МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ

**ХМЕЛЬНИЦЬКИЙ УНІВЕРСИТЕТ УПРАВЛІННЯ ТА ПРАВА
ІМЕНІ ЛЕОНІДА ЮЗЬКОВА**

ТЕНДЕНЦІЇ СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТКУ ЗОБОВ'ЯЗАЛЬНОГО ПРАВА

ХМЕЛЬНИЦЬКИЙ – 2024

УДК 347.4
Т 33

Рекомендовано до друку вченою радою
Хмельницького університету управління та права
імені Леоніда Юзькова
(протокол № 07 від 27 грудня 2023 року)

Автори:
Анікіна Г. В., Абросімов С. А., Бабійчук В. М., Бліхар М. М., Васильєв В. В., Ватрас В. А., Гарієвська М. Б., Гринько С. Д., Гринько Р. В., Грицишина Л. В., Завадська О. П., Заверуха С. В., Левицький М. О., Лозінська С. В., Омельчук О. М., Панченко С. В., Панченко С. С., Погребняк М. В., Романюк В. А., Ромась М. І., Ромась Д. С., Самбір О. Є., Трач О. М., Черняк О. Ю., Чорна Ж. Л., Якимчук С. О.

Головний редактор: *С. Д. Гринько*
Упорядник-укладач: *О. М. Трач*

Рецензенти:
Є. О. Харитонов — доктор юридичних наук, професор, член-кореспондент Національної академії правових наук України, заслужений діяч науки і техніки України, завідувач кафедри цивільного права Національного університету «Одеська юридична академія»;

С. Б. Булеца — докторка юридичних наук, професорка, завідувачка кафедри цивільного права та процесу Ужгородського національного університету;

А. В. Зеліско — докторка юридичних наук, професорка, професорка кафедри цивільного права Юридичного інституту Прикарпатського національного університету імені Василя Стефаника.

ISBN 978-617-7572-79-3

Т 33 **Тенденції становлення та розвитку зобов'язального права** : колективна монографія / Анікіна Г. В., Абросімов С. А., Бабійчук В. М. та ін. ; голов. ред. С. Д. Гринько. Хмельницький : Видавництво Хмельницького університету управління та права імені Леоніда Юзькова, 2024. 668 с. (*Серія «Парадигма управління та права»*)

У монографії представлено результати наукових досліджень членів наукової школи «Хмельницька школа приватного права», науково-педагогічних працівників та аспірантів Хмельницького університету управління та права імені Леоніда Юзькова, присвячених тенденціям становлення та розвитку зобов'язального права.

Охарактеризовано передумови становлення та розвитку загального вчення про зобов'язання, основні проблеми теорії та практики договірних зобов'язань, сучасні тенденції розвитку деліктних зобов'язань, а також особливості захисту цивільних прав та інтересів учасників зобов'язальних правовідносин.

Монографія розрахована на фахівців із зобов'язального права, цивільного права та цивільного процесу, міжнародного та європейського права та всіх, хто цікавиться питаннями приватного права.

УДК 347.4

ISBN 978-617-7572-79-3

© Авторський колектив, 2024

ЗМІСТ

ПЕРЕДМОВА (*Омельчук О. М.*).....5

ВСТУПНЕ СЛОВО (*Гринько С. Д.*)..... 6

Презентація наукової школи «Хмельницька школа приватного права» (*Гринько С. Д.*)..... 9

РОЗДІЛ 1. Передумови становлення та розвиток загального вчення про зобов'язання 15

1.1. Вплив природного права на поведінку людини як учасника зобов'язальних правовідносин (*Бліхар М. М., Омельчук О. М.*).....15

1.2. Особливості цивільно-правового статусу військовослужбовців як учасників зобов'язальних правовідносин (*Левицький М. О.*)..... 46

1.3. Поняття, підстава та види суброгації в зобов'язальному праві України (*Самбір О. Є.*).....74

1.4. Значення припинення шлюбу в зобов'язальних правовідносинах (*Грицишина Л. В.*).....100

1.5. Розвиток іпотечних зобов'язань у країнах стародавнього світу (*Лозінська С. В.*).....126

РОЗДІЛ 2. Основні проблеми теорії та практики договірних зобов'язань.....154

2.1. Сучасна концепція договірного права в контексті наближення правопорядків України та ЄС (*Черняк О. Ю.*).....154

2.2. Поняття та види джерел цивільного договірного права (*Панченко С. В.*).....177

2.3 Поняття та види строку цивільно-правового договору (*Панченко С. С.*)..... 207

2.4. Поняття та ознаки договірних зобов'язань за участю держави Україна (*Ромась М. І.*)..... 246

2.5. Договірні боргові грошові зобов'язання за участю третіх осіб у цивільному праві України (*Васильєв В. В.*).....272

2.6. Розірвання договору довічного утримання (догляду) як спеціальна підстава припинення зобов'язання (*Погребняк М. В.*).....301

2.7. Смерть як підстава припинення договірного зобов'язання (*Анікіна Г. В.*).....330

2.8. Сімейні договори як вид сімейних зобов'язань та як соціальний регулятор сімейних відносин (*Ватрас В. А.*)..... 347

ЗМІСТ

РОЗДІЛ 3. Сучасні тенденції розвитку деліктних зобов'язань 368
3.1. Поняття та сутність деліктних зобов'язань у сучасному цивільному праві України (*Гринько С. Д.*) 368
3.2. Актуальні проблеми виникнення зобов'язань із відшкодування шкоди, завданої військовослужбовцем внаслідок виконання наказу командира (*Гринько С. Д.*) 378
3.3. Поняття та особливості цивільно-правової відповідальності за шкоду, завдану терористичним актом (*Гринько С. Д., Завадська О. П.*) 388
3.4. Поняття, ознаки та класифікація атракціонів як джерела завдання шкоди (*Бабійчук В. М*) 414

РОЗДІЛ 4. Захист цивільних прав та інтересів учасників зобов'язальних правовідносин 446
4.1. Застосування позовної давності в механізмі захисту цивільних прав та інтересів (*Романюк В. А.*) 446
4.2. Поняття та ознаки заходів оперативного впливу в зобов'язальних правовідносинах (*Гринько Р. В.*) 472
4.3. Особливості захисту учасників відносин із договорів купівлі-продажу за законодавством України та ЄС (*Абросімов С. А.*) 494
4.4. Цивільно-правова відповідальність у механізмі виконання договору купівлі-продажу (*Заверуха С. В.*) 523
4.5. Особливості застосування заходів цивільно-правової відповідальності за порушення авторського права (*Ромась Д. С., Ромась М. І.*) 548
4.6. Захист майнових прав малолітніх і неповнолітніх осіб при укладанні договорів, пов'язаних з відчуженням майна (*Чорна Ж. Л.*) 568
4.7. Забезпечення позову у справах, що виникають із зобов'язальних правовідносин (*Гарієвська М. Б.*) 598
4.8. Порядок розгляду цивільних справ судом апеляційної інстанції (*Трач О. М.*) 622
4.9. Захист інтересів стягувача, боржника та держави у виконавчому провадженні щодо зобов'язальних відносин (*Якимчук С. О.*) 648

АВТОРСЬКИЙ КОЛЕКТИВ 666

ПЕРЕДМОВА

Сьогодні Україна впевнено крокує шляхом прийняття важливих, доленосних рішень, здійснює реформаційні перетворення у всіх сферах життєдіяльності суспільства, створює ефективну систему багаторівневого публічного врядування, реалізуючи стратегічний курс держави та фундаментальні національні інтереси, а саме набуття повноправного членства України в Європейському Союзі та Організації Північноатлантичного договору. Проблеми державотворення породжують кризові стани правової політики держави, деформують політичну і правову свідомість окремого члена соціуму та призводять до проблем реалізації права та нігілізму до всіх політико-правових явищ з боку громадськості. Спільне завдання органів публічної влади та академічної спільноти полягає в тому, щоб розробити та застосовувати найсучасніші управлінські та правові механізми, інструменти та технології, засобами наукового пізнання сприяти досягненню пріоритетних цілей держави, адекватно реагувати на виклики сьогодення, ефективно вирішувати проблемні питання та попереджувати реальні та потенційні загрози.

Цим виданням ми розпочинаємо серію монографічних досліджень «Парадигма управління та права», виконаних у межах університетської наукової теми «Управлінські та правові засади забезпечення сталого розвитку України як європейської держави». Монографії, які будуть підготовлені науково-педагогічними та науковими працівниками університету, об'єднуватимуть ключові питання управління та права, що сприятиме формуванню цілісного уявлення про ціннісні аспекти розвитку Української держави. Проблематика монографічних досліджень охоплюватиме проблеми публічного управління, зміни парадигми діяльності органів влади, специфіку різних галузей права, гносеологічні межі і можливості пізнання права, філософське осмислення правової реальності тощо.

Впевнений, що підготовлені колективом університету наукові видання сприятимуть отриманню об'єктивної картини дійсності, врахуванню широкого спектра передумов діяльності та вибору оптимального набору засобів реалізації цілей у контексті забезпечення сталого розвитку України як європейської, демократичної, правової держави.

Ректор Хмельницького університету управління та права імені Леоніда Юзькова,
доктор юридичних наук, професор, заслужений юрист України
Олег ОМЕЛЬЧУК

ВСТУПНЕ СЛОВО

«Aut obligationes ex contractu sunt aut quasi ex contractu
aut ex maleficio aut quasi ex maleficio»,
зобов'язання виникають або із договору, або із квазідоговору,
або із делікту, або із квазіделікту
(Гай, Інституції, 3.13.2)[1].

Зобов'язальне право постійно привертає увагу дослідників різних часів. Такий інтерес можна пояснити тим, що його предметом є зобов'язальні правовідносини, у межах яких виникають права та обов'язки між суб'єктами цивільного права. Водночас зобов'язальні правовідносини постійно видозмінюються, зокрема щодо підстав виникнення та припинення елементів, змісту та захисту цивільних прав та інтересів їхніх учасників. У зв'язку з цим, у Хмельницькому університеті управління та права імені Леоніда Юзькова активно проводяться дослідження в галузі зобов'язального права, починаючи з історії становлення та розвитку зобов'язального права, впливу ідей римських юристів на формування конструкції зобов'язального права України, в контексті сучасної правової думки щодо загальних положень та окремих видів зобов'язань, що формується у процесі наближення правопорядків України та Європейського Союзу.

Зокрема виникає необхідність у формуванні нових договірних конструкцій (наприклад, щодо таймшеру, віртуальних активів). Варто відзначити й потребу у вирішенні питань щодо відшкодування шкоди, завданої безпілотними транспортними засобами, гіроскутером, ховербордом, моноколесом, сегвеєм, електроскутером та іншими електричними пристроями, створеними задовольняти потреби населення в пересуванні, що є своєрідним ноу-хау в транспортній галузі.

Необхідно й згадати й про такий важливий науковий напрямок, як відшкодування шкоди, завданої атракціонами, оскільки стрімкий розвиток науково-технічного прогресу у сфері розваг та відпочинку спричинив виникнення нових видів атракціонів, наприклад, віртуальної реальності.

Сьогодні головними загрозами стабільності держав є тероризм та гібридні війни, тому своєрідним доповненням до теоретичного аналізу зобов'язань стали дослідження відшкодування шкоди, завданої терористичним актом.

Страшні реалії нашого сьогоднішнього життя спричинені збройною агресією російської федерації проти України. Найважливіша роль у вирішенні завдань оборони та безпеки держави належить військовослужбовцям.

[1] Хрестоматія по институциям гражданского римского права и истории гражданского процесса. Київ : Типографія «Петръ Барскій», 1908. С. 35.

У продовження до сфери своїх наукових інтересів проводяться дослідження щодо цивільно-правового захисту прав та інтересів військовослужбовців.

Автори колективної монографії поставили перед собою мету визначити тенденції становлення та розвитку зобов'язального права. Монографічна праця складається з чотирьох розділів, де інститути зобов'язального права викладено у системному порядку, що дозволяє розкрити взаємозв'язок загальних положень із видами зобов'язань та захистом цивільних прав та інтересів учасників зобов'язальних правовідносин.

Перший розділ «Передумови становлення та розвиток загального вчення про зобов'язання» присвячено дослідженню загальних положень про зобов'язання. Окрема увага приділена з'ясуванню впливу природного права на поведінку людини як учасника зобов'язальних правовідносин, а також значення суброгації у зобов'язальному праві України. Крім того, предметом дослідження стали учасники зобов'язальних правовідносинах, які володіють спеціальним правовим статусом, — військовослужбовці. Варто відзначити також запропоноване вчення про значення припинення шлюбу в зобов'язальних правовідносинах.

У *другому розділі «Основні проблеми теорії та практики договірних зобов'язань»* визначено загальні та видові особливості договірних зобов'язань. Зокрема визначено особливості процесу наближення правопорядків України та ЄС у сфері договірного права з метою напрацювання концептуальних пропозицій до вдосконалення української системи договірного права в контексті рекодифікації цивільного в Україні. Також розкрито поняття та види джерел цивільного договірного права, а також значення строку цивільно-правового договору. Варто звернути увагу на характеристику окремих видів договірних зобов'язань, а саме: договірних зобов'язань за участю держави Україна, договірних боргових грошових зобов'язань за участю третіх осіб у цивільному праві України, зобов'язань із договору довічного утримання (догляду), зобов'язань із сімейних договорів.

Третій розділ «Сучасні тенденції розвитку деліктних зобов'язань» присвячено характеристиці деліктних зобов'язань, що виникають із генерального та спеціальних деліктів. Передусім варто згадати про дослідження поняття та сутності деліктних зобов'язань у сучасному цивільному праві України. Натомість дослідники пов'язали спеціальні делікти із завданням шкоди терористичним актом, атракціонами, а також із виконанням наказу командира.

Четвертий розділ «Захист цивільних прав та інтересів учасників зобов'язальних правовідносин» є досить об'ємним і включає питання захисту цивільних прав та інтересів учасників зобов'язальних правовідносин. Вчені акцентують увагу на позовній давності в механізмі захисту цивільних прав та інтересів, а також на заходах оперативного впливу в зобов'язальних

правовідносинах. Водночас вчені окрему увагу приділили характеристиці захисту та цивільно-правової відповідальності за порушення окремих видів договірних зобов'язань, а саме: договору купівлі-продажу, авторського права, майнових прав малолітніх і неповнолітніх осіб при укладанні договорів, пов'язаних з відчуженням майна. Слід згадати також про напрацювання вчених у сфері процесуального права у справах, що виникають із зобов'язальних правовідносин, зокрема щодо забезпечення позову, захисту інтересів стягувача, боржника та держави у виконавчому провадженні, а також щодо порядку розгляду цивільних справ судом апеляційної інстанції.

У підготовці колективної монографії взяли участь члени наукової школи «Хмельницька школа приватного права», науково-педагогічні працівники та аспіранти Хмельницького університету управління та права імені Леоніда Юзькова. Головним завданням колективу авторів було відтворити в цій монографічній праці узагальнені наукові здобутки у сфері зобов'язального права, що дозволяє зробити висновок про наявність авторської концепції зобов'язального права наукової школи «Хмельницька школа приватного права», а також науково-педагогічних працівників і аспірантів Хмельницького університету управління та права імені Леоніда Юзькова.

Монографія розрахована на фахівців із зобов'язального права, цивільного права та цивільного процесу, міжнародного та європейського права та всіх, хто цікавиться питаннями приватного права.

Завідувачка кафедри цивільного права та процесу
Хмельницького університету управління та права
імені Леоніда Юзькова,
докторка юридичних наук, професорка, заслужена юристка України
Світлана ГРИНЬКО

Презентація наукової школи «Хмельницька школа приватного права»

Вченою радою Хмельницького університету управління та права імені Леоніда Юзькова 24 лютого 2022 року було визнано колектив «Хмельницька школа приватного права» як наукова школа в галузі знань 081 Право.

Особливості формування нашої наукової школи зумовлені низкою чинників.

По-перше, на території Хмельниччини можливість здобувати юридичну освіту з'явилася з 1992 року, коли було засновано філію Одеського відкритого університету, яка надалі перетворилася в сучасний заклад вищої освіти.

Надалі з 1996 року з'явилася можливість одержувати юридичну освіту також для курсантів Академії Прикордонних військ України ім. Богдана Хмельницького.

По-друге, для підготовки здобувачів юридичної освіти було запрошено випускників провідних юридичних вузів України — Одеського державного університету імені І. Мечникова, Львівського державного університету імені І. Франка, Харківської юридичної академії імені Я. Мудрого та інших.

Крім того, дисципліни приватного права викладали представники провідних наукових шкіл України, а саме: академіки Підопригора Опанас Андронович, Штефан Михайло Йосипович, доктори юридичних наук Коссак Володимир Михайлович, Кучеренко Ірина Миколаївна.

Таким чином, формування наукових поглядів колективу наукової школи «Хмельницька школа приватного права» відбувалося під впливом ідей наукових шкіл інших провідних юридичних вузів України.

Наприклад, науковим керівником дисертаційних досліджень на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук Р. О. Стефанчука на тему «Захист честі, гідності та ділової репутації в цивільному праві» та М. О. Стефанчука на тему «Межі здійснення суб'єктивних цивільних прав» була І. М. Кучеренко (м. Київ). Крім того, І. М. Кучеренко здійснювала наукове консультування дисертаційного дослідження на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук М. О. Стефанчука на тему «Теоретичні засади цивільної правосуб'єктності фізичних осіб та особливості її здійснення».

Науковим консультантом дисертаційного дослідження Р. О. Стефанчука на здобуття наукового ступеня доктора юридичних наук була Я. М. Шевченко (м. Київ). Під керівництвом Я. М. Шевченко також було підготовлено та захищено дисертації В. А. Ватрасом на тему «Суб'єкти сімейних правовідносин» та В. І. Нагнибідою на тему «Речові права на чуже майно: порівняльно-правовий аспект».

Наукове керівництво дисертаційного дослідження С. Д. Гринько (Русу) на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук на тему «Захист

прав військовослужбовців у зобов'язаннях, що виникають внаслідок заподіяння шкоди джерелом підвищеної небезпеки» та доктора юридичних наук на тему «Рецепція деліктних зобов'язань римського приватного права в Україні» здійснив Є. О. Харитонов (м. Одеса).

Під науковим керівництвом Й. Г. Богдана (м. Львів) було підготовлено та захищено дисертаційні дослідження на здобуття наукового ступеня кандидата юридичних наук Ю. В. Білоусовим на тему «Судове провадження у справах за скаргами військовослужбовців на неправомірні дії і рішення органів військового управління та військових посадових осіб» та О. М. Трач на тему «Порядок розгляду справ судом апеляційної інстанції в цивільному процесі України».

Науковим керівником дисертації Ж. Л. Чорної на тему «Цивільно-правовий захист майнових прав та інтересів малолітніх і неповнолітніх осіб» був В. М. Коссак (м. Львів).

Під керівництвом Н. О. Кіреєвої (м. Київ) була підготовлена та захищена дисертація Н. Л. Бондаренко-Зелінською на тему «Підготовка цивільних справ до судового розгляду як стадія цивільного процесу».

Дисертаційне дослідження С. О. Якимчук на тему «Виконання судових рішень як частина судового розгляду» було здійснено під керівництвом В. В. Комарова (м. Харків).

Віддаючи належне попередникам, які сформували фундамент наукової школи «Хмельницька школа приватного права», колектив кафедри цивільного права та процесу визначив новий шлях наукових досліджень питань правового регулювання особистих немайнових та майнових відносин у контексті приведення законодавства України до європейських стандартів.

На визначення тематики нових наукових розробок вплинув той факт, що понад десять років (з 2004 року) науково-дослідна діяльність кафедри була пов'язана із науковою лабораторією з проблем адаптації цивільного законодавства до стандартів Європейського Союзу Науково-дослідного інституту приватного права і підприємництва імені Ф. Г. Бурчака Національної академії правових наук України, що діяла на базі Хмельницького університету управління та права імені Леоніда Юзькова.

Професорсько-викладацький склад кафедри із 2006 року забезпечував діяльність аспірантури Хмельницького університету управління та права імені Леоніда Юзькова зі спеціальності 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право». Було підготовлено 32 кандидати юридичних наук. Слід зауважити, що з 2006 року в університеті аспірантура діяла лише для підготовки здобувачів зі спеціальності 12.00.03.

Напрямки діяльності представників наукової школи:

- римське приватне право;
- захист цивільних прав та інтересів;

- особисті немайнові права фізичних осіб у цивільному праві;
- зобов'язальне право: проблеми теорії та практики договірних і делікт-них зобов'язань;
- проблеми теорії та практики сімейного права;
- теоретичні проблеми цивільного процесуального права;
- виконавче провадження;
- порівняльне правознавство.

Засновником наукової школи є Стефанчук Руслан Олексійович, доктор юридичних наук, професор, академік Національної академії правових наук України, заслужений діяч науки і техніки України. Руслан Олексійович є випускником нашого університету.

Предметом його наукових інтересів є особисті немайнові права фізичних осіб у цивільному праві, а основою його наукових здобутків є власне бачення поняття, змісту, особливостей їх здійснення та захисту, а також запропонована власна система особистих немайнових прав у цивільному праві.

Під керівництвом Руслана Олексійовича підготовлено та захищено низку дисертаційних робіт. Зокрема, особливу увагу слід звернути на дисертацію Г. В. Анікіної на тему «Цивільно-правове регулювання відносин, пов'язаних зі смертю фізичної особи», яка на сьогодні є членом наукової школи та доцен-том кафедри цивільного права та процесу.

Керівником наукової школи є Гринько Світлана Дмитрівна, докторка юри-дичних наук, професорка, заслужена юристка України, завідувачка кафедри цивільного права та процесу Хмельницького університету управління та права імені Леоніда Юзькова.

Предметом її наукових інтересів є деліктні зобов'язання, рецепція рим-ського приватного права та порівняльне правознавство, а також договірні зобов'язання, захист цивільних прав та інтересів загалом та військовослужбов-ців зокрема як учасників деліктних зобов'язань. Основою наукових здобутків є характеристика рецепції римського приватного права деліктних зобов'язань на українських землях в історичному аспекті, а також запропонована власна концепція правового регулювання деліктних зобов'язань в Україні на основі рецепції римського приватного права.

Представниками такого напряму досліджень наукової школи є вчені, які під її керівництвом підготували та захистили дисертації, зокрема:

Бабійчук В. М. «Зобов'язання із відшкодування шкоди, завданої атракціо-нами»;

Заверуха С. В. «Цивільно-правова відповідальність за договором купівлі-продажу»;

Завадська О. П. «Умови цивільно-правової відповідальності за шкоду, завдану терористичним актом»;

Лесько Ю. В. «Відшкодування шкоди, завданої внаслідок взаємодії транспортних засобів»;

Левицький М. О., «Цивільно-правовий захист особистих немайнових прав військовослужбовців»;

Романюк В. А. «Позовна давність у цивільному праві»;

Ромась М. І. «Держава Україна як учасник договірних зобов'язань у цивільному праві»;

Ромась Д. С. «Цивільно-правова відповідальність за порушення авторського права», — та інші.

Вектором діяльності наукової школи є теоретичні проблеми цивільного процесуального права, вирішенням яких займаються Ю. В. Білоусов, Н. Л. Бондаренко-Зелінська, М. Б. Гарієвська, О. М. Трач та С. О. Якимчук.

Зокрема, проф. Ю. В. Білоусов досліджує напрями вдосконалення цивільного процесуального законодавства України під впливом європейського права. Під керівництвом вченого підготовлено та захистили дисертації:

Гаврик Р. О. «Законна сила судових рішень у цивільних справах»;

Гарієвська М. Б. «Дискреційні повноваження суду при розгляді цивільних справ у суді першої інстанції»;

Феннич В. П. «Доказові презумпції у цивільному судочинстві»;

Іванов С. О. «Участь органів державної влади у цивільних відносин»;

Черняк О. Ю. «Цивільно-правовий статус споживача: у контексті адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу», — та інші.

Окремо слід зауважити про зміни в наукових поглядах представників наукової школи за час її існування. Так, на сучасному етапі основним напрямом наукових досліджень проф. Ю. В. Білоусова є виконавче провадження. За ініціативою вченого, проводиться щорічна міжнародна науково-практична конференція «Проблеми теорії і практики виконання рішень судів та інших органів».

Науковий інтерес проф. Н. Л. Бондаренко-Зелінської сьогодні становить теорія та практика цивільного судочинства та способи альтернативного врегулювання спорів (медіація, косиліація тощо), а також проблеми сімейного та спадкового права. Під керівництвом Н. Л. Бондаренко-Зелінської підготовлено та захищено дисертаційне дослідження Ю. С. Сусь на тему «Спадкові права подружжя» та інші.

Проф. О. Ю. Черняк активно займається дослідженням договірного права ЄС та цивільного договірного права України. Зокрема, під керівництвом О. Ю. Черняк підготовлено та захищено низку дисертацій:

Абросімов С. А. «Адаптація цивільного законодавства України про договори купівлі-продажу до законодавства ЄС»;

Весна Н. О. «Зміна та розірвання договору як цивільне правовідношення»;

Іваницький А. М. «Захист права власності юридичних осіб у практиці Європейського суду з прав людини»;

Кірик А. Ю. «Гарантії прав спадкоємців при спадкуванні за заповітом»;

Музика М. В. «Договір таймшеру в цивільному праві»;

Тітова Г. О., «Розрахункові відносини у сфері електронної комерції», та інші.

Слід зазначити, що А. М. Іваницький і А. Ю. Кірик є членами наукової школи та доцентами кафедри міжнародного та європейського права.

Предметом наукового інтересу проф. В. І. Нагнибіди сьогодні є міжнародний комерційний арбітраж. Під керівництвом Володимира Івановича підготовлено та захищено дисертаційні дослідження такими вченими:

Долінська А. М. «Охорона прав користувачів у мережі «Інтернет»;

Мул А. М. «Відшкодування шкоди, завданої внаслідок надзвичайних ситуацій у цивільному праві»;

Латинський М. Е. «Публічний порядок у міжнародному приватному праві України та праві ЄС»;

Хавронюк О. О. «Цивільно-правовий захист баз даних».

Вагомим напрямом діяльності наукової школи є проблеми теорії та практики сімейного права. Очолює цей напрям діяльності наукової школи Ватрас Володимир Антонович, доктор юридичних наук, професор, заслужений юрист України, професор кафедри цивільного права та процесу Хмельницького університету управління та права імені Леоніда Юзькова. Володимир Антонович є випускником нашого університету.

Предметом його наукових інтересів є суб'єкти сімейних правовідносин та джерела сімейного права. Під керівництвом Володимира Антоновича підготовлено та захищено низку дисертаційних робіт з сімейного права. Зокрема, особливу увагу слід звернути на дисертаційні дослідження таких вчених, як:

Буряченко А. М. «Відповідальність за невиконання обов'язку щодо надання утримання в сімейному праві»;

Лучковський В. В. «Фактичні шлюбні відносини в сімейному праві»;

Оксанюк О. А. «Режим окремого проживання в сімейному праві»;

Сердечна І. Л. «Особисті немайнові права і обов'язки членів сім'ї та родичів» та Грицишина Л. В. «Припинення шлюбу в сімейному праві», які на сьогодні є членами наукової школи та доцентами кафедри цивільного права та процесу;

Салюк П. І. «Захист сімейних прав та інтересів судом», — та інших.

За ініціативою проф. В. Ватраса, проводиться щорічно всеукраїнський науково-практичний круглий стіл «Актуальні проблеми здійснення та захисту сімейних прав та інтересів».

За результатами робіт над зазначеними напрямами досліджень наукової школи, підготовлено колективні монографії («Актуальні питання правового

регулювання особистих немайнових та майнових відносин у контексті приведення законодавства України до європейських стандартів», «Спадкове право: проблеми теорії та практики», «Тенденції становлення та розвитку зобов'язального права»), посібники («Цивільне право», «Цивільне процесуальне право», «Виконавче провадження», «Гармонізація договірного права», «Міжнародний комерційний арбітраж», «Теорія та практика медіації» та інші).

Відображаючи особливості тенденцій досліджень у галузі приватного права, кафедра цивільного права та процесу ініціювала вивчення дисциплін:

для бакалаврів 1 курсу — «Вступ до приватного права» як перша ознайомлювальна візитівка подальшого вивчення дисциплін приватного права»;

для магістрів 1 курсу — «Приватне право в умовах воєнного стану».

Таким чином, можна говорити про наявність на Хмельниччині творчого колективу дослідників різних поколінь (засновник, послідовники та учні послідовників), об'єднаних загальною сферою наукових інтересів у сфері приватного права та стилем дослідницької роботи, який розробляє нові наукові концепції та поширює їх, а також готує нових науковців з приватного права.

РОЗДІЛ 1

ПЕРЕДУМОВИ СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТОК ЗАГАЛЬНОГО ВЧЕННЯ ПРО ЗОБОВ'ЯЗАННЯ

1.1. Вплив природного права на поведінку людини як учасника зобов'язальних правовідносин

Конституція України закріпила положення, згідно з яким людина є вищою соціальною цінністю, тому відправною точкою у розвитку суспільних (зокрема правових) відносин та їхнього наукового дослідження визнаються ті явища, котрі роблять можливим гідне існування людини. У цьому невипадковому процесі велике значення має не лише регламентація суспільних відносин нормами права, а й їх реалізація, що знаходить свій прояв у поведінці людини. Якщо правова норма ґрунтується на домінуючій у суспільстві моралі, звичаях, релігії і традиціях (природному праві), то вона автоматично стає особистісним регулятором, частиною індивідуальної правосвідомості, а отже ймовірність соціально схвалюваної, правомірної поведінки людини значно зростає. Тому важливим є дослідження соціальної обґрунтованості правових норм, виявлення та дослідження їх взаємозв'язків з іншими соціальними нормами (моральними, звичаєвими, релігійними та ін.), що, з одного боку, сприяло б підвищенню ефективності норм права, а, з іншого боку, знаходило б свій прояв у бажаному для суспільства і державі виді поведінки людини.

Правова поведінка є складним соціально-правовим явищем, котре включає діалектично взаємопов'язані і взаємодіючі явища: правомірну і протиправну поведінку. Правомірна і протиправна поведінка є динамічними оціночними поняттями, зміст котрих зазнає історичних, економічних, політичних змін та корегувань, а тому є певною мірою умовними. Крім того, правомірна і протиправна поведінка існують у взаємодії і можуть проявлятись одночасно у поведінці однієї людини, котра може діяти як правомірно (дотримуючись одних норм, наприклад, виконуючи договірне зобов'язання), так і протиправно (наприклад, порушуючи договірне зобов'язання). Тому дослідження правової поведінки слід проводити виходячи з тісного взаємозв'язку її форм, їх зіставлення, взаємовпливу, виявлення їх місця та значення для суспільних відносин.

Правомірна поведінка вчиняє зворотний позитивний вплив на суспільні відносини, сприяє зміцненню правопорядку, підвищує ефективність соціального і правового регулювання, формуванню громадянського суспільства та

правової держави. Поряд з іншими соціальними регуляторами, право активно впливає на свідомість і поведінку людини в суспільстві, сприяє формуванню і розвитку особи, є основою її правомірної поведінки. Протиправна поведінка свідчить про недостатню ефективність правових та інших соціальних норм, з одного боку, а з іншого — про антисоціальні деформації індивідуальної чи колективної свідомості окремих осіб чи соціальних груп.

Найважливішою рисою природного права є його універсальна нормативність стосовно поведінки людини, що виявляється в приписно-зобов'язальній, безособистісній та авторитарній формі його суджень. Вимоги природного права є категоричними, оскільки не залишають можливості для сумнівів. Ці вимоги далеко не завжди відповідають конкретним життєвим інтересам людей, однак їхньою перевагою є те, що вони гарантують індивідуальній правосвідомості вищу правоту, якщо людина діятиме у вірному напрямку. При цьому природне право не тотожне чинному юридичному праву і передбачає певні релігійні, метафізичні та морально-етичні основи. Такі основи розширяють і поглиблюють юридичний зміст природного права, що пов'язаний із всією цілісністю нормативно-ціннісного континуума світової культури[1].

Особливістю природного права є його прямий і безпосередній зв'язок з людиною та її буттям, тому саме природа (сутність) людини є визначальною при розкритті змісту права. У силу цієї особливості право є багатозначним феноменом і виявляється як мінімум у двох площинах — як природне право і як позитивне право. Природне право відображає, так би мовити, суб'єктивну сторону права, його духовний зміст. Позитивне ж право є вираженням предметної (об'єктивної) сторони права і є системою юридичних норм. Природне право існує поряд з позитивним правом як сукупність вимог, що породжені об'єктивними умовами життєдіяльності людини, самим життям суспільства. Тому природне право містить такі можливості людини, які зумовлені особливостями її природи, а також відповідають досягнутому рівню розвитку суспільства[2].

На думку С. С. Сливки, природне право як система норм — це сукупність законів природи і законів біологічного розвитку людини, на основі яких функціонує світ. З іншого боку, природне право як система норм — це сукупність метафізичних духовно-моральних чеснот, яких повинна дотримуватися людина, підтримуючи онтологічні принципи світопорядку й обґрунтовуючи трансцендентальність власної свобідної волі для активного гармонійного самозбереження у Всесвіті. Людина дотримується норм природного права

[1] Омельчук О.М. Поведінка людини: філософсько-правовий вимір : монографія. Хмельницький : Хмельницький університет управління та права, 2012. С. 338.

[2] Грищук О.В. Людська гідність у праві: філософські проблеми. Л. : Львівський державний університет внутрішніх справ, 2007. С.4.

тоді, коли вона живе за законами природи, однак це потребує розуміння, усвідомлення, осмислення таких процесів, адже погляди людини формуються під впливом як природного, так і позитивного права; це називається виваженістю, поміркованістю, мудрістю. Під нормами природного права вчений розуміє постулати природи, які людина свідомо, відповідно до власної совісті обирає для своєї поведінки[1].

У філософії запропоновано систему принципів для дослідження поведінки людини. Так, особа є відкритою системою, поведінка якої визначається такими факторами: запасом спадкової інформації, що визначає загальну будову програми поведінки особи; фактами індивідуальної історії, зафіксованої в умовних рефлексах і в пам'яті людини, що визначають її індивідуальність (індивідуальну культуру); навколишнім середовищем, на яке організм реагує в певний час. Враховуючи ці обставини, всі особливості теперішньої і майбутньої поведінки людини можна описати з найбільшою точністю. Водночас, на думку вченого, вичерпне знання спадковості, історії і середовища особи може бути лише в ідеалі, то практичне вивчення особи чи групи осіб можливе лише за статичними закономірностями їхньої поведінки, які і складають реальний об'єкт досліджень про людину. Тому, поряд з експериментальними дисциплінами, повинна розвиватись і теоретична наука про людину. Відповідно мета такої науки полягає в тому, щоб на основі загальної моделі людського організму, що витікає з емпіричних даних, що виражені в статичній формі, визначити загальні механізми поведінки, що допускають математичне формулювання[2].

Таким чином, запропоновано загальний методологічний підхід для соціально-гуманітарних наук, що вивчають поведінку людини. Факторами, які, з одного боку, можуть бути об'єктами наукового пізнання, а з іншого, такими, що можуть змінювати поведінку людини в бажаному напрямку, визнано біологічні, психологічні та соціальні. Тобто лише в єдності суб'єктивних та об'єктивних факторів можливе цілісне і плідне дослідження поведінки людини[3].

Серед радянських вчених поряд із поняттям «поведінка» досліджувалось поняття «діяльність», яке є більш вузьким. У літературі зазначають, що можна вважати поведінку людини в суспільстві родовою характеристикою, стосовно якої всі види діяльності (наприклад, професійно-трудова) мають приватне значення. Діяльність виступає лише як інваріант поведінки, котрий задає її соціальну визначеність і спрямованість. Діяльність розумілась як «певний реальний процес, що складається із сукупності дій і операцій»; «соціальну

[1] Сливка С. С. Природне та надприродне право : у 3-х частинах. Ч.1 : Природне право: історико-філософський погляд. К. : Атіка. 2005. С.212.

[2] Омельчук О.М. Поведінка людини: філософсько-правовий вимір : монографія. Хмельницький : Хмельницький університет управління та права, 2012. С. 339.

[3] Омельчук О.М. Там само. С. 340.

за своєю природою активність людей»; «сукупність відповідних видових форм, необхідних у реальному житті кожному індивіду (гра, навчання, праця) і таких, що відіграють почергово провідну роль в онтогенезі»; «спосіб існування людини»; «спосіб буття суспільства»; «власний спосіб буття людини, її ставлення до світу»; «будь-яка діяльність є способом існування, способом буття людей»[1].

Визначають низку суттєвих розбіжностей між поведінкою і діяльністю: діяльність завжди наділена характеристиками усвідомленості та цілеспрямованості, а також соціальної організованості, тоді як у поведінці більшою або меншою мірою присутнє начало спонтанності, хаотичності; феномен поведінки притаманний усьому живому світу, природі, тоді як діяльність є цілковитим породженням соціального світу; поведінка ситуативна, змінна залежно від зміни умов дій, тоді як діяльність більш стійка; поведінка має індивідуалізований характер, вона завжди містить відбиток суб'єкта носія дії, а діяльність є анонімною і деперсоналізованою[2].

У науковій літературі висловлюються міркування, що поведінка людини є моральною за своєю природою; більше того, моральна поведінка є однією з найбільш жорстких соціобіологічних демаркацій. Поряд з цим, мораль є дуже складною системою регуляції, яка не має прямого біологічного управління, тому вважається, що відсутність об'єктивної, природної мотивації морального вчинку виводить його із сфери наукового аналізу. Видатні учені, котрі працювали над біологією пізнання (К. Поппер, К. Лоренц, В. Матурана) одностайні в тому, що мораль є справою вільного і відповідального вибору людини. К. Поппер формулює це як критичний дуалізм фактів і моральних норм або рішень, слідуючи великій традиції Юма і наполягаючи на тому, що не існує логічного переходу від «є» до «повинен»[3]. На його думку, першим критичним дуалістом був Протагор, який учив, що в природі не існує норм і норми створені людиною, в чому полягає одне з найбільших її досягнень. У природі ідеалів не виявити, оскільки «вона складається з фактів і регулярностей, які самі по собі ні моральними, ні аморальними не є. Ми самі нав'язуємо ідеали природі і тим самим приносимо в світ природи мораль, хоча самі при цьому є частиною природи. Ми — продукти природи, але природа ж дала нам владу змінювати світ, передбачати і планувати майбутнє і приймати рішення, за які ми несемо моральну відповідальність. Таким чином, і рішення, і відповідальність за них з'являються у світі природи лише разом з нами»[4].

[1] Омельчук О.М. Там само. С. 340.

[2] Гарасимів Т.З. Девіантна поведінка особистості: філософсько-правовий вимір : монографія. Львів : Львівський державний університет внутрішніх справ, 2009. С. 34.

[3] Омельчук О.М. Поведінка людини: філософсько-правовий вимір : монографія. Хмельницький : Хмельницький університет управління та права, 2012. С. 341.

[4] Омельчук О.М. Там само. С. 342.

ПЕРЕДУМОВИ СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТОК ЗАГАЛЬНОГО ВЧЕННЯ ПРО ЗОБОВ'ЯЗАННЯ

Моральна поведінка як біологічний феномен пояснюється у зв'язку з її функцією збереження виду, що знаходить концептуальне вираження в соціобіологічному дослідженні. Однак зазначають, що слабким місцем такого дослідження є її спроба однозначного зведення складного комплексу альтруїстичної поведінки до матеріального носія — генів альтруїзму/егоїзму, а також орієнтація на формально-математичні методи моделювання оптимальних поведінкових програм. Сама ж постановка питання про еволюційне вироблення альтруїстичної поведінки як способу адаптації визнається розумною та обґрунтованою, оскільки допускає широку перспективу аналізу, який не зводиться до соціобіологічних розрахунків безпосереднього репродуктивного успіху чи програшу. Таким чином, гіпотеза еволюційного походження моралі може розглядатися як загальнометодологічне фонове вирішення проблеми, в рамках якого слід виявити специфічні особливості, які відрізняють мораль людини від моральноподібних вчинків тварин, а також проаналізувати когнітивно-поведінкові механізми, які задають еволюційну перспективу моральної поведінки. При цьому слід пам'ятати, що природний світ має афектно-емоційну систему мотивації — «роби, що хочеться». Найдивніші приклади відданості, батьківської самовідданості і взаємодопомоги тварин засновані на інстинкті чи любові, але не почутті морального обов'язку, який притаманний людям. У цьому сенсі мораль є лише людською системою регулювання поведінки, принципи якої протилежні до біологічного, аффективно-емоційного механізму[1].

Продовжуючи міркування Канта, зобов'язання можна розглядати як свободу морального волевиявлення людини, однак це не означає, що мораль виникла «ні з чого» або зверху. Слід виділити еволюційно-біологічні передумови і підстави моральної поведінки, які лише у своїй сукупності дають можливість зрозуміти, як стала можливою мораль. Серед підстав моральної поведінки: категоризація світу як когнітивна підстава для етичного розрізнення і оцінки; «гуманно»-альтруїстична поведінка тварин як поведінкова підстава для оцінного розрізнення стосунків («хороше/погане»); мова як інструмент символічного відображення стосунків, яка забезпечує здатність до «морального абстрагуванням»; самосвідомість — як здібність до відчужено-об'єктивної оцінки власної поведінки; відповідальність за власну поведінку — як здатність діяти відповідно до абстрактно-нормативної моделі моральної поведінки[2].

[1] Омельчук О.М. Вплив суспільної моралі на поведінку людини. Педагогічний дискурс : зб. наук. праць; гол. ред. І.М. Шоробура. Хмельницький : ХГПА, 2012. Вип. 12. С. 250-253.

[2] Омельчук О.М. Вплив суспільної моралі на поведінку людини. Педагогічний дискурс : зб. наук. праць; гол. ред. І.М. Шоробура. Хмельницький : ХГПА, 2012. Вип. 12. С. 250-253.

РОЗДІЛ 1

Виходячи з тези, що моралі поза свідомістю не існує, «свідомість» розглядається як властивий людині спосіб відносин до навколишньої дійсності, опосередкований всезагальними формами суспільно-історичної діяльності людей. Свідомість розглядають як ставлення до світу зі знанням його об'єктивних закономірностей. Моральна свідомість розглядається як вища форма відображення дійсності, один із проявів індивідуальної свідомості, в якому зафіксовано систему когнітивно-ціннісних та емоційних уявлень і реакцій на сферу моральних законів, що визначають норми співжиття людей у соціальному середовищі. Функція свідомості полягає у тому, що вона дозволяє людині уявно дистанціюватися від дійсності і шляхом її ідеального відображення пізнавати, контролювати та прогнозувати процеси, які в ній відбуваються. Людина також стає об'єктом свідомості і для самої себе. У цьому виявляється робота самосвідомості, що є свідомістю для себе, для своєї власної свідомості[1].

Провідною функцією самосвідомості є саморегуляція поведінки людини. Таким чином, сукупність уявлень про себе і оцінка цих уявлень є психологічною основою поведінки людини. На ранніх стадіях онтогенезу людина у своїй поведінці керується зовнішньою формою свідомості. З віком вона звертає погляд на себе, робить предметом усвідомлення власну свідомість, насамперед, щоб скоригувати власні цілі і ціннісні орієнтації. У процесі такої рефлексивної діяльності відбувається не лише осмислення проблем буття з точки зору моральних цінностей, які визнає людина, а й самооцінка цих моральних засад. Таким чином, моральна самосвідомість розглядається як така специфічна форма моральної свідомості, предметом якої виступає вона сама, а також людина як її носій. Основними функціями моральної самосвідомості є осмислення, контролювання, санкціонування та критичний перегляд моральних настанов людини. Вирізняються такі форми моральної самосвідомості, як честь і гідність, совість і сором[2].

Аналіз теоретичних витоків моральної свідомості та самосвідомості показав, що їх вивчення неможливе без розкриття детермінуючих основ, яким є моральні норми. У літературі наголошують на подвійному характері цього поняття, його об'єктивній та суб'єктивній стороні. Норми розглядаються як суб'єктивна реальність індивідуальної свідомості, яка виявляється у вигляді моральних знань, моделей, функціональних зв'язків. Фундаментальне значення у розкритті механізмів функціонування моральної свідомості має ідея про набуття соціальною нормою особистісного значення, яке передбачає розуміння норми, але не дорівнює ставленню. При цьому спосіб мотивації

[1] Малахов В. А. Етика: курс лекцій : навч. посібник. 4-те вид. К. : Либідь, 2002. С.221.

[2] Малахов В. А. Етика: курс лекцій : навч. посібник. 4-те вид. К. : Либідь, 2002. С.221.

дії розцінюється як показник належності дії до моральної сфери. Перехід зовнішніх вимог у внутрішні етичні інстанції зумовлений декількома моментами: здатністю до виокремлення морального змісту; розкриттям морального смислу; переходом моральних знань у моральні переконання. На підставі аналітичного огляду виокремлюють основні критерії періодизації морального розвитку, серед яких: характер новоутворень у сфері моральної свідомості та самосвідомості, дія внутрішніх механізмів, характер спонук, що стимулюють моральну поведінку, ставлення суб'єкта до моральних норм, характер пізнавального ставлення[1].

Спосіб мотивації людини, який вона засовує у своїй поведінці визначається також ступенем автономії людини, яка розглядається як ідеальна основа для формування людини на основі раціонального вибору можливих дій, способу життя загалом, керуючись власною системою цінностей. Людина як автономний індивід усвідомлює процес розмірковувань, завдяки якому її пізніші «Я» постають з її теперішнього «Я», і тому її вибір визначений не випадковим чи неконтрольованим способом, а на основі власного розуміння. За таких умов людина творить себе сама, а успіх такого самотворення визначений не якимось одним благом, людина визнає відповідальність за своє життя та можливість робити з ним усе на власний розсуд[2]. Тому у літературі автономія розглядається як кінцева мета, стосовно якої всі інші цінності є або її складниками, або ж засобами її досягнення. Якщо ж автономія є недосяжною для людини внаслідок душевного розладу, психічного захворювання, або ж несприятливих життєвих умов, для неї важливість засадничих цінностей була б зменшеною пропорційно до послаблення її здатності досягти автономії. Суттєвою ознакою автономії є наявність контролю людини над своєю поведінкою. Висловлюється думка, що особа є автономною, якщо вона ототожнює себе із своїми бажаннями, цілями і цінностями і якщо така ідентифікація сама не здійснюється внаслідок впливів, які так чи інакше призводять до того, що сам процес ідентифікації стає відчуженим від людини. Таким чином, автономія включає вибір, проте вона виходить за його межі, оскільки здійснення вибору може відбуватися без наявності справжнього контролю людини над своєю поведінкою, можуть мати місце нав'язані альтернативи вибору[3].

На думку Д. Кекса, лише за наявності особливого виду контролю, який включає не нав'язаний, а усвідомлений вибір серед альтернатив, може мати

[1] Слесик К.М. Моральна самосвідомість і моральна поведінка у структурі процесу формування етичної культури учнів. URL : http://www.nbuv.gov.ua/portal/soc_gum/Znpkhist/2011_4/11skmeku.pdf

[2] Омельчук О.М. Поведінка людини: філософсько-правовий вимір : монографія. Хмельницький : Хмельницький університет управління та права, 2012. С. 346.

[3] Грищук О.В. Людська гідність у праві: філософські проблеми. Л. : Львівський державний університет внутрішніх справ, 2007. С.66.

місце автономія людини. Вчений виділяє п'ять необхідних умов, за яких можливий вказаний різновид контролю:

1. Умова виконання дії, тобто наявність активної поведінки, котру людина здійснює керуючись певними мотивами і метою. При цьому мотивом вважають бажання в широкому розумінні: фізіологічні і психологічні, вроджені і набуті, приємні і страждальні, благодатні і шкідливі, позитивні і негативні, важливі і банальні, тривалі і мінливі, розумні і нерозсудливі та ін. Мета полягає у їх задоволенні. Підставою для вибору людиною тих чи інших дій є переконання, що саме їх виконання забезпечує більшу ймовірність досягнення мети, тобто задоволення того бажання, яке є мотивом дії.

2. Умова вибору, тобто людина діє, обираючи з низки альтернатив ті, які вважає доступними відповідно до своїх розсудливо зважених переконань. Вибір передбачає зважені переконання людини стосовно своїх здібностей та можливостей реалізувати деякі з доступних альтернатив. Щоб задовольнити цю умову, достатньо наявності розсудливого ставлення людини до своїх переконань. При цьому не вимагається обґрунтування істинності переконань, оскільки для автономії міра контролю є достатньою, коли людина обирає навіть одну реально доступну альтернативу. У цьому випадку важливою є лише внутрішня мотивація людини вчинити діяння, незважаючи на те, чи має вона можливість вчинити інші дії.

3. Умова не нав'язаного вибору, яка висуває дві негативні вимоги до умов вибору, включаючи такі обставини, коли вибір здійснюється, але він залишається неавтономним. Перша умова виникає тоді, коли альтернативи, між якими потрібно обирати, нав'язані людині зовні, при цьому людина дійсно обирає, але не має достатнього контролю над своїми діяннями. У виборі, нав'язаному таким чином, зменшення контролю не є очевидним лише тому, що людина змушена обирати між небажаними альтернативами. Для втрати контролю необхідно, щоб альтернативи були небажаними не лише для певної людини в даній ситуації, а для будь-якої людини в ситуації даного типу. Друга вимога до умов вибору полягає в тому, що альтернативи, які доступні людині, не повинні бути обмежені такими моральними та політичними цінностями, котрі є для неї неприйнятними. Така вимога робить очевидним, що вибір може бути нав'язаний таким чином, що людині доводиться вибирати із внутрішньо небажаних альтернатив у спосіб, який позбавляє її можливості обирати бажані для неї альтернативи.

4. Умова оцінювання, тобто людина має перебувати у стані, котрий є сприятливим для оцінювання тих діянь, які вона обирає. Являє собою позитивну вимогу щодо вибору, відповідно до якої людина, щоб бути автономною, повинна мати особливі підстави для здійснення свого вибору. Якщо ж людина

обирає діяння бездумно, нехтуючи наслідками, не зважуючи аргументи на користь тих чи інших альтернатив, то вона все-таки здійснює вибір, проте він є безпідставним.

5. Умова розуміння, яка спричиняється тим, що кращий спосіб оцінювання людиною обраних нею дій має ґрунтуватися на достатньому розумінні їх важливості. Вона підсилює позитивну вимогу щодо умов вибору, вимагаючи, щоб при оцінюванні зверталась увага на особливі ознаки обраних діянь. Одна з таких ознак полягає в тому, що людина має розглядати свої діяння під кутом зору об'єктивно прийнятих пояснень. Другою ознакою є те, що людина повинна розглядати обрані нею дії під кутом раніше вживаних зразків діянь (досвіду). Людина має бути здатна при потребі пояснити, чи обране нею діяння відповідає її звичайній поведінці чи відхиляється від неї. Наступною необхідною ознакою, в цьому контексті, є усвідомлення людиною тієї моральної позиції, яку утверджують обрані нею дії. Вимога полягає не лише в тому, що автономними діяннями є лише ті, які гідні морального схвалення, оскільки діяння, що гідні морального осуду, також можуть бути автономними. Вимога також полягає і не в тому, що моральна позиція, втілена в обраних діяннях, має бути важливою для людини, оскільки людина може підпорядкувати моральні вимоги іншим. Суть вимоги в тому, що людина повинна визнати доречність моральних вимог в оцінюванні своїх діянь. У цьому випадку потрібно, щоб людина визнала добро і зло як один із аспектів, під кутом зору якого повинно розглядатись значення обраних нею діянь, навіть якщо виявиться, що вони є непридатними, якщо їх розглядати під таким кутом зору. Слід погодитись з тим, що «кожна з названих умов є необхідною, а разом узяті вони є достатніми для того, щоб дія була автономною»[1].

Вищезазначене дає можливість стверджувати, що поведінка людини визначається її мотивами. Г. Костюк використовує поняття «мотивована» діяльність, поєднуючи мотив із її метою. На його думку, мотив зумовлює прагнення людини до мети. Відповідно, мотиви є необхідними компонентами поведінки людини, оскільки цілеспрямовані дії завжди спонукають ся певними причинами і здійснюються заради поставленої мети. Терміном «мотиви» (від латинського рухаю) позначають ті спонукальні причини, що зумовлюють цілеспрямовану діяльність людей. Тому доцільно розрізняти різні основи мотивації людини. Як первинну основу мотивації вчений виділяє первинні (як правило, фізіологічні, матеріальні, побутові) і вторинні потреби (пізнавальні, естетичні, моральні та ін.) внаслідок задоволення або незадоволення (за певних обставин) яких виникають відповідні почуття та емоції. Вони також виступають спонукальними чинниками задля досягнення поставленої

[1] Кекс Д. Засадничі цінності лібералізму. *Лібералізм: антологія.* К. : Смолоскип, 2002. С.122.

мети. Почуття, на його думку, є одним з мотивів діяльності людини тому, що вони безпосередньо пов'язані з її потребами. На основі потреб і почуттів у людей формуються різноманітні інтереси, які теж відіграють важливу роль у мотивації їх діяльності. Важливим спонуканням людини до діяльності є також її ідеали та переконання. Таким чином, під мотивами він розуміє потреби, почуття, інтереси, переконання та інші спонукання людини до діяльності, зумовлені вимогами її життя[1].

Г. Костюк пропонує класифікацію мотивів, поділяючи їх на такі види залежно від критеріїв: за предметним змістом — мотиви, які виникають на основі матеріальних потреб і мотиви, в яких виявляються духовні, ідеальні потреби; за місцем у системі мотивації — провідні мотиви (що мають основне значення) і залежні мотиви (що мають побічне значення); за тривалістю у часі — близька і далека мотивація поведінки; за способом впливу на діяльність — мотиви безпосередньої спонукальної сили і віддалені опосередковані мотиви; за характером їх усвідомлення — усвідомлені мотиви і неусвідомлені мотиви. На його думку між видами мотивів, виділеними за різними ознаками, не існує різкої межі. Усі ці мотиви взаємопов'язані і складають єдину систему мотивації діяльності, поведінки людини. Таким чином, мотиви поведінки залежать від поставленої мети і визначають спрямованість дій та вчинків людини. Однак, така залежність не є односторонньою, оскільки мета діяльності завжди залежить від її мотиву, отже мета і мотиви є взаємообумовленими і мотив діяльності, конкретизуючись у певних цілях, надає потребам людини предметно спрямованої спонукальної сили. Мета поведінки розглядається як усвідомлення власних дій, що безпосередньо впливають на поведінку, відповідно розкриття мотивів дає можливість характеризувати поведінку людини[2].

В теорії мотивації отримала широке розповсюдження точка зору, відповідно до якої під мотивом слід розуміти опредмечену потребу. Виділяються три етапи, які мотив проходить у своєму становленні: 1) виникнення спонукання; 2) усвідомлення спонукання; 3) прийняття особистістю усвідомленого спонукання в якості мотиву. Виділення третього етапу пов'язано з тим, що, усвідомивши і оцінивши якесь спонукання, людина може не прийняти його в якості мотиву і відмовитися від нього. Таким чином, під мотивом поведінки розуміють внутрішнє спонукання людини до поведінки, яке пов'язане із задоволенням певної потреби. Мотивами можуть виступати ідеали, інтереси, соціальні установки, цінності, однак що за всіма цими причинами завжди стоять потреби людини.

[1] Психологія: підруч. для пед. вузів / за ред. Г. С. Костюка. К. : Рад. школа, 1968. С.424.

[2] Психологія: підруч. для пед. вузів / за ред. Г. С. Костюка. К. : Рад. школа, 1968. С. 429.

ПЕРЕДУМОВИ СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТОК ЗАГАЛЬНОГО ВЧЕННЯ ПРО ЗОБОВ'ЯЗАННЯ

Дослідження показують, що розвиток людини відбувається як процес розвитку мотивів: прийняття іншими, визнання і утвердження у відповідній соціальній групі. Якщо група, до якої входить людина, є стабільною, то у сприятливих умовах людина проходить три стадії становлення як особистості: адаптація (засвоєння цінностей та норм групи); індивідуалізація (загострення протиріччя між необхідністю бути таким, як усі і потребою у максимальній індивідуалізації); інтеграція, що виявляється у прийнятті групою тільки тих індивідуальних відмінностей, які відповідають інтересам групи (у протилежному випадку відбувається дезінтеграція особистості, її ізоляція або деградація з поверненням на більш ранні стадії розвитку). У випадку успішного проходження людиною фази інтеграції в умовах високорозвиненої спільноти у нього формуються гуманність, довіра, справедливість, вимогливість до себе і до інших[1].

Поняття «мотив» і «мотивація» розглядаються багатьма авторами на основі трактування різних концепцій: суб'єктивних, гедоністичних тощо. З точки зору вчення про предметність мотивів людської діяльності із категорії мотивів, перш за все, слід виключити суб'єктивні переживання. Ці переживання (бажання, хотіння, намагання) не є мотивами. Вчений дає також тлумачення співвідношенню понять «мета» і «мотив»: на відміну від цілей, які завжди, є свідомими, мотиви, як правило, актуально не усвідомлюються суб'єктом. Коли людина здійснює ті чи інші дії (зовнішні, практичні чи мовленнєві, мислительні), вона зазвичай не задумуємося про мотиви, що їх спонукають, проте, навіть коли мотиви і не усвідомлюються, вони діють на рівні підсвідомості. Таким чином, окрім своєї основної функції — спонукання, мотиви мають ще й функцію розуміння сенсу поведінки людини[2].

Поведінка людини не може розглядатися тільки як відповідь на стимул-реакції середовища, або як вираження внутрішніх органічних потреб, або як прояв культурних шаблонів. Важливість сенсорних сигналів, органічних стимул-реакцій і культури, безумовно, визнається, але напрям, який прийняв поведінку людини, розглядається як результат взаємних вчинків людей, залежних один від одного і тих що пристосовуються один до одного. Крім того, особа людини розглядається як ті відмітні шаблони поведінки, які характеризують даного індивіда, те, що формується в процесі повсякденної взаємодії з оточуючими. Нарешті, культура групи приймається не як щось зовнішнє, ззовні нав'язане людям, але як те, що складається з моделей відповідної поведінки,

[1] Омельчук О.М. Поведінка людини: філософсько-правовий вимір: монографія. Хмельницький : Хмельницький університет управління та права, 2012. С. 351.

[2] Омельчук О.М. Поведінка людини: філософсько-правовий вимір : монографія. Хмельницький : Хмельницький університет управління та права, 2012. С. 352.

які виникають в комунікації і постійно зміцнюються, остільки люди спільно взаємодіють з умовами життя. Якщо мотивація поведінки, формування особи і розвиток групової структури відбувається в соціальній взаємодії, з цього логічно виходить, що увага має бути зосереджена на обміні, який відбувається між людськими істотами, оскільки вони вступають в контакт один з одним[1].

Відповідальність за поведінку розглядається як інтегруюча інтелектуально- психічна якість, що робить можливим моральну поведінка. К. Лоренц підкреслює цю обставину, коли говорить про «відповідальну мораль». Безпосередніми, найближчими підставами соціальної відповідальності людини є спекулятивна нормотворчість і рефлексуюча свідомість, здатна співвіднести власні спонуки з тими «моральними законами», безумовна цінність яких порівнянна з величчю зоряної сфери. Крім того, у феномену людської моралі є ще одна характерна межа: регулююча функція людської моралі має не стільки обмежувальну, скільки направляючу дію, тобто є не стільки забороною, скільки розпорядженням[2].

На думку К. Лоренца, на ранніх стадіях розвитку людини мораль діє через заборони, а не розпорядження. Заборони виступають у культурних табу і виступають як негативний поведінковий імператив, який вимагає «не роби цього!». І лише значно пізніше розвиваються позитивні поведінкові імперативи, які формують справді людську поведінку. Такий вектор поведінкової регуляції, що має виразний напрям від «мінуса» до «плюса», дивним чином відповідає самій еволюційній осі адаптації. Лише поступово на зміну реакції втечі від поганого приходить орієнтація на хороше, яка направляє активну поведінку людини, аж до реконструкції довкілля під власні потреби і бажання. У широкому сенсі таку лінію поведінки можна побачити в моралі як усвідомленій системі відліку, яка узгоджується з бажаннями людини і визначає функції, які мають бути задоволені світом, у якому вона хоче жити[3].

У літературі підкреслюють, що дослідження суспільної моралі як феномену припускає виділення її структурних характеристик, що задаються структурою соціуму, диференціацією його соціальних груп, а також тим способом, яким ці групи з'єднуються в єдине ціле. Питання про те, які саме колективні суб'єкти стають рушійною силою суспільної моралі (етноси, класи, поселення, національні держави, виробничі колективи, фірми і корпорації, глобальне співтовариство, етичні комітети) вимагає конкретного розгляду.

[1] Омельчук О.М. Там само. С. 352.

[2] Омельчук О.М. Вплив суспільної моралі на поведінку людини. Педагогічний дискурс: зб. наук. праць; гол. ред. І.М. Шоробура. Хмельницький : ХГПА, 2012. Вип. 12. С. 250-253.

[3] Омельчук О.М. Поведінка людини: філософсько-правовий вимір : монографія. Хмельницький : Хмельницький університет управління та права, 2012. С. 354.

ПЕРЕДУМОВИ СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТОК ЗАГАЛЬНОГО ВЧЕННЯ ПРО ЗОБОВ'ЯЗАННЯ

Статус індивідуального суб'єкта традиційної моральності визначався взаємодією з оточенням і ідентифікацією з групою, який забезпечувався місцем кожного в черзі предків і нащадків, а також серед людей, що нині живуть. Своєрідність цього місця надавала неповторність окремій людині. У традиційній культурі суб'єктність індивіда не протистояла спільності, а створювалась нею, взаємовідносини з іншими конституювали «я» окремої людини, а місце в групі робило її особою. Тому дистанція між особистою мораллю самоудосконалення і суспільною мораллю в традиційному суспільстві не була великою. Проектування правил морального відношення до конкретних людей на стосунки в соціумі і прийняття ціннісних підстав соціального життя як особистих моральних установок відбувалось відносно безболісно. Дії людини, спрямовані на реалізацію громадських інтересів, дуже високо розцінювалися в традиційній моральності, моральний пафос індивіда, його індивідуальна суб'єктність живила моральний потенціал референтної групи. Тип моральної вимоги, що пред'являвся до людини традиційною моральною культурою — це вимога мати певні моральні якості, доброчесності, які диктувалися соціальним статусом людини. Відповідно до набору соціальних ролей індивідові пропонувалося володіння такими доброчесностями як шанобливість, ввічливість, працьовитість, вірність. Арістотель, створюючи своє вчення як «етику доброчесностей» і соціальну етику, по суті, концептуалізував спосіб моральної регуляції свого часу[1].

Одне із фундаментальних досліджені природи моралі знаходимо у працях Фуллера, який розмежовував мораль прагнення і мораль обов'язку. На його думку, мораль прагнення найяскравіше втілена в грецькій філософії і сприймається як мораль життя відповідно до Блага, прагнення до досконалості, найповнішої реалізації людських сил. В якості обертонів моралі прагнення можуть проявлятися поняття, що межують з обов'язком, але вони зазвичай приглушені, як у Платона і Арістотеля. Ці мислителі визнавали, що людина може не реалізувати свої здібності повною мірою. Вона могла не витримати випробування як громадянин або посадовець, алев цьому випадку її засуджували за невдачу, а не за відступ від обов'язку; за недосконаліть, а не за злочин. В цілому у греків місце ідей про правильне і неправильне, про вимоги моралі і моральний обов'язок займає концепція досконалої і належної поведінки, тобто поведінки, що личить людині, яка діє найкращим можливим чином. Якщо мораль прагнення розпочинає з вершини людських досягнень,

[1] Омельчук О.М. Зародження і розвиток уявлень про поведінку людини в античній філософії. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ.* Серія юридична. Збірник наукових праць; головний редактор О.К. Марін. Львів : ЛьвДУВС, 2011. Вип. 1 (1). С. 169-180; Омельчук О.М. Поведінка людини: філософсько-правовий вимір : монографія. Хмельницький : Хмельницький університет управління та права, 2012. С. 355.

то мораль обов'язку розпочинає з їх фундаменту, вона закладає базові норми, без яких впорядковане суспільство існувати не може. Це мораль Старого Заповіту і десяти заповідей; вона сформульована в термінах «ти не повинен» і рідше — «ти повинен»; вона не засуджує людей за те, що вони не скористалися сприятливими можливостями для максимальної реалізації своїх здібностей, замість цього вона засуджує їх за недотримання базових вимог громадського життя. Мораль обов'язку можна уподібнити правилам граматики; мораль прагнення — правилам, встановленим критиками для оцінки витонченості і досконалості твору. Правила граматики пропонують, що необхідно для збереження мови як інструменту комунікації точно так, як і норми моралі боргу пропонують, що необхідно для громадського життя. Подібно до принципів моралі прагнення, принципи хорошого листа «смутні, невизначені і невідомі і швидше уявляють загальні поняття про достоїнства, до яких слід прагнути, чим дають засоби і певні правила їх досягнення»[1].

Однак жоден з цих аргументів не може розділити мораль обов'язку і мораль прагнення, оскільки питання про те, де закінчується обов'язок є одним з найбільш важких завдань соціальної філософії. Її рішення містить величезну оцінну складову, і тому неминучі індивідуальні відмінності думок. Тут філософ доводить лише те, що при вирішенні цієї проблеми слід усвідомлювати ці труднощі, а не бігти від них під приводом, що відповідь на це питання неможлива до тих пір, поки ми не збудували усеосяжну мораль прагнення. Людству відомо досить, щоб створити умови, які дозволять людині піднятися вище, це краще, ніж намагатися пришпилити її до стіни остаточною формулою його вищого блага. Це, на його думку, дозволить уникнути непорозуміння, згідно з яким мораль обов'язку відносять до життя людини в суспільстві, а мораль прагнення — це проблема стосунків людини з самою собою або людини з Богом. Фуллер вважав, що це вірно лише в тому сенсі, що у міру розвитку від очевидного обов'язку до найвищих спрямувань, все більшого значення набувають індивідуальні відмінності в здібностях і розумінні, однак це не означає, що в ході такого підйому руйнуються соціальні зв'язки[2].

Як вираження ідеального належного, на яке слід орієнтуватися, мораль розглядають сьогодні як систему правил, норм, вимог і оцінок, які регулюють поведінку людей, їх відносини і взаємодію. Підґрунтям моралі є переконання, звичаї, традиції, громадська думка тощо. З давніх часів нормальний розвиток

[1] Омельчук О.М. Право та мораль як регулятори поведінки людини. *Право і безпека.* 2012. № 5 (47). С. 25-28; Омельчук О.М. Поведінка людини: філософсько-правовий вимір : монографія. Хмельницький: Хмельницький університет управління та права, 2012. С. 356.

[2] Омельчук О.М. Право та мораль як регулятори поведінки людини. *Право і безпека.* 2012. № 5 (47). С. 25-28; Омельчук О.М. Поведінка людини: філософсько-правовий вимір : монографія. Хмельницький: Хмельницький університет управління та права, 2012. С. 356.

спільної життя людей забезпечували мораль і право, однак функціонування права підтримується спеціальними державними органами, а виконання моральних норм залежить переважно від ціннісних орієнтацій людини, від її світогляду. Тому мораль є позаінституційною формою регуляції людського життя, яка спирається не на примус інститутів, покликаних силою й авторитетом спонукати людей дотримуватися норм, правил, приписів, а на колективну та індивідуальну свідомість[1]. Моральні вимоги відрізняються від інших вимог не імперативністю і не вищим ступенем імперативності, а характером обґрунтування, яке здійснюється в умовній модальності. Це підтверджується як аналізом формулювань морального закону у Канта, так і золотого правила моральності[2]. Однак мораль і ті сфери суспільного буття, що регулюються державою, так і ті, які держава чи громадські організації не регулюють. Норми моралі формують ідеальну модель належної поведінки людини, тому мораль розглядають як особливу форму суспільної свідомості.

У літературі поняття «мораль» розглядають з таких позицій: 1) як систему історично сформованих поглядів, норм, принципів, оцінок, переконань, що відображаються у поведінці людей, регулюють їх відносини між собою, відношення до суспільства, визначеного класу, соціальної групи, держави, які підтримуються особистим переконанням, традицією, вихованням, силою громадської думки. Критеріями моральних норм, оцінок, переконань виступають категорії добра і зла, чесності, благородства, порядності, совісті. На цих позиціях засновується моральна інтерпретація й оцінка всіх суспільних відносин; 2) як правила поведінки, засновані на уявленнях суспільства чи окремих соціальних груп про добро і зло, погане чи добре, справедливе і несправедливе, чесне і безчесне, акцентуючи увагу й на інших етичних вимогах і принципах; 3) як певну сукупність життєвих принципів, що історично склалися та розвиваються, поглядів, оцінок, переконань і заснованих на них нормах поведінки, які визначають та регулюють відносини між людьми, ставлення до суспільства, держави, сім'ї, колективу, класу, оточення[3].

О. Ф. Скакун розглядає мораль як систему норм і принципів, які виникають із потреби узгодження інтересів індивідів одних з одним і суспільством (класом, соціальною групою, державою), спрямовані на регулювання поведінки людей відповідно до розуміння добра і зла, підтримуються особистими

[1] Гуненков Д.В. Феномен моралі: спроба структурно-функціонального аналізу. URL : http://www.nbuv.gov.ua/portal/Soc_Gum/Gileya/2010_40/Gileya40/F17_doc.pdf

[2] Омельчук О.М. Вплив моралі на регулювання поведінки людини і суспільних відносин. *Південно-Український правничий часопис*. 2012. № 3. С. 52-55.

[3] Омельчук О.М. Поведінка людини: філософсько-правовий вимір : монографія. Хмельницький : Хмельницький університет управління та права, 2012. С. 358.

переконаннями, традиціями, вихованням, силою громадської думки. Мораль має історичний характер і охоплює майже всі сфери суспільного життя. За допомогою моралі узгоджується поведінка особи з інтересами суспільства, долаються суперечності між ними, регулюється міжособистісні спілкування[1]. На думку П. М. Рабіновича, мораль як соціальна норма — це зумовлене об'єктивними закономірностями правило фізичної поведінки, яке має загальний характер виражає волю певної частини і забезпечується різноманітними засобами соціального впливу[2]. М. С. Кельман розглядає мораль як погляди, уявлення і правила, що виникають як безпосереднє відображення у свідомості людей умов суспільного життя у вигляді категорій справедливості і несправедливості, добра і зла, честі, гідності, совісті, обов'язку та ін. Мораль визначається як необхідне надбання будь-якого суспільства, значення якого з кожним днем зростає[3].

Інша група вчених розглядає мораль як регулятор поведінки людини і суспільних відносин. Так, мораль — це регулятивна форма громадського усвідомлення, що відображає об'єктивну необхідність поєднання суспільного і особистого блага як вищої і кінцевої цілі і спрямована на реалізацію цієї потреби в поведінці людей. Будучи її суб'єктивним відображенням, моральна необхідність виступає у формі потреб і здібностей, почуттів і поглядів особистості, суспільних норм і оцінок, проявляючись у само регулятивній[4].

Мораль є особливим типом нормативного регулювання, що має універсальний характер та існує у формі сукупності норм і принципів, які поширюють свій вплив на всіх і кожного, втілюють у собі моральні цінності. Більше того, мораль втілює у своїх нормах абсолютні цінності, тому моральні норми і цінності є вищим критерієм поведінки. Саме тому вона правоможна оцінювати право з огляду на його відповідність вимогам справедливості і моральним очікуванням[5].

Мораль є сукупність норм і цінностей, що дозволяють людині усвідомлювати себе представником і виразником інтересів певних соціальних спільностей, — народу, держави, стану, колективу, групи тощо. Норми моралі відрізняються такими властивостями: 1) поширюються на членів певної соціальної спільності; 2) вимагають, щоб суб'єкт погоджував свою поведінку з поведінковими стереотипами, прийнятими в тих співтовариствах, членом

[1] Скакун О.Ф. Теорія держави і права : підручник. Х. : Консул, 2001. С. 265.

[2] Рабінович П.М. Основи загальної теорії права і держави: навч. посібник. К.: Атіка. 2001. 176 с.

[3] Кельман М.С., Хома Н.М. Загальна теорія держави та права : підручник. Львів, 2003. С. 306.

[4] Омельчук О.М. Поведінка людини: філософсько-правовий вимір : монографія. Хмельницький : Хмельницький університет управління та права, 2012. С. 360.

[5] Омельчук О.М. Там само. С. 360.

яких він є; 3) вимагають, щоб соціальна активність суб'єктів відповідала їх функціям і положенню у внутрішньогрупових ієрархіях; 4) психологічним вартовим на шляху до їх порушень виступає сором як боязнь засудження з боку соціального оточення. Через зміст моральних приписів людина вводиться в ціннісні сфери національних, ідеологічних, політичних стереотипів поведінки, засвоюючи які вона набуває свідомість власної причетності до цієї спільноти і одночасно свідомість своїх відмінностей від представників інших співтовариств. Норми моралі завжди відносні і припускають, що у кожної спільності можуть бути свої уявлення про добро і зло, належне і суще тощо. При цьому добром виступає все те, що служить інтересам цієї спільності і індивідів, що представляють її. Індивідуальна ж моральність припускає розвиток у особи здатності розчинятися у складі спільності, зливатися з нею в єдине ціле, ставити її інтереси вище за власних, виходити в рішеннях, що приймаються, з принципу пріоритету загального «ми» над індивідуальним «я». Мораль розглядається як нижча форма моральної культури, де людина ще не виступає ні родовою істотою, ні суверенною особою. На цьому ступені її свідомість, соціальні якості і поведінка свідчать про те, що вона представляє не увесь людський рід у цілому, а лише його окрему частину[1].

Мораль є одним з найглибших виразів автономії особи. Особливе місце моралі в системі людської життєдіяльності пов'язане з тим, що вона виражає її індивідуально-особову детермінованість. Поняття добра і зла, які утворюють засадничу структуру моралі, в найзагальнішому вигляді виражають загальну спрямованість поведінки людини. У просторі особового існування людини мораль виражається в індивідуально-відповідальній поведінці людини. Крім того, вона охоплює життєдіяльність в тій частині, в якій остання залежить від свідомих зусиль людини і може бути поставлена їй в провину. Моральне ж прагнення людини тотожне його прагненню до найкращого для себе. Поряд з цим, моральні поняття, оцінки, аргументи складають невід'ємну і важливу частину суспільної свідомості, будучи вищою апеляційною інстанцією і санкцією соціально значимих подій, дій, форм організації. При цьому мораль може бути чинником колективного життя, що надихає і інтегруючим, але може також спотворювати, прикривати сумнівний, а часто і зловісний сенс того, що реально робиться, виступати формою соціальної демагогії. Роль моралі в суспільній свідомості, загальна культура моральної оцінки, її форми, інтенсивність вкорінені в традиціях і психології народу, залежать від історичних особливостей розвитку конкретних країн, індивідуальних характеристик видатних особистостей (державних діячів, полководців, учених), багатьох

[1] Омельчук О.М. Там само. С. 360-361.

інших чинників, що вимагають кожного разу спеціальних досліджень. Проте існують також деякі загальні принципи, які визначають загальні орієнтири свідомих виховних зусиль, серед них:

- моральна оцінка адекватна тоді, коли вона виступає як самооцінка (незалежно від того, чи йде мова про окремих індивідів, групи людей, суспільство в цілому) і має акцентований самокритичний характер;
- у суспільстві немає спеціальних осіб(ні окремих індивідів, ні корпорацій), які мають переважне право виступати від імені моралі. Загальна тенденція розвитку громадських устоїв, зрозуміла як рух від морального патерналізму до моральної автономії, полягає в тому, щоб більш повно делегувати право морального суду самим суб'єктам дії;
- основною формою матеріалізації моральних цінностей в суспільстві є реальні зразки моралі, втілені в реальних людях і їх поведінці[1].

У філософії права велике роль відводиться дослідженню суспільної моралі. Слід погодитись, що сьогодні у вітчизняній юриспруденції підходи до тлумачення суспільної моралі мають нормативістський характер і зводяться до інтерпретації цієї форми моралі як деякої сукупності правил поведінки, тобто системи відповідних норм. Такий підхід застосований і у статті 1 Закону України «Про захист суспільної моралі», суспільна мораль тлумачиться як сукупність норм. Подальші законопроектні напрацювання не змінюють таку концепцію розуміння суспільної моралі. Проте у літературі пропонують застосовувати широкий підхід, за якого суспільна мораль не може вичерпуватися у своїй структурі лише системою правил поведінки, але також включає в себе уявлення про відповідні цінності та правила поведінки (тобто сегмент свідомості, оскільки передбачає необхідність осмислення таких правил) та відповідні їм зразки, моделі поведінки (тобто елемент діяльності людини, активного застосування відповідних правил поведінки у своєму житті). Суспільну мораль розглядають як таку сферу моральної регуляції, яка вміщує прийняті в даному суспільстві та зорієнтовані на досягнення спільного (колективного) блага цінності, правила поведінки, їх відображення у свідомості людей та відповідні поведінкові стандарти (моделі поведінки), які формуються на основі відповідних цінностей та норм, а також володіє засобами колективного осуду аморальних вчинків членів певного соціуму. У цьому визначенні поряд з цінностями та правилами поведінки також як обов'язкові елементи відображення цих цінностей та норм у свідомості членів соціуму та відповідні їм поведінкові стандарти. Таким чином, дане визначення, опрацьоване в рамках широкого підходу до розуміння моралі та право розуміння,

[1] Омельчук О.М. Поведінка людини: філософсько-правовий вимір : монографія. Хмельницький : Хмельницький університет управління та права, 2012. С. 362; Омельчук О.М. Регулювання поведінки людини у співвідношенні природного і позитивного права. *Наше право*. 2012. № 5. С. 22-27.

передбачає включення до структури суспільної моралі не лише цінностей і норм, але і елементів свідомості та практик (поведінкових стандартів) як певної системи норм, свідомості та діяльності людини[1].

В. В. Костицький слушно зазначає, що суспільна мораль є таким феноменом вищого порядку, якому притаманне визнання усім суспільством або його переважною більшістю відповідно системи цінностей та правил поведінки, які склалися внаслідок загальносуспільного мовчазного консенсусу[2].

І. І. Припхан вважає, що головна відмінність тлумачення суспільної моралі в праві від її розуміння в етиці, психології, соціології і філософії полягає в тому, що тут вона розглядається не як різновид суспільної свідомості, а як об'єкт правового захисту та регулятор суспільних відносин при дослідженні генезису правових норм та джерел права. При такому дослідженні передбачається, що поряд із нормами моралі, суспільні відносини регулюються і нормами права у випадку, коли моральне регулювання є недостатнім. Розглянувши різні конструкції визначень «мораль» і «суспільна мораль», І. І. Припхан вважає, що вони не мають принципових розбіжностей і визначають мораль як систему поглядів, певне накопичення регулюючих факторів. Вони визначають зміст цих категорій через особливий ланцюг понять, які характеризуються нормативно-ціннісними характеристиками. При цьому одні науковці вкладають у критерії моральності тільки позитивне навантаження (уявлення про добро, честь, гідність, справедливість), а інші вкладають як позитивне, так і негативне значення (уявлення про добро і зло, справедливість і несправедливість, честь і безчестя). Вчена також виокремила такі ознаки суспільної моралі, як: всезагальність форми (її дія поширюється на всіх людей, незалежно від їх волі); універсальність (здатність проникати в найрізноманітніші суспільні відносини); нормативність; авторитетність; інституціональність (вона базується на організаційно і процедурно підтримуваних установках); імперативність[3].

Такий підхід знаходить на сьогодні підтримку. Суспільна мораль включає в свою структуру цінності й уявлення, пов'язані з життям суспільства, а також відповідні цим цінностям вимоги та практики. Ці цінності закріплені в узагальненій, тобто надперсональній формі в культурі суспільства, при чому існують як в абстрактній, так і у визначеній — імперативній формі: «не шкодь», «поважай інших», «допомагай іншим», «відносься до інших дружньо

[1] Іванець М., Петрова Т. Необхідність правового регулювання захисту суспільної моралі. URL : http://www.nbuv.gov.ua/portal/Soc_Gum/Socpr/2011_1/Ivanec-Petrova.pdf

[2] Костицький В.В. Захист суспільної моралі як нова функція демократичної держави. *Малий і середній бізнес (право, держава, економіка)*. 2010.№ 3-4. С. 8.

[3] Припхан І.І. Суспільна мораль як категорія юридичної науки. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ*. 2010. №1. URL : http://www.nbuv.gov.ua/portal/Soc_Gum/Nvlduvs/2010_1/piikyn.pdf

і дбайливо». Такі вимоги легко простежуються в усіх відомих культурних традиціях, а саме, у священних текстах різних релігій, з якими ці традиції асоційовані. Сама наявність цих вимог визначає необхідність іншого виду цінностей — таких, що відбивають відповідність індивіда цим вимогам. Такі доброчесності, як якості характеру, що дозволяють людині відповідати цим вимогам, тобто сприяти благу інших, бути солідарним, підтримувати єдність з ближніми. Специфіка цих цінностей як моральних полягає в тому, що вони репрезентують благо індивіда як такого, незалежно від його громадського чи соціального статусу, а вимоги, що відповідають їм, звернені до індивіда як такого і орієнтують на благо іншого індивіда як такого. Однак, це не означає, що на різних етапах історичного розвитку адресат цих вимог або об'єкт необхідних дій залишалися незмінними: з часом коло індивідів, що сприймалися як такі, змінюється від мінімального кола своїх до безмежного в перспективі кола[1]. Таким чином, за такого підходу провідна роль належить ціннісному значенню суспільної моралі, однак не применшується значення свідомості та відповідних практик діяльності соціуму.

Вищезазначена позиція переконливо показує, що громадські проблеми, події і процеси не можна аналізувати і оцінювати з ідеально-моральних і етико-особистісних підстав. Так звані «вищі» принципи, які містить метафізика моралі і «етика особи» (як моральні принципи вибору і оцінки суб'єктом будь-яких рішень і дій) не є універсальними, тобто вони не можуть поширюватися на найважливіші для людини сфери життя. Неуніверсальність «вищих» принципів навіть чисто логічно означає, що у них є межі. Нездатність визначити себе робить «вищі» принципи, представлені метафізикою моралі і «етикою особи», елементами моральної ідеології. Однак жодна ідеологія, залишаючись ідеологією — в плані можливості виконувати функції, що конституюють ідеологію, — не здатна до самокритики, що руйнує її само основу. Таким чином, «суспільна мораль» не може бути прикладною, оскільки до неї не прикладені якраз ті «вищі» принципи, які складають основний зміст метафізики моралі і «етики особи». Вона може обґрунтувати себе тільки як «теоретична етика», але в цих міркуваннях ми доки не вийшли за рамки «генеалогії моралі» Ніцше або опису нетотожності кодів різних громадських систем Лумана. Мораль в якості «дисциплінарної технології» має сенс і взагалі може функціонувати лише тому, що вона підтримує і відтворює автономне «Я». Та й діалектика моралі полягає у тому, що подолання одних видів гетерономії завжди здійснюється не лише при збереженні інших її видів, але при опорі на них (як мотивів дій, матеріальних умов)[2].

[1] Омельчук О.М. Поведінка людини: філософсько-правовий вимір : монографія. Хмельницький : Хмельницький університет управління та права, 2012. С. 365.

[2] Омельчук О.М. Там само. С. 366.

ПЕРЕДУМОВИ СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТОК ЗАГАЛЬНОГО ВЧЕННЯ ПРО ЗОБОВ'ЯЗАННЯ

Концептуалізація поняття «суспільна мораль» є проблемною, оскільки формально мораль є сукупністю безумовно наказових, пріоритетних, загальних, обернених по перевазі до мотивів нормативних положень, які спираються на ідеальні санкції. Змістовно мораль визначається ідеалом цінності людини, який диктує необхідність поведінки, яка виражає прагнення до миру і взаємодопомоги, навіть до самопожертви заради іншої людини. У формалізованій і інституціоналізованій суспільній моралі мораль індивіда просто не впізнає сама себе, тобто не бачить в ній сутнісно морального явища[1].

Аналізуючи зміст ідеї суспільної моралі, в літературі зазначають, що в ній вміщені такі уявлення: зорієнтованість суспільної моралі на досягнення спільного блага; суспільна мораль «мислить» кількостями, для неї важливий критерій «більшості»; інституційність, опертя на установлення, які організаційно та процедурно підтримуються; суб'єкт і об'єкт суспільної моралі можуть бути роз'єднані; суспільна мораль допускає колективний осуд; вона неодмінно формалізована й кодифікована, принаймні частково. Суспільна мораль, протиставляється перфекціоністській індивідуальній моралі. Однак таке бачення ідеї суспільної моралі і способів її концептуалізації не враховує можливості усвідомленого і методологічно обґрунтованого з'єднання у рамках єдиного опису моралі цього ціннісно-нормативного змісту. Переконливим втілення такої теоретичної позиції виявляє сучасна етика доброчесності, практичну ефективність якої прибічники зв'язують, зокрема, з особливим розумінням морального суб'єкта, у рамках якого істотним виявляється поняття характеру. Людина, що має доброчесний характер, у своїй поведінці певним чином мотивована, вона послідовна і постійна. Крім того, доброчесним за визначенням є той, хто має здатність до судження, або здатність приймати рішення у найрізноманітніших ситуаціях, коли застосування принципів і правил неможливе, а також здатність відповідально діяти відповідно до своїх рішень. Останнє має особливе значення, особливо при рішенні етичних проблем в прикладних і професійних сферах, тому, з точки зору громадського блага, формування доброчесного характеру представляє особливе значення[2].

Вивченню проблем моральної поведінки у вітчизняній і зарубіжній науковій літературі приділялась і приділяється значна увага: філософсько-методологічний аспект цієї проблеми розглядався у працях В. Верещагіна,

[1] Омельчук О.М. Поведінка людини: філософсько-правовий вимір : монографія. Хмельницький : Хмельницький університет управління та права, 2012. С. 366; Омельчук О.М. Філософсько-правове розуміння суспільної моралі та її вплив на поведінку людини. *Південно-Український правничий часопис: науковий журнал.* 2012. № 4. С. 56-59.

[2] Омельчук О.М. Поведінка людини: філософсько-правовий вимір : монографія. Хмельницький : Хмельницький університет управління та права, 2012. С. 367; Омельчук О.М. Філософсько-правове розуміння суспільної моралі та її вплив на поведінку людини. *Південно-Український правничий часопис: науковий журнал.* 2012. № 4. С. 56-59.

РОЗДІЛ 1

І. Калайкова, Т. Каптєрева. Психологічна сутність досліджуваного феномену висвітлювалась у науковому доробку І. Беха, О. Леонтьєва, Л. Кольберга, В. Петровського, Ж. Піаже. З педагогічного питання моральної поведінки висвітлюється в дослідженнях В. Алексєєвої, В. Боднара, М. Вербицького, К. Журби, Т. Кравченко, І. Підласого, Н. Тализіної, С. Соловейчика, К. Чорної та ін. Загальною є думка, що моральна поведінка — це такий тип поведінки суб'єкта (індивідуального чи колективного), в мотивуванні якої відіграють істотну роль схвалювані культурою (відповідні визначальним для неї цінностям) норми людського співжиття (моральні норми в найширшому сенсі терміна). Погляди суб'єктів моральної поведінки виходять з необхідності узгодження, гармонізації інтересів людини з інтересами тієї спільноти, до якої вона належить. Її мислення здійснюється в категоріях добра і зла, обов'язку, гуманності, справедливості, чесності тощо, змістом яких є потреба і необхідність узгоджувати свої цілі, засоби їх досягнення з цілями інших спільнот, ставитися до загальних цілей як до вищих, непорушних[1].

Слід зазначити, що в сучасній філософії права не лише уточнюється зміст поняття «моральний», але обговорюється різниця між поведінкою моральною і позаморальною. Визначення змісту поняття «моральний» визначається ціннісно, тобто на основі семантичного відношення «моральне — це позитивне», що зумовлене протиставленням «моральне — аморальне». До моральних дій відносяться вчинки, тобто ті дії індивіда, які суб'єктивно мотивовані, мають значення для інших людей і викликають відношення у відповідь. Вчинок в онтологічному аспекті — це початкова клітинка моралі, а в гносеологічному — початкове поняття для визначення засад суспільства, «устоїв», щодо яких в сучасній філософії права існують дві точки зору. Прибічники першої розрізняють моральність і мораль і трактують, згідно Гегеля, поняття «устої» як «дійсність моральної ідеї» або «звичку до морального», яка утворюється в результаті з'єднання морального з дійсністю індивідів[2]. Інші філософи, вважаючи, що мораль і моральність є синонімами, розуміють під устоями не лише сферу сущого, але і належного, тому устої трактуються ними як вчинки, що найчастіше зустрічаються[3]. Представники останнього напрямку вважають, що поняття «устої» включає не усі дії людей, а тільки ті, в яких є присутня деонтологично усвідомлена моральна рефлексія. «Устої (як і мораль в цілому)

[1] Лукач О.М. Моральна поведінка як складова духовної культури студентської молоді. URL : http://www.nbuv.gov.ua/portal/soc_gum/afina/2008_6_2/lukath.pdf

[2] Georg Wilhelm Friedrich Hegel. Vorlesungen über Rechtsphilosophie 1818-1831. German, 1974. 816 p.

[3] Омельчук О.М. Поведінка людини: філософсько-правовий вимір: монографія. Хмельницький : Хмельницький університет управління та права, 2012. С. 369.

є неінституалізовані форми поведінки, що ґрунтуються на інтеріоризації суб'єктом існуючих соціальних регуляторів поведінки»[1].

У структурі моральної поведінки виділяють:

1. Змістовий блок (моральні уявлення, знання моральних норм, переконання, погляди, установки), який становить сукупність знань, уявлень про моральні норми і правила міжособистісних взаємин на різних рівнях людської життєдіяльності, особливостей прояву культури спілкування, культури поведінки та мовлення, наявність етичних гуманістичних цінностей;

2. Емоційно-мотиваційний блок (потреби, мотиви, емоції, почуття, сукупність відповідних емоційно-психологічних характеристик), який містить комплекс гуманних почуттів (співпереживання, довіра, співчуття, чуйність та ін.) та передбачає осягнення їхньої сутності, прагнення до вияву в повсякденному житті, у взаєминах з іншими людьми, незалежно від їхньої референтної характеристики (вік, фізичні чи психічні вади тощо). Цей компонент сприяє емоційному опануванню гуманних норм взаємодії, формуванню позитивної мотивації до належної поведінки;

3. Регулятивний блок (оцінки, цінності, певний еталон прояву почуттів, прагнення до реалізації їх у взаєминах з іншими людьми) дозволяє оцінювати рівень культури поведінки, спілкування, контролювати дотримання основних норм і правил, здійснювати корекцію хибних проявів і можливих порушень;

4. Діяльнісний блок (уміння, навички, звички, дії, вчинки) містить певні вміння, навички, дії, поведінку, що спираються на теоретичні знання та емоційно-оцінне ставлення до них, включає етичну стратегію міжособистісної взаємодії, методів та прийомів діалогічного суб'єкт-суб'єктного спілкування, тактику попередження конфліктних ситуацій та виходу із них[2].

