини (рішення від 16 вересня 1999 р.). URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/SO2377.html (дата доступу: 16.09.2021 р.).

⁵⁵⁸ Топильская Л. Как нам обустроить судебную власть // Российская юстиция. 2000. № 11. С. 15.

Досліджуючи прояви неупередженості при розгляді і вирішенні цивільних справ не можна залишити осторонь позицію Європейського суду з прав людини, який в своїх рішеннях сформулював критерії неупередженості. Так, у п.п. 104-106 рішення Європейського суду з прав людини від 9 січня 2013 року по справі «Олександр Волков проти України» (заява № 21722/11) зазначено, що як правило, безсторонність означає відсутність упередженості та необ'єктивності. Згідно з усталеною практикою Суду існування безсторонності для цілей пункту 1 статті 6 Конвенції повинно встановлюватися згідно з: (i) суб'єктивним критерієм, врахувавши особисті переконання та поведінку конкретного судді, тобто чи мав суддя особисту упередженість або чи був він об'єктивним у цій справі, та (ii) об'єктивним критерієм, іншими словами, шляхом встановлення того, чи забезпечував сам суд та, серед інших аспектів, його склад, достатні гарантії для того, щоб виключити будь-який обґрунтований сумнів у його безсторонності.⁵⁵⁹

Таким чином, Європейський суд з прав людини також неупередженість пов'язує як з особистими якостями судді і обов'язком суду його забезпечити відповідним складом в процесі розгляду і вирішенні справи, а також неупередженість взаємозалежна та взаємозабезпечується об'єктивністю, що у своєму поєднанні мають забезпечити справедливий розгляд та вирішення справи.

Водночас у наведеному рішенні вказується як суб'єктивний так й об'єктивний критерій для виявлення наявності чи відсутності неупередженості судді під час розгляду і вирішення справ.

З цього приводу Європейський суд з прав людини у своєму рішенні від 12.12.2005 р. у справі «Киприану проти Кипру» (Kyprianou – Cyprus) (заява № 73797/01), у п. 119 зазначив, що між суб'єктивною й об'єктивною безсторонністю немає беззаперечного розмежування, оскільки поведінка судді не тільки може викликати об'єктивні побоювання щодо його безсторонності з погляду стороннього спостерігача (об'єктивний критерій), а й може бути пов'язана з питанням його або її особистих переконань (суб'єктивний критерій).⁵⁶⁰ Проте, у п. 32 рішенні від 10 червня 1996 р. у справі «Pullar v. the United Kingdom» Європейський суд з прав людини передбачив, що у випадках, коли докази для спростування презумпції

⁵⁵⁹ Справа «Олександр Волков проти України» Європейський суд з прав людини (рішення від 9 січня 2013р.). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_947#Text (дата доступу: 16.09.2021 р.).

⁵⁶⁰ Справа «Киприану проти Кипру» (Kyprianou – Cyprus) (заява № 73797/01) Європейський суд з прав людини (рішення від 12.12.2005 р.). URL: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:foRaWO4M4HIJ:hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/pdf%3Flibrary%3DECHR%26id%3D001-185915%26filename%3DCASE%2520OF%2520KYPRIANOU%2520v.%2520CYPRUS%2520%25E2%2580%2593%2520%25BRussian%2520translation%255D%2520summary%2520by%2520Development%2520of%2520Legal%2520Systems%2520Publ.%2520Co%2520.pdf%26logEvent%3DFalse&ccd=1&hl=ru&ct=clnk&gl=ua&client=avast-a-1> (дата доступу: 16.09.2021 р.).

суб'єктивної безсторонності судді отримати складно, додаткову гарантію дасть вимога об'єктивної безсторонності.⁵⁶¹

Таким чином, і практика Європейського суду з прав людини, і законодавство України, і доктрина цивільного процесуального права неупередженість суду пов'язують із відсутністю заінтересованості судді, який розглядає та вирішує цивільну справу. Водночас, слід зазначити, що мова не йде про будь-яку заінтересованість, а лише особисту прихильність до сторони спору, особисте суб'єктивне сприйняття та оцінка доказів тощо. Заінтересованість у судді має бути, оскільки вона сама по собі є елементом вольового фактору дії. Відтак, згідно із ст. 2 ЦПК України заінтересованість судді при розгляді і вирішенні справи має бути спрямована на досягнення мети: ефективного захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави.