Моральна діяльність розглядається як особлива сфера діяльності, яка має предметно-змістову визначеність і специфіку, оскільки на неї поширюються моральні вимоги. Будь-які моральні дії умотивовані функціонуванням свідомості (мисленнєвих, почуттєвих, вольових компонентів), але не вичерпуються ними, оскільки передбачають об'єктивацію в реальній дійсності як певний результат. Моральна діяльність і моральна свідомість взаємно зумовлені, завдяки цьому мораль можна розглядати не тільки як особливу сферу духу, свідомості та волевиявлення, але й як сферу реально-практичних

[1] Омельчук О.М. Поведінка людини: філософсько-правовий вимір : монографія. Хмельницький : Хмельницький університет управління та права, 2012. С. 369; Омельчук О.М. Філософсько-правове розуміння суспільної моралі та її вплив на поведінку людини. *Південно-Український правничий часопис: науковий журнал.* 2012. № 4. С. 56-59.

[2] Лукач О.М. Моральна поведінка як складова духовної культури студентської молоді. URL : http://www.nbuv.gov.ua/portal/soc_gum/afina/2008_6_2/lukath.pdf

відносин, які регулюють поведінку людини і втілюються в ній. Моральна діяльність охоплює вчинки, які мають власну структуру, синтезують у собі зовнішні, матеріальні і внутрішні, духовні компоненти. Здійснюючи вчинок, людина включається в певні, серед них і моральні відносини з іншими людьми, із суспільством, тобто вступає в суспільні відносини як сукупність зв'язків і залежностей, які водночас є і моральними відносинами (ціннісними, смисловими аспектами всіх суспільних відносин). Таким чином, моральна діяльність і моральні відносини є об'єктивованим у поведінці й соціальних зв'язках, аспектом моралі як духовно-практичного способу освоєння світу[1].

Важливими показниками цього діяльнісного блоку є культура поведінки, яка розглядається як сукупність сформованих, соціально значимих якостей та повсякденних вчинків людини в суспільстві, заснованих на нормах моральності, етики, естетичній культурі. Культура поведінки виражає, з одного боку, — моральні вимоги суспільства, закріплені в нормах, принципах та ідеалах, з іншої — засвоєння положень, що направляють, регулюючих і контролюючих поведінку людини. Вона виявляється в єдності зовнішніх чинників, що регулюють поведінку людини та внутрішніх можливостей людини. Формування культури поведінки потребує чіткого усвідомлення змісту та шляхів вироблення в людини певних знань, умінь і навичок, що досягається виконанням відповідних дій, які автоматизуються завдяки тренуванням, постійним вправлянням у виконанні тих чи інших вимог, забезпеченню усвідомлення необхідності дотримання морально-етичних норм життя і побуту в суспільстві[2].

Слід погодитись, що моральною можна назвати таку поведінку людини, в мотивуванні якої відіграють істотну роль схвалювані культурою, відповідні визначальним для неї цінностям соціальні норми. Моральній поведінці протиставляється суто прагматична, суб'єкт якої прагне лише досягнення своїх цілей, що випливають з його інтересів і визначаються безвідносно до соціальних цінностей. Однак за досягнення певного оптимального обсягу інформації, що використовується у процесі прийняття рішення (кількість параметрів, що враховуються, їхніх системних залежностей, часових масштабів прогнозування), грамотні прагматичні оцінки змикаються з моральними. Поряд з цим, рішення, які вважають прагматичними ті, хто їх приймає, здебільш не є корисними з огляду на віддалені наслідки та, відповідно, не є моральними[3].

[1] Гуненков Д.В. Феномен моралі: спроба структурно-функціонального аналізу. URL : http://www.nbuv.gov.ua/portal/Soc_Gum/Gileya/2010_40/Gileya40/F17_doc.pdf

[2] Омельчук О.М. Поведінка людини: філософсько-правовий вимір : монографія. Хмельницький : Хмельницький університет управління та права, 2012. С. 371.

[3] Омельчук О.М. Там само. С. 371.

ПЕРЕДУМОВИ СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТОК ЗАГАЛЬНОГО ВЧЕННЯ ПРО ЗОБОВ'ЯЗАННЯ

Зважаючи на специфіку моралі, дослідники іноді намагаються виразнити в її структурі загальні рівні функціонування моральної свідомості: емоційно–чуттєвий і раціонально-теоретичний. Однак знання норм, правил поведінки ще не свідчить про наявність у людини високого рівня моралі, оскільки лише інтеріоризовані у відповідні переконання, моральні знання стають моральними факторами організації поведінки людей, збагачуються життєвим досвідом, почуттями, емоціями, перестаючи бути суто раціонально–теоретичними утвореннями. Крім того, моральна свідомість містить у собі не лише почуття й уявлення, але й поняття, моральні категорії, моральні приписи–судження, що дає підстави твердити про єдність чуттєвого і раціонального в моралі. Крім того, структурно мораль утворюють дві сфери: моральна свідомість і моральна практика, або моральність, кожна з яких має свою власну будову. Так, залежно від носія моральну свідомість поділяють на суспільну (моральні погляди й оцінки певних груп людей) та індивідуальну(моральні погляди й оцінки певних людей), які перебувають в органічному, хоча й суперечливому взаємозв'язку. Основними елементами суспільної моральної свідомості постають моральні вимоги та моральні цінності. Іноді до них додають ще ідеал, проте в ідеалі виражається не лише моральна довершеність людини, але й інтелектуальна, політична, професійна та ін. Складовими індивідуальної моральної свідомості, є інтеріоризовані моральні вимоги і моральні цінності, які виявляються в моральних мотивах і ціннісних орієнтаціях людини, почуттях сумління, честі й гідності тощо[1].

Особливості виявлення основних показників сформованості індивідуальної моральної свідомості такі: моральна свідомість як форма суспільної свідомості має всі її ознаки та показники, але в межах моральної реальності; важливий показник сформованості моральної свідомості особистості моральні знання, джерела моральної свідомості людини; моральні знання можуть існувати в свідомості людини у вигляді моральних уявлень, понять, переконань; знання на рівні моральних уявлень, ознак та понять не можуть бути показниками сформованої моральної свідомості, а визначають лише стан формування моральної свідомості на одному із рівнів; моральні переконання як вищий рівень моральних знань є фундаментом сформованої моральної самосвідомості, на основі якого виробляється навичка правильної поведінки, що переростає у звичку за будь-яких умов поводитися гідно, тобто моральні переконання стають основою моральних вчинків, совістю людини; процес засвоєння і застосування моральних знань тісно пов'язаний з такою вищою

[1] Гуненков Д.В. Феномен моралі: спроба структурно-функціонального аналізу. URL : http://www.nbuv.gov.ua/portal/Soc_Gum/Gileya/2010_40/Gileya40/F17_doc.pdf

психічною функцією, як почуття; стан переживання людиною моральних почуттів є показником моральної свідомості; свідомість і діяльність людини тісно взаємопов'язані (за теорією О. Леонтьєва, діяльність є показником рівня сформованості свідомості); зміст діяльності людини може бути показником сформованості моральної свідомості[1]. Згідно із цими особливостями, щоб побачити картину сформованості моральної свідомості, необхідно з'ясувати, що людина знає про мораль, як пояснює моральне і аморальне, які почуття переживає, коли йдеться про моральне або аморальне, як співвідносяться її знання, почуття та мотиви з поведінкою.

Слід погодитись з Г. Баллом, що людина залежно від рівня особистісного і морального розвитку може, „не дорости" до моралі, яку підтримує певна спільнота, але може й „перерости" її. В останньому випадку вона за необхідності вибору між різними типами норм найчастіше віддає перевагу (свідомо чи інтуїтивно) особистісній моральності. Особистісна моральність функціонує як індивідуалізоване і водночас синтетичне втілення наявних у культурі принципів регулювання соціальної поведінки. Різкої межі між соціальною мораллю (коли вона інтеріоризована людиною) і особистісною моральністю провести не можна. Зовні різниця між ними може проявлятися у відповідності поведінки людини моралі певної спільноти. Суб'єктивно ж вимоги особистісної моральності відчуваються як голос сумління, також для людини, яка усвідомлює, що порушила значущі для неї норми соціальної моралі, є характерним почуття сорому. Таким чином, соціальну мораль і особистісну моральність розглядають як два варіанти систем моральних норм у найширшому сенсі. У зв'язку з цим варто підкреслити фундаментальну роль культури, оскільки людську особистість можна по праву розглядати як одиничне втілення культури, тобто всезагального в людині. Якщо соціальна мораль розглядається як втілення особливих форм культури, то особистісна моральність як втілення індивідуальних форм культури. В особистісній моральності культура постає у єдності її нормативно-репродуктивних і діалогічно-творчих складників, тоді як соціальна мораль є суто цивілізаційним утворенням[2].

Слід погодитись з О. В. Грищук, що саме культура вимагає, щоб людина як істота соціальна виконувала певні суспільні функції, не заперечуючи її вітальних потреб та волі до життя. Однак людина як така відбувається лише тоді, коли здобуває владу над собою, коли в її духовній сфері відбувається

[1] Фольваркова В.І. Показники та рівні розвитку моральної свідомості особистості. *Дошкільна освіта,* 2004. № 3(5). С.77

[2] Балл Г. Актуальні методологічні питання дослідження моралі і моральної поведінки. URL : http://politik.org.ua/vid/magcontent.php3?m=6&n=75&c=1763

процес самоусвідомлення і само прийняття. Через цей процес людина може сформувати правильне ставлення до світу, при якому відбувається прийняття суспільної культури і соціальних норм, правил поведінки. Так, соціальні (в тому числі правові) норми перетворюються з зовнішньої вимоги на внутрішню потребу людини, яка логічно випливає з її внутрішнього світу і стає частиною її реальності. При цьому відбувається динамічний розвиток системи цінностей людини, зміна її ціннісних орієнтацій, що об'єктивується, проявляється в суспільних відносинах. У відносинах між людьми проходить процес сприйняття чи не сприйняття нових ідей, цінностей, світоглядних міркувань. Найбільш корисні з них та прийнятні для даного суспільства поступово отримують закріплення у соціальних нормах, стають частиною культури суспільства, щоб згодом знову координувати, визначати поведінку кожної людини. Таким чином, відбувається взаємодія та взаємовплив між духовністю людини та культурою соціуму, між власними нормами поведінки конкретної людини та соціальними нормами, між ціннісними орієнтаціями людини та цінностями суспільства. Цей вплив призводить до розвитку та прогресу людини і суспільства, а головне — визначає людину, а, отже, і людську гідність як прояв її духовності, найвищою соціальною цінністю у всіх виявах культури суспільства[1].

У зіставленні з моральністю мораль постає як «засохла» в норми і приписи форма моральності. В автоматизмі повсякденного життя такі закріплені із-зовні та із-середини моральні приписи вимагають єдино правильної поведінки. Керуючись особистісною моральністю, людина виявляється відповідальною за свою поведінку і самодетермінує свою відповідальність. Водночас моральність втілюється не в моральні норми, а в безвихідні перипетії вільного особистого вчинку.

Слід зазначити, що необхідним є не лише реальне розрізнення, а й реальне сполучення двох сфер людської етики: соціальної моралі й особистісної моральності. Необхідність диференціації споріднених, але не тотожних феноменів за допомогою відповідних понятєво-термінологічних засобів сприяє пізнанню їхнього об'єктивного переплетення, оскільки як тільки мораль втрачає особистісно-моральнісну напругу й безвихідь (мислену доведеність до унікальної межі), так одразу ж сама ця мораль «зсихається, нависає над людиною ззовні, перестає бути моральною (навіть моральною) нормою, але стає «стороною» норми правової, державної, релігійної тощо»[2].

[1] Грищук О.В. Людська гідність у праві: філософські проблеми. Л. : Львівський державний університет внутрішніх справ, 2007. С. 202.

[2] Омельчук О.М. Поведінка людини: філософсько-правовий вимір : монографія. Хмельницький : Хмельницький університет управління та права, 2012. С. 376.

РОЗДІЛ 1

Висловлюються міркування, що розвинена особистість має орієнтуватися передусім на норми особистісної моральності. У разі необхідності вибору між дотриманням правової норми і виконанням моральнісної вимоги, саме моральнісній вимозі слушно віддає перевагу людина з розвиненою моральною свідомістю. Водночас переважно низький рівень законослухняності й правової культури в суспільстві підтримується зовсім не шляхетними вчинками у надзвичайних ситуаціях, а егоїстичними вчинками в ситуаціях повсякденних. Велике значення при цьому має правове виховання, яке повинно тісно узгоджуватися з моральним вихованням, забезпечуючи формування правової і моральної культури як складників цілісної особистісної культури. Крім того, воно повинно ставити за мету не беззастережне дотримання правових норм, а забезпечення у різних ситуаціях максимально можливого ступеня зазначеного дотримання. Таким чином, і у вихованні, і у плануванні людиною власної поведінки, і у творенні правових норм, і в зусиллях, спрямованих на вдосконалення суспільної моралі мають ставитись не на виборі між різними типами норм, а на їх узгодженні. Концептуальна ж диференціація низки засобів регулювання соціальної поведінки аж ніяк не повинна гальмувати їх сполучення[1].

Досягнення людиною високого рівня узгодженого розвитку правової й моральної культури передбачає розуміння нею таких речей: а) навіть коли вона діє із шляхетних мотивів, згідно з велінням свого сумління, але якщо порушує правові норми, то ризикує потрапити під покарання, а в разі нехтування нормами суспільної моралі — зазнати осуду з боку оточення; б) навіть найдосконаліша правова система (система норм суспільної моралі — приблизно так само), вимушено типізуючи найрізноманітніші життєві ситуації та накладаючи єдиний масштаб на різних людей, принципово не може забезпечити абсолютної справедливості[2].

Суспільну мораль розглядають як таку сферу моральної регуляції, яка вміщує прийняті в даному суспільстві та зорієнтовані на досягнення спільного (колективного) блага цінності, правила поведінки, їх відображення у свідомості людей та відповідні поведінкові стандарти (моделі поведінки), які формуються на основі відповідних цінностей та норм, а також володіє засобами колективного осуду аморальних вчинків членів даного соціуму. У даному визначенні поряд з цінностями та правилами поведінки також як обов'язкові елементи відображення цих цінностей та норм у свідомості членів соціуму та відповідні їм поведінкові стандарти. Таким чином, дане визначення, опрацьоване в рамках широкого підходу до розуміння моралі та праворозуміння,

[1] Балл Г. Актуальні методологічні питання дослідження моралі і моральної поведінки. URL : http://politik.org.ua/vid/magcontent.php3?m=6&n=75&c=1763

[2] Балл Г. Актуальні методологічні питання дослідження моралі і моральної поведінки. URL : http://politik.org.ua/vid/magcontent.php3?m=6&n=75&c=1763

передбачає включення до структури суспільної моралі не лише цінностей і норм, але і елементів свідомості та практик (поведінкових стандартів) як певної системи норм, свідомості та діяльності людини[1].

Слід погодитись, що історія розвитку цивілізації свідчить, що право і мораль як складові частини духовної культури суспільства органічно пов'язані одне з одним. Правова система державно організованого суспільства закріплює життєво важливі для всього суспільства вимоги моралі, моральні настанови, тому для визначення сутності правових норм необхідний не лише їх всебічний аналіз з врахуванням ідей правової свідомості суспільства, соціальної групи, але і вияв взаємозв'язків норм права з принципами та нормами моралі, з моральною свідомістю суспільства. Держава при створенні права враховує стан суспільної моралі, моральну культуру населення, виходить із того, що моральна основа права є важливою складовою загальної регулювання суспільних відносин, що закони повинні бути справедливими і гуманними. Найбільш характерною рисою взаємодії права та моралі є їхнє зближення, взаємопроникнення, посилення їхнього узгодженого впливу на суспільство. У процесі регулювання суспільних відносин виникає якісно нове явище, яке називається морально-правовий вплив. Право і мораль як складові частини цього явища, не розчиняючись у ньому та не втрачаючи своїх індивідуальних якостей, а в сукупності утворюють реально існуючу соціальну цінність[2].

Фуллер пов'язував внутрішню мораль права, з віковою традицією природного права. Філософ зробив спробу виявити і сформулювати природні закони, властиві особливому виду людської діяльності, яку охарактеризував як «підприємство, спрямоване на підпорядкування поведінки людини керівництву правил». Природні закони не «вищий закон»: якщо тут і можна спожити метафору вертикалі, то слід назвати їх «нижчими» законами. Вони торкаються життєво важливої людської діяльності, але вони явно не охоплюють усього морального життя людини. Вчений запропонував формулу право як підприємства, що спрямоване на підпорядкування поведінки людини керівництву правил. На відміну від сучасних теорій права цей підхід трактує право як діяльність і розглядає правову систему як продукт тривалих цілеспрямованих зусиль. Фуллер неодноразово відмічав, що правову мораль можна вважати нейтральною відносно широкого спектру етичних питань, але вона не може бути нейтральною по відношенню до самої людини. Підпорядкування поведінки людини керівництву правил можливе лише тоді, коли людина є

[1] Іванець М., Петрова Т. Необхідність правового регулювання захисту суспільної моралі. URL : http://www.nbuv.gov.ua/portal/Soc_Gum/Socpr/2011_1/Ivanec-Petrova.pdf

[2] Гетьман-П'ятковська Ірина Анатоліївна. Право та мораль: теоретико-правові проблеми співвідношення та взаємодії : дис... канд. юрид. наук: 12.00.01. К., 2007. С. 2.

відповідальним суб'єктом, здатним розуміти правила, наслідувати їх і відповідати за їх недотримання. Будь-який відхід від принципів внутрішньої моралі права є зневагою гідності людини як відповідального суб'єкта. Судити її дії з неопублікованих законів або законів, що мають зворотну силу, або наказувати їй вчинити дію, яку вчинити неможливо, означає виразити свою байдужість до її здатності приймати самостійні рішення. Якщо ж прийняти думку, нібито людина нездатна на відповідальні дії, то правова мораль втрачає сенс існування. Вчений також зауважує, що мораль є необхідна, хоча і не достатня умова для реалізації справедливості; мораль зневажається при спробі втілити в правових нормах ненависть; особлива мораль права представляє погляд на природу людини, без якої не може обійтися ні право, ні мораль[1].

Спираючись на концепцію І. Канта, виділяють основні риси тотожності і відмінності моралі і права. До спільних рис вказаних феноменів відносять: спільність коріння генезису і еволюційних етапів розвитку моралі і права; подібність їхніх складових за сутністю і призначенням право і мораль виступають як сукупність справедливих настанов і створюваних ними умов для вільного здійснення розумної волі і забезпечення цивілізованої діяльності та спілкування; подібність структур: структура права (правові норми, правові відносини, правова поведінка) відповідає подібній структурі моралі (моральні норми, моральні відносини, моральна поведінка); спільність базових категорій моралі і права поняття справедливості і свободи, що є основними категоріями права пояснюють і природу моралі. Серед рис, які розрізняють мораль і право виділяють: інституційна природа права на відміну від неінституційності моралі; владний характер права, його зв'язок з державою, тоді як мораль є винятково продуктом суспільства; різний ступінь конкретизації і жорсткості правових та моральних санкцій; формальна рівноправність суб'єктів, якої немає і не може бути в моралі; правова воля і правова рівність є умовою для свободи здійснення внутрішніх переконань, рішень і вибору морально незалежної автономної людини; мораль і право розвиваються з різним ступенем динаміки право є системою більш консервативною зміни в моральній системі передують змінам у праві[2].

Слід погодитись, що право має важливе значення для розвитку моралі. У розвитку людської культури праву належить велика заслуга, оскільки воно вносить в громадські стосунки твердість і стійкість. Одних внутрішніх мотивів для людей недостатньо, щоб стримати прояви їх ворожих пристрастей і

[1] Омельчук О.М. Поведінка людини: філософсько-правовий вимір : монографія. Хмельницький : Хмельницький університет управління та права, 2012. С. 379; Омельчук О.М. Право та мораль як регулятори поведінки людини. *Право і безпека.* 2012. № 5 (47). С. 25-28.

[2] Павлова Тетяна Сергіївна. Співвідношення моралі і права у філософії І.Канта (історико-філософський аналіз) : дис... канд. філос. наук : 09.00.05. Д., 2007. 211 с.

усунути можливість громадських зіткнень. Потрібна тверда правова організація, яка могла б долучити до внутрішніх мотивів стримуючу силу зовнішнього закону і охоронний нагляд влади. Тільки організація правового порядку вносить в суспільство стійкість, яка примиряє різні суспільні елементи. Коли ж досягається мета міцного, зовнішнього примирення, створюється і кращий фундамент для розвитку моральних відносин. Під охороною закону, що забезпечує суспільний порядок, затверджуються і зміцнюються моральні відносини. Хоча право не створює ці відносини, але воно забезпечує для них можливість успішного розвитку. З іншого боку, забороняючи і караючи негативні прояви людської волі, право має виховне значення, оскільки припиняє свавілля та залишає сліди своєї дії у внутрішньому світі людини. Ось чому так важливо, щоб увесь правовий склад суспільних відносин переймався моральним духом і щоб правове життя протікало в здоровій атмосфері твердого порядку і законної справедливості[1].

Загальновизнано, що свідомо створений порядок визнається передумовою існування та цілісності людини та суспільства. Відповідно умовою єдності та узгодженої організації суспільства є моральність окремої людини як складової спільноти. Тому ефективність та усталеність правопорядку залежать саме від його відповідності загальному моральному закону, що є ґрунтом особистісної цілісності людини. Коли моральні засади суспільства слабшають, значно зростає девіантність, оскільки позитивно-правові методи регулювання не в силі замінити природні моральні засади поведінки. «Отже, немає потреби перебільшувати значення нормативного юридичного регулювання як інструменту втілення зразків моралі у діяльності та відносинах членів суспільства, оскільки не можна примусити людину до моральної поведінки, це марна справа. Моральна поведінка є плодом внутрішньої моральної культури, витвором особистого морального переконання, що виявляється у вчинках. Але можна і потрібно враховувати абсолютні моральні принципи у позитивних нормативних актах. Для цього позитивне право, щоб адекватно виконувати свої історичне призначення, не повинне а) суперечити моральним нормам; б) примушувати до аморальної поведінки, чи дозволяти її. Саме в цьому випадку юридичні норми будуть вписуватися в загальний етичний лад конкретного суспільства, а загальнолюдські моральні норми будуть становити фундамент позитивного права»[2].

[1] Омельчук О.М. Поведінка людини: філософсько-правовий вимір : монографія. Хмельницький : Хмельницький університет управління та права, 2012. С. 381; Омельчук О.М. Право та мораль як регулятори поведінки людини. *Право і безпека*. 2012. № 5 (47). С. 25-28.

[2] Миронова Г. Метафізичний реалізм – актуальна парадигма сучасного праворозуміння. *Антропологія права: філософський та юридичний виміри (стан, проблеми, перспективи): Статті учасників Другого всеукраїнського "круглого столу"* (м. Львів, 1-2 грудня 2006 року). Львів : Край, 2007. С. 195.

Отже, право і мораль завжди взаємодіють між собою: якщо відсутні правові приписи, існують норми моралі; там, де мораль буває не здатна одним своїм внутрішнім авторитетом стримувати прояви егоїзму, на допомогу їй з'являється право зі своїми засобами зовнішнього примусу. З часом взаємодія права і моралі міцнішає. Висловлюються міркування, що у майбутньому слід очікувати об'єднання цих двох соціальних регуляторів, при якому юридичні норми більш чітко відображатимуть вимоги моральної свідомості, а внутрішнє почуття більш повно одухотворятиме собою зовнішнє виконання закону[1].

Висновки. Поведінка людини у суспільстві визначається, перш за все, природним правом, тобто домінуючими у суспільстві моральними нормами. Цей процес відбувається двояко: з одного боку поведінка людини є результатом її моральної свідомості, а тому визначається її моральними цінностями, поглядами, установками, почуттями. З іншого боку, людина у своїй поведінці враховує ставлення суспільства до своєї поведінка, а тому намагається діяти відповідно до вимог природного права (суспільних моральних цінностей та норм). Через цей механізм, моральні цінності, котрі притаманні кожній людині, а також є основою кожного соціуму, здійснюючи регулятивну функцію суспільних відносин та поведінки людей.

1.2. Особливості цивільно-правового статусу військовослужбовців як учасників зобов'язальних правовідносин

Окупація Криму, тривалий збройний конфлікт на Сході України, який перейшов у збройну агресію з російською федерацією 24 лютого 2022 року, де вирішуються суперечності за допомогою зброї, скоєння терористичних актів та інших насильницьких дій, що спричиняють загибель, каліцтво, ушкодження здоров'я цивільного населення та військовослужбовців, а також постійна загроза незалежності та державному суверенітету, територіальної цілісності, — це сучасні реалії України. У зв'язку із такою ситуацією, пріоритетами національних інтересів України та забезпечення національної безпеки у Стратегії національної безпеки України названо відстоювання незалежності й державного суверенітету, відновлення територіальної цілісності у межах міжнародно визнаного державного кордону України, захист прав, свобод і законних інтересів громадян України (ст.5)[2]. Найважливіша роль у вирішенні завдань оборони та безпеки держави належить військовослужбовцям, які несуть військову службу – державну службу особливого характеру.

[1] Омельчук О.М. Поведінка людини: філософсько-правовий вимір : монографія. Хмельницький : Хмельницький університет управління та права, 2012. С. 382.

[2] Стратегія національної безпеки України, затв. Указом Президента України від 14 вересня 2020 року № 392/2020. URL : https://www.president.gov.ua/documents/3922020-35037

ПЕРЕДУМОВИ СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТОК ЗАГАЛЬНОГО ВЧЕННЯ ПРО ЗОБОВ'ЯЗАННЯ

Ефективність, якість діяльності військовослужбовців залежать від державних форм та способів захисту відповідно до їх соціально-економічного, правового, політичного становища та сучасних реалій.

Особливість проходження військової служби пов'язана з ризиком для життя та здоров'я військовослужбовців, оскільки є багато різних факторів, які можуть призвести до каліцтва, контузій, іншого ушкодження здоров'я, а також смерті військовослужбовця. Обов'язком держави є гарантування безпеки військової служби (створення безпечних умов військової служби), а також захист цивільних прав у разі загрози порушення та власне їх порушення. Специфіка правового захисту немайнових прав військовослужбовців зумовлена тим, що не всі передбачені в законодавстві форми та способи захисту застосовують для цього. Крім того окремі форми та способи захисту мають певну специфіку щодо порядку їх застосування.

За таких умов набувають актуальності питання захисту особистих немайнових прав військовослужбовців.

Одним з найважливіших понять науки цивільного права та цивільного законодавства є поняття суб'єктів права, тобто осіб, які є учасниками майнових та особистих немайнових відносин. Питання про види суб'єктів цивільного права (фізичних та юридичних осіб, державу, територіальні громади) в літературі розроблено досить ґрунтовно. Однак загальні проблеми суб'єктів цивільного права досліджено недостатньо.

У ст. 2 ЦК України йдеться про учасників цивільних відносин. Мабуть, мається на увазі «суб'єктів правовідносин». У цьому зв'язку слід простежити історію цивільного законодавства на українських землях. У ЦК УРСР 1922 р. у главі 2, що мала назву «Суб'єкти прав (особи)», було закріплено статус громадян і юридичних осіб[1]. Згідно із ЦК УРСР 1963 р. цивільні правовідносини виникають між учасниками або сторонами (ст. 2)[2]. В Основах цивільного законодавства Союзу РСР і республік 1991 р. названо учасників (ст. 1) та суб'єктів (глава 2) відносин, що їх регулює цивільне законодавство[3]. Отже, незважаючи на різне термінологічне позначення категорії «суб'єкти», «учасники», «сторони», вони позначають одну правову категорію, тобто тих, між ким виникають цивільні правовідносин.

Р. О. Халфіна, досліджуючи проблеми теорії правовідносин, зробила спробу розмежувати поняття «суб'єкти права» і «учасники правовідносин». «Суб'єкти права», на думку вченої, мають подвійне позначення: 1) особа, яка

[1] Кодифікація цивільного законодавства на українських землях : у 2 т. / уклад. Ю. В. Білоусов, І. Р. Калаур, С. Д. Гринько [та ін.] ; за ред. Р. О. Стефанчука та М. О. Стефанчука. К. : Правова єдність, 2009. Т. 2. 1240 с.

[2] Кодифікація цивільного законодавства на українських землях. Вказана праця. 1240 с.

[3] Кодифікація цивільного законодавства на українських землях. Вказана праця. 1240 с.

може брати участь у правовідносинах (можливість участі); 2) особа, яка бере участь у правовідносинах (реальна участь). У цьому випадку поняття «суб'єкт» ширше, ніж «учасник», оскільки позначає не тільки участь, а й можливість участі[1].

Відповідно до ст. 2 ЦК України учасниками цивільних відносин можуть бути: 1) фізичні особи; 2) юридичні особи; 3) держава; 4) Автономна Республіка Крим; 5) територіальні громади; 6) іноземні держави; 7) інші суб'єкти публічного права[2]. Водночас О. О. Первомайський наголошує, що «не можуть бути учасниками цивільних відносин біологічні суб'єкти, які не є людьми, та штучні колективні соціальні утворення, що не зареєстровані у встановленому законом порядку як юридичні особи»[3].

Незважаючи на такий розгалужений перелік учасників (суб'єктів) цивільних відносин, основне місце у ньому займає фізична особа — людина (ст. 24 ЦК України)[4]. Як зазначає М. О. Стефанчук, «поняття фізичної особи в цивільному праві — це людина як носій свідомості та волі, яка наділена цивільною правосуб'єктністю, що дозволяє їй бути учасником цивільних правовідносин»[5].

Цей висновок можна пояснити тим, що інші учасники завдячують своєму походженню, становленню, діяльності та існуванню саме фізичним особам. Крім того метою їхнього існування є забезпечення життєдіяльності фізичних осіб. Наприклад, держава завжди має публічний характер, оскільки представляє народ, який проживає на її території. Серед причин виникнення держави називають такі: 1) економічні — три поділи праці людей; 2) політичні — виникнення груп людей з протилежними інтересами (багаті та бідні); 3) соціальні — виникнення сім'ї та впорядкування взаємин між людьми; 4) психологічні — схильність психіки людини до покори кому-небудь, розподіл свідомості людини на права та обов'язки; 5) культурні — духовний розвиток людей, поява релігії, письмо та інші[6].

Спроможність мати цивільні права і обов'язки, обсяг і можливість їх здійснювати залежить від правового статусу фізичної особи. Р. О. Халфіна

[1] Левицький М.О. Цивільно-правовий захист особистих немайнових прав військовослужбовців : монографія. Хмельницький : ФОП Мельник А.А., 2021. С.11.

[2] Цивільний кодекс України від 16.01.2003 № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. №№ 40–44. Ст. 356. URL : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/435-15

[3] Цивільний кодекс України : Науково-практичний коментар. Т. 1: Загальні положення / за ред. І.В. Спасибо-Фатєєвої. Серія «Коментарі та аналітика». Х. : ФО-П Колісник, 2010. С. 25.

[4] Цивільний кодекс України. від 16.01.2003 № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. №№ 40–44. Ст. 25. URL : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/435-15

[5] Стефанчук М. О. Теоретичні засади цивільної правосуб'єктності фізичних осіб та особливості її здійснення : дис. д–ра юр. наук. : 12.00.03. К., 2020. С. 45.

[6] Теорія держави та права : посіб. для підготов. до іспитів / С.М. Тимченко, Р.А. Калюжний, Н.М. Пархоменко, С.М. Легуша. К. : Вид. ПАЛИВОДА, 2005. С. 16.

застосовувала поняття «правовий статус» для позначення становища осіб у суспільстві, їхніх потенційних можливостей брати участь у правовідносинах. Однак для реальної участі потрібні додаткові умови. Наприклад, новонароджена дитина як суб'єкт права володіє всіма правами, закріпленими законом, хоча матиме лише деякі з потенційних можливостей в конкретних правовідносинах[1]. Йдеться про те, що правовий статус визначає здатність фізичної особи бути суб'єктом цивільних відносин.

У Великому тлумачному словнику сучасної української мови статус (у перекладі з лат. *status* — становище; з англ. *status* – стан) визначено як особливе правове становище громадян, юридичних осіб, держави тощо, що характеризує певну сукупність передбачених законодавством прав та обов'язків, пільг та переваг[2]. Подібним чином тлумачить поняття «статус» Юридична енциклопедія за редакцією Ю. С. Шемшученка: як правове становище (сукупність прав та обов'язків) фізичної або юридичної особи[3]. Загалом статус визначають через дві категорії: «правове становище» — зв'язок особи з правом; змістом статусу є права та обов'язки.

Слід зазначити, що такий підхід до тлумачення статусу не є новим в енциклопедичній літературі. У Радянському енциклопедичному словнику за редакцією О. М. Прохорова поняття «статус» потрактовано також як правове становище (сукупність прав і обов'язків) громадянина або юридичної особи[4]. Отже, коли мова йде про статус, то насамперед мають на увазі правовий статус.

У юридичній літературі з теорії держави і права також подано схоже визначення поняття «правового статусу». В. О. Котюк визначає поняття правового статусу з огляду на його структурні елементи: «Правовим статусом є сукупність або система суб'єктивних юридичних прав та обов'язків особи, які закріплено в чинному законодавстві та інших формах права»[5]. Тут акцент зроблено на двох елементах змісту правового статусу — правах та обов'язках особи.

С. С. Бичкова доповнила зміст правового статусу вказівкою на інтереси суб'єкта: «сукупність закріплених у законодавстві прав, обов'язків та інтересів

[1] Левицький М.О. Цивільно-правовий захист особистих немайнових прав військовослужбовців : монографія. Хмельницький : ФОП Мельник А.А., 2021. С.12.

[2] Великий тлумачний словник сучасної української мови (з дод. і допов.) / уклад. і голов. ред. В.Т. Бусел. К.; Ірпінь: ВТФ «Перун», 2005. С.1387.

[3] Юридична енциклопедія / ред. Ю. С. Шемшученко [та ін.] ; НАН України, Ін–т держави і права ім. В. М. Корецького. К. : Вид–во «Українська енциклопедія» ім. М. П. Бажана, Т. 5 : П — С. 2003. С.626.

[4] Левицький М.О. Вказана праця. С.12.

[5] Котюк В.О. Основи держави і права. Навчальний посібник. 3–є вид., доп.і перероб. К. : Атіка, 2001. С.77.

суб'єкта»[1]. Щодо зарахування до змісту правового статусу інших правових категорій (правосуб'єктність, громадянство, принципи права, юридичні гарантії, відповідальність та свободи), вона звертає увагу на помилковість таких наукових позицій: правосуб'єктність — загальна передумова набуття правового статусу; громадянство — підстава для виникнення у фізичної особи певного виду правового статусу — статусу громадянина, іноземця, особи без громадянства; принципи права — орієнтир щодо формування правового статусу; юридичні гарантії — засіб його реалізації; відповідальність — форма державного впливу на порушення засад правового статусу; свободи — становлять зміст прав і повністю охоплюються ними[2]. Вважаємо таку позицію спірною, оскільки подібне розуміння правового статусу дозволяє охарактеризувати суб'єкта права лише в контексті процесуального права, а для матеріального права такого змісту недостатньо.

Більш широко розкриває структуру змісту правового статусу А. В. Мелехін. На його думку, правовий статус дозволяє особі бути суб'єктом правовідносин, оскільки охоплює правові норми, права, свободи, обов'язки, гарантії та принципи[3]. Разом з тим до принципів правового статусу дослідник зараховує такі: права і свободи людина має від народження; ніхто не має права позбавити людину прав і свобод чи обмежити їх без законних підстав; права і свободи однієї людини не можуть порушувати прав інших осіб; конституційний перелік прав і свобод людини не можна вважати вичерпним; усі рівні перед законом і судом; не можна використовувати права і свободи для насильницької зміни конституційного ладу країни[4].

Подібну позицію висловлює С. Л. Лисенков, який у змісті правового статусу особи виокремив права, свободи, обов'язки, а також гарантії їх реалізації, закріплені у чинному законодавстві[5].

На нашу думку, основним недоліком подібного трактування вченими правового статусу є те, що вони не зараховують до його змісту правосуб'єктність. Нормативного закріплення прав, обов'язків, інтересів, гарантій, принципів для суб'єкта права недостатньо. Для суб'єкта важливою є не лише здатність мати права та обов'язки, а також здатність набувати для себе права та їх здійснювати, створювати для себе обов'язки та їх виконувати і нести відповідальність

[1] Бичкова С. С. Цивільний процесуальний правовий статус осіб, які беруть участь у справах позовного провадження : дис. д–ра юрид. наук. К., 2011. С.50.

[2] Бичкова С. С. Вказана праця. С. 49-50.

[3] Левицький М.О. Цивільно-правовий захист особистих немайнових прав військовослужбовців : монографія. : Хмельницький : ФОП Мельник А.А., 2021. С.13.

[4] Левицький М.О. Вказана праця. С.13

[5] Лисенков С. Л. Загальна теорія держави і права : навч. посіб. К. : Юрисконсульт : КНТ, 2006. С.258.

за їх невиконання. З огляду на це вважаємо, що правовий статус суб'єкта повинен охоплювати правосуб'єктність, права та обов'язки.

Водночас поряд із поняттям «статус» виділяють «соціальний статус», яким позначають положення (позицію) індивідуума або групи у соціальній системі, що визначається за економічними, професійними, етнічними та іншими специфічними для цієї системи ознаками[1]. Окрім цього, вчені вказують на зв'язок правового статусу із соціальним статусом. На думку О. Ю. Черняк, безспірним є те, що «основою правового статусу є фактичний соціальний статус, тобто реальне становище людини в системі суспільних відносин. Право лише закріплює це становище, вводить його у законодавчі рамки»[2]. Подібні міркування висловлює й А. В. Малько, стверджуючи, що правовий статус — це становище особи та громадянина в суспільстві, основою якого є фактичний соціальний статус (співвідносяться як зміст і форма)[3]. Л. М. Шестопалова також звертає увагу на те, що визначення правового статусу юридично закріплює становище людини і громадянина в сучасному суспільстві, політико-правовий зв'язок особи з державою як результат[4].

Подібні міркування висловлює й О. Ф. Скакун. Вчена зазначає, що правовий статус — це юридично закріплене становище людини в суспільстві, відповідно до якого фізична особа як суб'єкт права бере участь у правовідносинах, координує свою діяльність і поведінку в суспільстві[5]. О. Ф. Скакун веде мову про такі основні ознаки правового статусу: 1) залежить від сутності соціального ладу, в умовах якого він складається і функціонує; зазнає впливу безлічі чинників, основними з яких є праця, власність як основа формування громадянського суспільства; 2) є юридичною мірою соціальної свободи суб'єкта права; 3) установлюється спеціально уповноваженими органами держави, його зміст змінюється із волі законодавця, а не окремих суб'єктів права, на яких він поширюється; 4 відображається у правових нормах і принципах, формально закріплених у приписах нормативно-правових актів, нормативно-правових договорів та в інших джерелах (формах) права; 5) має визначену структуру, ядро якої становлять суб'єктивні права, законні інтереси, обов'язки, що є однаковими для всіх носіїв одного виду; 6) встановлює межі, за які не

[1] Левицький М.О. Цивільно-правовий захист особистих немайнових прав військовослужбовців : монографія : Хмельницький: ФОП Мельник А.А., 2021. С.14.

[2] Черняк О. Ю. Цивільно-правовий статус споживача у контексті адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу : дис. канд. юр. наук. К., 2011. С.41.

[3] Левицький М.О. Вказана праця. С.14.

[4] Теорія держави і прва: навч.посіб. / упоряд. Л.М. Шестопалова. К. : Прецедент, 2006. С.161.

[5] Скакун О.Ф. Теорія права і держави : підручник. 2-ге видання. К. : Алерта; КНТ; ЦУЛ, 2010. С.57.

повинні виходити діяльність і поведінка людини в суспільстві[1]. Структурними елементами правового статусу вчена називає правосуб'єктність, що охоплює суб'єктивні юридичні права та обов'язки, гарантії здійснення прав та обов'язків[2].

Н. М. Марченко вважає, що правовий статус взаємодіє з фактичним правовим становищем людей[3]. Така позиція науковця є слушною, оскільки правовий статус у кожної людини різний. Він залежить від громадянства, статі, віку, національності, професії, місця роботи або служби тощо. Водночас Н. М. Марченко вказує на дві ознаки правового статусу: відносну стабільність та незмінність, які позначають те, що особа протягом тривалого проміжку часу має однаковий правовий статус, який не змінюється сам по собі без вагомих на те причин[4].

Такими основними є наукові позиції у юридичній літературі щодо визначення поняття правового статусу, які різняться переважно щодо структурних елементів його змісту. Визначення структури правового статусу дозволяє з'ясувати його правову сутність.

Отже, правовий статус є невід'ємним фактором, який супроводжує людину впродовж життя та змінюється у зв'язку зі зміною її фактичного становища у суспільстві.

У юридичній літературі склалися різні підходи до класифікації видів правового статусу. На думку О. В. Малько, правові статуси слід поділяти на: а) загальний, або конституційний статус громадянина; б) спеціальний, або родовий, тобто статус окремих категорій громадян; в) індивідуальний статус; г) статус фізичних та юридичних осіб; д) статус іноземців, осіб без громадянства, біпатридів, біженців; е) статус громадян, які перебувають за кордоном; ж) галузеві статуси, насамперед цивільно-правовий, адміністративно-правовий та інші; з) професійні та посадові статуси (статус депутата, міністра, судді, прокурора); и) статус осіб, які працюють у різних умовах та регіонах країни[5].

Залежно від рівня норм права В. М. Сирих класифікує правовий статус на міжнародно-правовий, конституційний, галузевий, спеціальний, індивідуальний[6].

[1] Скакун О.Ф. Вказана праця. С.58.

[2] Скакун О.Ф. Вказана праця. С.59.

[3] Левицький М.О. Цивільно-правовий захист особистих немайнових прав військовослужбовців : монографія. : Хмельницький : ФОП Мельник А.А., 2021. С.14.

[4] Скакун О.Ф. Вказана праця. С.14.

[5] Левицький М.О. Цивільно-правовий захист особистих немайнових прав військовослужбовців : монографія. : Хмельницький : ФОП Мельник А.А., 2021. С.14.

[6] Левицький М.О. Вказана праця. С.15.

На нашу думку, більш лаконічною та чіткою можна вважати класифікацію науковців Є.О.Гіди, Є.В.Білозьорова, А.М.Завального, Р.А.Ромашова, П.М.Пархоменка, С.М.Легуші, Г.Н.Муртазаєвої, які в основному виділяють три види правового статусу — загальний, спеціальний та індивідуальний[1]. Саме така класифікація є найбільш поширеною та виправдовує себе з огляду на те, що вона охоплює більше особливих видів правових статусів за рахунок своєї універсальності та широкого тлумачення.

Слід зазначити, що в усіх запропонованих у юридичній літературі класифікаціях правових статусів помітна окрема увага до спеціального правового статусу. Зокрема досліджуючи правовий статус споживача, О.Ю.Черняк виділила спеціальний цивільно-правовий статус споживача — закріплений нормами права статус відособленої за певними ознаками соціальної групи, що характеризує особливе становище особи, зумовлене тією соціальною роллю, яку вона виконує в цій соціальній групі[2]. На думку вченої, спеціальний цивільно-правовий статус споживача відображається у спеціальній цивільній правосуб'єктності (як єдність спеціальної право- і дієздатності) і специфічних правах й обов'язках особи[3]. Окрім цього, О.Ю. Черняк зробила висновок про те, що суб'єктивні права й обов'язки може мати тільки суб'єкт права, можливість якого брати участь у правовідносинах прямо передбачено законом, що виражається у категорії правосуб'єктності — можливості або здатності особи бути суб'єктом права, найбільш узагальненої можливості правоволодіння[4].

Отже, одним із видів правового статусу є спеціальний статус людини як представника тієї чи іншої соціальної групи, відособленої за певними юридично значущими підставами (родом діяльності, віком та ін.), що наділений відповідно до законів та інших нормативних актів спеціальними, додатковими правами та обов'язками. Спеціальний статус доповнює загальний правовий статус (коригує його). На відміну від загального статусу, що є постійним, спеціальний статус змінюється, має тимчасовий характер[5]. Саме тому спеціальний правовий статус складають правосуб'єктність, права, інтерес, свободи та обов'язки, які характеризують окремі соціальні верстви, соціальні групи

[1] Теорія держави та права : підручник / Є.О. Гіда, Є.В. Білозьоров, А.М. Завальний [та ін.] ; за заг. ред. Є.О. Гіди. К. : ФОП О.С. Ліпкан, 2011. С.411; Теорія держави і права: навч. посіб. / Р.А.Ромашов, П.М.Пархоменко, С.М Легуша, Г.Н. Муртазаєва. К. : КНТ, 2007. С.150-151.

[2] Черняк О. Ю. Цивільно-правовий статус споживача у контексті адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу : дис. ...канд. юр. наук. К., 2011. С.29.

[3] Черняк О. Ю. Вказана праця. С.39.

[4] Черняк О. Ю. Вказана праця. С.38-39.

[5] Скакун О.Ф. Теорія права і держави : підручник. 2-ге видання. К. : Алерта; КНТ; ЦУЛ, 2010. С.60.

суспільства з огляду на специфіку їх соціального, політичного і навіть географічного розміщення[1].

Слід зазначити, що в юридичній літературі окремі вчені виділили поняття «правового модусу», яким позначають спеціальний правовий статус. На думку, М. О. Стефанчука, правовий модус — це сукупність прав, якими наділені лише окремі фізичні особи з огляду на їхню специфічну поведінку, певний спеціальний правовий статус[2].

М. О. Стефанчук веде мову про спеціальну модусну дієздатність, яка вирізняється такими особливостями: 1) вона належить не всім фізичним особам, а лише визначеним категоріям осіб, що відмежовані певними критеріями (наявність спеціального правового статусу в залежності від виду діяльності, професії тощо); 2) її обсяг залежить від правового модусу, який безпосередньо визначає та конкретизує специфіку прав і обов'язків фізичної особи, тим самим створюючи для неї спеціальний правовий статус; при цьому в порівнянні із законодавчо закріпленим загальним цивільно-правовим статусом обсяг модусної цивільної дієздатності може варіюватись як у бік розширення прав і обов'язків, так і в бік звуження[3].

До таких соціальних верств населення, які мають спеціальний правовий статус або правовий модус, належать військовослужбовці. Цей висновок можна пояснити тим, що діяльність військовослужбовців пов'язана із несенням військової служби — «державної служби особливого характеру, яка полягає у професійній діяльності придатних до неї за станом здоров'я і віком громадян України, іноземців та осіб без громадянства, пов'язаній із обороною України, її незалежності та територіальної цілісності (ч.1 ст. 2 Закону України «Про військовий обов'язок і військову службу» — далі Закону про ВОіВС)[4]. Водночас в актах військового законодавства України немає визначення поняття правового статусу військовослужбовців.

Правовий статус військовослужбовців в окремих зарубіжних країнах (Азербайджанської Республіки, Республіки Казахстан та інших) закріплено в окремому законодавчому акті[5].

---

[1] Левицький М.О. Цивільно-правовий захист особистих немайнових прав військовослужбовців : монографія. : Хмельницький : ФОП Мельник А.А., 2021. С. 17.

[2] Стефанчук М. О. Теоретичні засади цивільної правосуб'єктності фізичних осіб та особливості її здійснення : дис. д–ра юр. наук. : 12.00.03. К., 2020. С.5.

[3] Стефанчук М. О. Вказана праця. С.96.

[4] Про військовий обов'язок і військову службу : Закон України від 25.03.1992 № 2232-XII. *Відомості Верховної Ради України.* 1992. № 27. Ст.385. URL : http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2232-12

[5] Левицький М.О. Цивільно-правовий захист особистих немайнових прав військовослужбовців : монографія. : Хмельницький : ФОП Мельник А.А., 2021. С.18.

ПЕРЕДУМОВИ СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТОК ЗАГАЛЬНОГО ВЧЕННЯ ПРО ЗОБОВ'ЯЗАННЯ

У Законі Республіки Азербайджан «Про військову службу і статус військовослужбовців» акцентовано увагу на особливостях поняття статусу військовослужбовця: 1) його зміст становлять загальні права, свободи і обов'язки військовослужбовців; 2) у законі визначено винятки та обмеження військовослужбовців щодо них; 3) зміст становлять також права, обов'язки та відповідальність, пов'язані з особливостями військової служби (ст. 5)[1].

О. М. Царенко виокремлює адміністративно-правовий статус військовослужбовця: «це галузевий статус, носія загальних прав, свобод та обов'язків, який має можливість набути комплекс спеціальних можливостей у специфічній військово-управлінській сфері, що регулюється нормами адміністративного права»[2].

Отже, військовослужбовці мають спеціальний правовий статус, що позначає їх спеціальну правосуб'єктність, спеціальні права та обов'язки. Спеціальний правовий статус вказує на особливе становище військовослужбовців як суб'єктів права, зумовлене особливостями військової служби. Підґрунтям їхнього спеціального правового статусу є загальний правовий статус.

Спеціальний правовий статус військовослужбовців виявляється у таких випадках: 1) виникнення у фізичної особи такого статусу; 2) наділення фізичної особи спеціальними правами та обов'язками, що звужують чи розширюють загальні; 3) вони мають право на застосування фізичної сили, спеціальних засобів, зберігання, носіння, використання і застосування зброї, бойової та спеціальної техніки; 4) мають право на обґрунтований професійний ризик.

Для того щоб визначити особливості виникнення у фізичної особи спеціального правового статусу військовослужбовця, насамперед слід з'ясувати осіб, які можна зарахувати до цієї категорії.

У Законі про ВОіВС визначено поняття категорії «військовослужбовці» як осіб, що проходять військову службу (ч. 9 ст. 1)[3]. У цьому випадку очевидно, що законодавець пов'язує військовослужбовців із проходженням військової служби.

Військова служба є діяльністю, що передбачена для виконання завдань і функцій держави. Саме тому військова служба є державною службою (ст. 2 Закону про ВОіВС)[4]. Водночас вона має особливий характер, що дозволяє її виокремити серед інших видів державної служби.

[1] Левицький М.О. Вказана праця. С.18.

[2] Царенко О. М. Адміністративно-правовий статус військовослужбовців Державної прикордонної служби України : монографія / за заг. ред. О. П. Снігерьова. Хмельницький : Вид–во НАДПСУ, 2013. С.10.

[3] Про військовий обов'язок і військову службу : Закон України від 25.03.1992 № 2232-XII. *Відомості Верховної Ради України.* 1992. № 27. Ст.385. URL : http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2232-12

[4] Про військовий обов'язок і військову службу : Закон України від 25.03.1992 № 2232-XII. *Відомості Верховної Ради України.* 1992. № 27. Ст.385. URL : http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2232-12

РОЗДІЛ 1

Насамперед слід вказати на особливу мету військової служби — це не будь-які завдання і функції держави, а «оборона України, захист її суверенітету, територіальної цілісності й недоторканості» (ст.17 Конституції України, ст. 2 Закону про ВОіВС)[1].

Військову службу здійснюють не будь-які особи, а саме військовослужбовці, для яких вона є професійною діяльністю. Вони проходять її з метою здобуття військово-облікової спеціальності, за винятком осіб офіцерського складу (ч.ч. 6, 7 ст. 2 Закону про ВОіВС)[2].

Законодавець визначає вимоги до осіб, які проходять військову службу, що залежать від їх громадянства, віку, статі, стану здоров'я.

Проходити військову службу у добровільному порядку (за контрактом) або за призовом можуть лише громадяни України. У 2015 році можливість проходити військову службу в Україні було надано іноземцям та особам без громадянства, але у добровільному порядку (за контрактом) і лише на посадах, що їх можуть заміщувати військовослужбовці рядового, сержантського і старшинського складу ЗСУ (ч. 2 ст. 2 Закону про ВОіВС)[3].

Конституція України гарантує рівність конституційних прав і свобод усіх громадян, зокрема заборону щодо будь-яких обмежень за ознаками статі – рівність прав жінки і чоловіка (ст. 24)[4]. Така рівноправність стосується права жінки та чоловіка проходити військову службу в добровільному порядку (за контрактом) (ст. 12 Закону про ВОіВС)[5]. Однак на строкову військову службу в обов'язковому порядку призивають лише чоловіків (ст. 15 Закону про ВОіВС)[6]. Йдеться про те, що жінки і чоловіки рівноправні лише щодо проходження військової служби у добровільному порядку, але права на проходження строкової військової служби жінки не мають.

Можливість проходження військової служби також залежить від віку особи. Відповідно до Закону про ВОіВС, обов'язок проходити строкову військову службу та право на проходження військової служби за контрактом

[1] Конституція України: Закон від 28.06.1996 № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України.* 1996. № 30. Ст. 141. URL : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр; Про військовий обов'язок і військову службу: Закон України від 25.03.1992 № 2232-XII. *Відомості Верховної Ради України.* 1992. № 27. Ст.385. URL : http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2232-12

[2] Про військовий обов'язок і військову службу: Закон України від 25.03.1992 № 2232-XII. *Відомості Верховної Ради України.* 1992. № 27. Ст.385. URL : http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2232-12

[3] Про військовий обов'язок і військову службу : Закон України від 25.03.1992 № 2232-XII. *Відомості Верховної Ради України.* 1992. № 27. Ст.385. URL : http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2232-12

[4] Конституція України : Закон від 28.06.1996 № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України.* 1996. № 30. Ст. 141. URL : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр

[5] Про військовий обов'язок і військову службу : Закон України від 25.03.1992 № 2232-XII. *Відомості Верховної Ради України.* 1992. № 27. Ст 12. URL : http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2232-12,

[6] Там само.

мають особи, яким виповнилося 18 років (ч.1 ст.15, ст.20)[1]. Виняток із цього загального правила встановлено для осіб, яких зараховують на військову службу (навчання), зокрема курсантів вищих військових навчальних закладів або військових навчальних підрозділів вищих навчальних закладів. Курсантом цих навчальних закладів можуть бути особи з повною загальною середньою освітою віком від 17 років, у тому числі ті, яким 17 років виповнюється в рік початку військової служби (п.4 ч.1 ст.20 Закону про ВОіВС)[2].

Слід зазначити, що законодавець встановлює граничний вік перебування на військовій службі (ст.ст.22–23 Закону про ВОіВС)[3].

Окрім зазначених вимог, для іноземців та осіб без громадянства, які хочуть, щоб їх прийняли на військову службу, передбчено додаткову вимогу — два місяці випробувального терміну (ч.1 ст.21–2 Закону про ВОіВС)[4].

Проходження військової служби є військовим обов'язком. Разом з тим військовий обов'язок є ширшим поняттям, ніж «військова служба», оскільки охоплює й інші засоби для забезпечення захисту, незалежності та територіальної цілісності України (підготовку громадян до військової служби, приписку до призовних дільниць, виконання військового обов'язку в запасі, проходження служби у військовому резерві, дотримання правил військового обліку) (ч.3 ст.1 Закону про ВОіВС)[5]. З огляду на це до категорії військовослужбовців не зараховують військовозобов'язаних, які перебувають у запасі, та резервістів, які проходять службу у військовому резерві (ст.ст.26–2, 28 Закону про ВОіВС)[6]. Цих осіб вважають такими, які виконують військовий обов'язок: військовозобов'язаними у запасі – під час проходження зборів; резервістами під час виконання ними обов'язків служби у військовому резерві (ч.2 ст.29 Закону про ВОіВС)[7].

Медичний огляд і придатність за станом здоров'я до військової служби призовників і військовослужбовців визначає військово-лікарська експертиза для проведення якої створюють військово-лікарські комісії (ст.ст.1–2 Положення про військово-лікарську експертизу в Збройних Силах України)[8].

[1] Там само.

[2] Там само.

[3] Там само.

[4] Там само.

[5] Там само.

[6] Там само.

[7] Там само.

[8] Положення про військово-лікарську експертизу в Збройних Силах України : затв. наказом Міністра оборони України 14.08.2008 № 402; зареєстр. в Міністерстві юстиції України 17 листопада 2008 р. за № 1109/15800. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1109-08#Text

РОЗДІЛ 1

Після визначення позиції законодавця щодо категорії військовослужбовців доцільно охарактеризувати їхні спеціальні правові можливості у сфері цивільного права. Розглянемо елементи структури спеціального цивільно-правового статусу військовослужбовців: спеціальну правосуб'єктність, суб'єктивні права, інтереси та обов'язки.

На думку Є. О. Харитонова, цивільна правосуб'єктність — це соціально-правова можливість (здатність) суб'єкта бути учасником цивільних правовідносин. Учений наголошує на тому, що з погляду цивільного права правосуб'єктність є правовою можливістю; з іншого боку, вона є соціальною можливістю, оскільки її не можна мати поза суспільством (соціумом)[1]. Є. О. Харитонов виділив такі передумови правосуб'єктності: 1) природні — сукупність правил та норм природного права; 2) соціальні — сформоване суспільство; 3) юридичні — норми цивільного законодавства[2].

Правосуб'єктністю в юридичній літературі позначають сукупність правоздатності та дієздатності. Зокрема О. Ю. Черняк визначила поняття спеціальної цивільної правосуб'єктності споживача як передбачену нормами цивільного права здатність мати й здійснювати спеціальні права та виконувати обов'язки особливого учасника цивільних правовідносин — споживача[3].

Отже, одним із елементів цивільної правосуб'єктності є цивільна правоздатність. Саме тому за своєю природою цивільна правосуб'єктність не можлива без цивільної правоздатності. Відповідно до ст. 25 ЦК України цивільна правоздатність — це здатність мати цивільні права та обов'язки[4]. Особливість цивільної правоздатності фізичної особи розкрито у главі 4 ЦК України: 1) мають усі фізичні особи (ч. 1 ст. 25); 2) виникає у момент народження фізичної особи (ч. 2 ст. 25); 3) у випадках, передбачених законом, виникає з моменту досягнення фізичною особою певного віку (ч. 3 ст. 25); 4) припиняється смертю фізичної особи (ч. 4 ст. 25); 5) усі фізичні особи рівні щодо здатності мати права та обов'язки (ст. 26); 6) заборону обмеження фізичної особи мати права та обов'язки як правочином, так і правовими актами посадових (службових осіб), органів державної влади, органів влади АРК, органів місцевого самоврядування (ст. 27); 7) обмеження фізичної особи мати права та обов'язки у випадках, передбачених законом[5].

[1] Цивільне право України : підручник : в 2-х т. / за ред. Є.О. Харитонова, Н.Ю. Голубєвої. Х. : ТОВ «Одіссей», 2008. Книга перша. С.101.

[2] Цивільне право України : підручник. Вказана праця. С. 101.

[3] Черняк О. Ю. Цивільно-правовий статус споживача у контексті адаптації законодавства України до законодавства Європейського Союзу : дис. канд. юр. наук. К., 2011. С.47.

[4] Цивільний кодекс України від 16.01.2003 № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. №№ 40–44. Ст. 25. URL : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/435-15

[5] Там само.

На думку М. О. Стефанчука, ознаками цивільної правоздатності фізичних осіб є: а) номінальна правоздатність у будь-якої людини; б) рівність обсягу правоздатності фізичних осіб; в) натусіальність цивільної правоздатності (виникнення в момент народження людини); г) комплексний характер функціональної структури цивільної правоздатності (складається зі взаємопов'язаних і взаємодетермінуючих прав та обов'язків); ґ) забезпеченість невідчужуваності цивільної правоздатності державно-правовими засобами впливу; д) пожиттєвість цивільної правоздатності фізичної особи (припинення лише в момент біологічної смерті); е) необхідність реального забезпечення нормативно встановленої цивільної правоздатності особи реальним станом суспільних відносин; є) постійність та усталеність обсягу цивільної правоздатності (відрізняє її від належного кожній конкретній людині обсягу суб'єктивних цивільних прав); ж) спроможність цивільної правоздатності до об'єктивації певних правових можливостей людини у цивільно-правовій сфері[1].

Отже, правоздатність — це здатність мати як права, так і обов'язки. Йдеться про здатність військовослужбовця мати речові права на праві приватної власності, у тимчасовому користуванні, спадкові права, права на об'єкти інтелектуальної власності, особисті немайнові права тощо.

Відповідно до ст. 26 ЦК України фізична особа може мати такі права:

1) особисті немайнові права, передбачені Конституцією України та цим Кодексом;

2) майнові права, передбачені цим Кодексом та іншим законом;

3) інші цивільні права, не передбачені Конституцією України, цим Кодексом, іншим законом за умови, що вони не суперечать закону та моральним засадам суспільства[2].

Фізична особа, яка має права, є уповноваженим суб'єктом, здатним мати всі особисті немайнові, майнові права та інші цивільні права, передбачені Конституцією, ЦК України, іншим законом (ст. 26 ЦК України)[3]. Наприклад, військовослужбовець має право на життя, охорону здоров'я — особисті немайнові права, право власності, право управління — майнові права.

У ч. 5 ст. 26 ЦК України закріплено, що фізична особа повинна мати обов'язки як учасник цивільних відносин. У такому випадку фізичну особу називають зобов'язаним суб'єктом[4]. Наприклад, йдеться про обов'язок

[1] Стефанчук М. О. Теоретичні засади цивільної правосуб'єктності фізичних осіб та особливості її здійснення : дис. д–ра юр. наук. : 12.00.03. К., 2020. С.47.

[2] Цивільний кодекс України від 16.01.2003 № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. №№ 40–44. Ст. 26. URL : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/435-15

[3] Там само.

[4] Там само.

повернути борг за договором позики, відшкодувати шкоду, завдану не під час виконання військовослужбовцем обов'язків військової служби тощо.

Є. О. Харитонов визначає цивільний обов'язок як адресовану зобов'язаному суб'єкту вимогу певної поведінки, що відповідає умовам договору, закону або іншій нормі цивільного права. Йдеться про міру, ступінь належної поведінки зобов'язаного суб'єкта[1]. До характерних ознак цивільного обов'язку вчений відніс: однозначність за змістом, імперативність, забезпеченість юридичними механізмами, наявність в інших учасників правовідносин права вимоги виконання обов'язку, що виникає через невиконання або неналежне виконання обов'язку[2].

Здебільшого військовослужбовці як фізичні особи можуть мати одночасно права та обов'язки, наприклад, за двосторонніми договорами (купівлі-продажу, підряду, страхування та ін.).

У ст. 30 ЦК України закріплено поняття цивільної дієздатності як здатності фізичної особи своїми діями набувати для себе цивільних прав і самостійно їх здійснювати, а також здатність своїми діями створювати для себе цивільні обов'язки, самостійно їх виконувати та нести відповідальність у разі їх невиконання. З огляду на це, у змісті цивільної дієздатності необхідно розрізняти такі елементи як: а) здатність своїми діями набувати цивільних прав і самостійно їх здійснювати; б) здатність своїми діями створювати для себе цивільні обов'язки та самостійно їх виконувати; в) здатність нести відповідальність у разі їх невиконання (ст. 30 ЦК України)[3].

Законодавець визначив особливі ознаки цивільної дієздатності фізичної особи: 1) залежить від здатності усвідомлювати значення своїх дій та можливість ними керувати (ч.1 ст. 30 ЦК України). У зв'язку з цією обставиною фізичну особу, яка внаслідок хронічного, стійкого психічного розладу не здатна усвідомлювати значення своїх дій та (або) керувати ними, суд визнає недієздатною (ст. 39 ЦК України); 2) обсяг дієздатності залежить від досягнення фізичною особою певного віку. За таким критерієм розрізняють фізичних осіб із повною цивільною дієздатністю (ст. 34 ЦК України), неповною цивільною дієздатністю (ст. 32 ЦК України), частковою цивільною дієздатністю (ст. 31 ЦК України); 3) фізичні особи можуть бути обмежені у обсязі цивільної дієздатності за рішенням суду (ст. 36 ЦК України); 4) фізичні особи можуть бути позбавлені цивільної дієздатності за рішенням суду (ст. 39 ЦК України);

[1] Цивільне право України : підручник : в 2-х т. / за ред. Є.О. Харитонова, Н.Ю. Голубєвої. Х. : ТОВ «Одіссей», 2008. Книга перша. С.107.

[2] Цивільне право України. Вказана праця. С.107.

[3] Цивільний кодекс України від 16.01.2003 № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України.* 2003. №№ 40–44. Ст. 30. URL : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/435-15

5) фізичні особи можуть бути поновлені у цивільній дієздатності за рішенням суду (ст. 38 ЦК України)[1]. Отже, дієздатність передбачає правоздатність: дієздатні фізичні особи повинні бути правоздатними, тоді як правоздатні можуть і не бути дієздатними. Якщо правоздатність пов'язана з кожною людиною, то дієздатність з різних причин має різні обмеження.

Цивільна дієздатність фізичних осіб виявляється у таких можливостях: самостійно вчиняти правочини, зокрема цивільно-правові договори, нести самостійну цивільно-правову відповідальність, захищати свої цивільні права та інтереси; складати заповіт, бути представником та тим, кого представляють, займатися підприємницькою діяльністю; бути засновником та (або) учасником юридичної особи.

Цивільна правосуб'єктність фізичної особи є необхідною передумовою для появи в неї цивільних прав та обов'язків. У юридичній літературі приналежність права конкретній особі називають суб'єктивним правом, тобто «це належна уповноваженій стороні міра можливої поведінки, що задовольняє інтереси цієї сторони, забезпечується як юридичними обов'язками інших суб'єктів, так і захистом з боку держави»[2].

Здійснення суб'єктивного права залежить від волі та бажання уповноваженої особи, яку ніхто не може примусити до цього. Суб'єктивні права означають ініціативність, самостійність їх володільців, виявляються в їхній активності. Відповідно способами їх здійснення є надані нормами права можливості вибору варіанту своєї поведінки. Виникнення суб'єктивного права пов'язане з правовою нормою, а також із певними обставинами. Йдеться про те, що, крім правової норми, для виникнення суб'єктивного права потрібні конкретні юридичні факти або сукупність фактів (юридичний склад). Разом з тим суб'єктивне право особи не можливе без її правоздатності. Звідси випливає, що виникнення будь-якого суб'єктивного цивільного права є наслідком взаємодії правової норми, правоздатності та юридичного факту.

Водночас будь-якому суб'єктивному праву відповідає певний юридичний обов'язок, що його забезпечує.

Отже, суб'єктивне право тісно пов'язане з конкретним суб'єктом як учасником правовідносин, тому це право називають «суб'єктивним». Це право можливе лише в індивідуальних правових зв'язках — правовідносинах. Суб'єктивні права мають здійснювати, як правило, не всі суб'єкти одночасно, а лише ті, хто вирішив ним скористатися після настання необхідних індивідуальних юридичних фактів.

[1] Там само.

[2] Теорія держави та права : посіб. для підготов. до іспитів / С.М. Тимченко, Р.А. Калюжний, Н.М. Пархоменко, С.М. Легуша. К. : Вид. ПАЛИВОДА, 2005. С.111.

РОЗДІЛ 1

Важливим є те, що цивільне право, як один із елементів змісту цивільного правовідношення, як правило, називають в літературі правомочністю чи суб'єктивним цивільним правом. Такі наукові терміни було введено до наукового обігу в зв'язку з тим, що слово «право» застосовують у різних значеннях. В одних випадках йдеться про право як сукупність чинних юридичних норм, а в інших випадках — про право, що належить конкретній особі як суб'єкту певного правовідношення. Щоб не змішувати різні поняття, позначені одним і тим же терміном, право як сукупність норм прийнято називати правом в об'єктивному розумінні (об'єктивне право), а право, що належить конкретній особі, — правомочністю чи правом в суб'єктивному розумінні (суб'єктивне право).

Виникнення суб'єктивного права залежить від трьох обставин: правової норми (об'єктивного права), конкретних обставин (юридичних фактів), правоздатності суб'єкта правовідносин. Суб'єктивні права спрямовують поведінку суб'єктів, спонукають їх діяти певним чином. Обираючи їх за орієнтир, суб'єкти визначають відповідний варіант своєї поведінки залежно від своїх можливостей та юридичної дозволеності.

Суб'єктивне право тісно пов'язане з об'єктивним правом, однак це різні правові категорії. Насамперед слід зазначити, що суб'єктивне право індивідуальне, тоді як система цивільно-правових норм є позаособистісною категорією. Саме об'єктивне право визнає за суб'єктом певні юридичні можливості, що становлять зміст його суб'єктивного права і забезпечує їх своєю охороною. Норми права наділяють осіб суб'єктивними правами і забезпечують здійснення цих прав вказівкою на необхідну поведінку інших (зобов'язаних) осіб. Окрім цього, правова норма містить модель відповідних правовідносин, яка повинна фіксувати ту поведінку, яка необхідна для задоволення законного інтересу управомоченої особи.

Об'єктивне право обмежує ті чи інші юридичні можливості особи для того, щоб гарантувати дотримання прав та інтересів інших осіб і суспільства загалом.

Встановлена правовою нормою міра можливої поведінки становить суб'єктивне право лише тоді, коли її реалізація управомоченою особою залежить від поведінки інших осіб. Йдеться про те, що суб'єктивне право становить міру можливої поведінки, яка забезпечена юридичним обов'язком інших суб'єктів. Будь-які цивільні правовідносини не можливі без задоволення інтересу управомоченої особи та відповідної поведінки (дії або бездіяльності) зобов'язаної особи, тобто поведінки, на яку управомочений не здатний. Саме тому управомочений повинен мати можливість розпоряджатися як своїми діями, так і поведінкою зобов'язаної сторони правовідносин.

ПЕРЕДУМОВИ СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТОК ЗАГАЛЬНОГО ВЧЕННЯ ПРО ЗОБОВ'ЯЗАННЯ

Здійснення суб'єктивних прав залежить від особистого ставлення до них самих суб'єктів-правоволоділців. Учені, які вивчають правовідносини, пропонують три теорії щодо змісту суб'єктивного права: 1) суб'єктивне право як засіб забезпечення управомоченому певної поведінки зобов'язаної особи — теорія негативного змісту суб'єктивного права (М. М. Агарков, О. С. Іоффе)[1]; 2) суб'єктивне право полягає в поведінці самої управомоченої особи, дозволеної правопорядком, — теорія позитивного змісту суб'єктивного права (С. М. Братусь, М. Д. Єгоров)[2] 3) для суб'єктивного права має значення поведінка управомоченої та зобов'язаної особи — змішані (комбіновані) теорії (М. Г. Александров, С. С. Алексєєв, О. О. Красавчиков)[3].

Вважаємо, що мають рацію прихильники змішаної теорії змісту суб'єктивного права. Вони надають значення міри можливої поведінки самої управомоченої особи, а також засобу забезпечення належної поведінки зобов'язаних осіб. Як слушно зазначав О. С. Іоффе, у правовідносинах першого типу, наприклад, у зобов'язальних правовідносинах, належна поведінка зобов'язаних осіб необхідна не лише для охорони суб'єктивного права, а й для його здійснення, оскільки саме зобов'язані особи вчиняють ті позитивні дії, що сприяють задоволенню інтересів управомоченого. У такому випадку центр тяжіння суб'єктивного права знаходиться в поведінці зобов'язаних осіб, на яку управомочений може претендувати. У правовідносинах другого типу, наприклад, у правовідносинах власності, належна поведінка зобов'язаних осіб, які виконують пасивну функцію, необхідна лише для охорони суб'єктивного права, а для його здійснення вирішальне значення мають дії самого управомоченого, який їх здійснює відповідно до своїх законних інтересів. У такому випадку центр тяжіння суб'єктивного права знаходиться в можливих діях самого управомоченого[4]. Крім того жодне суб'єктивне право не може охоплювати менше двох повноважень. Йдеться лише про різне значення повноважень залежно від суб'єктивного права, однак жодним чином не про обмеження суб'єктивного права лише одним повноваженням.

Охоплене змістом суб'єктивного права двох конкретних юридичних можливостей (можливості розпоряджатися своїми власними діями та можливість розпоряджатися поведінкою зобов'язаної особи), які необхідні для задоволення інтересу правоволоділця та пов'язують його із зобов'язаною особою або особами в межах конкретного правовідношення, дозволяє відмежувати суб'єктивне цивільне право від цивільної правоздатності.

[1] Левицький М.О. Цивільно-правовий захист особистих немайнових прав військовослужбовців : монографія. : Хмельницький : ФОП Мельник А.А., 2021. С.28.

[2] Левицький М.О. Вказана праця. С.28.

[3] Левицький М.О. Вказана праця. С.29.

[4] Левицький М.О. Вказана праця. С.29.

РОЗДІЛ 1

На думку Є. О. Харитонова та А. І. Дрішлюка, відмінність суб'єктивного цивільного права від правоздатності полягає у такому:

«1) правоздатність є загальною, абстрактною можливістю мати права й обов'язки. Суб'єктивне право конкретне й означає конкретні повноваження щодо певних благ;

2) правоздатність невідчужувана, а суб'єктивне право можна передавати іншій особі;

3) правоздатність є невід'ємною властивістю учасника цивільних відносин, а суб'єктивне право виникає, змінюється чи припиняється за певних обставин (юридичних фактів)»[1]. Крім того, вчені зазначають, що «різниця між правоздатністю і суб'єктивним правом виявляється також і у формах, засобах і способах їх захисту»[2].

На відміну від суб'єктивного права, правоздатність не передбачає можливості вимагати певної поведінки від зобов'язаної особи або осіб. Крім того для виникнення суб'єктивного цивільного права особа, крім правоздатності, повинна також мати юридичний факт або сукупність фактів. Цивільна правоздатність — це не «право на право» і не міра дозволеної суб'єкту права поведінки, а юридична властивість суб'єкта, яка відрізняється (разом із нормою права і юридичним фактом) від суб'єктивного цивільного права: останнім є міра можливої поведінки особи в конкретних цивільних правовідносинах, що забезпечується юридичним обов'язком, тоді як цивільна правоздатність як здатність правоволодіти не є елементом будь-яких правовідносин і не пов'язує свого носія з будь-якою зобов'язаною особою.

У сучасній цивілістичній доктрині переважає позиція щодо включення до змісту суб'єктивного цивільного права третього повноваження — права на захист. На думку Р. О. Стефанчука, «суб'єктивне цивільне право — це надана особі нормами права міра можливої поведінки з метою задоволення її законного інтересу, що охоплює право вчиняти певні дії самою управомоченою особою, вимагати певної поведінки від зобов'язаної особи або осіб та захисту свого суб'єктивного права у випадку порушення, невизнання чи оспорення»[3]. Йдеться про те, що «суб'єктивне цивільне право передбачає такі основні повноваження: повноваження на власні дії — можливість самостійного вчинення суб'єктом фактичних та юридично значущих діянь[4]; повноваження

[1] Цивільне право України : підручник : в 2-х т. / за ред. Є.О. Харитонова, Н.Ю. Голубєвої. Х. : ТОВ «Одіссей», 2008. Книга перша. С.349.

[2] Цивільне право України : підручник. Вказана праця. С.349.

[3] Стефанчук Р. А. Субъективное право как цивилистическая категория : аналитический обзор проблемы. *Личные неимущественные права* : проблемы теории и практики применения : сб. ст. и иных матер. / под ред. Р. А. Стефанчука. К. : Юринком Интер, 2010. С.87.

[4] Цивільне право України : навч. посіб. / Ю. В. Білоусов, В. А. Ватрас, С. Д. Гринько [та ін.] ; за ред. Р. О. Стефанчука. К. : Правова єдність, 2009. С.33.

вимоги — можливість вимагати від зобов'язаного суб'єкта виконання покладених на нього обов'язків; повноваження на захист — можливість самостійно чи опосередковано через юрисдикційні органи вживати щодо зобов'язаної особи заходів державно-примусового характеру з метою усунення перешкод у здійсненні регулятивного суб'єктивного права чи відновлення його до попереднього стану»[1].

Подібну позицію зайняла також С. І. Шимон. На її думку, «правомочність захисту права виникає винятково через перешкоди для реалізації його позитивного змісту. Вона немов би замінює попередні складові суб'єктивного права — у разі неможливості здійснення власних дій або вимог щодо чужих дій виникає правомочність застосувати засоби захисту. ... Наявність у змісті суб'єктивного права правомочності захисту істотно розширює межі змісту цивільного права, дозволяючи трансформувати його в нове майнове право. ... У разі знищення речі застосування власником правомочності захисту зумовлює перетворення відносин власності на відносини зобов'язального типу з відшкодування шкоди та виникнення нового права власності на майно, яке передається в результаті відшкодування. .... Так як право на захист є елементом суб'єктивного цивільного (майнового) права і лише замінює інші його складові — право на власні чи на чужі дії, саме тому право на захист не може бути самостійним об'єктом цивільних правовідносин»[2].

На думку С. І. Шимон, «право на захист як елемент суб'єктивного права характеризують такі ознаки: 1) має компенсаторний характер (воно «замінює» позитивний елемент у змісті цивільного права); 2) є «пусковим механізмом» для трансформації абсолютних, наприклад, речових правовідносин у відносні (зобов'язальні); 3) є гарантією досягнення та (або) забезпечення інтересів носія суб'єктивного права»[3].

Щодо доцільності включення до змісту суб'єктивного цивільного права «можливості одержати захист порушеного права», Є. О. Харитонов та А. І. Дрішлюк зазначають: «Право перестає бути правом, якщо воно позбавляється можливості вдатися до сили державного примусу. Ця можливість визначає сутність суб'єктивного права, вона притаманна йому з моменту виникнення, а не з'являється лише в момент порушення або оспорювання права як деякий факультативний його елемент»[4].

[1] Цивільне право України : навч. посіб. Вказана праця. С.34.

[2] Шимон С. І. Теория майнових прав як об'єктів цивільних правовідносин : монографія. К. : Юрінком Інтер, 2014. С.25.

[3] Шимон С. І. Вказана праця. С.25.

[4] Цивільне право України : підручник : в 2-х т. / за ред. Є.О. Харитонова, Н.Ю. Голубєвої. Х. : ТОВ «Одіссей», 2008. Книга перша. С.348-349.

РОЗДІЛ 1

На нашу думку, така концепція змісту суб'єктивного цивільного права є спірною. Щодо цього слушними є міркування О. С. Іоффе та М. Д. Шаргородського, які стверджували, що право на захист не слід включати до змісту суб'єктивного права, оскільки така можливість є не паралельно з іншими, закріпленими в суб'єктивному праві, а властива їм самим, оскільки без цього вони не мали б юридичної можливості[1].

Право на захист становить окреме суб'єктивне право, тому бути складовою іншої якості правомочності не може. Важливими є обґрунтування правильності такої позиції, які наводить В. А. Бєлов: 1) можливість захисту будь-якого суб'єктивного права належить управомоченому ще до того, як його право буде порушено; 2) можливість захисту суб'єктивного права виникає одночасно з правом і з однієї підстави; 3) початком спливу позовної давності є момент виникнення суб'єктивного права; 4) можливість захисту права не може належати іншій особі, а лише тій, кому належить право[2].

У юридичній літературі також є позиція, відповідно до якої інтерес становить один із елементів змісту суб'єктивного права, який і є головним або суттю суб'єктивного права (О. С. Іоффе, А. В. Венедіктов, С. Ф. Кечекьян, Ю. К. Толстой, О. І. Чепис). За твердженням О. С. Іоффе, право створюють люди для досягнення певної мети, насамперед з огляду на захищений правом інтерес, без чого не можливо зрозуміти його зміст[3]. З огляду на це науковець визначає суб'єктивне цивільне право як забезпечену цивільним законом міру дозволеної управомоченому поведінки та можливість вимагати певної поведінки від зобов'язаної особи для задоволення інтересів управомоченого, визнаних законом[4]. На думку С. Ф. Кечекьяна, право в суб'єктивному розумінні не можливе без мети (тим самим, без інтересу), а там, де є мета, там має бути воля, яка може визначати мету та підбирати для неї засоби[5]. Подібні міркування сьогодні висловлює О. І. Чепис: «Суб'єктивне цивільне право — це врегульована цивільно-правовими нормами міра можливої поведінки суб'єкта, спрямована на задоволення його законних інтересів»[6].

Слід зазначити, що основоположником розуміння суб'єктивного права, побудованого не на волі, а на інтересі, вважають Рудольфа фон Ієринга.

[1] Левицький М.О. Цивільно-правовий захист особистих немайнових прав військовослужбовців : монографія. : Хмельницький: ФОП Мельник А.А., 2021. С.32.

[2] Левицький М.О. Вказана праця. С.32.

[3] Левицький М.О. Вказана праця. С.32

[4] Левицький М.О. Вказана праця. С.32

[5] Левицький М.О. Вказана праця. С.32

[6] Чепис О. І. Інтереси в цивільному праві : сутність, місце та особливості захисту : дис. ... канд.юрид. наук : 12.00.03. Ужгород, 2010. 73 с.

Саме він сформулював суб'єктивне право як юридично захищений інтерес[1].

Інтерес не є елементом суб'єктивного права, а є передумовою і метою суб'єктивного права. Саме тому безпосереднім предметом цивільно-правового захисту прав і законних інтересів суб'єктів правовідносин є конкретні суб'єктивні права і законні інтереси.

Одностайну позицію щодо співвідношення суб'єктивного права та інтересу зайняли Є. О. Харитонов та А. І. Дрішлюк. На їхню думку, «охоронювані законом інтереси здебільшого опосередковуються конкретними суб'єктивними правами, у зв'язку із чим захист суб'єктивного права являє собою і захист охоронюваного законом інтересу, що став передумовою і метою суб'єктивного права. У такій ситуації немає необхідності окремо вести мову про захист інтересу, оскільки його захищено «автоматично», шляхом захисту відповідного цивільного права»[2]. Водночас науковці зазначають, що «суб'єкти цивільного права можуть мати й такі інтереси, що не опосередковуються суб'єктивними правами, а мають форму охоронюваних законом інтересів і, як разові, підлягають захисту у випадку порушення»[3]. Наприклад, вони звертають увагу на: «вимоги про захист честі і гідності, про охорону житлових інтересів членів сім'ї наймача у ситуації примусового обміну, про визнання правочину недійсним»[4]. Охоронюваний законом інтерес нерідко в цивільному праві стає об'єктом правової охорони і самостійним предметом захисту. Так, наприклад, захист інтересу, а не власне суб'єктивного права, може бути у тих випадках, коли в результаті правопорушення саме суб'єктивне право припинилося. Зокрема після знищення речі право власності на неї не можна захищати, тому що його вже немає. Йдеться про захист інтересу колишнього власника речі у відновленні свого майнового становища, що забезпечується за допомогою позову щодо завдання шкоди або іншого адекватного взаєминам сторін способу захисту[5]. Отже, науковці дійшли висновку, що «суб'єктивне право і законний інтерес є певними рівнями правового забезпечення прагнень особистості, тісно пов'язані між собою і перебувають у взаємодії. Разом з тим це різні юридичні інструменти, які необхідно розрізняти у теорії і в практиці»[6].

З позицією вчених, які розглядають інтерес як елемент змісту суб'єктивного права, погодитися не можна. Як форма вираження інтересу та

[1] Левицький М.О. Вказана праця. С.33

[2] Цивільне право України : підручник : в 2-х т. / за ред. Є.О. Харитонова, Н.Ю. Голубєвої. Х. : ТОВ «Одіссей», 2008. Книга перша. С.350.

[3] Цивільне право України : підручник Вказана праця. С.350.

[4] Цивільне право України : підручник Вказана праця. С.350.

[5] Цивільне право України : підручник Вказана праця. С.350.

[6] Цивільне право України : підручник Вказана праця. С.351.

засіб його здійснення або захисту, суб'єктивне право у своєму змісті не охоплює інтересу. Інтерес і суб'єктивне право пов'язані один із одним як мета і засіб її досягнення, а мета ніколи не може бути складовою частиною засобу. Крім того, інтерес у володільця того чи іншого суб'єктивного права не має значення для визнання його уповноваженим. В іншому випадку, для здійснення і захисту свого права суб'єкту потрібно було б доводити як право, так й інтерес, що суперечить духу нашого права.

Міркування О.С.Іоффе про співвідношення суб'єктивного цивільного права та інтересу не підтверджено у правових нормах. Наприклад, те чи інше речове право продовжує бути чинним і тоді, коли об'єкт цього права (річ) стає некорисним для управомоченого. Це означає, що жодний суб'єкт не втратив права через втрату свого інтересу до цього права. Подібну позицію зайняла й Л.О.Чеговадзе, на думку якої, «набуваючи право та втративши до нього інтерес, суб'єкт жодним чином не впливає на зміст права як сукупність правових можливостей. Разом з тим, втрата інтересу діяти самостійно чи наполягати на діях іншого також не спричиняє моментального припинення права»[1].

На думку Ю.В.Білоусова, інтерес, який охороняється законом, означає «незаборонене законом і таке, що не суперечить загальним засадам цивільно-правового регулювання, прагнення особи до ефективної реалізації своїх повноважень, які не визначено як суб'єктивне право»[2]. На його думку, «відмінність між інтересом, що охороняється законом, та суб'єктивним цивільним правом полягає у тому, що суб'єктивне цивільне право є не просто можливістю діяти певним чином, а саме такою можливістю, яка забезпечена кореспондуючим обов'язком. Своєю чергою, охоронюваний законом інтерес такого забезпечення не має»[3].

Отже, інтерес не можна розглядати як елемент суб'єктивного права. Якщо ж вважати інтерес користю, яку бажає одержати управомочений та на досягнення якої спрямована його воля, то в цьому розумінні інтерес становить мету, а не елемент змісту суб'єктивного права[4]. Водночас задоволення інтересу, що означає досягнення мети суб'єктивного цивільного права, можливе лише тоді, коли настає фактичний стан, який відповідає змісту права[5]. Факт задоволення

[1] Левицький М.О. Цивільно-правовий захист особистих немайнових прав військовослужбовців : монографія. : Хмельницький : ФОП Мельник А.А., 2021. С.34.

[2] Цивільне право України : навч. посіб. / Ю. В. Білоусов, В. А. Ватрас, С. Д. Гринько [та ін.] ; за ред. Р. О. Стефанчука. К. : Правова єдність, 2009. С.117.

[3] Цивільне право України : підручник. Вказана праця. С.117.

[4] Левицький М.О. Вказана праця. С.35

[5] Левицький М.О. Вказана праця. С.35

інтересу в цьому випадку є показником здійснення суб'єктивного цивільного права, реалізації його правомочностей.

Отже, інтерес можливий за межами суб'єктивного цивільного права та є, як правило, передумовою цього права та його метою, для досягнення якої управомочений здійснює ті чи інші дії. Саме тому інтерес, який задовольняють за допомогою суб'єктивного права, не може бути складовим елементом цього права.

Це дозволяє зробити висновок, що суб'єктивне право характеризують такі ознаки: 1) міра можливої поведінки суб'єкта, що означає можливість вільного вибору того варіанта поведінки, що більш повно відповідає інтересам особи як уповноваженої сторони[1]; 2) обсяг та межі можливої поведінки суб'єкта визначено правовими нормами; 3) виникає за наявності правової норми, правоздатності та юридичного факту (юридичного складу); 4) охоплює два повноваження суб'єкта-правоволоділця: повноваження на власні дії та повноваження вимоги до зобов'язаних суб'єктів; 5) його захищає держава[2].

У юридичній літературі суб'єктивні права поділяють на абсолютні та відносні. Абсолютні права — це такі права, яким відповідає обов'язок будь-кого, хто не був особисто пов'язаний із правоволоділцем, утриматися від їх порушення, потерпати їх здійснення чи сприяти цьому. Саме тому абсолютні права захищають від усіх, хто їх порушить або не дотримається. Відносними є права, яким відповідає обов'язок не будь-кого, а лише конкретних осіб щодо їхнього правоволоділця[3]. Прикладом абсолютних може слугувати право власності, а відносних — права з договірних зобов'язань.

Розрізняють також публічні та приватні суб'єктивні права. На думку Й. О. Покровського, публічні права завжди централізовані та субординовані, тобто публічні правовідносини завжди зосереджено в єдиному суспільному центрі та ґрунтуються на субординації як примусово наказовій владі держави (наприклад, право держави вимагати від громадян сплати податків, виконання військового обов'язку та ін.). Приватні права ґрунтуються на формальній рівності осіб, пов'язаних правовідносинами; осіб не примушують до єдності та вони один одному владно не підпорядковуються, а лише взаємно пов'язані[4].

Я. М. Магазінер вказує на відмінний суб'єктний фактор, що відмежовує публічні та приватні суб'єктивні права. У приватному правовідношенні беруть участь фізичні та юридичні особи, а також держава на правах приватної особи.

[1] Теорія держави та права : посіб. для підготов. до іспитів / С. М. Тимченко, Р.А. Калюжний, Н.М. Пархоменко, С.М. Легуша. К. : Вид. ПАЛИВОДА, 2005. С.111.

[2] Теорія держави та права : посіб. для підготов. до іспитів. Вказана праця. С.111.

[3] Теорія держави та права : посіб. для підготов. до іспитів Вказана праця. С.111.

[4] Левицький М.О. Цивільно-правовий захист особистих немайнових прав військовослужбовців : монографія. : Хмельницький: ФОП Мельник А.А., 2021. С.36.

РОЗДІЛ 1

У публічних правовідносинах обов'язковим учасником повинна бути держава через свої органи як примусова, наказова влада, управомочена та зобов'язана одночасно. Разом з тим, наголошує науковець, право є публічним не тому, що ним володіє держава, через характер зацікавленості держави у дотриманні цього права. Якщо держава зацікавлена у не порушенні цього права чи в його здійсненні в кожному конкретному випадку (одиничне порушення чи нездійснення цього права є злом для держави загалом), то перед нами публічне право. Якщо держава зацікавлена в охороні цього права лише щодо групи людей, а не в кожному окремому випадку посягання на це право, то мова йде про суб'єктивне приватне право. Публічними називають права, будь-яке порушення яких держава вважає порушенням публічного інтересу. До прикладу, будь-який громадянин має публічне право на захист свого життя, здоров'я, гідності, а відповідні органи влади мають публічне право переслідувати порушників цих прав, оскільки їх порушення шляхом омани, насилля чи іншого злочину в кожному конкретному випадку становить загрозу громадському життю, тобто публічному інтересу.

Суб'єктивні права — це широке збірне поняття, що охоплює як права людини, так і всі види прав фізичної особи: права людини і громадянина, конституційні та галузеві права. Суб'єктивні права розкриваються в традиціях європейського розуміння свободи, де їх сутність пояснюють через філософську категорію можливості.

У юридичній літературі деколи поділяють суб'єктивні права на «основні» та «неосновні» (галузеві).

Права називають основними, тому що їх закріплено в основоположних міжнародних і конституційних актах. Це права покликані захищати основи життя та життєдіяльності людини, першооснову її гідного існування. Основні права опосередковують найбільш важливі відносини між державою та людиною, займають особливе місце у найважливіших сферах життя та діяльності індивіда, суспільства й держави. У зв'язку з цим їх як фундаментальні, базові, основні права закріплено в документах найвищої юридичної сили. Основні права називають також міжнародними стандартами та конституційними правами, однак не всі конституційні права мають значення основних (до Конституції України включено також права людини галузевого значення — конституційного права).

Основні права становить основу правового статусу особистості, вони породжують інші багаточисленні права, необхідні для нормальної життєдіяльності людини. Водночас виділення основних (фундаментальних) прав не означає зарахування решти прав до другорядних, таких, що вимагають менших зусиль від держави щодо їх забезпечення та захисту.

Слід зазначити, що основні права закріплено також в інших нормативно-правових актах. Наприклад, особисті немайнові права людини закріплено як у Конституції України, так і в книзі другій ЦК України. У ЦК України особисті немайнові права конкретизовано, розтлумачено їхній зміст, визначено обсяг і межі їх здійснення. Це означає, що цивільне законодавство виконує роль правового механізму здійснення основних прав та правової гарантії, а також вирішує практичні завдання щодо їх захисту.

Поряд із основними суб'єктивними права, у ЦК України закріплено галузеві цивільні права, наприклад: право на сім'ю (ст. 291), право на опіку або піклування (ст. 292), право на ім'я (ст. 294), право на повагу до гідності та честі (ст. 297)[1]. Основні та галузеві права тісно пов'язані між собою та разом формують правовий режим захисту прав людини.

У юридичній літературі суб'єктивні права поділяють також за спеціальними сферами права — галузями права (конституційні, трудові, земельні, цивільні та ін.). Окремі науковці критикують такий поділ. Такий поділ породжує непереборні труднощі дослідження права, його практичне застосування та викладання. На його думку, теоретичне та практичне значення має поділ права на приватне та публічне. Із позицією вченого погодитися не можна, оскільки для кожної галузі права характерний самостійний предмет правового регулювання, що пов'язаний саме із галузевими правами та їх внутрішньогалузевим поділом. Так, наприклад, предметом цивільно-правового регулювання є цивільні відносини: особисті немайнові та майнові. Юридичний зміст цивільних правовідносин становлять суб'єктивне цивільне право та цивільний обов'язок.

Поділ цивільних прав на окремі види пов'язаний із видами цивільних правовідносин, одним із складових елементів змісту яких вони є. Зокрема за об'єктом цивільні права поділяють на майнові та особисті немайнові.

Об'єктом майнових цивільних прав є майнові блага, а майнові правовідносини відображають їх належність або перехід, наприклад, ведуть мову про правовідносини власності[2]. Майнові права — це суб'єктивні цивільні права, які є засобом задоволення майнового інтересу. Таке розуміння майнових прав відповідає поняттю майнових відносин, яке в юридичній літературі як відносини, що пов'язані з приналежністю або переходом майнових благ від одних осіб до інших, які володіють певною економічною цінністю, тому що вони пов'язані з засобами виробництва, предметами споживання або іншими продуктами праці людини.

[1] Цивільний кодекс України від 16.01.2003 № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України.* 2003. №№ 40–44. Ст. 356. URL : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/435-15

[2] Цивільне право України : навч. посіб. / Ю. В. Білоусов, В. А. Ватрас, С. Д. Гринько [та ін.] ; за ред. Р. О. Стефанчука. К. : Правова єдність, 2009. С.35.

РОЗДІЛ 1

У юридичній літературі майнові цивільні права, як і майнові правовідносини, за способом задоволення інтересів зобов'язаної особи поділяють на речові, зобов'язальні, корпоративні та виключні. Речові права фіксують статику майнового становища суб'єктів. Зобов'язальні права опосередковують динаміку майнових відносин з передачі майна, виконання робіт, надання послуг. Корпоративні права опосередковують процес управління приватним майном корпорації з боку її членів. Виключні права фіксують закріплення об'єктів інтелектуальної власності за відповідними особами, а також опосередковують динаміку використання вказаних об'єктів[1]. Об'єктом особистих немайнових прав є немайнові блага, а немайнові правовідносини виникають, наприклад, щодо честі, гідності та репутації[2].

Слід зазначити, що поділ цивільних прав на майнові та особисті немайнові дозволяє систематизувати знання, відображає специфіку цивільного обороту та відповідає чинному законодавству, дозволяючи з'ясувати характерні особливості захисту тих чи інших прав і законних інтересів військовослужбовців.

Отже, місце і роль суб'єктивного права в системі юридичних засобів цивільно-правового регулювання можна визначити з огляду на його різні види. Однак виділити і охарактеризувати вичерпний перелік видів суб'єктивних цивільних прав навряд чи можливо у зв'язку із диспозитивною сутністю цивільно-правового регулювання.

Відповідно до ст.1–2 Закону України «Про соціальний і правовий захист військовослужбовців та членів їх сімей» військовослужбовці мають усі права та свободи людини й громадянина, а також гарантії цих прав і свобод, що закріплені в Конституції України та законах України[3]. Водночас законодавець зауважує, що військовослужбовці користуються такими правами та свободами із урахуванням особливого характеру військової служби, яка пов'язана із захистом Вітчизни. Саме тому їм передбачено додаткові пільги, гарантії та компенсації, визначені законом. Однією із таких гарантій є передбачена законом заборона обмежень прав і свобод військовослужбовців, визначених законодавством України (ст. 2 цього Закону)[4]. Як слушно зазначає А. Коротя, «нехтування військовою справою, невизначеність з правами та обов'язками військовослужбовців неодноразово призводили до втрати незалежності»[5].

[1] Цивільне право України : навч. посіб. Вказана праця. С.36.

[2] Цивільне право України : навч. посіб. Вказана праця. С.35

[3] Про соціальний і правовий захист військовослужбовців та членів їх сімей : Закон України від 20.12.1991 № 2011-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 15. Ст.1-2 URL : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2011-12

[4] Там само.

[5] Коротя А. Динаміка правового регулювання українського найманого війська в першій чверті XVIII ст. *Юридична України*. 2016. № 3–4. С.9.

Отже, військовослужбовці як фізичні особи володіють загальним правовим статусом. Однак із урахуванням їхнього особливого правового становища та соціальної ролі у державі можливість військовослужбовців бути суб'єктами цивільного права потребує виокремлення їхнього спеціального правового статусу. Як слушно зазначає М. І. Карпенко, «військовослужбовці у військовому колективі виконують дві ролі: по-перше, йдеться про офіційні, службові відносини, котрі називають статутними взаємовідносинами. Вони є сукупністю найбільш доцільних з позиції держави і суспільства службових відносин, що складаються між військовослужбовцями під час проходження військової служби, врегульованих законами та іншими нормативно-правовими актами, статутами ЗСУ, наказами, директивами, розпорядженнями, інструкціями, положеннями, порадниками тощо; по-друге, це неофіційні, позаслужбові відносини, які формуються як система міжособистісних переваг, симпатій і антипатій, поваги і неприязні»[1].

Висновки. Спеціальний цивільно-правовий статус військовослужбовців має такі ознаки: 1) виникає з моменту зарахування фізичних осіб на військову службу; 2) припиняється з моменту відрахування фізичних осіб із військової служби; 3) військовослужбовці користуються цивільними правами з урахуванням особливого характеру військової служби; 4) його визначено актами цивільного законодавства та актами військового законодавства; 5) межі поведінки військовослужбовця закріплено в актах військового законодавства; 6) зміна правового статусу залежить від законодавства та конкретних життєвих обставин, зокрема стану здоров'я, сімейного стану, віку, статті тощо; 7) в актах військового законодавства визначено як додатковий обсяг прав та обов'язків, так і його обмеження для військовослужбовців; 8) військовослужбовці мають право на застосування фізичної сили, спеціальних засобів, зберігання, носіння, використання зброї, бойової та спеціальної техніки; 9) у них є право на обґрунтований професійний ризик; 10) спеціальний цивільно-правовий статус військовослужбовців виявляється в межах майнових або особистих немайнових відносин.

Військовослужбовці як фізичні особи володіють загальним правовим статусом. Особливості правового становища військовослужбовців та їхній соціальної ролі в державі визначають їхній спеціальний правовий статус, який позначає військовослужбовців як спеціальних суб'єктів цивільного права.

[1] Карпенко М. І. Кримінальна відповідальність за порушення статутних правил взаємовідносин між військовослужбовцями за відсутності відносин підлеглості (кримінально-правове та кримінологічне дослідження) / за заг.ред. Матвійчука В. К. : монографія. К. : КНТ, 2006. С.6.

РОЗДІЛ 1

1.3. Поняття, підстава та види суброгації в зобов'язальному праві України

Функціонування ринкової економіки неможливе без кругообігу товарів і грошей, що відповідно призводить до нестачі оборотних коштів в одних суб'єктів та їх надлишку в інших. Одним із способів вирішення такої диспропорції є оборот майнових прав вимоги, які в умовах жорсткої конкуренції стають одним із найбільш ліквідних видів майна. Це, в свою чергу, зумовлює те, що більшість суб'єктивних цивільних прав вимоги мають здатність переходити від одного суб'єкта до іншого, та вимагає закріплення відповідних правових форм їх переходу в цивільному обороті.

Однією з таких форм, достатньо тривалий час апробованих судовою практикою та широко використовуваних у цивільних правовідносинах, зокрема й ускладнених іноземним елементом, є суброгація[1].

Поняття суброгації слід розпочати з дослідження етимології вказаного слова. Так, термін «суброгація» походить від латинського subrogatio, subrogo — «обрання замість», «заміщення», «доповнювати» (про закон)[2]. У сучасному праві термін «суброгація» є полісемантичним. Так, у міжнародному праві, суброгація практично означає визнання обов'язку сплатити компенсацію за втрачені інвестиції іноземній державі як правонаступникові (цесіонарію) інвестора, тобто основна особливість суброгації полягає в тому, що права приватної особи передаються суб'єктові міжнародного права, захищаються на міждержавному рівні, тобто відбувається трансформація цивільно-правових відносин у міжнародні публічно-правові. При цьому приватне право розмежовує речову (реальну) та особисту суброгацію. Реальна суброгація означає, що окремі речі, що входять до складної речі, можуть замінюватися іншим: складна річ як єдине ціле продовжує існувати як незмінна; нова річ займає місце речі, яка вибула[3]. Особиста суброгація полягає у переході до нового кредитора (суброганта) вимог у розмірі реально сплаченої суми грошей або в межах іншого фактичного виконання[4]. Власне, в останньому значенні суброгація і буде предметом нашого дослідження.

Також необхідно вказати, що ЦК України не містить терміну «суброгація», на відміну від проєкту ЦК України, який називав суброгацію однією із

[1] Самбір О.Є. Суброгація в цивільному праві України : монографія / за наук. ред. Доктора юридичних наук, професора, член-кореспондента НАПрН України Р.О. Стефанчука. Хмельницький : ФОП Мельник А.А., 2016. С. 5, 8-28.

[2] Дворецкий И. Х. Латинско-русский словарь. 2-е изд. М. : Русский язык, 1976. С. 967.

[3] Морандьер Л. Ж. Гражданское право Франции: в 3-х т /пер. с фр., авт. предисл. Е. А. Флейшиц. М. : Иностранная литература. Т. 1. 1958. С. 64.

[4] Юридична енциклопедія : в 6 т. / ред. Ю. С. Шемшученко. К. : Укр. енциклопедія, 1998. Т. 5 : П–С. 2003. С. 683.

підстав переходу прав кредитора до іншої особи та визначав її як придбання всіх прав, що належали раніше кредиторові, внаслідок виконання третьою особою (суброгантом) обов'язків боржника щодо цього кредитора (ст. 619 проєкту ЦК України)[1]. Однак в остаточній редакції така норма не збереглась. У законодавстві України термін «суброгація» використовується лише у ст. 269 Кодексу торговельного мореплавства України[2], яка стосується переходу прав на застраховане майно до страховика у разі сплати ним страхової суми.

Водночас механізм суброгації, не будучи прямо названим, отримав своє законодавче закріплення як у ЦК України (ст. 512 — заміна кредитора у зобов'язанні внаслідок виконання обов'язку боржника поручителем або заставодавцем (майновим поручителем), а також виконання обов'язку боржника третьою особою; ст. 528 — перехід прав кредитора у зобов'язанні до третьої особа, яка задовольнила вимогу кредитора без згоди боржника у разі небезпеки втратити право на майно боржника (право оренди, право застави тощо) внаслідок звернення кредитором стягнення на це майно; ст. 556 — перехід усіх прав кредитора у зобов'язанні, в тому числі й тих, що забезпечували його виконання, до поручителя, який виконав зобов'язання, забезпечене порукою; ст. 993 — перехід у межах фактичних витрат до страховика, який виплатив страхове відшкодування за договором майнового страхування, права вимоги, яке страхувальник або інша особа, що одержала страхове відшкодування, має до особи, відповідальної за завдані збитки)[3], так і окремих законах (ст. 27 Закону України «Про страхування»[4]).

Одночасно відносини, які виникають на підставі суброгації, знаходять своє нормативне регулювання на рівні міжнародних договорів. До таких міжнародних правових актів слід віднести і ті, які ратифіковані та набули чинності для України, наприклад, Конвенція про міжнародні майнові права на рухоме обладнання, ратифікована згідно із Законом від 6 червня 2012 року[5]. При цьому необхідно вказати, що міжнародні норми допускають суброгацію як щодо договірних зобов'язань (у випадку, якщо згідно з договором одна особа («кредитор») має право щодо іншої особи («боржника»), а третя особа несе обов'язок задовольнити вимоги кредитора або на виконання цього обов'язку

[1] Проект Цивільного кодексу України від 25 серпня 1996 року. URL : http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb_n/webproc34?id=&pf3511=12096&pf35401=21102.

[2] Кодекс торговельного мореплавства України від 23 травня 1995 року № 176/95-ВР. ВВР. 1995. № 47–52. Ст. 349.

[3] Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року. *ВВР.* 2003. № 40–44. Ст. 356.

[4] Про страхування : Закон України в редакції від 04 жовтня 2001 року. ВВР. 2002. № 7. Ст. 50.

[5] Про ратифікацію Конвенції про міжнародні майнові права на рухоме обладнання та Протоколу до Конвенції про міжнародні майнові права на рухоме обладнання з питань авіаційного обладнання: Закон України від 6 червня 2012 року. *Офіційний вісник України.* 2012. № 50. Ст. 1953.

задовольнила вимоги кредитора, то право, що підлягає застосуванню до цього обов'язку третьої особи, визначає, чи може і в якій мірі третя особа здійснювати права, які належали кредиторові щодо боржника згідно з правом, що регулює їх відносини (законна суброгація), ст.15 Регламенту Європейського Парламенту і Ради «Про право, що підлягає застосуванню щодо договірних зобов'язань»), так і позадоговірних зобов'язань (у випадку, якщо у рамках позадоговірного зобов'язання одна особа («кредитор») має права щодо іншої особи («боржника»), а третя особа несе обов'язок задовольнити вимоги кредитора чи на виконання цього обов'язку задовольнила вимоги кредитора, то право, що підлягає застосуванню до цього обов'язку третьої особи, визначає, чи може і в якій мірі третя особа здійснювати права, які належали кредиторові щодо боржника згідно з правом, що регулює їх відносини (суброгація) ст.19 Регламенту Європейського Парламенту і Ради «Щодо права, яке підлягає застосуванню до позадоговірних зобов'язань»[1]).

Однак чинне цивільне законодавство не містить визначення поняття суброгації, загальних положень щодо її механізму та детального встановлення особливостей окремих різновидів суброгації. Саме цим у поєднанні з іншомовним походженням слова, напевно, і пояснюється відсутність єдиного терміновживання щодо учасників відносин із суброгації. Так, третя особа, яка заміщує кредитора у зобов'язання внаслідок виконання обов'язку боржника, в літературі отримує різні назви: «суброгант»; «суброгат», «суброгатор». Залишивши для філологів дискусію щодо правильності словотворення слів іншомовного походження, ми, беручи за основу проект ЦК України та продовжуючи, таким чином, вітчизняну традицію терміновживання, будемо називати третю особу, яка в порядку суброгації набуває прав кредитора, суброгантом, а інших учасників відносин із суброгації — кредитор (первісний кредитор) та боржник відповідно.

Звичайно, такий термінологічний аналіз не розкриває сутності суброгації. А враховуючи те, що суброгація, як влучно відмічає В. А. Мусін, є «специфічним правовим феноменом»[2], її правова природа потребує детального дослідження. Для того, щоб розкрити сутність поняття «суброгації», необхідно з'ясувати її істотні ознаки, до яких прийнято відносити ознаки роду та видові відмінності. Визначаючи приналежність суброгації до певного класу правових понять, слід розпочати з того, що вона є різновидом правонаступництва, тобто опосередковує перехід прав від однієї особи до іншої. При цьому суброгація

[1] Регламент (ЄС) № 864/2007 Європейського Парламенту і Ради «Щодо права, яке підлягає застосуванню до позадоговірних зобов'язань («Рим II»)» від 11.07.2007. URL : http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/994_907.

[2] Мусин В. А. Договор морского страхования по советскому и иностранному праву: страхование судов и грузив : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Ленинград, 1975. С. 12.

належить до сингулярного правонаступництва, тобто в такому випадку до особи переходить лише окреме право. У той же час суброгація стосується зобов'язального права та є однією із механізмів трансформації зобов'язання[1], поряд із відступленням права вимоги, переводом боргу, новацією, домовленістю сторін про передання боржником кредиторові відступного тощо. Серед таких трансформацій в окрему групу слід об'єднати відступлення права вимоги, перевід боргу та суброгацію, оскільки вони опосередковують заміну сторони у зобов'язанні. Доречно вказати, що при суброгації, на відміну від новації, змінюється суб'єктний склад первісного зобов'язання, але зберігаються додаткові зобов'язання, пов'язані з первісним. Таким чином, суброгація, поряд з цесією та універсальним правонаступництвом, зумовлює заміну кредитора у зобов'язанні.

Суброгація, на відміну від інших видів правонаступництва у зобов'язанні, також характеризується тим, що має місце у випадку виконання обов'язку боржника третьою особою, яка не є стороною зобов'язання. Справді, не підлягає сумніву, що суброгація оформляє відносини за участю третіх осіб, для яких властива наявність двох правовідносин, що зв'язують три сторони, одна з яких (кредитор) є учасником обох правовідносин. Відповідно до норм ЦК України боржник зобов'язаний виконати свій обов'язок, якщо інше не встановлено договором або законом, не випливає із суті зобов'язання чи звичаїв ділового обороту (ст. 527 ЦК України). Також виконання обов'язку може бути покладено боржником на іншу особу, якщо з умов договору, вимог цього Кодексу, інших актів цивільного законодавства або суті зобов'язання не випливає обов'язок боржника виконати зобов'язання особисто (ст. 528 ЦК України). Тому слід розмежовувати два випадки, коли зобов'язання виконується справжнім (належним) боржником, та коли воно виконується третьою особою.

Особа, яке сплачує борг замість дійсного боржника, може бути або зобов'язаною разом з головним боржником (співборжником останнього), або третьою особою, абсолютно не пов'язаною із зобов'язанням. Наслідком такого виконання є те, що, з одного боку, кредитор перестає бути кредитором свого боржника: він отримав виконання, а тому нічого більше не може вимагати; з іншого боку, боржник майже ніколи не звільняється від боргу. Він майже завжди тільки міняє кредитора і стає зобов'язаним стосовно тієї особи, яка замість нього зробила платіж і яка в силу цього має право вимагати повернення зроблених нею витрат[2].

[1] Саватье Р. Теория обязательств : юрид. и эконом. очерк / пер. с фр., вступ. ст. Р. О. Халфиной. М. : Прогресс, 1972. С. 306.

[2] Пляниоль М. Курс французского гражданского прав / пер. с фр. В. Ю. Гартмана. Петроков : Тип. С. Ланского. Ч. 1 : Теория об обязательствах. 1911. С. 129.

РОЗДІЛ 1

За загальними правилами, коли третя особа сплатить чужий борг, борг погашається, а третя особа може вимагати від боржника сплачену за нього суму через пред'явлення позову з доручення або ведення чужих справ без доручення, залежно від того, чи здійснила вона платіж за проханням боржника чи з власної ініціативи. Але право вимоги, яке виникає в третьої особи щодо боржника, відрізняється від того, яке оплатила третя особа; воно не користується гарантіями, пов'язаними з тим правом. У деяких випадках в силу особливої вказівки закону визнається, що особа, яка сплатила чужий борг, може пред'явити до боржника замість позову із доручення або ведення чужих справ без доручення той же позов, який належав кредиторові, з усіма його гарантіями і додатковими правами. У цьому — велика перевага для платника, який вступає в усі права кредитора[1].

У чому ж полягає перевага права вимоги в порядку суброгації перед правом вимоги на підставі вчинення дій у майнових інтересах іншої особи без її доручення? Вона полягає в тому, що така вимога, як правило, має велику силу і краще гарантується, ніж проста вимога, заснована на веденні чужих справ без доручення. В останньому випадку особа також сплачує борг замість боржника і набуває стосовно нього певні права (ст. 1160 ЦК України). Особа, яка вчинила дії в майнових інтересах іншої особи без її доручення, має право вимагати від цієї особи відшкодування фактично зроблених витрат, якщо вони були виправдані обставинами, за яких були вчинені дії. А якщо особа, яка вчинила дії в майнових інтересах іншої особи без її доручення, при першій нагоді не повідомила цю особу про свої дії, то вона не має права вимагати відшкодування зроблених витрат. Навпаки, якщо був зроблений платіж зі вступом у права кредитора (суброгація), то особа, яка сплатила борг, зберігає, таким чином, усі переваги колишнього кредитора.

Однак саме в цьому і полягає основна внутрішня суперечливість суброгації: виконання спричиняє не припинення зобов'язання, а заміну сторони у зобов'язанні. Як відмічає Г. М. Шевченко, виконання зобов'язання третьою особою за боржника передбачає припинення відповідних прав кредитора. Будучи ж припиненим, право вимоги кредитора вже ні до кого не може перейти[2]. Наукова дискусія з цього питання має достатньо довгу історію. Так, ще Є. Годеме в цьому контексті виділяв три наукових концепції. На думку представників першої концепції, первісне право вимоги припиняється, але його гарантії переходять на нове право, набуте особою, яка здійснила платіж.

[1] Годэмэ Е. Общая теория обязательств / пер. с фр. И. В. Новицкого. М. : Юридическое изд-во Министерства юстиции СССР, 1948. С. 471.

[2] Шевченко Г. Н. Регрессные обязательства в отношениях между социалистическими организациями. Владивосток : Изд-во Дальневост.ун-та, 1990. С. 33.

Це ідея обмежує дію суброгації. Первісне право не переходить до особи, яка вступила в зобов'язання, а тільки переходять деякі додаткові права: договірна іпотека або порука. Але якості, пов'язані з самим правом вимоги, не перейдуть до особи, яка вступила в права кредитора (виконавчий титул, торговий характер та ін.).

Відповідно до іншої концепції оплачене право вимоги вважається таким, що продовжує існування на користь того, хто вступив у зобов'язання. При другій концепції суброгація є справжньою передачею права вимоги, договірною або законною. Проте більшість авторів приймають цю ідею тільки з обмеженнями. Прибічники третьої концепції стверджують, що суброгацію не варто повністю прирівнювати до передачі права: обидві дії мають різний характер. Передача прав є актом розрахунку; суброгація пояснюється послугою, зробленою боржникові. Звідси приходять до висновку, що суброгація має подвійне значення: платіж щодо кредитора, право якого погашається; передача права щодо боржника та інших заінтересованих осіб, шляхом фікції, за якою борг переживає своє погашення[1].

Кожна із зазначених концепцій, на нашу думку, має певні недоліки. Так перша концепція взагалі не узгоджується із чинним законодавством, у якому суброгація опосередковує саме перехід права вимоги, а отже, і заміну сторони у зобов'язанні. Друга концепція призводить до змішування понять суброгації, цесії та необхідності встановлення співвідношення між ними. Остання концепція фактично розглядає суброгацію на межі з регресом, залишаючи при цьому без відповіді питання: чому в одних випадках виконання обов'язку боржника тягне за собою регрес, а в інших суброгацію?

У радянський період спробу пояснити правову природу суброгації, співвідносячи при цьому її з регресом, здійснив В. А. Мусін. Науковець стверджував, що при суброгації у розпорядженні кредитора зосереджуються два права, спрямовані на виконання одного і того ж обов'язку — одне по відношенню до боржника, інше — стосовно до майбутнього суброганта, наприклад, до поручителя. Навпаки, кредитор регредієнта має у розпорядженні усього одне право. Після того, як регредієнт робить платіж, це право вважається здійсненим і тому припиняється[2]. Однак така позиція принаймні не охоплює всіх випадків суброгації, передбачених чинним законодавством — задоволення вимоги кредитора іншою особою без згоди боржника у разі небезпеки втратити право на майно боржника (право оренди, право застави тощо) внаслідок

[1] Годэмэ Е. Общая теория обязательств / пер. с фр. И. В. Новицкого. М. : Юридическое изд-во Министерства юстиции СССР, 1948. С. 479.

[2] Мусин В. А. Суброгация в советском гражданском праве. *Советское гражданское право.* 1976. №7. С.129-130.

звернення кредитором стягнення на це майно (ч. 3 ст. 528 ЦК України) — та не пояснює, чому гарант має право на зворотну вимогу (регрес) до боржника в межах суми, сплаченої ним за гарантією кредиторові (ч. 1 ст. 569 ЦК України), а не право вимоги в порядку суброгації.

Сучасні дослідники переважно обмежуються констатацією факту, що суброгація є встановленим законом винятком із загального правила про припинення зобов'язання належним виконанням[1], або ж пояснюють протиріччя між фактом виконання зобов'язання, з одного боку, і збереженням права вимоги — з іншого, спираючись на принципи законотворчості. Вони пояснюють, що у сфері позитивного права законодавець може керуватися будь-яким з трьох мотивів: формально-юридичною логікою, ідеями політики права або суто утилітарними міркуваннями. Там, де питання політики права або корисності є важливішими за правову логіку, нею жертвують. І це правильно, оскільки право служить життю, а не абстрактним поняттям. Оскільки оборот схвалює виконання зобов'язання третьою особою, інтерес цієї особи повинен бути захищений шляхом встановлення спеціального правила. З таким утилітарним підходом можна погодитись. З цих міркувань пропонуємо ст. 528 ЦК України доповнити частиною четвертою такого змісту: «*Виконання обов'язку боржника іншою особою припиняє зобов'язання, за винятком випадків, коли таке виконання призводить до переходу прав кредитора в порядку суброгації*».

З цього приводу слід підтримати висловлений у цивілістиці погляд на суброгацію як правову конструкцію, що забезпечує зворотну вимогу третьої особи, яка задовольнила кредитора боржника. Справді, особа, яка сплачує борг іншої, у принципі має право зворотної вимоги проти звільненого таким чином боржника. З цього правила є лише один виняток, що зустрічається дуже зрідка, а саме: коли чужий борг сплачений «animo donandi», тобто коли третя особа, сплачуючи чужий борг, бажала обдарувати боржника, звільняючи його від зобов'язання. У цьому випадку згідно з наміром третьої особи закон не наділяє його зворотною вимогою[2]. Розуміння суброгації як права зворотної вимоги пояснює її близькість із конструкцією регресу та зумовлює необхідність розмежування між собою.

Таким чином, сутність суброгації полягає в її подвійній правовій природі: вона одночасно є конструкцією заміни кредитора у зобов'язанні та опосередковує право зворотної вимоги. Саме це, на наш погляд, дає можливість відособити суброгацію серед інших інститутів зобов'язального права та відмежувати від суміжних правових категорій. Більше того, розуміння правової

[1] Кот О. О. Перехід прав кредитора до третіх осіб в цивільному праві України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2002. С. 6

[2] Пляниоль М. Курс французского гражданского права / пер. с фр. В. Ю. Гартмана. Петроков : Тип. С. Ланского. Ч. 1 : Теория об обязательствах. 1911. С. 130.

природи суброгації сприяє виявленню кожного окремого випадку суброгації, передбаченого чинним законодавством. Водночас аналіз таких випадків слугує з'ясуванню їх спільних ознак, що, у свою чергу, обумовлює визначення змісту та окреслення обсягу поняття «суброгація».

Потребує також дослідження питання про взаємозв'язок поняття суброгації та грошового зобов'язання. З цього приводу окремі цивілісти обґрунтовують, що вимога, яка переходить у порядку суброгації, є грошовою. Однак з такими висновками, безумовно, не можна погодитись.

Насамперед проблемним є розуміння самого грошового зобов'язання. Чинний ЦК України містить значну кількість статей, що регулюють грошові зобов'язання (ст. 532, 533, 534, 535, 549, 613, 625), однак у ньому відсутнє визначення поняття грошового зобов'язання. Варто зазначити, що в законодавстві України все ж існує легальне визначення поняття «грошове зобов'язання». Згідно з ч.1 ст.1 Закону України від 14 травня 1992 року (в редакції Закону № 4212-VI від 22.12.2011 року) «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом»[1] грошове зобов'язання — зобов'язання боржника сплатити кредитору певну грошову суму відповідно до цивільно-правового правочину (договору) та на інших підставах, передбачених законодавством України.

До грошових зобов'язань належать також зобов'язання щодо сплати податків, зборів (обов'язкових платежів), страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне та інше соціальне страхування; зобов'язання, що виникають внаслідок неможливості виконання зобов'язань за договорами зберігання, підряду, найму (оренди), ренти тощо та які мають бути виражені у грошових одиницях. До складу грошових зобов'язань боржника, в тому числі зобов'язань щодо сплати податків, зборів (обов'язкових платежів), страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне та інше соціальне страхування, не входять неустойка (штраф, пеня) та інші фінансові санкції, визначені на дату подання заяви до господарського суду, а також зобов'язання, які виникли внаслідок заподіяння шкоди життю і здоров'ю громадян, зобов'язання з виплати авторської винагороди, зобов'язання перед засновниками (учасниками) боржника — юридичної особи, що виникли з такої участі. Склад і розмір грошових зобов'язань, у тому числі розмір заборгованості за передані товари, виконані роботи і надані послуги, сума кредитів з урахуванням відсотків, які зобов'язаний сплатити боржник, визначаються на день подання до господарського суду заяви про порушення справи про банкрутство, якщо інше не встановлено цим Законом.

[1] Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом : Закон України в редакції Закону № 4212-VI від 22.12.2011 року. ВВР. 2012. № 32–33. Ст. 413.

Поряд з цим судова практика також виробила своє визначення поняття «грошові зобов'язання». Так, ВГС України грошовим вважає будь-яке зобов'язання, що складається також з правовідношення, в якому праву кредитора вимагати від боржника виконання певних дій кореспондує обов'язок боржника сплатити гроші на користь кредитора. Так, грошовим зобов'язанням є правовідношення, в якому одна сторона зобов'язана оплатити поставлену продукцію, виконану роботу чи надану послугу в грошах, а друга сторона вправі вимагати від першої відповідної оплати, тобто правовідношення, в якому передбачено передачу грошей як предмета договору або сплату їх як ціни договору[1].

Також представники вітчизняної цивілістики виробили своє розуміння грошового зобов'язання як цивільне правовідношення, в якому боржник зобов'язаний сплатити на користь кредитора суму грошей, які виконують функцію законного платіжного засобу, якщо платіж не обумовлений іншим видом грошей, а кредитор вправі вимагати від боржника виконання його обов'язку [2]. Попри наявність законодавчої, судової та доктринальної дефініції, поняття «грошові зобов'язання» залишається, на наш погляд, невизначеним. Кожне із зазначених рішень містить фактично лише одну сутнісну характеристику — плата боржником певної суми грошей на користь кредитора. Це, в свою чергу, не дозволяє встановити всі конститутивні та варіативні ознаки грошових зобов'язань. Однак це предмет окремого наукового дослідження.

Що ж до суброгації, то вважаємо, що немає законодавчих підстав говорити про безумовний грошовий характер зобов'язання, що нею опосередковується. Пояснюється це тим, що, по-перше, цивільне законодавство не містить загального правила про грошовий характер вимоги, яка переходить до суброганта в порядку суброгації. По-друге, закріплені в законі випадки суброгації мають достатньо особливостей, а тому питання про їх грошовий характер повинно досліджуватись окремо щодо кожного з них.

Розкрити правову природу суброгації можна також за допомогою тих завдань, на досягнення яких вона спрямована. Так, суброгація викликана й обмежена специфікою правової мети — захистом суб'єктивного цивільного права третьої особи на власне майно або на майно боржника, втрата якого може настати внаслідок невиконання або неналежного виконання останнім свого зобов'язання. Висловлюючи свою методологічну солідарність з цією позицією, вважаємо за необхідне її доповнити тим, що суброгація спрямована

[1] Про деякі питання практики застосування законодавства про відповідальність за порушення грошових зобов'язань : Постанова пленум Вищого господарського суду України від 17.12.2013 № 14. *Вісник господарського судочинства.* 2014. № 1. С. 22.

[2] Тарасенко Л. В. Цивільно-правова відповідальність за порушення грошових зобов'язань : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2006. С. 11.

не тільки на захист майнових прав третьої особи, яка виконала обв'язок боржника, але й охоронюваних законом майнових інтересів, що дасть можливість розширити сферу застосування суброгації в цивільному праві України.

При цьому ми не заперечуємо того, що суброгація сприяє досягненню й інаших завдань стосовно осіб: недопущення безпідставного збагачення боржника внаслідок збереження майна, що підлягало передачі кредиторові; недопущення безпідставного збагачення кредитора внаслідок отримання подвійного виконання від боржника та третьої особи; дотримання інтересів інших заінтересованих осіб (інших кредиторів, співборжників, поручителів, майнових поручителів боржника) — їх правове положення при суброгації залишається незмінним. Однак вказані завдання не розкривають сутність суброгації, тому що є для неї супутніми. У кожному окремому випадку суброгації набір та зміст таких завдань може відрізнятися. Так, при суброгації прав кредитора страховику стосовно кожного з суб'єктів, які беруть участь у процесі суброгації, проявляється та або інша специфічна її мета: для страховика — це спосіб зниження збитковості діяльності; для відповідальної за настання страхового випадку особи — це дисциплінуючий, виховний ефект суброгації; для страхувальника (вигодонабувача) суброгація виступає перешкодою його безпідставного збагачення. Такі завдання лише визначають особливість суброгації у страхових правовідносинах, не пояснюючи її правову природу загалом.

З цього приводу постає питання про співвідношення суброгації та зобов'язань з набуття, збереження майна без достатньої правової підстави, оскільки обидва інститути мають спільне спрямування — відновлення майнової сфери суб'єкта цивільних відносин: потерпілого або третьої особи, яка виконала обов'язок боржника. Відповідь у цьому випадку не така очевидна, як здається на перший погляд. Справа в тому, в англо-американській системі приватного права позов в порядку суброгації розглядається лише як елемент системи позовів з безпідставного збагачення.

Так, у країнах англо-американської системи приватного права для стягнення безпідставного збагачення використовуються найрізноманітніші форми і конструкції, об'єднуючим моментом для яких є те, що всі вони засновані на праві реституції, яке випливає із загального принципу неприпустимості безпідставного збагачення. Цей принцип свідчить: вигода, яка отримана відповідачем за рахунок позивача і яку було б несправедливо залишати за відповідачем, є безпідставним збагаченням, підлягає поверненню. Наприклад, до однієї з груп класифікації кондикційних позовів належать ті, що пред'являються в результаті правопорушення, змістом якого є отримання відповідачем від третьої особи вигоди, за яку він має нести відповідальність

перед позивачем[1]. До цієї групи належать насамперед випадок, коли позивач сплатив борг відповідача перед третьою особою і відповідно наділяється правом вимагати від відповідача всього сплаченого за принципом суброгації. Аналогічне право виникає також у поручителя стосовно боржника, борг якого він погасив, або у страховика перед особою, відповідальною за спричинення шкоди, яка і стала страховим випадком. Те ж саме стосується і страховика, який виплатив страхове відшкодування, оскільки в цьому випадку він може реалізувати права вимоги останньої до особи, відповідальної за спричинення шкоди. На Європейському континенті більшість подібних випадків врегульована законом. Згідно з цим регулюванням до особи, яка сплатила борг, переходить право вимоги одержувача платежу до третьої сторони. Проте при цьому легко забувається той факт, що суброгація у принципі служить лише гарантією зворотної вимоги позивача у разі погашення ним чужого боргу і що підставою для цієї вимоги служить безпідставне збагачення. У загальному праві, навпаки, використання «доктрини суброгації» завжди виправдовують тим, що інакше матиме місце безпідставне збагачення третьої сторони.

Вітчизняне цивільне право не дає підстав для такого підпорядкування між собою позовів у порядку суброгації та кондикційних позовів, більше того, не допускає їх конкуренцію. Можливість кондикційного позову виключена передбаченим законом переходом прав кредитора у порядку суброгації, оскільки майнові відносини сторін у цих випадках мають правомірну підставу. Кондикційне зобов'язання не може виникнути з дії, свідомо спрямованої на досягнутий правовий результат. Для розмежування суброгації та кондикції слід враховувати правову позицію, яку з цього приводу прийняв Верховний суд України[2]. За змістом положень ст.1212 ЦК України про зобов'язання у зв'язку з набуттям, збереженням майна без достатньої правової підстави цей вид зобов'язань породжується наявністю таких юридичних фактів: 1) особа набула або зберегла у себе майно за рахунок іншої особи; 2) правові підстави для такого набуття (збереження) відсутні або згодом відпали. А отже, кошти, отримані як оплата за виконання робіт за договором і набуті за наявності правових підстав для цього, не можуть бути витребувані згідно зі ст.1212 ЦК України як безпідставне збагачення.

Правова природа суброгації, як випливає зі сказаного, обумовлює ті юридичні факти, які тягнуть за собою її виникнення. У літературі з цього приводу акцентується увага на тому, що в основі суброгації лежить складний

[1] Іваненко М. А. Виникнення та розвиток реституції в зарубіжних правопорядках. *Порівняльно-аналітичне право*. 2003. № 2. С. 148.

[2] Постанова Верховного Суду України у справі № 3-69гс12 від 22 січня 2013 року. URL : http://reyestr.court.gov.ua/ Review/29192454.

юридичний склад, для якого характерна наявність третьої особи (суброганта), зобов'язального правовідношення між кредитором і боржником (основне зобов'язання), а також надання третьої особи кредиторові. Однак такий перелік юридичних фактів не розкриває сутність тих правовідносин, у яких допускається суброгація, а також не враховує особливості кожного окремого випадку суброгації. Тому вважаємо, що для потреб правозастосовної практики доцільно виділяти підставу та умови суброгації. Підстава суброгації є спільною для кожного виду суброгації та полягає у виконанні третьою особою обов'язку боржника перед кредитором. Умовами суброгації слід вважати наявність зобов'язальних відносин, у яких відповідно до ЦК України допускається суброгація, виконання обов'язку боржника перед кредитором, виконання обов'язку боржника здійснюється третьою особою. При цьому для кожного окремого виду суброгації умови будуть відрізнятися, їх перелік може доповнюватись, а зміст уточнюватись. Розглянемо загальні умови суброгації більш детально.

Першою умовою суброгації є наявність обов'язку боржника перед кредитором. З цього приводу актуальним є питання про можливість суброгації при достроковому виконанні обов'язку. Оскільки перехід права вимоги в порядку суброгації пов'язаний з виконанням обов'язку боржника, необхідно враховувати таке:

1) по-перше, дострокове виконання зобов'язання допускається, якщо інше не встановлено договором, актами цивільного законодавства або не випливає із суті зобов'язання чи звичаїв ділового обороту (ст. 531 ЦК України). Більше того, окремі випадки переходу прав у порядку суброгації безпосередньо обумовлені наявною вимогою кредитора. Так, перехід права кредитора у зобов'язанні на підставі виконання обов'язку боржника іншою особою можливий лише, якщо ця особа задовольнить вимогу кредитора у разі небезпеки втратити право на майно боржника (право оренди, право застави тощо) внаслідок звернення кредитором стягнення на це майно (ч. 3 ст. 528 ЦК України);

2) по-друге, кредитор має право не приймати від боржника виконання його обов'язку частинами, якщо інше не встановлено договором, актами цивільного законодавства або не випливає із суті зобов'язання чи звичаїв ділового обороту;

3) по-третє, в окремих випадках суброгації дострокове виконання обов'язку боржника апріорі є неможливим (перехід у межах фактичних витрат до страховика, який виплатив страхове відшкодування за договором майнового страхування, права вимоги, яке страхувальник або інша особа, яка одержала страхове відшкодування, має до особи, відповідальної за завдані збитки). Тому слід визнати, що суброгація прав кредитора третій особі при

достроковому виконанні нею обов'язку боржника не допускається, якщо інше не передбачено законом, договором або не випливає із правовідносин між кредитором та боржником.

Наступною умовою є сам факт виконання обов'язку боржника перед кредитором. Правова природа виконання зобов'язання на сьогодні є предметом наукової дискусії. З цього приводу у юридичній літературі виділяють чотири основні підходи. Відповідно до першого з них виконання зобов'язання розглядається як фактичні дії. Такий погляд виходить з того, що виконання у багатьох випадках є триваючою дією (наприклад, дії перевізника або підрядника), через що його важко віднести до юридичного акта. Представники другої концепції розуміють виконання як юридичний вчинок. Вказана теорія заснована на тому, що для юридичного вчинку (на відміну від правочину) воля суб'єкта для виникнення цивільно-правових наслідків значення не має. виконання як особливий юридичний факт. Деякі дослідники обґрунтовують думку, що виконання належить до особливої групи юридичних фактів, яку не можна віднести ні до правочинів, ні до вчинків. Відповідно до останнього підходу виконання розглядається як правочин, тобто дія, спрямована на припинення цивільних прав та обов'язків.

Не вдаючись у деталі окресленого наукового диспуту, відмітимо, що в контексті нашого дослідження виконання не може розглядатись як фактичні дії, оскільки останні не спричиняють настання юридично значущих наслідків. При суброгації ж виконання породжує перехід права вимоги від кредитора та суброганта. Правова природа виконання при суброгації може бути пояснена з точки зору юридичного вчинку, однак при цьому поза увагою залишається воля суброганта. Визнати виконання при суброгації правочином, спрямованим на перехід правової вимоги від кредитора до суброганта, можливо лише за умови віднесення його до правочинів особливого виду. Пояснюється це тим, що на виконання зобов'язання не можуть бути поширені вимоги до чинності правочинів так само, як і правила недійсності правочинів (глава 16 ЦК України), тому що воно повинно насамперед відповідати загальним умовам виконання зобов'язань (глава 48 ЦК України). Таким чином, правова природа виконання зобов'язання, в тому числі третьою особою, потребує окремого наукового дослідження.

У науковій літературі виконання обов'язку боржника третьою особою як підстава суброгації асоціюється в першу чергу з платежем. Так, з-поміж вітчизняних дослідників таку позицію відстоює О. О. Кот[1]. Вважаємо, що не має підстав для обмежувального тлумачення ст. 512 ЦК України таким чином,

[1] Кот О. О. Перехід прав кредитора до третіх осіб в цивільному праві України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2002. С. 6

що підставою заміни кредитора у зобов'язанні є не виконання, а виключно платіж боргу замість боржника поручителем, заставодавцем (майновим поручителем) або третьою особою.

Останньою загальною умовою для суброгації є наявність у структурі правовідносин, що її опосередковують, третьої особи. Третя особа в широкому значенні слова не є учасником правовідносин між кредитором і боржником та через це не має прав і не несе обов'язків, які становлять його зміст. У такій ситуації існує два правовідношення, кожне з яких має свою підставу і правову мету. Сполучною ланкою між ними є, по-перше, спільність суб'єкта (одна і та ж особа виступає стороною і у тому, і в іншому правовідношенні) і, по-друге, єдність матеріального об'єкта обох зобов'язань[1]. Таке розуміння третьої особи допомагає розкрити її правовий статус при суброгації.

Зокрема при суброгації завжди має місце два правовідношення. Перше – основне зобов'язання, право вимоги за яким переходить від кредитора до суброганта. Правова природа другого правовідношення варіюється залежно від виду суброгації та охоплює правовідносини із забезпечення виконання зобов'язання поручителем чи заставодавцем, який не є боржником (майновим поручителем); правовідносини, які опосередковують право третьої особи на майно боржника (право оренди, право застави тощо); правовідносини із договору майнового страхування. При цьому третя особа (як поручитель, так і застоводавець), яка має право на майно боржника і страховик не виступають ні боржником, ні кредитором за основним зобов'язанням. Натомість, третя особа може мати як обов'язок перед кредитором за основним зобов'язанням (обов'язок майнового поручителя нести відповідальність за невиконання боржником основного зобов'язання в межах вартості предмета застави; обов'язок поручителя нести відповідальність перед кредитором за порушення основного зобов'язання боржником; обов'язок страховика у разі настання страхового випадку виплатити страхувальникові або іншій особі, визначеній у договорі, страхову виплату), так і право щодо боржника за основним зобов'язанням (право третьої особи на майно боржника). У той же час у кожному окремому випадку суброгації коло третіх осіб, які можуть виконати обов'язок боржника з наступною заміною кредитора у зобов'язанні, обмежується вимогами щодо спеціального суб'єкта.

Виконання обов'язку боржника третьої особи породжує низку проблемних питань теоретичного та практичного спрямування, пов'язаних із узгодженням інтересів, волі та волевиявлення трьох суб'єктів: боржника, кредитора та відповідно третьої особи. Цивільному праву відомі різні підходи до вирішення

[1] Кроз М. К. Третье лицо в обязательстве : дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2001. С. 154-155.

окреслених питань. Виходячи з презумпції інтересу кредитора в отриманні виконання і від третьої особи, можна виділити прокредиторську, проборжникову та збалансовану концепції за можливістю виконання зобов'язання третьою особою залежно від наявності або відсутності згоди (погодження) боржника.

Прокредиторської концепції в цивільному праві дотримується більшість законодавств. Вона виходить з того, що згоди боржника на виконання за нього зобов'язання не вимагається. Третя особа може виконати зобов'язання боржника навіть якщо він заперечує проти цього, йому про це невідомо або ніяк не проявляє свого ставлення. Відповідно кредитор має право прийняти таке виконання, яке, будучи належним, приводить до припинення зобов'язання, за винятком особливих випадків переходу права до третьої особи. Таким чином, прокредиторська концепція абсолютно ігнорує волю боржника, незгода якого із здійсненням за нього виконання третьою особою може бути врахована лише самим кредитором.

Проборжникова концепція захищає інтереси боржника, вимагаючи неодмінної згоди або погодження боржником виконання зобов'язання за нього третьою особою. Цей підхід багато в чому поділяється в загальному праві. В англійському праві виконання без згоди боржника не допускається. Платіж третьої особи тільки в тому разі звільняє боржника від зобов'язання, якщо третя особа була уповноважена на це або такий платіж був згодом схвалений.

Збалансована концепція намагається узгодити інтереси всіх трьох учасників відповідних правовідносин і ґрунтується на деякому компромісі. У найбільш загальному вигляді вона може бути розділена на три основні підходи. Перший полягає в тому, що третя особа може виконати зобов'язання за боржника, а кредитор зобов'язаний його прийняти, якщо третя особа має законний інтерес у виконанні чужого зобов'язання (ст. 6:73 ЦК Нідерландів). Принципи Європейського договірного права (ст. 7:106) ставлять обов'язок кредитора прийняти належне виконання від третьої особи без згоди боржника в залежність від того, чи має третя особа законний інтерес у виконанні, і враховуючи, чи виконав боржник зобов'язання або чи не слідує з очевидністю, що він не виконає його у строк. Другий підхід передбачає можливість для боржника виступати проти виконання зобов'язання третьою особою, якщо він доведе, що таке виконання завдає йому збитку. Третій підхід пов'язаний з відсутністю суброгації, якщо виконання зроблене третьою особою без згоди боржника (ст. 1236 ЦК Бельгії).

ЦК України не закріплює норми, яка б прямо давала відповідь, яка саме з названих концепцій є застосовною. Однак із системного тлумачення ст. 528 випливає, що виконання третьою особою обов'язку боржника допускається

тільки за згодою останнього, крім випадків, передбачених законом (наприклад, ч. 3 ст. 528 ЦК України). Також очевидним є те, що в кожному випадку суброгації, передбаченому чинним законодавством, присутній матеріальний інтерес третьої особи у виконанні зобов'язання боржника. Зміст такого інтересу випливає із сутності правовідносин, що лежать в основі суброгації. Вважаємо, що заінтересованість третьої особи у виконанні обов'язку боржника має конститутивне значення, тобто за відсутності такого інтересу, наприклад, якщо небезпека втратити право на майно боржника відпала, суброгація не повинна допускатись.

У контексті суброгації обговорюється також питання, чи можна класифікувати дії третьої особи як виконання обов'язку боржника. Науковці з цього приводу приходять до різних точок зору. Так, розглядаючи платіж поручителя кредиторові, одні вчені вважають, що для суброгації необхідно, щоб третя особа виконала зобов'язання за боржника, а не своє зобов'язання перед кредитором боржника. Виходячи з цього, роблять висновок про те, що неможливо віднести до суброгації перехід прав кредитора до поручителя, що відповідає перед кредитором боржника за договором поручительства, — в цьому випадку поручитель виконує своє зобов'язання перед кредитором.

На противагу цьому, інші вчені приходять до висновку про те, що платіж третьої особи (суброганта) не є виконанням зобов'язання за боржника. Насамперед, задовольняючи вимоги кредитора, третя особа (суброгант) діє у власному інтересі і від свого імені. Таким чином, в усіх передбачених законом випадках третя особа (суброгант) діє зважаючи на власний інтерес вступити в права кредитора, що дозволяє йому стягнути суму сплаченого в рахунок боржника або зберегти право на його майно (право оренди, застави тощо). Такий намір третьої особи не сумісний з інтересом боржника за основним зобов'язанням, що виключає доручення виконання з боку боржника.

Компромісну в цьому плані позицію відстоює вчені, які на прикладі суброгації прав кредитора поручителю дотримуються думки, що поручитель виконує одночасно і своє зобов'язання перед кредитором, і основне зобов'язання. Тут немає передоручення виконання, при якому третя особа зобов'язана зробити виконання кредиторові, причому цей обов'язок «покладає» на третю особу боржник на підставі договору, що укладається між ними. Поручителеві законом надано право здійснити виконання основного зобов'язання в натурі, і боржник не має до цього ніякого відношення. Отже, надаючи кредиторові виконання за основним зобов'язанням замість боржника, поручитель тим самим виконує зобов'язання з договору поруки. Нам видається, що в окресленому науковому спорі дещо на другий план відійшла сутність виконання із суброгацією. У силу цього більш доцільно акцентувати

увагу на тому, що третя особа (суброгант) погашає вимогу кредитора за основним зобов'язанням, яка (вимога) внаслідок такого виконання і переходить до суброганта.

Таким чином, закон у встановлених випадках надає третій особі (поручителю, заставодавцю) можливість виконати обов'язок боржника. Правова природа такої можливості є не до кінця з'ясованою. На наш погляд, концепція секундарних прав достатньо повно розкриває правову природу можливості третьої особи виконати обов'язок боржника із наступною суброгацією. Так, ознаками секундарного права майнового поручителя є такі: 1) зміст цього права полягає в можливості виконати зобов'язання боржника; 2) його здійснення спрямоване на захист інтересу третьої особи; 3) кредитор зв'язаний таким секундарним правом, оскільки зобов'язаний прийняти належне виконання, запропоноване третьою особою; 4) наслідком реалізації такої можливості є суброгація прав кредитора третій особі.

На основі проведеного дослідження спробуємо дати визначення поняття суброгації. Насамперед відмітимо, що чинне законодавство не містить легальної дефініції, однак науковці у своїх дослідженнях досить часто формулюють авторські визначення. Попри видиму подібність усіх доктринальних визначень суброгації, слід звернути увагу на їх принципові відмінності. Найчастіше суброгація розглядається як перехід права вимоги — перехід до особи, яка виконала зобов'язання замість іншої особи (основного боржника), у розмірі виконання права кредитора.

Виходячи із подвійної правової природи суброгації, можемо означити власне визначення. Під суброгацією слід розуміти перехід права вимоги від кредитора до третьої особи (суброганта) внаслідок виконання останньою обов'язку боржника у випадках, передбачених законом, у тому числі за домовленістю між кредитором та суброгантом чи між боржником та суброгантом, що, в свою чергу, спрямовано на повернення суброганту наданого кредиторові виконання за рахунок боржника, а відтак опосередковує право суброганта на зворотну вимогу до боржника.

Вітчизняне законодавство не містить загального розуміння суброгації в цивільному праві, а відтак і прямої вказівки на кожний окремий випадок її застосування. Тому дати відповідь на питання про види суброгації — це завдання для сучасних цивілістичних досліджень.

Більше того, міжнародне право інколи встановлює спеціальні конструкції суброгації. Так, Директива Європейського Парламенту і Ради «Щодо схем гарантування депозитів» від 30 травня 1994 року передбачає, що не завдаючи шкоди іншим правам, які вони можуть мати відповідно до національного законодавства, схеми, які роблять виплати згідно з гарантією, мають право

суброгації прав вкладників у ліквідаційних процедурах на суми, що дорівнюють їх виплатам (ст. 11). Так само норми Міжнародної конвенції про цивільну відповідальність за шкоду від забруднення нафтою 1992 року закріплюють правило, відповідно до якого, якщо до розподілу фонду власник судна, або його службовець, або агент, або його страхувальник, або особа, яка надала інше фінансове забезпечення, сплатили внаслідок інциденту компенсацію за шкоду від забруднення, така особа в порядку суброгації набуває в межах сплаченої нею суми ті права, які на підставі цієї Конвенції належали б особі, яка отримала компенсацію (ст. V).

Враховуючи вище викладене, при класифікації суброгації слід враховувати також і досвід інших країн. Так, у багатьох системах приватного права прийнято поділяти суброгацію на види за такими критеріями. Залежно від підстав застосування розрізняють законну суброгацію (відбувається з підстав, прямо передбачених законом), договірну суброгацію (здійснюється за домовленістю між кредитором та суброгантом або боржником і суброгантом). За обсягом прав кредитора, що переходять до суброганта розмежовують суброгацію, яка базується на повному виконанні суброгантом обов'язку боржника, за яким слідує перехід до суброганта всіх прав кредитора; суброгацію, яка допускається навіть при частковому виконання суброгантом обов'язку боржника, за яким права кредитора переходять до суброганта лише у відповідній частці. Оскільки чинне законодавство не передбачає договірної та часткової суброгацій, то зупинимось на характеристиці цих видів детальніше.

Суброгація відповідно до загальновизнаного розуміння вітчизняної цивілістики визнається різновидом переходу права вимоги кредитора до третьої особи (поручителя, майнового поручителя, страховика), обумовленим виконанням останнім обов'язку боржника перед кредитором у випадках, вказаних у законі. Проте світовій практиці відома також заміна кредитора у зобов'язанні в порядку суброгації не в силу прямої вказівки закону (ipso jure), а на підставі домовленості суб'єктів цивільних правовідносин (ratione contractus). Вважаємо, що в умовах ринкової економіки з метою оптимізації динаміки цивільного обороту цивільне право повинно не тільки закріплювати можливість заміни кредитора у зобов'язанні, але забезпечувати при цьому його учасникам вибір найбільш сприятливих варіантів форм дозвільної поведінки. У силу цього досить актуальним є питання правової природи договірної суброгації та можливостей введення її до вітчизняного законодавства.

Насамперед необхідно зазначити, що договірна суброгація допускається на рівні багатьох міжнародних договорів, у тому числі тих, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. Так, ще в аналітичному коментарі до проекту Конвенції Організації Об'єднаних Націй про поступку

дебіторської заборгованості в міжнародній торгівлі[1] зазначено, що з метою включення у сферу застосування конвенції, окрім відступлення права вимоги, інших видів практики, пов'язаних з передачею майнових прав у дебіторській заборгованості, таких як договірна суброгація або застава, в ст. 2 «відступлення» визначається як передача. Цей підхід враховує ту обставину, що значна кількість правочинів, що стосуються фінансування під дебіторську заборгованість, таких, як факторинг, укладається в деяких правових системах за допомогою договірної суброгації або застави. Вказівка на передачу «за домовленістю» покликане виключити передачу в силу закону (наприклад, статутну суброгацію) й односторонні відступлення права вимоги (тобто випадки, коли немає згоди цесіонарія прямого або непрямого[2].

Аналогічно ст. 14 Регламенту Європейського Парламенту та Ради «Про право, яке підлягає застосуванню щодо договірних зобов'язань («Рим I»)»[3] визначає поняття «відступлення вимоги» як таке, що включає просту передачу вимоги, передачу вимоги на підставі поруки, а також заставу або інші види забезпечення виконання зобов'язань, тобто так само охоплює випадки передачі права вимоги в порядку договірної суброгації. Крім того, суброгація за законом та суброгація за договором розмежовується в інших міжнародних нормативно-правових актах, зокрема у ст. ст. 16, 20, 38 Конвенції про міжнародні майнові права на рухоме обладнання[4]. Таким чином, у міжнародних документах договірна суброгація виокремлюється поряд із суброгацією в силу закону, більше того, в окремих випадках прирівнюється за своїм регулюванням до цесії, але не ототожнюється з нею.

Отже, договірна суброгація має місце в різних системах приватного права, причому як тих, що належать до романо-германської, так і до англо-американської правових сімей. Спробуємо здійснити аналіз правової природи та механізму заміни кредитора у зобов'язанні на підставі договірної суброгації за цивільним правом окремих країн.

Такий аналіз необхідно розпочати з цивільного права Франції, оскільки саме в ньому було закладено положення, які започаткували інститут суброгації

[1] Конвенція Організації Об'єднаних Націй про поступку дебіторської заборгованості в міжнародній торгівлі від 12.12.2001 р. URL : http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/995_a37.

[2] Аналитический комментарий к проекту конвенции об уступке дебиторской задолженности в международной торговле. *Ежегодник Комиссии Организации Объединенных Наций по праву международной торговли.* 2001. Том XXXII. С. 112-163.

[3] Регламент (ЄС) № 593/2008 Європейського Парламенту та Ради «Про право, яке підлягає до застосування щодо договірних зобов'язань («Рим I»)» від 17.06.2008. URL : http://zakon4.rada. gov.ua/laws/show/994_905.

[4] Про ратифікацію Конвенції про міжнародні майнові права на рухоме обладнання та Протоколу до Конвенції про міжнародні майнові права на рухоме обладнання з питань авіаційного обладнання : Закон України від 6 червня 2012 року. *Офіційний вісник України.* 2012. № 50. Ст. 1953.

в сучасному цивільному законодавстві[1]. Так, ще в 1609 році Едиктом Генріха IV була санкціонована договірна суброгація за згодою боржника, а протягом вісімнадцятого століття було визнано договірну суброгацію за згодою кредитора[2]. На сьогодні ці два види договірної суброгації допускаються Цивільним кодексом Франції. Розглянемо їх детальніше.

Відповідно до ч.2 ст.1250 Цивільного кодексу Франції договірна суброгація має місце, якщо боржник бере в позику грошові кошти з метою сплати свого боргу і передачі позикодавцю прав кредитора. Для того, щоб вступ позикодавця у права кредитора був дійсним, потрібно, щоб документ, який підтверджує передання визначеної грошової суми, і розписка були посвідченні у нотаріуса, щоб у документі, який підтверджує позику, було вказано, що гроші були передані для здійснення платежу, і а в розписці — що платіж був здійснений із коштів, наданих з цією метою новим кредитором. Цей вступ у права кредитора відбувається без його згоди кредитора[3]. Виникнення такого виду суброгації було обумовлено історичними обставинами.

У XVI столітті широко практикувалося поміщення капіталу в ренту, найвищий розмір відсотків за якою, встановлений едиктом, у період релігійних воєн був дуже високий (у 1579 р. Карл IX визначив його як 12-у частку, або $8\,{}^{1}/_{3}\%$; у 1601 р. він був знижений до 16-ї частки, або $6\,{}^{1}/_{4}\%$). З того часу боржники, які уклали договори з колишнім розміром відсотків, були зацікавлені в тому, щоб укласти позики з новим розміром відсотків, для задоволення вимог їх колишніх кредиторів. Але багато з них не мали можливості встановити для кредиторів нове забезпечення, а колишні кредитори не погоджувалися приймати платежі з відступленням своїх гарантій новим кредиторам. На цьому ґрунті і з'явився Едикт 1609 р., який дав боржникам право самим передавати новим кредиторам права і позови своїх попередніх кредиторів. Едикт стосувався тільки встановлених рентних зобов'язань. Потім його дія була поширена на всі види боргів постановою Паризького парламенту 6 липня 1690 р., яка і лежить в основі ч.2 ст.1250 Цивільного кодексу Франції. На сьогодні договірну суброгацію за згодою боржника передбачають і деякі інші кодифіковані акти цивільного законодавства: ст.1211 Цивільного кодексу Іспанії, ст.1828 Цивільного кодексу Луїзіани, ст.1655 Цивільного кодексу Квебеку тощо.

Необхідно відмітити, що договірна суброгація за згодою боржника має низку відмінностей від суброгації в силу закону. По-перше, договірна

[1] Kintanar A. Subrogation / Agustin. *Philippine Law Journal.* 1917–1919. Vol. 4. № 7. P. 254.

[2] Litvinoff S. Subrogation. *Louisiana Law Review.* 1990. № 6. Vol. 50. P. 1150.

[3] Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона) / Каф. междунар. част. и таможен. права Ин-та междунар. отношений Киев. нац. ун-та им. Т. Шевченко ; пер. с фр., коммент. и справ. аппарат : В.Захватаев; Предисл.: А.Довгерт, В.Захватаев; Отв. ред.: А.Довгерт. К. : Истина, 2006. С .399.

суброгація за згодою боржника має особливе цілеспрямування — захист інтересів боржника від зловживання з боку кредитора. Так, у деяких випадках кредитор вважає за краще швидше не отримати платежу, чим допустити вступ на його місце особи, яка зробила платіж. Можливо, наприклад, що він розглядає проценти по кредиту як хороше розміщення капіталу або він хоче неодмінно домогтися банкрутства свого боржника. Для того, щоб не допускати таких ситуацій і, зокрема, для того, щоб знижувати проценти по позиці, закон дозволяє боржникові позичити гроші у третьої особи для сплати боргу кредиторові[1].

По-друге, договірна суброгація за згодою боржника має виняткову правову природу — дозволяє боржнику довільно розпоряджатися майном (правом вимоги), яке йому не належить, він бере вимогу з майна свого попереднього кредитора, щоб передати її новому кредиторові[2].

По-третє, специфіка проявляється в підставах виникнення, які для договірної суброгації за згодою боржника передбачають, щоб боржник взяв позику в третьої особи, використав отримані від такої позики кошти для сплати попереднього боргу, а також передбачають домовленість позичальника (боржника) та позикодавця (суброганта) про те, що гроші будуть використані для платежу боргу з наступною суброгацією[3].

По-четверте, для дійсності договірної суброгації за згодою боржника необхідне дотримання чітко визначених вимог щодо її форми, які встановлюються для унеможливлення зловживання з боку боржника.

Договірна суброгація за згодою кредитора передбачена в ч.1 ст.1250 Цивільного кодексу Франції, відповідно до якої така суброгація має місце, якщо кредитор, отримуючи платіж від третьої особи, передає останній свої права, позови, привілеї або іпотеки проти боржника; цей вступ у права повинен бути яскраво виражений та відбуватися в момент платежу[4]. Така суброгація, напевно, була введена в давньому французькому праві нотаріальною практикою. Відступлення права вимоги мало таке значення, що той, хто сплатив, вступав у права кредитора. Слово створювало ілюзію: із цього випадку договірної цесії створили випадок суброгації[5]. Подібний вид суброгації

[1] Саватье Р. Теория обязательств: юрид. и эконом. очерк / пер. с фр., вступ. ст. Р. О. Халфиной. М. : Прогресс, 1972. С. 383.

[2] Пляниоль М. Курс французского гражданского права / пер. с фр. В. Ю. Гартмана. Петроков : Тип. С. Ланского. Ч. 1 : Теория об обязательствах. 1911. С. 133.

[3] Kintanar A. Subrogation. *Philippine Law Journal*. 1917–1919. Vol. 4. № 7. P. 254–255.

[4] Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона) / Каф. междунар. част. и таможен. права Ин-та междунар. отношений Киев. нац. ун-та им. Т. Шевченко ; пер. с фр., коммент. и справ. аппарат : В.Захватаев; предисл.: А.Довгерт, В.Захватаев; отв. ред.: А.Довгерт. К. : Истина, 2006. С .497.

[5] Годэмэ Е. Общая теория обязательств. / пер. с фр. И. В. Новицкого. М. : Юридическое изд-во Министерства юстиции СССР, 1948. С. 473.

гації, для прикладу, передбачають також ст.1827 Цивільного кодексу Луїзіани, ст.1654 Цивільного кодексу Квебеку тощо.

Договірна суброгація за згоди кредитора характеризується такими специфічними рисами. Насамперед, оскільки такий вид суброгації походить від цесії, то відповідно має з останньої не тільки подібні правові наслідки у вигляді заміни кредитора у зобов'язанні, але і спільне цілеспрямування на забезпечення обороту майнового права вимоги. Однак це не означає тотожність цих категорій, тому що для договірної суброгації за згодою кредитора передбачено спеціальні умови дійсності.

По-перше, така суброгація повинна бути здійснена тільки у момент платежу. Вважається обманом знищення квитанції про здійснений раніше простий і безумовний платіж для того, щоб замінити її документом про суброгацію. Це означало б ігнорування прав осіб, які надали реальне забезпечення і мають на нього певні права. Такі особи могли скористатися тим, що був здійснений простий і безумовний платіж, який припинив зобов'язання разом зі всіма пов'язаними з ним гарантіями і забезпеченнями[1].

По-друге, для суброгації вимагається пряма вказівка щодо волі третьої особи, яка здійснила платіж, на вступ у права кредитора. При цьому вираження такої волі повинно відповідати загальним вимогам щодо форми правочинів. У цьому контексті слід зауважити, що Цивільний кодекс Франції передбачає значно суворіші формальні вимоги для дійсності цесії. Зокрема необхідним є сповіщення боржника про цесію за допомогою судового повідомлення чи іншого належним чином посвідченого документа (ст.1690)[2]. Саме тому для виключення деяких формальних ускладнень, пов'язаних із застосуванням конструкції цесії, французькі банки нерідко при фінансуванні вдаються до використання інституту суброгації . Більше того, серед французьких цивілістів існує думка про неприпустимість поширення на суброгацію формальних вимог, що ставляться до цесії, оскільки це зробить конструкцію договірної суброгації фактично зайвою[3].

Англо-американській системі приватного права також відома договірна суброгація, яка відрізняється від законної суброгації тим, що є заснованою на договорі домовленості про перехід права вимоги. При цьому той факт, що договірна і законна суброгація тягнуть за собою заміну кредитора в

[1] Саватье Р. Теория обязательств : юрид. и эконом. очерк / пер. с фр., вступ. ст. Р. О. Халфиной. М. : Прогресс, 1972. С. 383.

[2] Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона) / Каф. междунар. част. и таможен. права Инта междунар. отношений Киев. нац. ун-та им. Т. Шевченко ; Пер. с фр., коммент. и справ. аппарат : В.Захватаев; Предисл.: А.Довгерт, В.Захватаев; отв. ред.: А.Довгерт. К. : Истина, 2006. С. 497.

[3] Годэмэ Е. Общая теория обязательств; пер. с фр. И. В. Новицкого. М. : Юридическое изд-во Министерства юстиции СССР, 1948. С. 481.

зобов'язанні, не може переважати той факт, що кожна із них є, по суті, радикально відмінною інституцією. Якщо перша є елементом договірного права, то друга — одним із засобів реституції[1]. При цьому також допускається суброгація як за згодою кредитора, так і за згодою боржника[2]. Проте впровадження договірної суброгації в англо-американському праві мало свої передумови. Так, у загальному праві суброгація можлива лише, якщо кредитор отримав виконання повністю, часткове виконання зобов'язання, звичайно, не призводить до суброгації прав кредитора. Так, якщо виконання зобов'язання забезпечувалось у повному обсязі, платіж особи, яка надала забезпечення, який лише частково задовольняє вимоги кредитора, не тягне за собою перехід прав кредитора в порядку суброгації[3].

Таким чином, у загальному праві суброгація, як законна, так і договірна, підпорядкована принципу повного виконання. Однак в окремих юрисдикціях (наприклад, у таких штатах, як Іллінойс, Алабама, Флорида, Індіана, Міннесота тощо) визнається, що сторони в договорі можуть відійти від зазначеного принципу та допустити часткову суброгацію[4]. Окрім того, договірна суброгація отримала також значне поширення у страхових правовідносинах у другій половині двадцятого століття. Сталось це тому, що загальне право обмежувало можливість страховика вимагати компенсації страхових виплат, сплачених за договором особистого страхування, від особи, винної за заподіяння шкоди. Тому, в договір страхування почали включати спеціальні умови, які надавали страховикам право вимоги в порядку суброгації[5].

Отже, конструкція договірної суброгації використовується в різних країнах, а її виникнення, розвиток та механізм застосування залежать від конкретних соціально-історичних чинників та особливостей тієї чи іншої системи приватного права. Спробуємо дослідити перспективи запровадження такого інституту в цивільному праві України.

Насамперед зазначимо, що питанням договірної суброгації мало уваги приділялось у цивілістиці, як вітчизняній, так і ближнього зарубіжжя. Аргументацію своєї точки зору вчені знаходили в загальних положеннях про свободу договору, що цілком узгоджується з діючими положеннями цивільного

[1] Banque Financière De La Cité v. Parc (Battersea) Limited and Others. URL : http://www.publications.parliament.uk/ pa/ld199798/ldjudgmt/jd980226/banq02.htm.

[2] Nelson G. Adopting Restatement Mortgage Subrogation Principles: Saving Billions of Dollars for Refinancing Homeowners. *Brigham Young University Law Review*. 2006. Vol. 2006. № 2. P. 329.

[3] Principles of European Law: Personal Security / Prepared by Ulrich Drobnig. OUP Oxford, 2007. P. 316.

[4] Parker J. The Made Whole Doctrine: Unraveling the Enigma Wrapped in the Mystery of Insurance Subrogation. Missouri Law Review. 2005. Vol. 70. P. 774-775.

[5] Maher B. Understanding and Problematizing Contractual Tort Subrogation. Loyola University Chicago Law Journal. 2008. Vol. 40. P. 72.

законодавства (ст. ст. 3, 6, 627 ЦК України). На жаль, нормативного закріплення такі пропозиції не отримали ні на рівні проєкту Цивільного уложення Російської імперії, ні в подальших кодифікаціях цивільного законодавства в Радянському Союзі. Чинний ЦК України також не передбачає суброгацію на підставі договору.

Водночас на практиці, переважно у сфері страхування, інколи трапляється укладання правочинів, які передбачають перехід права вимоги в порядку суброгації. Так, страховики при виплаті страхового відшкодування можуть укладати із страхувальником або іншою особою, яка одержала страхове відшкодування, договір суброгації[1], або договір прийому-передачі права вимоги внаслідок суброгації[2], або в умовах договору про страхування передбачати, що суброгація повинна бути оформлена шляхом складання спеціального акта, підписаного сторонами, — акта суброгації[3]. Але навряд чи за таких обставин можна говорити про договірну суброгацію. При цьому слід виходити із таких міркувань. По-перше, перехід права вимоги в зазначених випадках відбувається не на підставі домовленості сторін, а в силу прямої вказівки закону (ст. 993 ЦК України). Тому правильним, на наш погляд, є обґрунтування рішення колегії суддів судової палати у цивільних справах Апеляційного суду м. Києва, яка, відхиляючи доводи апеляційної скарги в тій частині, що між ПрАТ «Акціонерна страхова компанія «ІНГО Україна» та ТОВ «Перша лізингова компанія» (страхувальник) не укладався договір суброгації, виходила з того, що суброгація в цьому випадку виникла на підставі закону[4]. По-друге, перехід права вимоги в порядку законної суброгації може супроводжуватись складанням документа з метою, наприклад, забезпечення доказів прав нового кредитора. Але це не змінює правової природи такої суброгації.

Укладання «договорів суброгації» не обмежується страховими відносинами. Ілюстративною в цьому плані є ухвала Господарського суду Дніпропетровської області, якою затверджено мирову угоду у вигляді договору суброгації №1 від 06.09.2011р., укладеного між Колективним підприємством «Облкомунсервіс» (Кредитор), громадянином ОСОБА_2 (Суброгант) та Приватним підприємцем ОСОБА_1 (Боржник). За цим Договором, Суброгант

[1] Рішення Апеляційного суду Полтавської області від 23 квітня 2009 року у справі № 22ц-1025. URL : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/4104847.

[2] Рішення Октябрського районного суду м. Полтави від 20 липня 2009 року у справі № 2-4109\09. URL : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/9233471.

[3] Рішення Кіровського районного суду м. Кіровограда від 14 січня 2009 року у справі № 2-161/09. URL : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/2880081.

[4] Рішення Колегії суддів судової палати у цивільних справах Апеляційного суду м. Києва від 10 жовтня 2012 року у справі № 22-ц/2690/14525/2012. URL : http://www.reyestr. court.gov.ua/Review/27420436.

зобов'язався виконати обов'язки Боржника перед Кредитором, що виникли на підставі раніше укладеного договору між Кредитором та Боржником — Основний договір — і набуває права вимоги до Боржника, належні Кредиторові за Основним договором[1]. Не вдаючись у дослідження правової кваліфікації даного договору відповідно до чинного цивільного законодавства (сам суд визнав, що підписаний між сторонами у справі договір суброгації є договором про заміну боржника у зобов'язанні, — уточнено мною О. С.), використаємо факт укладання такого договору на підтвердження доцільності запровадження інституту договірної суброгації в цивільному праві України.

Наведене вище дозволяє прийти до таких висновків. По-перше, запровадження в цивільному праві України договірної суброгації за згодою боржника може бути допустимим як виняткове правило з метою захисту інтересів боржника від зловживання правом з боку кредитора, але тільки за умови дотримання строгих формальних вимог (нотаріальне посвідчення). По-друге, запровадження в цивільному праві України договірної суброгації за згодою кредитора є доцільним для розширення меж дозвільної поведінки суб'єктів цивільних правовідносин, якщо при цьому не буде допущено дублювання з механізмом відступлення права вимоги. На наш погляд, такий вид суброгації дасть можливість сторонам (кредитору та суброганту) домовитись про часткову суброгацію, оскільки суди України відстоюють позицію, що право вимоги може перейти в порядку суброгації лише у випадку виконання зобов'язань у повному обсязі[2].

Отже, введення в ЦК України договірної суброгації відповідає потребам сьогодення, повністю узгоджується із принципами цивільного права та сприятиме динаміці цивільного обороту. Але при цьому необхідно враховувати сучасні соціально-економічні реалії та особливості діючого законодавства. Тому вважаємо за можливе внести зміни до ЦК України, доповнивши його нормами такого змісту: «*Суброгація прав кредитора може відбуватися за договором між кредитором та суброгантом. У цьому разі перехід прав кредитора відбувається одночасно з виконанням суброгантом обов'язку боржника за умови, що суброгація була узгоджена між кредитором та суброгантом до моменту такого виконання. Суброгація прав кредитора може відбуватися за договором між боржником та суброгантом. У цьому разі суброгація може мати місце тільки на користь позикодавця, який надав боржнику позику для виконання зобов'язання перед кредитором, та відбувається без згоди останнього*».

[1] Ухвала Господарського суду Дніпропетровської області від 20 жовтня 2011 року у справі № 25/153. URL : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/18918076.

[2] Рішення колегії суддів Судової палати з розгляду цивільних справ Апеляційного суду м. Києва від 15 лютого 2012 року у справі № 22- 3596/12. URL : http://www.reyestr.court.gov.ua/ Review/22307769.

Щодо часткової суброгації, то чинне цивільне право не містить норми, яка б її прямо закріплювала. Можна лише стверджувати, що ЦК України в принципі допускає часткову суброгацію при переході у межах фактичних витрат до страховика, який виплатив страхове відшкодування за договором майнового страхування, права вимоги, яке страхувальник або інша особа, що одержала страхове відшкодування, має до особи, відповідальної за завдані збитки. Пояснити це можна тим, що страхове відшкодування не завжди покриває всю шкоду, завдану потерпілому, а тому в останнього залишається вимога про відшкодування шкоди винною в настанні страхового випадку особою в частині, непокритій страховим відшкодуванням. Як уже зазначалось, питання про допустимість часткової суброгації по неоднаково вирішується в різних системах приватного права. Так, у системах загального права, принаймні в англійському й австралійському праві, не може бути ніякої суброгації, поки зобов'язання не буде виконано повністю. Навпаки, законодавство країн континентальної системи права виходить з можливості суброгації і при частковому виконанні.

Основна проблема часткової суброгації полягає у виникненні на її підставі множинності осіб на стороні кредитора, а саме первісного кредитора та суброганта, і необхідності встановлення співвідношення належних їм обом прав вимог до боржника. У цьому випадку можливі два варіанти. Якщо допустити модель, що дозволяє конкуренцію цих вимог, то первісний кредитор і третя особа, яка виконала зобов'язання, стають співкредиторами. У такому разі виручка між ними, мабуть, повинна розподілятися pro rata. Можливий і інший варіант, що обмежує таку конкуренцію. Тоді третя особа зможе отримати задоволення своєї зворотної вимоги лише після первісного кредитора . Тобто окремі правопорядки встановлюють субординацію прав первісного і нового кредитора. Наприклад, у деяких системах імплементований принцип nemo censetur subrogare contra se (вважається, що ніхто не допускає вступу у свої права проти своїх інтересів). Наслідуючи його ст.1252 ЦК Франції, ст.1658 ЦК Квебеку, §426 (2) Німецького цивільного уложення встановлюють, що суброгація на користь третьої особи, яка виконала тільки частину зобов'язання, не може завдати збитків кредиторові, у якого є перевага при здійсненні частини його прав, що залишається, проти інших боржників. У протилежність такому підходу ст.1205 ЦК Італії, а також ст. 6:12 (1) ЦК Нідерландів при частковій суброгації виходять з принципу пропорційності вимог кредитора і суброганта. Необхідно відмітити, що Принципи міжнародних комерційних договорів (принципи УНІДРУА (UNIDROIT) своєрідно втілюють ідею пріоритету вимог кредитора над вимогами суброганта. Ця пріоритетність у правах

може здійснюватися шляхом відтермінування виконання вимоги суброганта до тих пір, поки виконання в повному обсязі не буде отримано кредитором (ст. 11.1.11 принципів УНІДРУА).

Часткова суброгація може також виникнути при множинності третіх осіб, які виконали перед кредитором обов'язок боржника. Так, якщо кредитор у різний час і від різних осіб отримав частково сплату своєї вимоги, то усі ці особи, які вступили в його права, матимуть однакові права щодо задоволення, і, таким чином, більше ранній вступ не створює ніякої переваги. Це цілком зрозуміло, адже всі ці особи не діють від власного імені, а є такими, що вступили у права задоволеного ними кредитора, і, отже, всі вони мають одну і ту ж правову підставу. Тому якщо первісний кредитор після однієї або декількох суброгацій залишається ще кредитором певної частини боргу, то, отримуючи згодом платіж цієї частини, він не передає особі, що робить платіж, тих переваг щодо її задоволення, які належали йому особисто .

Отже, приходимо до висновку, що вітчизняне законодавство потребує вдосконалення в контексті закріплення часткової суброгації. З цього приводу пропонуємо: по-перше, допустити можливість часткової суброгації за згодою кредитора або у випадках, прямо передбачених законом або договором; по-друге, закріпити переважне право первісного кредитора задовольнити свою вимогу до боржника порівняно із відповідною вимогою суброганта. Це може бути реалізовано шляхом доповнення ЦК України норми такого змісту: «*Суброгація може мати місце тільки у разі повного виконання третьою особою обов'язку боржника, якщо можливість суброгації при частковому виконанні не допускається законом або договором. При суброгації кредитор, який отримав лише часткове виконання, може здійснювати своє право вимоги в частині, що залишилась без виконання, переважно перед суброгантом*».

1.4. Значення припинення шлюбу в зобов'язальних правовідносинах

Інститут припинення шлюбу в сімейному праві України є сукупністю правових норм, які охоплюють правові відносини щодо підстав та форм припинення шлюбу і торкаються порядку здійснення особистих немайнових та майнових прав та обов'язків подружжя, а також прав та обов'язків батьків та дітей на етапі розгляду та вирішення питання щодо припинення шлюбу, застосування різноманітних процедур, спрямованих на збереження сім'ї та правове регулювання юридичних наслідків припинення шлюбу.

Таким чином, під інститутом припинення шлюбу можна розуміти сукупність правових норм щодо регулювання відносин, пов'язаних з процесом

фактичного завершення існування частини взаємних прав та обов'язків подружжя та юридичним оформленням наслідків цього. Цьому інституту притаманні такі риси, як: добровільність (жодна фізична особа не може бути примушена до припинення шлюбу шляхом розірвання), реальність (припинення шлюбу не повинно мати фіктивний характер), відповідального ставлення до правових наслідків та обов'язків, які виникають в результаті розірвання шлюбу, та комплексність.

Традиційно, з позицій людської етики сімейних відносин та релігійних традицій більшості конфесій та віросповідань, припинення шлюбу внаслідок смерті одного з членів подружжя або навіть обох розглядається як певне моральне благо, як пристойне завершення сімейного життя подружжя. Незважаючи на трагічність самого факту смерті, припинення шлюбу за подібних обставин є «бажаним» з позиції досягнення мети спільного життя та шлюбу як довічного інституційного стану дружини та чоловіка. Сучасне сімейне законодавство також відносить смерть до першої зі згаданих юридичних підстав припинення шлюбу.

Положення ст.104 СК України містять імперативний перелік підстав припинення шлюбу. До них ч.1 ст.104 СК України відносить припинення шлюбу внаслідок смерті одного з подружжя або оголошення його померлим[1]. Таким чином, у зазначеній частині як підстави припинення шлюбу передбачено одразу два юридичних факти — смерть одного з подружжя (обох, що може бути збігом певних трагічних життєвих ситуацій) та винесення судом рішення відповідно до підстав, визначених у ЦК України про оголошення фізичної особи, яка перебувала в зареєстрованому шлюбі померлою[2].

У доктрині сімейного права є усталеною думка, що припинення шлюбу — це припинення на майбутнє правовідносин між подружжям, що виникли із зареєстрованого дійсного шлюбу, викликане певними юридичними фактами[3]. В тому числі мова йде і про зобов'язальні правовідносини.

Із зазначеного випливає ще одна принципова річ: припинення шлюбу внаслідок смерті одного з подружжя або оголошення його померлим може мати місце лише щодо правозгідного (не фіктивного) шлюбу[4]. Також може мати місце ситуація, що припинення шлюбу внаслідок смерті одного з подружжя або оголошення його померлим може, як і його розірвання, мати фіктивний

[1] Сімейний кодекс України : Закон України від 10 січня 2002 року №2947-III. *Верховна Рада України. База «Законодавство України»*. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14#Text

[2] Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року (із наступними змінами та доповненнями). *Відомості Верховної Ради України.* 2003. № № 40-44. С. 356.

[3] Сафончик О. І. Правове регулювання припинення шлюбу в Україні : дис. ... канд.юр.наук. 12.00.03. *Одеська національна юридична академія.* Одеса, 2004. С. 215.

[4] Тарусина Н. Н. О фиктивных семейно-правовых состояниях. *Правоведение.* 1983. № 2. С. 84.

характер, через відсутність доведеного факту смерті особи (імітація факту смерті) та через факт знаходження особи, оголошеної померлою, серед живих (незалежно від того, чи залежало зникнення та відсутність у місці постійного проживання від її бажання, чи ні).

Зрозуміло, що тривала та безвісна відсутність фізичної особи не може не вплинути на зобов'язальні правовідносини, учасником яких вона була. Невідомість місцезнаходження одного із суб'єктів правовідносин створює невизначеність у правонаступництві інших суб'єктів в триваючих зобов'язаннях. Така невизначеність ускладнює або створює перешкоди у здійсненні ними своїх суб'єктивних прав і охоронюваних законом інтересів, виконання правових обов'язків. Зокрема, дружина за фактичної відсутності чоловіка вважається одруженою, діти не отримують допомоги, майном відсутньої особи неможливо розпорядитися. Безвісно відсутні особи позбавлені можливості захищати свої права і законні інтереси, в тому числі і в зобов'язальних правовідносинах. У зв'язку з цим, необхідна досконала регламентація процесу визнання безвісної відсутності або оголошення відсутньої особи померлою, яка б виключала будь-які помилки під час розгляду судами справ даної категорії[1]. Це, на нашу думку, позитивно вплинуло б на регулювання зобов'язаних правовідносин вищезазначених суб'єктів.

У випадку, коли шлюб припиняється внаслідок його розірвання за спільною заявою подружжя, на підставі рішення суду останній постановляє рішення про розірвання шлюбу, якщо буде встановлено, що заява про розірвання шлюбу відповідає дійсній волі дружини та чоловіка і що після розірвання шлюбу не будуть порушені їхні особисті та майнові права, а також права їхніх дітей.

Визначальними також є положення ст. 56 СК України «Право дружини та чоловіка на свободу та особисту недоторканність», які передбачають таке: «Кожен з подружжя має право припинити шлюбні відносини» (ч. 3. ст. 56 СК України); «Примушування до припинення шлюбних відносин, примушування до їх збереження, в тому числі примушування до статевого зв'язку за допомогою фізичного або психічного насильства, є порушенням права дружини, чоловіка на свободу та особисту недоторканність і може мати наслідки, встановлені законом» (ч. 4. ст. 56 СК України)[2].

Таким чином, право на припинення шлюбу (розірвання) є частиною суб'єктивного немайнового особистого права жінки та чоловіка, які перебувають у шлюбі між собою, на свободу та особисту недоторканність.

[1] Бобко В. Г. Визнання громадянина безвісно відсутнім і оголошення громадянина померлим як цивільно-правові інститути. *Держава і право*: зб. наук. пр. Київ., 2000. Вип. 5. С. 307.

[2] Ромовська З. В. Сімейний кодекс України : нуково-практичний коментар. 2-ге вид., перероб. і доп. К.: Видавничий дім «Ін Юр», 2006. С 568.

Розірвання шлюбу подружжя, яке має дітей можливе лише через суд. Проте подружжя може подати до суду заяву про розірвання шлюбу разом із письмовим договором про те, з ким з них будуть проживати діти, яку участь у забезпеченні умов їхнього життя буде брати той з батьків, хто проживатиме окремо, а також про умови здійснення ним права на виховання дітей.

Такий договір буде підставою виникнення зобов'язальних правовідносин між цим подружжям.

Відповідно до ст. 112 СК України суд з'ясовує фактичні взаємини подружжя, дійсні причини позову про розірвання шлюбу, бере до уваги наявність малолітньої дитини, дитини з інвалідністю та інші обставини життя подружжя та постановляє рішення про розірвання шлюбу, якщо буде встановлено, що подальше спільне життя подружжя і збереження шлюбу суперечило б інтересам одного з них, інтересам їхніх дітей, що мають істотне значення. Законодавство містить у окремих нормах СК України вказівки на «нормативні» підстави розірвання шлюбу.

У тих регіонах держави, де йдуть активні бойові дії та суди тимчасово не можуть працювати, Верховний Суд змінив територіальну підсудність спорів про розірвання шлюбу. Тобто, якщо розгляд справи підсудний одному із судів, який тимчасово на період дії воєнного стану призупинив свою роботу, то його функції щодо розгляду справ виконує інший територіально наближений суд. Доцільно зазначити, що шлюб вважається припиненим з дня набрання рішенням суду законної сили.

Правовими наслідками припинення шлюбу як юридичного факту є завершення сімейно-шлюбних відносин між подружжям на майбутнє, однак деякі зобов'язальні відносини що стосуються подружжя, їх дітей, а також третіх осіб в зв'язку з цим можуть продовжуватися або лише виникати з цього моменту. До таких відносимо:

- відносини щодо збереження права особи на утримання, яке виникло у неї/нього за час шлюбу (ст.76 СК України);

- відносини щодо продовження режиму спільної сумісної власності на майно, набуте за час шлюбу (ст.68 СК України);

- відносини щодо права особи, яка змінила своє прізвище у зв'язку з реєстрацією шлюбу, надалі іменуватися цим прізвищем або відновити своє дошлюбне прізвище (ст. 113 СК України);

-відносини щодо виникнення права на укладення повторного шлюбу після розірвання попереднього шлюбу (ст.116 СК України).

Оскільки сім'я як соціально-правовий інститут є основою здорового суспільства та міцної держави, держава зацікавлена у її збереженні та захисті. Розірвання шлюбу сприймається державою негативно та здебільшого

наражається на громадський осуд. З метою максимального запобігання руйнуванню сім'ї та забезпечення всіх можливих способів збереження шлюбу внаслідок примирення подружжя, юридичні звичай і наука виробили та імплементували в юридичну практику режим окремого проживання подружжя, також відомий, як *сепарація*.

Зарубіжна юридична практика, як правило, активно застосовує режим окремого проживання подружжя. На законодавчому рівні сепарація закріплена у таких країнах, як: Німеччина, Франція, Великобританія, Польща, Литва тощо. В законодавстві зазначених країн присутні норми, які регулюють сферу зобов'язальних відносин суб'єктів сепарації.

Проте, в Україні проблеми встановлення режиму окремого проживання подружжя недостатньо вивчені вітчизняними науковцями. Увагу слід звернути на коментарі норми статті 119 СК України (встановлення режиму окремого проживання подружжя), надані З. В. Ромовською та І. В. Жилінковою[1]. Однак і в їхніх працях окремі питання законодавчого регулювання встановлення режиму окремого проживання подружжя не знайшли свого вираження. Це стосується визначення правової природи інституту окремого проживання подружжя, проблем законодавчого регулювання терміну та процесуальних аспектів встановлення режиму окремого проживання подружжя, вирішення майнових відносин між подружжям, між подружжям та дітьми.

Тільки з прийняттям СК України інститут окремого проживання подружжя прийшов у сімейне законодавство України. На нашу думку, встановлення режиму окремого проживання подружжя відповідає одному з принципів сімейного права — добровільності перебування осіб у шлюбі.

В Україні режим окремого проживання подружжя регулюється СК України, зокрема статтею 119, де вказується, що суд може постановити рішення про встановлення для подружжя режиму окремого проживання в разі неможливості чи небажання дружини і (або) чоловіка проживати спільно за заявою подружжя або позовом одного із них, та статтею 120, яка визначає правові наслідки встановлення режиму окремого проживання.

Від моменту законодавчого закріплення норми про режим окремого проживання подружжя навколо цього питання зав'язалася жвава наукова дискусія, інтенсивність якої не зменшується і зараз.