Також, оскільки неупередженість це не лише завдання цивільного судочинства, а й обов'язок судді під час розгляду і вирішення справи, такий обов'язок забезпечується, у передбачених законом, випадках настанням негативних наслідків, у разі його не виконання, для судді. Як зазначає І. Л. Петрухіна законодавство містить складну систему гарантій, покликаних забезпечити як об'єктивну, так і суб'єктивну неупередженість судді в процесі розгляду ним справи.⁵⁶²

У цивільній процесуальній доктрині основними складовими, що забезпечують неупередженість судового розгляду називають: інститут відводу та самовідводу суддів; наявність правил щодо підсудності; правил оцінки та дослідження доказів; морально-етичні якості судді; матеріальне забезпечення діяльності суддів; безстрокове обрання суддів на посаду.⁵⁶³

Так, Європейський суд з прав людини у справах Делкурта (А 11 параграф 31), П'єрсакса (А 53 параграф 30) і де Куб бера (А 86 параграф 26), зазначив, що будь-який суддя, стосовно неупередженості якого є обґрунтований сумнів, повинен заявити самовідвід.⁵⁶⁴

Водночас, Європейський суд з прав людини у своєму рішенні сформулював презумпцію неупередженості судді: суду потрібні докази фактичної наявності упередженості судді для відсторонення його від справи. Причому, суддя вважається безстороннім, якщо

⁵⁶¹ Справа «Pullar v. the United Kingdom», Європейський суд з прав людини (рішення від 10 червня 1996 р.). URL: <https://european-court.eu/resheniya-evropejskogo-suda-na-russkom-yazyke/pullar-protiv-soedinennogo-korolevstva-pullar-v-the-united-kingdom-postanovlenie-evropejskogo-suda/> (дата доступу: 16.09.2021 р.).

⁵⁶² Судебная власть / Под ред. И.Л. Петрухина. М.: ТК Велби, 2003. С. 213-241.

⁵⁶³ Татулич І. Ю. Неупереджений судовий розгляд – гарантія досягнення основних завдань цивільного судочинства. // Правова держава. № 24. 2016. С. 157.

⁵⁶⁴ Рум'янцева В. В. Поняття «безсторонній і незалежний суд» в сенсі §1 статті 6 Конвенції про захист прав і основних свобод людини. URL: https://minjust.gov.ua/m/str_1955 (дата доступу: 16.09.2021 р.);

тільки не з'являються докази протилежного. Таким чином, існує презумпція неупередженості судді, а якщо з'являються сумніви щодо цього, то для його відводу в ході об'єктивної перевірки має бути встановлена наявність певної особистої заінтересованості судді, певних його прихильностей, уподобань стосовно однієї зі сторін у справі. При цьому враховується думка сторін, однак вирішальними є результати об'єктивної перевірки.⁵⁶⁵

Застосування до судді таких заходів як відвід (самовідвід) можливо лише, коли є об'єктивні підстави підозрювати його в упередженості під час розгляду і вирішення цивільних справ.

Так, ч. 1 ст. 37 ЦПК України безпосередньо закріплює підстави для відводу (самовідводу) судді з метою забезпечення неупередженості судді під час розгляду і вирішення цивільної справи. Безпосередньо суддя не може розглядати справу і підлягає відводу (самовідводу), якщо: 1) він є членом сім'ї або близьким родичем (чоловік, дружина, батько, мати, вітчим, мачуха, син, дочка, пасинок, падчерка, брат, сестра, дід, баба, внук, внучка, усиновлювач чи усиновлений, опікун чи піклувальник, член сім'ї або близький родич цих осіб) сторони або інших учасників судового процесу, або осіб, які надавали стороні або іншим учасникам справи правничу допомогу у цій справі, або іншого судді, який входить до складу суду, що розглядає чи розглядав справу; 2) він брав участь у справі як свідок, експерт, спеціаліст, перекладач, представник, адвокат, секретар судового засідання або надавав стороні чи іншим учасникам справи правничу допомогу в цій чи іншій справі; 3) він прямо чи побічно заінтересований у результаті розгляду справи; 4) було порушено порядок визначення судді для розгляду справи; 5) є інші обставини, що викликають сумнів в неупередженості або об'єктивності судді.