Однією із апологетів цієї дискусії цілком справедливо можна вважати З. В. Ромовську. Зазначена дослідниця є чи не найбільш знаною серед лобістів — у науковому сенсі — режиму окремого проживання подружжя. Вона твердо переконана, що активація режиму окремого проживання подружжя

[1] Ромовська З. В. Сімейний кодекс України : нуково-практичний коментар. 2-ге вид., перероб. і доп. К. : Видавничий дім «Ін Юр», 2006. С. 138-139, 370-374.

в сімейному праві України не лише відповідає поширеній світовій практиці, але й здатна забезпечити такі перспективи для інституту шлюбу, як: шанс на примирення для подружжя, яке має дітей; юридичне закріплення зупинення презумпції права сумісної власності й презумпції батьківства; захист інтересів того із подружжя, хто виїжджає на тривалий період за кордон[1].

Встановлення режиму окремого проживання може слугувати певним чином і для захисту конституційного права на житло, оскільки, відповідно до норм світової юридичної практики подружжя, щодо якого встановлюється режим роздільного проживання, може продовжувати проживати в одному житловому приміщенні, не маючи при цьому подружніх та майнових зобов'язань.

З. В. Ромовська, розкриваючи доволі лаконічне формулювання норм СК України щодо сепарації, наголошує на тому, що встановлення в судовому порядку режиму окремого проживання повинно відбуватися на засадах справедливості. Це означає, що суд може відмовити в задоволенні позову про встановлення режиму сепарації, поданого одним із подружжя, якщо мають місце обставини, за яких такий режим був би вкрай несправедливим щодо іншого із подружньої пари (наприклад, інвалідність, що виникла внаслідок виконання подружніх зобов'язань)[2].

Також окремим пунктом, на котрому акцентують увагу науковці, предметом дослідження яких є режим окремого проживання подружжя, є відсутність чітко визначених строків, на котрі такий режим повинен встановлюватися. Такий стан речей суперечить загальновизнаній світовій юридичній практиці (наприклад, цивільне законодавство Федеративної Республіки Німеччина встановлює, що режим окремого проживання подружжя, що триває один рік і більше, є підставою для подальшого розірвання шлюбу[3]; у Франції режим сепарації може тривати не довше трьох років[4], а також може спричинити низку негативних наслідків як юридичного, так і соціально-економічного (на індивідуальному рівні), морально-психологічного тощо характеру.

Саме тому З. В. Ромовська запропонувала встановлювати режим окремого проживання подружжя на певний строк або без зазначення такого[5].

Однак, на нашу думку, режим сепарації подружжя повинен мати конкретні часові рамки. Щонайперше, такий підхід узгоджується із європейськими

[1] Ромовська З. В. Сімейний кодекс України : науково-практичний коментар. К. : Ін Юре, 2003. С.245.

[2] Ромовська З. В. Там само. С.246.

[3] Савельев В. А. Гражданский кодекс Германии (история, система, институты). 2-е изд. перераб. и доп. М. : Юрист, 1994. С.96.

[4] Цивільний кодекс Франції (Кодекс Наполеона) / переклад з франц. В Захватаєв. К. : Істина, 2006. С.260.

[5] Цивільний кодекс Франції (Кодекс Наполеона). Там само. С.261.

стандартами: наприклад, відповідно до ст. 306 Цивільного кодексу Франції, завершення трирічного терміну сепарованого проживання подружжя є юридичною підставою для припинення даного режиму[1], а німецьке цивільне законодавство передбачає, що режим окремого проживання подружжя, котрий триває рік і більше, є юридичною підставою для припинення шлюбу шляхом його розірвання (ст. 1565)[2]. За цей час подружжя або примириться й відновить шлюб, або прийме рішення про остаточне його розірвання. По-друге, відсутність чітко встановлених часових рамок тривалості режиму окремого проживання може стати передумовою щонайменше для психологічно-морального тиску одним із подружжя на іншого. Крім того, невизначеність тривалості сепарації подружжя може стати фактором виникнення депресивних станів та інших проблем із психічним здоров'ям, у першу чергу, того із сімейної пари, проти кого подано позов про встановлення режиму окремого проживання.

Підтвердження правильності своїх міркувань щодо необхідності конкретизації терміну тривалості режиму сепарації знаходимо й у вітчизняних вчених. Наприклад, М. М. Ясинок зазначає, що шлюб може бути розірвано між подружжям, щодо якого встановлено режим окремого проживання, не раніше ніж через три роки його тривалості[3]. Ми не погоджуємося із самою тривалістю терміну режиму сепарації, запропонованою зазначеним автором, оскільки вважаємо, що, хоча такий термін і корелюється із кращими зразками світового досвіду, на практиці трирічний період — це доволі тривалий проміжок часу, здатний продовжити страждання подружжя, котре не бажає і не може більше продовжувати шлюбні відносини. Однак, змушені припустити, що трирічний термін сепарації подружжя може мати сенс у тому разі, коли встановлення режиму окремого проживання подружжя, крім іншого, може стати раціональною альтернативою припинення шлюбу для подружжя, котре втратило взаємні почуття любові і поваги з певних причин й внаслідок чого і чоловік, і дружина живуть власними життями, однак, мають тривалі фінансові зобов'язання, володіють спільним майном, фінансовими ресурсами, бізнесом тощо або обтяжені іншими спільними зобов'язаннями, що не дозволяє розірвати шлюб юридично.

І хоча ст. 120 СК України серед інших правових наслідків встановлення режиму окремого проживання подружжя закріплює й режим окремого

[1] Цивільний кодекс Франції (Кодекс Наполеона). Там само. С. 320

[2] Bürgerliches Gesetzbuch, BGBl. I. S. 42, 2909; 2003 I. S. 738, с изм. от 1 октября 2013 г., BGBl. I. S. 3719. URL : https://ru.wikisource.org/wiki/%D0%93%D0%B5%D1%80%D0%BC%D0%B0%D

[3] Ясинок М. Режим окремого проживання подружжя – новий вид справ у окремому провадженні. *Право України*. №5. С. 116

майна, однак ця норма стосується лише майна, набутого чоловіком і дружиною в майбутньому[1], тобто з моменту судового рішення про встановлення сепарованого проживання.

Зважаючи на викладене вище, вважаємо за доцільне закріпити законодавчо терміни тривалості режиму окремого проживання подружжя від одного до трьох років шляхом внесення змін у ст. 119 СК України, виклавши її у такій редакції: «Стаття 119. Встановлення режиму окремого проживання подружжя

1. За заявою подружжя або позовом одного з них суд може постановити рішення про встановлення для подружжя режиму окремого проживання *строком від одного до трьох років* у разі неможливості чи небажання дружини і (або) чоловіка проживати спільно.

2. Режим окремого проживання припиняється в разі *закінчення його строку*, поновлення сімейних відносин або за рішенням суду на підставі заяви одного з подружжя».

Зазначимо також, що встановлення тривалості строку режиму окремого проживання, вочевидь, буде покладатися винятково на суд. Саме тому суд змушений буде ретельно та глибоко дослідити всі обставини справи, щоб обрати правильну тривалість режиму сепарації. Йдеться про те, що суд повинен буде зрозуміти, які саме обставини призвели до необхідності подружжя або одного із них звертатися до суду із позовом про встановлення режиму окремого проживання.

Якщо має місце ситуація, за якої подальше спільне проживання унеможливлюється, наприклад, за наявності фізичного, психологічного чи інших видів насилля, або загрози життю та здоров'ю позивача та іншим членам сім'ї, то очевидно, що в такому разі суд повинен прийняти рішення про встановлення мінімальної тривалості строку режиму окремого проживання — один рік. Якщо ж йдеться про ситуацію, вже описану нами вище, (подружжя втратило взаємні почуття, але не може розірвати шлюб через значні фінансові зобов'язання, володіння (спільне управління) спільним майном, значними фінансовими ресурсами тощо), то цілком доцільним є встановлення судом максимальної тривалості режиму окремого проживання — три роки.

Окрім описаних вище ситуацій, режим сепарації може стати «панацеєю» для подружжя, яке уклало шлюбний договір, у котрому закріплені певні умови, що не дозволяють розірвати шлюб без суттєвих матеріальних чи морально-психологічних втрат для одного або обох із подружжя, яке втратило взаємне почуття любові чи з інших причин не може продовжувати спільне життя.

М. В. Бориславська вказує, що встановлення режиму окремого проживання

[1] Сімейний кодекс України. Там само.

подружжя не є фактичним припиненням шлюбу, а відтак можливе неодноразове встановлення та припинення цього режиму внаслідок примирення подружжя або чергового конфлікту між ними. Крім того, визначені законодавчо підстави для встановлення режиму окремого проживання — неможливість або небажання одного або обох із подружжя проживати спільно — є лише оціночними категоріями, котрі не можуть бути об'єктивно визначені судом[1]. Саме тому в позовній заяві позивачем повинні бути чітко викладені всі обставини, за яких його прохання про встановлення режиму окремого проживання є абсолютно аргументованим. Це дає можливість суду достатньо глибоко вивчити сутність справи та винести справедливе рішення. Такий підхід також дасть змогу суду винести справедливе рішення у справах про встановлення режиму окремого проживання подружжя, що ініціюються позивачем із метою вирішити наявні між ними спірні майнові відносини, зокрема не дати встановити для майна, набутого під час окремого проживання, режиму спільної власності[2].

Не можемо не подискутувати й щодо трактування підстав встановлення режиму окремого проживання подружжя. У юридичних дослідженнях, предметом котрих є сепарація чоловіка та дружини, як правило, таку підставу для встановлення судом аналізованого режиму, як *неможливість* подружжя проживати разом, розуміють у сенсі об'єктивних обставин (тривалий від'їзд, відрядження, служба у військових формуваннях, позбавлення волі тощо[3]). У цілому погоджуючись із такими міркуваннями та визнаючи їх цілком раціональними, змушені зазначити, що прихильники викладеного вище підходу, не врахували всі лексичні та змістові навантаження поняття «неможливість». Йдеться про те, що до уваги було взято лише фізичний сенс слова, тобто його матеріалізовані вияви, тоді як психологічний та ментальний сенси залишились поза предметом наукових пошуків. Під *психологічними та ментальними сенсами поняття «неможливість»* ми розуміємо внутрішні душевні, психологічні, духовні, інтелектуальні процеси та зрушення одного з подружжя, котрі призводять до подальшого внутрішнього розвитку/деградації індивіда і внаслідок яких, той із подружжя, хто є суб'єктом («носієм») зазначених процесів, вступає у протиріччя й конфлікт з іншим із подружжя, оскільки точки їхньої психологічної та духовної взаємодії нівелюються та більше не корелюються.

[1] Бориславська М. В. Деякі проблеми застосування режиму окремого проживання подружжя в Україні. *Університетські наукові записки.* 2015. № 2 (54). С. 69.

[2] Подковенко Т. О. Становлення системи законодавства України в 1917 – 1920 роках (Українська Центральна Рада, Гетьманат П. Скоропадського, Директорія УНР) : дис. ... канд.юр.наук. : 12.00.01. Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень. К., 2004. С. 226.

[3] Бориславська М. В. Там само. С.75.

Відтак між подружжям виникає відчуття відчуженості, яке в разі його наростання та пасивності обох сторін щодо вирішення цього конфлікту неминуче породжує неможливість подальшого перебування у шлюбі.

Матеріалізованими виявами психологічних та ментальних сенсів неможливості спільного проживання виступають зазвичай належність чоловіка та дружини до різних віросповідань, конфесій, релігійних сект, духовних практик тощо; включення в різні субкультури; радикально відмінні кола знайомств та спілкування; несумісні способи ведення господарства та життєдіяльності, подружня зрада тощо.

Таким чином, з врахуванням викладеного вище, можна припустити, що судам під час розгляду справ про встановлення режиму сепарації подружжя необхідно якнайдетальніше вивчати обставини справи та аналізувати підстави, на відповідно до яких заявник(и) проси(я)ть встановити режим окремого проживання. Якщо перелік таких підстав, вказаних в позові, прямо чи опосередковано (тобто через матеріалізовані вияви) вказує не лише на фізичний сенс неможливості подальшого збереження шлюбу, але й на психологічний та ментальний сенси, то недоцільність відмови в позові або в незадоволенні такого позову судом є очевидною. Більше того, гіпотетично можна припустити, що, у зв'язку із щойно обґрунтованим, цілком прийнятним було б звернення до зарубіжного досвіду юридичної практики припинення шлюбу шляхом сепарації подружжя. Як зразок можна розглянути цивільне законодавство Франції, де вказується, що позов про встановлення режиму окремого проживання може бути поданий як зустрічний позов тим із подружжя, проти кого поданий позов про розірвання шлюбу, і навпаки. Якщо позови про розірвання шлюбу та про режим окремого проживання подаються одночасно, то суддя задовольнить перший із названих позовів, зважаючи на спільну (змішану) вину обох із подружжя (ст. 297 Цивільного Кодексу Франції). Крім того, таке судове рішення обумовлюється тим, що згідно зі ст. 299 цього Кодексу встановлення режиму окремого проживання не припиняє шлюбу, але припиняє обов'язок співжиття. Якщо ж стосунки між подружжям зайшли у глухий кут через обопільну вину подружжя, то суд приходить до висновку про недоцільність збереження такого шлюбу[1].

Необхідно зазначити, що впродовж останніх років в українській юридичній науці простежується тенденція до виокремлення, крім традиційних моделей сепарації (сепарація та розірвання шлюбу — окремі інститути; підстави для сепарації та розірвання шлюбу — ідентичні; сепарація передує розірванню шлюбу), такої моделі, за якої фактичне окреме проживання

[1] Цивільний кодекс Франції (Кодекс Наполеона). Там само. С.265.

подружжя (фактична сепарація) є однією із законодавчо передбачених підстав для розірвання шлюбу[1].

І хоча основним призначенням інституту сепарації загальноприйнято вважати збереження сім'ї шляхом забезпечення часу подружжю на примирення, вказаний вище підхід є небезпідставним, зважаючи на законодавчі норми та юридичну практику окремих зарубіжних країн. Так, наприклад, у Литві однією з підстав для розірвання шлюбу є перебування подружжя в режимі окремого проживання протягом щонайменше одного року, що розглядається як непоправний розпад шлюбу[2]; у США сепарація упродовж 180 днів і довше є одним із доказів безповоротного руйнування шлюбу[3]; Нігерійське сімейне законодавство прямо вказує, що сепароване проживання (поза межами одного домогосподарства) не менше 2 років, що передували моменту подання позову про розлучення, за згоди відповідача на розлучення, а також не менше 3 років, якщо відповідач не згідний припинити шлюб, є підставою розлучення[4].

Крім того, ст. 5 Регламенту Ради ЄС від 27 листопада 2003 р. № 2201/2003 (Brussels II) регламентує можливість у державах-членах ЄС перетворення сепарації в розлучення. Вказується, що (за умови дотримання правил загальної юрисдикції) суд держави-члена ЄС, який ухвалив рішення про сепарацію, є компетентним також для перетворення цього судового рішення на рішення про розлучення, якщо це передбачено національним законодавством[5].

Відтак, зважаючи на активізацію зазначеної вище тенденції та із врахуванням об'єктивної необхідності адаптації норм національного сімейного законодавства до норм ЄС, не позбавленою логіки є пропозиція закріпити на нормативно-правовому рівні положення про те, що режим окремого проживання подружжя, котрий не завершився примиренням подружжя або після завершення котрого не було подано повторного чи зустрічного позову про встановлення сепарації, може бути підставою для розірвання шлюбу шляхом перетворення судового рішення про встановлення такого режиму в рішення про розірвання шлюбу (розлучення).

На користь викладених вище міркувань свідчать окремі сентенції вітчизняних науковців, які зосередили свою увагу на дослідженні режиму окремого

[1] Верба-Сидор О. Б., Воробель У. Б. Формальна сепарація як умова розірвання шлюбу в законодавстві Литви та Мальти. Вісник ЛДУВС ім. Е. О. Дідоренка. Вип. 4 (88). 2019. С. 183.

[2] Ватрас В. А. Джерела сімейного права : дис. ... д-ра юр. наук : 12.00.03. Тернопіль : ЗУНУ, 2020. С.316.

[3] Ватрас В. А. Суб'єкти сімейних правовідносин. дис... канд. юрид. наук : 12.00.03. К., 2008. С.227.

[4] MATRIMONIAL CAUSES ACT of Nigeria, 1970. URL : http://lawsofnigeria.placng.org/laws/M7.pdf

[5] COUNCIL REGULATION (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC). No1347/2000. URL : https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R2201&from=EN

проживання подружжя. Йдеться про підхід до розуміння мети інститутів сепарації та розірвання шлюбу, відповідно до якого робиться наголос на спільності мети встановлення режиму окремого проживання подружжя та розірвання шлюбу — забезпечити роздільне проживання дружини та чоловіка[1]. Більше того, потрібно визнати, що до рішення про окреме (роздільне) проживання — чи в режимі сепарації, чи в режимі розірваного шлюбу — одного чи обох із подружжя підштовхують, як правило, однакові причини. Серед них можуть бути подружня зрада, неетична (негідна) поведінка, фізичне чи інші види насилля, алкогольна чи інші види залежності одного із подружжя, належність до кардинально різних культур чи релігій, проблеми із психічним здоров'ям тощо. Отже, де-факто, між інститутами режиму окремого проживання подружжя та розірвання шлюбу більше спільних рис, ніж може здатися на перший погляд. Крім того, перебування подружжя у режимі «відлучення від столу і ложа» не завжди досягає головної мети цього інституту — примирення подружжя, а в багатьох випадках якраз зміцнює впевненість чоловіка чи дружини або їх обох у необхідності остаточно припинити шлюб. Із цього приводу К.М.Глиняна доречно зазначає, що «якщо між подружжям є тимчасовий розлад, склалися напружені стосунки, то їхнє окреме тимчасове проживання надасть можливість замислитися над деякими моментами їхнього сімейного життя, поміркувати наодинці, проаналізувати свою поведінку в сім'ї, дійти висновків про можливість подальшого проживання однією сім'єю чи, можливо, ставити питання про розірвання шлюбу, і може передувати розлученню»[2].

На тлі викладених вище тезисів окремі спроби довести принципову неможливість трактувати інститут сепарації як фактичну передумову подальшого розірвання шлюбу за допомогою такого аргументу, як різні підстави для активізації цих двох інститутів[3], є не дуже переконливими, адже неможливість подальшого спільного проживання подружжя у зв'язку з тим, що воно суперечить інтересам одного з них або інтересам спільних дітей як підстава для розірвання шлюбу не йде в розріз із підставами для встановлення сепарації — неможливістю чи небажанням одного з подружжя проживати спільно. Щонайменше, неможливість у першому та другому випадку узгоджуються у тому, що її спричиняють одні й ті ж обставини, про які вже неодноразово

[1] Кириченко Т. Становлення та розвиток інституту сепарації в сімейному праві України. *Підприємництво, господарство і право.* 2020. №6. С.30

[2] Глиняна К. М. Порівняльно-правова характеристика режиму окремого проживання подружжя за законодавством України та деяких зарубіжних країн. *Актуальні проблеми держави і права.* 2010. Вип. 53. С. 204.

[3] Юніна М.П. Режим окремого проживання подружжя та його правові наслідки. *Науковий вісник Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ.* 2016. №4. С.123-129, 125.

йшлося вище. А от небажання як підстава для встановлення режиму сепарації, на наше переконання, відрізняється від небажання продовжувати шлюб лише «статусом»: коли йдеться про режим окремого проживання, то небажання подружжя проживати спільно як підстава для встановлення такого режиму закріплена законодавчо (ст. 119 СК України); коли ж мова ведеться про небажання продовжувати шлюб, то таке небажання не має нормативного закріплення, але має таку ж природу, як і небажання продовжувати спільне життя. І в першому, і в другому випадках небажання — це «похідна» від неможливості спільно проживати.

Отже, враховуючи все викладене вище, можемо зробити висновок, що інститути окремого проживання подружжя та розірвання шлюбу мають доволі багато спільних точок дотику, котрі дають підстави розглядати сепарацію як одну із протостадій припинення шлюбу шляхом розлучення.

Із цього приводу у О. В. Старчук знаходимо думку (із посиланням на Ю. Пановіч-Ліпську) про те, що встановлення сепарації означає можливість встановлення ситуації, за якої чоловік і дружина, упродовж тривалого періоду ведуть життя на власний розсуд, зрештою, починають сприймати цей стан речей як нормальний і цілком прийнятний для них, а відтак, — найімовірніше, приймуть рішення про розірвання шлюбу[1] (за умови, що вони не переосмислять свої стосунки та почуття, і не усвідомлять, що не можуть жити один без одного). І хоча ми не заперечуємо загальноприйнятого підходу до розуміння основного призначення інституту сепарації — забезпечення можливості для подружжя виважено обдумати свої кроки, знайти компроміс і, зрештою, зберегти шлюб, проте, мусимо зауважити, що чоловік і дружина, які зважилися на окреме проживання і, тим більше, на його юридичне закріплення, повинні мати на те вагомі причини. І навряд чи такі причини (принаймні ті із них, котрі мають об'єктивний характер, наприклад: велика різниця у віці подружжя), або ті, що мають суб'єктивний характер, але ґрунтуються на глибоких особистих переконаннях: належність до різних віросповідань чи релігійних культів — будуть усунуті за час перебування подружжя в режимі сепарації. Навпаки, переконані, що така тривалість існування вказаних та інших обставин лише пришвидшать прийняття рішення подружжя про припинення шлюбу шляхом його розірвання.

Таким чином, із врахуванням усього викладеного вище, можемо зробити висновок про те, що встановлення режиму окремого проживання подружжя може розглядатися не лише як інструмент примирення подружжя, але й як

[1] Старчук О. В. Режим окремого проживання подружжя за сімейним законодавством України та Польщі: порівняльно-правові аспекти. *Науковий вісник Ужгородського національного університету.* Серія «ПРАВО». Вип. 20. Ч.II. Т.1., С. 253.

протостадія припинення шлюбу шляхом його розірвання, оскільки сепарація доволі часто трансформується в розлучення, так як причини, що призвели до необхідності окремого проживання, не усуваються.

При цьому, насамперед, позитивний вплив інституту сепарації помітний для забезпечення виконання зобов'язальних правовідносин подружжя, які виникли до встановлення режиму сепарації щодо спільно нажитого майна, оскільки дозволяє тривати таким зобов'язанням у звичному режимі, сприяючи захисту майнових інтересів подружжя, а також їх контрагентів, підтримуючи їх імідж надійних ділових партнерів.

Відповідно ми маємо можливість віднести сепарацію до окремих етапів припинення шлюбу шляхом його розірвання та запропонувати доповнення до законодавства в частині того, що за заявою подружжя або позовом одного з них суд може постановити рішення про встановлення для подружжя режиму окремого проживання *строком від одного до трьох років* у разі неможливості чи небажання дружини і (або) чоловіка проживати спільно. Завершення цього періоду без наявності інших юридичних звернень подружжя необхідно вважати досягненням мети сепарації — збереження шлюбу.

Водночас, коли внаслідок встановлення режиму окремого проживання не ведеться спільне господарство, кожен із подружжя живе власним життям, а майно, набуте за час сепарації, відповідно до законодавства вже не є спільним майном подружжя, має місце фактичне, але не формальне, припинення шлюбу. Усе це дає підстави стверджувати, що режим окремого проживання подружжя (сепарація) може і повинен розглядатися і як один із шляхів, нехай і опосередкованих, припинення шлюбу.

Проте, якщо ж все таки запобігти розірванню шлюбу не вдалося, постає необхідність врегулювати його наслідки, зокрема, в сфері зобов'язальних правовідносин подружжя між собою, щодо дітей та інших членів сім'ї, а також третіх осіб. Під юридичними наслідками зазвичай розуміють дві категорії явищ, пов'язаних з собою. Під першою категорією юридичних наслідків розуміють рух правовідношення, тобто його зміну та припинення поза зв'язком з його здійсненням[1]. Іноді поняття «правові наслідки» трактується ширше[2]. Таким чином, під юридичними наслідками слід розуміти юридичні факти, що спричиняють виникнення, зміну та припинення правовідношення[3].

[1] Віхров О. П., Віхрова І. О. Теорія держави і права: курс лекцій : навчальний посібник. Чернігів : Десна Поліграф, 2015. С.304.

[2] Загальна теорія держави і права. М. В. Цвік, О. В. Петришин, Л. В. Авраменко та ін., за ред. М. В. Цвіка, В. Д. Ткаченка, О. В. Петришина. Х. : Право, 2009. С.584.

[3] Загальна теорія держави та права: навч. посіб. За ред. В. В. Копєйчикова. К. : Юрінком 1997. С.185.

РОЗДІЛ 1

Розірвання шлюбу (розлучення) є юридичним фактом, що припиняє сімейні правовідносини між подружжям і тягне за собою виникнення нових правовідносин вже між колишнім подружжям.

Традиційно в науці сімейного права під припиненням шлюбу розуміється зумовлене настанням певних обставин припинення правовідносин, що виникають між подружжям у результаті державної реєстрації шлюбу (правовстановлювального факту). Як було нами наголошено, така ознака шлюбного союзу як добровільність традиційно в науці сімейного права розглядається як добровільність не тільки укладення, але і припинення шлюбу.

Водночас припинення шлюбу не завжди тягне за собою абсолютне припинення правових відносин між подружжям. Більше того, якщо під час розірвання шлюбу в подружжя є спільні діти, то наслідки, що виникають при його припиненні, торкаються прав та інтересів дітей, що, у свою чергу, тягне за собою виникнення або зміну зобов'язальних правовідносин за участю дітей.

Тобто невід'ємною частиною правовідносин з припинення шлюбу є правові наслідки припинення шлюбу, визначені в межах тієї ж самої Глави 11 СК України. Мова йде про право на вибір прізвища після розірвання шлюбу (ст. 113 СК України), реєстрація розірвання шлюбу (ст. 115 СК України), право на повторний шлюб після розірвання шлюбу (ст. 116 СК України), право на поновлення шлюбу після його розірвання (ст. 117 СК України) та можливості поновлення шлюбу в разі повернення особи, яка була оголошена померлою або визнана безвісно відсутньою. До правових наслідків припинення шлюбу також необхідно віднести багаточисельні положення включені до Глави 9 СК України «Права та обов'язки подружжя по утриманню».

У контексті правових наслідків припинення шлюбу згадана нами О. І. Сафончик наголошує, що «...правові наслідки припинення шлюбу складаються з припинення надалі особистих і майнових правовідносин, що існували між подружжям під час шлюбу. При цьому одні правовідносини припиняються відразу після припинення шлюбу, інші — можуть бути збережені або за бажанням подружжя, або в силу прямого встановлення закону»[1]. Враховуючи вищезазначене, О. І. Сафончик наводить таку класифікацію правових наслідків, що виникають у зв'язку з припиненням шлюбу:

«...правові наслідки немайнового характеру, що виникають:

– між подружжям (повторний шлюб, поновлення шлюбу, зміна прізвища тощо);

– між подружжям і дітьми (з ким проживатимуть діти після припинення

[1] Сафончик О. І. Правові наслідки припинення шлюбно-сімейних правовідносин за законодавством України та країн Євросоюзу. *Часопис цивілістики*. 2017. Вип. 24. С.79.

шлюбу, можлива зміна прізвища дитини, участь батьків у вихованні дитини після припинення шлюбу тощо);

– між подружжям, дітьми та іншими особами (участь діда, баби, прабаби, прадіда у вихованні онуків, правнуків; можливість спілкування братів, сестер, які проживають окремо, тощо);

правові наслідки майнового характеру:

– між подружжям (розподіл майна, аліментні відносини, спадкування);

– між подружжям і дітьми (розподіл майна, аліментні відносини, спадкування);

– між подружжям, дітьми та іншими особами (розподіл майна, спадкування)[1]».

Незважаючи на традиційний погляд про повне припинення правовідносин між подружжям, правові наслідки надалі в сфері особистих немайнових і майнових відносин між колишнім подружжям наступають за будь-яких підстав припинення шлюбу.

Уся сукупність суспільних відносин, пов'язаних із припиненням шлюбу не вичерпується окресленими вище положеннями. Тобто законодавець залишає за межами державного втручання і своєї уваги значну частину відносин, зміст яких зумовлено специфікою шлюбно-подружніх правовідносин, припинених у силу передбачених законом підстав.

Йдеться про правові наслідки припинення шлюбу у сфері особистих немайнових і майнових відносин між колишнім подружжям. Ситуація може бути ускладнена наявністю дітей, народжених у шлюбі, оскільки правовий режим здійснення батьківських прав залишається незмінним, незалежно від факту розірвання шлюбу батьків, а також необхідністю вирішення питання про надання можливого аліментного утримання. Особисті немайнові та майнові відносини між колишнім подружжям, які як мають, так і не мають дітей на момент припинення шлюбу, є дуже різноманітними та можуть бути врегульовані як законом, так і угодою сторін. У зв'язку з цим, доцільно визначити пріоритети в механізмі правового впливу на зобов'язальні відносини між колишнім подружжям, батьками і дітьми.

Досить цікавою є позиція, за якою розірвання шлюбу за своєю природою, необхідно тлумачити *як спосіб захисту прав подружжя*, які представляють складний юридичний склад, що включає в себе сукупність юридичних фактів — дій, спрямованих на забезпечення і захист особистих і майнових прав подружжя, що мають намір розірвати шлюб. Засобами захисту прав подружжя, яке припиняє шлюб, є конкретні дії, спеціальні прийоми, які не суперечать

[1] Сафончик О.І. Там само. С.79.

законодавству, спрямовані на реалізацію прав подружжя на розірвання шлюбу, здійснювані в юрисдикційній і неюрисдикційній формах самим подружжям або третіми особами з метою захисту прав подружжя в рамках триваючих правовідносин щодо розірвання шлюбу[1].

Специфіка правових наслідків припинення шлюбно-сімейних правовідносин визначається безпосередньо підставою припинення шлюбу. Характеризуючи правовідносини, які виникають при цьому, слід враховувати, чи продовжує колишнє подружжя фактично брати участь у правовідносинах, що виникають після припинення шлюбу, чи така участь не є можливою (смерть одного з подружжя або оголошення його померлим).

Названі та інші фактори не можуть позитивним чином позначатися на діяльності законодавця і під час правозастосування у сфері особистих немайнових і майнових відносин, що складаються при припиненні шлюбу.

Припинення шлюбу як юридичний акт припиняє правові відносини між подружжям на майбутнє, однак:

- розірвання шлюбу не припиняє права особи на утримання, яке виникло в неї за час шлюбу (ст. 76 СК України);

- розірвання шлюбу не припиняє права спільної сумісної власності на майно, набуте за час шлюбу (ст. 68 СК України).

Припинення шлюбу тягне за собою припинення особистих прав та обов'язків (статті 51, 52, 54, 55, 56 СК України). Деякі з них припиняються саме з моменту розірвання шлюбу, а деякі — за бажанням одного з подружжя чи відповідно до закону продовжують тривати ще певний час. Так, наприклад, розірвання шлюбу означає припинення режиму спільної сумісної власності подружжя. Речі, набуті кожною особою після розірвання шлюбу, належать їй на праві приватної власності. Водночас особливістю відносин колишнього подружжя є те, що стосовно майна, яке було набуте під час шлюбу, режим спільної сумісної власності зберігається до моменту поділу такого майна. Втрачається право на спадщину за законом після смерті колишніх чоловіка/дружини, право на пенсійне забезпечення у зв'язку із втратою другого з подружжя за встановленими в законі підставами тощо[2].

Розірвання шлюбу тягне припинення особистих і майнових прав і обов'язків між подружжям, водночас деякі зобов'язання можуть тривати ще

[1] Логвінова М. В. Діяльність Європейського суду з прав людини у сфері захисту сімейних прав та охоронюваних законом інтересів у контексті правозастосовчої практики України. *Правові позиції Європейського суду з прав людини у правозастосовчій практиці України*: збірник нааукових праць викладачів кафедри судочинства / за ред. М. К. Галянтича. Івано-Франківськ : ПНУ імені В. Стефаника, В. П. Супрун, 2017. С.132.

[2] Розгон О. Припинення шлюбу в разі його розірвання та визнання фіктивним : відмінності між правовими наслідками на прикладах судової практики. *Вісник Національної асоціації адвокатів України.* 2018. №9 (46). С. 25

певний час. Можуть зберігатися деякі взаємні права та обов'язки (право на отримання аліментів від колишніх чоловіка/дружини, право на спільне майно тощо).

При розірванні шлюбу одним із питань немайнового характеру, що підлягає вирішенню, є визначення прізвища. Як правило, при одруженні жінка бере прізвище чоловіка, це ж прізвище дається і дітям, які народилися в цьому шлюбі. Проте сімейне законодавство передбачає також право чоловіка взяти прізвище дружини. У разі розлучення особа, яка змінила прізвище, вправі самостійно вирішити чи відновлювати їй дошлюбне прізвище. За наявності дітей також повинно вирішуватись питання про їхнє прізвище.

Одним із суттєвих питань при розлученні є виховання дітей тим з батьків, який проживає окремо, а також спілкування дитини з іншими родичами (бабусями, дідусями). Відповідно до сімейного законодавства батьки наділяються рівними правами та обов'язками щодо своїх дітей[1]. У зв'язку з цим, важливо визначити, яким чином реалізовуватиме своє право той з батьків, хто проживатиме окремо. Це питання може бути вирішене шляхом укладання угоди, яка визначить формат спілкування дитини з обома батьками, а також питання її матеріального забезпечення. У разі неможливості домовитися добровільно спір вирішується в судовому порядку за участю органів опіки та піклування.

Факт припинення шлюбу зумовлює необхідність вирішення і комплексу майнових зобов'язань. Розірвання шлюбу, насамперед, спричиняє припинення режиму спільної власності подружжя щодо майна, що придбавається після розлучення, навіть якщо вони продовжують проживати спільно і вести спільне господарство. А щодо майна, набутого в період шлюбу, режим спільної сумісної власності зберігається до моменту його офіційного поділу.

Із припиненням шлюбу закон пов'язує також виникнення в подружжя права на утримання. Відповідно до ч.2 ст.76 СК України, після розірвання шлюбу особа має право на утримання, якщо вона стала непрацездатною до розірвання шлюбу або протягом одного року від дня розірвання шлюбу і потребує матеріальної допомоги та якщо її колишній чоловік (колишня дружина) можуть надавати матеріальну допомогу. Крім того, особа має право на утримання, коли вона стала інвалідом після спливу одного року від дня розірвання шлюбу, якщо її інвалідність була результатом протиправної поведінки щодо неї колишнього чоловіка або дружини під час шлюбу[2].

[1] Сімейний кодекс України. Там само.

[2] Розгон О. Припинення шлюбу в разі його розірвання та визнання фіктивним : відмінності між правовими наслідками на прикладах судової практики. *Вісник Національної асоціації адвокатів України.* 2018. №9 (46). С. 26.

РОЗДІЛ 1

Сімейне законодавство України визначає, шо після розірвання шлюбу особа має право на утримання, якщо вона стала непрацездатною до розірвання шлюбу або протягом одного року від дня розірвання шлюбу і потребує матеріальної допомоги і якщо її колишній чоловік/колишня дружина можуть надавати матеріальну допомогу. Особа має право на утримання й тоді, коли вона стала особою з інвалідністю після спливу одного року від дня розірвання шлюбу, якщо її інвалідність була результатом протиправної поведінки щодо неї колишнього з подружжя під час шлюбу. Якщо на момент розірвання шлюбу жінці, чоловікові до досягнення встановленого законом пенсійного віку залишилося не більш як п'ять років, вона, він матимуть право на утримання після досягнення цього пенсійного віку, за умови, що у шлюбі вони спільно проживали не менш як десять років (ч.ч. 3, 4 ст. 76. СК України).

Незважаючи на присутність у системі чинного сімейного законодавства окремих норм, присвячених питанням взаємного утримання колишнім подружжям, на особливу увагу заслуговує іноземна практика, зокрема регулювання зазначеного питання у сімейному законодавстві Німеччини[1]. Нормативно-правове регулювання може бути запозичене в національну правову систему через використання механізмів компаративістського аналізу та гармонізації нормативного «поля».

Відмовити в задоволенні вимоги щодо надання утримання, або зменшити розмір такого утримання, або обмежити його строками можна тоді, коли залучення зобов'язаної особи до виплати утримання із врахуванням інтересів спільної дитини, догляд і виховання за якою здійснюється уповноваженою особою, було би вкрай несправедливим, оскільки:

1) шлюб був нетривалим (до тривалості шлюбу прирівнюється час, упродовж котрого уповноважена особа могла вимагати надання утримання на основі §1570 (Сімейного кодексу Німеччини) у зв'язку з доглядом або вихованням спільної дитини);

2) уповноважена особа здійснила злочин або інший важкий проступок із умислом проти зобов'язаної особи або його близьких;

3) уповноважена особа навмисно спричинила свій статус потребуючого;

4) уповноважена особа навмисно не враховувала суттєві майнові інтереси зобов'язаної особи;

5) уповноважена особа упродовж тривалого часу до розірвання шлюбу грубо порушувала свій обов'язок робити внесок в утримання сім'ї;

6) уповноважена особа винна в очевидно неправильній поведінці у відносинах із зобов'язаною особою;

[1] Bürgerliches Gesetzbuch, BGBl. I. S. 42, 2909; 2003 I. S. 738, с изм. от 1 октября 2013 г., BGBl. I. S. 3719. URL : https://ru.wikisource.org/wiki/%D0%93%D0%B5%D1%80%D0%BC%D0%B0%D.

7) має місце інша причина, котра за своєю тяжкістю прирівнюється до причин, зазначених у пунктах 1-6.

Розлучене подружжя зобов'язане на вимогу надавати один одному відомості про їхні доходи та майно[1].

Окремим видом зобов'язань є зобов'язання щодо *відновлення права на утримання* (§1586-a). За умов, якщо розлучений(а) чоловік / дружина укладе новий шлюб або партнерство, котрі також будуть припинені, він / вона мають право вимагати від попереднього чоловіка / дружини надання утримання на підставі §1570, якщо він / вона зобов'язані здійснювати догляд за дитиною або її виховання від цього шлюбу або партнерства. Якщо догляд за дитиною або її виховання закінчуються, він/вона мають право вимагати надання утримання на підставі §1571-1573, 1575. Чоловік/дружина у шлюбі, розірваному пізніше, надають утримання швидше, ніж чоловік/дружина у шлюбі, розірваному раніше. Зазначене також стосується одностатевого партнерства, утвореного для спільного проживання.

У зв'язку зі смертю зобов'язаної особи, зобов'язання надавати утримання переходить до її спадкоємців як зобов'язання, що обтяжує спадок. Спадкоємець несе відповідальність у межах тієї суми, яка належала б уповноваженій особі у вигляді обов'язкової частки, якби шлюб не було розірвано. Під час визначення обов'язкової частки особливості, пов'язані із режимом майна, в якому жило розлучене подружжя, не враховуються.

Згадана нами іноземна практика заслуговує на увагу та запозичення у частині розширення нормативно-правового тлумачення зобов'язань колишнього подружжя щодо утримання (які можна віднести до «постподружніх» зобов'язань).

Отож можна запропонувати доповнити ст. 76 СК України частиною п'ятою такого змісту: «Право на утримання після розірвання шлюбу відсутнє в особи, яка упродовж тривалого часу до розірвання шлюбу грубо порушувала свій обов'язок робити внесок в утримання сім'ї».

Також необхідно зважати на явну тенденцію до встановлення обов'язкового відшкодування компенсаційного характеру тому з подружжя, хто займався веденням спільного господарства (хатня робота). Така правова практика притаманна, наприклад, Португалії. Прикладом є рішення Верховного суду Португалії[2]. Суд заявив, що не компенсована домашня робота виключно або по суті, яку робить один із членів фактичного союзу, призводить до «справжнього зубожіння».

[1] Bürgerliches Gesetzbuch, BGBl. I. S. 42, 2909; 2003 I. S. 738, с изм. от 1 октября 2013 г., BGBl. I. S. 3719. URL : https://ru.wikisource.org/wiki/%D0%93%D0%B5%D1%80%D0%BC%D0%B0%D.

[2] Vítor Pereira Portuguese Supreme Court awards woman for 30 years of domestic work. URL : https://www.euractiv.com/section/politics/short_news/portuguese-supreme-court-awards-woman-for-30-years-of-domestic-work/

І оскільки це також звільняє іншого члена союзу «від виконання цих завдань», це призводить до його або її збагачення, не вимагаючи жодних витрат чи внесків.

«Вимога рівності давно притаманна ідеї справедливості, тому неможливо вважати, що виконання всіх або значної частини домашньої роботи в будинку, де проживає неодружена пара, здійснюється лише одним із партнерів, відповідає виконанню природного зобов'язання, що ґрунтується на обов'язку справедливості»[1].

Подібним також є рішення Пекінського окружного суду Фаншань, яким колишній чоловік зобов'язаний виплачувати щомісячні аліменти в розмірі 2 тис. юанів (приблизно 300 доларів США), а також одноразову компенсацію в 50 тис. юанів за хатню працю дружині, з якою він перебував у шлюбі останні п'ять років. Відповідно до рішення суду «хатня» робота по дому становить нематеріальну вартість[2].

Це дозволяє нам запропонувати доповнити положення українського сімейного законодавства, зокрема доповнити ст. 55 СК України частиною п'ятою такого змісту: «5. У випадку розірвання шлюбу дружина або чоловік можуть вимагати отримання компенсації у матеріальній формі від іншого з подружжя за виконувану ними під час шлюбу (спільного проживання) роботу з ведення домашнього господарства, виховання дітей тощо».

Необхідно відмітити, що сам процес припинення шлюбу шляхом його розірвання є особливим періодом (триваюче правовідношення), в процесі якого відбувається зміна правових відносин між подружжям, що вимагає врахування різноманітних правових інтересів такого подружжя та членів їхніх сімей.

Відповідно до приписів ст. 113 СК України, після розірвання шлюбу особа, яка змінила своє прізвище у зв'язку з реєстрацією шлюбу, має право надалі іменуватися цим прізвищем або відновити своє дошлюбне прізвище. Для вирішення цього питання згода іншого з подружжя не потрібна.

Специфіка правових наслідків у сфері особистих немайнових відносин між колишнім подружжям втілюється в особливому юридичному значенні факту реєстрації розірвання шлюбу. При цьому необхідно враховувати положення ст. 15 Закону України «Про державну реєстрацію актів цивільного стану» від 1 липня 2010 року №\2398-VI[3], відповідно до якої «державна реєстрація

[1] Суд змусив чоловіка заплатити за роки шлюбу. $7,7 тис. за хатню працю жінки. URL : https://www.bbc.com/ukrainian/news-56179832

[2] Суд змусив чоловіка заплатити за роки шлюбу. $7,7 тис. за хатню працю жінки. URL : https://www.bbc.com/ukrainian/news-56179832

[3] Про державну реєстрацію актів цивільного стану : Закон України від 01 липня 2010 року № 2398-VI. Верховна Рада України. Законодавство України. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2398-17#Text

розірвання шлюбу подружжя, яке не має дітей, проводиться відповідним органом державної реєстрації актів цивільного стану за місцем проживання подружжя або одного з них за їх заявою» (ч. 2 ст. 15 Закону України «Про державну реєстрацію актів цивільного стану»), а «про державну реєстрацію розірвання шлюбу та про розірвання шлюбу, здійснене в судовому порядку, робиться відмітка в актовому записі про шлюб» (ч. 7 ст. 15 Закону України «Про державну реєстрацію актів цивільного стану»). У разі розірвання шлюбу в судовому порядку рішення суду, яке набрало законної сили, надсилається судом до органу державної реєстрації актів цивільного стану за місцем ухвалення рішення.

До отримання зазначеного свідоцтва колишнє подружжя не зможуть вступити в новий шлюб, відповідно в кожного з них зберігається обов'язок немайнового характеру.

На окрему увагу також заслуговує і норма ч. 6 ст. 15 Закону України «Про державну реєстрацію актів цивільного стану», відповідно до якої «той з подружжя, який бажає відновити своє дошлюбне прізвище, повинен заявити про це в органі державної реєстрації актів цивільного стану під час державної реєстрації розірвання шлюбу».

Таким чином, певні права колишнього подружжя продовжують існувати до моменту державної реєстрації розірвання шлюбу. Водночас окремі з них можуть мати і так звану «переживаючу» дію (продовжувати існування й після припинення шлюбу).

Зауважимо, що реалізація права на вибір прізвища при розірванні шлюбу через збереження прізвища колишнього чоловіка/дружини, обраного як загальне при вступі в шлюб, можна розглядати як порушення його права на ім'я. У зв'язку з цим, пропонуємо законодавчо передбачити, обов'язкове отримання згоди того з подружжя, чиє прізвище буде використовуватися як спільне в шлюбі щодо можливості збереження цього прізвища іншим з подружжя у випадку розірвання шлюбу. Таку згоду можна надати на етапі укладення шлюбу чи пізніше.

Зазначене дозволить уникнути ситуації, яка мала місце у справі, коли після розірвання шлюбу Х. продовжувала користуватися шлюбним прізвищем — Іваненко. Через два роки після розірвання шлюбу вона народила дитину. У свідоцтві про народження дитини у графі «батько» вона вказала прізвище «Іваненко», а ім'я та по-батькові на підставі ст. 135 СК України, зі слів матері було записано «Денис Сергійович». Саме таким було ім'я та по батькові її колишнього чоловіка. Колишній чоловік звернувся до суду, вважаючи запис, з якого можна було зробити висновок, що він є батьком дитини — незаконним.

Суд у задоволенні позову відмовив, оскільки відповідно до чинних положень СК України дії колишньої дружини були правомірними[1].

Після розірвання шлюбу та отримання відповідного свідоцтва особа має право на повторний шлюб (ст.116 СК України). Зрозуміло, що в один і той самий час особа може перебувати лише в одному зареєстрованому шлюбі. Тому особа може набути право на шлюб тільки після припинення попереднього шлюбу.

Із припиненням шлюбу закон пов'язує питання щодо визначення походження дитини. Так, відповідно до ч.2 ст.122 СК України вважається, що дитина походить від подружжя, якщо вона народжена до спливу десяти місяців після припинення шлюбу. Після цього колишній чоловік не може бути записаний як батько дитини у Книзі реєстрації народжень.

Правові наслідки розірвання шлюбу можуть бути ускладнені пред'явленням позову про визнання розірваного шлюбу недійсним (фіктивним). Тобто досить цікавим, з позицій правозастосування, є такий наслідок припинення шлюбу, як можливість визнання розірвання шлюбу фіктивним. Фактично у чинному СК України закріплено дві категорії фіктивності. Перша з них стосується поняття фіктивного укладення шлюбу, а інша — його фіктивного розірвання. Відповідно до ч.1 ст.108 СК України «за заявою заінтересованої особи розірвання шлюбу, здійснене відповідно до положень ст.106 цього Кодексу, може бути визнане судом фіктивним, якщо буде встановлено, що жінка та чоловік продовжували проживати однією сім'єю і не мали наміру припинити шлюбні відносини».

Підставами для визнання шлюбу недійсним (фіктивним), у зв'язку з відсутністю наміру сторін створити сім'ю і набути прав та обов'язків подружжя як обов'язкової вимоги до шлюбу, є: наявність корисливої мети (реєстрація шлюбу задля отримання візи, громадянства); наявність майнової вигоди (укладення шлюбу задля забезпечення себе нерухомістю та успадкування її в майбутньому); окреме проживання; відсутність спільно набутого майна; відсутність турботи один про одного та взаємної матеріальної підтримки; невиказування подружніх відносин перед третіми особами; небажання народжувати спільних дітей; підтримання статевих стосунків із третіми особами; демонстрування перед третіми особами відсутності фактичних шлюбних відносин і наголошення на фіктивності реєстрації шлюбу[2].

[1] Рішення у справі№2-678-248/14 Летичівського районного суду Хмельницької області. URL : https://reyestr.court.gov.ua/Review/5125434

[2] Розгон О. Припинення шлюбу в разі його розірвання та визнання фіктивним : відмінності між правовими наслідками на прикладах судової практики. *Вісник Національної асоціації адвокатів України.* 2018. №9 (46). С. 26.

Зазначене можна продемонструвати на практиці. Так, у справі про визнання розірвання шлюбу фіктивним позивачка посилалася на те, що розірвання шлюбу з відповідачем за рішенням суду в 1992 році не мало своїм наслідком припинення шлюбних стосунків між ними, оскільки вони продовжили проживати однією сім`єю, в них народився другий син та у 2005 році між ними повторно зареєстровано шлюб.

Суд першої інстанції у задоволенні позову відмовив та вказав на те, що розірвання шлюбу відбулось у 1992 році, а тому до спірних правовідносин слід застосовувати норми Кодексу про шлюб та сім`ю України, який не містив норми, яка б передбачала можливість визнання розірвання шлюбу фіктивним.

Також суд звернув увагу на те, що розірвання шлюбу між позивачем та відповідачем відбулося на підставі рішення суду, яке набрало законної сили, а тому позивач, звертаючись до суду з позовом про визнання розірвання шлюбу фіктивним, фактично просить переглянути рішення суду про розірвання шлюбу, що не передбачено законодавством України.

Апеляційний суд погодився з висновками суду першої інстанції та підкреслив, що позивачка, оскаржуючи судові рішення, зазначала, що незважаючи на те, що СК України набув чинності 01 січня 2004 року, стаття 108 СК України підлягає застосуванню до спірних правовідносин, оскільки її положення ґрунтуються на основних принципах законодавства, а на час набрання чинності СК України фактичні подружні стосунки між сторонами продовжували існувати.

Касаційний цивільний суд не знайшов підстав для задоволення касаційної скарги позивачки. Суд зазначив, що суди попередніх інстанцій обґрунтовано вказали, що КпШС України не містив норми, яка б передбачала можливість визнання розірвання шлюбу фіктивним, а тому вимоги позивачки, обґрунтовані посиланням на статтю 108 СК України, не грунтуються на чинному на час виникнення спірних правовідносинах законодавстві.

Верховний Суд вказав, що аналіз статті 108 СК України дає підстави для висновку, що визнання судом розірвання шлюбу фіктивним можливе лише у випадку, коли шлюб було розірвано органом реєстрації актів цивільного стану за заявою подружжя, яке не має дітей (стаття 106 СК України). Таким чином, у випадку розірвання шлюбу судом подальше визнання розірвання такого шлюбу фіктивним неможливе, оскільки інший суд не може визнати розірвання шлюбу фіктивним за наявності рішення суду про розірвання шлюбу, яке набрало законної сили. Тому Касаційний Суд зазначив, що оскільки визнання фіктивним розірвання шлюбу, що був розірваний за рішенням суду, не передбачено ані законодавством України, чинним на час виникнення спірних правовідносин, ані на час ухвалення судами оспорюваних судових рішень,

висновки судів попередніх інстанцій про відмову у позові є правильними (постанова від 03.06.2020 у справі № 522/17429/17)[1].

У подібній ситуації З. В. Ромовська вказує, що визнання фіктивним розірвання шлюбу, здійснене судом, за статтею 108 СК України не допускається. У цьому разі заінтересована особа може добитися захисту своїх інтересів лише за допомогою перегляду судового рішення про розірвання шлюбу за нововиявленими обставинами[2].

Водночас варто пам'ятати, що фіктивність є частиною більш широкої категорії «недійсності» шлюбу (Глава 5 СК України). Відповідно можна запропонувати доповнення до диспозиції статті 108 СК України: «1. Шлюб не може бути визнаний недійсним після його розірвання, за винятком випадків наявності між подружжям забороненого законом ступеня споріднення або перебування одного з подружжя в момент реєстрації шлюбу в іншому, не розірваному шлюбі, а також у разі його фіктивності. Для визнання недійсним шлюбу після його розірвання за заявою зацікавленої особи встановлюється строк позовної давності в один рік».

А саму назву статті змінити на «Визнання розірвання шлюбу недійсним».

Вважаємо також за можливе часткове запозичення зарубіжного досвіду і в частині включення в шлюбний договір умов, які регулюють особисті немайнові відносини між подружжям (колишнім подружжям), що дозволить заздалегідь передбачити можливі варіанти здійснення окремих особистих немайнових прав та обов'язків подружжя (колишнього подружжя). До таких питань можна віднести участь колишнього подружжя у вихованні спільної дитини (дітей) після припинення шлюбу між ними.

Так, питання про визначення місця проживання дитини при розірванні шлюбу може бути вирішене судом. Визначення ж порядку спілкування з дитиною і здійснення своїх батьківських прав у цілому колишнім подружжям, і в першу чергу тим з батьків, хто проживає окремо від дитини, не входить до обов'язків суду при розгляді справи про розірвання шлюбу. Це означає, що правові наслідки розірвання шлюбу у сфері особистих немайнових відносин між батьками і дітьми частково повинні бути визначені рішенням суду, проте, це не виключає їх повної регламентації за допомогою укладення між батьками відповідної угоди.

Подібні угоди між батьками, з яких один уже проживає окремо від дитини, або буде проживати окремо після розірвання шлюбу, є угодами особливого

[1] КЦС вказав, коли розірвання шлюбу може бути фіктивним. URL : https://ukrainepravo.com/law-practice/practice_court/ktss-vkazav-koly-rozirvannya-shlyubu-mozhe-buty-vyznano-fiktyvnym-/

[2] Ромовська З. В. Сімейний кодекс України : нуково-практичний коментар. 2-ге вид., перероб. і доп. К.: Видавничий дім «Ін Юр», 2006. С. 368.

виду. Зміст такої угоди можуть складати умови про місце проживання дитини, про порядок спілкування дитини і батьків, про порядок здійснення інших батьківських прав і обов'язків, у тому числі зі сплати аліментів на утримання дитини. Також досить важливою проблемою, яка виникає при розірванні шлюбу, є здійснення законного представництва інтересів дитини. За роздільного проживання батьків, роль законного представника дитини часто належить тому з батьків, з ким дитина безпосередньо проживає. Здається, що таке трактування положень СК України веде до порушення особистого немайнового права того з батьків, хто проживає окремо від своєї колишньої сім'ї.

Розглядаючи справу про розірвання шлюбу, суд може не тільки вирішити, з ким із батьків будуть проживати діти після розлучення, але і визначити порядок здійснення батьківських прав кожним із батьків, а не тільки того, хто проживає окремо від дитини. На нашу думку, передбачене Законом поняття «здійснення батьківських прав батьків, які проживають окремо від дитини» суперечить самій суті батьківських прав, їх єдності і належності кожному з батьків. Здійснення прав одним з батьків передбачає також врахування прав та інтересів другого з батьків, з ким проживає дитина.

У зв'язку з цим, необхідно внести доповнення до ст.109 СК України, відповідно до якого серед інших питань, що розглядаються судом при розірванні шлюбу, вказати порядок здійснення батьківських прав. Зазначений порядок передбачає не тільки встановлення місця, часу, тривалості зустрічей дитини з тим з батьків, хто проживає окремо, але і можливість прийняття в певних випадках рішення одним з батьків.

Таким чином, у підсумку можна виділити таку класифікацію правових наслідків припинення шлюбу:

1) наслідки немайнового характеру:

- між подружжям (повторний шлюб, поновлення шлюбу, зміна прізвища тощо);
- між подружжям та дітьми (з ким проживатимуть діти після припинення шлюбу, можлива зміна прізвища дитини, участь батьків у вихованні дитини тощо);
- між подружжям, дітьми та іншими особами (участь дідусів, бабусь, у вихованні онуків, правнуків; можливість спілкування братів, сестер, які проживають окремо та ін.);

2) наслідки майнового характеру:

- між подружжям (розділ майна, аліментні відносини, спадкування);
- між подружжям та дітьми (розділ майна, аліментні відносини, наслідування);

- між подружжям, дітьми та іншими особами (розподіл майна, наслідування).

Отже, підкреслимо, що припинення шлюбу є триваючим правовідношенням, в процесі якого відбувається трансформація (зміна) зобов'язальних правовідносин, що вимагає врахування різноманітних правових інтересів такого подружжя, а також членів їхніх сімей та третіх осіб.

1.5 Розвиток іпотечних зобов'язань у країнах стародавнього світу

1.5.1. Заставне право у Стародавній Месопотамії

Майже чотири тисячі років тому суспільство Стародавньої Месопотамії успішно реалізувало окремі способи регулювання економічних відносин за допомогою держави. До таких способів належали державне примусове ціноутворення, надання грошових позик приватним особам, утримання твердих ставок на кредитні відносини, часткове звільнення рабів і повернення раніше проданих за борги об'єктів нерухомості їхньому первинному власнику[1]. Відповідні відносини були відображені у Законах вавилонського царя Хаммурапі, які в систематичній та послідовній формі відображають соціально-економічні закономірності та окремі інститути тієї далекої епохи. Ці Закони вивчалися, запозичувалися іншими державами та використовувалися як юридична модель для наслідування протягом наступних 1500 років.

Текст Законів Хаммурапі був знайдений французькими вченими у 1901–1902 рр. під час археологічних розкопок міста Сузи (столиці Стародавнього Елама), які були викарбувані клинописом на базальтовій стелі заввишки 2,25 м.

Поряд з економічними нововведеннями запроваджувалися також форми реєстрації земельних ділянок для здійснення юридичних правочинів, які використовувалися в Стародавньої Месопотамії у XVIII столітті до нашої ери, у зв'язку з передачею права власності та наданням грошових позик. Закони Хаммурапі (прийняті на початку другого тисячоліття до нашої ери) містили норми, що передбачали фіксацію актів передачі права власності на глиняних табличках як доказ набуття цих прав[2]. Закони містили низку статей, які регулювали відносини оренди, в тому числі надання земельних ділянок тим, хто перебував на військовій службі.

[1] Савельєв В. Соціально-економічне життя у Вавилоні за царя Хаммурапі. Старожитності Лукомор'я. 2020. № 3(3). С 6.

[2] Stawecki T. Rejestry nieruchomości, księgi hipoteczne i księgi wieczyste od czasów najdawniejszych do XXI wieku. *Studia Iuridic.* 2002. Nr 40. C.168.

ПЕРЕДУМОВИ СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТОК ЗАГАЛЬНОГО ВЧЕННЯ ПРО ЗОБОВ'ЯЗАННЯ

За часів правління царя Хаммурапі (бл.1792 – 1750 рр. до н.е.) майже вся земля перебувала в державній власності й належала царю, храмам, общинам, але також поряд з цим розвивалася приватна власність. Державні землі належали палацу. Частину цих земель цар передавав дрібним землевласникам за плату натурою, іншу частину — посадовим особам та воїнам у винагороду за службу. Поряд з державною власністю зберігалася громадська власність на землю. Земля була розділена між селищами (громадами). Общинна земля ділилася на парцелли, що розподілялися між жителями певної місцевості в тимчасове користування за жеребом.

У Вавилоні рано утвердилася приватна власність на землю, хоча вона не отримала широкого розповсюдження, зате закон рішуче її захищав. Лише деякі землі після вторгнення каситів (стародавні племена, що жили в гірських місцевостях Західного Ірану) перейшли у приватну власність і були позначені спеціальним камінням, яке називалося кудурру та містило інформацію про дарування майна царем визначеній особі. На камінні також позначалися відомості щодо відокремлення земель від колективної власності та перехід до окремої сім'ї та про привілейоване становище сім'ї, про колективну власність роду та про надані привілеї. За часів правління каситів у Вавилоні царські укази також висікалися на камені кудурру. Другий камінь з ідентичним змістом був розміщений у храмі. Камені слугували як документ у випадку появи земельних претензій та інформували про права на землю, про статус землі і права власника[1].

Отже, кудурру був межовим прикордонним знаком для розмежування земельних ділянок у Вавилонії за часів каситських царів і в наступні періоди та представляв зображення божеств, для яких він був призначений та під захист яких видавався акт розпорядження. На каміннях також були написи, що забороняли повернення майна сім'ям, родам чи племенам. Тому первісний камінь встановлювали на межі земельної ділянки, а другий — його копію — розташовували у храмі[2]. Кудурру є першим відомим прикладом організації публічного реєстру власності, який також виконував як інформативну, так і захисну функції[3].

Кудурру використовували з метою відокремлення земельних ділянок, які перебували в колективної власності від індивідуальної власності. Ще за часів правління перського царя Дарія Великого (522 р. до н.е.) збереглися згадки

[1] Koranyi K. Powszechna historia państwa i prawa. Warszawa, 1961. T. I.C.16.

[2] Taubenschlag R. Rzymskie prawo prywatne na tle praw antycznych. Warszawa, 1955. C.114.

[3] Stawecki T. Rejestry nieruchomości, księgi hipoteczne i księgi wieczyste od czasów najdawniejszych do XXI wieku. Studia Iuridica. 2002. Nr 40. C.168.

про кудурру в угодах з нерухомістю. У багатьох стародавніх законах набуття власності на нерухомість вимагало формальних публічних актів. Формою публічного оголошення про купівлю в ассирійському праві було складання офіційного документа про купівлю-продаж перед царською владою, який називався duppa dannatu.

На підставі договору купівлі-продажу, укладеного між сторонами, відбувався перехід права власності на земельну ділянку. При цьому також вимагалося, щоб земля була виміряна офіційно встановленою мірою та відповідною особою, яка користується повагою у громадськості, так званим мушкенум (у перекл. — «дрібний люд», «покірні»). Мушкенуми була окрема група вільних людей, соціальний статус яких був дещо нижчим від повноправних громадян, але їхнє життя і здоров'я захищалося законодавством. Цей процес вимірювання землі вважався публічним актом для ідентифікації земельної ділянки, на основі якого створювався наступний публічний документ, який фіксував продаж нерухомості. Публічний акт підлягав публічному оголошенню, тому розпорядження майном було дійсним для третіх осіб[1].

Документи на території Стародавнього Межиріччя (Стародавньої Месопотамії) відігравали досить важливу роль в управлінні державою, адже саме там була створена перша система писемності в історії людства, яка називається клинопис. При судах, які часто були храмами, працювали писарі — секретарі, які вели збірники юридичних документів та зберігали їхні копії. Наявність письмового договору та присутність при цьому свідків вважалися обов'язковими елементами кожної цивільно-правової угоди. Відсутність доказів законності укладення угоди для покупця могла закінчитися переслідуванням за крадіжку та смертною карою. Якщо власник не міг довести сумлінність придбання речі, то підлягав смертній карі, як і продавець речі. Якщо ж позивач не зумів довести своє право власності, він підлягав смерті як наклепник. З огляду на це, втрата реєстраційних документів, як і будь-яких письмових доказів щодо правочинів, для особи вважалася серйозною проблемою[2].

Вавилонському праву відома була застава як вид речового права, яка також була поширеним способом забезпечення виконання зобов'язань. Під заставою розуміли забезпечення виконання договору майном. Кредитор у випадку невиконання договору міг задовольнити свої вимоги за рахунок заставних речей. Застава могла поширюватися на нерухоме майно та на рабів. Відомі також договори іпотеки рабів з правом їх продажу.

[1] Taubenschlag R. Rzymskie prawo prywatne na tle praw antycznych. Warszawa, 1955. C.116.

[2] Koranyi K. Powszechna historia państwa i prawa. Warszawa, 1961. T. I.C.20.

Поширеною була застава на земельну ділянку за договором іпотеки. Якщо земля приносила плоди, право на їх збір належало кредитору як плату за позику грошей або земельна рента. Іпотека могла поширюватися на нерухоме майно та на все наявне майно. Реалізація права застави відбувалася шляхом звернення стягнення на предмет застави, припинення застави шляхом сплати боргу та нарахованих відсотків, використання предмета застави для погашення основної суми боргу та відсотків[1].

Аналізуючи поширені у Стародавньому Вавилоні правочини та правопорушення, можна стверджувати про формування договірних зобов'язань, що виникали внаслідок укладених договорів та деліктних зобов'язань, які виникали в результаті заподіяння шкоди. Договірні зобов'язання виникали з найбільш поширених договорів: купівлі-продажу, майнового та особистого найму, позики, поклажі, доручення, товариства. Позадоговірні зобов'язання виникали у випадках заподіяння шкоди іригаційним спорудам, необачності пастуха, з вини якого худоба паслася на чужому полі; порубки дерев у чужому лісі та передбачали відшкодування заподіяних збитків[2].

Отже, право *застави* розглядалося у Вавилоні як «кредиторське» право, оскільки воно залежало від існування дебіторської заборгованості. У силу застави кредитор (заставодержатель) мав пряму владу на предмет застави та право на монетизацію речі. Інститут застави функціонував у формі як ручна застава, при якій володіння річчю переходило до кредитора. Також міг існувати у такій формі, як іпотека, за якої право володіння та власності на предмет застави належало боржнику.

1.5.2. Розвиток іпотеки в давньогрецькому праві

Логічним кроком у розвитку застави став інститут іпотеки (грецький термін «Hypotheca»), який, як вважають, сформувався в Стародавньому Римі під впливом східного права Греції та Єгипту.

Давньогрецьке право розглядається як частина правової системи Середземномор'я, яке виникло в невеликих містах-державах (полісах) та було економічно пов'язано з морською торгівлею. Прийняті закони регулювали суспільні відносини і розвивалися в невеликих общинах міського типу, в яких не існувало одноосібного суверенітету, але поважалися права громадян[3]. Особливість давньогрецького права полягала в тому, що воно не було

[1] Taubenschlag R. Rzymskie prawo prywatne na tle praw antycznych.Warszawa, 1955. C.151.

[2] Історія держави і права зарубіжних країн: підручник / за заг. ред. д-ра юрид. наук, проф. О. М. Бандурки. Харків : Майдан, 2020. С.76.

[3] Sójka-Zielińska K. Historia Prawa.Warszawa, 2005. C.19.

однорідним — відрізнялося в різних частинах материкової Греції, тому часто виокремлюють правові системи окремих міст-держав. Право Давньої Аттики впливало на весь середземноморський регіон, що й пояснювалося комерційною могутністю держави, торговельними комунікаціями та процесом колонізації, який здійснювався на узбережжі. Місто-держава Афіни з'явилося в VIII ст. до н.е. в результаті об'єднання навколишніх полісів у єдиний державний організм. Стародавні Афіни були політичним центром Аттики і всіх жителів цього регіону з часом стали називати афінянами, підкреслюючи їхній зв'язок з полісом.

Давньогрецьке право не повністю розрізняло такі інститути речового права, як власність та володіння. У цьому праві також не має офіційного визначення права власності[1]. Об'єктами власності були земля, худоба, раби, нерухомість, кораблі, майстерні, продукти, вироблені завдяки сільському господарству. Була розвинена державна власність, до якої належали землі та пасовища, що здавалися в оренду, оливкові гаї, флот, будівлі, храми, державні раби, лаврійські срібні рудники, державна скарбниця. Власність носила на собі сліди свого походження з общинної власності і розглядалася як подання від держави[2]. Тому архонт (вища посадова особа) вступаючи на посаду заявляв, що зберігає за кожним афінянином ту власність, якою він в цей момент володіє. Власником нерухомого майна міг бути лише повноправний громадянин, для іноземця потрібен був спеціальний дозвіл[3].

У Стародавній Аттиці докази щодо права власності на окремі земельні ділянки не зберігалися в якомусь одному конкретному місці. Земельні ділянки розмежовувалися за допомогою спеціальних валунів (*horoi*), на яких були викарбувані імена власників та інша інформація про ділянку. Про укладення договору купівлі-продажу земельної ділянки робилося відповідне публічне оголошення та відбувалася реєстрація акта укладення відповідної угоди в спеціальному реєстрі[4].

Для порівняння, в деяких містах-державах Греції форми розкриття інформації про власність вважалися непотрібними. У Спарті, на півдні Пелопоннесу, враховуючи принцип рівності всіх громадян, кожний мав право на рівну ділянку землі. Заборонялося володіти більше ніж однією земельною ділянкою. Відповідно обіг землі відбувався завдяки інститутам спадкування та шлюбно-сімейних відносин. Земельні наділи розподілялися шляхом

[1] Історія держави і права зарубіжних країн: підручник. Там само. С.122.

[2] Матвєєва Т.О. Право Стародавніх Афін. *Порівняльно-аналітичне право*. 2019. №6. С.33.

[3] Koranyi K. Powszechna historia państwa i prawa. Warszawa, 1961. T I.C.83.

[4] Koranyi K. Powszechna historia państwa i prawa. Warszawa, 1961. T I. C.83.

жеребкування і не підлягали обтяженню чи відчуженню, незважаючи на сільськогосподарський характер Спарти[1].

Аристотель був першим, хто виклав способи виникнення зобов'язань у творі «Етика Нікомаха», поділивши їх на договірні, тобто такі, що виникають добровільно з договору (συναλλάγματα έ ούσια) та недобровільні, тобто виникають з деліктів (συναλλάγματα ἀκούσια).

Серед договірних зобов'язань поширеними були ті, що виникали з договорів купівлі-продажу, найму, особистого найму, підряду, позики, поклажі (зберігання), практикувалися також договори товариства, особливо корабельного, банківського, торговельного. Договірні зобов'язання забезпечувалися завдатком, заставою, порукою. Допускалися випадки, коли предметом застави могла бути особа.

Під завдатком розуміли суму, що виплачувалася при укладенні угоди в рахунок майбутніх платежів і підтверджувала акт здійснення угоди. Порука мала місце у випадку, коли третя особа брала на себе поручительство за виконання боржником зобов'язань. Найбільшого розповсюдження як засіб забезпечення виконання зобов'язання набула застава. Для застави нерухомості практикувалася іпотека. У такому випадку боржник продовжував володіти землею, але не мав права її продати. При несплаті боргу кредитор отримував право розпоряджатися землею.

Найпершим типом застави нерухомості як у Греції, так і Римі був умовний продаж, який у Греції називався «prasis epi lisei». Відповідно до цієї угоди позичальник передавав кредитору з правом зворотного викупу нерухоме майно, вартість якого є не меншою, ніж зобов'язання. Кредитор, надаючи позику, ставав власником наданого йому в гарантію майна, але ця власність була умовною, неповною, бо за умови виплати в обумовлений термін боргу, право власності на зазначене майно поверталося попередньому власнику. Кредитор не міг продати майно без згоди боржника, чи хоча б без його відома. Позичальник брав заставлене майно в оренду, а розмір орендної плати нараховувався з суми боргу. Сам характер угоди (перехід права власності до кредитора) не допускав повторної застави майна, хіба що сам кредитор давав додаткову позику боржнику, якщо вартість майна перевищувала вартість позики[2].

З написів відомо, що в заставу передавалися окремі земельні ділянки без будь-яких споруд, земельні ділянки з будинком, садові ділянки тощо. З

[1] Stawecki T. Rejestry nieruchomości, księgi hipoteczne i księgi wieczyste od czasów najdawniejszych do XXI wieku. *Studia Iuridica*. 2002. Nr 40. C.170.

[2] Сайко М. М. Застава нерухомості в Стародавній Греції та Римі: порівняльний аналіз. *Запорізький історичний журнал*. 2021. № 1 (36). С. 223-229.

великої кількості угод «prasis epi lisei» наведемо приклад угоди, яку описав Демосфен у промові «Проти Пантенета». Цей Пантенет, позичивши 105 мін (10500 драхм) купив ергастерій з видобутку руди разом з тридцятьма рабами. З кредиторами була укладена угода prasis epi lisei, відповідно до якої вони стали формальними власниками ергастерія. Пантенет же взяв у них цей ергастерій в оренду. Розмір орендної плати складав 105 драхм щомісячно, і ця «орендна плата» фактично була платою за капітал позики в розмірі 1% місячних (105 драхм з 10500), або 12 % річних (Dem., XXXVII 4–5). Слід звернути увагу на те, що вартість ергастерію (20600 драхм) вдвічі перевищувала суму позики (Dem., XXXVII, 31). Власне, гарантія суттєво перевищувала суму боргу і в інших угодах, що мало спонукати позичальника до того, щоб вчасно розраховуватися з кредитором. Якщо позичальник не виплачував в обумовлений термін свій борг, кредитор залишав за собою заставлене майно, незважаючи на те, що його вартість могла значно перевищувати суму боргу. У такому випадку відповідно до закону укладалася спеціальна угода.

Термін *антихреза* (antichresis) з грецької означає «користування... замість), тобто користування плодами господарської діяльності замість відсотків. Суть угоди антихрези полягала в тому, що заставлене майно відразу ж після укладання договору позики переходило у володіння кредитора (хоча залишалося власністю позичальника), а платою за користування грішми були прибутки, які отримував кредитор від передачі заставленого майна в оренду або за рахунок безпосереднього господарського використання заставлених об'єктів[1].

В антихрезу в Греції могло бути віддане як рухоме, так і нерухоме майно. У промові «Проти Афоба» Демосфен згадав, що його батько отримав в антихрезу за надану ним позику в 40 мін ергастерій з виробництва ліжок двадцять рабів, які складали персонал цього ергастерію. Батько Демосфена не отримував відсотків за позикою, а користувався прибутком, який він отримував від господарської експлуатації ергастерію. Прибуток складав 12 мін щорічно, тобто 30 % річних (Dem. XXVII, 24)[2]. Лишилося також немало свідоцтв про антихрезу нерухомості. Серед заставлених об'єктів трапляються як окремі будівлі (Dem. XLI, 5; Isae. VI, 33), так і земельні ділянки (Isae. XI, 42).

Ставки орендної плати залежали від дохідності майна, що передавалося в оренду, але в середньому коливалися від 6% до 12%. Так, за земельну ділянку вартістю в 7 мін, сплачувалася орендна плата в 54 драхми (7,7% річних), за ділянку в 5000 драхм — 600 драхм (12 %). В одній із промов Ісея мова йде про

[1] Böckh A. Die Staatshaushaltung der Athener. Zweite Aufgabe. Erster Band. : Buch. 1-4 /A. Berlin : Bei G. Reimer, 1851. C.163.

[2] Buchenschutz B. Besitz und Erwerb im Griechischen Alterthumer. Halle, 1869. C. 485.

договір антихрези, коли земельні володіння, оцінені в 2,5 талантів приносили в рік 12 мін орендної плати (8%), а два будинки були здані за 8,5% річних (Isae. XI, 42)[1].

Умови антихрези також визначені в «Дигестах»: «Якщо встановлена антихреза і кредитор введений у володіння маєтком чи будівлею, то він утримує володіння як заставу, поки не буде повернутий борг; а до того часу він отримує замість відсотків прибуток — або здаючи маєток в оренду, або проживаючи в ньому» (тобто від господарського використання маєтку — авт.) («Si antixrysis facta sit et in fundum aut in aedes aliquis inducatur, eo usque retinet possessionem pignoris loco, donec illi pecunia solvatur, cum in usuras fructus percipiat aut locando aut ipse percipiendo habitandoque») (Dig., XX, I, XI, 1). Зауважимо, що антихреза, так само як і у Греції, застосовувалася і для застави рухомого майна — худоби чи рабів. У цьому випадку кредитор отримував прибуток від володіння означеним майном, але приплід від худоби чи діти, народжені рабинею, поверталися в користування позичальника (Paul. Sent. II, V, 2). Що стосується прибутку на наданий капітал, то зазвичай він не перевищував законної відсоткової ставки «сотої» («centesima») в 1% на місяць (12% річних). Цей максимум був прийнятий у I ст. до н. е. і був чинним аж до епохи Юстиніана[2].

Угода антихрези була більш сприятливою для боржника, ніж умовний продаж, бо лишала за ним право власності на заставлене майно. Однак вона теж мала суттєві недоліки, головним з яких була необхідність для особи, яка відчувала необхідність у залученні коштів, втратити на певний час власність, між тим, як кредит часто був потрібен саме для поліпшення цієї власності, зокрема, для покращання обробки землі, переданої в заставу, тощо. Іншим недоліком антихрези була юридична невизначеність щодо того, що може робити кредитор із заставленою нерухомістю у випадку невчасного повернення боргу — ця ж нерухомість передавалася не у власність, а лише у володіння кредитора. Слід було знайти справедливу середину: з одного боку, зберегти за позичальником право власності на заставлену річ, а з іншого — створити в руках кредитора речове право на заставлену річ, визначивши його як право на розпорядження заставою на випадок невиплати боргу.

Цим умовам відповідала згадувана вже іпотека (hypotheca). За умовами цієї угоди, заставлене майно залишалося в користуванні позичальника, який сплачував відсотки від наданого капіталу. У випадку невиплати боргу, претензії кредитора задовольнялися за рахунок коштів, отриманих від продажу заставленого майна.

[1] Buchenschutz B. Besitz und Erwerb im Griechischen Alterthumer. Halle, 1869. C. 485.

[2] Billeter Gustav. Geschichte des Zinsfusses im griechisch-romischen Alternum bis auf Justinian . Leipzig, 1898. C.169.

РОЗДІЛ 1

У Стародавній Греції в іпотеку надавалися земельні ділянки і будівлі. Про іпотеку земельних ділянок довідуємося з промов Лісія (Lys. XXXII, 15) і Демосфена (Dem. XLIX 11; L, 13), а також з написів на боргових каменях «*horoi*». Місто Кіми в Малій Азії позику віддавало в заставу міські споруди (Strab. XIII, 3, 6), а жителі міста Орей на острові Евбея як заставу визначили міські прибутки (Aesch. III, 104)[1]. Вартість застави зазвичай суттєво перевищувала суму позики. У звіті полетів 367/6 року до н.е. містяться відомості щодо продажу будинку такого собі Теосебеса з Ксіпете. Під заставу будинку були в різний час позичені суми у 150, 100 і 24 драхми, всього 274 драхми. Продаж будинку з торгів приніс 575 драхм, тобто приблизно вдвічі більше, ніж сума боргів[2]. Проте зіставлення 2:1 не обов'язкове. Очевидно, багато що залежало від репутації позичальника, наявності грошей у кредитора та інших чинників. Рівень відсоткової ставки в грецьких полісах державою не регламентувався; діяло правило, що законним вважався відсоток, встановлений внаслідок домовленості сторін[3], хоча за гарантованими угодами відсоток був меншим, ніж за тими, які не були забезпечені заставою.

Нарахування відсотків здійснювалося двома шляхами: або у кількості оболів, чи драхм, які слід було сплачувати з позиченої мини щомісячно, або в частині капіталу, яку слід було вносити щорічно. Найчастіше встановлювався відсоток в 1 драхму місячних (12% річних) (Dem. XXVII, 23; XXVIII, 13; Aesch. III, 104), хоча в документах і промовах трапляється відсоток у 5 оболів (10 %) (Dem. XXX, 7)[4], 8 оболів (16 %) (Dem. LIII, 13), 9 оболів (18 %) (Dem. XXVII, 17; Aesch. I, 107; Isae. XI, 42), 10 оболів (20 %) (Lys. XIX, 25)[5], дві драхми (24 %)[6], 3 драхми (36 %) (Lys. XXXVI), а також третина капіталу (Arist. Rhetor. III, 10, 1411a).

Отже, у Стародавній Греції першим видом кредитної угоди, гарантованою нерухомістю, був умовний продаж з правом викупу, який мав назву «prasis epi lisei». Умовний продаж згодом був замінений на інший вид застави нерухомості — договір антихрезу. У Римі антихреза та іпотека були прийняті під впливом греків, і тому їхні умови були близькі до давньогрецьких.

[1] Koranyi K. Powszechna historia państwa i prawa. Warszawa, 1961, T I. C.83.

[2] Buchenschutz B. Besitz und Erwerb im Griechischen Alterthumer. Halle, 1869. C.492.

[3] Böckh A. Die Staatshaushaltung der Athener. Zweite Aufgabe. Erster Band. : Buch. 1-4. Berlin : Bei G. Reimer, 1851. C.163.

[4] Buchenschutz B. Вказана праця. С. 164.

[5] Buchenschutz B. Вказана праця. С. 164.

[6] Buchenschutz B. Вказана праця. С. 157.

1.5.3. Особливості застави в давньоєгипетському праві

Основним джерелами давньоєгипетського права були правовий звичай і нормативно-правовий акт. Найдавніші законодавчі акти до нас не дійшли, але про них згадують у своїх працях давньогрецькі та давньоримські історики. Звичаєве право Стародавнього Єгипту базувалося на релігійному світогляді, яке, у свою чергу, суттєво формулювало значну частину життя цієї держави. За допомогою звичаїв регулювалися цивільні, сімейні, кримінальні правовідносини тощо.

Застава мумії. Щодо цього правового звичаю в історико-правовій літературі містяться доволі суперечливі твердження. Професор Б. Тищик зазначає, що застава мумії батьків, родичів або самого боржника, яких до сплати боргу кредитори не дозволяли поховати, була одним із видів забезпечення виконання зобов'язання у Стародавньому Єгипті, адже згідно з тамтешніми віруваннями без урочистого поховання померлі не могли переселитися в інший світ і продовжувати там життя[1]. Думки інших дослідників вказували на те, що кримінальне покарання загрожувало тому, хто давав під заставу в грошовому зобов'язанні мумію свого предка. Попри наявність певної суперечності в наведених відомостях щодо легального характеру застави мумії, слід все ж таки визнати, що вказана практика існувала не тільки в Єгипті, алле й у деяких інших державах стародавнього світу, де кредитори не дозволяли поховати боржника до повернення боргу[2].

У давньоєгипетських договорах позики часто містилося формулювання про те, боржник зобов'язувався своєчасно повернути борг кредитору, «не сперечаючись із ним жодним словом». Також у разі невиплати боргу кредитор мав право позбавити боржника особистої свободи, перетворивши в раба разом із дружиною та дітьми. Ці варварські порядки частково впорядкував і обмежив у 720–714 рр. до н.е. фараон XXIV династії Бокхоріс, який заборонив поширювати претензії кредиторів на щось інше, крім майна боржника[3]. З огляду на це, обмеження можна припустити, що звичай застави мумії для забезпечення виконання зобов'язання міг втратити своє юридичне значення, у зв'язку з реформою Бокхоріса, а до того часу був легальним правовим інститутом.

Також праву Стародавнього Єгипту був відомий інститут прав на чуже майно, зокрема право земельного сервітуту. Пряме свідчення про право проходу (по землі, що належить іншій особі) було визначено в божественному

[1] Тищик Б. Й. Історія держави і права країн Стародавнього світу. Львів: Світ, 2001. С. 77.

[2] Бедрій М. Звичаєве право Стародавнього Єгипту: деякі історико-правові аспекти. *Історико-правовий часопис.* 2014 №2(4). С.8-12.

[3] Бедрій М. Там само. С.10-12.

суді 20-ї династії[1]. Отже, існували різні правові режими власності — царська, храмова, громадська, приватновласницька. Право власності було непорушним, інакше лише за волею фараона чи Бога. Право власності поширювалось і на свердловини. Право Стародавнього Єгипту регулювало спірні відносини і можливим було виникнення права на чуже майно.

Існувало декілька видів договорів, зокрема міни, займу, найму, купівлі-продажу, оренди, поклажі. Серед речей, які перебували в легальному обігу, продавались і передавалися, були і кліричні посади, які приносили дохід[2].

Зобов'язання, яке має бути виконане в майбутньому, видається дійсним лише в тому випадку, якщо воно або підтверджене присягою, або якщо винагорода за нього вже сплачена. Не виключено навіть, що спочатку вимагалося і те, і інше. Якщо ж хтось хотів передати право власності на річ, не отримавши за неї плату, він повинен був скласти «домашній акт» (достовірний аж до 19-ї династії). Таким чином, безоплатна передача права власності ускладнювалася. Зобов'язання виникали й через спричинення шкоди особі або майну (делікт). Правочини із землею, худобою, рабами вчинялися за ритуалом, участю свідків, у тому числі жерців. Такі контракти зазвичай складалися в суді. Договори та умови купівлі-продажу викладалися письмово з надзвичайною точністю і деталями та потім скріплялися підписами багатьох свідків. Відсотки під позичені суми не повинні були перевищувати суму боргу[3].

Отже, зобов'язальне та договірне право були доволі поширеними та впровадженими у Стародавньому Єгипті. У зв'язку з релігійними віруваннями, вони були сильно формалізовані. Існувала особлива форма застави, а саме застава мумії.

1.5.4. Заставні відносини у Стародавньому Китаї

У правовій традиції Стародавнього Китаю була відома така практика, як передача у заставу сина або доньки. У цій своєрідній країні у тогочасному суспільстві велике значення приділялося правовому забезпеченню виконання зобов'язань. У випадках невиконання зобов'язань боржник був змушений заставляти чи продавати своє майно (передусім землю), віддавати в боргове рабство себе або членів своєї сім'ї[4].

[1] Історія держави і права зарубіжних країн : підруч. для студ. вищ. навч. закл. / за ред. Л. М. Майместкулова. Харків, 2013. С. 20.

[2] Добош Ю. Правовий статус фізичної особи в Стародавньому Єгипті : цивільно-правовий прояв. *Часопис Київського університету права*. 2023. №1. С. 25-29.

[3] Історія держави і права зарубіжних країн. Там само. С. 25.

[4] Бедрій М.М. Правові звичаї Стародавнього Китаю: деякі аспекти регулювання суспільних відносин. *Часопис Київського університету права*. 2015. № 1. С. 15-18.

ПЕРЕДУМОВИ СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТОК ЗАГАЛЬНОГО ВЧЕННЯ ПРО ЗОБОВ'ЯЗАННЯ

За правління династій Цінь і Хань виник правовий звичай, за яким при укладенні цивільно-правового договору заставою виступали син або донька боржника. Кредитор отримував право використовувати заставлену людину на будь-яких роботах до моменту повернення боргу. У разі невиконання зобов'язання дитина боржника ставала рабом[1].

Розвитку цього правового звичаю сприяли кліматичні умови Стародавнього Китаю, де селяни часто ставали жертвою повеней або посушливої погоди. Такі природні обставини змушували давньокитайських селян укладати договори позики на важких і кабальних умовах, які вони не мали права оспорити чи торгуватися з ними. Зубожіння селян призводило до збільшення в державі великої кількості малозабезпечених, зокрема злидарів і розбійників. Такий правовий звичай мав негативне значення для суспільно-правового розвитку Стародавнього Китаю.

Слід зазначити, що звичаєво-правові норми подібного змісту діяли і в інших державах, характерні й іншим народам, у т. ч. українському. Зокрема, українське звичаєве право періоду Середньовіччя дозволяло батькам віддавати неповнолітніх дітей на відробіток їхнього боргу чи навіть продати у холопство. Коли борг батька за договором позики був настільки великим, що він не міг його самостійно відпрацювати протягом свого життя, то для відпрацювання боргу долучалась ще й праця дружини, дорослих і працездатних дітей боржника[2]. Відтак немає підстав вважати, що давньокитайський правовий звичай застави сина (доньки) був лише плодом суворої далекосхідної правової культури.

Отже, правова система Стародавнього Китаю формувалась, насамперед, на основі давньокитайських правових звичаїв, які поступово доповнювалися нормами законодавства та філософським вченням легістів і конфуціанців. Юридичну дію та змістовне наповнення давньокитайських правових звичаїв обумовлювали потреби суспільних відносин, ефективного управління й актуальність у тогочасних умовах. Правові звичаї Стародавнього Китаю були не тільки запорукою правопорядку та виразом народної правотворчості, але й у багатьох випадках мали негативне значення, обмежуючи права його населення в інтересах держави та її керівництва.

1.5.5. Застава в античних державах Північного Причорномор'я

Особливий інтерес та перспективи подальших наукових пошуків у дослідників викликають питання, пов'язані з розвитком стародавніх держав,

[1] Тищик Б. Й. Історія держави і права країн Стародавнього світу. Львів : Світ, 2001. С. 128.

[2] Леонтович Ф. И. Крестьяне Юго-Западной Россіи по Литовскому праву XV и XVI столетий. Кіевъ, 1863. С. 11.

які розташовувалися в Північному Причорномор'ї близько двох тисяч років тому (Ольвії, Херсонесу, Тіри, Боспорського царства). Ці держави були засновані греками-колоністами у VII–VI ст. до н.е., проіснували понад тисячоліття, полишивши глибокі відбитки у правовій культурі населення північнопонтійського регіону пізнішого часу та справили суттєвий вплив на подальший розвиток права багатьох європейських країн.

Практично малодослідженими залишаються основні риси зобов'язального права античних держав згаданого регіону. Підставою виникнення договорів вважалася угода сторін, найважливіші з них укладалися в письмовій формі. Окремо слід наголосити на особливій ролі, яку відігравала релігія. Обов'язковою частиною процедури укладення будь-якого важливого договору був заклик обох сторін до богів, які закликалися у свідки до договору, і мали виступати гарантами дотримання його умов.

Досить поширеними в торгівлі були договори позики, а також літеральні договори, зобов'язання з яких виникає внаслідок фіксації їх у письмовій формі. Тому практикувалося укладання боргових документів — так званих сингрофів та хірографів.

Сингрофа (συγγραφή) — двосторонній письмовий документ, який фіксував факт передачі кредитором певної суми грошей або певної кількості речей боржникові. Вона могла скріплюватися я підписами чи печатками кредитора і боржника (достатньо велику кількість їх виявлено під час розкопок античних полісів Північного Причорномор'я), а також підписами свідків. Після цього документ передавався на збереження трапезитові, за що він отримував певну оплату[1]. Процедура складання синографа була досить складною. При її складанні зазвичай оголошувався зміст договору, що не завжди було бажаним для сторін. Тому в юридичному побуті більшого поширення набула інша форма укладання боргових документів — хірограф — односторонній документ, що укладався самим боржником від власного імені і ним же підписувався.

Позика могла надаватися кредитором під заставу. Як свідчить один з ольвійських написів, з метою знайти вихід із грошової скрути, викликаної гострою фінансовою кризою другої половини III ст. до н.е., держава віддала в заставу лихвареві священні посудини[2]. Відповідно до норм античного звичаєвого права, кредитор (заставодержатель) мав право в разі невиконання боржником (заставодавцем) забезпеченого заставою зобов'язання одержати задоволення з вартості заставленого майна з перевагами перед іншими кредиторами.

[1] Гавриленко О.А. Правова регламентація договору позики в античних державах Північного Причорномор'я. *Вісник Національного університету внутрішніх справ.* Вип.35. Харків : Нац. ун-т внутр. справ. 2006. С. 79-85.

[2] Latyschev V. Inscriptiones antiquae orae septentrionalis Ponti Euxini grecae et latinae. Vol. 1. Ed. 2.№ 32. Petropoli, 1916.

За рахунок заставленого майна заставодержатель набував право задовольнити свої вимоги в повному обсязі, який визначався на момент фактичного задоволення, ймовірно, включаючи відсотки, відшкодування шкоди, неустойкою. Предметом договору застави могло бути майно, що могло бути відчужене заставодавцем і на яке могло бути звернено стягнення[1].

Цікаву інформацію щодо практики укладання договорів позики під заставу, а також про практику виконання зазначених у договорі умов, надає промова невідомого оратора IV ст. до н.е. «Проти Лакріта», включена до корпусу промов Демосфена. Лакріт, який походив з невеликого малоазійського міста Фаселіди, жив в Афінах у середині IV ст. Він був учнем відомого логографа Ісократа та одночасно займався комерційною діяльністю. Лакріт мав брата на ім'я Артемон, який, разом із ще одним своїм співвітчизником Аполлодором, якось вирішив заробити грошей на торгівлі із містами Північного Причорномор'я. Оскільки початкового капіталу в нього не було, він став боржником. У ході здійснення торгівельної операції він порушив умови договору зі своїм позикодавцем, і той звернувся до суду. Справу цю досить детально описано М. В. Скржинською[2]. Вона зауважує, що, з огляду на те, що Артемон до початку суду, який відбувався між 351 та 340 рр. до н.е. помер, а Лакріт успадкував усе його майно, позивач порушив справу проти Лакріта, який відмовлявся відповідати за братові борги. У той час достатнього поширення набула практика, коли заможні елліни, незважаючи на значний ризик (піратство, загибель кораблів від бурі тощо), прагнули примножити своє багатство вкладенням грошей у морську торгівлю. У випадку аварії корабля або захоплення його піратами позикодавець зазвичай втрачав усі вкладені гроші. Але в разі благополучного завершення справи він отримував прибуток у розмірі від 20 до 30%. У свою чергу, купці, які взяли гроші в борг, впадали у спокусу не повертати їх, вдаючись при цьому до різноманітних махінацій. Саме так, очевидно, сталося й у цьому випадку.

Ще один приклад договору позики під заставу (у формі іпотеки та закладу) наводиться у знайденому археологами листі Ахіллодора, що походить з Березані. У ньому йдеться про суперечку між автором листа та якимось Анаксагором, якому було передано як заставу під позику майно Ахіллодора, що складалося із будинків та рабів. Останній же вважав, що він і після цього має право користуватися принаймні частиною цього майна (одним рабом)[3].

[1] Від права античності до права сучасності: Гавриленко О. А. Античні держави Північного Причорномор'я: біля витоків вітчизняного права (кінець VII ст. до н.е. – перша половина VI ст. н.е.) : монографія. Харків: Парус, 2006. С.136

[2] Гавриленко О.А. Правова регламентація договору позики в античних державах Північного Причорномор'я. Вісник Національного університету внутрішніх справ. Вип.35. Харків : Нац. ун-т внутр. справ. 2006. С. 79-85.

[3] Зуц В.Л. Про античну форму власності в Ольвії. *Археологія.* 1971. № 3. С. 24.

Отже, договорам позики, уживаним у юридичному побуті населення античних держав Північного Причорномор'я, були загалом притаманні ті ж риси, які були характерні й для інших еллінських держав античного часу. Їхня специфіка зумовлювалася тут лише конкретно-історичними обставинами того чи іншого періоду. Епоха існування античної цивілізації у Північному Причорномор'ї залишила глибокий відбиток у праві наступних поколінь.

1.5.6. Еволюція розвитку заставних відносин у Стародавньому Римі

Римляни, запозичивши досвід іпотечного кредитування у стародавніх греків, розвинули його далі. Аграрна спрямованість римської економіки сприяла тому, що земля становила відносно велику цінність, внаслідок чого принцип приватної власності на землю отримав ґрунтовне законодавче оформлення. Римські юристи здійснили високий ступінь розробки заставного права вже в царський період існування Риму. Процес адаптації грецького права та вироблення своїх власних правових норм набув широкого розмаху. Заставне право вважалося одним з найстаріших цивільно-правових інститутів, окремі положення якого вже були зафіксовані у Законах XII таблиць, зокрема II та VII таблиці[1]. Беручи за основу текст таблиці VII, можна простежити, що законодавство епохи Царів щодо застави більшою мірою було запозичене із Солонових установлень. Цю позицію можна пояснити тим, що натуральне господарство не передбачало складних конструкцій у законодавстві. У досліджуваний період общинна форма ведення господарства тільки почала перетворюватися в те, що з часом утворило Римську державу.

Історично першою формою застави у Римі була fiducia. Така форма застави забезпечувала повне задоволення інтересів кредитора, оскільки заставне майно переходило у власність кредитора. При цьому кредитор набував статусу власника предмета застави та мав право володіти, користуватися і розпоряджатися ним на свій розсуд, мав можливість відчужувати його без попередньої згоди боржника. При fiducia сторони домовлялися, що боржник взамін отриманих коштів передавав кредитору заздалегідь обумовлену річ. Така домовленість супроводжувалася складанням відповідного договору. Згідно з договором визначалося, що кредитор повинен був передати назад предмет застави в разі виплати боргу боржником. При укладанні цієї угоди було обумовлено, що в разі її порушення з боку кредитора, коли він відмовлявся повернути предмет застави назад боржникові після виконання основного зобов'язання, боржник мав право подати позов (actio fiduciae), звинувачення за яким загрожувало кредитору не тільки обов'язком відшкодувати шкоду, але

[1] Баурда М.М. Законодавче закріплення застави у джерелах римського права. *Актуальні проблеми держави і права*. 2012. Випуск 65. №2. С. 333.

і моральним безчестям (infamia)[1]. Забезпеченням виконання боржником його зобов'язань служила одна з фідуціарних угод (fiducia cum creditore), тобто така, яка заснована на довірі. При цьому боржник передавав за допомогою mantipatio або поступки права до суду річ і право власності на неї кредитору, за умови, що після сплати боргу річ повернеться у власність боржника. Якщо ж борг не виплачувався, кредитор остаточно ставав власником речі, залишав її в себе і міг розпоряджатися нею на власний розсуд.

Проаналізувавши fiducia як форму застави, то відзначимо, що вона відображала суворий характер примітивного кредиту: була односторонньою, тобто забезпечувала лише інтереси кредитора, у зв'язку із чим це призводило до забуття справедливих інтересів боржника[2].

Підсумовуючи, підходимо до висновку, що нерозвиненість державного забезпечення виконання договорів та усна форма їх укладення не могли забезпечити відповідний рівень захисту прав боржника. Вигода від господарського використання заставленого майна часто перевищувала суму закладеного майна. У зв'язку з цим, fiducia зумовила розвиток договору про ручний заклад (pignus).

Розвиток товарного господарства обумовив пожвавлення кредитних відносин та засобів його забезпечення. При pignus боржник передавав річ не у власність кредитора, а у володіння, причому він утримував у себе річ до сплати боргу. Виділивши для забезпечення кредиту річ, боржник одержував згоду кредитора на те, що вона залишиться в його володінні, але буде передана кредитору на першу його вимогу. Безсумнівно, pignus є більш прогресивною формою заставних відносин, оскільки урівнює права та обов'язки кредитора і боржника.

Таким чином, на відміну від fiducia, pignus передбачав лише право володіння предметом застави, що, з економічного погляду, було вигідно для боржника, оскільки він мав можливість використовувати закладену річ у господарській діяльності і тим самим забезпечити повернення боргу.

У грецьких провінціях Риму поступово розвивалася іпотека (hypotheca) як нова форма застави, яка увійшла в обіг між приватними особами завдяки преторському interditum Salvianum і actio Serviana[3]. Ідея іпотеки була реалізована при заставі рухомого майна орендаря чи квартиранта. З розвитком найму квартир та дрібних сільських земельних ділянок встановився звичай, що все привезене з собою квартирантом чи орендарем (меблі, сільськогосподарський

[1] Баурда М.М. Там само. С. 334.

[2] Сайко М.М. Застава нерухомості в Античній Греції та Римі: порівняльна характеристика. *Наукові праці історичного факультету Запорізького національного університету*. 2013. Вип. XXXVI. С. 223-229.

[3] Баурда М.М. Законодавче закріплення застави у джерелах римського права. *Актуальні проблеми держави і права*. 2012. Випуск 65. №2. С. 335.

інвентар чи інше знаряддя) закладалися господареві з метою забезпечення належного виконання обов'язків з найму зі сторони квартиранта або орендаря. Ця форма відносин також мала певні недоліки, зокрема під приводом несправностей з вини квартиранта господарі часто не випускали його речі, чим обмежували можливість пересування. У випадку оренди сільських ділянок становище господарів землі також було нелегким, тому що орендар міг зловживати становищем і вивозити потрібні речі. Для того, щоб надати господарям можливість отримати ці речі, був встановлений особливий інтердикт interditum Salvianum, з метою повернення володіння, наприклад, інвентаря орендаря, який дав його в заставу для забезпечення договірної найманої плати. Цей інтердикт спрямовувався тільки проти самого colonus, а не проти третіх осіб. Власники великих маєтків могли вимагати володіння сільськогосподарським майном дрібних орендарів, якщо вони не виконували зобов'язання за угодою про оренду. Можливість вимагати володіння речами боржників, коли не виконувалися взяті зобов'язання, пізніше була поширена і на багато інших випадків. Так з'явилася іпотека як заставний договір без права володіння закладеною річчю до закінчення терміну повернення боргу.

Заслуговує на увагу і момент існування в Римській імперії поняття генеральної іпотеки, коли заставою слугував не один конкретний об'єкт, а цілий майновий комплекс чи все майно боржника, яке знаходилося в його власності, та законної генеральної іпотеки (підписувалася на основі встановлених норм закону). Генеральна іпотека накладалася не лише на теперішнє майно, але й на те, що буде придбано боржником у майбутньому.

Крім того, в імперії діяли і схожі на сучасні державні соціальні програми напрямки іпотечного кредитування: за роки правління імператора Трояна були створені так звані фонди для підтримки незахищених верств населення: сиріт, жінок, які втратили своїх чоловіків на війні та інших, яким надавалися кредити під заставу на пільгових умовах під 5%[1].

Загалом, саме Римська імперія та її правові норми, засновані на вимогах розвитку економіки того часу, заклали основу для формування іпотечного кредитування сучасності з захистом прав як кредитора, так і боржника.

Отже, інститут іпотеки в римському праві мав дуалістичний характер, який виявлявся присутністю ознак як речового так і зобов'язального права. Іпотека була договором про заставу і одночасно договором гарантії того, що взяті зобов'язання будуть належно виконані. На підставі такої угоди кредитор отримував право після закінчення терміну вимагати володіння закладеною річчю, можливістю її продати і з продажної вартості відняти суму боргу.

[1] Марачевська А.В. Історичний аспект у дослідженні сутності іпотечного кредитування. *Наукові праці Кіровоградського національного технічного університету. Економічні науки.* 2013. Вип. 23. С.287-295.

ПЕРЕДУМОВИ СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТОК ЗАГАЛЬНОГО ВЧЕННЯ ПРО ЗОБОВ'ЯЗАННЯ

1.5.7. Зобов'язальні правовідносини у світлі вчень римських юристів

Перші згадки про зобов'язання у правовому його розумінні з'явились у римському праві завдяки правотворчій діяльності відомих юристів, зокрема в Диґестах Юстиніана зобов'язання (obligatio) визначається таким чином: «Зобов'язання є правовими кайданами, в силу яких ми примушуємось що-небудь виконати згідно з законами нашої держави»; «Сутність зобов'язання є не в тому, щоб зробити нашою яку-небудь тілесну річ або який-небудь сервітут, а в тому, щоб зв'язати перед нами іншого, і він нам що-небудь дав, зробив або надав»[1].

З цього можна зробити висновок, що римські юристи вважали людину вільною до того часу, допоки вона за власною волею не пов'яже себе правовими путами, тобто не вступить у зобов'язання. У римському праві зобов'язання було достатньо складним юридичним поняттям, правовідношенням, у якому сторонами виступали кредитор і боржник, а змістом були їхні права і обов'язки.

Зобов'язання в римському праві полягало у визначенні панівного становища кредитора, що обумовлювало певні дії боржника, проте ці дії були одиничними, вибірковими, проте такими, які могли обмежити свободу вибору особи та спонукати її підкоренню волі кредитора. Проте, загалом характеризуючи зобов'язання в римському праві, не можна дослівно розуміти обмеження свободи як обов'язок боржника підпорядковуватись безпосередньо кредиторові як окремій особі, а лише як підпорядкування нормам права загалом як загальновизнаній системі суспільної поведінки.

Подальший розвиток зобов'язальних відносин спонукає до спроби проведення більш досконалої систематизації. Коли юрист Гай вказував на інші види підстав виникнення зобов'язань, він констатував факт існування зобов'язань, що, з одного боку, не є договірними, а з другого — не можуть бути віднесені до деліктів. Варто зауважити, що в Інституціях Юстиніана відбувається подальше вдосконалення систематизації зобов'язань, де джерела зобов'язальних правовідносин поділяються на чотири категорії: з контракту (ex contracu), ніби з контракту (quasi ex contracu), з делікту (ex delicto), ніби з делікту (quasi ex delicto).

Видатний український філософ Памфіл Юркевич, досліджуючи питання щодо того, якою є ідея права, наводить сентенцію Ульпіана: «Iuris praecepta haec sunt: honeste vivere, alterum non laedere et suum cuique» — настанови права такі: чесно жити, не завдавати шкоди іншому й кожному віддавати належне[2]. Тріада чеснот, що спрямовують саме право на служіння народу, структурно

[1] Горецька Х.В., Фіцик С.О. Особливості зобов'язання як цивільно-правової категорії реципійованої з римського приватного права. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2023. № 1. С.91-93.

[2] Юркевич П. Історія філософії права; Філософія права; Філософський щоденник. К.: Ред. журн. «Український Світ», 1999. С.458.

формує загальні правила поведінки окремих індивідів та їхніх об'єднань у суспільстві. Незважаючи на деякі суб'єктивні елементи, в запропонованій Ульпіаном ідеальній формулі прав було знайдено місце одному з основних інститутів цивільного права — зобов'язанню. Ця сентенція вдало розкриває суть цивільного зобов'язання, спрямованого на відновлення порушених прав.

Підставою виникнення зобов'язання може бути не лише правомірна дія як от договір[1], односторонній правочин чи ін., а й протиправна поведінка особи. Правопорушення, внаслідок якого завдано майнової шкоди, породжує деліктне зобов'язання. Саме за таких умов у цивільних правовідносинах деліктоздатна особа несе позадоговірну відповідальність.

Римські закони належним чином забезпечували правове регулювання деліктних правовідносин. Проте, як зазначав у своєму творі «Про закони» видатний філософ, оратор, політичний діяч Марк Тулій Ціцерон, якщо в часи правління Тарквінія в Римі не було писаного закону про образу честі, то це зовсім не значить, що Секст Тарквіній не переступив віковічного закону, вчинивши насильство над Лукрецією, дочкою Триципітина (традиційно вважається, що це послужило приводом до повстання і вигнання царів)[2]. Адже цей віковічний закон був розумом, який походить із природи (спонукаючи до чесних справ і відвертаючи від злочину), був розумом який починає бути законом не тільки відтоді, коли записаний, а вже тоді, коли виник. А виник він одночасно з божественною думкою. Тому справжній і перший закон (здатний наказувати і забороняти) є прямим розумом всевишнього Юпітера[3]. Цей наочний приклад вказує на період до християнської доби, коли суть справедливості відображав звичай.

Делікт (delictum) — правопорушення, тобто всупереч законові вчинення дії, що завдає шкоди окремій особі, її сім'ї або майну і тягне за собою відповідальність особи, яка вчинила її. Саме відповідальність, що випливає з делікту, поклала початок розвитку зобов'язання (obligacio)[4]. Дослівно delictum походить від лат. de та licere (дозволити), що значить недозволена, протиправна дія.

Особливості історичного становлення, розвитку та правового регулювання інституту деліктних зобов'язань відображені в таких джерелах римського

[1] Гринько С.Д. Договір як підстава виникнення зобов'язань за римським приватним правом. *Електронне наукове видання «Аналітично-порівняльне правознавство»*. 2023. №3. С. 22-26.

[2] Ціцерон, Марк Тулій Про державу; Про закони; Про природу богів / пер. з лат. Володимир Литвинов. К. : Основи, 1998. С.417.

[3] Ціцерон, Марк Тулій. Вказана праця. С. 189.

[4] Безклубий І. Зобов'язання з деліктів у Стародавньому Римі. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка*. 2007. Випуск 76. С.116.

права як Закони XII таблиць (451–450 рр. до н.е.), закон Аквілія (приблизно 286 р. до н.е.), закон Корнелія (Сулли) (81 р. до н.е.), едикти претора Лукулли (76 р. до н.е.), інституції Гая та Юстініана, в інших джерелах.

Загальним для всіх деліктів є те, що вони передбачають наявність протиправних дій та вини правопорушника[1]. З огляду на це, делікт розглядається як одна з підстав для виникнення зобов'язання щодо сплати штрафних санкцій. При цьому не має жодних підстав для розуміння делікту як одностороннього правочину. Вчинення дії за одностороннім цивільним правочином відбувається за волевиявленням однієї сторони та має правомірний характер.

Міра відповідальності винного в делікті характеризувалася багаторазовим збільшенням оціночної вартості заподіяної шкоди. Вона мала карний характер і не була обмежена звичайним відшкодуванням збитків, обумовлених деліктом, на відміну від сучасних норм цивільної відповідальності. Крім штрафних позовів позивач мав право на пред'явлення позовів про відшкодування речі, втраченої в результаті здійснення делікту, які акумулювалися разом з першими[2]. Тобто в основі виникнення і подальшого формування деліктних відносин в Римі лежить ідея помсти за завдану шкоду.

Наслідком неправомірної дії є подвійний інтерес постраждалої особи, який полягав у тому, щоб покарати зловмисника та стягнути з нього заподіяну шкоду.

Діяльність юристів Риму призвела до запровадження компенсаційного механізму щодо відшкодування шкоди, завданої каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я шляхом грошового еквіваленту, що визначався на підставі закону. Це правило було рецепійоване сучасними правовими системами Європи.

Казуїстичний характер стародавнього римського права лежить в основі деліктних правовідносин. Лише та протиправна дія, яка відповідно містилась у нормі закону або преторському праві, визнавалась деліктом. Коло деліктів постійно поповнювалось, але єдиного чіткого визначення делікту не було. До деліктів відносили, наприклад, образу, заподіяння каліцтва, нанесення побоїв, а також дії, які в сучасному праві утворюють склад кримінального злочину — крадіжка, грабіж, навмисне псування чужих речей та майна та інші факти протиправної поведінки. Таким чином, така протиправна поведінка заподіювача шкоди впливала не лише на приватні інтереси потерпілої особи, але й порушувала публічні спокій та інтереси всієї спільноти.

[1] Kaser, Max: Römisches Privatrecht: e, Studienbuch – von Max Kaser, 12 durches Aufl. mit Literaturnachtr,. München: Beck, 1981. P. 200.

[2] Безклубий І. Зобов'язання з деліктів у Стародавньому Римі. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка*. 2007. Випуск 76. С.116.-117.

РОЗДІЛ 1

Право Риму визнавало деліктами лише ті правопорушення, що були визначені в законі або були передбачені преторським правом. Звідси, поділ delicta privata на делікти jus civile та преторські делікти. До деліктів jus civile належали такі: injuria — особиста образа, furtum — крадіжка, rapina — грабіж, damnum injuria datum — неправомірне пошкодження або знищення чужого майна. Надалі в нормах преторського права знайшли своє відображення такі делікти, як: metus — погрози, що змушують іншу особу укласти правочин, dolus — омана, шахрайство, що спрямовані на вчинення юридичних дій, fraus kreditorum — укладення боржником угод спрямованих на зменшення його майна з метою схову цього майна від здійснення стягнення на нього кредиторами.

Деліктна відповідальність, на відміну від договірної, формувалася зовсім за іншим принципом, зокрема за принципом кумуляції[1]. Договірна відповідальність могла бути частковою чи солідарною, тобто кожен з боржників ніс відповідальність або винятково за свою частку, або відповідав повною мірою за заподіяну шкоду, тим самим звільняючи від цього решту співборжників. Деліктна відповідальність при вчиненні делікту кількома особами ніби помножувалась на їхнє число. Кожен з тих, хто заподіяв шкоду, відповідав повною мірою (наприклад, за позовом із крадіжки штраф зобов'язані оплатити в повному обсязі всі злодії, які брали участь в крадіжці)[2].

Захист порушених прав, що випливають з деліктів, здійснювався на підставі розроблених юристами Риму спеціальних позовів.

В інституціях Юстиніана ми знаходимо наступні позови, що випливають з деліктів: а) actio persecutoriae — позов спрямований на відшкодування завданої деліктом шкоди, б) actio poenalis — позов про стягнення штрафу, в) actio mixtae — позов, одночасно спрямований на стягнення штрафу та відшкодування збитків. Судова практика була змушена йти по шляху пошуку необхідного закону, що містив норму, яка регулює відповідний делікт. За преторським правом у відсутності відповідної норми в законі, застосовувався позов за аналогією.

Деліктна відповідальність в Римі, виступаючи мірою державного примусу, здійснює досить важливу юридичну функцію, спрямовану на захист порушених майнових інтересів особи та їх відновлення[3]. Водночас деліктоздатна особа, що несе тягар відшкодування заподіяної шкоди, тим самим відповідно

[1] Гринько С.Д. Підстави виникнення деліктних зобов'язань за римським правом. *Університетські наукові записки.* 2009. №1 (29). С.49-55.

[2] Підопригора О.А. Основи римського приватного права : підручник. К. : Вища шк., 1995. С. 206.

[3] Гринько С.Д. Підстави виникнення деліктних зобов'язань за римським правом. *Університетські наукові записки.* 2009. №1 (29). С.49-55.

зменшує власні статки в розмірі завданої шкоди. Вдало застосувавши процедурний характер деліктної відповідальності, юристам Риму вдалося скерувати дії постраждалої особи на реалізацію принципу справедливості.

Слід зазначити, що римська юриспруденція всупереч тяжінню до класифікацій і систематизації, не приділяла, на перший погляд, значної уваги класифікації засобів забезпечення належного виконання договірних зобов'язань[1]. Причому це стосується не лише ранніх етапів розвитку римського права, але й доби вищих його досягнень.

Так, в Інституціях Гая із засобів забезпечення належного виконання зобов'язань достатньо детально розглядається лише порука як різновид вербальних договорів (Інституції Гая. III.115–127).

Деякі види застави згадуються в різних частинах Інституцій Гая. Наприклад, про давній вид застави — fiducia — ідеться в книзі другій, де вона розглядається як вид прав на чужі речі (Інституції Гая. II.60–61). Більш пізній вид застави — pignus — згадується в декількох випадках: як вид прав на чужі речі (Інституції Гая. II.64), як заставлена річ, що стала предметом неправомірного посягання (вид прав на чужі речі) (Інституції Гая. III.200, 204). Найчастіше ж pignus згадується як засіб забезпечення належного виконання сторонами їхніх прав і обов'язків у судовому процесі або при преторському захисті (вид прав на чужі речі (Інституції Гая. IV.27–29, 31, 147). Проте найдосконаліша форма застави — hypotheca — не згадується взагалі, що можна пояснити тією обставиною, що на той час цей інститут ще не сформувався остаточно.

Завдаток (arrha) згадується лише у зв'язку з висвітленням такого виду консенсуальних контрактів, як купівля-продаж (Інституції Гая. III.139).

Як засіб забезпечення належного виконання зобов'язань практично не застосовується в інституціях Гая штраф (poenae), іноді він описується лише як покарання за делікт (Інституції Гая.III. 189-192).

Отже, на момент написання Інституцій Гая говорити про якусь сформовану систему засобів забезпечення належного виконання зобов'язань ще не можна: окремі види таких засобів згадуються в різному контексті і не піддані класифікації.

Як свідчить аналіз Інституцій Юстиніана, із засобів забезпечення належного виконання зобов'язань достатньо детально тут знов-таки врегульована лише порука.

Однак норми про неї вміщені в різних частинах Інституцій Юстиніана, залежно від того, який вид зобов'язань чи взагалі правовідносин вона обслуговує. Зокрема, порука як засіб забезпечення належного виконання зобов'язання

[1] Гринько С.Д. Система зобов'язань за римським приватним правом та її рецепція в Україні. *Університетські наукові записки*. 2008. №4 (28). С. 104-108.

опікунами і піклувальниками регламентується нормами книги першої, присвяченої, головним чином, правовому становищу осіб (Інституції Юстиніана. I.XXIV.1–2). Порядок установлення відносин поруки і головні особливості відповідних правовідносин регулюються в тій частині Інституцій, де йдеться взагалі про засоби встановлення і особливості вербального зобов'язання, різновидом якого є порука (Інституції Юстиніана. III.XX).

Крім того, особливості поруки як засобу належного виконання прав і обов'язків учасниками цивільного процесу окремо регулювалися положеннями книги четвертої Інституцій, яка частково присвячена регулюванню зобов'язань, а частково — питанням процесуального права (Інституції Юстиніана. IV. XI)[1].

Характерно, що до переліку засобів забезпечення належного виконання зобов'язань тепер не потрапляє fiducia, яка згадується лише як підстава законного правонаступництва (Інституції Юстиніана. III.II.8). Натомість pignus згадується частіше і вживається в різних значеннях, відображаючи різноманітні відтінки відносин застави (Інституції Юстиніана. I.XXIV.3; II.VIII.1; III. XIII.4; IV.VI.7 та ін.). Крім того, з'являються норми, присвячені такому складному виду застави, як hypotheca, що є заставою нерухомості із залишенням заставленого майна у володінні заставодавця (Інституції Юстиніана. II.VI.14 ; IV.VI.7; IV.XI.4 та ін.).

З'являються згадки про роепае (штраф) як засіб забезпечення належного виконання зобов'язань, причому вони розміщені поміж норм, що регулюють загальні положення зобов'язань (Інституції Юстиніана.III.XIX.19 та ін.). Натомість зникають норми про завдаток[2].

Римському праву були відомі часткові, солідарні та кореальні зобов'язання з множинністю осіб. Крім того, розмежовувались зобов'язання з активною та пасивною множинністю. У процесі розвитку римського приватного права відмінність між солідарними та кореальними зобов'язаннями була усунена, і залишились солідарні зобов'язання, які є близькими до солідарних зобов'язань у їхньому сучасному розумінні[3].

Отже, в римському приватному праві особливого значення надавалося деліктним зобов'язанням, основне призначення яких юристи вбачали в забезпеченні охорони і захисту майнових та особистих немайнових прав фізичних і юридичних осіб. Вони були найпершим видом зобов'язань з моменту їх

[1] Єсіпова Л.О. Способи забезпечення зобов'язань у римському приватному праві (до Інституцій Юстиніана). Актуальні проблеми держави і права. 2008. С. 156-159.

[2] Харитонов Є.О. Приватне право у Стародавньому Римі. Одеса : АО БАХВА, 1996. С.156.

[3] Гринько С.Д. Система зобов'язань за римським приватним правом та її рецепція в Україні. *Університетські наукові записки.* 2008. №4 (28). С. 104-108.

виникнення, запроваджені для компенсації майнових втрат, понесеної потерпілим шкоди від вчинення делікту.

У римському праві для кожного приватного делікту встановлювалася низка вимог (ознак), яким він повинен був відповідати для настання юридичного наслідку. Виникнення приватного делікту завжди пов'язувалося із наявністю шкоди, оскільки вважалося, що «шкода є деліктом», протиправною дією або бездіяльністю, причинно-наслідковим зв'язком, виною. Водночас для окремих приватних деліктів встановлювалися винятки із загального правила про умови їх виникнення. Подібний підхід до ознак цивільного правопорушення, що є умовами виникнення деліктних зобов'язань, спостерігаємо в сучасному цивільному праві України[1].

Під ознаки деліктів Стародавнього Риму furtum і damnum injuria datum підпадали випадки завдання шкоди не лише майновим благам, а також життю і здоров'ю, оскільки з ними юристи пов'язували майнові втрати потерпілої особи[2]. Тому відповідальність за такі делікти наставала у формі відшкодування витрат на поховання, лікування, втраченого заробітку або утримання тощо. На подібних засадах формуються сучасні підходи щодо деліктних зобов'язань внаслідок завдання шкоди життю і здоров'ю в Україні[3].

Превентивне значення деліктних зобов'язань римські юристи вбачали в тому, що загроза необхідного відшкодування шкоди у випадку її завдання іншому сприяє утриманню від вчинення шкідливих дій. Римська ідея про виконання превентивної функції деліктних зобов'язань відтворена у цивільному праві України, оскільки небезпека перед необхідністю відшкодування завданої шкоди вбиває стимул до посягання на чужі блага з корисною метою та породжує бережливе ставлення до чужого майна. Таким чином, деліктні зобов'язання не виконують самостійної господарської функції, як, наприклад, інститути власності, договору, спадкування; а забезпечують безперешкодне виконання зазначеними інститутами їх призначення.

Вищезазначене дозволяє зробити такі висновки:

1. Стародавній світ вважається особливим періодом в історії розвитку людства, який склався в умовах своєрідного суспільства, яке могло домінувати над державою. Характерною рисою стародавніх цивілізацій є господарський порядок, заснований на приватногосподарських відносинах. У найбільш

[1] Гринько С. Д. Простий випадок (casus) як підстава звільнення від деліктної відповідальності за римським приватним правом і законодавством України та європейських країн. *Приватне право і підприємництво*. 2012. С. 175- 178.

[2] Гринько С. Д. Формування концепції деліктних зобов'язань у праві стародавнього Риму. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. Серія «Право». 2015. Випуск 34. Том 1. С. 81-87.

[3] Гринько С. Д. Зобов'язання, що виникають внаслідок завдання шкоди особі, за правом Стародавнього Риму. *Університетські наукові записки*. 2014. №2 (50). С. 69-78.

повній формі про характер і зміст соціально-економічних відносин, що сформувалися у Стародавній Месопотамії, можна судити на основі Законів вавилонського царя Хаммурапі, які були написані на кам'яних стовпах, розміром з людину.

Право *застави* розглядалося у Вавилоні як «кредиторське» право, оскільки воно залежало від існування дебіторської заборгованості. У силу застави кредитор (заставодержатель) мав пряму владу на предмет застави та право на монетизацію речі. Заставу розглядали як вид речового права, яка також була поширеним способом забезпечення виконання зобов'язань. Інститут застави функціонував у формі як ручна застава, при якій володіння річчю переходило до кредитора.

2. Найбільш детально в давньогрецькому праві, зокрема в Афінах, були розроблені зобов'язальні відносини. Вирізняли зобов'язання, які виникали із договорів і зобов'язання з делікту, — заподіяння шкоди, тобто добровільні та примусові зобов'язання. Основою виникнення договорів вважалася угода сторін, що не вимагала особливої формальності.

До реформи Солона невиконання договірних зобов'язань тягло за собою особисту відповідальність боржника — боргове рабство. Виконання договору забезпечувалося завдатком, поручительством третіх осіб та заставою. У заставу боржник міг давати рухомі або нерухомі речі. Прибутки від рухомої речі кредитор присвоював собі як відсотки за позичене.

Особливе значення в історії Афін мала застава землі — іпотека, закладена земля залишалася у володінні і користуванні боржника, який не мав права нею розпоряджатися. У разі невиконання боржником зобов'язання закладена земля переходила до кредитора, який міг її продати. Першим видом кредитної угоди, гарантованою нерухомістю був умовний продаж з правом викупу, який мав назву «prasis epi lisei». Відповідно до цієї угоди позичальник передавав кредитору з правом зворотного викупу нерухоме майно, вартість якого є не меншою, ніж зобов'язання. Кредитор, надаючи позику, ставав власником наданого йому в гарантію майна, але ця власність була умовною, неповною, бо за умови виплати в обумовлений термін боргу право власності на зазначене майно поверталося попередньому власнику. Кредитор не міг продати майно без згоди боржника, чи хоча б без його відома. Позичальник брав заставлене майно в оренду, а розмір орендної плати нараховувався з суми боргу.

Умовний продаж згодом був замінений на інший вид застави нерухомості — договір антихрезу. Договір антихрези — це договір, за яким боржник передавав заставу нерухоме майно кредитору, дозволяючи використовувати та володіти заставленим майном замість відсотків за позику.

3. Право Стародавнього Єгипту мало свої особливості, оскільки тісно пов'язане з релігією та міфами. Закони, декрети, накази фараонів містили детальні приписи про право власності, його форми, а також щодо володіння та розпорядження нерухомим майном. Так, передбачався особливий порядок передачі землі, який передбачав оплату, вступ у володіння, а також проведення сакрального обряду. Одним із видів забезпечення виконання зобов'язання у Стародавньому Єгипті практикувалася застава мумії батьків, родичів або самого боржника, яких до сплати боргу кредитори не дозволяли поховати. Згідно з тамтешніми віруваннями без урочистого поховання померлі не могли переселитися в інший світ і продовжувати там життя. Практика застави мумій існувала не тільки в Єгипті, але й у деяких інших державах стародавнього світу, де кредитори не дозволяли поховати боржника до повернення боргу. Ці варварські порядки частково впорядкував і обмежив у 720–714 рр. до н. е. фараон XXIV династії Бокхоріс, який заборонив поширювати претензії кредиторів на щось інше, крім майна боржника. Також праву Стародавнього Єгипту був відомий інститут прав на чуже майно, зокрема право земельного сервітуту. Правочини із землею, худобою, рабами вчинялися за ритуалом, участю свідків, у тому числі жерців. Об'єктом договору позики були речі, худоба, раби, продукти, зерно тощо. Повернення боргу забезпечував боржник та його родичі. Способами забезпечення виконання цього зобов'язання було рабство; мумії родичів; застава, яку забирати самим собі було не можна, бо це робили урядовці й селяни; нарахування відсотків на несплачену позику; побиття боржника палицею або боргова кабала.

4. Побут і культура античних держав Північного Причорномор'я мали багато спільного зі способом життя та культурою всього античного світу. Під впливом давньогрецької культури поширилася грамотність, уявлення про державу та право, а також відчувався вплив римського права шляхом рецепції. Право перебувало під впливом звичаїв місцевого населення. Одним із важливих інструментів зобов'язального права виступали правочини. Надзвичайно поширеними в античному світі були договори купівлі-продажу, і, зокрема у північно-причорноморських державах, оскільки протягом майже всього їхнього існування в них велася активна внутрішня та зовнішня торгівля. Найважливіші договори укладалися в письмовій формі, зокрема так званих синграфів та хірографів. Виконання договорів забезпечувалося завдатком, поручительством третіх осіб або заставою. Предметом договору застави визначалося майно, що могло бути відчужене заставодавцем і на яке могло бути звернено стягнення.

Особливе значення мала застава землі — іпотека. При іпотеці закладена земля залишалася у володінні та користуванні боржника, позбавленого права

розпоряджатися нею. При невиконанні зобов'язання боржником закладена земля переходила до кредитора. Закладені рухомі речі знаходилися у володінні кредитора, що міг їх продати, якщо боржник не виконав зобов'язання.

Таким чином, правовими та літературними джерелами засвідчується, що існувала достатньо розвинена система норм зобов'язального права в державах Північного Причорномор'я, причому основи договірного права були загальними для більшості еллінських полісів. Правові традиції держав античної цивілізації лягли в підґрунтя правового розвитку населення ранньосередньовічних міст. Античні елементи спостерігаються також у правовій культурі населення Південно-Східної Європи більш пізнього періоду. Як показало наше дослідження вивчення еволюції іпотечних відносин створює добре підґрунтя для розуміння і подальшого вивчення кредитних відносин у майбутньому, а також сприяє більш чіткому розумінню особливостей соціально-економічного розвитку країн стародавнього світу.

5. З плином часу у Стародавньому Римі, у зв'язку з територіальним розширенням, ускладненням економічних відносин, виникла потреба в розробці та застосуванні різних форм застави. Перші форми застави забезпечували інтереси лише кредитора і зовсім не враховували інтереси боржника, зокрема fiducia. Більш пізні та досконалі форми застави, такі як іпотека, рівною мірою стоять на захистів інтересів як кредитора, так і боржника. Крім угод, звичаїв і законів джерелами іпотеки були також заповіти і судові рішення. У класичному праві предметом іпотеки могли бути тільки матеріальні речі. Згодом іпотечні права поширилися також на нематеріальні речі. Предметом іпотеки були цілі майнові комплекси, і навіть все майно певної особи.

6. Римські юристи широко застосовували у своїй правотворчій діяльності метод системного аналізу, що дозволило їм розробити власну систему зобов'язального права та зобов'язань зокрема. У римському приватному праві деліктні зобов'язання виховували громадян у дусі бережливого ставлення як до чужих майнових і немайнових благ, так і до особистого майна і здоров'я. Це виявлялося тоді, коли під час розгляду вимоги про відшкодування шкоди, разом із поведінкою завдавача шкоди, повинна бути прийнята до уваги і поведінка потерпілого. Аналогічне значення надається поведінці потерпілого і сьогодні: шкода, завдана потерпілому внаслідок його умислу, не відшкодовується; якщо груба необережність потерпілого сприяла виникненню або збільшенню шкоди, то залежно від ступеня вини потерпілого розмір відшкодування зменшується.

Оскільки інститут зобов'язання був одним з основних інститутів римського приватного права, римське зобов'язальне право стало фундаментом європейських національних правових систем. Його норми пронизують зміст

багатьох кодифікованих актів (Французький цивільний кодекс, Німецьке цивільне уложення та ін.), протягом не одного тисячоліття вони діяли в якості чинних правил в національному праві, що привело до їх визнання населенням в якості власного надбання.

Римська юриспруденція увійшла в історію не лише з огляду на теоретичну ґрунтовність розробки багатьох правових інститутів, але й сформувалася завдяки практичній діяльності, тому категорія «зобов'язання», що виникла в римському приватному праві як один з його ключових інститутів, на сьогодні використовується в багатьох сферах суспільного життя, в тому числі в різних галузях права.

РОЗДІЛ 2

ОСНОВНІ ПРОБЛЕМИ ТЕОРІЇ ТА ПРАКТИКИ ДОГОВІРНИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ

2.1. Сучасна концепція договірного права в контексті наближення правопорядків України та ЄС

Договірне право є важливою складовою приватного права всіх правових систем — як національних, так і наднаціональних. Співпраця України та ЄС, що розпочалась із 1994 року, щорічно посилюється, що визначає необхідність оновлення національного приватно-правого регулювання. Хоча в цьому контексті важливо відзначити, що договірне право ЄС не є сталим, воно також перебуває в процесі системного удосконалення, зважаючи на розширення компетенції ЄС у цій сфері. Але водночас сучасне договірне право ЄС концептуально перебуває у стадії стагнації, де, з одного боку, розширюється правове регулювання за окремими договорами на рівні ЄС, а з іншого — в межах інституцій ЄС не віднайдено єдиного бачення концепту договірного права за обсягом та змістом. Але тим не менше, на сьогодні в ЄС напрацьована низка актів м'якого права, де врегульовано загальні положення про договори.

Питання договірного права на рівні національного регулювання та регулювання ЄС неодноразово ставало предметом ннаших наукових розвідок[1]. І в межах цієї монографії маємо на меті лише узагальнити окремі із викладених позицій, що сформовані нами на цьому етапі нашого наукового дослідження.

[1] Димінська О.Ю. Уніфікація договірного права ЄС: pro et contra. *Eurasian Academic Research Journal*. 2016. №4. С. 20-27; Димінська О.Ю. Правова природа окремих принципів договірного права ЄС. *Університетські наукові записки*. 2016. № 2 (58). С. 213-219; Димінська О. Ю. Співвідношення процесів гармонізації та уніфікації договірного права ЄС. *Університетські наукові записки*. 2016. (60). С. 133-138. URL : http://nbuv.gov.ua/UJRN/Unzap_2016_4_18; Димінська О.Ю. Перспективи гармонізації договірного права ЄС Право.UA. *Науково-практичний журнал*. 2017. №3. С. 132-137; Димінська О.Ю. Правова природа CESL у контексті гармонізації договірного права. *Університетські наукові записки*. 2018. № 3-4. С. 219-229; Черняк О.Ю., Абросімов С.А. Оновлення парадигми договірного права в контексті рекодифікації цивільного законодавства України. *Науковий вісник публічного та приватного права*. 2020. Випуск 6, Том 2. С. 48-52; Черняк О.Ю. Форма договору в контексті європеїзації цивільного законодавства України. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету*. Серія «Юриспруденція». 2022 № 56. С. 117-120. URL : http://www.vestnik-pravo.mgu.od.ua/archive/juspradenc56/25.pdf; Черняк О.Ю. До питання про джерела національного правового регулювання договірних відносин в умовах євроінтеграції. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2022. № 6. С. 54-58. URL : http://pjv.nuoua.od.ua/v6_2022/10.pdf; Черняк О. Ю. Захист учасників договірних відносин в контексті наближення правопорядків України та ЄС. *Міжнародний науковий журнал «Інтернаука»*. Серія «Юридичні науки». 2023. № 8. URL : https://www.inter-nauka.com/uploads/public/16959664246569.pdf; Cherniak O., Panchenko S., Stefanchuk M., Kiryk A., Fedorenko T. Requirements for Contract's Form According to Ukrainian and EU Laws. *Cuestiones Políticas*. 2023. №41(79), 113-127. URL : https://doi.org/10.46398/cuestpol.4179.08

ОСНОВНІ ПРОБЛЕМИ ТЕОРІЇ ТА ПРАКТИКИ ДОГОВІРНИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ

На сьогодні приватне право в усьому світі перебуває в процесі постійної гармонізації та уніфікації, що зумовлено наближенням правопорядків країн, що мають тісні економічні зв'язки, а також регіональних утворень, які мають на меті спростити та удосконалити механізми реалізації та захисту приватних прав усіх учасників правовідносин. ЄС як особливе наднаціональне утворення не є винятком, зважаючи на бажання максимального розширення свободи руху товарів та послуг.

Значна частка дослідників вказують на тенденцію «європеїзації приватного права», що ще декілька десятиліть тому видавалась недоцільною та неможливою для приватно-правової сфери[1]. Спостерігається посилення європейського впливу на національне приватне право. Крім окремих директив і регламентів, ведеться складна робота над спільними актами у сфері європейського договірного права[2], що свідчить про всеосяжність нормотворчості в ЄС. Пояснити таку тенденцію можна очевидно розширенням компетенції ЄС та напрацюванням таких механізмів правової регламентації приватно-правових норм, які, з одного боку, будуть сприяти їхній уніфікації або ж гармонізації на різних рівнях, а з іншого боку, не обмежуватимуть компетенцію та особливості національних правопорядків країн, що входять до складу ЄС та третіх країн, з якими ЄС має тісні економічні, політичні та інші зв'язки.

Однак варто також вказати на неоднозначність сприйняття процесу європеїзації приватного права як самими інституціями ЄС, так і науковцями. У політичних і академічних колах йдуть гострі дискусії з цього питання. На зміст цього процесу накладають свій відбиток особливості структури і функціонування ЄС, розподіл компетенції між його інституціями та державами-членами, закріплені установчими договорами. Крім того, окремі автори, вказуючи на загрози та негативні наслідки європеїзації договірного права, апелюють до несумісності рівнів добробуту європейських країн, неоднаковість внутрішнього розподілу доходів у межах кожного суспільства, навіть у тих країнах, що характеризуються приблизно однаковим рівнем валового внутрішнього продукту на одиницю населення. Тому вважається небезпечним запровадження єдиних механізмів з розподілу витрат за договорами, відшкодування шкоди, що може призвести до того, що країни з нижчим рівнем доходів будуть мати в цьому випадку виключно витрати від адаптації національного договірного законодавства із законодавством ЄС[3].

[1] Basedow Jurgen. Il diritto privato europeo – chimera o realta? Studi in Onore di Pietro Rescigno I. 1998. Milano, S. 133–144

[2] Christian von Bar. Hans Schulte-Nolke. Gemeinsamer Referenzrahmen für europäisches Schuldund-Sachenrecht. ZRP, 2005, P. 165–168

[3] Juan José Ganuza, Fernando Gomez. Realistic Standards: Optimal Negligence with Limited Liability. The Journal of Legal Studies. 2008. Vol. 37, 2, p. 577-594

Однак слід зазначити, що ЄС є одним із найкращих прикладів успішної гармонізації в різних сферах. Рішення ЄС, прийняті через директиви та регламенти, є прикладом гармонізації, оскільки вони повинні бути транспоровані в національні правові системи держав-членів. Вони можуть бути перенесені в законодавство і мають гнучкість у застосуванні національними органами влади в державах-членах з різними правовими системами, що дозволяє встановлювати правові норми, які враховують закони та традиції цих держав-членів. Водночас необхідно констатувати, що сьогодні різні правовідносини в межах договірного права (захист прав споживачів, укладення окремих видів контрактів тощо) розпорошені у великій кількості актів ЄС, що не завжди сприяє їх правильному та повному застосуванню. Також, незважаючи на зростаючі темпи гармонізації протягом останніх десятиліть, включаючи питання доцільності створення єдиного кодифікованого акта на рівні ЄС, існує, однак, низка правовідносин, які регулюються на рівні національних правових систем, але не мають відповідного правового механізму на рівні ЄС. Це, зокрема, стосується загальних договірних положень, які наразі майже не існують у правовій системі ЄС і містяться лише в «soft law» (DCFR, PECL). А, зважаючи на різні правові системи, що мають місце в ЄС, неоднаковість тлумачень таких положень подекуди може сприяти навіть неможливості укладення того чи того договору.

У цьому контексті слід також зазначити, що гармонізація відрізняється від уніфікації. З одного боку, підтримуючи порядок, що заснований на повазі до правових традицій держав-членів, гармонізація спрямована на усунення відмінностей між різними законами, забезпечення координації та встановлення стандартів, а також наголошує на добровільній участі зацікавлених сторін. Уніфікація, з іншого боку, замінює наявну правову систему новим правовим порядком і спрямована на зближення різних правових систем, а не на імплементацію правових рішень. Загальні принципи, що регулюють створення різних правових систем, можуть бути об'єднані шляхом інтеграції, гармонізації та уніфікації[1].

Якщо говорити про уніфікацію договірного права ЄС, то варто вказати, що, залежно від політичної ситуації в межах ЄС, за останнє десятиріччя доцільність чи недоцільність її проведення є предметом жвавих обговорень як на рівні інституцій ЄС, так і на рівні наукової спільноти.

На сьогодні основним завданням дослідницької групи з розробки Європейського цивільного кодексу є запровадження такого ефективного правового механізму, який би забезпечив пошук комбінування альтернативних

[1] Paisey Catriona. Paisey Nicholas J. Harmonisation of company law: Lessons from Scottish and English legal history. *Management Decision*. 2004. vol. 42:8, P.1037-1050

методів визначення загальних принципів і засад договірного права в національних правових системах і традиційних методів уніфікації як завершальної стадії, що повинна привести до прийняття обов'язкового нормативного акта. Форма такого інструменту ще і досі обговорюється. Деякі автори переконані в тому, що спосіб повного об'єднання матеріального приватного права є на сьогодні обтяжливим і непрактичним, і тому кодекс повинен йти перевірений часом шляхом загальних принципів. Інші ж автори дивляться далі і стверджують, що ЄС не має достатньої юридичної сили для прийняття будь-якого складного цивільного кодексу[1]. Однак на сьогодні такий процес призупинений. Причиною того стала певна криза існування ЄС в цілому, а також весь період виходу Великої Британії зі складу ЄС.

Незалежно від того, якої форми набуде уніфікація і які б застереження не виникали при її впровадженні, вважаємо, що це є правильним інструментом для боротьби з правовою невизначеністю шляхом створення відповідного інструментарію регулювання договірних відносин, який принесе користь усім потенційним учасникам. До прикладу, PECL та DCFR (Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference) намагалися встановити збалансоване правило між різними правовими системами на основі Віденської конвенції про договори міжнародної купівлі-продажу товарів та Принципів УНІДРУА. Це не означає, що правила укладання договорів, викладені в PECL та DCFR, сформовані на основі поєднання або переважання шляхом вибору найбільш сприятливих правил або тих, що є спільними для різних правових систем. Навпаки, ці закони є власними спеціалізованими системами, побудованими на основі забезпечення комерційних відносин між державами-членами ЄС під впливом сучасної торговельної практики та надання власного автономного тлумачення правил міжнародної торгівлі відповідно до принципів однаковості та добросовісності.

Слід також зазначити, що процес уніфікації договірного права ЄС є непростим і пов'язаний зі значними економічними, політичними та часовими витратами. Для того, щоб успішно розвивати та впроваджувати спільне європейське право у сфері договірного права, інституціям ЄС необхідно зібрати достатню кількість достовірних даних про реальність регульованих відносин, оцінити альтернативи для кожного інституту договірного права, виявити ймовірний вплив запроваджуваних норм на усіх учасників відносин. А що дуже важливо, не лише розробити єдиний акт, але й вкласти в нього певний політичний капітал з погляду інформування усього професійного та непрофесійного суспільства в доцільності існування такого акта. Хоча варто

[1] Димінська О.Ю. Перспективи гармонізації договірного права ЄС Право.UA. *Науково-практичний журнал.* 2017. №3. С. 132-137

відзначити, що Україна при розробці нових актів або ж навіть на сьогодні в процесі рекодифікації також стикається з роз'яснювальної компанії з доцільності цих змін, і цей шлях є очевидно ускладненим. Тому можна лише уявити складність такої комунікації в межах міждержавного утворення з великою кількістю суб'єктів. Однак це не повинно бути причиною для відмови від ідеї єдиного договірного права ЄС.

Незважаючи на всі перешкоди, вважаємо, що глобально процес європеїзації договірного права вийшов на новий вимір завдяки специфічним законодавчим методам, таким як: гармонізація та уніфікація. Відмінності в правових системах, які, безумовно, збільшують витрати міжнародної торгівлі, повинні бути обмежені уніфікованими рішеннями, запровадженими в національному законодавстві. Правові норми та основоположні принципи договірного права відіграють важливу роль не лише економічне значення, але й є вагомими фундаторами єдиної європейської правової ідентичності. Незважаючи на численні перешкоди, вважаємо, що процес розвитку уніфікації європейського права має більше переваг, ніж недоліків. Це пояснюється тим, що тільки за таких умов можна говорити про формулювання модельного європейського права, яке б спростило і вдосконалило систему договірного права ЄС, а не перешкоджало її розвитку.

Для того, щоб замінити важливі галузі права новим змістом і методами, необхідно враховувати як політичні, економічні, так і соціальні фактори. Це пов'язано з тим, що уніфікація договірного права ЄС, а не адаптація конкретних правових норм, змінить структуру європейського правопорядку і може вплинути на переконання, сприйняття і загальні цінності ключових суб'єктів цієї системи.

Цілком очевидно, що створення єдиної інтеграційної структури відповідає або має відповідати формування єдиного правопорядку ЄС. Це знаходить своє підтвердження в запровадженні єдиного правого поля ЄС[1]. Однак ми переконані, що у структурі європейського правопорядку важливу роль відіграє не лише право ЄС, але й національні правопорядки, які мають глибинний вплив на формування права ЄС.

У зв'язку з цим, важливо зазначити таке. Звичайно, в юридичному плані перехід до єдиного інтеграційного об'єднання, модернізація правової системи і становлення єдиного права ЄС тісно пов'язані і є певним кроком вперед у процесі інтеграції. Однак слід зауважити, що за зовнішньою єдністю ЄС зберігаються значні відмінності в порядку здійснення повноважень ЄС, залежно від сфери їх застосування, оскільки процедури прийняття рішень і порядок

[1] Димінська О.Ю. Особливості європейського правопорядку в системі міжнародних, регіональних та національних правопорядків. *Науковий вісник Ужгородського національного університету.* Серія «Право». 2016. №3. С. 218-220.

їх виконання є неоднорідними, що пов'язано з різними видами компетенцій, які розподілено між ЄС та країнами-членами. Тому, підкреслюючи важливість уніфікаційних або ж гармонізаційних процесів у межах договірного права, слід констатувати складність цього процесу з погляду узгодження всіх правопорядків.

Незалежно від того, в якій формі буде існувати в майбутньому договірне право ЄС, Україна на сьогодні взяла на себе низку зобов'язань з впорядкування національного законодавства відповідно до законодавства ЄС. Це стосується і приватного права. Саме це стало одним із чинників виникнення потреби рекодифікації цивільного законодавства України.

У процесі останньої кодифікації цивільного законодавства в Україні, як і в інших країнах-республіках колишнього Союзу РСР, загальні положення про договір були виділені в окремий розділ ІІ Книги п'ятої. Як зазначають автори, таке рішення на той час було цілком виправданим, з огляду на необхідність кардинально переглянути роль договору в регулюванні приватних відносин і місце цієї юридичної конструкції в системі цивільно-правових інструментів. На зміну тоталітарним методам впливу на економічні відносини мали прийти ринкові механізми правової регламентації, серед яких договір посідає пріоритетне місце.

Таке вирішення проблеми, безумовно, відіграло свою позитивну роль — договірні конструкції органічно увійшли в цивільний оборот і стали потужним фундаментом для запровадження і побудови ринкової економіки. Видова систематика цивільних договорів останні десятиліття динамічно розвивалася: з'явилися нові види і типи договірних конструкцій[1].

Як зазначається в Концепції рекодифікації, нормативний масив Книги п'ятої ЦК України на етапі оновлення повинен бути орієнтований передусім на ідеї, закладені у фундаментальних актах гармонізації європейського приватного права, зокрема на DCFR, а також на PECL[2].

Книга II DCFR охоплює визначення договору, положення про автономію волі під час укладення договору, форми договору, етапи його укладення, питання недійсності, в тому числі підстави недійсності, регламентує переддоговірні обов'язки, тлумачення договорів. Принциповим для рекодифікації ЦК є вирішення питання про місце положень, які присвячені регламентації саме договору, насамперед, які положення доцільно перенести до Книги першої (до глави 16), розширивши її зміст наявністю положень щодо договору

[1] Кузнєцова Н.С., Захватаєв В.М. Сучасні тенденції правового регулювання договірних відносин у гармонізованих актах європейського приватного права. Рекодифікація цивільного законодавства України: виклики часу: монографія / за заг. вид. Н. С. Кузнецова. Одеса : Видавничий дім «Гельветика». 2021, С. 319-340.

[2] Концепція оновлення Цивільного кодексу України. Київ : Видавничий дім АртЕк., 2020. С. 119.

як юридичного факту, враховуючи, що саме договори складають найбільший сегмент у загальному обсязі правочинів. Вочевидь, невипадково в DCFR Книга II присвячена договорам та іншим юридичним актам (тобто юридичним фактам), а Книга III — зобов'язанням та відповідним правам[1].

У цьому контексті варто зазначити, що координаційною групою з розробки DCFR було ухвалено рішення з приводу того, що Книги II та III повинні охоплювати питання, врегульовані в PECL, — загальні положення про договори та інші юридичні акти, а також загальні положення про договірні та (у багатьох випадках) інші зобов'язання. Для координаційної групи було досить складно вирішити, як ці питання мають бути поділені між Книгами і яку назву матимуть ці книги до моменту, поки у DCFR не було вирішено питання щодо розмежування та змісту термінів «договір» та «зобов'язання». Як результат — Книга II стосується договорів та інших юридичних актів (як вони здійснюються, тлумачаться, наслідки недійсності, визначення змісту), тоді як Книга III присвячена регулюванню обов'язків, що стосуються сфери дії DCFR як договірних, так і позадоговірних, і кореспондуючих із ними прав[2].

Особливістю DCFR є чітке розмежування між договором, що розглядається як вид правочину (вид юридичного акту), і правовідносинами, які зазвичай включають групи взаємних прав та обов'язків, що виникають з нього. У Книзі II договори розглядаються як юридичні акти; Книга III стосується прав та обов'язків, що виникають із договорів як юридичних актів, а також позадоговірних прав та обов'язків. У цьому контексті структурний поділ, який у PECL тільки мався на увазі, у DCFR виражений прямо. Фактично щодо договорів та договірних зобов'язань, DCFR дотримується природного «хронологічного» порядку: спочатку переддоговірна стадія, потім укладання договору, право на відмову від договору, представництво (у разі, якщо договір може бути укладений представником), підстави недійсності, тлумачення, зміст та наслідки договору, виконання, способи захисту на випадок невиконання, множинність осіб на стороні боржника та кредитора, зміна осіб у договорі, зарахування вимог (зустрічне виконання) та збіг боржника та кредитора в одній особі та строк давності. Це той самий порядок, що простежується в PECL. Єдина відмінність полягає в тому, що в DCFR окреслено межі між нормами, що стосуються договорів як правочинів (укладення, тлумачення, недійсність, зміст та наслідки договору), та нормами про права й обов'язки, що виникають із

[1] Там само.

[2] Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Articles and Comments [Interim Edition, to be completed]. Edited by Christian von Bar, Eric Clive and Hans Schulte-Nölke. URL : https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/EUROPEAN_PRIVATE_LAW/EN_EPL_20100107_Principles__definitions_and_model_rules_of_European_private_law_-_Draft_Common_Frame_of_Reference__DCFR_.pdf (data access : 12.10.2023)

договорів. На цій межі починається нова Книга, а до неї включена глава про обов'язки та кореспондуючі з ними права в цілому. Така зміна виправдана не лише тому, що відмінності між договором і правами та обов'язками, що виникають з нього, існують; такий підхід допомагає чітко усвідомити це, але й тому, що дозволяє на початку Книги III визначити главу, що включає норми, яким складно знайти інше місце, такі як, наприклад, норми про умовні та строкові права та обов'язки[1].

Більшість тексту DCFR становлять «модельні норми». Прикметник «модельні» вказує на те, що вони запропоновані не як загальнообов'язкові зразки, а як правила «soft law», на зразок PECL та аналогічних публікацій. Звісно, можна припустити, що така позиція пояснюється тим, що можна використовувати окремі правила як зразок для законотворчості, наприклад, для згладжування протиріч Acquis Communautaire. Однак вважаємо, що така практика має також іншу мету — максимально розширити свободу учасників договірних відносин у побудові конкретних договірних конструкцій.

У зв'язку з цим, цікавою є конструкція Книги IV DCFR, що містить комплекс модельних норм про окремі види договорів і прав та обов'язків за ними. У сфері свого застосування ці правила розширюють і конкретизують загальні положення (Книги I–III) і в необхідних випадках відступають від них або регулюють відносини, що не торкнулися ними. Структура цієї книги відрізняється від традиційної вітчизняному ЦК України структури, де визначаються загальні положення з договір про купівлю продаж, виконання робіт та послуги. Книга IV DCFR містить положення про купівлю-продаж (Part A: Sales); оренду речей (Part B: Lease of goods); послуги (Part C: Services) (будівельний підряд, обробка, зберігання, підряд на виконання проєктних робіт, інформаційні та консультаційні послуги, медичні послуги); доручення (Part D: Mandate contracts); агентські договори, франчайзинг та дистрибуція (Part E: Commercial agency, franchise and distributorship); договір позики (Part F: Loan contracts); особисті забезпечувальні зобов'язання (Part G: Personal security); дарування (Part H: Donation).

Така позиція розробників всіх актів «soft law» у сфері контрактного прав обумовлена високим рівнем свободи договору, що підкреслена в них, і визначення лише окремих договірних конструкцій пояснюється їхньою складністю та важливістю захисту учасників договірних відносин з них.

Також важливе значення на сьогодні має відхід від зарегульованості питань, пов'язаних із формою договору, без розподілу на окремі вимоги до форми договорів для різних видів учасників цивільних відносин. Виняток на

[1] Черняк О.Ю. До питання про джерела національного правового регулювання договірних відносин в умовах євроінтеграції. *Прикарпатський юридичний вісник.* 2022. № 6. С. 54-58.

сьогодні роблять європейське законодавство та акти «soft law лише для обмеженого кола договорів (письмова форма є обов'язковою для умов безпеки користування продукцією для споживачів, для договорів дарування тощо), що зумовлено необхідністю захисту інтересів учасників таких договорів.

Здебільшого питання форми договору в межах права ЄС розглядається через тлумачення змісту принципу свободи договору. Існує декілька аспектів свободи як основоположного принципу в приватному праві. Як правило, свобода договору включає свободу вибору контрагента, змісту та форми договору[1]. Це основні ідеї, визначені в DCFR і PECL. Таке ж значення свобода договору має в Принципах УНІДРУА. Сторони також можуть домовитися про можливість зміни умов договору в будь-якій формі, яка буде відрізнятись від форми самого договору, або його припинення в будь-який момент. Виняток на сьогодні роблять європейське законодавство та акти «soft law» лише для обмеженого кола договорів (письмова форма є обов'язковою для умов безпеки користування продукцією для споживачів, для договорів дарування тощо), що зумовлено необхідністю захисту інтересів учасників таких договорів[2].

Складність формування європейського контрактного права зумовлена, в першу чергу, типами правових систем. Незважаючи на те, що континентальна та загальна системи мають спільні риси щодо укладання договору через традиційний поділ на два волевиявлення (оферту та акцепт), — існують також розбіжності, які, на перший погляд, здаються неможливими до кореляції, які також стосуються самого розуміння договору та його форми. У результаті в межах PECL та DCFR, на підставі Віденської конвенції про договори міжнародної купівлі-продажу товарів та Принципів УНІДРУА було досягнуто набору правил, збалансованих між різними правовими системами. Це не означає, що правила формування договору, визначені в PECL та DCFR або весь їхній текст були створені на основі з'єднання або домінування шляхом вибору найбільш відповідних норм, або правил, що є загальними для різних правових систем. Навпаки, вказані акти свідчать про свою специфічну систему; вони побудовані на основі забезпечення комерційних відносин між державами-членами ЄС під впливом розвиненої торговельної практики та на основі надання власної автономної інтерпретації правил міжнародної торгівлі відповідно до принципів уніфікованості та добросовісності.

Принцип свободи форми в цьому контексті передбачає, що оферта та акцепт необов'язково мають бути в письмовій формі. Крім того, у статті 2:101

[1] Димінська О.Ю. Правова природа окремих принципів договірного права ЄС. *Університетські наукові записки.* 2016. № 2 (58). С. 213-219.

[2] Черняк О.Ю., Абросімов С.А. Оновлення парадигми договірного права в контексті рекодифікації цивільного законодавства України. *Науковий вісник публічного та приватного права.* 2020. Випуск 6. Том 2. С. 48-52.

PECL формальні вимоги до укладення договору скорочуються таким чином, що договір вважається укладеним, якщо сторони мають намір бути юридично зобов'язаними та досягти достатньої згоди без будь-яких додаткових вимог.

Це означає, що договір може бути укладено без наявності формальних та типових вимог системи загального права (обговорення та звичаю). Така свобода також відповідає загальному принципу, втіленому в Принципах УНІДРУА.

Контракти, які регулюються PECL та DCFR, не підпадають під будь-які вимоги щодо форми чи доказів для визначення їх дійсності, ефективності або наявності договірних волевиявлень. Договір може бути укладений в усній або письмовій формі, в тому числі шляхом електронного листування.

У статті 2:101 PECL чітко зазначено стосовно цього, що договір не повинен бути укладений чи засвідчений у письмовій формі, а також не підлягає будь-яким іншим вимогам щодо форми. Договір може бути підтверджений будь-якими засобами, включаючи свідків. Відповідно ст. II.-1:106 DCFR вказує, що для укладення, складання або підтвердження договору чи іншого юридичного акта не потрібна письмова форма, якщо стосовно форми не встановлено жодних вимог.

В окремих випадках типові правила самі вимагають певної формальності (наприклад, письмової форми або письмової форми на довговічному носії) для конкретного юридичного акта, а національні закони часто вимагають письмової форми або інших формальностей, особливо щодо окремих об'єктів, зокрема земельних ділянок та іншого нерухомого майна. Однак, за ідеєю розробників, вказівка на такі винятки не виправдана в межах досліджуваних актів, оскільки це випливає із загального принципу, що спеціальні положення переважають над більш загальними (ст. I.–1:102 DCFR). Будь-який законодавець, який використовує типові правила, звичайно, має право визначати обов'язковість письмової форми чи будь-якої іншої формальності щодо укладення стосовно будь-якого типу договору. Однак важливим є встановлення основного загального правила, згідно з яким формальних вимог немає, якщо інше не передбачено законом.

Так, принцип свободи форми поширений у країнах континентальної системи, хоча на сьогодні системи загального права стали менш суворими щодо вимог щодо укладення договорів в письмовій формі. У більшості країн ЄС не вимагаються письмові чи інші формальності для дійсності договору. Це стосується, зокрема, Франції, Данії, Швеції, Фінляндії, Греції, Німеччини, тощо. У законодавстві Польщі визначено принцип свободи договору, за яким договір не повинен бути укладений чи засвідчений письмово, а також він не підпадає під будь-яку іншу вимогу щодо форми. Проте існують законодавчі вимоги щодо форми певних договорів. Такими формами є письмова, письмова з офіційним засвідченням дати, письмова з нотаріальним засвідченням

підписів, нотаріальний акт. Вимога форми може виконувати різні правові функції, наприклад, для обґрунтованості дії, для доказування дії або для спричинення конкретних наслідків дії. Інші обмеження можуть бути встановлені також самими сторонами (ст. 76 Цивільний кодекс Польщі).

Певні застереження щодо форми також трапляються в законодавстві країн ЄС. Так, до прикладу, якщо відповідач не є комерційним суб'єктом, суди у Франції не визнають підтвердження договору на суму понад 1500 євро, якщо він не укладений у письмовій формі. Відповідно до ст. L.110-3 Комерційного кодексу Франції дозволяється усне засвідчення договорів, укладених між суб'єктами господарювання. Бельгія та Люксембург мають схожі правила щодо підтвердження факту укладення договору у зіставленні із його ціною.

В італійському правопорядку не є допустимим, за окремими винятками, доказування свідками укладення договору для договорів на визначену суму. Крім того, Цивільний кодекс Італії у ст. 2724 передбачає, що доказування свідками є прийнятними у всіх випадках, коли є письмові докази prima facie; якщо для сторони за договором було морально або матеріально неможливо забезпечити будь-які письмові докази; коли договірна сторона випадково втратила підтверджуючий документ.

Одним із випадків, у яких може виникнути формальна вимога щодо форми договору, є певні односторонні зобов'язання щодо пожертви. Низка правових систем встановлюють формальні вимоги в таких випадках, щоб надати докази того, що обіцянка була дійсно виконана («функція доказування») і мала бути юридично обов'язковою і водночас таке унормування націлене на додаткове обдумування сторонами щодо укладення таких договорів і покладення на себе зобов'язань, які можуть виявитись обтяжливими чи неможливими до виконання. Таке унормування визначено в DCFR в межах Книги IV, частині H щодо пожертви.

Важливість письмової форми в межах досліджуваних актів встановлюється також для договорів, що укладаються із споживачами (ст. IV.G.–4:104 DCFR), причому для частини таких відносин на рівні ЄС вже встановлена вимога щодо обов'язкової письмової форми для переддоговірних відносин.

Схожі вимоги містяться в Кодексі Європейського договірного права (European contract code — ECC) щодо форми договору. Ст. 34 ECC вказує на наслідки недотримання форми договору, яка передбачена законодавства. У ст. 37 передбачається свобода форми договору, де сторони, які попередньо домовились про певну форму договору, коли це не суперечить нормам національного правопорядку, повинні дотримуватись цієї форми при укладенні договору. Також окремими нормами ECC визначено особливості письмової форми для договорів щодо нерухомого майна, дарування тощо.

Однак ЕСС є актом приватно-правової уніфікації, який на сьогодні висуває найжорсткіші вимоги щодо форми договору (порівняно з нормами DCFR). Засади договірної свободи щодо форми договору визначені не так всеохоплююче і встановлюють, що обмеженням підлягають договори купівлі-продажу щодо нерухомого майна, договори дарування та інші договори, що мають особливе значення і форма договору сприяє додатковому захисту інтересів сторін за такими договорами (ст. 34 ЕСС).

Однак у ст. 185 ЕСС вказується, що немає особливих вимог щодо форми договору купівлі-продажу рухомих речей. Відповідно у ст. 37 ЕСС вказується на обов'язковість укладання договору в письмовій формі лише в тому випадку, якщо це було погоджено сторонами. В іншому для договору купівлі-продажу застосовується принцип свободи форми, де виражати договір в особливій формі не є обов'язковим. За винятком випадків і для цілей, які прямо передбачені правилами ЕСС. По суті, ідентичні вимоги містять у ст. 11 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) та ст. 6 Common European sales law (CELS).

Варто лише відзначити застереження ст. 36 ЕСС щодо мети доказування факту укладення договору. Цією нормою встановлені вимоги щодо вартості такого договору (5000 євро) або ж встановленої законом форми акта на підтвердження укладення договору.

Отож, по суті, формальні підходи (за певними дуже вузькими виключеннями) до визначення форми договору містяться в законодавство більшості країн-членів у тому сенсі, що немає загальних вимог щодо письмової чи іншої форми. Однак типові правила, встановлені PECL та DCFR в цілому вимагають формальності в меншій кількості конкретних випадків, ніж багато законів. На наше глибоке переконання, формальні вимоги можуть перешкоджати якості економічних відносин та можуть дозволити сторонам уникнути зобов'язань без поважних причин. Звісно, більшість систем розробили механізми для обмеження невиправданих ухилень від письмової форми договору, але кращим підходом, як нам видається, є спрямування таких формальних вимог на випадки, коли вони дійсно необхідні, надавши перевагу та значення принципам свободи та безпеки договору.

Правове регулювання форми договору в українському правопорядку в основному полягає в установлених вимогах до неї та наслідків їх порушення. Завдання відповідних вимог полягає в тому, щоб вони були спроможні більш визначено фіксувати відносини контрагентів, зняли всі можливі підстави для спорів у майбутньому щодо самого факту укладення договору та змісту його умов.

РОЗДІЛ 2

За наявності додаткових вимог договори можна укладати лише в певній формі (формах). Жорстка правова регламентація форми договорів безсумнівно має чимале значення як для самих сторін, а також для всього цивільного обороту. Передбачені законом вимоги до форми договору дозволяють точніше, об'єктивніше фіксувати відносини сторін за його умовами, що покликано сприяти реальному та належному виконанню договору в майбутньому, оминаючи невизначеності щодо тих чи тих умов договору та навіть самого факту укладання договору. Деякі правові норми надають акту фіксації договору публічного характеру. З цим пов'язаний державний контроль за його виконанням на користь третіх осіб, допомога сторонам у з'ясуванні правових наслідків, вчинених ними юридичних дій, а також інформація зацікавлених осіб про укладені договори. Однак, на нашу думку, в сучасних умовах України варто говорити про тенденцію розширення свободи форми договорів, згідно з якою до сторін висуваються мінімальні формальні вимоги при формуванні своїх правовідносин. Причиною необхідності такого розширення є те, що будь-яка додаткова вимога до форми договору об'єктивно призводить до ускладнення та уповільнення процедури укладання договору. Звичайно, коли мова йде про передачу у власність нерухомого майна чи інші ускладнені об'єктом чи стороною договори, ми не будемо стверджувати доцільність спрощення форми такого договору. Ми лише говоримо про переважну більшість договорів за участю фізичних та юридичних осіб, що за своєю природою можуть бути підтвердженими або ж вартістю, або ж супровідними документами чи діями, які вказують на факт укладення та виконання такого договору.

Основні положення про форму договору містяться у Цивільному кодексі України від 16.01.2003 р., який є суттєво оновленим порівняно з Цивільним кодексом УРСР 1963 р., однак він не лише не вирішив наявних проблем, а й заклав підґрунтя для створення нових.

Так, зі спеціальної статті, яка стосується форми правочину, законодавець вилучив посилання на поділ письмової форми на просту та нотаріальну, вказавши у ч. 1 ст. 205 ЦК України, що «правочин може вчинятися усно або в письмовій (електронній) формі».

Вимоги до письмової форми встановлені ст. 207 ЦКУ. При цьому передбачається два способи письмового оформлення правочинів: 1) фіксація змісту правочину в одному документі; 2) фіксація змісту правочину в кількох документах, у листах, телеграмах, якими обмінялися сторони.

Варто погодитися із С. О. Теньковим у тому, що всі документи, які супроводжують договір, поділяються на дві групи: 1) документи, що стосуються факту укладення договору, тобто підтверджують його письмову форму;

2) документи, що стосуються виконання вже укладеної угоди. У зв'язку з цим, необхідно розрізняти письмові (або електронні) документи, що самі по собі є письмовою формою договору, і документи, які є письмовими доказами факту існування спірного договору в усній формі[1]. Основною ознакою, за якою можна віднести ті чи ті документи до першої чи другої групи, є їхня можливість існувати самостійно. Як пояснює М. М. Великанова, якщо конкретний документ опосередковує певну операцію, що витікає з конкретного договору, в цьому випадку це буде документ другої групи. Якщо цей документ відображає всі істотні умови договору, це буде документ першої групи[2].

Для того, щоб вважати ті чи інші документи письмовою формою договору, ці документи мають містити всі істотні умови такого договору і з них має випливати, що сторони погодили ці умови. І в цьому контексті ми стикаємо із ще однією застарілою, на нашу думку, концепцією істотних умов договору, що притаманна національному правопорядку і відсутня в європейських актах.

У ч. 4 ст. 639 Цивільного кодексу України під назвою «форма договору» містяться положення, які врегульовують питання обов'язковості нотаріального посвідчення договору у випадках, коли сторони попередньо домовилися про таке посвідчення. Крім того, в ч. 1 ст. 54 Закону України «Про нотаріат» залишилось посилання на «обов'язкову нотаріальну форму». Така непослідовність законодавця призвела до широкої дискусії серед науковців та практиків щодо існування в чинному законодавстві поділу письмової форми договору на просту та нотаріальну.

Крім того, відповідно до ч. 3 ст. 640 ЦК України «Договір, що підлягає нотаріальному посвідченню, є укладеним з дня такого посвідчення».

Привертають увагу також уточнення та доповнення до Цивільного кодексу України, які відбулися у 2015 р. і пов'язані з використанням інформаційних технологій при підготовці та укладенні правочинів, оскільки аналіз практики свідчить про помітні зрушення в бік спрощення укладення правочинів. Зокрема, з'явилася можливість вчиняти договори та інші правочини в електронній формі, яка передбачає фіксацію умов угоди не на папері, а за допомогою електронних документів, ознайомлення з якими обов'язково має супроводжуватися використанням спеціального обладнання. Відтак виникає електронна форма правочину, що зумовило внесення змін до статей 205 та 207 Цивільного кодексу України. Також Законом України «Про електронну комерцію» запроваджені такі поняття, як: «електронна торгівля», «електронний правочин», «електронний договір» тощо.

[1] Теньков С. О. Коментар судової практики з господарських справ. К. : Юрінком Інтер, 2004. С. 231.

[2] Великанова М. М. Теоретичні питання укладення цивільно-правових договорів. *Юридичний вісник. Повітряне і космічне право.* 2011. № 1. С. 57-61.

Однак необхідно вести мову не просто про електронну форму правочину, а про формування нової категорії, яка є наслідком формування інформатизації суспільства. Таке забезпечення можливості вчиняти правочини в електронній формі, без укладення паперових договорів, присутності сторін при його укладенні тощо є лише «перехідним» етапом та дає підґрунтя (основу) для формування правочинів «нового типу» (так званих «розумних» контрактів, які частіше позначаються терміном «смарт-контракти»).

Як справедливо зазначає І. В. Давидова, в результаті поширення інформаційних технологій звичні (традиційні) правочини трансформуються в електронні правочини, смарт-контракти тощо, які суб'єкти права зможуть укладати без особистого контакту, паперових текстів договорів, особистих (власноручних) підписів тощо. Це нова фаза розвитку, переломний момент, який має відбутися не лише у сфері технічного забезпечення можливостей такого укладення правочинів, але й у свідомості кожної особи[1].

Як зазначається в Концепції рекодифікації цивільного законодавства, необхідно переосмислити положення про форми правочину, адже неможливо ігнорувати науково-технічний розвиток, який посприяв появі інтернет-банкінгу, смарт-контрактів, е-комерції тощо. У цьому сенсі буде звернута увага на те, щоб сформулювати сучасні підходи до розуміння та регулювання форм, у яких можуть існувати правочини, у зв'язку із чим пропонується звернути увагу на положення про письмову форму та підпис, які містяться у ст.ст. I.-1:106, I.-1:107; а також про обчислення строків (ст. I.-1:110) Книги I «Загальні положення» DCFR.

Розуміючи всю складність доведення факту укладення договору, а також виконавської дисципліни, що має місце в нашій державі на противагу європейському праву та європейській договірній традиції, ми все ж таки будемо відстоювати позиції, що вимоги до форми договору мають бути спрощені в тому розумінні, що сторони самостійно мають вирішувати питання про таку форму. На сьогодні ті реалії, що є в Україні щодо електронних цифрових підписів, електронного документообігу стверджують лише про те, що сторонам окремих договорів, що мають різну юрисдикцію чи місцезнаходження, складно швидко та оперативно укладати договори і відповідно їх виконувати, зважаючи на вимоги щодо форми договору.

Також українська правова традиція має практику особливої регламентації умов договору, де встановлено юридичні наслідки для договору в цілому в разі відсутності істотних умов договору.

[1] Давидова І. В. «Договори» та «правочини» в умовах рекодифікації цивільного законодавства. *Шерешевські читання. Оновлення цивільного кодексу України*: концептуальні засади : матер. Всеукр. наук.-практ. конфер. (Одеса, 11 груд. 2020 р.) / за заг. ред. Є. О. Харитонова. Одеса : Фенікс, 2020. С. 17–21

DCFR в межах ст. II.-9:101 визначено, що умови договору можуть бути прямо чи опосередковано встановлюватись угодою сторін, правовими нормами або практикою, яка склалась у взаємних відносинах сторін, або звичаями ділового обороту. Можна констатувати, що європейське договірне право не оперує поняттям істотних умов договору (в розумінні цивільного законодавства України), залишаючи обсяг та зміст умов договору на розсуд сторін, але не виключає можливість регулювання тих чи інших умов договору нормативними актами. Такі норми можуть бути як спеціальними для окремих видів договорів, так і загальними.

Європейське контрактне право визначає також такі особливі умови договору, як переддоговірні заяви сторін, що визнаються умовами договору; умови договору, визначені мовчазною згодою сторін; умови договору, визначені третьою особою.

Зокрема, DCFR (ст. IV.C.-2:102) передбачає, що переддоговірні заяви сторін, вчинені до укладення договору, розглядаються як такі, що містять умову договору, якщо інша сторона має всі підстави вважати, що така заява зроблена з метою включити таку умову в договір, у випадку його укладення. Зміст та форма таких заяв мають різницю залежно від виду договору, особливо це стосується застережень про переддоговірні умови у договорах із споживачами, оскільки споживач серед іншого має право на інформацію про продукцію, що має характер переддоговірного права в більшості випадків.

У межах ЄС особлива увага приділяється дотриманню принципу безпеки договірних зобов'язань. Необхідність принципу безпеки в договірному праві в цілому можна пояснити можливими загрозами учасникам договірних відносин, що можуть виявлятись в загрозах порушення їхніх прав та інтересів (як майнових, так і немайнових), а також порушення їхнього певного правового статусу. Безпека, зокрема, при перспективному плануванні виконання зобов'язань, може бути під загрозою невизначеності результатів укладеного договору або ж його невиконання (неналежного виконання) контрагентом. Це може бути викликано як відсутністю ефективного правового регулювання тих чи інших відносин, а також свідомими (або несвідомими) діями (бездіяльністю) контрагента, які, по суті, одна зі сторін договору припустити не може[1].

У Принципах УНІДРУА основними складовими договірної безпеки визначено такі:

(1) обов'язкова сила договорів (крім випадків, коли виконання договору в силу сформованих обставин може негативно впливати на сторону договору) (ст. 1.3). Така ж норма визначена у Зводі Сентрал (ст. IV.1.2), у ст. II.-1:103 DCFR;

[1] Гармонизация договорного права / Белоусов Ю. В., Бек Ю. Б., Дыминская Е. Ю. и др. ; под ред. У. Хелльманна, С. А. Балашенко, Ю. В. Белоусова. Хмельницкий : Хмельницкий университет управления и права, 2015. С. 113.

(2) сумлінність виконання зобов'язань (ст. 1.7 Принципів УНІДРУА, ст. I.1 Зводу Сентрал, ст. I.-1:103 DCFR);

(3) юридична сила договору (спеціальні умови, визначення в договорі, пов'язані з тлумаченням, недійсністю або виконанням) (ст. 1.3 Принципів УНІДРУА, ст. I.10 Зводу Сентрал, ст. I.-1:103 (1), II.-7:301, II.-7:302 DCFR).

У DCFR також визначена ще одна складова договірної безпеки – наявність достатніх засобів (в поєднанні з забезпеченням виконання) для відшкодування невиконання договірних зобов'язань[1]. Із викладеного можна зробити висновок, що значна складова принципу безпеки побудована на вимогах до певної виконавської дисципліни учасників договірного відношення і напрацювання реальних механізмів захисту таких учасників, якщо таке правовідношення не виконується.

Не заглиблюючись у теорії правової природи способів та засобів захисту прав та інтересів учасників договірних відносин, варто в межах цього дослідження проаналізувати окремі способи захисту, викладені в DCFR та зіставити їх з національною правовою системою.

Серед інших визначено такий спосіб, як повідомлення про встановлення додаткового строку виконання (ст. III.-3:103 DCFR, ст. 8:106 PECL, ст. 7.1.5 Принципів УНІДРУА). За умови невиконання обов'язку кредитор має право надати боржнику додатковий строк виконання у вигляді повідомлення. Протягом додаткового строку кредитор може призупинити виконання своїх зустрічних обов'язків і також наділений правом вимагати відшкодування збитків, проте він не має права користуватись іншими засобами захисту. Фактично таке правило відображає зміст принципу сумлінності виконання договору.

Якщо кредитор отримає від боржника повідомлення про те, що боржник не виконає зобов'язання в такий строк, або ж якщо після закінчення такого строку зобов'язання не виконане належним чином, кредитор має право застосувати інші засоби захисту. Тобто у випадку, якщо кредитор має підстави вважати, що боржник не виконає таке додаткове зобов'язання вчасно, він має право припинити договірні відносини повністю або ж частково. Варто припустити, що така процедура повідомлення боржником про неможливість виконання обов'язку, може бути досить ефективною у зв'язку з тим, що кредитор матиме можливість вирішити припиняти договір з боржником чи надавати йому можливість можливість виконати зобов'язання на інших умовах. Така процедура, з одного боку, дозволяє кредитору давати боржнику

[1] Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition. Edited by Christian von Bar, Eric Clive and Hans Schulte-Nölke. URL : https://sakig.pl/wp-content/uploads/2019/01/dfcr.pdf (data accessed: 27.10.2023)

реальну можливість виконати зобов'язання або ж виправити неналежне виконання зобов'язання без кредитора. З іншого ж боку, така можливість є гарним прикладом всієї концепції договірного права ЄС, де важливим є реальне виконання договору та надання всіх можливих варіантів захисту та дії для всіх учасників договірного правовідношення. Процедура повідомлення може також використовуватись, коли виконання договору відбувається у строк, але з незначними відхиленнями від встановлених у договорі вимог. У такому разі кредитор не матиме право на припинення договору, проте направлення повідомлення може все ще виконати корисну функцію інформування боржника, що кредитор все ще готовий прийняти належне виконання зобов'язання та надає боржнику останній шанс, перш ніж кредитор вимагатиме відшкодування збитків, пов'язаних із неналежним виконанням договору. Для окремих країн (Франція, Бельгія) така система повідомлення про продовження строків чи зміну умов може бути ускладненою при застосуванні, оскільки припинення договору в таких правопорядках можливе лише через суд. Водночас судова система цих країн визнає можливість одностороннього припинення договору шляхом повідомлення про це контрагента. У деяких країнах, де дозволено припинення договору простим повідомленням без попереднього попередження, законодавчо закріплено правило про запобігання раптовій зміні намірів кредитором. У Великій Британії, до прикладу, є правило, яке свідчить, що така відмова можлива лише через попереднє повідомлення про змінені вимоги.

Щодо вітчизняної правової системи, то вона не передбачає таких повноважень кредитора, вказуючи обмежені можливості зі зміни та розірвання договору в межах ст.ст. 651–654 ЦК України, що значно обмежує, на нашу думку, реальність виконання договору як такого і націлює лише на правові засоби в межах істотного невиконання умов договору боржником.

Звільнення від відповідальності через перешкоди (impediment) (переклад авт., дослівний — О.Ч.) (ст. III.-3:104 DCFR, ст. 8:108 PECL, ст. 7.1.7 Принципів УНІДРУА, ст. VI.3 Зводу CENTRAL). Цей засіб захисту боржника визначає наслідки, коли подія, яка зіставляється із помилкою чи відповідальністю боржника, перешкоджає тому, щоб боржник належним чином виконав зобов'язання (форс-мажор). Фактично така норма є у всіх правових системах з деякими модифікаціями. Водночас зазначене правило не є обов'язковим. Сторони договору можуть змінити розподіл ризику неможливості виконання зобов'язання або в цілому або щодо особливої перешкоди (особливо в разі надання послуг з перевезення вантажів різними видами транспорту). Крім того, відповідно до правила, що конкретні норми переважають більш загальні положення, спеціальними правилами про виникнення ризику для деяких

договірних відносин може бути змінено суб'єкта, на якого відповідно покладатиметься або не покладається така відповідальність[1].

Таке звільнення від відповідальності може мати місце щодо будь-якого зобов'язання, в тому числі грошового. Термін «перешкода» у значенні DCFR та PECL покриває всі види подій (природні, державні обмеження, дії третіх осіб). Ст. VI.3 Зводу CENTRAL точніше визначає перелік таких перешкод (війна, як оголошена, так і ні; громадянська війна чи інший збройний конфлікт воєнного чи невоєнного характеру; інтервенція з боку однієї чи кількох держав; терористичні акти; саботаж чи піратство; страйк чи бойкот; дії уряду або інших державних органів, як законні, так і незаконні; блокада, облога або введення санкцій; нещасні випадки; пожежі; вибухи; епідемії; природні катаклізми, такі як шторм, циклон, ураган, землетрус, селі, повені, посуха тощо). Водночас в окремих випадках сторони, укладаючи договір, не можуть знати про існування такої перешкоди, яка вже є (наприклад, сторони могли б укласти договір чартеру судна, яке вже затонуло, але їм було про це невідомо). У такому разі наслідки договору слід розглядати в аспекті укладення договору на підставі помилки.

Можливі також випадки, коли боржник докладає всіх розумних зусиль щодо виконання зобов'язання, але певна непередбачена перешкода поза контролем боржника запобігає досягненню результату. У такому випадку звільнення від відповідальності не буде, оскільки не буде жодного виконання у принципі. Можуть, проте, виникнути випадки, коли перешкода сприяє тому, щоб боржник доклав розумних зусиль для виконання зобов'язання, і тому може претендувати на застосування норми про звільнення від виконання. Однак боржник не звільняється від відповідальності за невиконання обов'язку, що виник на підставі договору чи іншого юридичного акта, якщо від нього можна було розумно очікувати, що він враховував усі перешкоди на момент виникнення такого обов'язку (тобто фактично боржник мав би володіти достатніми знаннями та інформацію, щоб у момент укладення договору розуміти, чи існує така перешкода, що не дасть йому змоги виконати обов'язок за договором. Це знову ж таки свідчить про бажання європейських правотворців зробити договір таким, щоб він виконувався і щоб сторони одразу з моменту виникнення переддоговірних відносин розуміли, який обсяг обов'язків на них буде покладено й оцінювали спроможність їх виконання, що відповідно відповідатиме очікуванням контрагента від договору.

Якщо перешкода, що звільняє боржника від відповідальності, має тимчасовий характер, боржник звільняється від відповідальності на період існування

[1] Черняк О. Ю. Захист учасників договірних відносин в контексті наближення правопорядків України та ЄС. *Міжнародний науковий журнал «Інтернаука». Серія «Юридичні науки»*. 2023. № 8. URL : https://www.inter-nauka.com/uploads/public/16959664246569.pdf

такої перешкоди. Однак якщо протермінування виконання становить суттєве порушення, кредитор може реагувати на нього відповідним чином. Якщо перешкода, що звільняє боржника від відповідальності, має постійний характер, обов'язок припиняється, а разом із ним припиняється зустрічний обов'язок.

У ст. 7.1.7. Принципи УНІДРУА також мають норму, яка визначає можливість стороні скористатися правом припинити договір або призупинити виконання, або вимагати сплати відсотків річних, незважаючи на дію будь-яких перешкод.

Ст. 617 ЦК України містить схожу норму, що стосується звільнення від відповідальності боржника за наявності випадку або ж непереборної сили, однак, на нашу думку, вона потребує свого уточнення як з точки зору тлумачення та розширення кола таких обставин, так і з погляду наслідків для договору, коли боржник докладає або ж не докладає зусиль щодо виконання договірного обов'язку, ускладненого таким випадком чи непереборною силою.

Право на зупинення виконання зустрічного обов'язку (ст. III.-3:401 DCFR, ст. 9:201 PECL, ст. 7.1.3 Принципів УНІДРУА) (exceptio non adimpleti contractus) також передбачене ст. 538 ЦК України. За загальним правилом, кредитор, який зобов'язаний надати зустрічне виконання одночасно або після того, як боржник виконає свій обов'язок, має право призупинити виконання свого зустрічного обов'язку до того моменту, доки боржник не запропонує виконання або не виконає обов'язок.

Для європейського правового порядку важливо, що невиконання боржника має бути істотним, щоб це давало право іншій стороні відмовляти у виконанні. На наше переконання, така позиція є досить доречною з погляду урівноваження прав та інтересів усіх учасників договору і досить логічно витікає із вимог обґрунтованості та сумлінності поведінки учасників договору.

Якщо кредитор, який зобов'язаний надати зустрічне виконання до того, як боржник виконає свій обов'язок, має розумні підстави вважати, що зобов'язання не буде виконано боржником у належний строк, він має право призупинити виконання зустрічного обов'язку на строк, поки такі розумні обґрунтовані підстави існують. Проте кредитор втрачає своє право призупинення виконання, якщо боржник надає достатні запевнення в належному виконанні. У деяких випадках можна припустити, що кредитор буде зловживати таким своїм правом, але боржник у такій ситуації наділяється такими опціями захисту: 1) якщо кредитор не матиме розумних підстав для зупинення виконання, то він нестиме відповідальність за невиконання зобов'язання; 2) право відмовити у виконанні зустрічного обов'язку кредитор втрачає в разі, якщо боржник дає відповідну гарантію належного виконання. У зв'язку з цим, якщо кредитор припиняє виконання на підставах, зазначених вище,

він зобов'язаний повідомити про це боржника в найкоротший термін і може нести відповідальність за збитки, завдані боржникові внаслідок невиконання цього обов'язку. З одного боку, таке унормування може видаватись досить «розмитим», коли не буде вказано переліку підстав, коли кредитор може припустити невиконання боржником обов'язку, або ж обставин, що можуть слугувати належним запевненням боржником своєї спроможності його виконати належним чином. Але така неточність мені видається обґрунтованою, зважаючи на те, що конкретизований перелік не може бути вичерпним і обставини, що можуть мати місце за різних договорів, настільки можуть різнитись, що навіть не зможуть бути належно верифіковані. Тому вважаємо, що така узагальнена позиція може слугувати добрим прикладом розширення свободи договору, якої так потребує наше законодавство, про що вже неодноразово вказувалось в межах своїх наукових розвідок[1].

Власне виконання може бути припинене повністю або частково, залежно від того, що є розумним та очікуваним за цих обставин. У деяких випадках кредитор не може реально відмовити у виконанні зобов'язання частково, наприклад, необхідно виконувати умови з обслуговування, які повинні бути виконані в повному обсязі, або призупинені повністю. У такому разі кредитор може відмовити у виконанні повністю, якщо є для цього розумні підстави. Проте взаємність виконання має бути зумовлена договором.