Водночас, незгода сторони з процесуальними рішеннями судді, рішеннями або окремою думкою судді в інших справах, висловлена публічно думка судді щодо того чи іншого юридичного питання не може бути підставою для відводу (ч. 4 ст. 37 ЦПК України).

Слід також брати до уваги, що право на подання заяви про відвід судді від учасників процесу з підстав наявності у них сумнівів у його неупередженості та об'єктивності є не лише забезпеченням реалізації обов'язку судді (неупереджений розгляді вирішення справи), а й однією з гарантій законності здійснення правосуддя.

Підсумовуючи викладене можна зробити наступні висновки: по-перше, неупередженість суду є загальною задачею судочинства, що конкретизується у цивільній процесуальній формі судочинства та опосередковується обов'язком судді неупереджено розглядати та вирішувати цивільні справи; по-друге, неупередженість суду, маючи

⁵⁶⁵ Справа «Hauschildt v. Denmark». Європейський суд з прав людини (рішення від 24 травня 1989 р. (скарга № 10486/83)). URL: <https://european-court.eu/resheniya-evropejskogo-suda-na-russkom-yazyke/xaushildt-protiv-danii-postanovlenie-evropejskogo-suda/> (дата доступу: 16.09.2021 р.).

суб'єктивну складову, пов'язана із відсутністю особистої, безпосередньої, пов'язаної із емоційним переконанням або ставленням до сторін або матеріалів справи, заінтересованості судді у розгляді та вирішенні цивільної справи; сама по собі заінтересованість судді має бути спрямована на досягнення мети цивільного судочинства – ефективного захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави; об'єктивна складова неупередженості суду визначається законодавством, шляхом встановлення гарантій її додержання через закріплення підстав, наприклад, для відводу (самовідводу) судді; по-третє, неупередженість є моральною вимогою, що висувається до особистості судді, як вимоги до поведінки судді в судочинстві; по-четверте, неупередженість безпосередньо пов'язана із реалізацією принципу законності, а також має забезпечувати реалізацію як об'єктивності, так й справедливості.

Авторський колектив:

Берестова Ірина Єрївна – доктор юридичних наук, професор, провідний науковий співробітник лабораторії захисту суб'єктивних прав відділу проблем приватного права (підрозділ 4.1)

Бернацький Микита Віталійович – кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник відділу проблем приватного права (підрозділ 2.3)

Васильєва Валентина Антонівна – доктор юридичних наук, професор, головний науковий співробітник лабораторії проблем корпоративного права відділу правового забезпечення ринкової економіки (підрозділ 3.8)

Васильєва Вікторія Валентинівна – кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник лабораторії проблем корпоративного права відділу правового забезпечення ринкової економіки (підрозділ 3.10)

Вінтоняк Наталія Дмитрівна – кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник лабораторії проблем корпоративного права відділу правового забезпечення ринкової економіки (підрозділ 3.11)

Гайдулін Олександр Олександрович – доктор юридичних наук, кандидат філософських наук, доцент, старший науковий співробітник лабораторії захисту суб'єктивних прав відділу проблем приватного права (підрозділ 1.1)

Галянтич Микола Костянтинович – доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент НАПрН України, завідувач відділу проблем приватного права (підрозділ 1.3)

Гончаренко Олена Миколаївна – доктор юридичних наук, доцент, провідний науковий співробітник відділу правового забезпечення ринкової економіки (підрозділ 3.5)

Давидова Наталія Олександрівна – доктор юридичних наук, професор, провідний науковий співробітник відділу проблем приватного права (підрозділ 1.8)

Деревянко Богдан Володимирович – доктор юридичних наук, професор, головний науковий співробітник відділу міжнародного приватного права та правових проблем євроінтеграції (підрозділ 2.2)

Долінська Анна Миколаївна – доктор філософії у галузі «Право», науковий співробітник лабораторії адаптації законодавства України

до права ЄС відділу міжнародного приватного права та правових проблем євроінтеграції (підрозділ 2.4)