Усунення недоліків боржником (ст. III.-3:202 DCFR, ст. 8:104 PECL, ст. 7.1.4 Принципів УНІДРУА). Боржник має право запропонувати кредитору нове належне виконання в межах строку виконання зобов'язання. Такий засіб захисту можна розглядати як з погляду боржника, так і з погляду кредитора, що пояснюється так. Якщо боржник не може запропонувати кредитору нове належне виконання протягом строку виконання зобов'язання, але, отримавши повідомлення про невідповідність, негайно запропонує виправити недоліки протягом розумного строку та за свій рахунок, кредитор не має права скористатися будь-яким засобом захисту, за винятком призупинення виконання, не надавши боржнику розумний строк усунення недоліків.

Принципи УНІДРУА також вказують, що сторона, якій виконали обов'язок неналежно, може призупинити виконання своїх зобов'язань в очікуванні виправлення. Однак, незважаючи на виправлення, така особа зберігає за собою право вимагати відшкодування збитків за протермінування, а також за будь-які збитки, заподіяні або не відвернені в результаті виправлення.

Незважаючи на те, що більшості внутрішньодержавних законів країнчленів ЄС, як і українському правопорядку, відоме правило про можливість

[1] Черняк О.Ю. До питання про джерела національного правового регулювання договірних відносин в умовах євроінтеграції. *Прикрпатський юридичний вісник*. 2022. № 6. С. 54-58

призупинити виконання кредитором у разі неналежного виконання обов'язку боржником, у законодавчих актах не передбачено вищезазначених правил. Однак таке правило передбачено законодавством Великої Британії[1].

Водночас у DCFR передбачені випадки, коли кредитор може відмовити боржнику в усуненні недоліків: a) протермінування у виконанні договірного обов'язку є суттєвим невиконанням; b) кредитор має підстави вважати, що боржник виконав зобов'язання, знаючи про невідповідність та всупереч принципам сумлінності та чесної ділової практики; c) кредитор має підстави вважати, що боржник не зможе виправити недоліки в розумний строк і без суттєвого обтяження кредитора чи іншого невиконання законних інтересів кредитора; d) усунення недоліків не відповідає обставинам.

Визначення «істотного невиконання» у Додатку 1 до DCFR визначає його таким, якщо: a) кредитор внаслідок нього значною мірою позбавляється того, на що він мав право розраховувати на підставі договору, стосовно виконання в цілому або до його відповідної частини, за умови, що в момент укладення договору боржник передбачав або від нього можна було розумно очікувати, що він передбачав такий результат; b) воно є навмисним або необережним і дає кредитору підставу вважати, що на виконання в майбутньому зобов'язання боржника не можна розраховувати.

Ст. 7.3.1 Принципи УНІДРУА визначає ширше значення поняття суттєвого невиконання. При визначенні, чи є невиконання зобов'язання суттєвим, до уваги має бути прийнято, зокрема: a) чи суттєве невиконання позбавляє потерпілу сторону того, що вона мала право очікувати відповідно до договору, крім випадків, коли інша сторона не передбачала і не могла розумно передбачити такий результат; b) чи має принциповий характер з точки зору договору суворе дотримання невиконаного зобов'язання; c) чи є невиконання навмисним чи скоєно через недбалість; d) чи дає невиконання потерпілій стороні підставу вірити, що вона не може покладатися на майбутнє належне виконання іншої сторони; e) чи зазнає сторона, що не виконала обов'язку, невідповідні втрати в результаті підготовки або здійснення виконання, якщо договір буде припинено.

Вказана в п. (b) причина важлива, тому що однією з проблем режиму усунення недоліків є те, що він може заохотити боржників ризикувати з неналежним виконанням, знаючи, що якщо недолік буде помічений, буде можливість його усунути.

Наведені приклади є лише частиною тих питань, що повинні бути вирішені в процесі рекодифікації цивільного законодавства України, зважаючи на

[1] Черняк О. Ю. Захист учасників договірних відносин в контексті наближення правопорядків України та ЄС *Міжнародний науковий журнал «Інтернаука». Серія «Юридичні науки»*. 2023. № 8. URL : https://www.inter-nauka.com/uploads/public/16959664246569.pdf

наближення правопорядків України та ЄС. Такі зміни, на наше переконання, мають покращити можливість укладення договорів з контрагентами з європейських країн, підвищать рівень їх виконання та гарантування майнових прав учасників таких договірних відносин.

Оновлений ЦК України не повинен у повному обсязі відповідати структурі актів м'якого права в межах ЄС, що розроблені в сфері договірного права, однак у цьому контексті переосмисленню, на нашу думку, має підлягати традиційна вітчизняній науці класифікація договорів, особливо в контексті розмежування договорів про виконання робіт та надання послуг. Крім того, на моє глибоке переконання, оновлений ЦК України повинен містити лише загальні норми щодо окремих видів договорів, а їх деталізація має бути передбачена спеціальними нормативно-правовими актами у випадку, коли вона обґрунтована складністю договірної конструкції або ж у випадку необхідності захисту окремих учасників таких договорів (до прикладу, коли мова йде про споживача як економічно слабшого учасника договору). Решта унормування має бути націлена власне на свободу договору, як у частині його змісту, в тому числі щодо усунення норм про істотні умови договорів, так і в частині форми. Така мінімізація не тільки «полегшить» зміст та обсяг ЦК України, але й надасть того обсягу свободи договірних сторін, на яку націлене європейське договірне право.

Висновки. Розширення сфери приватноправового договірного регулювання суспільних відносин, у тому числі через підвищення ролі договору як одного регулятора таких відносин, вимагає на сьогодні переосмислення концепту вітчизняного договірного права. Такі зміни зумовлені також європеїзації вітчизняного приватного права. Оновлений ЦК України не повинен в повному обсязі відповідати структурі DCFR. Однак у цьому контексті переосмисленню має підлягати традиційна для української науки класифікація договорів, особливо в контексті розмежування договорів про виконання робіт та надання послуг. Крім того, оновлений ЦК України повинен містити лише загальні норми щодо окремих видів договорів, а їх деталізація має бути передбачена спеціальними нормативно-правовими актами у випадку, коли вона обґрунтована складністю договірної конструкції або ж у випадку необхідності захисту окремих учасників таких договорів. Решта унормування має бути націлена власне на свободу договору, як в частині його змісту, в тому числі щодо усунення норм про істотні умови договорів, так і в частині форми. Така мінімізація не лише «полегшить» зміст та обсяг ЦК України, але й надасть того обсягу свободи договірних сторін, на яку націлене європейське договірне право. Такі зміни є не стільки даниною співпраці з ЄС, скільки нагальною потребою сьогодення, оскільки без проведення

широкомасштабної та глибинної роботи над системою договірного права, настане час неможливості ефективної приватно-правової співпраці бізнесу та приватних осіб з контрагентами з інших країн.

2.2. Поняття та види джерел цивільного договірного права

У наш час важливого значення набуває дослідження джерел права як елемента національної правової системи. Вивчення системних властивостей джерел права дозволить визначити напрями вдосконалення всього механізму правового регулювання, здійснити наукове прогнозування тенденцій розвитку правової системи та загалом підвищити її ефективність. Саме необхідність теоретичного узагальнення системних властивостей джерел права як важливого елемента дії права визначає актуальність цього дослідження.

Правова категорія «джерела цивільного договірного права» є похідною від понять «джерела права» та «цивільне договірне право». З огляду на це для визначення поняття «джерела цивільного договірного права» слід визначитися із сутністю цих категорій[1].

Для з'ясування категорії «джерела права» слід звернутися насамперед до наукових напрацювань з теорії права. Як слушно наголошує А. І. Дрішлюк[2], ця проблема не існує окремо, а її вирішення залежить певним чином від здобутків теорії держави і права. Джерела права є однією з важливих категорій права як у прикладному, так і теоретико-пізнавальному контексті, що зумовлює багату історію його дослідження.

На рівні правозастосування спроби зрозуміти, що є джерелом формування діючих у суспільстві приписів та як відрізнити загальнообов'язкову до виконання норму певного системного рівня від норм інших рівнів, відомі ще з давніх-давен. Більш-менш чіткій постановці питання розгляду джерел права ми завдячуємо римським юристам епохи класичного права[3].

«Джерелом» позначають те, що дає початок чому-небудь, звідки постає, черпається щось; основу чого-небудь; вихідне начало; писемну пам'ятку, документ, на основі якого будується наукове дослідження[4].

[1] Панченко С.В. Джерела цивільного договірного права. Миколаїв-Хмельницький : Вид-во Ірини Гудим, 2021. С. 7-8, 13-46.

[2] Дрішлюк А. І. Вплив судової практики Верховного суду України на систему джерел цивільного та цивільно-процесуального права України. *Наукові праці НУ ОЮА. Наукові праці Національного університету «Одеська юридична академія».* 2012. Т. 12. С. 364. URL : http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nprpyua_2012_12_26

[3] Федорченко Н. В. Договірні зобов'язання з надання послуг : проблеми теорії і практики : монографія. К. : НДІ приватного права і підприємництва НАПрН України, 2015. С.53.

[4] Великий тлумачний словник сучасної Української мови / уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. К. , Ірпінь : ВТФ «Перун», 2004. С.218.

РОЗДІЛ 2

Загалом думки науковців з теорії права щодо визначення понять «джерела права» та «форми права» різняться, одні вказують на їх синонімію[1], а інші пропонують власне бачення цих понять.

У юридичному словнику поняття «джерело права» визначають як спосіб зовнішнього вияву правових норм, який засвідчує їхню загальнообов'язковість[2].

Загалом, можна виділити три основних напрями щодо розуміння джерел права: матеріальний, ідеологічний і формально-юридичний. У матеріальному розумінні джерела права розглядають як сукупність усіх об'єктивних умов життя суспільства, які є підставою для виникнення правових приписів[3], суспільство, його потреби, інтереси індивідів, форми власності тощо[4]. В ідеологічному розумінні джерела права означають сукупність ідей, уявлень про право, про те, яким воно має бути (наукові, релігійні та інші погляди, теорії, концепції щодо чинного, можливого та бажаного права, правова доктрина, правосвідомість суспільства, вчення про право, правосвідомість тощо)[5]. У формально-юридичному розумінні джерела права розглядали як засіб юридичного виразу права, в результаті чого воно об'єктивується, набуває офіційності й загальної обов'язковості (нормативно-правовий акт, нормативний договір)[6]; форми його вираження (правовий звичай, нормативний акт, нормативний договір, юридичний прецедент, правова доктрина та релігійна норма)[7].

На нашу думку, мають рацію ті науковці, які визначають джерела права через форму права. Це пояснюється сутністю самого поняття «форма права», яке юридичний словник трактує як способи вираження волі панівного класу, завдяки яким вона набуває загальнодержавного значення та обов'язковості, тобто перетворюється в право[8].

Важливим є не походження норм права та підстава їх виникнення, а те, в якому вигляді їх представлено для суспільства. Крім того, джерела права

[1] Оборотов Ю. М., Крестовська Н. М., Крижанівський А. Ф., Матвєєва Л. Г. Теорія держави і права. Державний іспит. Харків : Одісей, 2010. С.141.

[2] Юридична енциклопедія: в 6 т. / редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. К. : «Укр. енцикл.», 1998. Т. 2: Д–Й, 2003. С.171.

[3] Юридичні терміни. Тлумачний словник / В. Г. Гончаренко, П. П.Андрушко, Т. П. Базова та ін.; за ред. В. Г. Гончаренка. 2–ге вид., стереотипне. К. : Либідь, 2004. С.78.

[4] Ковальова Ю. В. Джерела права: багатоманітність наукового розуміння та єдність сутності. *Науковий вісник Ужгородського національного університету.* 2015. Серія ПРАВО. Випуск 31. Том 1. С.13.

[5] Там же.

[6] Юридичні терміни. Тлумачний словник / В. Г. Гончаренко, П. П.Андрушко, Т. П. Базова та ін.; за ред. В. Г. Гончаренка. 2-ге вид., стереотипне. К. : Либідь, 2004. С.78.

[7] Ковальова Ю. В. Джерела права: багатоманітність наукового розуміння та єдність сутності. *Науковий вісник Ужгородського національного університету.* 2015. Серія ПРАВО. Випуск 31. Том 1. С.13.

[8] Юридичний словник / за ред. Б. М. Бабія, В. М. Корецького, В. В. Цвєткова. Головна редакція Української радянської енциклопедії АНУРСР. К, 1974. С.816.

повинні бути для усіх суб'єктів єдиними, а для цього потрібно санкціонування з боку держави. Завдяки цьому норми права можна відмежувати від інших правил поведінки, які не мають юридичної сили та правового значення.

Оскільки ми схиляємось до розуміння джерел права через формальний підхід, то визначимо зовнішню та внутрішню форми їх вираження. Якщо ми ведемо мову про зовнішню форму вираження, то її значення полягає в такому.

1) Оприлюднення норм права. Сутність категорії оприлюднення розкриємо через поняття оприлюднення закону, яке визначено в юридичних словниках як доведення до відома населення змісту прийнятих нормативно-правових актів[1]. Конституція України у ст. 94 визначає загальні принципи порядку набуття чинності законами. Крім того, детально це питання висвітлює Указ Президента України «Про порядок офіційного оприлюднення нормативно-правових актів і вступу їх в силу»[2]. Час дії правового звичаю вимірюють, як правило, за допомогою хронології, тобто через конкретні рішення, прийняті на основі звичаю. До прецеденту застосовують лише хронологічний підхід, що пов'язано з його казуальністю як джерела права: прецедент має юридичне значення тільки стосовно тих ситуацій, для розв'язання яких його використав компетентний орган. Період дії нормативно-правового акта та нормативного договору беззастережно визначається за допомогою хронометрії[3]. Також на увагу заслуговує поняття «санкціонування», яке тлумачний словник трактує як «давати санкцію на що-небудь; визнавати щось законним, правильним, затверджувати, схвалювати щось»[4]. Йдеться про те, що уповноважений на те суб'єкт вчиняє дії, спрямовані на санкціонування або погодження правила поведінки, внаслідок чого вони набувають форми джерела права.

2) Юридична сила норми права. Джерела права характеризуються внутрішньою ієрархією, що залежать від юридичної сили правил поведінки, що містяться в нормі права. Юридична сила — це властивість джерел права діяти та породжувати певні правові наслідки (виникнення, зміни, призупинення, припинення правовідносин). Це означає, що від юридичної сили залежить порядок застосування джерел права для врегулювання конкретних суспільних відносин, тобто пріоритетність одних джерел права щодо інших. Наприклад, на відміну від кримінального прав, де основним джерелом є закон у цивільному праві, кодекс називає такі джерела як закон, договір та

[1] Юридичні терміни. Тлумачний словник / В. Г. Гончаренко, П. П. Андрушко, Т. П. Базова та ін.; за ред. В. Г. Гончаренка. 2-ге вид., стереотипне. К. : Либідь, 2004. С.179.

[2] Про порядок офіційного оприлюднення нормативно-правових актів і вступу їх в силу : Указ Президента України від 10.06.1997 р. № 503/97. *Офіційний вісник України.* 1997. № 50. Ст. 1675.

[3] Оборотов І. Г. Часові межі існування правових норм. *Форум права.* 2011. № 12. С.658.

[4] Великий тлумачний словник сучасної Української мови / уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. К. , Ірпінь : ВТФ «Перун», 2004. С.1103.

звичай. Так, у ч. 2 ст. 7 ЦК України зазначено, що умовою застосування звичаю є його несуперечність договору та актам цивільного законодавства. Отже, у цивільно-правовому регулюванні надається перевага договору та закону над звичаєм: договір та закон мають вищу юридичну силу порівняно із звичаєм та формують внутрішню ієрархію[1].

Для нормативно-правових актів характерна внутрішня ієрархія, що впливає на юридичну силу. Зокрема закон має вищу юридичну силу, ніж постанови Кабінету Міністрів України, однак поряд з цим з 02.12.1992 р. до 20.05.1993 р. на підставі Закону України «Про тимчасове делегування Кабінету Міністрів України повноважень видавати декрети в сфері законодавчого регулювання»[2]. Декрети Кабінету Міністрів України набули юридичної сили закону та були до них прирівняні. Наприклад, декрети «Про впорядкування діяльності суб'єктів підприємницької діяльності, створених за участю державних підприємств» від 31.12.1992 р., «Про припинення справляння державного мита по грошових переказах, що надходять з-за кордону» від 02.12.1992 р., «Про впорядкування використання адміністративних будинків і нежилих приміщень, що перебувають у державній власності» від 11.01.1993 р. та ін.

Своєю чергою внутрішньою формою вираження джерел права є норма права, тобто загальнообов'язкове, формально-визначене правило поведінки (зразок, масштаб, еталон), встановлене або санкціоноване державою як регулятор суспільних відносин, що офіційно закріплює ступінь свободи і справедливості відповідно до суспільних, групових та індивідуальних інтересів (волі) населення країни, забезпечується всіма заходами державного впливу, аж до примусу[3].

Для норми права характерними є ознаки, які розкривають суть соціальних норм загалом, але поряд із цим у доктрині відображаються й специфічні ознаки норм права: спрямована на правове регулювання конкретних суспільних відносин; закріплює міру, зразок (еталон, стандарт) правомірної поведінки особи; підтримується погрозою застосування державного примусу; має особливі форми свого зовнішнього виразу[4]; є правилом поведінки регулятивного та загального характеру; прийнята в суворо встановленому порядку[5].

[1] Цивільний кодекс України від 16.01.2003. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 435. № 40-44. Ст. 356.

[2] Про тимчасове делегування Кабінету Міністрів України повноважень видавати декрети в сфері законодавчого регулювання : Закон України від 18.11.1992 р. № 2796-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1993. № 2. Ст. 6.

[3] Скакун О. Ф. Теорія держави і права: підручник / пер. з рос. Харків : Консум, 2001. С.275.

[4] Загальна теорія держави і права: підручник для студентів юридичних вищих навчальних закладів / М. В. Цвік, О. В. Петришин, Л. В. Авраменко та ін.; за ред. д-ра юрид. наук, проф., акад. АПрН України М. В. Цвіка, д-ра юрид. наук, проф., акад. АПрН України О. В. Петришина. Харків : Право, 2009. С.227-228.

[5] Скакун О. Ф. Теорія держави і права: підручник / пер. з рос. Харків : Консум, 2001. С.275.

Важливим аспектом є врегулювання джерелами права саме конкретних суспільних відносин. Загалом поняття суспільні відносини позначає такі відносини індивідів, які опосередковуються предметними продуктами їхньої власної діяльності і, завдяки цьому й творчому характеру цієї діяльності, розвиваються поза зв'язком з біологічною еволюцією індивідів, тобто історично[1].

З урахуванням вище визначеного виділимо основні ознаки джерел права: 1) містять норми права; 2) є зовнішньою формою вираження норм права; 3) характеризуються внутрішньою ієрархією; 4) санкціоновані; 5) спрямовані на врегулювання конкретних суспільних відносин.

Отже, джерело права — це зовнішня форма вираження норм права, спрямованих на правове регулювання конкретних суспільних відносин, санкціонована уповноваженими на це суб'єктами, що характеризується внутрішньою ієрархією.

Дослідження загальних положень джерел права в теорії права загалом має суттєве значення для детального вивчення та аналізу джерел цивільного права. Водночас джерела цивільного права мають свої особливості у зв'язку з галузевою спрямованістю.

На думку В. В. Дудченко, питання джерел цивільного права — це не просто питання — це початок цивільного права. Завжди перед юристом, який розмірковує про право, постає головне питання: якою є підстава зобов'язувальної сили чинного права, у чому полягає дієвість права?[2]. Дослідниця зазначає, що про недоліки та переваги будь-якого дослідницького методу, правової теорії, говорять на підставі спроможності такої теорії вирішити питання про джерела права[3].

Слід зазначити, що в юридичній літературі поняттям «джерело цивільного права» позначають форму вираження цивільно-правових норм[4], з чим варто погодитись: 1) форма вираження цивільно-правових норм, що мають загальнообов'язковий характер; 2) форма вираження законодавцем норм, які регулюють відносини з приводу предмету правового регулювання цієї галузі права; 3) норми цивільного права, виражені в різних правових формах; 4) форма вираження, існування, зміни або припинення норм або правил поведінки, санкціонованих або встановлених державою для регулювання

[1] Хмелько В. Є. Найзагальніші особливості суспільних відносин *Філософська думка*. 1974. № 6. С. 38. URL : https://www.kiis.com.ua/materials/articles_HVE/02_osobSuspVid.pdf

[2] Дудченко В. В. Цивільне право України (традиції і новації) / за заг. ред. Є. О. Харитонова, Т. С. Ківалової, О. І. Харитонової. Одеса : Фенікс, 2010. С.135.

[3] Там же.

[4] Цивільне право України : навчальний посібник / кол. авторів; за ред. Г. Б. Яновицької, В. О. Кучера. Львів : Львівський державний університет внутрішніх справ, 2011. С.16. ; Килимник І. І. Цивільне право України : навч. посібник. Харк. нац. ун-т міськ. госп-ва ім. О. М. Бекетова; Х. : ХНУМГ. 2014. С.25.

суспільних відносин; 5) система його зовнішніх форм, в яких містяться цивільно-правові норми.

Досліджуючи питання «джерел цивільного права» зосередимо увагу на ознаках, які допоможуть детальніше з'ясувати сутність цього правового явища.

Особливість джерел цивільного права зумовлена предметом та методом цивільно-правового регулювання відносин та виявляється у наступних ознаках.

По-перше, зовнішньою формою вираження джерел цивільного права є акти цивільного законодавства, договір і звичай (ст. ст. 4, 6, 7 ЦК України). Таким різнобічним зовнішнім вираженням джерела цивільного права відрізняються від джерел інших галузей права та характеризуються різноманітністю видів. Це можна пояснити тим, що цивільне право належить до галузей приватного права та є материнським правом для решти з них. Крім того, як слушно зауважує О. В. Іваненко, система джерел приватного права складається із таких елементів, як система джерел матеріальних галузей приватного права, тоді як система джерел публічного права — із джерел процесуальних галузей приватного права[1]. Також важливою характеристикою є те, що форма вираження цивільного законодавства, договору, звичаю як джерел цивільного права може бути як усною, так і письмовою.

Цивільне законодавство ґрунтується на засадах свободи договору, свободи підприємницької діяльності та інших (ст. 3 ЦК України). Це означає, що законодавець надає можливість учасникам цивільних правовідносин на власний розсуд урегульовувати відносини між собою — «дозволено все, що не забороняє закон». Відповідно таке вільне волевиявлення суб'єктів цивільного права є обов'язковим для них, тобто є джерелом права. До прикладу, в Україні кримінально-правові норми систематизовано в єдиному законодавчому акті – Кримінальному кодексі України[2], де заборонено будь-які відступи від припису закону.

По-друге, внутрішню форму джерел цивільного права становлять норми права, що вирізняються за предметом та методом цивільно-правового регулювання відносин.

Відповідно до ст. 1 ЦК України предметом цивільно-правового регулювання є особисті немайнові та майнові відносини. Як слушно зазначає Л. М. Паращук, особисті немайнові права є пріоритетними щодо майнових. Крім того, неприпустимість втручання у сферу особистого життя людини,

[1] Іваненко О. В. Місце джерел цивільного права в системі джерел приватного права: окремі питання. *Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія «Юридичні науки»*. Випуск 1. Том 1. 2014. С.127.

[2] Дудоров О. О., Хавронюк М. І. Кримінальне право: навчальний посібник / за заг. ред. М. І. Хавронюка. К. : Ваіте, 2014. С.21.

як принцип цивільного законодавства, є підтвердженням того, що в основу створення ЦК України покладено природно-правову доктрину, якою захищено насамперед такі людські цінності, як життя, свобода, здоров'я[1]. Правове регулювання майнових відносин визначається, зокрема, такими принципами, як неприпустимість позбавлення права власності, крім випадків, встановлених Конституцією України та законом; свобода підприємницької діяльності, яку не забороняє закон, та інші[2].

Водночас наявність предмета правового регулювання, за твердженням Р. О. Стефанчука, є необхідною, проте недостатньою умовою віднесення певної сукупності правових норм до категорії правової галузі. Поряд із предметом, правова галузь повинна містити свій специфічний метод правового регулювання[3]. На думку Є. О. Харитонова та О. В. Старцева, метод правового регулювання відносин є головним критерієм встановлення їхньої галузевої приналежності[4]. З такою позицією науковців слід погодитися.

Цивільно-правовий метод вирізняється тим, що він ґрунтується на юридичній рівності, вільному волевиявленні та майновій самостійності учасників цивільних правовідносин (ч.1 ст.1 ЦК України). Йдеться про диспозитивність правового регулювання цивільних відносин та принцип «дозволено те, що не забороняє закон». Слід зазначити, що диспозитивність правового регулювання цивільних відносин ґрунтується на таких загальних засадах цивільного законодавства: свобода договору, свобода підприємницької діяльності, яку не забороняє закон, та інших (ст. 3 ЦК України).

Водночас для правового регулювання окремих суспільних відносин застосовують імперативний метод, який забороняє відступ від припису закону та діє за принципом «дозволено лише те, що дозволено» (наприклад, у зобов'язаннях, що виникають внаслідок заподіяння шкоди, імперативним є припис про відшкодування цієї шкоди, підстави, умови та порядок її відшкодування)[5].

Тобто учасникам цивільних правовідносин надається право самостійно визначати свою поведінку, а спори, що виникають між учасниками відносин, вирішуються органами, які функціонують поза межами цього відношення[6]. Погоджуємося з думкою Є. О. Харитонова та О. В. Старцева, що метод

[1] Паращук Л. Г. Принципи та цінності цивільного права. *Юридичний вісник*. № 1 (18). 2011. С.63.

[2] Там же.

[3] Цивільне право України : навчальний посібник / за ред. Р. О. Стефанчука. К. : Прецедент, 2005. С.13.

[4] Харитонов Є. О. Старцев О. В. Цивільне право України : підручник. Вид. 2, перероб. і доп. К. : Істина, 2007. С.63-64.

[5] Там же.

[6] Гражданское право Украины: Учебник для вузов системы МВД Украины: В 2-х частях. Часть I / А. А. Пушкин, В. М. Самойленко, Р. Б. Шишка и др.; под ред. проф. А. А. Пушкина, доц. В. М. Самойленко. Х. : Ун–т внутр. дел; «Основа», 1996. С.19.

цивільно-правового регулювання охоплює як уповноважуючі диспозитивні (у регулятивних цивільних відносинах), так й імперативні засоби впливу на учасників цивільних відносин, маючи, однак, при цьому підґрунтям засади юридичної рівності сторін, справедливості, добросовісності та розумності[1]. Такими ознаки цивільно-правового методу регулювання цивільних правовідносин є: юридична рівність учасників, їх самостійність та незалежність, диспозитивність у виборі поведінки, судове вирішення спорів, майново-компенсаційний характер засобів примусового впливу на правопорушника[2].

Ознаками джерел цивільного права є такі: 1) спрямованість на правове регулювання особистих немайнових та майнових відносин; 2) різна форма закріплення норм, тобто не лише в письмовій, але й в усній формі; 3) різноманітність видів; 4) юридична рівність учасників щодо права вибору джерел права; 5) можуть виникати за волевиявленням учасників цивільних правовідносин, крім випадків, встановлених законом.

Отже, джерело цивільного права — це зовнішня форма вираження норм цивільного права, спрямованих на правове регулювання особистих немайнових та майнових відносин, яка санкціонована, встановлюється, як правило, за волевиявленням юридично рівних суб'єктів, та має різні види.

Перш ніж перейти до дослідження поняття джерел договірного права, слід визначити місце договірного права в системі цивільного права України.

Н. Ю. Голубєва, зазначає, що договірне право не можна вважати окремим інститутом, бо воно є збірним поняттям декількох інститутів зобов'язального права: загальних положень про договори та окремих видів договорів[3]. Йдеться про те, що якщо розглядати договірне право лише в межах договору як підстави виникнення відносин, це буде штучно звужувати предмет правового регулювання договірних відносин, що ґрунтуються на загальних положеннях про договори. Особливістю зобов'язальних правовідносин, як зазначила науковець, є те, що сторони зобов'язання (кредитор та боржник) взаємодіють[4].

Своєю чергою С. М. Бервено визнає договірне право генеральним інститутом цивільного права, а окремі види договірних зобов'язань — спеціальними інститутами (субінститутами), норми яких регулюють відносно самостійні договірні відносини за їх предметною ознакою[5]. На його думку, до

[1] Харитонов Є. О. Старцев О. В. Цивільне і право України : підручник. Вид. 2, перероб. і доп. К. : Істина, 2007. С.66-67.

[2] Цивільне право України : навчальний посібник / за ред. Р. О. Стефанчука. К. : Прецедент, 2005. С.13.

[3] Голубєва Н. Ю. Зобов'язання у цивільному праві України : етодологічні засади правового регулювання: монографія. О. : Фенікс, 2013. С.91.

[4] Там же. С.82.

[5] Бервено С. М. Проблеми договірного права України : монографія. К. : Юрінком Інтер, 2006. С.53.

складу генерального інституту договірного права входять відповідні групи цивільно-правових норм, які визначають особливості регулювання окремих видів договірних відносин (купівлі-продажу, майнового найму, підряду тощо) та утворюють відносно автономні правові інститути (базові інститути), що функціонують у межах генерального інституту договірного права[1]. Водночас у О. С. Яворської виникає доречне запитання, як за такого підходу виокремити інші генеральні інститути?[2].

До цієї ж думки схиляється група вчених — авторів посібника «Договірне право»[3] , які зазначають, що значимість договірного права загалом у цивільному праві та вагомість сукупності договірно-регулюючих норм дають підстави підвищити місце договірного права в підгалузі зобов'язального права. Оскільки із 696 статей, що загалом регулюють зобов'язальні відносини, 517 статей присвячено загальним положенням про договір та окремим видам договорів. Вже це саме по собі є підставою для переосмислення місця договірного права в зобов'язальному праві[4]. На думку науковців, усі норми ЦК, які вміщені в главах 52 «Поняття та умови договору», 53 «Укладення, зміна і розірвання договору», в розділі третьому «Окремі види зобов'язань», а також норми щодо договорів, розміщені в інших актах законодавства України, можуть бути цілком закономірно об'єднані в генеральний інститут договірного права в межах якого функціонують базові інститути[5].

О. С. Яворська вказує на питання про співвідношення зобов'язального права як підгалузі цивільного права, його інститутів, норми яких врегульовують окремі види договірних зобов'язань: купівлю-продаж, дарування, довічне утримання, ренту тощо. Погляд на договірне право, як на окремий інститут цивільного права, без сумніву сприятиме підвищенню його значимості, проте наскільки такий підхід виправданий з прикладних позицій: практичного застосування чи викладу навчального матеріалу. Адже від того, що договірне право визнане чи не визнане інститутом (генеральним) інститутом цивільного права його цінність не применшується. На цей час в цивілістичній науці практично усталеними є погляди на систему цивільного права, структурною базою є ЦК України. Структура цивільного права тісно взаємопов'язана і

[1] Договірне право України. Загальна частина : навч. посіб. / Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнєцова та ін.; за ред. О. В. Дзери. К. : Юрінком Інтер, 2008. С.74.

[2] Яворська О. С. Договірні зобов'язання про передання майна у власність: цивільно-правові аспекти: монографія. Тернопіль: 2009. С.53.

[3] Договірне право України. Загальна частина : навч. посіб. / Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнєцова та ін.; за ред. О. В. Дзери. К. : Юрінком Інтер, 2008. С.73-74.

[4] Договірне право України. Загальна частина : навч. посіб. / Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнєцова та ін.; за ред. О. В. Дзери. К. : Юрінком Інтер, 2008. С.73-74.

[5] Там же.

обумовлена іншими актами цивільного законодавства та звичаєвими, моральними нормами тощо[1].

При цьому в науці підгалузь права визначають складовою частиною галузі, яка об'єднує норми, що регулюють суспільні відносини певного виду, а інститут регулює конкретний вид чи сторону однорідних суспільних відносин[2]. Інститут права визначають як систему юридичних норм, що регулюють певну групу однорідних суспільних відносин у сфері цивільного обороту[3].

Вчені-цивілісти виділяють такі підгалузі цивільного права: особисті немайнові права, речове право, право інтелектуальної власності, зобов'язальне право, спадкове право. У межах цих підгалузей права виділяють більш вузькі спеціалізовані утворення — інститути права: право власності в межах підгалузі речові права; окремих видів договірних зобов'язань (купівлі-продажу, дарування, ренти тощо); недоговірних зобов'язань (зобов'язання з публічного обіцяння винагороди, деліктні зобов'язання та ін.).

У межах окремих інститутів існують більш вужчі утворення — системи норм, в яких відображена специфіка правового регулювання окремих різновидів суспільних відносин: договірні зобов'язання з роздрібної купівлі-продажу в межах інституту купівлі-продажу та ін.[4].

Щодо місця договірного права в системі цивільного права ми схиляємось до точки зору, що договірне право є комплексним інститутом цивільного права. На такий характер інституту договірного права вказують різні галузі права (цивільне, земельне, господарське, банківське та ін.). Безсумнівним є їх цивілістичне походження, а норми, які розміщені поза межами актів цивільного законодавства виконують допоміжну роль, яка полягає у врахуванні особливостей регулювання договірних відносин в окремих видах діяльності5.

Договірне право як інститут має свою систему, що охоплює елементи, які визначають загальні положення про договір та його види. Система договірного права складається з загальної та особливої частин.

Загальна частина містить правові норми, що визначають поняття та ознаки договору, порядок укладення, зміни та розірвання договорів, їхню класифікацію. Серед загальних положень договірного права, закріплених у ЦК України,

[1] Яворська О. С. Договірні зобов'язання про передання майна у власність: цивільно-правові аспекти: монографія. Тернопіль: 2009. С.156.

[2] Федюк Л. В. Концептуальні підходи до особистих немайнових прав як предмета цивільного права. *Право України*. № 9. 2009. С. 106.

[3] Цивільне право України: загальна частина / за ред. проф. І. А. Бірюкова, Ю. О. Заіки. К. : Алерта, 2014. С.22.

[4] Яворська О. С. Договірні зобов'язання про передання майна у власність: цивільно-правові аспекти: монографія. Тернопіль: 2009. С.155-156.

[5] Бервено С. М. Проблеми договірного права України : монографія. К. : Юрінком Інтер, 2006. С.52-53.

слід вказати на положення, що стосуються змісту договору (ст. 628), строку чинності (ст. 631), обов'язкової сили договору (ст. 629), укладення, зміну та розірвання договору, зокрема визначення понять «оферта», «акцепт»[1]. Положення про окремі види договірних зобов'язань закріплено у підрозділі 1 розділу III Книги п'ятої ЦК України (ст. ст. 655–1143). Безумовно, договірних відносин стосуються й ті положення ЦК України, які визначають зміст та обсяг цивільної правосуб'єктності фізичних, юридичних осіб та інших учасників цивільного обороту, норми про правочини, право власності, представництво, позовну давність тощо. Крім того, більшість загальних положень про зобов'язання, зокрема про способи їх забезпечення (неустойку, заставу, поруку, гарантію, завдаток, притримання), ґрунтуються на конструкції договору. Договори, зокрема ліцензійний і комерційної концесії, виступають як правові форми реалізації права інтелектуальної власності (глави 75 і 76 ЦК України). Спадковий договір дістав своє закріплення у главі 90 Книги шостої ЦК України «Спадкове право». Норми про цивільно-правові договори містяться в Сімейному, Земельному кодексах України та інших нормативно-правових актах[2].

Особлива ж частина договірного права містить правові норми, що визначають порядок передання, майна, надання послуг, виконання робіт тощо, тобто окремі види договорів залежно від предмету договору. Підставою для такого поділу є правова спрямованість або юридична мета договорів (типи договорів).

Норми договірного права, які становлять основу всього зобов'язального права, безумовно, побудовано з урахуванням загальних принципів цивільного права (ст. 3 ЦК України). Як зазначає Л. Г. Паращук, принципи цивільного права слугують орієнтиром для всіх правовідносин, що існують у приватній сфері[3]. Водночас у них можна виявити відповідність спеціальним принципам[4].

Система принципів договірного права будується на основі ст. 3 ЦК України, в якій визначено основні засади цивільного законодавства: 1) неприпустимість свавільного втручання у сферу особистого життя людини; 2) неприпустимість позбавлення права власності, крім випадків, встановлених Конституцією України та законом; 3) свобода договору; 4) свобода підприємницької діяльності, яка не заборонена законом; 5) судовий захист цивільного права та інтересу; 6) справедливість, добросовісність та розумність, які можуть

[1] Луць В. В. Тенденції розвитку договірного права в сучасних умовах. *Еволюція цивільного законодавства: проблеми теорії і практики* : матеріали Міжнар. наук.-практ. конф., м. Харків, 29-30 квітня 2004 р. Академія правових наук України, НДІ приватного права і підприємництва, НДІ інтелектуальної власності, національна юридична академія ім. Ярослава Мудрого, 2004. С.34.

[2] Луць В. В Договірне право України: сучасний стан і тенденції розвитку. *Юридичний вісник*. № 2 (11). 2009. С.52.

[3] Паращук Л. Г. Принципи та цінності цивільного права. *Юридичний вісник*. № 1 (18). 2011. С.62.

[4] Договірне право України. Загальна частина : навч. посіб. / Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнєцова та ін.; за ред. О. В. Дзери. К. : Юрінком Інтер, 2008. С.114.

розглядатися водночас і як принципи. Також в науковій літературі запропоновано виділяти такі принципи як: принцип юридичної рівності, вільного волевиявлення, майнової самостійності учасників цивільних відносин[1]; принцип юридичної рівності суб'єктів цивільного правовідношення перед законом[2].

Справедливість, добросовісність та розумність, як принцип цивільного права, містить три складові, які взаємодоповнюють одна одну. Тільки їх поєднання найбільш повно розкриває сутність цього принципу. Законодавець, об'єднавши три категорії, вказує, що цивільні правовідносини мають відповідати всім складовим вказаного принципу[3].

Особливе місце в системі принципів договірного права посідає принцип свободи договору, що полягає насамперед у вільному виявленні волі сторін на вступ у договірні відносини. Волевиявлення учасників договору має бути вільним, без жодного тиску з боку контрагента або інших осіб і відповідати їхній внутрішній волі. Зміст принципу свободи договору полягає у свободі особи вільно вступати в договірні відносини, самостійно обирати контрагента, самостійно визначати структуру й вид договірного зв'язку[4].

Вказаний принцип виражається в таких основних положеннях. По-перше, сторони цивільних правовідносин самі визначають, укладати їм договір чи ні та з ким з партнерів вступати в договірні правовідносини, тобто вибір контрагента договору й вирішення питання про встановлення договірних відносин за ЦК України вирішують самі сторони договору. Як виняток з цього правила, закон може встановлювати певні обмеження щодо вибору контрагентів. По-друге, сторони самі обирають вид договору, який регулюватиме їх відносини. Сторони можуть обрати не обов'язково договір, передбачений законом, а й договори, які прямо не передбачені законом, крім тих, що суперечать його загальним засадам. По-третє, сторони самостійно визначають умови (зміст) договору, що відповідно до ст. 628 ЦК України означає право сторін договору на волевиявлення. По-четверте, під час дії договору сторони відповідно до закону мають право як змінити (повністю або частково) зобов'язання, що випливають із нього, так і припинити дію договору загалом, якщо інше не передбачене законом або самим договором[5].

[1] Цивільне право : підручник : у 2 т. / В. І. Борисова (кер. авт. кол.), Л. М.Баранова, Т. І. Бєгова та ін. ; за ред. В. І. Борисової, І. В.Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. Х. : Право, 2011. Т. 1. С.21.

[2] Цивільне право України : підручник. У 2 т. / за заг. ред. Я. М. Шевченко. К. : Видавничий Дім «Ін Юре», 2004. Т. 1. С.15.

[3] Паращук Л. Г. Принципи та цінності цивільного права. *Юридичний вісник*. № 1 (18). 2011. С.64.

[4] Немченко С. С. Принцип свободи договору – головний принцип договірних відносин у цивільному праві. *Південноукраїнський правничий часопис*. № 3. 2014. С.101.

[5] Немченко С. С. Принцип свободи договору – головний принцип договірних відносин у цивільному праві. *Південноукраїнський правничий часопис*. № 3. 2014. С.101.

Іншими важливими принципами договірного права є принцип захисту прав кредитора, юридична рівність, самостійність та ініціативність учасників у здійсненні належних їм прав та ін.

Варто погодитись з думкою О.С.Яворської, що договірне право вже вийшло за рамки традиційних уявлень про нього як про складову цивільного законодавства, цивільного права. Це пов'язано з тим, що сторони мають право укласти договір, не передбачений актами цивільного законодавства, а також відступити від положень актів цивільного законодавства та врегулювати свої відносини на власний розсуд[1]. У тому випадку учасникам приватних відносин надають можливість самим виступати своєрідними «законодавцями» для себе, але в рамках, визначених правом[2]. На практиці все частіше укладаються договори, прямо не передбачені законодавством, але такі, що не суперечать його загальним засадам. У доктрині цивільного права такі договори виокремлюють в окрему групу, даючи їм різні назви: «нетипові», «аномальні», «некваліфіковані», «договори незвичайного змісту» тощо. Однак найбільш поширеним їх позначенням в юридичній літературі став термін «непоіменовані договори», який зумовив відповідну класифікацію договорів на поіменовані та непоіменовані[3].

Непоіменовані договори можуть укладатися в різного роду діяльності, наприклад, при наданні медичних та освітянських, телекомунікаційних та рекламних, а також при наданні різного роду побутових та розважальних послуг тощо[4]. У непоіменованих договорах сторони самі повинні формулювати зміст договору та зобов'язань, при цьому вони можуть використовувати аналогію закону і загальні норми зобов'язального права, а також аналогію права, виходячи із загальних засад і природи цивільного законодавства, вимог добросовісності, розумності та справедливості[5]. Р.М.Гейнц визначає непоіменовані договори як договори, модель яких не передбачена в законі[6].

---

[1] Яворська І. Право європейського союзу: сучасні концептуальні підходи. *Вісник Львівського університету. Серія міжнародні відносини.* 2012. Випуск 30. С. 156.

[2] Там же. С.157.

[3] Козлиєва З. У. Категорія «непоіменовані договори» у цивільному праві України. *Актуальні проблеми приватного права* : матеріали міжнар. наук.-практ. конф., присвяч. 93-й річниці з дня народж. В. П. Маслова (Харків, 27 лют. 2015 р.). Харків, 2015. С.316.

[4] Мигалюк Л. В. Місце та роль непоіменованих договорів у цивільному праві України. *Університетські наукові записки.* 2011. № 2 (38). С.172.

[5] Договірне право України. Загальна частина : навч. посіб. / Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнєцова та ін.; за ред. О. В. Дзери. К. : Юрінком Інтер, 2008. С.396-397.

[6] Гейнц Р. М. Правове регулювання змішаного і непойменованого договорів: спільні та відмінні риси. *Науковий вісник Ужгородського національного університету* : Серія: Право. Голов. ред. Ю. М. Бисага. Ужгород : Видавничий дім «Гельветика», 2012. Вип. 19. Т. 2. С.36.

Отже, договірне право як самостійний інститут цивільного права характеризується тим, що має свою систему, функції, принципи.

У науці цивільного права запропоновано таке визначення поняття договірного права: це системно упорядкована сукупність правових норм, розміщених у ЦК України, інших актах законодавства та норм-вимог, розміщених в інших джерелах права, які встановлюють принципи договірних відносин; правила та порядок укладення договору; зміст договору, тобто права та обов'язки сторін; порядок виконання договірних зобов'язань; правові наслідки неналежного виконання (невиконання) договірних зобов'язань і способи захисту порушених прав сторін договору[1]. Як слушно наголошував В. В. Луць, завдяки договору забезпечується правове регулювання відносин майнового обороту на засадах юридичної рівності, вільного волевиявлення і майнової самостійності його учасників[2].

На думку О. С. Яворської, договірне право — це система соціальних норм, встановлених учасниками цивільного обороту[3]. Це занадто широке поняття, оскільки воно не відображає специфіку договірного права.

Договірне право – це сукупність цивільно-правових норм, які регулюють суспільні відносини шляхом досягнення відповідних домовленостей (компромісів) між юридично рівними особами[4]. Однак, запропоноване поняття не розкриває специфіку договірного права, оскільки вказує на характерні ознаки цивільного права загалом.

Особливе місце договірного права зумовлено низкою ознак, що дозволяють виокремити джерела договірного права серед джерел цивільного права.

Особливість джерел цивільного договірного права пов'язана тим, що цивільні правовідносини виникають на підставі договору. При цьому особливими є предмет та метод правового регулювання цивільних відносин.

Предмет правового регулювання договірних відносин має низку ознак:

1) підставою виникнення є цивільно-правовий договір. Відповідно до ч.1 ст. 626 ЦК України договір — це цивільно-правовий юридичний акт. Основними ознаками договору є: домовленість, тобто для його укладання має бути компроміс, збіг волевиявлення учасників; домовленість двох і більше осіб,

[1] Договірне право України. Загальна частина : навч. посіб. / Т. В. Боднар, О. В. Дзера, Н. С. Кузнєцова та ін.; за ред. О. В. Дзери. К. : Юрінком Інтер, 2008. С.81. ; Бервено С. М. Проблеми договірного права України : монографія. К. : Юрінком Інтер, 2006. С.55.

[2] Луць В. В. Теоретичні проблеми договірного права в контексті нового Цивільного кодексу України. *Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права*. 2002. № 2. С.29.

[3] Яворська О. С. Договірні зобов'язання про передання майна у власність: цивільно-правові аспекти: монографія. Тернопіль: 2009. С.157.

[4] Цивільне право України : навчальний посібник / за ред. Р. О. Стефанчука. К. : Прецедент, 2005. С.211.

тобто з волевиявлення лише однієї сторони договір не можливий; спрямованість на встановлення, зміну чи припинення цивільних прав та обов'язків[1].

2) основними учасниками є сторони та треті особи. Йдеться не про те, що не всі суб'єкти цивільного права можуть бути стороною договору. Це залежить від правової природи договору (наприклад, сторонами договору оренди державного майна можуть бути орендар та орендодавець, про які вказано в ст.ст. 5, 6 Закону України «Про оренду державного та комунального майна»[2]; сторонами договору довічного утримання (догляду) є відчужувач і набувач, в якому відчужувачем є лише фізична особа (ч.1 ст. 746 ЦК України); сторонами договору роздрібної купівлі-продажу є продавець та покупець, у якому покупець обов'язково має здійснювати підприємницьку діяльність (ч.1 ст. 698 ЦК України) та ін.). Саме це визначає те, що договір є обов'язковим для застосування лише до конкретних учасників, якими є сторони;

3) предмет договору зумовлюється метою виникнення договірних відносин. Наприклад, метою договорів підряду є виконання роботи, а предметом — робота та її результат (ст. 837 ЦК України).

4) предметом регулювання є лише майнові відносини. Майнові відносини — це група суспільних зв'язків, яка відрізняється від інших груп за специфікою об'єкта — майна, яке відповідно до ст. 190 ЦК України є особливим об'єктом (окремі речі, сукупність речей, а також майнові права та обов'язки)[3]. Є. В. Гузь майнові відносини трактує як вольові відносини щодо речей та інших матеріальних благ, які визначають правомочності власника майна, пов'язані з володінням, користуванням, розпорядженням майном, за умови, що ці правомочності набуто на законних підставах[4].

5) додаткове правове регулювання здійснюють спеціальні нормативно-правові акти (наприклад, при укладенні договору найму (оренди) земельної ділянки таким актом є Закон України «Про оренду землі»[5], а договору про оренду державного та комунального майна — Закон України «Про оренду державного та комунального майна»).

---

[1] Там же.

[2] Слотвінська Н. Д. Судова практика та судовий прецедент у системі джерел права. *Теорія і практика конституціоналізму: український та зарубіжний досвід* : матеріали першої науково-практичної конференції, 30 квітня 2015 року, Львів. Національний університет «Львівська політехніка». Навчально-науковий інститут права та психології, Кафедра конституційного та міжнародного права. Львів, 2015.

[3] Цивільний кодекс України від 16.01.2003. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 435. № 40-44. Ст. 356.

[4] Гузь Є. В. Майнові відносини та їх характерні ознаки. *Бюлетень Міністерства юстиції України*. 2013. № 12. С.117.

[5] Про оренду землі : Закон України від 6.10.1998 р. № 124-IX. *Відомості Верховної Ради України*. 1998. № 46–47. Ст. 280.

РОЗДІЛ 2

Особливість методу полягає у диспозитивності правового регулювання договірних відносин, оскільки у цивільному праві панує принцип свободи договору. Водночас для договірного права характерною є побудова правовідносин згідно з імперативними нормами. Це зумовлено тим, що законодавець встановлює окремі вимоги до змісту деяких договорів, такі вимоги мають значення:

1) сторонам обов'язково слід їх погодити та закріпити в договорі;

2) за загальним правилом сторони вільні у волевиявленні, крім випадків, передбачених законом (наприклад, предметом договору дарування можуть бути рухомі речі, в тому числі гроші та цінні папери, а також нерухомі речі (ч.1 ст.718 ЦК України); предметом договору довічного утримання є житловий будинок, квартира або їх частина, інше нерухоме майно або рухоме майно (ст.744 ЦК України); щодо строку дії договору найму житла — якщо не встановлений строк у договорі, він вважається укладеним на п'ять років (ч.1 ст.821 ЦК України); щодо форми договору — договір купівлі-продажу земельної ділянки, єдиного майнового комплексу, житлового будинку (квартири) або іншого нерухомого майна укладається у письмовій формі і підлягає нотаріальному посвідченню, крім договорів купівлі-продажу майна, що перебуває в податковій заставі (ст.657 ЦК України); договір дарування нерухомої речі укладається у письмовій формі та підлягає нотаріальному посвідченню (ч.2 ст.719 ЦК України); кредитний договір укладається у письмовій формі (ч.1 ст.1055) та інші договори;

3) свобода визначення змісту та строку договору, крім випадків, встановлених законом. Сторони самостійно визначають зміст договору, однак окремі вимоги мають значення істотних умов договору, таких, що становлять внутрішню форму джерела права. Наприклад, ст.82 ЦК України визначає істотні умови договору страхування, ст.15 Закону України «Про оренду землі» закріплює істотні умови договору оренди землі, ст.18 Закону України «Про іпотеку» вказує на істотні умови іпотечного договору та ін. Окрім цього, сторони договірних правовідносин самостійно визначають строк дії джерела права, за винятком, передбаченим законом, наприклад, договору оренди земельної ділянки (ст.19 Закону України «Про оренду землі») та договору оренди житла (ч.1 ст.821 ЦК України).

Важливий вплив на джерела договірного права як зовнішню форму вираження норм права мають норми моралі та норми природного права. Як доречно зазначив А.І. Дрішлюк, якщо раніше традиційними джерелами права вважали закон, підзаконні нормативні акти, тобто все фактично зводилося до джерел законодавства, то сьогодні цей перелік доповнено нормами природного права, нормами міжнародних договорів, звичаєм, договором[1].

[1] Дрішлюк А. І. Щодо актуальності дослідження системи джерел цивільного права України (огляд

Як писав римський юрист Ульпіан, «природне право» — це те, якого природа навчила все живе, оскільки це право належить не лише людям, але й всім тваринам, що народжуються на землі й у морі, та птахам[1]. Л. Ж. Морандьєр пропонував виділити такі ознаки природного права: 1) природне право є сукупністю вічних та незмінних норм. В його основі — уявлення про людину, про незмінність її характеру та основних потреб; 2) ці норми може розкрит розум людини[2].

Позитивне право не повинно суперечити природному праву, а має сприяти його охороні. Наприклад, право на життя походить з природного права, а охорону права на життя у разі його порушено забезпечена державним примусом, закріпленим у нормах позитивного права.

Погодимося з думкою А. І. Дрішлюка, що аналіз ЦК України дозволяє стверджувати, що його розробники визнали регулятором цивільних відносин норми моралі, які, втім, не набувають характеру правових норм[3].

У ЦК України неодноразово використано категорію «моральні засади суспільства». Законодавець у межах диспозицій статей кодексу вказує на «необхідність додержуватись моральних засад суспільства» (ч. 4 ст. 13, абз. 2 ч. 2 ст. 319 ЦК України); щоб дії суб'єктів цивільних правовідносин «не суперечили моральним засадам суспільства» (абз. 2 ч. 1 ст. 19, ч. 4 ст. 26, ч. 1 ст. 203, ч. 2 ст. 300, ч. 2 ст. 1169, ч. 2 ст. 1242 ЦК України); відповідали інтересам держави і суспільства, його моральним засадам (ч. 3 ст. 228 ЦК України). Поряд із таким формулюванням законодавець використовує категорії «інтереси держави і суспільства» (ст. 228, ч. 5 ст. 319 ЦК України)[4].

Поняття «моральні засади суспільства» С. О. Погрібний трактує як основні принципи суспільної моралі, тобто визнану та підтриману більшістю членів суспільства систему життєвих принципів, поглядів, суджень, оцінок людей, а також відповідних їм норм поведінки, що відображають погляди, які склалися в суспільстві про добро і зло, обов'язок, справедливість і несправедливість, гідність і безчестя, про схвальність і ганебність тощо[5].

літератури та постановка проблеми). *Актуальні проблеми держави і права*. 2012. Вип. 65. С. 361. URL : http://nbuv.gov.ua/UJRN/apdp_2012_65_49

[1] Харитонов Є. О. Основи римського приватного права. Х. : Одіссей, 2013. С.27.

[2] Морандьер Л. Ж. Гражданское право Франции / пер. с фр. и вступительная статья Е. А. Флейшиц. Том 1. М. : Изд-во иностранной лит., 1958. С.36.

[3] Дрішлюк А. І. Норми моралі в системі джерел цивільного права України. *Приватне право та підприємництво*. Вип. 13. 2014. С.35.

[4] Цивільний кодекс України від 16.01.2003. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 435. № 40-44. Ст. 356.

[5] Погрібний С. О. Механізм та принципи регулювання договірних відносин у цивільному праві України: автореф. дис ... д–ра юрид. наук : 12.00.03. Київ : Б.в., 2009. С.24-25.

РОЗДІЛ 2

У той же час право є засобом досягнення морально-гуманістичних ідеалів суспільства. Без уроків моральності, моралі, етики право немислиме[1].

Вплив норм моралі на правотворчу діяльність О. Ф. Скакун вбачає у тому, що норми права створюються з урахуванням норм моралі, які панують у суспільстві, є формальним (офіційним) вираженням справедливості, тому право в широкому розумінні являє собою моральне явище. Крім того, норми права змінюються й розвиваються під впливом норм моралі. Норми права скасовуються у випадку їх невідповідності вимогам норм моралі, що панують у суспільстві. Щодо впливу норм моралі на правореалізаційну діяльність, то О. Ф. Скакун зазначає, що норми права оцінюють громадяни, які їх дотримуються, з погляду моралі[2].

Оскільки джерело права є зовнішньою формою норми права, а норми моралі мають безпосередній вплив на норми права, то ми можемо вести мову про те, що норми моралі впливають на формування джерел права.

Вимоги права й моралі не завжди співпадають, а іноді суперечать один одному. Це можна пояснити різноманіттям соціальних відносин, взаємозв'язків, життєвих ситуацій, які не завжди можна оцінити однозначно. Суперечності між ними можуть бути викликані як об'єктивними, так і суб'єктивними чинниками розвитку суспільства. Мораль, на відміну від повільного і складного процесу правотворчості, є більш гнучкою і може досить швидко змінюватися. Тому право часто відстає від розвитку норм моралі, або просто не відповідає їм. Мораль орієнтує на певний взірець поведінки, моральний ідеал[3].

На думку С. О. Погрібного, значення моральних засад суспільства щодо регулювання договірних цивільних відносин можна розглядати в трьох аспектах. По-перше, цивільне законодавство, перш за все, є таким, що регулює відносини засновані на близьких особистісних стосунках суб'єктів, тому його потрібно формувати з урахуванням цих моральних засад. По-друге, в окремих випадках цивільне законодавство визнає неможливість порушення моральних заборон та встановлюються наслідки за їх порушення. По-третє, моральні засади суспільства відіграють свою роль при тлумаченні оціночних понять, які вживаються у цивільному законодавстві та в цивільних договорах[4]. Отже, норми природного права та норми моралі не є джерелами цивільного

[1] Дрішлюк А. І. Норми моралі в системі джерел цивільного права України. *Приватне право та підприємництво*. Вип. 13. 2014. С.36.

[2] Скакун О. Ф. Теорія держави і права: підручник / пер. з рос. Харків : Консум, 2001. С.266-267.

[3] Сердюк І. В. Взаємозв'язок права і моралі як регуляторів суспільних відносин. *Юридична психологія*. № 1 (18). 2016. С.56.

[4] Погрібний С. О. Механізм та принципи регулювання договірних відносин у цивільному праві України: автореф. дис ... д–ра юрид. наук : 12.00.03. Київ : Б.в., 2009. С.24-25.

договірного права (позитивного права), однак тісно з ними пов'язані, що виявляється у такому:

1) за змістом норми позитивного права не повинні суперечити нормам природного права та моралі, які є способом оцінювання складової джерел правотворчості; за наявності таких умов джерела права можна вважати недійсними повністю або частково (наприклад, цивільно-правовий договір про позбавлення життя людини визнається неукладеним, оскільки є законодавча заборона про позбавлення життя людини (ч. 2 ст. 281 ЦК України);

2) норми природного права та моралі впливають на прийняття норм позитивного права, зокрема вдосконалення процесів правотворчості (наприклад, згідно з ЦК України «зобов'язання припиняється смертю фізичної особи, якщо воно нерозривно пов'язане з його особою і не може бути виконано іншою особою» (ст. 608); у КТМ України закріплено такі норми: «не вважається порушенням договору морського перевезення вантажу будь-яке відхилення судна від наміченого шляху з метою рятування на морі людей, суден і вантажів» («девіація судна» — ст. 161), «збитки, яких зазнано внаслідок зроблених навмисно і розумно надзвичайних витрат або пожертвувань з метою врятування судна, фрахту і вантажу, що перевозиться на судні, від загальної для них небезпеки» («загальна аварія» — ст. 277);

3) норми природного права та моралі можуть мати юридичну силу в разі їх закріплення у джерелах права (наприклад, у ч. 1 ст. 281 ЦК України закріплено норму природного права: «Фізична особа має невід'ємне право на життя»).

Це дозволяє виокремити такі ознаки джерел цивільного договірного права: 1) обов'язковість застосування для конкретних учасників договірних правовідносин; 2) спрямованість на правове регулювання майнових відносин; 3) сторони договору є суб'єктами правотворчості, оскільки самостійно визначають умови договору з урахуванням обмежень, передбачених законом; 4) на процес правотворчості впливають норми природного права та норми моралі.

Джерела цивільного договірного права — це зовнішня форма вираження норм цивільного права, спрямованих на правове регулювання майнових відносин, що виникають на підставі цивільно-правового договору між конкретними особами, які є суб'єктами правотворчості з визначення умов договору, крім випадків, передбачених законом, із урахуванням вимог природного права та норм моралі[1].

У юридичній науці на сучасному етапі немає єдиного підходу щодо видів джерел права, хоча ця проблема не є новою. Більшість науковців, досліджуючи

[1] Панченко С. В. Поняття та ознаки джерела цивільного договірного права. *Вчені записки Таврійського національного університету імені В. І. Вернадського. Серія «Юридичні науки»*. Том 30 (69). № 5. 2019. С.81-86.

співвідношення джерел права між собою, розглядали питання їх видів відповідно до певних критеріїв. Ця дискусія пов'язана зі складністю досліджуваної категорії, яка є багатоаспектною[1]. Пропонуємо розглянути питання видів джерел права через категорію «система».

Перш ніж дослідити систему джерел цивільного договірного права, варто з'ясувати, як у науці трактують поняття «система». Цей термін походить з грецької мови від слова «*systema*», що означає «структурована цілісність, яка складається з певних елементів». Варто зауважити, що єдиного підходу щодо розуміння системи немає. У філософській та загальнотеоретичній науці є близько 50–ти визначень «системи»[2].

У філософії права системний аналіз ґрунтується на таких принципах: цілісності, структурності, поліфункціональності, ієрархічності, багатоаспектності існування. Поняття система розглядають як ціле, складене з частин, як сукупність взаємозв'язаних елементів, цілісність[3]. Система — це сукупність елементів і мережі зв'язків між ними, організованих певним чином[4]. Система — це певна цілісність, єдність, що складається з взаємозв'язаних частин, кожна з яких робить свій внесок в унікальні характеристики цілого[5]. Система — це порядок, зумовлений планомірним розташуванням частин, структурний ряд, зв'язне ціле[6]. Система — це порядок, зумовлений правильним, планомірним розташуванням і взаємним зв'язком частин чого-небудь[7]. Р. О. Стефанчук виділяє такі ознаки системи: наявність певної множини елементів, системоутворюючих зв'язків та цілісність[8].

Отже, система означає цілісність, яка характеризується наявністю невід'ємних, взаємозв'язаних складових частин (елементів), що певним чином впорядковані, мають свої особливості та займають відповідні місця.

У теорії права виокремлюють ознаки системи джерел права. Так, наприклад, Н. М. Пархоменко звертає увагу на такі ознаки системи джерел права:

[1] Пархоменко Н. М. Джерела права: проблеми теорії та методології : монографія. К. : ТОВ «Видавництво Юридична думка». 2008. С.127.

[2] Міжнародна поліцейська енциклопедія: у 10 т. / відп. ред. Ю. І. Римаренко, Я. Ю. Кондратьєв, В. Я. Тацій, Ю. С. Шемшученко. К. : Концерн «Видавничий дім «Ін юре», 2003. С.950.

[3] Філософія права : навч. посібник / О. О. Бандура, С. А. Бублик, М. Л. Заінчковський та ін.; за заг. ред. М. В. Костицького, Б. Ф. Чміля. К., Юрінком інтер, 2000. С.67.

[4] Тополевський Р. Б. Системні зв'язки юридичних джерел права : автореф. дис. ... канд. юр. наук : 12.00.01. Національний університет внутрішніх справ. Харків, 2004. С.9.

[5] Конопліцький В. А., Філіна Г. І. Економічний словник. Тлумачно-термінологічний. К. : КНТ, 2007. С.409.

[6] Словник іншомовних слів / улад.: С. М. Морозов, Л. М. Шкарапура. К. : Наук. думка, 2000. С.529.

[7] Великий тлумачний словник сучасної Української мови / уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. К. , Ірпінь : ВТФ «Перун», 2004. С.1126.

[8] Стефанчук Р. О. Особисті немайнові права фізичних осіб (поняття, зміст, система, особливості здійснення та захисту) : монографія / відп. ред. Я. М. Шевченко. К. : КНТ, 2008. С.255-256.

а) складається з багатьох різнорідних частин — підсистем джерел права — системи нормативно-правових актів, системи нормативно-правових договорів, системи правових прецедентів, які взаємодіють завдяки системним зв'язкам; б) здатність до змін унаслідок впливу як з боку інших підсистем правової системи, так і з боку нормоутворених джерел права; в) у процесі розвитку переходить з рівня на рівень — від звичаєвого неписаного права — до писаного права, від фрагментарних нормативних сукупностей через кодифікацію — до складної динамічної системи; г) у процесі функціонування завдяки системним зв'язкам виявляються нові принципи правоположення; д) охоплює національну; ієрархічну та горизонтальну (галузеву) структуру; е) характеризується внутрішньою узгодженістю (взаємозв'язок та несуперечність джерел права); є) має суб'єктивно-об'єктивний характер; ж) відрізняється активним характером джерел права, що виявляється не лише стосовно системи права чи правової системи загалом, але й щодо безпосередньо пов'язаних із правом систем; з) наділена динамічністю[1].

Л. А. Луць своєю чергою пропонує виокремити такі основні ознаки системи джерел права: 1) зовнішня форма системи права; 2) її первинним елементом є нормативно-правовий припис, через який формалізується та об'єктивується норма права; 3) нормативно-правові приписи взаємопов'язані та взаємоузгоджені; 4) вона є поліструктурним утворенням; 5) структурними частинами системи джерел права є нормативно-правові інститути, нормативно-правові галузі та інші системні утворення; 6) вона є нормативно-правовою організацією, необхідною для правового регулювання в будь-якому суспільстві; 7) нормативно-правові приписи об'єктивуються у відповідних зовнішніх формах права; 8) має динамічний, значною мірою суб'єктивний характер (залежить від діяльності суб'єктів правотворчості)[2].

Ознаками системи джерел у межах окремої галузі права, зокрема трудового права, О. М. Ярошенко називає цілісність; численність джерел права та її елементів; самостійність кожного джерела права, що зумовлена сферою впорядкування і компетенцією нормотворця, який його прийняв; точно визначене становище кожного джерела трудового права в системі джерел цієї галузі; структурна впорядкованість елементів (джерел), що визначає їхні функціональні взаємозв'язки і взаємозалежності[3].

[1] Пархоменко Н. М. Джерела права: проблеми теорії та методології : монографія. К. : ТОВ «Видавництво Юридична думка». 2008. С.183.

[2] Луць Л. А. Загальна теорія держави та права : навч.-метод. посібник (за кредитномодульною системою). К. : Атіка, 2008. С.196.

[3] Ярошенко О. М. Джерела трудового права України: автореф. дис... д–ра юрид. наук : 12.00.05. Х., 2007. С.11.

З урахуванням цього можна виділити особливі ознаки системи джерел права: 1) зовнішня форма вираження права; 2) джерела права у системі взаємопов'язані та взаємоузгоджені; 3) внутрішня структура джерел права.

ЦК України побудовано за пандектною системою джерел права. Пандектна система виникла в XVIII–XIX ст. під час об'єднання німецькими правознавцями джерел римського приватного права Дигест Юстиніана («Пандекти» з грецької — те, що охоплює все). Від інституційної системи права пандектна відрізняється наявністю загальної частини з викладом норм наступних структурних розділів. ЦК України складається з шести книг, в залежно від сфери регулювання. Він є кодексом приватного права, тобто регулює відносини в приватній сфері. Якщо приватні відносини не врегульовано іншими спеціальним законодавчим актом, ЦК України застосовують за принципом субсидіарності, тобто більшої ефективності[1].

Отже, для джерел договірного права характерна наявність джерел загальної дії (наприклад, ЦК України) та спеціальної дії (наприклад, Правила комісійної торгівлі). Якщо немає джерела спеціальної дії, застосовують джерело загальної дії. Важливо вказати на диспозитивність формування системи джерел договірного права, оскільки на цей процес впливають насамперед учасники ділового обороту, а лише потім уповноважені державою органи. Це пояснюється значенням договору, звичаю, які є джерелом цивільного договірного права.

На думку А. І. Дрішлюка, систему джерел цивільного права України можна охарактеризувати як постпозитивістську. З одного боку, помітне домінування в масовій свідомості та юридичній практиці позитивістського підходу до розуміння права та його джерел. З іншого боку, наука та спільнота сприймає те, що система джерел цивільного права України не обмежується законами та підзаконними нормативно-правовими актами, тобто не всі джерела цивільного права закріплено в такому вигляді в позитивному законодавстві[2].

А. Г. Бірюкова зазначає, що системний підхід до визначення джерел права базується на низці принципів. Це насамперед принцип цілісності системи, який означає, що створені в результаті поєднання різноманітних явищ нові якості не можливі без такого поєднання, та принцип різноманіття зв'язків системи з зовнішнім середовищем, засоби взаємодії з якими мають велике значення для правильного розуміння відносин, що усталися в самій системі. Ієрархічний характер джерел цивільного права притаманний системі

[1] Сазонов О. Т. Цивільні права: характеристика і особливості. *Порівняльно-аналітичне право*. №2. 2015. С.132.

[2] Дрішлюк А. І. Щодо актуальності дослідження системи джерел цивільного права України (огляд літератури та постановка проблеми). *Актуальні проблеми держави і права*. 2012. Вип. 65. С. 365. URL : http://nbuv.gov.ua/UJRN/apdp_2012_65_49

нормативно-правових актів і виявляється в залежності, підпорядкованості, нерівності структурних елементів, що її створюють; кожний займає в ній певне, зумовлене юридичною силою та соціальним значенням місце[1].

Зважаючи на це та з урахуванням цивільного законодавства, дослідимо джерела цивільного договірного права, які відображені в такій системі: нормативно-правовий акт, звичай, договір, судовий прецедент. Для визначення інших джерел цивільного договірного права дослідимо наукові підходи, що їх запропонували в літературі представники теорії права та цивілістами.

Історія розвитку української правової системи показує, що вона належить до континентальних систем права, де з часів римського приватного права та протягом усієї історії домінантною формою права був нормативно-правовий акт. С. І. Клім зазначає, що, можливо, саме тому протягом тривалого часу в науці заперечують очевидні факти, зокрема те, що судова практика (саме практика, а не прецедент, що є елементом судової практики) є додатковим джерелом цивільного права[2].

Традиційні та нетрадиційні джерела права неможливо ототожнювати однак і неможливе їх чітке розмежування. Традиційних джерел недостатньо, щоб регулювати суспільні відносини, тому виникнення нетипових джерел права є об'єктивним явищем, що відповідає потребам сучасного життя.

На думку Н. М. Пархоменка, джерела права слід поділити на загальносоціальні та формально-юридичні, оскільки традиційний поділ усіх джерел права на юридичні й матеріальні не дозволяє розглядати як джерела права суб'єктів правотворчості[3].

Залежно від впливу відносин на виникнення права, всі джерела права можна поділити на три основні групи. До першої групи зараховують ті суспільні відносини, що вже склалися, зміст яких становлять взаємні права та обов'язки сторін і яким держава лише надає юридичної форми. Прикладом таких суспільних (договірних) відносин є відносини купівлі-продажу або міни, які виникають у найдавніші часи, а щодо міни, то вона виникає ще до появи держави та права, а відтак держава згодом закріплює у праві ті варіанти поведінки, що склалися у суспільстві. До другої групи зараховують ті джерела права, у яких держава закріплює або визнає відносини, які ще повністю не склалися,

[1] Бірюкова А. Г. Деякі питання щодо джерел цивільного права. *Актуальні проблеми приватного права*: матеріали Міжнар. наук.-практ. конф., присвяч. 93-й річниці з дня народж. В. П. Маслова (м. Харків, 27 лют. 2015 р.). Харків, 2015. С.82.

[2] Клім С. І. Значення судової практики як додаткового джерела цивільного права. *Актуальні проблеми держави і права* : збірник наукових праць. редкол.: С. В. Ківалов (голов. ред.) та ін. ; відп. за вип. Ю. М. Оборотов. Одеса : Юридична література, 2009. Вип. 51. С.75.

[3] Пархоменко Н. М. Джерела права: проблеми теорії та методології : монографія. К. : ТОВ «Видавництво Юридична думка». 2008. С.140.

тим самим активно сприяючи їх розвитку. В Україні прикладом таких відносин є відносини лізингу, а також застава (іпотека), які стали активно розвиватись після прийняття відповідних законів. Нарешті, третю групу становлять відносини, безпосередньою основою виникнення яких стає юридична практика. Прикладом таких договірних відносин є нові договори пайової участі у будівництві, які й сьогодні не мають належного нормативного регулювання[1].

В. А. Ватрас пропонує класифікувати джерела сімейного права так: 1) джерела сімейного права, які містять державно-правові приписи; 2) джерела, які містять соціально-правові приписи; 3) джерела сімейного права, які містять правові позиції[2].

У юридичній літературі виокремлюють такі основні зовнішні форми джерел права: правовий звичай[3]; нормативно-правовий акт[4]; закон[5]; правовий прецедент[6], нормативно-правовий договір[7].

Науковці пропонують виділити й інші джерела права, зокрема правову доктрину[8]; принципи права[9]; релігійно-правові норми[10]; міжнародно-правовий акт[11] та інші.

Щодо правового регулювання договірних відносин Т. В. Блащук виділяє нормативне (загальне) та індивідуальне регулювання. Джерелами нормативного (загального) регулювання є нормативно-правовий акт, правовий звичай, судовий прецедент, нормативний договір, а також загальні принципи права. Джерелом індивідуального регулювання, на думку Т. В. Блащук, є конкретний

[1] Блащук Т. В. Джерела правового регулювання договірних відносин: теоретико-правовий аспект. *Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право»*. 2013. №1 (7).

[2] Ватрас В. А. Джерела сімейного права: проблеми теорії та практики : монографія. Хмельницький : видавництво ТОВ «Поліграфіст-3», 2020. С.84.

[3] Юридична енциклопедія: в 6 т. / редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. К. : «Укр. енцикл.», 1998. Т. 2: Д–Й, 2003. С.171.

[4] Луць Л. А. Загальна теорія держави та права : навч.-метод. посібник (за кредитномодульною системою). К. : Атіка, 2008. С.193. ; Юридична енциклопедія: в 6 т. / редкол.: Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. К. : «Укр. енцикл.», 1998. Т. 2: Д–Й, 2003. С.171.

[5] Луцький Р. П. Ієрархічність правових джерел (нормативних актів) як відображення буття позитивного права. *Часопис Київського університету права.* № 2. 2012. С.19.

[6] Луць Л. А. Загальна теорія держави та права : навч.-метод. посібник (за кредитно-модульною системою). К. : Атіка, 2008. С.193.

[7] Луцький Р. П. Ієрархічність правових джерел (нормативних актів) як відображення буття позитивного права. *Часопис Київського університету права.* № 2. 2012. С.19.

[8] Ватрас В. А. Джерела сімейного права: проблеми теорії та практики : монографія. Хмельницький: видавництво ТОВ «Поліграфіст-3», 2020. С.590.

[9] Луць Л. А. Загальна теорія держави та права : навч.-метод. посібник (за кредитно-модульною системою). К. : Атіка, 2008. С.193.

[10] Луцький Р. П. Ієрархічність правових джерел (нормативних актів) як відображення буття позитивного права. *Часопис Київського університету права.* № 2. 2012. С.19.

[11] Там же.

цивільно-правовий договір, зміст якого становлять сукупність умов, визначених на розсуд сторін і погоджених ними[1].

Звичай тривалий час був єдиним видом права, аж до появи писемності та нової форми — закону або, як ще його називають, нормативно-правового акта. Саме його вважають основним джерелом права у більшості сучасних держав романо-германської правової сім'ї[2].

Особливістю звичаєвих норм є те, що вони не встановлюються рішенням органів держави, а виникають унаслідок багаторазового застосування протягом століть, закріплюють досвід у свідомості людей і стають звичкою, соціальними нормами[3].

Звичай — це соціальна норма, яка склалася внаслідок постійного та уніфікованого її застосування (повторення)[4]. Стаття 7 ЦК України визначає звичай як правило поведінки, яке не встановлене актами цивільного законодавства, але є усталеним у певній сфері цивільних правовідносин. На ці ознаки додатково вказує Н. С. Кузнєцова, звертаючи увагу на те, що усталеність правила означає, що звичай внаслідок його багаторазового застосування сприймається у суспільстві або у його значної частини як правило поведінки, якого дотримуються без додаткової формалізації, у тому числі з огляду на історичні, національні, суспільні традиції[5].

Відповідно до ч. 2 ст. 7 ЦК України звичай за своєю юридичною силою поступається як договору, так і нормам цивільного законодавства. Якщо він суперечить названим джерелам права, йдеться у ЦК України, його не застосовують.

Нормативно-правовий акт — письмовий документ, прийнятий компетентним органом держави або уповноваженим суб'єктом, що встановлює, змінює, припиняє або конкретизує норми права, містить розпорядження загального характеру й постійної дії, розрахований на багаторазове застосування[6].

Нормативно-правові акти мають низку особливостей. Насамперед це державний характер. Держава наділяє органи, організації, посадових осіб

[1] Блащук Т. В. Джерела правового регулювання договірних відносин: теоретико-правовий аспект. *Часопис Національного університету «Острозька академія»*. Серія «Право». 2013. №1 (7). С.9. URL: .

[2] Луцький Р. П. Ієрархічність правових джерел (нормативних актів) як відображення буття позитивного права. *Часопис Київського університету права*. № 2. 2012. С.19.

[3] Пархоменко Н. М. Джерела права: проблеми теорії та методології : монографія. К. : ТОВ «Видавництво Юридична думка». 2008. С.151.

[4] Беляневич О. А. Господарське договірне право України (теоретичні аспекти) : монографія. К. : Юрінком Інтер, 2006. С.235.

[5] Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України: у 2 т. / за відповід. ред. О. В. Дзери (кер. авт. кол.), Н. С. Кузнєцової, В. В. Луця. К. : Юрінком Інтер, 2005. Т І. С.23.

[6] Пархоменко Н. М. Джерела права: проблеми теорії та методології : монографія. К. : ТОВ «Видавництво Юридична думка». 2008. С.161.

правом приймати нормативно-правові акти, тобто правотворчою компетенцією. Вона ж забезпечує й реалізацію прийнятих нормативно-правових актів, включаючи і примусовий вплив на осіб, що ухиляються від їхнього виконання. Нормативно-правові акти приймають не всі, а суворо визначені суб'єкти, спеціально уповноважені на те державою. При цьому кожен суб'єкт правотворчої діяльності має межі своєї компетенції. Такі акти приймають з дотриманням певної процедури. Вони мають тимчасові, просторові та суб'єктні межі дії, завжди містять юридичні норми права, що й робить їх нормативними, тобто загальнообов'язковими[1].

Сукупність нормативно-правових актів утворює систему нормативно-правових актів, яка має вертикальний і горизонтальний виміри[2]. Для українського законодавства характерний горизонтальний вимір, тобто поділ на інститути і галузі законодавства.

Основу цивільного законодавства становить Конституція України та ЦК України. Їх потрібно враховувати під час прийняття будь-яких інших актів цивільного законодавства, а також актів законодавства, в яких передбачено регулювання договірних відносин у тій чи іншій специфічній сфері діяльності[3]. Поряд із ЦК України джерелами правового регулювання договірних відносин є також інші закони, кодифіковані та підзаконні нормативно-правові акти. У ряді випадків ЦК України сам указує, які закони потрібно застосовувати до відповідних правовідносин. Наприклад, відповідно до п. 3 ст. 698 ЦК України до відносин за договором роздрібної купівлі-продажу за участю покупця-фізичної особи, не врегульованих ЦК України, застосовують законодавство про захист прав споживачів. Насамперед йдеться про Закон України «Про захист прав споживачів»[4].

Законодавство характеризується внутрішньою ієрархією, де поряд із законами виокремлюють підзаконні нормативно-правові акти. Найбільше дискусійних моментів виникає під час визначення ієрархії підзаконних нормативно-правових актів. Більшість науковців до підзаконних нормативно-правових актів зараховують акти парламенту, глави держави, уряду й інших центральних органів виконавчої влади та органів виконавчої влади на місцях, органів місцевого самоврядування й локальні акти[5].

[1] Луцький Р. П. Ієрархічність правових джерел (нормативних актів) як відображення буття позитивного права. *Часопис Київського університету права.* № 2. 2012. С.19.

[2] Пархоменко Н. М. Джерела права: проблеми теорії та методології : монографія. К. : ТОВ «Видавництво Юридична думка». 2008. С.162.

[3] Бервено С. М. Проблеми договірного права України : монографія. К. : Юрінком Інтер, 2006. С.55.

[4] Блащук Т. В. Джерела правового регулювання договірних відносин: теоретико-правовий аспект. *Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право».* 2013. №1 (7). С.6. URL : .

[5] Андрусів Л. Теоретико-правові засади системи нормативно-правових актів. *Підприємництво, господарство і право.* 2017. № 4. С.129.

Отже, це підтверджує тезу про те, що нормативно-правовий акт є основним джерелом цивільного договірного права.

У юридичній літературі більшість науковців до джерел цивільного права відносять судовий прецедент.

Динаміка розвитку нашого суспільного життя обумовлює те, що законодавець не встигає приймати правові норми для врегулювання усіх суспільних відносин, що виникають у державі, внаслідок чого судові органи в процесі вирішення конкретної цивільної справи змушені використовувати аналогію закону, права або застосовувати норми суміжного інституту та галузі[1].

Р. Б. Сабодаш правовий прецедент визначає як джерело права, виражене у об'єктивованому рішенні органу держави, містить юридичний зміст або надає тлумачення щодо спірного питання, або ж вирішує не передбачені у законі питання, якому надається формальна обов'язковість при вирішенні всіх наступних аналогічних справ. Структура правового прецеденту містить три елементи: встановлення конкретних обставин справи, правові принципи, що застосовуються при її розгляді та вирішенні, та висновок у справі[2].

У зв'язку з обов'язком держави виконувати рішення ЄСПЛ у справах проти України та необхідністю усунення причин порушення Україною положень Європейської конвенції Верховна Рада України прийняла Закон України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини». У ст. 17 цього Закону встановлено, що [національні] суди під час розгляду справ застосовують Конвенцію та практику Суду як джерело права[3].

За результатами правового аналізу рішень ВС України як джерела цивільного договірного права А. І. Дрішлюк зробив висновок про те, що такі рішення стають зразковими для вирішення аналогічних спорів у майбутньому. Саме «зразковість» є характерною рисою прецедентного застосування[4]. Підтвердження цьому науковому висновку знаходимо у Законі України «Про судоустрій і статус суддів», де у ч. 6 ст. 13 зазначено: «Висновки щодо застосування норм права, викладені у постановах ВС, враховують інші суди при застосуванні таких норм права»[5].

[1] Андрусів Л. Теоретико-правові засади системи нормативно-правових актів. *Підприємництво, господарство і право*. 2017. № 4. С.76.

[2] Сабодаш Р. Б. Практика Європейського Суду з прав людини як джерело права України. *Наше право*. № 9. 2013. С.142-143.

[3] Там.же. С.140.

[4] Дрішлюк А. І. Вплив судової практики Верховного суду України на систему джерел цивільного та цивільно-процесуального права України. *Наукові праці НУ ОЮА*. Наукові праці Національного університету «Одеська юридична академія». 2012. Т. 12. С. 253. URL : http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nponyua_2012_12_26

[5] Про судоустрій і статус суддів : Закон України від 2.06. 2016 р. № 1402-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2016 р. № 31. Ст. 545.

Відповідно до висновку ВС України у постанові №347/1910/15-ц, одночасне застосування штрафу й пені за порушення строків виконання грошових зобов'язань свідчить про недотримання положень, закріплених у ст. 61 Конституції. Це питання не було вирішено на рівні нормативно-правових актів.

Отже, можна виділити такі види судового прецеденту як джерела цивільного договірного права: 1) рішення ЄСПЛ; 2) правові позиції ВС.

Поряд із судовим прецедентом, у юридичній літературі виділяють окремо судову практику як джерело права. На думку А. І. Дрішлюка, констатувати наявність судової практики можна лише у тому разі, якщо за однорідною категорією справ суди всіх рівнів приймають однакові рішення. До цього моменту ми можемо лише вести мову про наявність рішень суду певної інстанції, які лише механічно можна визнавати судовою практикою[1].

За висновком С. І. Клім, судова практика виконує три функції: правозастосовну, інтерпретаційну та правотворчу. Основною є саме правозастосовна практика. На думку вченої, суди, застосовуючи право, що є особливою формою реалізації права[2], виконують інтерпретаційну функцію[3]. Правотворча функція, на її думку, не є основною функцією судової практики. Безсумнівно, діяльність суду не може бути безпосередньо спрямована на створення норм права, тому очевидно, що виконання судовою практикою цієї функції вже за результатами правозастосовчої та інтерпретаційної діяльності судів є додатковою[4].

Актом індивідуального правового регулювання є цивільно-правовий договір, що його укладають конкретні особи для врегулювання договірних відносин. Договір як документ, що містить договірні норми, є не лише актом індивідуального правового регулювання, а й джерелом права. Відповідно до ст. 6 ЦК України сторони мають право врегулювати у договорі, який передбачений актами цивільного законодавства, свої відносини, які не врегульовані цими актами, а також можуть відступити від положень актів цивільного

[1] Дрішлюк А. І. Вплив судової практики Верховного суду України на систему джерел цивільного та цивільно-процесуального права України. *Наукові праці НУ ОЮА*. Наукові праці Національного університету «Одеська юридична академія». 2012. Т. 12. С. 251. URL : http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nprpyua_2012_12_26

[2] Клім С. І. Значення судової практики як додаткового джерела цивільного права. *Актуальні проблеми держави і права* : збірник наукових праць. редкол.: С. В. Ківалов (голов. ред.) та ін. ; відп. за вип. Ю. М. Оборотов. Одеса : Юридична література, 2009. Вип. 51. С.76.

[3] Там же. С.78.

[4] Клім С. І. Значення судової практики як додаткового джерела цивільного права. *Актуальні проблеми держави і права* : збірник наукових праць. редкол.: С. В. Ківалов (голов. ред.) та ін. ; відп. за вип. Ю. М. Оборотов. Одеса : Юридична література, 2009. Вип. 51. С.78.

законодавства і врегулювати свої відносини на власний розсуд[1]. На думку А. С. Довгерта, у такий спосіб сторони договору створюють для себе «своє право»[2].

У нормативно-правовому договорі, як зазначає Б. Б. Балданова, на відміну від нормативно-правового акта, встановлюють правову норму спільно, як мінімум, два суб'єкта правотворчості. В цьому випадку договірна норма – це погоджена норма[3]. А. Г. Бірюкова такі договори зараховує до моно-норм, оскільки вони регулюють відносини лише винятково між їхніми учасниками[4].

Окремо визначимо роль міжнародного договору в регулюванні цивільних відносин в Україні, яка стрімко збільшується не тільки внаслідок здобуття Україною незалежності[5]. Такий стан віддзеркалює процеси глобалізації всіх аспектів життя, процеси правової уніфікації та гармонізації. Міжнародні договори все частіше містять норми, які регулюють не міжнародні (міждержавні або міжнародні приватні) відносини, а внутрішні цивільно-правові відносини. Такі норми застосовують як норми власне міжнародних договорів, вони не потребують будь-якої трансформації у внутрішнє право[6].

На особливу увагу заслуговує правова доктрина, оскільки порівняно з іншими джерелами її вплив на правову систему є мінімальним.

Л. О. Корчевна вказує на те, що одним із здобутків європейської та світової ліберальної правової думки є визнання доктрини джерелом або формою права. Авторка зазначає, що в історії романо-германської правової сім'ї простежується домінування різних джерел права. Так, наприклад, у первісному суспільстві та ранньому середньовіччі панівним джерелом права був звичай. Упродовж XII–XVIII ст.ст. панівне місце посідала правова доктрина; в XIX ст. домінував закон; нині має місце різноджерельне право, в якому домінують загальні принципи права, виражені як в кодифікованому, так і некодифікованому праві[7].

[1] Блащук Т. В. Джерела правового регулювання договірних відносин: теоретико-правовий аспект. *Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право».* 2013. №1 (7). С.8. URL : .

[2] Довгерт А. С. Джерела цивільного права України: види та співвідношення. *Приватне право і підприємництво.* 2015. Вип. 14. С. 64. URL : http://nbuv.gov.ua/UJRN/Ppip_2015_14_5

[3] Конопліцький В. А., Філіна Г. І. Економічний словник. Тлумачно-термінологічний. К. : КНТ, 2007. С.13.

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

[5] Міжнародне приватне право. Міжнародні договори України: у 2-х томах. Відпов. ред. та упорядники А. Довгерт та В. Крохмаль. К. : Видавничо-поліграфічний центр «Київський університет», 2000. Т. 1. 992 с. Т. 2. С.45.

[6] Довгерт А. С. Джерела цивільного права України: види та співвідношення. *Приватне право і підприємництво.* 2015. Вип. 14. С. 14. URL : http://nbuv.gov.ua/UJRN/Ppip_2015_14_5

[7] Корчевна Л. О. Доктрина як джерело права. *Правова держава.* 2005. № 8. С. 19. URL : http://pd.onu.edu.ua/article/view/218486

РОЗДІЛ 2

Доктрина (лат. «*doctrina*») за змістом означає вчення, зокрема наукове, філософське, політичне, військове тощо; це теорія, система поглядів, теза, принципи, світогляд[1].

Ми вважаємо, що правова доктрина не виступає джерелом цивільного договірного права. Так, з одного боку доктрина може сприяти законотворенню, оскільки розробки науковців є актуальними та відповідають сучасним реаліям. З іншого боку, коли йде мова про вирішення судових спорів, правова доктрина не може виступати джерелом права, оскільки наукові підходи з одного і того ж питання можуть бути тлумачитися по-різному, що може призвести до зловживання правом.

Досліджуючи питання джерел сімейного права, В. А. Ватрас також зараховує правову доктрину до допоміжних джерел, при цьому науковець пропонує внести зміни до СК України та передбачити можливість застосування правової доктрини для вирішення судом сімейних спорів[2]. З такою позицією вченого важко погодитися. Як слушно зазначає І. В. Спасибо-Фатєєва, «є множинність проблем і варіативність їх вирішення, а кожен з авторів є особистістю, що має своє бачення того чи іншого питання». На її думку, «у такій ситуації важко запропонувати єдино можливий та універсальний варіант, підхід або відповідь на питання щодо використання статей ЦК»[3].

Ми вважаємо, що правова доктрина не є джерелом цивільного договірного права. Так, з одного боку, доктрина може сприяти законотворенню, оскільки розробки науковців є актуальними та відповідають сучасним вимогам. З іншого боку, коли йде мова про вирішення судових спорів, правова доктрина не може бути джерелом права, оскільки наукові підходи з одного і того ж питання можуть бути тлумачитися по-різному, що може призвести до зловживання правом[4].

Завершуючи аналіз даного питання слід зазначити, що дослідження проблеми джерел правового регулювання суспільних відносин є пріоритетним напрямком юридичної науки. Вимогою часу є розв'язання проблеми юридичної природи таких джерел, як нормативно-правовий акт, міжнародний

[1] Новий тлумачний словник української мови: у 3-х т. / уклад.: В. Яременко, О. Сліпушко. Т. 1: А–К. К.: Аконіт, 2007. С.581. ; Великий тлумачний словник сучасної української мови : 250 000 слів / уклад. О. Єрошенко. Донецьк : Глорія Трейд, 2012. С.183.

[2] Ватрас В. А. Джерела сімейного права: проблеми теорії та практики : монографія. Хмельницький: видавництво ТОВ «Поліграфіст–3», 2020. С.590-591.

[3] Цивільний кодекс України. Науково-практичний коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців) : в 12-ти томах. Т. 1: Загальні положення / за ред. проф. І. В. Спасибо-Фатєєвої. Серія «Коментарі та аналітика». Х. : ФОП-Колісник А.А., 2010. С.6.

[4] Панченко С. В. Виды источников гражданского договорного права. *Visegrad Journal on Human Rights*. 2020. Випуск 1. Частина 3. С.124.-130.

договір, право ЄС, звичай, цивільно-правовий договір, їхня характеристика і визначення механізму їх застосування як правового регулятора цивільних договірних відносин.

Джерело права — це зовнішня форма вираження норм права, спрямованих на правове регулювання конкретних суспільних відносин, санкціонована уповноваженими на це суб'єктами, що характеризується внутрішньою ієрархією.

Ознаками джерел цивільного права є такі: 1) спрямованість на правове регулювання особистих немайнових та майнових відносин; 2) різна форма закріплення норм, тобто не лише в письмовій, але й в усній формі; 3) різноманітність видів; 4) юридична рівність учасників щодо права вибору джерел права; 5) можуть виникати за волевиявленням учасників цивільних правовідносин, крім випадків, встановлених законом.

У свою чергу, джерела цивільного договірного права — це зовнішня форма вираження норм цивільного права, спрямованих на правове регулювання майнових відносин, що виникають на підставі цивільно-правового договору між конкретними особами, які є суб'єктами правотворчості з визначення умов договору, крім випадків, передбачених законом, із урахуванням вимог природного права та норм моралі.

До джерел цивільного договірного права відносяться: нормативно-правовий акт, звичай, договір, судовий прецедент.

Ознаками джерел цивільного договірного права: 1)обов'язковість застосування для конкретних учасників договірних правовідносин; 2) спрямованість на правове регулювання майнових відносин; 3) сторони договору є суб'єктами правотворчості, оскільки самостійно визначають умови договору з урахуванням обмежень, передбачених законом; 4) на процес правотворчості впливають норми природного права та норми моралі.

2.3. Поняття та види строку цивільно-правового договору

Питання строків одержали в юридичній літературі досить широке і різноманітне висвітлення. Зокрема комплексне дослідження строку цивільно-правового договору було здійснено у дисертаційній праці «Строк цивільно-правового договору»[1].

Ще з часів Платона та Аристотеля, які досліджували сутність часу, природа часу в загально філософському сприйнятті однозначно не з'ясована і навряд чи буде пізнана найближчим часом. Хоча слід погодитись із висловлюванням Аристотеля, що реальні явища дійсності виступають необхідними

[1] Панченко С.С. Строк цивільно-правового договору : : дис. ... канд. юр. наук : 12.00.03. Хмельницький, 2017. 230 с

умовами плину часу[1]. Відповідно час як метафізична категорія для людини уособлюється в понятті соціального часу.

На сьогодні науковці все частіше доводять існування юридичного (правового) часу як різновиду часу соціального (І. Г. Оборотов, О. В. Шовкова)[2]. Не заглиблюючись у суть наведеної дискусії, варто сказати, що людина не може здійснювати будь-яку діяльність поза часом. Саме тому людиною визнаються та використовуються такі темпоральні категорії, як строк та термін. Їх основна відмінність від часу полягає в тому, що їх можна встановлювати, змінювати тощо, що неможливо здійснити щодо часу: він триває, плине, існує незалежно від людини як об'єктивне явище дійсності.

Оскільки строки та терміни відіграють надзвичайно важливе значення в нашому житті, вони закріплюються нормами цивільного законодавства, що є надзвичайно позитивним. Проте законодавче закріплення строків і термінів породжує низку проблем у їх практичному застосуванні, теоретичному визначенні, а також у процесі обчислення[3].

Це, як і надзвичайна важливість часу, строку та інших темпоральних характеристик, зумовлює активну наукову діяльність щодо пізнання їх суті. Цим питанням присвячена значна кількість робіт філософів, соціологів і, звичайно, юристів. Незважаючи на традиційність теми строків у цивільному праві та наявність значної кількості наукових робіт з цього приводу, остаточно дослідженими строки в цивільному праві вважати не можна[4]. У праві залишається частина спірних теоретичних та прикладних питань, пов'язаних зі строками. Одним із таких питань є поняття строку цивільно-правового договору, на якому й зосередимо свою увагу. Необхідно вказати, що строк цивільно-правового договору містить як загальні ознаки, характерні для будь-якого цивільно-правового строку, так і спеціальні — ті, що властиві саме йому.

Отже, аналіз слід розпочати із законодавчого визначення строку. Відповідно до ч. 1 ст. 251 ЦК України строком є певний період у часі, зі спливом якого пов'язана дія чи подія, яка має юридичне значення[5]. Оскільки це поняття стосується будь-якого цивільно-правового строку, воно дає можливість визначити його загальні ознаки, серед яких: строк — це період часу; об'єктивність

[1] Аристотель. Сочинения в 4-х т. / Ред. В. Ф. Асмус. М. : Мысль, 1975. Т. 1. С. 307.

[2] Оборотов І. Г. Темпоральні характеристики права : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Одеса, 2008. С. 1, 3; Шовкова О. В. Позовна давність як різновид цивільно-правових строків : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Х., 2008. С. 17-18.

[3] Вахонєва Т. М. Строки (терміни) у цивільному праві : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. К., 2005. С. 1.

[4] Гуйван П. Д. Теоретичні питання строків у приватному праві : монографія. Х. : Право, 2014. С. 63.

[5] Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. № 435-IV (зі змінами та доповненнями). *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 40. Ст. 356.

у перебігу; його сплив спричиняє настання певних правових наслідків[1]. Окрім того, деякі ознаки строку можна виокремити чи уточнити з аналізу інших статей ЦК України, що стосуються строків та термінів (ст. 252–254).

Зупинимося на характеристиці загальних ознак цивільно-правового строку.

Насамперед, цивільно-правовий строк має цивільно-правову природу, характеризується особливою сферою застосування: нею є цивільне право як галузь права, яка врегульовує особисті немайнові та майнові відносини на засадах юридичної рівності, диспозитивності правового регулювання та ініціативності сторін[2]. І хоча у визначенні строку, що дається у ч.1 ст. 251 ЦК України, жодного слова немає про цивільно-правову сферу відносин чи аналогічні наслідки, саме розташування цієї дефініції у ЦК України є достатнім для такого висновку. Відповідно це дає нам право вказувати на такі строки саме як на цивільно-правові. Хоча слід погодитись із твердженням, що визначення поняття «строк» (як і поняття «термін»), зроблене законодавцем у наведеній статті, має значення і для інших галузей, у т.ч. до відносин, які ЦК України врегульовує субсидіарно на підставі ст. 9 ЦК України[3].

Цивільно-правовий строк — це певний період (проміжок, відрізок) часу, який визначається певними часовими орієнтирами. Таких орієнтирів (елементів строку) виділяють, зокрема три (початок, закінчення, тривалість строку) (Д. О. Маріц)[4]. Поняття «строк» є ширшим, ніж «термін», та зазвичай включає його в себе в якості орієнтиру початку строку, а деколи — й моменту закінчення[5]. Хоча, як підсумовує Д. О. Маріц, терміни можуть бути як пов'язаними зі строками, так і не пов'язаними з ними[6]. Отже, слід погодитись з А. А. Шайковським, що зазначена юридична конструкція – строк – є складним явищем, яке містить у собі мінімум два не завжди конкретні часові орієнтири,

[1] Панченко С. С. Щодо ознак цивільно-правового строку. *Актуальні проблеми юридично науки : збірник тез Міжнародної наукової конференції «П'ятнадцяті осінні юридичні читання»*, м. Хмельницький, 21–22 жовтня 2016 р. : у 2-х ч. Частина перша. Хмельницький : ХУУП, 2016. С. 180–181.

[2] Цивільне право України : Загальна частина / за ред. професорів І. А. Бірюкова і Ю. О. Заіки. К. : Алерта, 2014. С. 17; Цивільне і сімейне право України : навчально-практичний посібник / за ред. О. Є. Харитонова, А. І. Дрішлюка. Х. : ТОВ «Одіссей», 2003. С. 15.

[3] Цивільний кодекс України : науково-практичний коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців) : у 12 т. / за ред. І. В. Спасибо-Фатєєвої. Х. : ФО-П Лисяк Л. С., 2010. Т. 4 : Об'єкти. Правочини. Представництво. Строки. С. 579.

[4] Маріц Д. О. Строки і терміни у договорах про реалізацію майна : монографія. К. : ВД «Дакор», 2013. С. 49.

[5] Гуйван П. Д. Теоретичні питання строків у приватному праві : монографія. Х. : Право, 2014. С. 61.

[6] Маріц Д. О. Строки і терміни у договорах про реалізацію майна : монографія. К. : ВД «Дакор», 2013. С. 42.

що визначають граничні межі існування строків. Йдеться про початок строку та його закінчення (сплив)[1]. Початок строку як період часу визначається саме терміном (зазвичай конкретною календарною датою), і саме він як правило, надає строку конкретність. У той же час саме терміни забезпечують правильне визначення строків, оскільки забезпечують можливість правильного визначення часового проміжку[2].

Менш конкретним часто буває момент спливу строку, оскільки сторони договору не завжди визначають його тривалість при укладенні договору.

Цивільно-правовий строк є чітко вираженою складовою загального часу[3], тобто характеризується об'єктивністю перебігу. Така ознака строку підтверджується такими словами в його визначенні: «зі спливом якого». Проте перебіг строку відбувається об'єктивно лише після його встановлення[4]. Іншими словами, кожен строк є засобом співвідношення діяльності конкретної людини із частиною загального потоку часу, а також спосіб упорядкувати цю діяльність шляхом встановлення її часових меж[5]. Не дарма майже у третині цивільно-правових норм тією чи іншою мірою присутній часовий фактор[6].

Всеохоплююче значення часу для життя людства та його використання у вигляді певних періодів — строків — породжує різноманітні висновки науковців на зразок того, що «змістом строку є або дія, або подія»[7]. Навряд чи можна погодитися із такими твердженням, проте вони підкреслюють всеохоплююче значення строків; те, що строк є частиною загального часу. Це і було відображене у вже проаналізованій нами ознаці.

Цивільно-правовий строк характеризується суб'єктивністю визначення, оскільки строк не може існувати без прояву волі людини щодо його визначення. Доречно в цьому сенсі навести думку К. Ю. Лєбєдєвої про «ініціативність» людини у використанні часу. Людина може встановити, змінити строк, змінити порядок його обчислення, наприклад, шляхом визнання боргу тощо[8]. Причому це необов'язково можуть робити тільки учасники правовідносин. Такий висновок випливає з того, що відповідно до ч. 3 ст. 251 ЦК України

[1] Шайковський А. А. Визначення юридичної природи темпоральної структури правового часу. *Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України*. 2013. Вип. 32. С. 162.

[2] Шайковський А. А. Там же. С. 162.

[3] Шайковський А. А. Там же. С. 159.

[4] Гуйван П. Д. Там же. С. 61.

[5] Стаховский Д. В. О понятии сроков в административном праве. *Бизнес в законе*. 2012. № 2. С. 176.

[6] Гуйван П. Д. Там же. С. 140.

[7] Правознавство : підручник / Соловйова В. В., Сердюк О. О., Кирпичов О. А. та ін.] ; кер. авт. кол. В. В. Соловйова. Донецьк : ТОВ «Юго-Восток, Лтд», 2008. С. 152.

[8] Гуйван П. Д. Теоретичні питання строків у приватному праві : монографія. Х. : Право, 2014. С. 67.

строк може визначатися актом цивільного законодавства, правочином, у рішенні суду. Хоча більшість науковців у своїх визначеннях строку вказують, що він встановлюється в договорі чи законі[1], упускаючи односторонні правочини та рішення суду. Це можна пояснити тим, що строки встановлюються переважно в договорах чи законах. Суб'єктивний характер строку у свій час оспорювався О. О. Красавчіковим. Науковець та його однодумці вважали сплив часу абсолютним та об'єктивним явищем, пояснюючи це тим, що сама людина існує в часі[2]. Проте у свій час прогресивне та практично перше ґрунтовне дослідження юридичних фактів, проведене О. О. Красавчіковим, отримало новий, додатковий, критичний розвиток у працях його наступників, що не могло не призвести до переоцінки окремих висновків науковця. Окрім того, й сам науковець зазначав, що людська діяльність може не тільки відсунути, але й припинити триваючу в часі подію[3].

Суб'єктивна ознака строків, на думку Н. В. Хащівської, випливає із обмеження в часі правовідношення в цілому або суб'єктивних прав та обов'язків його учасників[4].

Вплив людини на визначення строків можна спостерігати в регулюючій діяльності органів державної влади, наприклад, перехід на так званий «літній–зимовий» час (п.1 постанови КМ України «Про порядок обчислення часу на території України»)[5].

Пояснюючи об'єктивно-суб'єктивний характер строку, певною мірою можна погодитися із змістовним висловлюванням П. Д. Гуйвана: «Хоча сплив строку і відбувається об'єктивно, не залежить від волі суб'єктів права, але для цивільних правовідносин юридичне значення має не час як абстрактна категорія чи сплив часу, а настання конкретних моментів строку»[6].

Цивільно-правовий строк характеризується наявністю одиниці виміру. Деколи її ще називають масштабом чи еталоном часу. Відповідно до ЦК України такими одиницями є рік, місяць, тиждень, день, година (ч.1 ст. 252). Тобто при буквальному тлумаченні норми перелік одиниць виміру строку є вичерпним.

[1] Юридична енциклопедія : в 6 томах / редкол. : Ю. С. Шемшученко (відп. ред.) та ін. К. : Українська енциклопедія, 1998. Т. 1 : А–Г. С. 674.

[2] Красавчиков О. А. Юридические факты в советском гражданском праве. М. : Госюриздат, 1958. С. 168; Жгунова А. В. Сроки в советском гражданском праве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Свердовск, 1971. С. 6

[3] Красавчиков О. А. Там же. С. 168.

[4] Хащівська Н. В. Цивільно-правове регулювання строків у договорах про передання майна у тимчасове користування : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. К., 2011. С. 61.

[5] Про порядок обчислення часу на території України : постанова Кабінету Міністрів України від 13.05.1996 р. № 50. URL : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/509-96-п

[6] Гуйван П. Д. Теоретичні питання строків у приватному праві : монографія. Х. : Право, 2014. С. 140.

Проте, як часто вказується в юридичній літературі, в окремих випадках виникає потреба встановити строк у хвилинах, декадах, кварталах[1]. Зокрема, на думку О. В. Шовкової, важливе значення такі одиниці виміру мають при проведенні розрахунків, при народженні дитини, яка потім померла, та в інших випадках[2]. Така одиниця виміру, як квартал, згадується у ст.ст. 254, 1061 ЦК України. Обчислення строків декадами використовується у транспортному законодавстві, наприклад, при декадному плануванні[3]. На практиці трапляється використання таких періодів часу, як п'ятирічка, десятирічка тощо. Цивільні кодекси зарубіжних країн у якості одиниці строку передбачають квартал, в окремих навіть йдеться про півроку (ст. 369.1 ЦК Азербайджанської Республіки, ст. 123–124 ЦК Грузії, ст. 143 ЦК Туркменістану, ст. 217 ЦК Республіки Таджикистан)[4]. У ст. 134 Закону Естонської Республіки «Про загальну частину Цивільного кодексу» вказується на роки, місяці, дні, години *та більш короткі одиниці часу* (курсив авт. — С. П.)[5].

Отже, найбільш доречним варіантом є запровадження диспозитивної норми щодо одиниць виміру строків. Саме тому пропонуємо ч. 1 ст. 252 ЦК України викласти в такій редакції: «Строк визначається роками, місяцями, тижнями, днями, годинами, *якщо одиниця виміру не визначена сторонами*». Отже, вважаємо за необхідне підтримати пропозицію науковців[6] щодо перетворення існуючої відносно-диспозитивної норми на абсолютно-диспозитивну.

Слід визнати позитивним наявність уніфікації у ЦК України щодо прирівняння будь-якого строку тривалістю у півмісяця до 15 днів (ч. 3 ст. 254 ЦК України). Аналогічно пропонується вчинити щодо місяця року та року,

[1] Цивільний кодекс України : науково-практичний коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців) : у 12 т. За ред. І. В. Спасибо-Фатєєвої. Х. : ФО-П Лисяк Л. С., 2010. Т. 4 : Об'єкти. Правочини. Представництво. Строки. С. 582-583; Шовкова О. В. Позовна давність як різновид цивільно-правових строків : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Х., 2008. С. 5.

[2] Шовкова О. В. Там же. С. 5.

[3] Правила планування перевезень вантажів (статті 17–21 Статуту) : затв. наказом Міністерства транспорту України від 09.12.2002 р. № 873. *Офіційний вісник України.* 2003. № 3. Ст. 88.

[4] Гражданский кодекс Азербайджанской Республики (Утвержден Законом Азербайджанской Республики от 28.12.1999 г. № 779-IQ). URL : http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?rgn=2577; Гражданский кодекс Грузии от 26.06.1997 г. № 786-IIс. URL: http://www.matsne.gov.ge/; Гражданский кодекс Республики Таджикистан от 30.06.1999 г.: утвержден Законом Республики Таджикистан «О принятии части первой Гражданского кодекса Республики Таджикистан» от 30.06.1999 г. № 802/ URL : http://mmk.tj/ru/legislation/legislation-base/codecs/; Гражданский кодекс Туркменистана от 17.07.1998 г. № 294-I (с изменениями и дополнениями, внесенными по состоянию на 1.03.2017 г.). URL : http://minjust.gov.tm/ru/mmerkezi/doc_book_det.php?book_id=2

[5] Об общей части Гражданского кодекса: Закон Эстонской Республики от 27.03.2002 г. (по состоянию на 01.10.2015 г.). URL: https://www.juristaitab.ee/ru/zakonodatelstvo/zakon-ob-obshchey-chasti-grazhdanskogo-kodeksa

[6] Шовкова О. В. Там же. С. 5.

доповнивши ч. 3 ст. 254 ЦК України таким положенням: «*Строк, що визначений у місяць, дорівнює тридцяти дням. Строк, що визначений у рік, дорівнює триста шістдесяти п'яти дням*».

У юридичній літературі вказують, що одиниця виміру строку є наперед і свідомо обраною[1]. Проте, такий висновок можна застосувати лише до наперед визначеного строку. Відповідно можна зробити висновок, що якщо йдеться про строк договору, який не був чітко визначений, наприклад, на момент укладення договору, то його одиниця виміру може бути встановлена лише після припинення правовідношення. А отже в зазначеному випадку одиниця виміру не може бути наперед обраною.

Наступною ознакою цивільно-правового строку є те, що сплив (закінчення) строку зумовлює настання певних цивільно-правових наслідків. ЦК України вказує на ці наслідки таким чином: «...зі спливом якого пов'язана дія чи подія, яка має юридичне значення» (ч. 1 ст. 251 ЦК України)[2]. Щодо цієї дії чи події (тобто юридичного факту) можна припустити, що наслідки в загальному та традиційному варіанті можна окреслити як виникнення, зміну чи припинення цивільних прав та обов'язків.

Необхідно підтримати застереження О. П. Печеного, який акцентує увагу на тому, що правові наслідки пов'язуються не з самими строками, а з їх спливом[3].

Розвиваючи положення ч. 1 ст. 251 ЦК України, В. В. Луць вказує, що зі спливом строку пов'язана не тільки дія чи подія, яка має юридичне значення, а й бездіяльність[4]. Вважаємо такий підхід неправильним. На наше переконання, поділ юридичних фактів відбувається не на дії та події (що, як не дивно, зустрічається в переважній більшості наукових досліджень)[5], а на діяння та події. Діяння, у свою чергу, поділяються на дії та бездіяльність[6]. Для того, щоб у подальшому уникнути зазначеної дискусії, пропонується відобразити це в нормі ч. 1 ст. 251 ЦК України, замінивши в ній слово «дія» на «діяння».

[1] Пленюк М. Д. Цивільно-правове регулювання строків (термінів) у договорах про виконання робіт : дис. канд. юрид. наук : 12.00.03. К., 2011. С. 37-39.

[2] Цивільний кодекс України. Там же.

[3] Цивільний кодекс України : науково-практичний коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців) : у 12 т. / за ред. І. В. Спасибо-Фатєєвої. Х. : ФО-П Лисяк Л. С., 2010. Т. 4 : Об'єкти. Правочини. Представництво. Строки. С. 579.

[4] Луць В. В. Строки у цивільних правовідносинах : конспекти лекцій з спецкурсу. Львів : Вид-во Львівського державного університету, 1992. С. 15-16, 21

[5] Цивільне право України. Загальна частина : підручник / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової, Р. А. Майданика. 3-тє вид., перероб і допов. К. : Юрінком Інтер, 2010. С. 497-498; Цивільне право України : навч. посіб. / Ю. В. Білоусов, С. В. Лозінська, С. Д. Русу та ін. / за ред. Р. О. Стефанчука. К. : Наукова думка; Прецедент, 2004. С. 78.

[6] Панченко С. С. Правова природа строку в цивільному праві. *Університетські наукові записки.* 2015. № 3 (55). С. 87–97.

Слід звернути увагу на те, що в переважній більшості досліджень щодо правових строків вказується, що правові наслідки пов'язуються не тільки зі спливом строку (як у ч.1 ст. 251 ЦК України), й з його початком (настанням)[1]. Як уже зазначалося, такий висновок фактично є певним правовим анахронізмом, що залишився з часів, коли правовий строк розумівся і як період, і як момент часу. На сьогодні для характеристики останньої правової категорії ЦК України у ч. 2 ст. 251 використовує дефініцію «термін». Саме для терміну у зазначеному розумінні й є актуальною вказівка про «настання». Тим більш, що початковий момент строку зазвичай визначається через термін. Тим більше нелогічним є запропонована в сучасному науковому дослідженні пропозиція удосконалити легальне визначення строку, згідно з яким строком пропонується визнавати певний період у часі, з *настанням*, *перебігом* (курсив мій — С. П.) чи спливом якого пов'язана дія чи подія, яка має юридичне значення[2].

Критикуючи легальне визначення строку, закріплене у ч.1 ст. 251 ЦК України, П. Д. Гуйван ставить питання про те, чому закон надає правове значення тільки спливу строку, не пов'язуючи такі наслідки з його початком[3]. На поставлене науковцем питання можна відповісти, що найімовірніше таке формулювання норми і є свідченням того, що юридичним фактом є саме сплив строку, а не його початок. Початок перебігу строку, на нашу думку, за логікою речей, повинен визначатися «терміном» у розумінні ч. 2 ст. 251 ЦК України. Отже, в багатьох випадках визначення строку одночасно потребує визначення й терміну, а подекуди — початкового і кінцевого терміну. Так, за обставинами справи, що розглядалася судом, було з'ясовано, що сторони уклали кредитний договір на придбання майна строком на 12 місяців, уточнивши початкову дату його дії — 7 листопада 2006 р. та кінцевий термін повернення кредитних грошей — 6 листопада 2007 р.[4]. І сам П. Д. Гуйван

[1] Юридична енциклопедія : в 6 томах / Редкол. : Ю. С. Шемшученко (відп. ред.) та ін. К. : Українська енциклопедія, 2003. Т. 5 : П–С. С. 674; Жгунова А. В. Сроки в советском гражданском праве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Свердовск, 1971. С. 6; Луць В. В. Там же. С. 14-15, 21; Луць В. В. Сроки в гражданских правоотношениях. *Правоведение.* 1989. № 1. С. 40; Фридман Н. П. Сроки в гражданском праве : учеб. Пособие. М. : ВЮЗИ, 1986. С. 4; Жигалкин П. И. Правовое регулирование сроков в трудовых отношениях: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.05. Харьков, 1974. С. 6; Вишновецька С. В. Строки в трудовому праві. Чернівці : Рута, 1996. 206 с.; Великий енциклопедичний юридичний словник / За ред. акад. НАН України Ю. С. Шемшученка. К. : ТОВ «Видавництво «Юридична думка», 2007. С. 857.

[2] Маріц Д. О. Строки і терміни у договорах про реалізацію майна : монографія. К. : ВД «Дакор», 2013. С. 42;

[3] Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. № 435-IV (зі змінами та доповненнями). *Відомості Верховної Ради України.* 2003. № 40. Ст. 356. Гуйван П. Д. Теоретичні питання строків у приватному праві : монографія. Х. : Право, 2014. С. 140.

[4] Рішення Борщівського районного суду Тернопільської області від 8.12.2011 р. (дата набрання законної сили: 14.12.2011 р.). Справа № 2-767/11. URL : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/19760950

зазначає, що терміни пов'язані зі строками, є початковою, кінцевою, іноді — проміжною точкою останнього[1]. Відповідно можна ототожнити такі поняття: «початковий термін» і «початок перебігу строку», «кінцевий термін» і «закінчення (сплив) строку»[2].

Цивільно-правовий строк характеризують спеціальні правила обчислення. Ці правила суттєво відрізняються від уявлення пересічних громадян про початок перебігу чи тривалість строку. Наприклад, неоднозначно сприймається тривалість строку в півмісяця, який за прямою вказівкою закону однозначно дорівнює 15 дням (ч. 3 ст. 254 ЦК України), чи те, що початок перебігу строку починається з наступного дня після відповідної календарної дати або настання події, з якою пов'язано його початок (ст. 253 ЦК України). Саме тому надзвичайно важливим є їх закріплення на рівні положень законодавства (ст.ст. 253–255 ЦК України). Спірною є пропозиція О. В. Шовкової надати право сторонам договору встановити початок перебігу строку не з наступного, а з поточного дня відповідної календарної дати або настання події, з якою пов'язано початок перебігу строку[3]. Запровадження такого положення породило б абсолютний хаос у цивільно-правовому обігу, оскільки на сьогодні існує вже зазначене правило, до якого звикли учасники цивільного обороту, які його використовують у своїй діяльності.

Окрім наведених ознак цивільно-правового строку, що випливають із глави 18 ЦК України, проведені науковцями дослідження дозволяють виділити ще деякі загальні ознаки цивільно-правового строку.

Так, цивільно-правовий строк характеризується можливістю зміни, тобто допускаються певні операції (дії) зі строком (можливість скорочення, продовження, призупинення, відновлення, перенесення закінчення строку, який припадає на неробочий день, на найближчий (перший) наступний за ним робочий день тощо), що є недопустимим стосовно часу. Причому такі операції за визначених договором чи законом умов можуть вчинятися і тоді, коли строк уже почав спливати, і навіть коли його перебіг уже закінчився (сплинув). На думку П. Д. Гуйвана, такі операції можуть здійснюватися як прямими, так і опосередкованими діями[4].

Це стосується й імперативних (наприклад, строк для прийняття спадщини), і відносно-диспозитивних строків. Так, наприклад, щодо відносно-диспозитивного строку позовної давності закон передбачає зупинення

[1] Гуйван П. Д. Там же. С. 141.

[2] Гуйван П. Д. Там же. С. 141.

[3] Шовкова О. В. Позовна давність як різновид цивільно-правових строків : автореф. дис. ... канд.. юрид. наук : 12.00.03. Х., 2008. С. 5.

[4] Гуйван П. Д. Теоретичні питання строків у приватному праві : монографія. Х. : Право, 2014. С. 61.

спливу цього строку за певних умов, переривання строків залежно від волі та поведінки людей, а також відновлення строку, який уже сплинув, за рішення суду (ст. ст. 263–264, ч. 5 ст. 267 ЦК України). Тобто, і під час перебігу певного строку на нього істотний вплив здійснює воля та діяльність людини.

Цивільно-правовий строк встановлюється учасниками цивільних правовідносин з певною метою. Наявність мети строку пояснюють за допомогою різних характеристик: строки, встановлені «для здійснення певних дій...», «строк завжди несе певне функціональне навантаження». Узагальнюючи, можна навести висновок В. В. Юсипа, що мета строку зазвичай полягає в упорядкуванні цивільного обігу або захисті порушених цивільних прав. Слід визнати, що саме заради цієї мети можуть відбуватися охарактеризовані нами операції зі строком. Відповідно метою є досягнення бажаних для сторін правових наслідків. І хоча фактичні наслідки, зрештою, можуть відрізнятися від бажаних, проте воля осіб спрямована саме на певну мету. Так, якщо торговельне підприємство зацікавлене в регулярних поставках продуктів харчування, то строк такого договору зазвичай буде тривалим. Регулярність поставок (тобто проміжні строки) будуть залежати від виду продуктів. Зокрема, якщо йдеться про хлібобулочні вироби — поставка зазвичай здійснюється декілька разів на день, якщо, наприклад, крупи — значно рідше.

У юридичній літературі можна побачити й інші виділені науковцями ознаки строку. Так, А. А. Шайковський у якості ознаки строку називає універсальність у застосуванні строку у всіх цивільно-правових інститутах[1]. При обґрунтуванні такого висновку автор вказує на те, що врегулювання цивільно-правових строків здійснюється в загальній частині ЦК України (гл. 18). Проте слід зазначити, що це застереження стосується не строку як певного періоду часу, а цивільно-правового інституту строку. П. Д. Гуйван ознакою (властивістю) цивільно-правового строку називає те, що «він є *невід'ємним елементом самого суб'єктивного права* (курсив мій — С. П.), тривалість якого вони опосередковують»[2]. Вважаємо таке твердження недоречним. У юридичній літературі відсутні обґрунтування того, що строк можна вважати елементом суб'єктивного права. Належна аргументація такого підходу відсутня й у самого П. Д. Гуйвана. Взагалі незрозумілим є термін «елемент суб'єктивного права».

Таким чином, загальними ознаками цивільно-правового строку вважаємо такі: 1) цивільно-правова природа; 2) це певний період (проміжок, відрізок) часу; 3) об'єктивність перебігу; 4) суб'єктивність визначення; 5) має одиницю виміру; 6) сплив (закінчення) строку зумовлює настання певних

[1] Шайковський А. А. Визначення юридичної природи темпоральної структури правового часу. *Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України.* 2013. Вип. 32. С. 160.

[2] Гуйван П. Д. Теоретичні питання строків у приватному праві : монографія. Х. : Право, 2014. С. 63.

цивільно-правових наслідків; 7) існування спеціальних правил обчислення; 8) можливість зміни; 9) встановлюється з певною метою.

Окрему увагу необхідно приділити поняттю строку в цивільному праві. Необхідно звернути увагу на те, що в юридичній літературі немає однозначності щодо того, чи повинно визначення строку закріплюватися на рівні актів законодавства.

П. Д. Гуйван пропонує у ЦК України (ч. 1 ст. 251) закріпити таке легальне визначення строку: «Строком є певний період у часі, настання або сплив якого визначають межі існування (здійснення) суб'єктивного права особи»[1]. Щодо визначення, запропонованого П. Д. Гуйваном, слід висловити такі зауваження. По-перше, період (тобто строк) не може *настати* (курсив мій – С. П.); може настати лише момент (тобто термін). Із цього можна зробити висновок, що науковець ототожнює строк і термін, які є різними темпоральними категоріями. По-друге, у визначенні П. Д. Гуйвана відбувається обмеження значення строку лише суб'єктивним правом. Отже, запропоноване визначення, на нашу думку, звужує значення та роль строку, а відповідно є недосконалим.

Специфіка цивільного права (можливо, у зв'язку з його тисячолітньою історією, починаючи з часів Стародавнього Риму) проявляється в тому, що саме в цій галузі виробляється багато понять, категорій, положень, які в подальшому використовуються в якості базових не тільки іншими галузевими правовими науками, але й теорією права. Класичний приклад у цьому аспекті — категорії право- та дієздатності.

Проте, зважаючи на різні погляди щодо цього, вважаємо, що наявність у ЦК України дефініції строку та терміну зробило законодавство більш однозначним, запобігає багатозначності у тлумаченні норм права у правозастосовній діяльності й відповідно — визначеності та прогнозованості поведінки контрагентів. Таким чином, законодавче визначення строку є необхідним.

Вищевказане дозволяє визначити поняття цивільно-правового строку в широкому (науковому) та вузькому розумінні. Так, у широкому розумінні цивільно-правовим строком слід вважати певний період часу, встановлений згідно з положеннями законодавства з певною метою, об'єктивний сплив якого породжує відповідні цивільно-правові наслідки та щодо якого у випадках, передбачених договором чи законом, можуть відбуватися операції (скорочення, продовження, призупинення, відновлення, перенесення тощо) та діють особливі правила його обчислення.

У вузькому розумінні під цивільно-правовим строком слід розуміти певний період у часі, зі спливом якого пов'язане діяння чи подія, які мають

[1] Гуйван П. Д. Там же. С. 141.

юридичне значення. Тобто у ч.1 ст. 251 ЦК України слово «дія» слід замінити на слово «діяння».

Повертаємося до строку цивільно-правового договору. Як було вказано вище, окрім загальних ознак, які властиві будь-якому цивільно-правовому строку, строк цивільно-правового договору характеризується власними спеціальними ознаками, обумовленими специфікою цивільно-правового договору, елементом якого є строк. Причому деякі з них є дещо трансформованими загальними ознаками цивільно-правового строку.

Необхідно зазначити, що основою для виділення спеціальних ознак строку цивільно-правового договору є ст. 631 ЦК України «Строк договору» та ч.7 ст.180 ГК України, присвячена строку дії господарського договору. Згідно з ч.1 ст. 631 ЦК України строком договору є час, протягом якого сторони можуть здійснити свої права і виконати свої обов'язки відповідно до договору[1]. У ГК Украйни йдеться не про строк договору, а про строк дії договору. Так, відповідно до ч.7 ст.180 ГК України строком дії господарського договору є час, впродовж якого існують господарські зобов'язання сторін, що виникли на основі цього договору[2].

Кожне із зазначених визначень викликає зауваження. Так, згідно з ЦК України строк договору визначається як час, протягом якого сторони *можуть* (курсив мій – С. П.) здійснювати свої права та обов'язки. Вживання виділеного слова може призвести до хибного висновку про необов'язковість здійснення прав та виконання обов'язків, про те, що сторони після укладення договору вільні в тому, чи виконувати їм цивільно-правовий договір. Звичайно, це не так. Більше того, невиконання чи неналежне виконання прав та обов'язків може забезпечуватися заходами державного примусу.

Припускаємо, що у зв'язку із вживанням у ст. 631 ЦК України слова «можуть» розробники ЦК України хотіли підкреслити, що в договорі плануються часові показники певної поведінки осіб, але в подальшому вони можуть бути і не реалізовані, тобто йдеться про нетотожність цивільно-правового договору та цивільно-правового зобов'язання.

Іншу серйозну ваду бачимо у дефініції строку дії договору у ГК України: ототожнюється строк договору та строк зобов'язання, що з нього виникає.

Більше того, порівнюючи закріплені визначення, слід вказати на те, що вони є різними: у ЦК України йдеться про «строк договору», у ГК України — «строк дії договору».

[1] Цивільний кодекс України. Там же.

[2] Господарський кодекс України від 16.01.2003 р. № 436-IV (зі змінами та доповненнями). *Відомості Верховної Ради України.* 2003. № 18. Ст. 144.

До речі, питання про тотожність понять «строк договору», вжите у ст. 631 ЦК України, та поняття «строк дії договору», використане у ч. 7 ст. 180 ГК України, було предметом уваги ВГС України. Так, в листі ВГС України від 07.04.2008 р. № 01–8/211 «Про деякі питання практики застосування норм Цивільного та Господарського кодексів України» було зазначено, що оскільки *змістом зобов'язання є права і обов'язки сторін* (курсив мій – С. П.), то поняття «строк договору» та «строк дії договору» є тотожними (п. 32)[1]. Вважаємо наведене пояснення ВГС України таким, що не змогло логічно та однозначно пояснити співвідношення зазначених понять. Слід звернути увагу і на те, що досить часто при аналізі строку договору, врегульованого у ст. 631 ЦК України, в якості уточнення до нього науковці в дужках вказують на строк дії договору та тлумачать зазначену норму як таку, що присвячена строку дії договору[2].

Виходячи з цього, слід визнати, що обидва законодавчі визначення, які аналізуються нами (ч. 1 ст. 631 ЦК України та ч. 7 ст. 180 ГК України), є недосконалими, потребують доопрацювання.

Окрім того, в юридичній літературі ставиться питання про те, чи кожному договору властиве поняття «строк договору». Зокрема висловлюється думка, що стосовно одних договорів застосування цього поняття є доцільним, а в інших, — навпаки, використання строку вносить невизначеність у правовідносини, що виникають на підставі договору[3]. О. П. Печений висловлює думку, що специфіка окремих договорів полягає в тому, що вони взагалі можуть не мати строку дії як певного періоду в часі, оскільки в цих договорах момент укладання і виконання, як правило, співпадають (зокрема договір купівлі-продажу часто є саме таким)[4]. На думку автора, неможливо уявити загальний «строк дії договору купівлі-продажу», однак можуть існувати строки виконання окремих зобов'язань за договором купівлі-продажу[5]. Щодо зазначеного необхідно вка-

[1] Про деякі питання практики застосування норм Цивільного та Господарського кодексів України : лист Вищого господарського суду України від 07.04.2008 р. № 01-8/211. URL : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v_211600-08

[2] Гражданский кодекс Украины : Комментарий (с измениниями и дополнениями по состаянию на 1 сентября 2003 года). Х. : ООО «Одиссей», 2003. Т. 2. С. 155; Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України : у 2 т. / за відп. ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнецової, В. В. Луця. К. : Юрінком-Інтер, 2005. Т. 2. С. 157.

[3] Науково-практичний коментар до цивільного законодавства України : у 4 т. / А. Г. Ярема, В. Я. Карабань, В. В. Кривенко, В. Г. Ротань. К. : А. С. К.; Севастополь : Ін-т юрид. дослідж., 2004. Т. 2. С. 686.

[4] Цивільний кодекс України : науково-практичний коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців) : у 12 т. / за ред. І. В. Спасибо-Фатєєвої. Х. : ФО-П Лисяк Л. С., 2012. Т. 7 : Загальні положення про зобов'язання та договір. С. 604.

[5] Цивільний кодекс України : науково-практичний коментар. Т. 7 . Там же. С. 604.

зати, що строк дії існує в будь-якому договорі, проте його тривалість є різною. Невипадково для договору купівлі-продажу умова про строк не є істотною. Це зумовлено особливістю зобов'язання, що виникає з цього договору. Проте це не є свідченням того, що цей договір існує поза часом і не має строку.

Як зазначає А. Гриняк щодо договорів підряду, то зазвичай в договорі визначається термін початку робіт та термін їх закінчення, тобто проміжок часу між цими датами і є загальним строком виконання робіт за договором[1].

Проаналізуємо договір, який був предметом розгляду суду. Специфікою цього договору є те, що в межах строку його дії сторонами передбачена значна кількість проміжних строків. Так, між ТзОВ та Державним підприємством «Адміністрація морських портів України» був укладений договір генерального підряду, за яким генпідрядник зобов'язувався за завданням замовника в межах договірної ціни виконати на свій ризик власними і залученими зі згоди замовника силами всі передбачені договором будівельно-монтажні роботи, здійснити прибирання, постачання та монтаж устаткування і здати в експлуатацію причали портів. Першою чергою будівництва договором визначено реконструкцію причалів порту № 1 та 3, друга черга будівництва — причал № 2[2]. Ще одним прикладом проміжних строків у цьому договорі є те, що сторони зобов'язалися «у кожному періоді дії» договору в разі істотного зростання (у розмірі понад 5%) або зменшення цін на матеріальні ресурси, або зміни курсу іноземної валюти (у розмірі 5%) переглядати договірну ціну. Таким чином, договірна ціна за договором може бути змінена та перерахована як на кожний період його дії, так і в цілому, відповідно до вимог загальних умов договору та чинного законодавства. Розрахунки за виконані роботи повинні проводитися щомісячними платежами (в кожному наступному місяці протягом 20 календарних днів з моменту підписання актів здачі — приймання виконаних будівельних робіт). Окрім наведених прикладів, проаналізований договір містить й інші проміжні строки.

Запропонований нами підхід щодо чіткого розмежування строку договору та строку дії договору[3] дозволяє критично поставитися до імперативної норми ч. 2 ст. 631 ЦК України[4]. Закріплене в ній твердження про те, що строк цивільно-правового договору починається з моменту укладення договору, на нашу думку, може стосуватися виключно строку дії (чинності) договору.

[1] Гриняк А. Договірне регулювання підрядних відносин у підприємницькій діяльності. *Підприємництво, господарство і право*. 2015. № 9. С. 6.

[2] Рішення господарського суду міста Києва від 21.07.2016 р. Справа № 910/8423/16. URL : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/59287424

[3] Панченко С. С. Срок действия договора в классификации гражданско-правовых сроков по их назначению. *Legea si Viata*. 2016. № 3. С. 42-45.

[4] Цивільний кодекс України. Там же.

Щодо проміжних (окремих) строків ч. 2 ст. 631 ЦК України застосовувати не можна, оскільки початок перебігу строку дії цивільно-правового договору не можна ототожнювати з початком здійснення прав та виконання обов'язків за договором. Наприклад, за договором будівельного підряду етап здачі об'єкта в експлуатацію є завершальним строком. Відповідно він не може починатися з моменту укладення договору.

Це, зокрема, приводить нас до висновку, що положення, які передбачені у ст. 631 ЦК України, стосуються не строку договору, а строку дії договору. Відповідно ця стаття потребує кардинального вдосконалення.

Отже, для виокремлення спеціальних ознак строку договору та встановлення його співвідношення зі строком дії договору слід виходити з такого:

1) «строк договору» та «строк дії договору» — поняття не тотожні;

2) строк договору — узагальнююче поняття, що включає строк дії договору та (або) окремі (проміжні) строки. На підтвердження цього висновку можна вказати на те, що жодне із визначень, які ми аналізуємо, не свідчить про те, що строк охоплює час виконання ***всіх*** прав та обов'язків за договором, а отже, строк договору може охоплювати й час виконання, здійснення лише частини із них;

3) строком договору є строк його дії, якщо договір не має окремих (проміжних) строків. Зокрема в договорах, в яких момент укладення, момент виконання та момент припинення співпадають доречніше говорити про строк договору, оскільки термін початку, дія та закінчення настільки наближені одне до одного, що можна констатувати: строк договору визначається терміном.

Із зазначеного можна підсумувати, що першою спеціальною ознакою строку договору є те, що він охоплює загальний[1], та (або) спеціальний строк договору, тобто строк дії договору та (або) окремий (проміжний) строк договору. Зупинимося на характеристиці зазначеної ознаки.

Нетотожність понять «строк договору» та «строк дії договору» має місце в тому випадку, коли в межах строку договору передбачені окремі (проміжні) строки. Це характерно не для всіх цивільно-правових договорів, а лише для тих, що встановлюють правовідносини тривалого характеру, і де виконання зобов'язаним суб'єктом повинно здійснюватися частинами. Таким чином,

[1] У юридичній літературі існує плутанина щодо того, що вважається загальним строком, оскільки строки з такою назвою виділяються у двох різних класифікаціях: 1) за тривалістю строків та їх зіставленням між собою (яку ми наразі аналізуємо); 2) за характером поширення дії строків на цивільні правовідносини. За другою класифікацією виділяють загальні (універсальні) та спеціальні строки. Загальні (універсальні) строки поширюються на всі цивільні правовідносини, окрім тих, щодо яких передбачені спеціальні строки. Класичний приклад загального (універсального) строку – строк позовної давності, який дорівнює 3 рокам. Так склалося й у доктрині, й у законодавстві, що такі строки переважно називаються саме загальними, а не універсальними, що й створює неоднозначність у правовій літературі. На сьогодні навряд чи штучно (примусово) можна якось змінити ситуацію. Залишається лише уважно слідкувати за критерієм поділу.

проміжні строки договору є поділом загального строку договору на частини[1]. Відповідно проміжні строки мають велике значення для цивільного обороту.

Наприклад, річний строк дії договору — це загальний строк поставки продукції, окремі ж строки (квартальні, щомісячні тощо) визначають поставку окремих партій продукції до закінчення цих проміжків часу в межах загального строку[2]. У такому випадку проміжні строки (тобто строки поставки окремих партій) повинні визначатися в договорі. У разі, якщо сторонами передбачено поставку товарів окремими партіями, строком (періодом) поставки продукції виробничо-технічного призначення є, як правило, квартал, а виробів народного споживання, як правило, — місяць. Сторони можуть погодити в договорі також графік поставки (місяць, декада, доба тощо) (ч. 4 ст. 267 ГК України)[3]. Проте наявність проміжних строків — часта, проте необов'язкова особливість договору поставки.

Іншими договорами, в яких, окрім загального, є також проміжні строки, вважаються договори підряду, страхування, транспортно-експедиторського обслуговування, довгострокові договори перевезення вантажу тощо. У договорі підряду за погодженням сторін окрім початкового та кінцевого строку виконання роботи, можуть бути вказані проміжні терміни — так звані строки завершення окремих етапів роботи (ч. 1 ст. 846 ЦК України). До окремих строків договору належать і строки, відображені в так званих графіках виконання зобов'язань: графіки передачі обладнання, виконання пуско-налагоджувальних робіт. В. М. Коссак вказував на тривалий характер договору підряду на капітальне будівництво: він виконується поступово протягом строку його дії. Загальний строк у цьому договорі завершується з введенням у дію (здачею) об'єкта, а окремими строками є передбачені в договорі місячні та квартальні строки виконання окремих етапів будівельно-монтажних робіт. Проміжні строки визначаються залежно від виробничих планів сторін[4]. Типовим є наявність проміжних строків і при триваючому правовідношенні з договору постачання енергетичних та інших ресурсів через приєднану мережу: наприклад, сторони укладають договір тривалістю в 1 рік, а виконання взаємних зобов'язань повинно відбуватися на відповідну дату щомісяця[5]. Отже, як було зазначено, щодо різних договорів такі окремі (проміжні) строки можуть мати власну назву.

[1] Грибанов В. П. Строки в гражданском праве. М. : Знание, 1967. С. 12.

[2] Луць В. В. Строки і терміни у цивільному праві : монографія. К. : Юрінком Інтер, 2013. С. 29.

[3] Господарський кодекс України. Там само.

[4] Коссак В. М. Правове регулювання строків у будівництві. К. : Будівельник, 1991. С. 22.

[5] Гуйван П. Д. Правовое регулирование снабжения электрической энергией : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Харьков, 2000. С. 98-102.

За твердженням П. Д. Гуйвана, розбивка загального строку на проміжні може відбуватися як у нормативному порядку, так і за погодженням сторін[1].

М. І. Брагінський розглядає загальний строк як такий, що визначає момент виконання усього зобов'язання та час дії договору, а проміжний — як строк, який встановлює момент виконання частини послуг, передачі частини продукції[2].

Можна навести ще один аргумент на користь важливості розмежування понять «строк договору», «строк дії договору», «окремі (проміжні) строки договору»: наявність проміжних строків характерна не тільки для договорів з визначеним строком дії, вони можуть мати місце й у договорах, при укладенні яких сторони не встановили їх строк. Наприклад, строк дії договору оренди невизначений, проте сторонами (або диспозитивною нормою закону) встановлена періодичність сплати орендної плати.

Не можна погодитись з висновком Т. М. Вахонєвої, що основною метою проміжних строків є здійснення контролю зі сторони кредитора за своєчасністю виконання зобов'язання боржником[3]. На нашу думку, не менш важливими є й інші завдання таких строків: забезпечення стабільності у здійсненні господарської діяльності та її фінансування (регулююча функція); планування та прогнозування своєї діяльності зобов'язаним суб'єктом задля своєчасності виконання своїх обов'язків.

Зміст ст. 631 ЦК України та зроблені нами висновки дозволяють стверджувати, що строк дії договору починається з моменту укладення договору. Це стосується й такої ситуації, коли, перебуваючи в чинних договірних відносинах та бажаючи їх продовжити наперед за новим договором, сторони за визначений договором або законом строк укладають новий договір. Таке передбачене, зокрема, для договорів про передачу майна у тимчасове користування (ч. 1 ст. 777, ст. 822 ЦК України, ч. 3 ст. 17 Закону України «Про оренду державного та комунального майна»)[4]. У ч. 3 ст. 631 ЦК України передбачено можливість для сторін поширити дію договору на відносини, які виникли до його укладення[5], проте не дозволено перенести чинність договору на майбутнє. Звичайно, це не вступає в суперечність з тим, що частина (а то й усі) права та обов'язки за договором будуть виконуватися пізніше дати його укладення.

При цьому слід враховувати також правила обчислення строків, передбачені ст. 253 ЦК України, згідно з якими перебіг строку починається з наступного

[1] Гуйван П. Д. Теоретичні питання строків у приватному праві : монографія. Х. : Право, 2014. С. 162.

[2] Брагинский М. И. Общее учение о хозяйственных договорах. Минск : Наука и техника, 1967. 260 с.

[3] Вахонєва Т. М. Строки (терміни) у цивільному праві : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. К., 2005. С. 52.

[4] Цивільний кодекс України. Там само.; Про оренду державного і комунального майна : Закон України від 10.04.1992 р. № 2269-XII ; в редакції закону від 14.03.95 р. № 98/95-ВР. *Відомості Верховної Ради України.* 1995. № 15. Ст. 99.

[5] Цивільний кодекс України. Там само.

дня після відповідної календарної дати або настання події, з якою пов'язаний його початок[1]. Тобто чинність договору починається з наступного дня після його укладення. Недарма часто нормативні акти вказують на обов'язковість зазначення в договорі такого реквізиту, як дата його вчинення.

Необхідно дати визначення різним видам строків договору — строку дії договору та окремим (проміжним) строкам договору. Водночас слід звернути увагу на те, що загальний строк договору не тотожний загальному строку правовідношення. Отже, строком дії договору є строк, який визначає темпоральні межі всього договору в цілому, а окремими (проміжними) строками договору — строки, що конкретизують строк договору, визначають окремі його етапи, які поділяють його на частини[2].

Зупинимося на виділенні й інших спеціальних ознак строку цивільно-правового договору.

Так, враховуючи те, що за визначенням, передбаченим у ч.1 ст.626 ЦК України, цивільно-правовий договір є «домовленістю ..., *спрямованою* (курсив мій — С.П.) на виникнення, зміну, припинення прав та обов'язків...», слід стверджувати, що строк договору можна сприймати виключно як запланований період часу. Реальність досягнення (чи недосягнення) того правового результату, якого сторони бажали при укладенні договору, стає очевидною лише згодом. Договірні відносини можуть тривати довше чи менше запланованого. Причому це стосується як строку дії договору, так і проміжних (окремих) строків.

За критичного підходу до цієї виділеної нами ознаки строку договору може виникнути питання, про яку «запланованість» може йтися, коли сторони при укладенні договору не визначили його тривалість. Вважаємо, що таке вираження волі сторін, яка відсилає або до диспозитивної норми закону, що буде застосована в цьому випадку, або (якщо подібна норма відсутня) до майбутніх обставин, які дозволять «уточнити» тривалість строку, також є одним із варіантів «запланованості» строку договору.

Деколи строк договору визначається в імперативній нормі закону, яку сторони, звичайно, змінити не можуть. При цьому «запланованість» строку договору фактично випливає із факту укладення договору, який свідчить про наявність узгодженої волі сторін (зокрема щодо строку договору), що набула відповідного волевиявлення. Тобто, таким чином сторони погоджуються поширити на свої відносини строк, визначений законом.

Сприйняття цивільно-правового договору як регулятора суспільних відносин дозволяє в якості спеціальної ознаки строку договору виділити те, що

[1] Цивільний кодекс України. Там само.

[2] Панченко С.С. Срок действия договора в классификации гражданско-правовых сроков по их назначению. *Legea si Viata*. 2016. № 3. С. 42-45.

він має на меті забезпечення досягнення бажаного правового результату для сторін договору, а саме — здійснення прав та виконання обов'язків, передбачених договором. Тобто тривалість строку повинна бути оптимальною для того, щоб сторони могли здійснити свої права та виконати обов'язки. Так, меті договору роздрібної купівлі-продажу відповідає ситуація, коли моменти укладення, виконання та припинення співпадають. У договорі контрактації сільськогосподарської продукції строк повинен бути таким, щоб забезпечити підготовку виробника до виконання договору, безпосереднє вирощення (вироблення) відповідної продукції, враховуючи її особливості та передання її замовникові (контрактантові). Отже, тривалість строку договору повинна забезпечувати наміри сторін. Інтерес відчужувача в договорі довічного утримання (догляду) — забезпечити собі утримання довічно (до смерті).

Досягненню цієї мети сприяють і проміжні строки: наприклад, один із перших етапів договору будівельного підряду — надання майданчика (фронту робіт) або розробка та затвердження проектно-кошторисної документації, зрештою, сприяє належному та реальному виконанню всього договірного зобов'язання. І навіть якщо в самому договорі строк його дії не визначений, це означає, що саме такий варіант взаємовідносин є для сторін оптимальним та таким, що відповідає їх інтересам.

При цьому можна стверджувати, що строк цивільно-правового договору відповідає інтересам сторін, а подекуди — й інтересам інших суб'єктів. Про відповідність строку договору інтересам інших суб'єктів доречно говорити тоді, коли норма закону містить якісь обмеження щодо строку договору (наприклад, мінімальний чи максимальний строк). Подібні вимоги щодо строку договору виникають невипадково. Вони є результатом нормативних вимог, а також наслідком виправлення помилок, зроблених у попередніх актах законодавства, виявлення наявних прогалин у праві, узагальнення правозастосовної (в т. ч. судової) діяльності, зміни якихось об'єктивних обставин тощо. Тобто, підсумовуючи, можна зазначити, що такі вимоги, а відповідно й строк договору, є результатом врахування при його встановленні інтересів різноманітних суб'єктів (у т. ч. держави, народу України), навіть вимог міжнародних договорів та організацій, учасником яких є держава, а не тільки інтересів сторін (учасників) договору. Зазначені інтереси не завжди є очевидними та зрозумілими для сторін договору, подекуди вони обумовлюються й політичними міркуваннями, наприклад, обмеження строку договору оренди земельних ділянок в Україні (ст. 93 Земельного кодексу України, ст. 19 Закону України «Про оренду землі»)[1].

[1] Земельний кодекс України від 25.10.2001 р. № 2768-III. *Відомості Верховної Ради України.* 2002. № 3–4. Ст. 27; Про оренду землі : Закон України від 6.10.1998 р. № 161-XIV ; в редакції закону від 2.10.2003 р. № 1211-IV. *Відомості Верховної Ради України.* 2004. № 10. Ст. 102.

РОЗДІЛ 2

Строк цивільно-правового договору є обов'язковим для сторін та інших учасників договірних правовідносин. Його недотримання (наприклад, прострочка або дострокове виконання без згоди кредитора) є підставою для притягнення до цивільно-правової відповідальності. Окрім того, обов'язковість строку стосується не тільки сторін, але й тих суб'єктів, які пов'язані зі сторонами такими правовими зв'язками, які створюють обов'язок дотримуватися строку договору. Наприклад, одержувач за договором перевезення вантажу не є стороною договору, проте має певні обов'язки, що випливають із цього договору, серед них — обов'язок своєчасно розвантажити транспортний засіб та вивести вантаж зі станції, порту, пункту призначення. Аналогічно суд, господарський або третейський суд, розглядаючи справу, зобов'язаний враховувати узгоджені сторонами умови, в т. ч. щодо строку договору. А сам договір виступає одним із доказів, що досліджується судом при розгляді справи.

Строк цивільно-правового договору виконує стимулюючу та захисну функцію. Суть стимулюючої функції строку полягає в тому, що заохочується його дотримання при виконанні зобов'язання. В окремих випадках (переважно передбачених договором) при достроковому виконанні, якщо воно відповідає інтересам контрагента, сторона може отримати й певне майнове заохочення, зокрема премію, винагороду тощо. І навпаки, недотримання умови про строк тягне різноманітні негативні наслідки – від притягнення до цивільно-правової відповідальності до перенесення на особу, яка прострочила, ризику випадкового знищення та випадкового пошкодження майна, результату робіт тощо. Захисна функція проявляється в наявності значної кількості норм закону та положень цивільно-правових договорів, які визначають негативні правові наслідки, які покладаються на особу, яка допустила порушення умови про строк договору.

Виходячи з цього, строк цивільно-правового договору є одним із критеріїв належного виконання договірного зобов'язання. Окрім притягнення до цивільно-правової відповідальності, це проявляється в тому, що дає можливість стороні договору вчасно реагувати на можливе порушення умови про строк договору, запобігти більшим втратам як майнового, так і немайнового характеру, застосувати інші можливості, передбачені договором або законом. Так, вищою судовою інстанцією підтверджено, що невиконання обов'язку щодо внесення у встановлений законом строк орендної плати є підставою для розірвання договору оренди (п. 6 оглядового листа ВАС України від 12.04.2001 р. № 01-8/442 «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних з орендними правовідносинами»)[1].

[1] Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних з орендними правовідносинами : оглядовий лист Вищого арбітражного суду України від 12.04.2001 р. № 01-8/442. URL : http://www.arbitr.gov.ua/news/574

Сплив (закінчення) строку договору не звільняє боржника від обов'язку виконати зобов'язання в натурі, якщо інше не передбачено договором або законом. Для припинення договірного зобов'язання потрібен фактичний склад, серед елементів якого, окрім спливу строку цивільно-правового договору, повинні бути й інші юридичні факти. Їх конкретний перелік в узагальненому варіанті представити не можна, він залежить від конкретної ситуації.

Слід вказати на особливість застосування до поняття строку договору такої загальної ознаки, як цивільно-правова природа. Сама категорія «договір» є саме цивільно-правовою, незважаючи на те, що існують наукові дослідження, де договір вивчається як міжгалузева юридична категорія або як домовленість у сфері публічного права. Акцент на цивільно-правову природу договору та його строку має не тільки теоретичне, але й важливе практичне значення. Так, при розв'язанні спорів у судах це дозволяє визначити, які саме норми права слід застосовувати.

Таким чином, спеціальними ознаками строку договору є:

1) охоплює строк дії договору та (або) окремий (проміжний) строк договору;

2) це запланований період часу;

3) його мета — забезпечення здійснення прав і виконання обов'язків, передбачених договором;

4) обов'язковий для сторін та інших учасників договірних правовідносин;

5) виконує стимулюючу та захисну функцію;

6) виступає одним із критеріїв належного виконання договірного зобов'язання;

7) його сплив не звільняє боржника від обов'язку виконати зобов'язання в натурі, якщо інше не передбачено договором або законом.

Із проведеного аналізу можна вивести визначення строку цивільно-правового договору.

Отже, строк цивільно-правового договору — це період часу, запланований сторонами для здійснення своїх прав та виконання своїх обов'язків як загалом, так і частково, що виступає критерієм належного виконання договірних обов'язків, а його сплив не звільняє боржника від обов'язку виконати зобов'язання в натурі, якщо інше не передбачено договором або законом.

У зв'язку із зробленими вище висновками пропонуємо внести зміни до ст. 631 ЦК України: викласти частини 1, 4 та доповнити частиною 5 у такій редакції:

«1. *Строком договору є період часу, встановлений для виконання всіх або частини обов'язків відповідно до договору. Строк договору включає строк дії договору та окремі (проміжні) строки здійснення прав і виконання обов'язків*».

«4. Закінчення строку дії договору не звільняє сторони від відповідальності за його порушення, яке мало місце під час дії договору».

«5. Законом або договором може бути встановлено, що закінчення строку дії договору спричиняє припинення зобов'язання сторін за договором».

Таким чином, нами був проведений аналіз поняття цивільно-правового строку та строку цивільно-правового договору.

Для визначення інших особливостей строку цивільно-правового договору вважаємо за необхідне охарактеризувати їх види шляхом проведення класифікації за такими критеріями:

за підставами їх встановлення;

за ступенем визначеності строку договору;

за ознакою автономності строку договору.

Звичайно, це не всі з можливих поділів строків. Проте саме ці дозволяють найбільш повно дослідити строк цивільно-правового договору.

Класифікація строків цивільно-правових договорів за підставами їх встановлення. Достатньо популярним є поділ строків за підставами їх встановлення (П. Д. Гуйван)[1]. Окремі науковці формулюють критерій класифікації по-іншому: «за характером визначення» (Т. М. Вахонєва)[2], «за джерелами встановлення» (В. В. Луць, Н. В. Хащівська, О. В. Шовкова)[3]. Слід зазначити, що ця класифікація в цивілістиці є загальноприйнятою та зазвичай не викликає серед науковців якихось заперечень. Хоча можна зустріти і таку позицію, що в законодавстві слід чіткіше сформулювати порядок допустимої поведінки учасників цивільних правовідносин щодо врегулювання цивільно-правових строків[4]. І, насамперед, П. Д. Гуйван висловлює стурбованість не стільки про встановлення строків, скільки про порядок узгодження зміни строків, який нормативно не врегульований[5].

Слід зазначити, що досить часто дослідники за цією класифікацією виділяють усього три групи строків (нормативні, судові, договірні). Більш універсальним варіантом такого ділення є виокремлення строків, визначених актами цивільного законодавства, правочином або рішенням суду[6]. Часто ще

[1] Гуйван П. Д. Теоретичні питання строків у приватному праві : монографія. Х. : Право, 2014. С. 165.

[2] Вахонєва Т. М. Строки (терміни) у цивільному праві : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. К., 2005. С. 44.

[3] Луць В. В. Строки і терміни у цивільному праві : монографія. К. : Юрінком Інтер, 2013. С. 29; Хащівська Н. В. Цивільно-правове регулювання строків у договорах про передання майна у тимчасове користування : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. К., 2011. С. 72; Шовкова О. В. Позовна давність як різновид цивільно-правових строків : автореф. дис. ... канд.. юрид. наук : 12.00.03. Х., 2008. С. 5.

[4] Гуйван П. Д. Там само. С. 165.

[5] Гуйван П. Д. Там само. С. 165.

[6] Хащівська Н. В. Цивільно-правове регулювання строків у договорах про передання майна у тимчасове користування : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. К., 2011. С. 73.

згадують про строки, встановлені адміністративними актами[1]. Проте зазначені класифікаційні групи не охоплюють усіх існуючих видів строків, що досить часто критикується в юридичній літературі.

На наш погляд, аналіз чинного законодавства та наукових досліджень дозволяє підсумувати, що найоптимальнішим варіантом поділу строків цивільно-правового договору за підставами їх встановлення є виділення таких видів строків: 1) нормативні; 2) встановлені правочином; 3) судові; 4) адміністративні (встановлені адміністративними актами); 5) встановлені іншими джерелами права; 6) строки, які випливають із суті зобов'язання.

У юридичній літературі неодноразово наголошувалося на потребі в уточнені видів строків, що виділяються за зазначеним критерієм. Насамперед йдеться про доцільність використання поняття «нормативні строки» замість «законних». Цю групу строків досить часто називають законними, при цьому визначають їх як такі, що «встановлені законами та іншими нормативно-правовими актами»[2]. Отже, йдеться про широке тлумачення терміна «законні». У цьому випадку строки доречніше називати нормативними, особливо враховуючи те, що у вітчизняному законодавстві відсутнє визначення таких категорій, як «закон» та законодавство». А у правовій доктрині щодо цих понять не існує однозначного бачення щодо їх змісту. Не додає визначеності й Рішення КС України від 9.07.1998 р. №12-рп/98[3]. Виходячи із зазначеного, логічним є застосування до них поняття «нормативні».

1. Нормативні строки за загальноприйнятим розумінням встановлюються з волі суб'єкта нормотворчості в законі чи іншому нормативно-правовому акті. О. В. Шовкова під нормативними розуміє строки, встановлені актами цивільного законодавства та міжнародними договорами[4]. І хоча міжнародний договір стає частиною національного законодавства у зв'язку з його ратифікацією Законом України, він є невід'ємною частиною (додатком) цього закону. Відповідно упускати вказівку на них не можна. Окрім того, в сучасному законодавстві широко вживається термін «акти цивільного законодавства» (замість «нормативно-правовий акт»).

Цивільно-правові строки, зокрема й ті, що стосуються договірних відносин, можуть передбачатися в актах Президента України, КМ України, міністерств,

[1] Гуйван П. Д. Там само. С. 165; Луць В. В. Там само. С. 29.

[2] Луць В. В Там само. С. 29

[3] Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням Київської міської ради професійних спілок щодо офіційного тлумачення частини третьої статті 21 Кодексу законів про працю України (справа про тлумачення терміну «законодавство») від 9.07.1998 р. № 12-рп/98. *Офіційний вісник України*. 1998. № 32. Ст. 1209.

[4] Шовкова О. В. Позовна давність як різновид цивільно-правових строків : автореф. дис. ... канд.. юрид. наук : 12.00.03. Х., 2008. С. 5.

інших органів державної влади України та органів влади АРК (ст. 4 ЦК України), а також у міжнародних договорах України, ратифікованих ВР України (ст. 10 ЦК України). Про це зазвичай не вказується в наукових дослідженнях, проте такі строки можуть визначатися не тільки нормативно-правовими актами, але й індивідуальними актами, що приймаються суб'єктами нормотворчості. Більше того, строки, встановлені актами законодавства, зазвичай (якщо інше не передбачено в самому акті) є обов'язковими для всіх, у тому числі і для судових органів. Ці строки, за загальним правилом, не можуть бути змінені за домовленістю сторін чи судом, що розглядає спір[1].

Таким чином, нормативними є строки, встановлені за волею суб'єкта нормотворчості в законі чи іншому акті цивільного законодавства, а також у міжнародних договорах, ратифікованих ВР України.

Прикладами нормативних строків є:

охоронні строки (наприклад, строки позовної давності — ст.ст. 257–258 ЦК України);

строк дії договору довічного утримання (догляду). Проте при його визначенні використовується не певна одиниця виміру, визначена у ст. 252 ЦК України, а інший критерій — «подія, яка неодмінно має настати, хоча й невідомо, коли» — смерть. Отже, строк дії договору довічного утримання (догляду) дорівнює періоду з моменту укладення договору і до моменту смерті відчужувача[2]. Щоправда, встановити наперед цю тривалість неможливо, що й утворює додаткову характеристику цього договору — алеаторність (ризиковість). З цього прикладу можна зробити висновок, що строк як період часу може визначатися і через терміни (в т. ч. наперед невідомою буде тривалість такого строку);

строк розгляду документів, поданих для державної реєстрації юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців (ст. 26 Закону України «Про державну реєстрацію юридичних осіб та фізичних осіб-підприємців»). Ці строки обраховуються в годинах чи днях. Максимальна тривалість строків визначається в законі індивідуально щодо різних видів реєстраційних дій][3];

строк оплати не сплаченої до реєстрації ТзОВ частки в його статутному капіталі (ч. 3 ст. 144 ЦК України)[4].

---

[1] Хащівська Н. В. Цивільно-правове регулювання строків у договорах про передання майна у тимчасове користування : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. К., 2011. С. 74.

[2] Цивільний кодекс України. Там само.

[3] Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань : Закон України від 15.05.2003 р. № 755-IV ; в редакції закону від 26.11.2015 р. № 835-VIII. *Відомості Верховної Ради України.* 2016. № 2. Ст. 17.

[4] Цивільний кодекс України. Там само.

Перед тим, як перейти до характеристики інших строків у межах цієї класифікації, слід зупинитися ще на одному моменті: нормативні строки, у свою чергу, підлягають подальшому поділу. За ознакою ступеню самостійності учасників цивільних правовідносин у визначенні строку вони поділяються на імперативні та диспозитивні. Слід вказати, що такий поділ здійснюється в юридичній літературі, проте за ним традиційно поділяють усі цивільно-правові строки[1]. Проте, на наше переконання, за цим критерієм слід ділити тільки нормативні строки. Між зазначеними поділами є логічний, послідовний зв'язок. Отже, йдеться про дворівневу класифікацію.

Під імперативними строками зазвичай розуміються такі, що чітко визначені законом та не можуть бути змінені домовленістю сторін. Прикладами таких є строки здійснення права на спадкування, набувальної давності, авторських прав тощо.

Диспозитивними є строки, які хоча й передбачені законом, проте можуть бути змінені домовленістю сторін. При цьому, зазвичай у законі встановлюється певний максимальний строк для здійснення будь-яких дій, а учасникам правовідносин дозволяється цей строк відповідно збільшувати або зменшувати.

Проте строки, щодо яких у нормативно-правовому акті визначена верхня чи нижня межа (максимальний чи мінімальний строк) вважаємо за правильне називати відносно-диспозитивними. Недоречною щодо них є назва «імперативно-диспозитивні» строки[2] оскільки з неї не зрозуміло, чи дозволяється сторонам змінювати такі строки, чи вони чітко та беззастережно визначені в законі. Аналіз законодавства дозволяє зробити висновок, що більшість диспозитивних строків є саме відносно-диспозитивними. Отже, можна підсумувати, що, на відміну від відносно-диспозитивних строків, про диспозитивні строки договору йдеться тоді, коли в законі просто визначена можливість встановити строк у самому тексті договору. Наприклад, у ч.1 ст.763 ЦК України передбачено, що договір найму укладається на строк, встановлений договором[3]. Також диспозитивним є строк для попередження про відмову від договору найму, укладеного на невизначений строк (абз. другий ч. 2 ст.763 ЦК України)[4].

Як уже вказувалося вище, зазвичай у договорах нормативні строки є відносно-диспозитивними, тобто, вони мають місце лише у випадках, коли

[1] Емельянов В. П. Гражданское право Украины : практическое пособие. Изд. первое. Днепропетровск : УкО ИМА пресс, 1994. С. 58-59.

[2] Юсип В. В. Цивільно-правове регулювання строків і термінів у посередницьких договорах : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. К., 2016. С. 9; Вахонєва Т. М. Строки (терміни) у цивільному праві : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. К., 2005. С. 9.

[3] Цивільний кодекс України. Там само.

[4] Цивільний кодекс України. Там само.

сторони не скористалися можливістю самим визначити строк(и) договору. Прикладом відносно-диспозитивного строку є строк договору найму житла (ч.1 ст. 821 ЦК України) або строк договору управління майном (ч.1 ст.1036 ЦК України), якщо сторони в самому договорі не встановили його тривалість. У такому випадку він складає 5 років[1].

Проте в інших правових інститутах у цілому більшість нормативних строків є імперативними. Переважно це строки, що стосуються:

захисту цивільних прав (строк позовної давності згідно зі ст.73 ЦК УРСР 1963 р.[2] був імперативним, зараз згідно зі ст.259 ЦК України[3] — відносно-диспозитивний);

строк оплати не оплаченої до реєстрації товариства частки статутного капіталу ТзОВ (ч.3 ст.144 ЦК України);

дії майнових прав суб'єктів на результати інтелектуальної, творчої діяльності (ч.4 ст.6 Закон України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі»)[4].

Ще один приклад відносно-диспозитивного строку: якщо строк (термін) виконання боржником обов'язку не встановлений або визначений моментом пред'явлення вимоги, кредитор має право вимагати його виконання в будь-який час. Боржник повинен виконати такий обов'язок у семиденний строк від дня пред'явлення вимоги, якщо обов'язок негайного виконання не випливає із договору або актів цивільного законодавства (ч.2 ст.530 ЦК України)[5].

Таким чином, нормативні строки є досить різноманітними, в тому числі й при аналізі їх за ступенем самостійності учасників цивільних правовідносин при визначені строків.

2. Строки, встановлені правочином, є результатом волевиявлення його сторін (сторони). У юридичній літературі абсолютно справедливо вказують, що називати ці строки «договірними» не зовсім точно, оскільки в такому випадку не береться до уваги безліч строків, що встановлюються не договором, а односторонніми правочинами. Отже, логічним є об'єднання до однієї класифікаційної групи «договірних» строків та строків, «встановлених односторонніми правочинами», тому що й договір є правочином. Відповідно підстава встановлення їх одна, відрізняється лише спосіб прийняття рішення про встановлення такого строку та кількість сторін, волевиявлення яких

[1] Цивільний кодекс України. Там само.

[2] Цивільний кодекс Української Радянської Соціалістичної республіки від 18.07.1963 р. : Офіц. текст із змінами та доп. станом на 1 квітня 1988 р. К. : Політвидав України, 1988. 269 с.

[3] Цивільний кодекс України. Там само.

[4] Про охорону прав на винаходи та корисні моделі : Закон України від 15.12.1993 р. № 3687-XII ; в редакції закону від 01.06.2000 р. № 1771-III. *Відомості Верховної Ради України.* 2000. № 37. Ст. 307.

[5] Цивільний кодекс України. Там само.

є обов'язковим для цього. Отже, ця класифікаційна група підлягає подальшому поділу на відповідні підгрупи — строки, встановлені одностороннім правочином, та строки, встановлені дво- чи багатостороннім правочином (договором). Останні слід називати договірними строками, що зазвичай і має місце в наукових дослідженнях.

Прикладом строків, встановлених одностороннім правочином, є строк дії довіреності, хоча у ЦК України він називається стоком довіреності. Так, згідно з ч.1 ст. 247 ЦК України строк дії довіреності довільно обирається особою, яка її вчиняє, без жодних обмежень[1]. У заповіті як односторонньому правочині також можуть передбачатися окремі строки. Наприклад: зміст ст. 1238 ЦК України дозволяє припустити, що заповідальний відказ може діяти протягом певного строку (варіанти: протягом життя відказоодержувача; будь-який конкретний період; до його одруження тощо); період, протягом якого діє визначена в заповіті умова; інші варіанти. Заповіт може передбачати, що особа (спадкоємець) успадкує майно, якщо на момент відкриття спадщини буде працювати за спеціальністю (як варіант: займається підприємницькою діяльністю) не менше певного періоду часу. Заява одного із подружжя про дозвіл на продаж майна іншому з подружжя, яка за своєю суттю є одностороннім правочином, також може містити умову про строк.

З наведеного можна побачити, що багато строків односторонніх правочинів має важливе та безпосереднє відношення до цивільно-правових договорів та їх строків.

Найбільш популярні строки, встановлені правочином — договірні строки, — встановлюються домовленістю сторін. Їх сутність Н. В. Хащівська вбачає в тому, що вони встановлюються правочином, який визначається як дія особи, спрямована на набуття, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків[2]. М. В. Батянов договірним строком вважає строк дії договору. Не дивлячись на те, що на перший погляд, такий висновок є очевидним, однак вважаємо його хибним. Наприклад, строк дії договору довічного утримання (догляду) не визначається домовленістю сторін, проте є строком договору, точніше – строком дії договору. Відповідно строк договору може бути договірним (якщо встановлений сторонами у договорі) або нормативним (якщо передбачений у акті цивільного законодавства).

У якості прикладу строків, встановлених двостороннім правочином (договором), можна назвати строки, встановлені згідно з ч.1 ст. 846 ЦК України, за

[1] Такі обмеження, зокрема, містилися в ст. 67 ЦК УРСР 1963 р., де встановлювався максимальний строк її дії – не більше 3-х років.

[2] Хащівська Н. В. Цивільно-правове регулювання строків у договорах про передання майна у тимчасове користування : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. К., 2011. С. 74.

якою строки виконання роботи або її окремих етапів встановлюються в договорі підряду[1]. За допомогою договірних строків вирішуються питання, які потребують індивідуального підходу, врахування особливостей конкретних правовідносин[2].

3. Судові строки встановлюються судом, господарським чи третейським судом у передбачених законом випадках відповідно до положень ЦПК України, ГПК України, Закону України «Про третейські суди». Відповідно, суд при вирішенні спору встановлює в межах закону строки, спрямовані на реалізацію учасниками цивільних відносин своїх суб'єктивних прав.

Судові строки є обов'язковими для всіх учасників цих правовідносин і не можуть змінюватися за їх власним розсудом[3]. Проте не можна погодитись з висновком Н. В. Хащівської, що вони *мають силу законних строків* (курсив мій — С. П.). Згідно з постановою Пленуму ВС України від 19.12.2009 р. № 14 «Про судове рішення у цивільній справі» судові рішення, що набрали законної сили, є обов'язковими для всіх органів державної влади і органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій, посадових чи службових осіб та громадян і підлягають виконанню на всій території України, а у випадках, встановлених міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана ВР України, — і за її межами (абз. третій п. 1)[4]. Рішення судів є обов'язковими, зокрема, й щодо цивільно-правових строків, визначених ними. Проте рішення суду не має характеру нормативності (як більшість актів цивільного законодавства), стосуються лише позивача, відповідача, можливо — інших чітко визначених осіб. Більше того, суд може приймати рішення лише у випадках та в межах, передбачених законом. Тобто не можна ототожнювати судові строки із законними.

Як уже зазначалося, судові строки встановлюються судом у передбачених законом випадках. Наприклад, суд може прийняти такі рішення щодо строків:

- встановити строк (не більше одного року) для усунення порушень, що стали підставою для розірвання договору найму житла (абз. друг. п. п. 2 ч. 2 ст. 825 ЦК України);

- на прохання наймача суд може відстрочити виконання рішення суду про розірвання договору найму житла не більше, ніж на один рік (абз. трет. п. п. 2 ч. 2 ст. 825 ЦК України);

---

[1] Цивільний кодекс України. Там само.

[2] Заіка Ю. О. Українське цивільне право : навч. посіб. К. : Істина, 2005. С. 87.

[3] Хащівська Н. В. Там само. С. 75.

[4] Про судове рішення у цивільній справі : постанова Пленуму Верховного Суду України від 18.12.2009 р. № 14. Вісник Верховного Суду України. 2010. № 1. С. 4.

- за позовом спадкоємця, який пропустив строк для прийняття спадщини з поважної причини, суд може визначити йому додатковий строк, достатній для подання ним заяви про прийняття спадщини (ч. 3 ст. 1272 ЦК України)[1];

- прийняти рішення про відстрочення виконання обов'язку за договором[2].

Якщо договір змінюється або розривається в судовому порядку, зобов'язання змінюється або припиняється з моменту набрання законної сили рішенням суду про зміну або розірвання договору (ч. 3 ст. 653 ЦК України) [65, с. 165][3].

На нашу думку, судові строки переважно стосуються саме виконання окремих договірних обов'язків, своєчасно не виконаних сторонам. Якщо ж ставити питання про те, чи може строк договору бути судовим, або чи може суд встановити строки договору (проміжні чи строк дії договору), то подібні рішення суду, як правило, мають місце в тих досить нечастих випадках, коли відповідно до ч. 2 ст. 213, ст. 637 ЦК України контрагенти (один із них) звертаються щодо тлумачення змісту договору. Як вказують практики, зазвичай подібне тлумачення є наслідком свідомого неоднозначного формулювання змісту договору з певною визначеною метою.

4. Строки, встановлені адміністративними актами, — це строки, встановлені актами органів публічної влади та суб'єктами владних повноважень[4]. Прикладом строку, встановленого адміністративним актом, може бути рішення сільської ради про надання в користування майна[5].

5. Строки, встановлені іншими джерелами права. Серед таких строків у юридичній науці згадують виключно про строки, встановлені звичаями ділового обігу, тому часто такі строки називають звичаєвими[6].

Якщо ж виходити з того, що йдеться про «інші джерела права», то можна вказати на таке. Загальновідомо, що світова практика виробила такі джерела права, як закон, прецедент, звичай. У романо-германській правовій системі, до якої належить і Україна, основним та переважно єдиним джерелом права є закон. Проте на сьогодні все більш спірним стає питання про те, чи не став прецедент для нас реально діючим джерелом права. Подекуди ставиться

[1] Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. № 435-IV (зі змінами та доповненнями). *Відомості Верховної Ради України.* 2003. № 40. Ст. 356.

[2] Гуйван П. Д. Теоретичні питання строків у приватному праві : монографія. Х. : Право, 2014. С. 165.

[3] Гуйван П. Д. Там само. С. 165.

[4] Шовкова О. В. Позовна давність як різновид цивільно-правових строків : автореф. дис. ... канд.. юрид. наук : 12.00.03. Х., 2008. С. 5.

[5] Гуйван П. Д. Теоретичні питання строків у приватному праві : монографія. Х. : Право, 2014. С. 165.

[6] Шовкова О. В. Там само. С. 5.

питання про те, що таке значення мають акти КС України[1], проте це питання є неактуальним для досліджуваної теми, тому буде нами упущене.

Разом з тим у вітчизняній юридичній літературі останнім часом багато уваги стали приділяти міжнародним договорам України[2], гармонізації чинного законодавства України із законодавством держав-членів ЄС[3]. Це пов'язане з тими глобальними змінами, що відбуваються у світі, з намаганням держав максимально уніфікувати законодавство, спростити його застосування у правовідносинах з іноземним елементом. Метою значної частини міжнародних договорів є створення правил, системи, за якою держави зобов'язуються виконувати обов'язки, взяті на себе за міжнародними зобов'язаннями. Внаслідок цього процесу, як уже зазначалося, частиною національного законодавства стають міжнародні договори, ратифіковані ВР України. Проте обов'язкового значення набувають й певні акти, рішення тощо, прийняті відповідними міжнародними організаціями згідно з положеннями таких міжнародних договорів. А вони і є фактично особливими різновидами прецедентів. Саме тому вважаємо, що поняття «строки, встановлені іншими джерелами права» є ширшим, ніж «строки, встановлені звичаями ділового обігу».

Хоча заради справедливості слід зазначити, що переважно в цивільному законодавстві згадується саме про звичаї ділового обігу.

Відповідно до ст.7 ЦК України цивільні відносини можуть регулюватися звичаєм, зокрема звичаєм ділового обороту. Звичаєм є правило поведінки, яке не встановлене актами цивільного законодавства, але є усталеним у певній сфері цивільних відносин. Він може бути зафіксований у відповідному документі. Звичай, що суперечить договору або актам цивільного законодавства, в цивільних відносинах не застосовується[4].

Посилання на значення звичаїв ділового обороту щодо цивільно-правових строків можна побачити в таких нормах загальних положень зобов'язального права:

зобов'язання повинно виконуватися належним чином відповідно до умов договору та вимог цього Кодексу, інших актів цивільного законодавства, а за

[1] Івановська А. М. Юридична природа актів Конституційного Суду України. *Університетські наукові записки*. 2005. № 4 (16). С. 42-50; Радь О. Поняття нормативних актів Конституційного Суду України – джерел трудового права України. *Вісник Львівського університету. Серія юридична*. 2015. Випуск 61. С. 379-386; Цимбалістий Т. О. Правова природа актів Конституційного Суду України. *Університетські наукові записки*. 2007. № 1 (21). С. 47-55.

[2] Довгерт А. С. Джерела цивільного права України: види та співвідношення. *Приватне право і підприємництво*. 2015. Вип. 14. С. 14-15.

[3] Стрельцова Є. Д. Уніфікація як закономірна тенденція розвитку міжнародного приватного права: загальний огляд. *Вісник Академії адвокатури України*. 2015. Том 12. Число 2(33). С. 26–33.

[4] Цивільний кодекс України. Там само.

відсутності таких умов та вимог — відповідно до звичаїв ділового обороту або інших вимог, що звичайно ставляться (ст. 526 ЦК України);

боржник має право виконати свій обов'язок достроково, якщо інше не встановлено договором, актами цивільного законодавства або не випливає із суті зобов'язання чи звичаїв ділового обороту (ст. 531 ЦК України);

при зустрічному виконанні зобов'язання сторони повинні виконувати свої обов'язки одночасно, якщо інше не встановлено договором, актами цивільного законодавства, не випливає із суті зобов'язання або звичаїв ділового обороту (ч. 2 ст. 538 ЦК України);

кредитор вважається таким, що прострочив, якщо він відмовився прийняти належне виконання, запропоноване боржником, або не вчинив дій, що встановлені договором, актами цивільного законодавства чи випливають із суті зобов'язання або звичаїв ділового обороту, до вчинення яких боржник не міг виконати свого обов'язку (абз. перш. ч. 1 ст. 613 ЦК України)[1].

Посилання на звичаї ділового обороту мають місце у ЦК України й у зобов'язаннях із конкретних договорів:

якщо в договорі підряду не встановлені строки виконання роботи, підрядник зобов'язаний виконати роботу, а замовник має право вимагати її виконання у розумні строки, відповідно до суті зобов'язання, характеру і обсягів роботи та звичаїв ділового обороту (ч. 2 ст. 846 ЦК України);

комісіонер зобов'язаний вчиняти правочини на умовах, найбільш вигідних для комітента, і відповідно до його вказівок. Якщо в договорі комісії таких вказівок немає, комісіонер зобов'язаний вчиняти правочини відповідно до звичаїв ділового обороту або вимог, що звичайно ставляться (ч. 1 ст. 1014 ЦК України)[2].

У юридичній літературі звичаями ділового обігу часто називають Уніфіковані правила та звичаї для документарних акредитивів у редакції 1993 р., Принципи міжнародних комерційних договорів (Принципи УНІДРУА) у редакції 1994 р., Інкотермс, Офіційні правила тлумачення торговельних термінів Міжнародної торгової палати в редакції 2000 р. Ці документи запроваджені в Україні різним чином та характеризуються різним ступенем обов'язковості при визначенні умов договору. Наприклад, постановою КМ України та Національного банку України від 21.06.1995 р. № 444 затверджено Типові платіжні умови зовнішньоекономічних договорів (контрактів), у яких суб'єктам зовнішньоекономічної діяльності рекомендуються певні форми розрахунків. Проте обов'язковість подібних правил є досить відносною. Так, аналіз указу Президента України «Про заходи щодо впорядкування

[1] Цивільний кодекс України. Там само.

[2] Цивільний кодекс України. Там само.

розрахунків за договорами, що укладають суб'єкти підприємницької діяльності України» від 4.10.1994 р. дає підстави для висновку, що недотримання сторонами договору Типових форм захисних застережень до зовнішньоекономічних договорів (контрактів) не є підставою для визнання договору недійсним. Тобто сторони вільні у формулюванні у своєму договорі текстів захисних застережень[1]. Так, ВГСУ в своєму інформаційному листі від 07.04.2008 р. № 01-8/211 «Про деякі питання практики застосування норм Цивільного та Господарського кодексів України» роз'яснив, що якщо сторони договору вказали в ньому всі істотні умови поставки, але виклали їх не за правилами Інкотермс (у випадку, якщо жодна зі сторін не вимагала застосування правил Інкотермс), договір поставки не можна вважати неукладеним або визнати його недійсним[2].

Прикладів строків, встановлених звичаями ділового обігу, в наукових дослідженнях називають досить багато: строки забезпечення доступу клієнта до індивідуальної банківської скриньки; строки обслуговування судів у морських портах.

Специфіка цих строків полягає в тому, що:

1) незалежно від факту їх фіксації в договорі вони поширюються на його сторони;

2) тривалість цих строків, зрештою, виробляється не самими сторонами, а узагальненою практикою;

3) вони стають загальновідомими в результаті багаторазового повторення відповідних дій у відповідній сфері діяльності (наприклад, у практиці морських перевезень вантажів).

Тобто вони стають загальновідомими та загальнопоширеними внаслідок багаторазового повторення відповідних дій у відповідному виді діяльності, наприклад, банківській практиці чи практиці морських перевезень вантажів[3].

6. Строки, які випливають із суті зобов'язання. До прикладу, таких строків: коли особа взимку зобов'язалася виконати роботу, яку можна виконати тільки влітку. Черговий раз у якості прикладу можна назвати строк дії договору довічного утримання (догляду): із суті зобов'язання випливає, що його строк припиняється у зв'язку зі смертю відчужувача. Проміжними строками такого

[1] Цивільний кодекс України : науково-практичний коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців) : у 12 т. / за ред. І. В. Спасибо-Фатєєвої. Х. : ФО-П Лисяк Л. С., 2012. Т. 7 : Загальні положення про зобов'язання та договір. С. 602.

[2] Про деякі питання практики застосування норм Цивільного та Господарського кодексів України : лист Вищого господарського суду України від 07.04.2008 р. № 01-8/211. URL : http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v_211600-08

[3] Гриняк А. Б., Проценко В. В. Звичай як джерело правового регулювання договірних відносин. *Приватне право і підприємництво.* 2015. Вип. 14. С. 98–102.

виду можна назвати періодичні строки виконання в окремих зобов'язаннях. Наприклад, у договорі довічного утримання (догляду) забезпечення відчужувача різними видами забезпечення (догляду) має бути періодичним. Сама періодичність повинна бути встановлена в договорі, проте з тлумачення ЦК України можна зробити висновок: не рідше одного разу на місяць. Проте суть цього зобов'язання свідчить про значно коротші проміжки.

Із зазначеного можна зробити висновок, що строки за підставою їх встановлення дозволяють з'ясувати суб'єкта волевиявлення при визначенні строків. Це, у свою чергу, дає можливість встановити ступінь обов'язковості його волевиявлення для учасників правовідносин, характер правових наслідків перебігу та спливу строків та певної поведінки суб'єктів, коло осіб, яких ці наслідки стосуються, можливості учасників правовідносин щодо операцій (дій) із встановленими строками. Так, згідно з ч.1 ст.19 Закону України «Про оренду землі» строк дії договору оренди земельної ділянки не може перевищувати 50 років. Сторони, укладаючи договір, довільно визначають його строк, проте в межах 50 років. Зазвичай, як показує аналіз правозастосовної практики, договір укладається на 49 років. Якщо ж сторони визначать строк, більший, ніж 50 років, строк дії договору становитиме 50 років (ч.1 ст.19 Закону України «Про оренду землі»). Отже, волевиявлення нормотворця у випадку перевищення межі, встановленої ним, є вирішальним.

Внаслідок аналізу видів строків за підставою їх встановлення можна зробити такі висновки. Строки договору (наприклад, строк дії договору, проміжні строки) за підставою встановлення можуть бути не тільки договірними, але й нормативними, значно рідше — встановленими іншими підставами.

Відповідно строки договору та договірні строки — нетотожні поняття: «строк договору» є поняттям ширшим, ніж «договірний строк». Договірний строк — строк, встановлений договором (домовленістю сторін), а під строком договору слід розуміти період (проміжок) часу, встановлений як самим договором, так і іншими джерелами (підставами): нормативно-правовими актами, звичаями тощо. При такому розмежуванні немає потреби термін «договірні строки» розглядати в різних розуміннях, зокрема у вузькому розумінні як вид договорів у класифікації за підставою встановлення та в більш широкому розумінні — як строк, що має юридичне значення для договору, чи окремих прав та обов'язків сторін. Як уже вказувалося, вважаємо такий підхід хибним.

Класифікація строків за ступенем їх визначеності. Зазначена класифікація стосується будь-яких строків цивільного права, проте знаходить відображення й у зобов'язальному праві. Отже, може бути застосована й до характеристики строків договору, зокрема строку дії договору та окремих (проміжних) строків.

Саме цей критерій — ступінь визначеності строку[1] — вважаємо логічно сформульованим, на відміну від інших варіантів формулювання підстави цієї класифікації, які зустрічаються в юридичній літературі (наприклад, визначеність строку, порядок обчислення та визначеності строків тощо).

Значення класифікації строків за ступенем їх визначеності полягає в тому, що вона дозволяє сформувати механізм (загальні правила) точного встановлення строків, з дією яких безпосередньо пов'язане настання чи ненастання правових наслідків їх спливу. Тобто, вона дозволяє з'ясувати механізм визначення строків залежно від віднесення їх до певної класифікаційної групи, а деколи — й встановити конкретний строк.

Зазвичай за цією класифікацією виділяли визначені та невизначені строки[2]. Проте таке двочленне групування строків страждає на певну обмеженість, оскільки не дозволяє правильно знайти місце окремих строків за таким поділом. Наприклад, це стосується строку дії договору довічного утримання (догляду). Саме тому останнім часом більшої популярності набуває детальніший поділ строків за цим критерієм. Відповідно до нього виділяють абсолютно-визначені, відносно-визначені та невизначені строки[3]. Виділення третього виду строків — відносно-визначених (як фактично проміжних між абсолютно-визначеними та невизначеними) — пов'язують із введенням у дію з 1 січня 2004 р. ЦК України, розробленого з врахуванням потреб ринкової економіки, однією із основних засад якого є свобода договору. Реалізація цього принципу робить можливим та необхідним багатоманітність у способах визначення цивільно-правових строків, в тому числі строків договору. Такий підхід був не характерним для часів планової економіки, коли доля імперативних норм була значно більшою, а можливість сторін на власний розсуд врегульовувати цивільні відносини істотно обмежувалася.