Заїка Юрій Олександрович – доктор юридичних наук, професор, головний науковий співробітник відділу проблем приватного права (підрозділ 1.5)

Запорожченко Аркадій Віталійович – молодший науковий співробітник відділу міжнародного приватного права та правових проблем євроінтеграції (підрозділ 2.6)

Іщук Анатолій Юрійович – молодший науковий співробітник лабораторії адаптації законодавства України до права ЄС відділу міжнародного приватного права та правових проблем євроінтеграції (підрозділ 2.5)

Ковалишин Олександр Романович – кандидат юридичних наук, доцент, старший науковий співробітник відділу правового забезпечення ринкової економіки (підрозділ 3.6)

Короленко Віталій Михайлович – кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник, провідний науковий співробітник лабораторії захисту суб'єктивних прав відділу проблем приватного права (підрозділ 4.3)

Король Володимир Іванович – доктор юридичних наук, старший науковий співробітник, завідувач відділу міжнародного приватного права та правових проблем євроінтеграції (підрозділ 3.1)

Крупчан Олександр Дмитрович – доктор юридичних наук, професор, дійсний член (академік) НАПрН України, директор (вступне слово)

Махінчук Віталій Миколайович – доктор юридичних наук, професор, заступник директора з наукової роботи (підрозділ 3.2)

Менделя Олена Олегівна – молодший науковий співробітник відділу проблем приватного права (підрозділ 1.9)

Миронова Галина Анатоліївна – доктор юридичних наук, кандидат філософських наук, старший науковий співробітник, провідний науковий співробітник відділу міжнародного приватного права та правових проблем євроінтеграції (підрозділ 1.7)

Нагнибіда Володимир Іванович – доктор юридичних наук, доцент, завідувач лабораторії адаптації законодавства України до права ЄС відділу міжнародного приватного права та правових проблем євроінтеграції (підрозділ 2.1)

Пільков Костянтин Миколайович – кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник відділу міжнародного приватного права та правових проблем євроінтеграції (підрозділ 4.2)

Полюхович Валерій Іванович – доктор юридичних наук, старший науковий співробітник, завідувач відділу правового забезпечення ринкової економіки (підрозділ 3.3)

Попович Тетяна Григорівна – кандидат юридичних наук, старший дослідник, учений секретар (підрозділ 1.2)

Примак Володимир Дмитрович – доктор юридичних наук, провідний науковий співробітник лабораторії адаптації законодавства України до права ЄС відділу міжнародного приватного права та правових проблем євроінтеграції (підрозділ 1.4)

Семіног Світлана Володимирівна – кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник відділу міжнародного приватного права та правових проблем євроінтеграції (підрозділ 3.4)

Сіщук Ліліана Василівна – кандидат юридичних наук, доцент, завідувач лабораторії проблем корпоративного права відділу правового забезпечення ринкової економіки (підрозділ 3.9)

Черненко Олена Анатоліївна – кандидат юридичних наук, старший науковий співробітник відділу правового забезпечення ринкової економіки (підрозділ 3.7)

Чудик-Білоусова Надія Іванівна – кандидат юридичних наук, доцент, старший науковий співробітник лабораторії адаптації законодавства України до права ЄС відділу міжнародного приватного права та правових проблем євроінтеграції (підрозділ 1.6)

Штефан Олена Олександрівна – доктор юридичних наук, доцент, провідний науковий співробітник лабораторії захисту суб'єктивних прав відділу проблем приватного права (підрозділ 4.4)

Наукове видання

МЕТОДОЛОГІЧНІ ПИТАННЯ
ПРИВАТНОГО ПРАВА

монографія

За редакцією докт. юрид. наук, проф., академіка (дійсного члена)
Національної академії правових наук України О. Д. Крупчана та
докт. юрид. наук, проф. З. В. Ромовської

Відповідальна за випуск Т. Г. Попович

Підписано до друку 01.10.21. Формат 60x84/16
Гарн. Calibri. Обл.-вид. арк. 20,5 Зам № 21-011
Офс. друк. Папір офс. № 1.

Видавець: Науково-дослідний інститут приватного права
і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака НАПрН України,
вул. Раєвського, 23-а, 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 року