У той же час уважне співставлення цивільно-правових договорів, передбачених ЦК України, дозволяє встановити, що не всі їх строки охоплені навіть цими трьома класифікаційними групами. Тому нами пропонується виділити ще одну групу строків цивільно-правового договору за ознакою ступеню їх визначеності – ситуаційно-визначені.

---

[1] Процевський В. О., Гаврилюк О. В. Цивільне право України : навч. посіб. У 2 т. Харків : ХНПУ ім. Г. В. Сковороди, 2007. Т. 1. С. 87; Маріц Д. О. Строки і терміни у договорах про реалізацію майна : монографія. К. : ВД «Дакор», 2013. С. 47-48.

[2] Луць В. В. Строки і терміни у цивільному праві : монографія. К. : Юрінком Інтер, 2013. С. 30; Маріц Д. О. Строки і терміни у договорах про реалізацію майна : монографія. К. : ВД «Дакор», 2013. С. 47-48.

[3] Цивільне право України : навч. посіб. / Ю. В. Білоусов, С. В. Лозінська, С. Д. Русу та ін. / за ред. Р. О. Стефанчука. К. : Наукова думка; Прецедент, 2004. С. 108.

Відповідно є потреба зупинитися на характеристиці абсолютно-визначених, відносно-визначених, невизначених та ситуативно-визначених строків.

Абсолютно-визначеними є строки, які підлягають точному обчисленню шляхом зазначення їх тривалості, із закінченням яких пов'язуються юридичні наслідки. Вважаємо, що встановлювати абсолютно-визначені строки можна двома способами, шляхом вказівки на:

1) тривалість строку (наприклад, три місяці). Зазвичай у цьому випадку важливим є одночасне визначення початку його перебігу, якщо це не випливає із особливостей певного договору. Тобто в цьому відношенні на початок перебігу впливає реальність чи консенсуальність договору;

2) конкретні моменти початку та закінчення строку (наприклад, з 1 березня 2015 р. по 1 липня 2016 р.). Тобто строки можуть визначатися і з допомогою термінів у розумінні ч. 2 ст. 252 ЦК України.

Із зазначеного можна зробити висновок, що абсолютно-визначені строки визначаються при укладенні договору, хоча в подальшому вони можуть бути й змінені сторонами.

Відносно-визначені строки виділяються не всіма, проте більшістю сучасних цивілістів[1]. Необхідність виділення такого виду строків можна пояснити таким чином. По-перше, класифікація цивільно-правових строків за ступенем їх визначеності покликана встановити чіткість у здійсненні цивільних прав та обов'язків. По-друге, зазначений поділ дозволяє з'ясувати, в яких випадках доцільно чітко вказувати періоди або моменти, з якими пов'язані певні правові наслідки, а в яких це є неможливим та й непотрібним. І, по-третє, багато строків (термінів) не можна однозначно віднести до визначених чи невизначених строків (термінів). Так, складно віднести до невизначених строків такі оціночні поняття, як «своєчасно», в «розумний» чи «співрозмірний» строк тощо. Аналогічно до визначених строків (термінів) однозначно не можна віднести події, з якими пов'язуються правові наслідки (наприклад, смерть). Щодо останнього слід зазначити, що окрім випадку, коли подія визначена конкретною календарною датою. Вважаємо помилковою можливість існування, наприклад, у договорі довічного утримання вказівки на смерть, визначену конкретною календарною датою. Загальновизнаною є неможливість прогнозування смерті фізичної особи наперед. Навіть у випадку, коли є особи, які бажають смерті іншій особі чи навіть вчиняють певні дії щодо її заподіяння.

Багатоманітність відносно-визначених строків дозволяє виділити два їх види: 1) строки, пов'язані з конкретним періодом або моментом часу, однак цей момент позначений не «календарно», а шляхом вказівки на триваючу

[1] Хащівська Н. В. Цивільно-правове регулювання строків у договорах про передання майна у тимчасове користування : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. К., 2011. С. 76.

чи одномоментну подію, яка неминуче настане (проте точно невідомо, коли саме). До таких подій зазвичай відносять смерть фізичної особи, початок навігаційного періоду, достигання урожаю певної культури); 2) строки, визначені за допомогою оціночних понять на зразок «розумні строки» (ч. 4 ст. 672, ч. 2 ст. 684, ЦК України), «нормально необхідний час» (ч. 2 ст. 644 ЦК України), «негайно» (ст. 785 ЦК України), «своєчасно» (ч. 1 ст. 688 ЦК України) тощо[1].

Таким чином, під відносно-визначеними слід розуміти строки, яким не характерна вичерпна точність шляхом вказівки на конкретний часовий відрізок або момент у часі, проте в договорі або законі встановлений орієнтовний порядок (спосіб) їх визначення.

Наведена характеристика абсолютно- та відносно-визначених строків дозволяє побачити їх суттєву відмінність із невизначеними строками.

Невизначеними строки є тоді, коли часовий орієнтир для їх обчислення взагалі не встановлено, хоча й передбачається, що відповідне правовідношення має часові межі. У цьому відношенні варто згадати про договори найму (оренди) або позички, укладені на невизначений строк або без вказівки на конкретний строк такого користування (ст. 759, ч. 2 ст. 763, ст. 831 ЦК України).

Як уже було зазначено вище, за ознакою ступеню визначеності пропонується виділити ще один вид строків договору — ситуаційно-визначені. На нашу думку, саме така назва є доречною для строків дії тих договорів, у яких часові орієнтири, тобто момент початку (виникнення) та закінчення є настільки близькими, що фактично співпадають. Пропонуємо зазначені договори називати одномоментними. Про договори з подібною характеристикою в юридичній літературі згадують при поділі договорів за їх тривалістю, коли поряд з ними виділяють короткострокові, середньострокові та довгострокові договори. Проте детальна характеристика таких договорів, виникнення, виконання та припинення яких співпадають, у наукових дослідженнях відсутня.

Строк одномоментних договорів є ситуаційно-визначеним з таких аргументів:

1) виконання зобов'язання співпадає в часі з моментом[2] укладення і припинення цивільно-правового договору, і зводиться до терміну в розумінні ч. 2 ст. 251 ЦК України, що, як ми доводили вище, є допустимим. Це зумовлюється, як правило, не бажанням сторін чи законом, а саме суттю зобов'язання — ситуацією;

2) цей момент у часі визначається не сторонами, а виключно ситуацією, що не завжди може бути спрогнозована: коли саме відбудеться передача майна (коли підійде черга до каси у магазині), чи коли нотаріус (чи інший державний

[1] Цивільний кодекс України. Там само.

[2] При цьому момент у праві не слід розглядати як мить.

реєстратор) зареєструє (внесе у відповідний реєстр інформацію про речові права). Як би сторони не планували, все ж обставини можуть скластися по-іншому. Більше того, в договорах побутового характеру зазвичай спеціального планування не буває: момент укладення договору відбувається спонтанно.

Отже, одномоментні договори характеризуються строком, який за способом його визначення є ситуаційно-визначеним.

Зазначене дозволяє підсумувати, що ситуаційно-визначеним є строк договору, який характеризується майже повним співпадінням моменту виконання зобов'язання із укладенням та припинення цивільно-правового договору і встановлення якого обумовлюється конкретною ситуацією.

Таким чином, класифікація строків договору за ступенем їх визначеності дозволяє виокремити такі види строків договору: абсолютно-визначені, відносно-визначені, невизначені, ситуаційно-визначені. Віднесення строку до однієї із класифікаційних груп дозволяє узагальнити особливості визначення строку договору та підстави припинення строку дії договору, що буде розкрите в подальшому.

Дослідження цивільного законодавства дозволило сформулювати ще одну класифікацію строків цивільно-правового договору — за ознакою автономності строку. Так, за нею пропонуємо виділяти такі види строків договору: самостійні, керуючі та залежні. Цей поділ базується на тому, що в окремих випадках умови одного договору (і, насамперед, це стосується саме строку), а також договірного зобов'язання, яке з нього виникає, впливає на строк іншого цивільно-правового договору.

Припинення строку дії договору чи визнання цього договору недійсним зумовлює припинення (чи автоматичну недійсність) іншого договору, строк якого є залежним. Так, предметом розгляду ВС України була справа про визнання недійсним договору застави. Було з'ясовано, що при укладенні договору застави, який забезпечував своєчасне повернення кредиту за кредитним договором, не було зазначено окремі умови договору: розміру забезпеченого заставою зобов'язання; вимоги заставодавця, які забезпечуються предметом застави; розміру процентів за користування кредитом; строку їх погашення; розміру санкцій[1]. Позивач ставив питання про визнання недійсним договору застави, посилаючись на ці упущення. Пройшовши різні судові інстанції, судова справа стала предметом розгляду ВС України, який постановив, що застава має похідний характер від забезпеченого нею зобов'язання — своєчасного повернення кредиту за кредитним договором. У свою чергу, в самому кредитному договорі було передбачено всі ті умови, що не були зазначені

[1] Постанова Верховного Суду України від 15.04.2002 р. № ПД-10-42(02/104). Гордієнко К. Д. Юридична служба на підприємстві. Типові положення. Зразки документів. Судова практика. К. : КНТ, 2007. С. 212.

в договорі застави, в т. ч. проміжні строки[1]. «З цього, — вказав ВС України, — випливає, що заставодавець, укладаючи договір застави, був обізнаним про суть та розмір вимоги, забезпеченої заставою, інші умови. А відповідно договір застави визнаний таким, що відповідає встановленим вимогам»[2]. Отже, залежний характер договору застави та строку його дії від основного договору в цьому випадку дозволив отримати інформацію про непередбачені в договорі умови (в т. ч. проміжні строки виконання обов'язків) із тексту основного договору. Якщо б суд прийняв протилежне рішення, то це відповідно мало б наслідком недійсність договору застави. А повне повернення кредиту застоводавцем призвело б до припинення договору застави. Таким чином, строк останнього договору є залежним від строку кредитного договору, який щодо нього є керуючим.

Усе зазначене обґрунтовує важливість запропонованої нами класифікації строків договору.

Отже, самостійним є такий строк цивільно-правового договору, тривалість якого залежить виключно від умов цього договору та зобов'язання, що з нього виникає. Такі строки властиві більшості цивільно-правових договорів.

Залежним строком є строк цивільно-правового договору, тривалість якого залежить не тільки від умов цього договору та зобов'язання, що з нього виникає, але й від іншого цивільного правового договору та його зобов'язання. Такі строки можуть міститися в договорах про встановлення способів забезпечення виконання зобов'язань, в інших «похідних» договорах (субпідряду, піднайму, перестрахування тощо). Наприклад, строк піднайму може бути обмежений у договорі найму, який передбачає можливість піднайму. Отже, в цій нормі законодавець чітко окреслює зміст умови договору піднайму щодо строку: він не може перевищувати строк договору найму. Отже, сторони вільні у визначенні строку піднайму, проте згідно з ч. 2 ст. 774 ЦК України строк договору піднайму не може перевищувати строк договору найму[3]. Це пов'язано з особливостями відповідної договірної моделі. Йдеться про випадки, коли вона розрахована на відносини, що мають вторинний характер. Інший приклад залежності строку одного договору від іншого: в договорі застави чи договорі, який встановлює інший спосіб забезпечення виконання зобов'язань, повинен бути передбачений строк виконання основного зобов'язання, невиконання якого дає можливість кредитору звернути стягнення на предмет застави або скористатися можливостями, які дають інші способи забезпечення виконання зобов'язань.

[1] Постанова Верховного Суду України від 15.04.2002 р. № ПД-10-42(02/104). Там само. С. 214.

[2] Постанова Верховного Суду України від 15.04.2002 р. № ПД-10-42(02/104). Там само. С. 214.

[3] Цивільний кодекс України. Там само.

Керуючим строком є строк цивільно-правового договору, від якого та його зобов'язання залежить строк іншого цивільно-правового договору. Керуючими строками вважаємо строки попередніх договорів, довгострокових договорів перевезення (ст. 914 ЦК України), договору, на підставі якого укладений інший цивільно-правовий договір (наприклад, договір оренди при наявності договору суборенди тощо). Так, у попередньому договорі може бути визначено строк (період) для підготовки до укладення основного договору чи строк, після закінчення якого повинен бути укладений основний договір (ст. 635 ЦК України). Неукладення своєчасно основного договору може спричиняти для порушника негативні правові наслідки.

Розроблена класифікація стосується різноманітних строків цивільно-правового договору — як строку дії, так і окремих (проміжних) строків.

Таким чином, внаслідок проведеного дослідження сформовано такі висновки.

1. Строки цивільно-правового договору підлягають класифікації за такими критеріями: підстави встановлення; ступінь визначеності строку договору; автономність строку договору.

2. При поділі строків цивільно-правового договору за ознакою автономності строку виділені такі види строків договору: самостійні, керуючі та залежні. Самостійним є такий строк цивільно-правового договору, тривалість якого залежить виключно від умов цього договору та зобов'язання, що з нього виникає. Залежним строком є строк цивільно-правового договору, тривалість якого залежить не тільки від умов цього договору та зобов'язання, що з нього виникає, але й від іншого цивільно- правового договору та його зобов'язання. Керуючим строком є строк цивільно-правового договору, від якого та його зобов'язання залежить строк іншого цивільно-правового договору.

РОЗДІЛ 2

2.4. Поняття та ознаки договірних зобов'язань за участю держави Україна

Доктрина зобов'язального права традиційно спирається на здобутки зобов'язального права Стародавнього Риму, адже зобов'язання було одним із найважливіших інститутів римського приватного права. Про це неодноразово зазначав М. М. Агарков у своїх працях. Так, створення римськими юристами загального поняття зобов'язання він назвав найбільшою заслугою римського народу[1]. С. Д. Гринько зазначає, що термін «зобов'язання» в римському приватному праві застосовувався для позначення правовідношення між кредитором і боржником — тобто під зобов'язанням розуміли право вимоги кредитора та обов'язок боржника в їхній сукупності[2]. При цьому вона звертає увагу на те, що римському приватному праву було притаманно два визначення зобов'язання — як юридичний зв'язок між боржником і кредитором, від якого звільняються виконанням прийнятого обов'язку, і як порівняння зобов'язання із речовим правом[3].

За Законами XII таблиць зобов'язання було цілком особистою підлеглістю боржника кредиторові, що могло призвести до повного зникнення самої особи боржника в рабстві, боржник ніби закладав себе кредиторові. Значно пізніше боржник був звільнений від особистої відповідальності перед кредитором, стягнення було перенесене на його майно[4]. Підставою виникнення зобов'язань у римському праві вважалися юридичні факти — конкретні життєві обставини. Як зазначав О. А. Підопригора, юридичний факт завжди має правові наслідки (народження людини, вчинення правопорушення, стихійні лиха тощо), в той час як звичайні факти (прогулянка у лісі) не мають жодних юридичних наслідків[5].

Суб'єктами зобов'язальних правовідносин за римським правом визнавалися за статусом свободи — вільні та раби, за статусом громадянства: римські громадяни, латини, перегрини, вільновідпущеники та колони; за сімейним статусом — глави сімейств та інші члени родини[6]. Римське право не знало

[1] Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву. Москва : Типография «Известий Советов депутатов трудящихся СССР», 1940. С. 15.

[2] Гринько С. Д. Деліктні зобов'язання римського приватного права: поняття, система, рецепція : монографія. Хмельницький : Хмельницький університет управління та права, 2012. С. 111.

[3] Гринько С. Д. Деліктні зобов'язання римського приватного права: поняття, система, рецепція : монографія. Хмельницький : Хмельницький університет управління та права, 2012. С. 111.

[4] Голубєва Н. Ю. Зобов'язання в цивільному праві України: методологічні засади правового регулювання: монографія. Одеса: Фенікс, 2013. С. 52-53.

[5] Подопригора А.А. Основы римского гражданского права. Киев – Хмельницкий : Киевский университет им. Т. Шевченко. Одесский открытый университет, Хмельницкий филиал, 1993. С. 169.

[6] Подопригора А.А. Там само. С. 64-65.

поняття «юридична особа», однак, на думку О.А.Підопригори, найбільш поширеними видами юридичних осіб у Римі були казна, муніципії, різноманітні об'єднання осіб однієї професії, релігійні організації[1].

Слід вказати, що до публічно-правових утворень у Стародавньому Римі відносили римську державу (римський народ) і міські ради (магістрати, муніципії)[2]. Римська держава вступала в цивільні правовідносини через казну — фіск, у зв'язку з чим в юридичній літературі склалися дві концепції щодо ролі фіска (імператора) в управлінні державним майном: 1) фіск — як орган управління принцепса, тому держава до юридичних осіб не відносилася; 2) держава діяла через фіск як юридична особа[3]. Так, майно фіска не підлягало втраті за давністю, його вимоги задовольнялися першочергово, тому згодом було висловлено позицію, що фіскальне майно — це майно держави[4].

Важливим є те, що римські юристи наділяли міста та державу такими ознаками, як: здатність бути позивачем і відповідачем у суді, здатність нести відповідальність за шкоду, завдану неправомірними діями або бездіяльністю тощо. Як зазначає С.Д.Гринько, на відміну від юридичних осіб, зокрема фіска, держава самостійно встановлювала загальнообов'язкові правила поведінки учасників цивільних правовідносин і порядок вирішення їх можливих спорів. Крім того, держава самостійно визначала власну цивільну правосуб'єктність, її зміст і межі, що дає підстави стверджувати про неможливість ототожнення римської держави із фіском, а також визнання за державою статусу юридичної особи[5].

У Римі особа позначалася терміном persona, однак не всіх у Римській державі визначали особами, тобто суб'єктами права (інтереси панівної верстви рабовласників не допускали рівності людей, тому раби були не суб'єктом, а об'єктом права)[6]. Також існували союзи осіб однієї професії, муніципії, корпорації тощо. Так, за муніципіями визнавалася господарська самостійність, оскільки часто це були високорозвинені міста, які володіли великим майном і складним господарством; муніципії також могли отримувати майно за заповітними відписами (легатами)[7].

[1] Подопригора А.А. Там само. С. 81.

[2] Гринько С. Д. Там само. С. 200.

[3] Гринько С. Д. Там само. С. 202.

[4] Римське приватне право. Академічний курс : підручник. Є. М. Орач, Б. Й. Тищик. Київ : Ін-Юре, 2012. С. 91.

[5] Гринько С. Д. Деліктні зобов'язання римського приватного права: поняття, система, рецепція : монографія. Хмельницький : Хмельницький університет управління та права, 2012. С. 205.

[6] Римське приватне право. Академічний курс : підручник. Є. М. Орач, Б. Й. Тищик. Київ : Ін-Юре, 2012. С. 70-71.

[7] Римське приватне право. Академічний курс : підручник. Є. М. Орач, Б. Й. Тищик. Київ : Ін-Юре, 2012. С. 89.

Підсумовуючи усе викладене, можна дійти висновку, що публічно-правові утворення за часів Стародавнього Риму були наділені цивільною правоздатністю, оскільки могли брати участь у зобов'язальних правовідносинах з моменту свого створення та нести відповідальність за шкоду, завдану неправомірними діями або бездіяльністю.

З урахуванням вказаних характерних рис зобов'язання (obligatio) визначається у кількох варіантах: «Зобов'язання є правовими ланцюгами, що примушують нас щось виконати відповідно до законів нашої держави» (Д.1.3.13); або «Значення зобов'язання полягає не в тому, щоб зробити нашим який-небудь тілесний предмет або який-небудь сервітут, а щоб зв'язати перед нами іншого, аби він нам щось дав, зробив або надав» (Д. 44.7.3)[1].

На переконання Н. Ю. Голубєвої, те, що римське зобов'язання на ранніх стадіях було суворо особистим взаємовідношенням кредитора й боржника, за умов обмеженого цивільного обороту не викликало істотних незручностей, однак згодом виникла потреба в більш гнучкому підході[2]. До ознак зобов'язання за римським правом вона відносить такі: 1) неформальна угода ніколи не породжувала юридично дійсне зобов'язання; 2) зобов'язання було суто особистим відношенням між двома або декількома певними особами; 3) перелік зобов'язальних форм був суворо обмежений (вид позову відповідав виду зобов'язання)[3].

Таким чином, ознака виконання зобов'язання особисто учасником, яка є традиційною і для сучасного вчення про зобов'язання, є прямим доказом рецепції римського цивільного права. Із вказаного випливає, що рецепція римського цивільного права відіграла визначальну роль у формуванні законодавства та науки у сфері зобов'язального права.

Пізніше ідеї римських юристів були відтворені в німецькому праві, яке увійшло в історію як пандектне право (курси пандектів Ж. Гудсмана, Г. Дернбурга, Віндшейда)[4].

Першоджерелом вітчизняного зобов'язального права вважається Руська Правда, яка закріплювала основи зобов'язань, що виникали із заподіяння шкоди та договору (купівля-продаж, міна, зберігання, позика, найм). Так, людина, що заподіяла поранення іншій людині, окрім кримінального штрафу, повинна була сплатити збитки потерпілому, в тому числі послуги лікаря[5].

[1] Римське право : підручник. О. А. Підопригора, Є. О. Харитонов. Київ : Юрінком Інтер, 2009. С. 355.

[2] Голубєва Н. Ю. Зобов'язання в цивільному праві України : методологічні засади правового регулювання : монографія. Одеса : Фенікс, 2013. С. 23.

[3] Голубєва Н. Ю. Там само. С. 51-52.

[4] Гринько С. Д. Дигести Юстиніана як джерело римського приватного права. *Університетські наукові записки*. 2007. №1. С. 93.

[5] Голубєва Н. Ю. Зобов'язання в цивільному праві України : методологічні засади правового регулювання : монографія. Одеса : Фенікс, 2013. С. 58.

Такий вид штрафу мав назву «урок» – приватна грошова компенсація, яка стягувалась за вчинення злочину[1].

За Литовськими статутами свобода договору була дещо обмежена. Так, у Першому Литовському статуті (1529) та Другому Литовському статуті (1566) феодал міг продати або іншим способом відчужити свою вотчину, для чого повинен був отримати дозвіл Великого князя Литовського, однак лише Третій Литовський статут (1588) надав шляхті право вільно, на власний розсуд, розпоряджатися своїм майном[2].

За Галицьким цивільним кодексом 1797 року зобов'язання визначалось як дія, шляхом якої одна сторона переносить на іншу сторону будь-яке особисте право і внаслідок чого покладає на себе певний обов'язок, який з особистим правом того, на кого воно переноситься, зіставляється як причина і наслідок[3].

За часів існування радянського права була висловлена думка про те, що категорія «зобов'язання» є начебто не цивільно-правовою, а міжгалузевою, оскільки, як вважали її автори, існують трудові, фінансові, управлінські, господарські, внутрішньогосподарські та інші зобов'язання[4]. Слід погодитися з думкою Н.С.Кузнєцової, яка зазначає, що в радянську добу в центрі уваги перебували зобов'язання, що ґрунтувалися на директивних планових актах держави, оскільки пріоритетними визначалися принципи належного виконання зобов'язання, економічності, співробітництва сторін[5].

Так, у ЦК УРСРС від 1963 року закріплено, що в зобов'язанні одна особа (боржник) зобов'язана вчинити на користь іншої особи (кредитора) певну дію, як-от: передати майно, виконати роботу, сплатити гроші та інше або утриматися від певної дії, а кредитор має право вимагати від боржника виконання його обов'язку (ст.151)[6]. Із зазначеного випливає, що законодавець вказував на суб'єкти, об'єкти та зміст зобов'язальних правовідносин.

Слід зазначити, що в доктрині радянського права держава досить рідко виступала суб'єктом зобов'язальних відносин. Наприклад, до таких випадків

[1] Марисюк К. Б. Майнові покарання на користь приватних осіб (на матеріалах Руської Правди). *Часопис Київського університету права*. 2009. №3. С. 211.

[2] Блажівська О. Є. Загальні положення зобов'язального права за Литовськими статутами. *Вісник прокуратури*. 2014. № 2 (152). С. 95.

[3] Блажівська О. Є. Вчення про зобов'язання за Галицьким цивільним кодексом 1797 року: історико-правовий аналіз. *Юридична Україна*. 2014. № 5. С. 10.

[4] Цивільне право України: підручник у 2 т. Борисова В.І. (кер. авт. кол.) Баранова Л.М., Жилінкова І.В. та ін..; / за заг. ред. В.І. Борисової, І.В. Спасибо-Фатєєвої, В.Л. Яроцького. Київ : Юрінком Інтер, 2007, Т. 2 С. 8.

[5] Кузнєцова Н. Принципи сучасного зобов'язального права України. *Українське комерційне право*. 2003. № 4 : Зобов'язальне право в Україні. С. 10

[6] Цивільний кодекс Української РСР від 18.07.1963. № 1540-VI.

можна віднести відносини щодо державного кредиту, відшкодування витрат по зберіганню і збуту знахідки, виплата винагороди особі, яка знайшла скарб тощо[1].

Положення ЦК України від 2003 року майже дублює вказане вище визначення зобов'язання, а саме: правовідношення, в якому одна сторона (боржник) зобов'язана вчинити на користь другої сторони (кредитора) певну дію (передати майно, виконати роботу, надати послугу, сплатити гроші тощо) або утриматися від вчинення певної дії (негативне зобов'язання), а кредитор має право вимагати від боржника виконання його обов'язку (ст. 509)[2].

Очевидно, що зобов'язальне право в Україні будувалось на основі рецепції римського права крізь століття, оскільки: 1) визначення терміна «зобов'язання» майже зберегло свою правову природу у чинному ЦК України; 2) юридичний факт є підставою виникнення цивільного зобов'язання; 3) суб'єкти зобов'язання поділяються на фізичних та юридичних осіб, а публічно-правові утворення є особливими суб'єктами таких правовідносин.

У юридичній літературі термін «зобов'язання» містить безліч визначень та обґрунтувань. Зазвичай цей термін застосовується для позначення правовідносин, в яких одна сторона повинна вчинити на користь іншої сторони дію (або утриматись від цього), а іншій стороні притаманне право вимоги до такого обов'язку.

Для того, щоб повно та детально розкрити категорію «зобов'язання» необхідно звернутися до самого тлумачення терміну «поняття». Так, на думку М. М. Агаркова, зміст поняття обернено пропорційний його обсягу. Що більш поняття є загальним, ніж більше коло об'єктів, явищ воно охоплює, то воно бідніше за змістом, тим менше ознак воно в собі містить[3]. За визначенням професора А. Є. Конверського, поняття як форма мислення є такий спосіб відображення дійсності, коли предмет розкривається через сукупність його суттєвих ознак[4].

У зв'язку із зазначеним, поняття зобов'язань у юридичній літературі розкривають через сукупність ознак, яке його і складають. Так, М. М. Агарков писав, що зобов'язанням є цивільне правовідношення, в силу якого одна особа (або кілька осіб) має право вимагати від іншої особи (або кількох інших

[1] Совесткое гражданское право: Учебник. В 2 томах. Т.И. Илларионова, М.Я. Кириллова. / под. ред. О. А. Красавчикова. Москва : Высшая школа, 1985. Т. 1. С.174.

[2] Цивільний кодекс України. Там само.

[3] Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву. Москва : Типография «Известий Советов депутатов трудящихся СССР», 1940. С. 8.

[4] Конверський А.Є. Логіка (традиційна та сучасна) : підручник для студентів вищих навчальних закладів. Київ : Центр навчальної літератури, 2008. С. 131.

осіб) вчинення певної дії або утримання від вчинення будь-яких дій[1]. Схожої думки притримувався О.А.Красавчиков, на переконання якого, зобов'язання являє собою такі цивільні правовідносини, в силу яких одна особа (боржник) зобов'язана вчинити на користь іншої (кредитора) певну дію (передати майно, виконати роботу і т.д.) або утриматися від вчинення відомої дії, а кредитор має право вимагати зазначеної поведінки від боржника[2].

На ідеях цивілістичної доктрини ґрунтуються норми ЦК України. Так, за ст.509 ЦК України зобов'язанням є правовідношення, в якому одна сторона (боржник) зобов'язана вчинити на користь другої сторони (кредитора) певну дію (передати майно, виконати роботу, надати послугу, сплатити гроші тощо) або утриматися від вчинення певної дії (негативне зобов'язання), а кредитор має право вимагати від боржника виконання його обов'язку[3].

Однак Є.О.Харитонов слушно зазначає, що некоректною є вказівка на те, що одна сторона зобов'язання (кредитор) має права, а інша (боржник) — обов'язки, маючи на увазі взаємну пов'язаність сторін зобов'язання правами та обов'язками[4]. При цьому О.В.Дзера зазначає, що в зобов'язанні із заподіяння шкоди потерпіла сторона завжди є тільки кредитором, а заподіювач шкоди — завжди боржником[5]. Позиція вчених є правильною, оскільки зобов'язання — це такий вид цивільних відносин з переміщення майнових і немайнових благ, сторони яких мають взаємні права і обов'язки для задоволення своїх інтересів (за винятком зобов'язань, що виникли із заподіяння шкоди).

На нашу думку, рух матеріальних або нематеріальних цінностей є визначальною рисою зобов'язання, оскільки вона притаманна лише зобов'язальним відносинам. До прикладу, в договорі міни кожна із сторін зобов'язується передати другій стороні у власність один товар в обмін на інший товар (ст.715 ЦК України)[6]. У цьому договорі кожна зі сторін є продавцем того товару, який він передає в обмін, і покупцем товару, який він одержує взамін.

Існують також договори, в яких лише одна сторона має обов'язки. Наприклад, за договором дарування одна сторона (дарувальник) передає або зобов'язується передати в майбутньому другій стороні (обдаровуваному)

[1] Агарков М.М. Там само. С. 12.

[2] Совесткое гражданское право: учебник. В 2 томах. Т.И. Илларионова, М.Я. Кириллова. / под. ред. О. А. Красавчикова. Москва : Высшая школа, 1985. Т. 1. С. 412-413.

[3] Цивільний кодекс України. Там само.

[4] Цивільне право України: підручник. Є. О. Харитонов, О. І. Харитонова, О. В. Старцев. Київ : Істина, 2013. С. 393.

[5] Зобов'язальне право України: теорія і практика : навчальний посібник. О.В. Дзера, Н.С. Кузнєцова, В.В. Луць та ін; / за ред. О.В. Дзери. Київ : Юрінком Інтер, 1998. С. 10.

[6] Цивільний кодекс України. Там само.

безоплатно майно (дарунок) у власність (ст. 717 ЦК України)[1]. При цьому договір, що встановлює обов'язок обдаровуваного вчинити на користь дарувальника будь-яку дію майнового або немайнового характеру, не є договором дарування. Слід зазначити, що договором дарування може бути встановлений обов'язок обдаровуваного вчинити певну дію майнового характеру на користь третьої особи або утриматися від її вчинення (ч. 1 ст. 725 ЦК України), однак такий обов'язок не впливає на правову природу договору дарування.

Таким чином, зобов'язання — це такий вид правовідношення, в якому боржник вчиняє дії або утримується від їх вчинення на користь кредитора, який має право вимоги, під впливом ризику настання відповідальності за його порушення.

М. М. Агарков відзначав головною ознакою зобов'язання наявність активного та пасивного суб'єкта, визначаючи активного (кредитора) як наявність у нього права вимоги[2]. На противагу зазначеному, Р. А. Майданик вказує, що зобов'язання зазвичай не зводиться до пасивної поведінки боржника — при переміщенні благ боржнику необхідно вчиняти певні активні дії, адже пасивна поведінка здебільшого лише супроводжує активні дії, але не заміняє їх[3]. У такому разі слід погодитися з думкою вченого, оскільки активні дії вчиняє як кредитор, так і боржник, правомірно виконуючи взяті на себе зобов'язання. Є. О. Харитонов визначає сторонами зобов'язання кредитора — особу, якій належить право вимоги, і боржника — особу, яка несе обов'язок, відповідний праву вимоги кредитора. При цьому він вказує, що саме така ознака зобов'язання відрізняє його від абсолютних правовідносин (правовідносин власності тощо), в яких уповноваженій особі протиставлене не конкретне коло зобов'язаних осіб, а «усі й кожен»[4].

Вбачається за необхідне також чітко визначати, на що спрямовані права і обов'язки зобов'язання, а саме — який їхній об'єкт. На переконання Ю. О. Заіки, об'єкт зобов'язання — це те, на що спрямовані права та обов'язки суб'єктів, тобто певні дії щодо речей, грошей, послуг, вказуючи, що ці дії можуть полягати в: а) передачі речей у власність чи користування; б) виконанні певної роботи; в) наданні певних послуг; г) сплаті грошей (відшкодування збитків) тощо[5].

[1] Цивільний кодекс України. Там само.

[2] Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву. Москва : Типография «Известий Советов депутатов трудящихся СССР», 1940. С. 14.

[3] Майданик Р. А. Аномалії в цивільному праві України. Київ : Юстинінан, 2007. С. 191.

[4] Цивільне право України : підручник. Є. О. Харитонов, О. В. Старцев. Київ : Істина, 2007. С. 391 (Вид. 2 перероб. і доп.)

[5] Заіка Ю.О. Українське цивільне право. навч. посіб. Київ : Істина, 2005. С. 152.

Зобов'язанню притаманний юридичний і матеріальний об'єкт. Н. Ю. Голубєва пише, що об'єктом зобов'язання є поведінка зобов'язаних осіб, тоді як предмет зобов'язання — річ, на яку спрямована дія боржника, не завжди характерна для цивільного зобов'язання (наприклад, послуги адвоката)[1]. Водночас Є. О. Харитонов вказує, що об'єктом зобов'язання може бути і бездіяльність, прикладом чого наводить договір, укладений з власником земельної ділянки про те, що він не буде перешкоджати випасу худоби на його ділянці[2].

Необхідно розрізняти такі два поняття, як: «предмет» та «об'єкт» зобов'язання. Наприклад, Р. А. Майданик вказує, що визначальна риса зобов'язального правовідношення виявляється також в тому, що кредитор вправі вимагати від боржника вчинення дій із надання йому певних благ (переважно майнових)[3]. Тобто якщо в юридичному змісті правовідносин власності на перший план виступає можливість здійснення дій самим власником (володіти, користуватися, розпоряджатися майном), то в зобов'язальних вирішальне значення має право на дію з боку зобов'язаної сторони[4]. На думку С. Д. Гринько, з якою необхідно погодитись, предметом зобов'язання є дії боржника, позитивні чи негативні, дії, що мають економічне значення для кредитора, яке може бути визначено в грошовій сумі[5]. З огляду на зазначене, слід погодитися із думками С. Д. Гринько та Ю. О. Заіки, оскільки предметом цивільного зобов'язання може бути дія або утримання від її вчинення, в той час як об'єктом зобов'язання є те, на що спрямовані права та обов'язки суб'єктів зобов'язання (речі, послуги, роботи тощо).

Важливо вказати, що за своїм змістом зобов'язальні правовідносини опосередковують динаміку цивільних правовідносин, тоді як норми інституту права власності регулюють відносини щодо статики майна. В. Ф. Попондопуло у своїй монографії визначає такі види динаміки цивільних відносин, як: нормальна динаміка та аномальні динаміки правовідносин власності зобов'язальних правовідносин, — при цьому вказуючи, що відносини власності та зобов'язання є нерозривно пов'язані один з одним[6]. Нормальну динаміку цивільних відносин

[1] Голубєва Н. Ю. Зобов'язання в цивільному праві України : методологічні засади правового регулювання: монографія. Одеса : Фенікс, 2013. С. 206.

[2] Цивільне право України: підручник. Є. О. Харитонов, Н. О. Саніахметова. Київ: Істина, 2003. С. 365.

[3] Майданик Р. А. Там само. С. 191.

[4] Зобов'язальне право України (елементарний курс): навч. поС. Н.Ю. Голубєва, В.І. Дрішлюк, А.І., Дрішлюк, В.Й. Кісель, В.А. Кройтор, О.О. Кулініч, Л.Г. Лічман, В.П. Маковій, А.В. Маєвська, О.М. Нечипуренко, Л.А. Ольховик, С.В. Резніченко, Г.В. Самойленко, Є.С. Сєверова, О.В. Церковна; / за заг. ред. С.В. Резніченка. Одеса: ОДУВС, 2010. С. 9.

[5] Гринько С. Д. Деліктні зобов'язання римського приватного права: поняття, система, рецепція: монографія. Хмельницький: Хмельницький університет управління та права, 2012. 724 С. 116.

[6] Попондопуло В. Ф. Динамика обязательственного отношения и гражданско-правовая ответственность: монография. Владивосток: Издательство Дальневосточного университета, 1985. С.19.

науковець пояснює як відповідність між виникненням, зміною та припиненням зобов'язань та вимогою відповідної норми права, тоді як в основі аномальної динаміки цивільних відносин лежить охорона прав їхніх сторін[1]. Така думка щодо динаміки цивільних відносин є обґрунтованою з огляду на те, яку динаміку мають договірні відносини. Так, на нашу думку, пропозиція укласти договір та її прийняття (оферта і акцепт), вибір форми та змісту договору, його укладення є аналогом виникнення договірних відносин, в той час як укладення додаткових угод, внесення змін до договору є їхньою зміною.

Більшість науковців вважає, що зобов'язальні правовідносини є переміщенням майнових благ від однієї особи до іншої. Свого часу О. С. Іоффе зазначав, що на ґрунті зобов'язальних відносин може відбуватися переміщення не тільки майна в речовій формі, а й інших результатів праці, які також мають майновий характер[2]. Такої ж думки притримується Н. С. Кузнєцова, яка вказує, що зобов'язання опосередковують процес переміщення майна або інших матеріальних результатів, які також мають майновий характер, а тому вони завжди виступають як майнові цивільні правовідносини[3]. З думками вказаних вчених необхідно погодитись, адже зобов'язання виникають як і щодо майна, так і щодо немайнових благ — результатів робіт, послуг, результатів інтелектуальної, творчої діяльності, інформації, інших нематеріальних благ.

З огляду на зазначене, важливою ознакою зобов'язання є майновий інтерес, тобто ті бажані для кредитора економічні наслідки, що полягають у збільшенні його майнової сфери[4]. Як зазначає Р. А. Майданик, корисність зобов'язання полягає в його встановленні в чийомусь інтересі, задоволення якого означає бути корисним для того, в інтересах кого встановлено зобов'язання[5]. Слід вказати, що немайновий інтерес також може мати місце в цивільному зобов'язанні за участі публічно-правового утворення, прикладом чого може бути договір доручення, за яким одна сторона (повірений) зобов'язується вчинити від імені та за рахунок другої сторони (довірителя) певні юридичні дії (ст. 1000 ЦК України)[6].

Однією з ознак зобов'язання також є те, що зобов'язання не створює обов'язку для третьої особи, як це передбачено ст. 511 ЦК України[7]. На думку

[1] Попондопуло В. Ф. Там само. С. 16.

[2] Иоффе О. С. Обязательственное право. Москва : Юридическая литература, 1975. С. 4.

[3] Цивільне право України: Академічний курс: підруч. у двох томах. / за заг. ред. Я.М. Шевченко. Т. 1. Загальна частина. Київ: Концерн «Видавничий дім «Ін Юре», 2003. С. 459.

[4] Гринько С. Д. Там само. С. 126.

[5] Майданик Р. А. Аномалії в цивільному праві України. Київ : Юстинінан, 2007. С. 207.

[6] Цивільний кодекс України. Там само.

[7] Цивільний кодекс України. Там само.

Є. О. Харитонова, таке положення закону обумовлене тим, що встановлення обов'язків для третіх осіб, які не є учасниками зобов'язання, не відповідало б засадам справедливості, на яких мають ґрунтуватися зобов'язання[1]. Зобов'язання мають відносний характер, чим це його відрізняє від цивільних абсолютних майнових правовідносин, передусім від відносин власності, але така відмінність спирається тільки на суб'єктивний склад, не охоплюючи особливостей як змісту, так і об'єкта цих правовідносин[2]. Зобов'язання має виконуватися належним чином відповідно до умов договору та вимог цього Кодексу, інших актів цивільного законодавства, а за відсутності таких умов та вимог — відповідно до звичаїв ділового обороту або інших вимог, що, звичайно, ставляться (ч.1 ст. 526 ЦК України)[3].

Спосіб виконання зобов'язання визначається зазвичай умовами укладених договорів, загальними положеннями ЦК України, спеціальними нормами ЦК України та іншими актами цивільного законодавства. Такими способами є виконання зобов'язання одноразово або частинами, з множинністю на стороні боржника та/або кредитора, зустрічне виконання, виконання внесенням боргу в депозит нотаріуса[4].

За порушення зобов'язання, його невиконання або неналежне виконання наступає передбачена законом або договором відповідальність. Правовими наслідками порушення зобов'язання може бути розірвання договору, припинення зобов'язання внаслідок односторонньої відмови від зобов'язання (якщо це встановлено договором або законом), зміна умов зобов'язання, сплата неустойки, відшкодування збитків та моральної шкоди (ст. 611 ЦК України)[5]. Наприклад, якщо підрядник своєчасно не розпочав роботу або виконує її настільки повільно, що закінчення її у строк стає явно неможливим, замовник має право відмовитися від договору підряду та вимагати відшкодування збитків (ст. 849 ЦК України)[6]. З огляду на зазначене, можна дійти висновку, що до ознак зобов'язання також можна віднести виконання обов'язку під впливом застосування цивільно-правової відповідальності при порушенні умов зобов'язання. Водночас відповідальність за порушення зобов'язань

[1] Цивільне право України : підручник. Є. О. Харитонов, О. І. Харитонова, О. В. Старцев. Вид. 3 перероб. і доп. Київ : Істина, 2013. С. 394

[2] Цивільне право України. Особлива частина: підручник / за ред О.В. Дзери, Н.С. Кузнєцової, Р.А. Майданика. 3-тє вид., перероб. і доп. Київ : Юрінком Інтер, 2010. С. 8.

[3] Цивільний кодекс України. Там само.

[4] Цивільне право України. Особлива частина: підручник / за ред О.В. Дзери, Н.С. Кузнєцової, Р.А. Майданика. 3-тє вид., перероб. і доп. Київ : Юрінком Інтер, 2010. С. 36-37.

[5] Цивільний кодекс України. Там само.

[6] Цивільний кодекс України. Там само.

покладається при наявності вини (умислу або необережності), якщо інше не встановлено договором або законом (ст. 614 ЦК України)[1]. Отже, слід погодитись з думкою, що зобов'язання необхідно розглядати як результат реалізації саме цивільного законодавства[2].

Важливим принципом цивільного права є принцип неприпустимості односторонньої відмови від виконання зобов'язання і неприпустимість односторонньої зміни його умов — якщо ж така відмова мала місце, то вона, як правило, розглядається як підстава для застосування міри відповідальності[3]. Слід також вказати про ще один важливий принцип виконання зобов'язання: принцип належного виконання зобов'язання, яке повинно бути здійснене належними суб'єктами, належним предметом і способом, у належному місці, у належний строк[4]. Складовою принципу належного виконання зобов'язання є принцип реальності, відповідно до якого боржник повинен вчинити саме ті дії, які прямо передбачені в зобов'язанні[5].

Серед традиційних ознак О. А. Красавчиков виділяв такі спеціальні ознаки зобов'язання, як: цілеспрямованість, конкретність змісту і санкціонованість. Так, цілеспрямованістю зобов'язання він називав виконання боржником обов'язків безпосередньо самому кредитору. Щодо конкретності змісту, то в цьому випадку боржник повинен виконати або утриматись від виконання суворо визначених дій. Санкціонованість зобов'язання О. А. Красавчиков визначав з двох сторін: як правовідносини, санкціоновані законом, та як обов'язок нести відповідальність (санкції) за порушення умов зобов'язання[6].

Із вказаного вище випливає, що загальними ознаками цивільного зобов'язання є: 1) наявність кредитора, якому належить право вимоги, та боржника, який повинен вчинити певну дію (або утриматись від її вчинення) на вимогу кредитора; 2) предметом зобов'язання є дії боржника (або утримання від їх вчинення), а об'єктом — те, на що спрямовані такі дії; 3) зобов'язання створюється лише для учасників такого правовідношення; 4) зобов'язання має виконуватися належним чином; 5) наявність майнового або немайнового

[1] Цивільний кодекс України. Там само.

[2] Цивільне право України: підручник. Є. О. Харитонов, О. І. Харитонова, О. В. Старцев. Вид. 3 перероб. і доп. Київ : Істина, 2013. С. 394.

[3] Цивільне право України: Загальна частина / за ред. професора І.А. Бірюкова, Ю.О. Заїки. Київ : Алерта, 2014. С. 449.

[4] Цивільне право України. Особлива частина: підручник / за ред О.В. Дзери, Н.С. Кузнєцової, Р.А. Майданика. 3-тє вид., перероб. і доп. Київ : Юрінком Інтер, 2010. С. 42.

[5] Цивільне право України : навч. посіб. Ю.В. Білоусов, В.А. Ватрас, С.Д. Гринько, та ін.; / за ред. Р.О. Стефанчука. Київ : Правова єдність, 2009. С. 250.

[6] Совесткое гражданское право : учебник. В 2 томах. Т. И. Илларионова, М.Я. Кириллова. / под. ред. О. А. Красавчикова. Москва : Высшая школа, 1985. Т. 1. С. 414.

інтересу в суб'єктів зобов'язання; 6) настання цивільно-правової відповідальності за порушення зобов'язання.

Підставами для виникнення зобов'язання є юридичні факти, які у ЦК України вказані таким чином: договори та інші правочини; створення літературних, художніх творів, винаходів та інших результатів інтелектуальної, творчої діяльності; завдання майнової (матеріальної) та моральної шкоди іншій особі; акти цивільного законодавства; акти органів державної влади або органів місцевого самоврядування; рішення суду; настання або ненастання певної події (ч. 2 ст. 509 ЦК України; ст. 11 ЦК України)[1]. О. А. Красавчиков свого часу зазначав, що юридичний факт — це факт реальної дійсності, з яким норми права пов'язують виникнення, зміну або припинення цивільного правовідношення, та який має правові наслідки[2]. Традиційно юридичні факти поділяються на дії та події — дії залежать від волі людини, у свою чергу, події не залежать від волі людини[3].

Зобов'язання, підставами виникнення яких є правочини, інші правомірні дії, називають у юридичній літературі договірними. Якщо договір змінюється або розривається в судовому порядку, зобов'язання змінюється або припиняється з моменту набрання рішенням суду про зміну або розірвання договору законної сили (ч. 2 ст. 653 ЦК України)[4]. Із зазначеного випливає, що не менш важливою підставою виникнення зобов'язання є судове рішення, в якому встановлюються всі обставини зобов'язальних правовідносин між сторонами, та їхні правові наслідки. Наприклад, рішення суду про вилучення у власника культурних цінностей, що безхазяйно утримуються, породжує зобов'язання щодо викупу їх державою або реалізації з природних торгів[5]. Договірні (регулятивні) та зобов'язання, що виникли із завдання шкоди (правоохоронні) різні не тільки за підставою їх виникнення, а й (що більш важливо) за своїм змістом вони є різноплощинними і субординаційними[6].

Недоговірні зобов'язання виникають з фактів заподіяння шкоди життю, здоров'ю громадянина, майну будь-якого суб'єкта цивільного права. За ЦК України до недоговірних зобов'язань належать публічна обіцянка

[1] Цивільний кодекс України. Там само.

[2] Совесткое гражданское право : учебник. В 2 томах. Т.И. Илларионова, М.Я. Кириллова. / под. ред. О. А. Красавчикова. Москва : Высшая школа, 1985. Т. 1. С. 83.

[3] Совесткое гражданское право : учебник. Т. 1. Там само.С. 86.

[4] Цивільний кодекс України. Там само.

[5] Цивільне право України. Академічний курс : підруч. у двох томах. / за заг. ред. Я.М. Шевченко. Т. 1. Загальна частина. Київ : Концерн «Видавничий дім «Ін Юре», 2003. С. 460.

[6] Попондопуло В. Ф. Динамика обязательственного отношения и гражданско-правовая ответственность: монография. Владивосток : Издательство Дальневосточного университета, 1985. С. 27.

винагороди без оголошення конкурсу або за результатами конкурсу; вчинення дій у майнових інтересах іншої особи без її доручення; рятування здоров'я та життя фізичної особи, майна фізичної або юридичної особи; створення загрози життю, здоров'ю, майну фізичної особи або майну юридичної особи; відшкодування шкоди; набуття, збереження майна без достатньої правової підстави. До недоговірних підстав виникнення зобов'язання Ю. О. Заіка також відносить створення літературних, художніх творів, винаходів та інших результатів інтелектуальної, творчої діяльності[1].

Н. Ю. Голубєва зазначає, що в основі договірних зобов'язань лежить договір між сторонами, а в основі недоговірних — наприклад, протиправна дія зобов'язаної особи (заподіяння моральної або майнової шкоди), при цьому вона вказує, що недоговірні зобов'язання іноді називають деліктними, що не зовсім точно, оскільки вони ще мають назву охоронних[2]. У цей же час О. В. Дзера визначає такі головні відмінності між деліктним зобов'язанням і договірним охоронним зобов'язанням, як: вчинення винного діяння, різна юридична природа та зміст обов'язку заподіювача в деліктному зобов'язанні і обов'язку боржника в договірному охоронному зобов'язанні, різний об'єкт; а в деліктному зобов'язанні обов'язок заподіювача спрямований на поновлення порушеного абсолютного права (відшкодування збитків), а в договірному зобов'язанні обов'язок боржника спрямований на забезпечення виконання договору[3].

Зобов'язання, що виникають із односторонніх правочинів (довіреність, заповіт) називають односторонньо-вольовим[4]. Такі зобов'язання виникають шляхом одностороннього волевиявлення суб'єкта, який розпоряджається своїм суб'єктивним правом або бере на себе суб'єктивний обов'язок[5].

Адміністративні акти теж вважаються однією з підстав виникнення цивільних зобов'язань. Наприклад, у разі прийняття органом державної влади або органом місцевого самоврядування рішення про викуп земельної ділянки у зв'язку з суспільною необхідністю в цих органів виникає зобов'язання сплатити

[1] Заіка Ю.О. Українське цивільне право. навч. посіб. 3-тє вид. перероб. та доп. Київ : Центр учбової літератури, 2016. С. 181.

[2] Зобов'язальне право України (елементарний курс) : навч. пос. Н.Ю. Голубєва, В.І. Дрішлюк, А.І., Дрішлюк, В.Й. Кісель, В.А. Кройтор, О.О. Кулініч, Л.Г. Лічман, В.П. Маковій, А.В. Маєвська, О.М. Нечипуренко, Л.А. Ольховик, С.В. Резніченко, Г.В. Самойленко, Є.С. Сєверова, О.В. Церковна / за заг. ред. С.В. Резніченка. Одеса : ОДУВС, 2010. С. 11.

[3] Зобов'язальне право України: теорія і практика : навчальний посібник. О.В. Дзера, Н.С. Кузнєцова, В.В. Луць та ін / за ред. О.В. Дзери. Київ : Юрінком Інтер, 1998. С. 805-806.

[4] Цивільне право України. Загальна частина. / за ред. професора І.А. Бірюкова, Ю.О. Заїки. Київ : Алерта, 2014. С. 440

[5] Цивільне право України: підручник. Є. О. Харитонов, Н. О. Саніахметова. Київ : Істина, 2003. С. 366.

викупну суму власнику земельної ділянки в порядку, встановленому законом[1].

Слід підбити підсумок, що серед передбачених цивільним законодавством України підстав виникнення зобов'язань одне з головних місць посідає саме договір, оскільки це основна форма встановлення, зміни або припинення цивільних прав та обов'язків.

С. Д. Гринько зазначає, що питання участі публічно-правових утворень у цивільних правовідносинах набуває особливої гостроти у зв'язку із взаємопроникненням, взаємовпливом і необхідністю встановлення оптимального зіставлення між публічним і приватноправовим регулюванням участі у правовідносинах спеціальних суб'єктів цивільного права[2]. У зв'язку з цим, О. О. Первомайський наголошує, що лише достатньо розвинена правова система може забезпечити участь держави в цивільних (приватних) відносинах таким чином, що сутність цих відносин буде збережено, а держава не матиме в межах цих відносин жодних переваг порівняно з суб'єктами приватного права[3]. На нашу думку, правовий статус держави України беззаперечно бере свій початок у сфері публічного права, адже їй притаманні певні властивості незалежно від того чи є вона учасником владно-управлінських відносин чи приватно-правових. Тому доцільно проаналізувати різницю понять «держава Україна» в цивільному та адміністративному договірному праві, оскільки вказані галузі права тісно переплітаються при дослідженні місця держави Україна у цивільних зобов'язаннях.

На нашу думку, слід приділити особливу увагу такому правовому явищу, як адміністративний договір. Відповідно до ст. 4 Кодексу адміністративного судочинства України адміністративним договором є спільний правовий акт суб'єктів владних повноважень або правовий акт за участю суб'єкта владних повноважень та іншої особи, що ґрунтується на їхньому волеузгодженні, має форму договору, угоди, протоколу, меморандуму тощо, визначає взаємні права та обов'язки його учасників у публічно-правовій сфері й укладається на підставі закону[4]. Законодавець, у свою чергу, вказує на таку мету укладення адміністративних договорів: а) для розмежування компетенції чи визначення порядку взаємодії між суб'єктами владних повноважень; б) для

[1] Цивільне право України. Особлива частина: підручник. 3-тє вид., перероб. і доп. / за ред О.В. Дзери, Н.С. Кузнєцової, Р.А. Майданика. Київ : Юрінком Інтер, 2010. С. 12.

[2] Гринько С. Д. Деліктні зобов'язання римського приватного права: поняття, система, рецепція : монографія. Хмельницький : Хмельницький університет управління та права, 2012. С. 200.

[3] Первомайський О.О. Участь територіальних публічно-правових утворень у цивільних правовідносинах: проблеми теорії та практики : монографія. Київ : *Редакція журналу «Право України»,* 2013. 196 С. 10.

[4] Кодекс адміністративного судочинства України : Закон України від 06.07.2005. № 2747-IV. *Відомості Верховної Ради України.* 2005. № 35. Ст. 446.

делегування публічно-владних управлінських функцій; в) для перерозподілу або об'єднання бюджетних коштів у випадках, визначених законом; г) замість видання індивідуального акта; ґ) для врегулювання питань надання адміністративних послуг[1].

У науковій площині адміністративний договір характеризують як визначену актами адміністративного права угоду сторін, одна з яких є носієм державно-владних повноважень стосовно інших[2]. На думку В. С. Стефанюка, до адміністративних слід відносити договори, що містять спеціальні зобов'язання (умови), які виходять за межі звичайних цивільно-правових договірних правовідносин[3]. Для порівняння, у Франції існують такі критерії адміністративних контрактів: принаймні однією зі сторін є юридична особа публічного права або сторона діє на користь такої особи; контракт містить виняткові умови, що не застосовуються в цивільно-правових договорах і виходять за рамки цивільного права (право адміністративного органу в односторонньому порядку розірвати договір, давати інструкції щодо виконання договору, застосовувати санкції; віднесення спорів з контракту до юрисдикції адміністративного суду тощо)[4].

На відміну від договорів приватного права, в адміністративному договорі завжди діє хоча б один державно-владний учасник, який реалізує в рамках своєї компетенції функції державного управління[5]. Досліджуючи адміністративний договір, необхідно зазначити, що його обов'язковими ознаками є те, що однією зі сторін завжди є суб'єкт владних повноважень, а зміст такої угоди нерозривно пов'язаний з владно-управлінськими функціями суб'єкта владних повноважень. Фактично лише реалізація суб'єктом владних повноважень саме адміністративної, а не цивільної правової правосуб'єктності, є невід'ємною ознакою адміністративного договору[6].

Необхідно також звернути увагу на п. 6 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними» № 9 від 06.11.2009 року. У згаданому пункті йдеться про розгляд справ щодо визнання оспорюваного правочину недійсним і

[1] Кодекс адміністративного судочинства України. Там само.

[2] Коломоєць Т. О. Адміністративне право України: підручник. Київ : Істина, 2008. С. 105.

[3] Стефанюк В.С. Судовий адміністративний процес : монографія. Харків : Консум, 2003. С. 129.

[4] Куйбіда Р.О. Адміністративний договір у практиці європейських країн. *Слово Національної школи суддів України.* 2013. № 2 (3). С. 177.

[5] Афанасьєв К.К. Адміністративні договори: реалії та перспективи : монографія. Луганськ : РВВ ЛАВС, 2004. С. 86.

[6] Міхровська М. С. Адміністративний договір як важлива форма діяльності публічної адміністрації. *Адміністративне право і процес.* 2014. №2. С. 103.

застосування наслідків його недійсності в порядку цивільного судочинства[1]. Однак винятком з цього правила є абз. 2 п. 6 згаданої Постанови Пленуму, яким встановлено таке: «За цими ж правилами розглядаються зазначені вимоги і в разі, якщо стороною правочину є суб'єкт владних повноважень, крім вимог про визнання недійсним адміністративного договору»[2].

Із зазначеного випливає, що в порядку цивільного судочинства може розглядатись справа щодо недійсності правочину за участю суб'єкта владних повноважень, тоді як розгляд справи про визнання недійсним адміністративного договору в порядку цивільного судочинства є повністю виключеним. На нашу думку, це пояснюється різною юрисдикцією судів при розгляді приватноправових та публічно-правових спорів, оскільки відповідно до п. 4 ч. 1 ст. 19 Кодексу адміністративного судочинства України публічно-правові спори, що виникають щодо укладання, виконання, припинення, скасування чи визнання нечинними адміністративних договорів, належать до юрисдикції адміністративних судів[3]. Тоді як визначальною рисою цивільного судочинства є розгляд справ, що виникають з цивільних та інших правовідносин (ч. 1 ст. 19 ЦПК України)[4], а основними ознаками цивільних правовідносин є юридична рівність та вільне волевиявлення (ч. 1 ст. 1 ЦК України)[5], що є недопустимим в адміністративно-правових правовідносинах.

Можна зробити висновок, що визначальною рисою адміністративного договірного права є наявність у суб'єкта публічно-владних повноважень, який перебуває у відносинах підпорядкування з іншими суб'єктами, тоді як у цивільному праві таке підпорядкування є порушенням загальних засад цивільного законодавства. Отже, в договірних цивільних відносинах держава Україна не може застосовувати свої владні повноваження.

Таким чином, у договірному адміністративному праві держава Україна — це суб'єкт, наділений владними управлінськими повноваженнями, що перебуває у відносинах підпорядкування з іншими суб'єктами договірних правовідносин. А в договірному цивільному праві держава Україна є рівноправним учасником договірних правовідносин з особливим статусом. Такий особливий статус зумовлений тим, що держава Україна за своєю природою є суб'єктом публічного права.

[1] Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними: постанова Пленуму Верховного Суду України від 06.11.2009 року № 9.

[2] Про судову практику. Там само.

[3] Кодекс адміністративного судочинства України. Там само.

[4] Цивільний процесуальний кодекс України : Закон України від 18.03.2004. №1618-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. № 40. Ст. 492.

[5] Цивільний процесуальний кодекс України. Там само.

Отже, в адміністративному договірному праві держава Україна обов'язково є суб'єктом владних повноважень, для неї характерні такі властивості, як субординація та ієрархія, тоді як у цивільному договірному праві юридична рівність є визначальним фактором встановлення, зміни або припинення цивільних прав та обов'язків. Держава Україна є публічно-правовим утворенням, яке наділене відповідними владними повноваженнями, тоді як будучи учасником приватноправових відносин цей суб'єкт повинен зберігати баланс юридичної рівності з іншими учасниками зобов'язання. Участь держави в приватноправових відносинах досить своєрідна: з одного боку, вона є законодавцем, носієм верховної політичної влади, а з іншого — рядовим учасником відносин[1].

Як уже було зазначено, за цивільним законодавством України однією з підстав виникнення зобов'язань є договір (ч. 2 ст. 509 ЦК України, ч. 2 ст. 11 ЦК України), який визначається як домовленість двох або більше сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків (ч. 1 ст. 626 ЦК України)[2]. Доктрина підтримує таке визначення, додаючи, що договір — це угода між рівноправними особами, які мають майнову самостійність (Н. Ю. Голубєва)[3]. Говорячи про юридичну рівність, слід додати, що публічно-правові утворення, беручи участь у приватноправових відносинах на рівних засадах поряд з іншими учасниками таких відносин, не втрачають своїх владних повноважень, залишаються одночасно носіями двох видів правосуб'єктності: адміністративної (публічної) та цивільно-правової (приватної)»[4].

Повертаючись до договору, слід навести влучну думку М. М. Агаркова, який свого часу наголошував, що серед підстав виникнення цивільних зобов'язань договір посідає привілейоване місце, а зобов'язальне право за характеристиками можна вважати і договірним[5]. Є. О. Харитонов виділяє дві головні ознаки цивільно-правового договору: 1) договір виражає волю сторін, а правовий акт — волю органу, що його видав; 2) договір безпосередньо розрахований на регулювання поведінки тільки його сторін – для тих, хто не є

[1] Майданик Р. А. Юридичні особи публічного права в українському та європейському праві. *Актуальні питання правового регулювання участі суб'єктів публічного права в приватних відносинах*: зб. наук. пр. / за ред. О.Д. Крупчана, О.О. Первомайського. 2013. С. 89.

[2] Цивільний кодекс України. Там само.

[3] Голубєва Н. Ю. Зобов'язання в цивільному праві України: методологічні засади правового регулювання : монографія. Одеса : Фенікс, 2013. С. 113.

[4] Цивільне право України. Загальна частина : підручник / за ред О.В. Дзери, Н.С. Кузнєцової, Р. А. Майданика. 3-тє вид., перероб. і доп. Київ : Юрінком Інтер, 2010. С. 456.

[5] Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву. Москва : Типография «Известий Советов депутатов трудящихся СССР», 1940. С. 104.

сторонами, він може створити права, але не обов'язки; у той же час правовий чи інший нормативний акт породжує спільне для всіх і кожного правило[1].

Відповідно до ч. 2 ст. 638 ЦК України договір укладається шляхом пропозиції однієї сторони укласти договір (оферти) і прийняття пропозиції (акцепту) другою стороною[2]. Із цього випливає, що для укладення договору необхідним є досягнення сторонами договору згоди в певній формі. Для укладення договору необхідними є три елементи: 1) пропозиція вступити в договір (оферта); 2) прийняття такої оферти (акцепт); 3) покриття оферти акцептом.

Як зазначав О. А. Красавчиков, найважливішими елементами поняття договору є: 1) суб'єктивний склад; 2) зміст; 3) форма[3]. Суб'єктами договору є особи, які беруть участь в укладенні та (або) реалізації визначеного договору[4]. На думку С. М. Братуся, держава діє як суб'єкт права в тих випадках, коли стороною в цивільному правовідношенні є саме держава, а не державний орган[5], вказуючи, що держава (казна) — це особливий, відмінний від інших юридичних осіб, суб'єкт цивільного права[6]. При цьому він зазначає, що перехід права власності держави на безхазяйну річ або конфісковане майно відбувається через діяльність держави як організації влади, а не з будь-яких цивільно-правових підстав[7].

Держава Україна може бути як кредитором, так і боржником у зобов'язанні, оскільки особливий статус цього суб'єкта не суперечить правам та обов'язкам як кредитора, так і боржника. Необхідно зазначити, що для держави Україна в цивільних зобов'язаннях характерна множинність суб'єктів зобов'язання, а саме Кабінет Міністрів України, Фонд державного майна України та Антимонопольний комітет України можуть виступати як кредитори в договорі про оренду державного майна відповідно до Закону України «Про оренду державного та комунального майна»[8]. Так, О. О. Первомайський виділяє такі види договорів, які може укладати держава Україна: 1) договори з оплатного відчуження державного майна та придбання об'єктів права власності інших

[1] Цивільне право України: підручник. У трьох книгах. Книга перша. За ред. Є.О. Харитонова, А.І. Дрішлюка. Одеса: «Юридична література», 2005. С. 66-67.

[2] Цивільний кодекс України. Там само.

[3] Совесткое гражданское право: Учебник. В 2 томах. Т.И. Илларионова, М.Я. Кириллова. / под. ред. О. А. Красавчикова. Москва: Высшая школа, 1985. Т. 1. С. 438.

[4] Совесткое гражданское право: Учебник. В 2 томах. Т.И. Илларионова, М.Я. Кириллова. / под. ред. О. А. Красавчикова. Москва: Высшая школа, 1985. Т. 1. С. 438.

[5] Братусь С.Н. Субъекты гражданского права. Москва: Госюриздат, 1950. С. 238.

[6] Братусь С.Н. Там само. С. 241.

[7] Братусь С.Н. Там само. С. 240.

[8] Про оренду державного та комунального майна: Закон України від 03.10.2019. № 157-IX. *Відомості Верховної Ради України.* 2020. № 4. Ст. 25.

осіб: купівля-продаж, поставка, міна (ст.ст. 146–149 ЗК України, Закон України «Про управління об'єктами державної власності»); 2) договори з оплатного строкового користування землею та іншим майном: найму (оренди), житлового найму (ст. 759–809 ЦК України, ст. 283–292 ГК України, ст. 93 ЗК України, Закон України «Про оренду державного та комунального майна», Закон України «Про оренду землі»); 3) договори концесії (ст. 406 ГК України); 4) договори з виконання робіт та надання послуг: договори з надання комунальних, ритуальних, реєстраційних послуг (глава 63 ЦК України); 5) кредитно-розрахункові договори: кредиту, позики, банківського рахунку (ст. 11 Закон України «Про цінні папери та фондовий ринок»); 6) засновницькі договори (ч. 2, 3 ст. 169 ЦК України); 7) договори управління майном (ч. 2 ст. 327, 1029–1045 ЦК України, ст. 142 Конституції України); 8) договори про спільну інвестиційну діяльність (ст. 1130–1143 ЦК України, ст. 142 Конституції України)[1].

Р. А. Майданик відносить договори, які укладаються між державою та приватними інвесторами, до виду зобов'язань інноваційного ризику, до яких включає договори, пов'язані з видобуванням корисних копалин. До таких договорів віднесено угоди про розподіл продукції, сервісні контракти та концесійні договори. При цьому різницею між угодою про розподіл продукції та сервісним контрактом є умови розподілу видобутої продукції — за сервісним контрактом підрядник не отримує частку продукції. Таким договорам, на думку науковця, притаманні адміністративно-правові елементи, однак вони все ж залишаються цивільно-правовими[2].

Держава діє в цивільних договірних зобов'язаннях через органи державної влади. Відповідно до ст. 170 ЦК України держава набуває і здійснює цивільні права та обов'язки через органи державної влади в межах їхньої компетенції, встановленої законом[3]. Так, М. М. Агарков вказував, що право здійснювати договори та будь-які інші правочини особисто або через представників, якщо відповідна угода може бути здійснена через представника, є не що інше, як вияв цивільної правоздатності, яка є передумовою для тих цивільних правовідносин (суб'єктивних прав та відповідних обов'язків), суб'єктом яких є особа, яка володіє правоздатністю[4]. Оскільки в ЦК України використано такі різні положення, як «Органи, через які діє держава в цивільних відносинах» (ст. 170) та «представники» (ст. 173), то логічним буде висновок, що органи державної

[1] Первомайський О.О. Участь територіальних публічно-правових утворень в цивільних правовідносинах: проблеми теорії та практики : монографія. Київ : Редакція журналу «Право України», 2013. С. 131.

[2] Майданик Р. А. Аномалії в цивільному праві України. Київ: Юстинінан, 2007. С. 671-674.

[3] Цивільний кодекс України. Там само.

[4] Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву. Москва : Типография «Известий Советов депутатов трудящихся СССР», 1940. С. 70.

влади діють від імені держави на умовах представництва[1]. Із вказаного випливає, що саме органи державної влади виступають стороною договору, який вчиняється від імені держави.

У доктрині цивільного права панує думка про те, що зазвичай публічно-правове утворення бере участь у цивільних правовідносинах саме через органи виконавчої влади[2]. Це положення пояснюється тим, що органами державної влади в Україні визнано органи виконавчої, судової та законодавчої влади (ст. 6 Конституції України). Зрозуміло, що єдиним законодавчим органом в Україні є Верховна Рада України (ст. 75 Конституції України), а суди (органи судової влади) здійснюють лише правосуддя (ст. 124 Конституції України)[3]. Отже, дійсно саме через органи виконавчої влади держава Україна найчастіше виступає в цивільних, зокрема договірних, правовідносинах. Наприклад, Фонд державного майна України виступає з боку держави в разі придбання державою пакетів акцій (часток), виступає орендодавцем майна, що перебуває в державній власності; здійснює повноваження власника земельних ділянок державної власності та їхні розпорядження (ст. 5 Закону України «Про Фонд державного майна України»)[4].

Слід зазначити, що договори за участі держави Україна є двосторонніми (крім договору дарування, який є одностороннім), реальними або консенсуальними, оплатними (за винятком договору дарування). Більше того, за формою договору держава Україна укладає лише письмові договори, оскільки укладення усних договорів суперечить публічно-правовій природі такого учасника, яка побудована на формалізованому підході побудови будь-яких правовідносин[5]. Прикладом може слугувати ч. 3 ст. 183 Господарського кодексу України, відповідно до якої «державний контракт укладається шляхом підписання сторонами єдиного документа»[6], а також ч. 1 ст. 8 Закону України «Про угоди про розподіл продукції», за якою «угода про розподіл продукції має бути укладена у письмовій формі»[7].

[1] Ромась М.І. Держава Україна як учасник договірних зобов'язань у цивільному праві: дис... доктора філософії в галузі права. м. Хмельницький, 2021. С. 58.

[2] Гражданское право: учебник в 3 т. Е.Н. Абрамова, Н.Н. Аверченко, Ю.В. Байгушева / под. ред. А. П. Сергеева. Москва : РГ-Пресс, 2013. Т. 1. С. 357.

[3] Конституція України від 28.06.1996. *Відомості Верховної Ради України*.1996. № 30. Ст. 141.

[4] Про Фонд державного майна України : Закон України від 09.12.2011. №4107-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2012. № 28. Ст. 311.

[5] Ромась М.І. Держава Україна як учасник договірних зобов'язань у цивільному праві: дис... доктора філософії в галузі права. м. Хмельницький, 2021. С. 149.

[6] Господарський кодекс України : Закон України від 16.01.2003. № 436-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 18. Ст. 144

[7] Про угоди про розподіл продукції : Закон України від 14.09.1999. № 1039-XIV. *Відомості Верховної Ради України*. 1999. № 44. Ст. 391.

Також держава Україна не виступає стороною алеаторних (ризикових) договорів[1], якими Р.А.Майданик називає договори ренти, довічного утримання, страхування, зобов'язання з азартних ігор, ліцензійний договір, деякі біржові угоди, договір фідуціарного закладу (забезпечувального здійснення права власності), «зворотний» лізинг, договір про пожертву тощо[2]. Алеаторними при цьому вчений називає «договори, які містять умову, що робить неможливим точне обчислення на момент укладання договору вигоди і можливих збитків у разі виконання договору та зустрічного надання, обсяг та існування якого неможливо визначити на момент виникнення зобов'язання»[3]. А тому, по-перше, держава Україна не може стороною таких договорів відповідно до вимог цивільного законодавства, а по-друге, алеаторність вказаних договорів суперечить меті участі держави Україна в договірних цивільних правовідносинах, яка полягає в точному та всеосяжному задоволенні суспільного інтересу, без будь-яких ризиків[4].

Необхідно звернути увагу на те, що в деяких видах договорів законодавець чітко вказав на те, що держава Україна може бути стороною договору. Так, держава Україна може бути стороною в договорі дарування (ч.1 ст.720 ЦК України)[5], а також в угодах про розподіл продукції (ч.1 ст.4 Закону України «Про угоди про розподіл продукції»)[6].

Важливо зазначити, що порядок укладення договорів за участі держави Україна передбачений лише законом. Так, наприклад, порядок укладення договору оренди державного майна передбачений статтями 7–9 Закону України «Про оренду державного та комунального майна»[7]. Досить часто договори за участю держави Україна укладаються на конкурсній основі, як це передбачено законами України «Про угоди про розподіл продукції», «Про публічні закупівлі» тощо.

Для держави Україна як учасника договірних цивільних правовідносин характерна ознака щодо чіткого обмеження об'єктів договірних відносин. Так, відповідно до ч.2 ст.3 Закону України «Про оренду державного та комунального майна» не можуть бути об'єктами оренди єдині майнові комплекси підприємств системи створення та збереження золотовалютних резервів, установ, що забезпечують випуск та зберігання грошових знаків і цінних

[1] Ромась М.І. Там само. С. 148.

[2] Майданик Р. А. Аномалії в цивільному праві України. Київ : Юстиніан, 2007. С. 228-229.

[3] Майданик Р. А. Там само. С. 229.

[4] Ромась М.І. Там само.С. 148.

[5] Цивільний кодекс України. Там само.

[6] Про угоди про розподіл продукції : Закон України. Там само.

[7] Про оренду державного та комунального майна: Закон України від 03.10.2019. № 157-IX. *Відомості Верховної Ради України*. 2020. № 4. Ст. 25.

паперів; атомні електростанції, метрополітен, ядерні матеріали, документи Державного бібліотечного фонду України, акваторії морських портів тощо[1].

Також усі грошові кошти, отримані державою Україна від виконання договорів, стороною яких вона є, спрямовуються до Державного бюджету. Вказане підтверджується п.14 Постанови Кабінету Міністрів України «Деякі питання відчуження об'єктів державної власності» № 884 від 23 жовтня 2019 року, відповідно до якого «кошти від продажу нерухомого майна перераховуються покупцем на казначейський рахунок Фонду державного майна, який перераховує ці кошти до загального фонду Державного бюджету України»[2].

Одним із основних засад цивільного законодавства у ст. 3 ЦК України визначено свободу договору, яка означає можливість сторін цивільних правовідносин самостійно визначати: укладати договір чи ні, та з ким із партнерів вступати в договірні правовідносини, — тобто вибір контрагента договору й вирішення питання про встановлення договірних відносин, за ЦК України, вирішують самі сторони договору[3]. У літературі справедливо звертається увага на «неприпустимість поширення терміна «зобов'язання» на інші не приватноправові відносини», оскільки до окремих правовідносин, які випливають із норм, прямо передбачених законом, і ґрунтуються на владному підпорядкуванні, цивільне законодавство не може бути застосоване[4].

За ч.1 ст. 648 ЦК України зміст договору, укладеного на підставі правового акта органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим, органу місцевого самоврядування, обов'язкового для сторін (сторони) договору, має відповідати цьому акту[5]. Вказана норма стосується, наприклад, державного та оборонного замовлення, а тому ознаки імперативного регулювання у цивільних відносинах можуть мати місце. М. М. Агарков вказував, що угоди, для виникнення яких необхідний адміністративний дозвіл, мають складний фактичний склад. Він це пояснював тим, що в такому випадку відсутнє розуміння класичного волевиявлення сторін для укладення договору (оскільки це не є офертою та акцептом), однак адміністративний дозвіл та пропозиція укласти договір мають координаційний зв'язок, оскільки лише за наявності цих складових можуть настати бажані юридичні наслідки[6].

[1] Про оренду державного та комунального майна : Закон України. Там само.

[2] Деякі питання відчуження об'єктів державної власності : постанова Кабінету Міністрів України від 23 жовтня 2019 року. № 884. Офіційний вісник України. 2019. № 86. С. 2903.

[3] Голубєва Н. Ю. Зобов'язання в цивільному праві України : методологічні засади правового регулювання: монографія. Одеса : Фенікс, 2013. С. 112.

[4] Майданик Р. А. Аномалії в цивільному праві України. Київ : Юстиніан, 2007. С. 203.

[5] Цивільний кодекс України. Там само.

[6] Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву. Москва : Типография «Известий Советов депутатов трудящихся СССР», 1940. С. 132.

Н. Ю. Голубєва, в свою чергу, вказує на обмеження свободи договору, укладаючи договори в обов'язковому порядку при виконанні оборонного або мобілізаційного замовлення[1]. Пояснює вона таке обмеження необхідністю захисту державою суспільних інтересів, прав споживачів, особливо в тих сферах економіки, які віднесені до природних монополій, тощо[2].

І з вказаною позицією вченої необхідно погодитись, оскільки укладення державою договорів є найпоширенішим способом забезпечення її потреб. Так, відповідно до Закону України «Про публічні закупівлі» при укладенні договору про закупівлю товарів, робіт і послуг забезпечуються основні потреби держави.

Важливо наголосити, що держава Україна не може бути учасником публічного договору, яким відповідно до ст. 633 ЦК України є договір, у якому одна сторона — підприємець взяла на себе обов'язок здійснювати продаж товарів, виконання робіт або надання послуг кожному, хто до неї звернеться (роздрібна торгівля, перевезення транспортом загального користування, послуги зв'язку, медичне, готельне, банківське обслуговування тощо). Очевидно, що держава Україна не є суб'єктом господарської діяльності, а тому не може бути учасником договору роздрібної купівлі-продажу (ст. 698 ЦК України), договору прокату (787 ЦК України), побутового підряду (ст. 865 ЦК України), договору перевезення транспортом загального користування (ст. 915 ЦК України), договору зберігання (ст. 936 ЦК України), банківського вкладу (ст. 1058 ЦК України)[3].

Також специфікою договорів за участі держави Україна є те, що вони часто є змішаними, що за ч. 2 ст. 628 ЦК України означає наявність у такому договорі елементів різних договорів. До прикладу договір, укладений у рамках державно-приватного партнерства, може містити елементи різних договорів (змішаний договір), умови яких визначаються відповідно до цивільного законодавства України (ч. 1 ст. 5 Закону України «Про державно-приватне партнерство»)[4].

Важливо вказати, що для цивільних правовідносин важливе розмежування інтересів. Як слушно зазначає Р. А. Майданик, корисність зобов'язання полягає в його встановленні в чийомусь інтересі, задоволення якого означає бути корисним для того, в інтересах кого встановлено зобов'язання, а тому безкорисний об'єкт зобов'язання суперечить поняттю зобов'язання[5].

[1] Голубєва Н. Ю. Там само. С. 116.

[2] Голубєва Н.Ю. Там само. С. 119.

[3] Ромась М.І. Держава Україна як учасник договірних зобов'язань у цивільному праві : дис. доктора філософії в галузі права. м. Хмельницький, 2021. С. 151.

[4] Ромась М.І. Там само. С. 154.

[5] Майданик Р. А. Аномалії в цивільному праві України. Київ : Юстиніан, 2007. С. 207.

На реалізацію інтересів суттєво впливає їхня правова сутність: який саме інтерес стоїть на порядку денному — приватний чи публічний або які будуть наслідки в процесі функціонування механізму правового регулювання[1]. Так, наприклад, деякі науковці вважають, що інтерес держави Україна як учасника правовідносин не пов'язаний з одержанням майнового зиску[2].

Існує думка, що в договорах реалізується не лише приватний інтерес особи, що вступає у відносини з державою з метою отримання прибутку, але й публічний інтерес держави в реалізації однієї зі своїх функцій[3]. Це пояснюється тим, що участь держави Україна в договірних зобов'язаннях є основним засобом забезпечення державних та суспільних потреб, інтересів, які виникають на підставі угоди між суб'єктами договору, тобто завжди є результатом правомірних дій[4]. Слід погодитися з думкою, що держава у цивільному обороті має власні інтереси, що становлять квінтесенцію інтересів суспільства, що є правовою формою узгодження загальносуспільного (публічного) інтересу, представленого державою, з індивідуальним інтересом приватної особи[5].

Ще Р. фон Ієрінг вказував, що інтерес у договорі вказує на його мету принести користь іншій стороні договору[6]. При цьому він наголошував на тому, що держава, укладаючи з приватними особами договори (купівлі-продажу, будівництва доріг, греблі тощо), задовольняє саме «загальнокорисну або державну мету». Прикладом він наводить будівництво воєнного корабля на замовлення держави, чим пояснює, що кінцевий результат – корабель – не має ніякого відношення до задоволення приватного інтересу[7]. З такою думкою вченого слід погодитись, оскільки виокремлення лише приватного або лише публічного інтересу не вирішить специфіку участі держави Україна в цивільних договірних зобов'язаннях.

Судова практика пояснює публічний інтерес як «мету участі держави в особі відповідних органів у адміністративних правовідносинах; тобто

[1] Гуняк А.Я. Інтерес як критерій поділу права на приватне та публічне : загальнотеоретичний аспект. *Часопис Київського університету права*. 2016. №2. С. 52.

[2] Первомайський О.О. Засади участі держави Україна в договірних відносинах: цивільно-правовий аспект. *Юридична Україна (питання розвитку приватного права)*. 2013. № 5. С. 56.

[3] Блащук Т.В. Можливість визначення держави як сторони цивільно-правового договору. *Часопис Національного університету «Острозька академія». Серія «Право»*. Електронне фахове видання. 2011. URL : https://lj.oa.edu.ua/archives/n1-2011.

[4] Голубєва Н.Ю. Система зобов'язань у цивільному праві України. *Наукові праці НУ ОЮА*. 2010. №9. С. 243.

[5] Клименко О. М. Особливості правового становища держави як суб'єкта приватного (цивільного) права : автореф. дис. ... канд. юр. наук : 12.00.03. Київ, 2006. С. 6.

[6] Иеринг ф. Р. Интересъ и право. Ярославль : Типография губернской земской управы, 1880. С. 95.

[7] Иеринг ф. Р. Там само. С. 98.

вступаючи в такі відносини, держава в особі відповідного органу має на меті, в першу чергу, захист інтересів держави, громади, невизначеного кола осіб. Водночас, вступаючи в цивільні чи господарські правовідносини, держава в особі відповідного органу, насамперед, має на меті задоволення приватного інтересу» (постанова Великої Палати Верховного Суду від 20.11.2018, справа № 5023/10655/11, провадження № 12-161гс18[1]; постанова Великої Палати Верховного Суду від 26.02.2019, справа № 915/478/18, провадження № 12-245гс18[2]).

Сучасне цивільне законодавство містить поняття «інтересу держави і суспільства». Так, відповідно до ч.1 ст. 203 ЦК України зміст правочину не може суперечити цьому Кодексу, іншим актам цивільного законодавства, а також інтересам держави і суспільства, його моральним засадам[3]. У ч. 3 ст. 228 ЦК України міститься положення про можливість визнання правочину недійсним у разі недодержання вимоги щодо відповідності правочину інтересам держави і суспільства, його моральним засадам[4].

Поняття «суспільний інтерес» знаходить своє відображення у ч. 1 ст. 103 ЦК України та у ч. 7 ст. 376 ЦК України. При цьому в ст. 18 Конституції України згадується поняття «національні інтереси», а у ст. 41 Конституції України — «інтереси суспільства»[5]. У законодавстві України також присутні й інші конструкції «інтересу», задоволення якого є прямою функцією держави. Так, постановою Кабінету Міністрів України № 420 від 23 травня 2018 року затверджено перелік послуг, що становлять загальний економічний інтерес. До таких послуг законодавець відносить послуги у сфері функціонування ринку електричної енергії, ринку природного газу, надання житлово-комунальних послуг[6].

Можна дійти висновку, що держава Україна, підписуючи цивільно-правовий договір, задовольняє суспільний (загальносуспільний) інтерес, адже задовольняти лише приватний інтерес вона не може через свою публічно-правову природу. Загальносуспільний інтерес у такому випадку можна охарактеризувати як поєднання інтересів приватних осіб із публічним інтересом[7].

[1] Постанова Великої Палати Верховного Суду від 20.11.2018, у справі № 5023/10655/11, провадження №12-161гс18. URL : https://reyestr.court.gov.ua/Review/78215394

[2] Постанова Великої Палати Верховного Суду від 26.06.2019 у справі № 587/430/16-ц, провадження № 14-104цс19. URL : http://reyestr.court.gov.ua/Review/84573553>

[3] Цивільний кодекс України. Там само.

[4] Цивільний кодекс України. Там само.

[5] Конституція України. Там само.

[6] Про затвердження переліку послуг, що становлять загальний економічний інтерес : постанова Кабінету Міністрів України від 23 травня 2018 р. № 420. *Офіційний вісник України.* 2018. № 46. Ст. 1608.

[7] Ромась М.І. Держава Україна як учасник договірних зобов'язань у цивільному праві : дис... доктора філософії в галузі права. м. Хмельницький, 2021. С. 142.

О. О. Первомайський у своїй монографії зазначає, що участь держави Україна в договірних відносинах ускладнена низкою таких обставин: наявність спеціального та (або) додаткового нормативно-правового регулювання договірних відносин за участю держави чи її представників; передумовою укладення договорів за участю держави чи її представників є проходження необхідних публічних процедур, шляхом відповідного погодження, ухвалення рішення тощо; встановлення чинним законодавством додаткових обмежень в укладення договорів за участю держави чи її представників[1].

Щодо об'єкта договірних зобов'язань за участю держави Україна (те, на що спрямовані дії суб'єктів), то таким може бути майно, що перебуває в державній власності (закони України «Про управління об'єктами державної власності»[2], «Про оренду державного та комунального майна»[3], грошові кошти відповідно до Закону України «Про державно-приватне партнерство»[4], немайнові блага. Зокрема, об'єктом договірних зобов'язань за участю держави Україна не можуть бути казенні підприємства та об'єкти, необхідні для виконання державою своїх основних функцій, для забезпечення обороноздатності держави, та об'єкти права власності Українського народу, майно, що становить матеріальну основу суверенітету України (надра, пам'ятки археології, ядерні матеріали тощо) (ч. 2 ст. 4 Закону України «Про приватизацію державного і комунального майна»)[5].

Усе вищезазначене, дає можливість визначити договірне зобов'язання за участю держави Україна як домовленість двох або більше сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків, однією зі сторін якої є держава Україна з обов'язком вчинити певну дію через органи державної влади щодо майна, яке перебуває в державній власності, та інших об'єктів; утриматися від вчинення дії у випадку, передбаченому законом, на користь іншої сторони, або має право вимоги до інших осіб про вчинення певних дій або утриматися від їх вчинення з метою задоволення загальносуспільного інтересу[6].

[1] Первомайський О.О. Участь територіальних публічно-правових утворень в цивільних правовідносинах: проблеми теорії та практики : монографія. Київ : Редакція журналу «Право України», 2013. С. 131-132.

[2] Про управління об'єктами державної власності : Закон України від 21.09.2006. № 185-V. *Відомості Верховної Ради України.* 2006. № 46. Ст. 456.

[3] Про оренду державного та комунального майна : Закон України від 03.10.2019. № 157-IX. *Відомості Верховної Ради України.* 2020. № 4. Ст. 25.

[4] Про державно-приватне партнерство : Закон України від 01.07.2010. № 2404-VI. *Відомості Верховної Ради України.* 2010. № 40. Ст. 524.

[5] Про приватизацію державного та комунального майна : Закон України від 18.01.2018. № 2269-VIII. *Відомості Верховної Ради України.* 2018. № 12. Ст. 68.

[6] Ромась М.І. Держава Україна як учасник договірних зобов'язань у цивільному праві : дис... доктора філософії в галузі права. м. Хмельницький, 2021. С. 144.

Висновки. Держава Україна є особливим учасником цивільних правовідносин. Така особливість пояснюється її публічно-правовою природою та владно-управлінськими повноваженнями, які вона не може застосовувати у зв'язку із основними засадами цивільного права. Утім, у зобов'язальних правовідносинах держава Україна є рівноправним учасником з особливим статусом, який зумовлений тим, що держава Україна, за своєю природою, є суб'єктом публічного права. Головною метою участі держави Україна у цивільних договірних зобов'язаннях є задоволення загальносуспільного інтересу, який поєднує як публічний (державний), так і приватний (суспільний) інтерес. Кінцевою метою такого інтересу є забезпечення загальнокорисної мети.

До ознак договірного зобов'язання за участю держави Україна можна віднести: 1) участь держави в цивільних договірних зобов'язаннях є найпоширенішим способом забезпечення її потреб та інтересів; 2) держава Україна може бути як кредитором, так і боржником у зобов'язанні; 3) держава виступає учасником договірного зобов'язання через своїх представників — органи державної влади (переважно це органи виконавчої влади); 4) предметом зобов'язань за участі держави Україна зазвичай виступають дії, а об'єктом — майно, яке перебуває у державній власності, роботи та послуги, майнові права, грошові кошти; 5) особливий порядок укладення договорів, який встановлюється лише законом; 6) усі грошові кошти, отримані державою Україна у зв'язку з виконанням договірних зобов'язань, спрямовуються до Державного бюджету; 7) держава в цивільних договірних зобов'язаннях задовольняє загальносуспільний інтерес, що поєднує інтереси приватних осіб із публічним інтересом.

2.5. Договірні боргові грошові зобов'язання за участю третіх осіб у цивільному праві України

Актуальність проблематики визначення специфіки договірних боргових грошових зобов'язань за участю третіх осіб у цивільному праві важко переоцінити. Договірні боргові грошові зобов'язання займали, займають і завжди будуть займати важливе місце в системі договірних боргових зобов'язальних правовідносин. Належне правове регулювання цивільних відносин у грошовій сфері має велике значення для забезпечення нормального товарно-грошового обороту. А він, у свою чергу, забезпечує основні підвалини функціонування кредитно-фінансової системи та цивільного обороту нашої держави. Стабільність гривні як грошової одиниці, що має правовий режим єдиного законного платіжного засобу на території України, забезпечує належний та стабільний грошовий обіг. Останній дозволяє гарантувати

безперешкодність здійснення майнових прав не тільки всіх категорій споживачів, але і фізичних осіб-підприємців та юридичних осіб у ході здійснення ними підприємницької та інших видів діяльності, а також забезпечити майнові інтереси держави Україна та інших публічно-правових утворень.

Цей висновок підтверджується аналізом різноаспектних теоретичних досліджень у зазначеній сфері, здійснених правниками всіх епох, починаючи з часів Стародавнього Риму і до сьогодні. Доктринальне висвітлення правової специфіки договірних боргових грошових зобов'язань як предмета ґрунтовних наукових досліджень набуло якісно нового рівня в дослідженнях сучасних вітчизняних правників. Зокрема, ця проблематика досліджується в наукових працях Т. В. Боднар[1], Н. Ю. Голубєвої[2], Р. А. Майданика[3], О. Я. Кузьмича[4], І. М. Опадчого[5], О. П. Печеного[6], О. П. Подцерковного[7], Є. О. Тупицької[8] та інш. Поряд з цим вивченню специфіки участі третіх осіб у цивільних правовідносинах присвячені наукові праці І. О. Бровченко[9], В. А. Васильєвої[10], Н. Ю. Голубєвої[11], О. О. Кота[12] та ін. Поряд з цим проблеми участі третіх осіб у договірних боргових грошових зобов'язаннях можна віднести до питань, що в теоретичному аспекті недостатньо висвітлені

[1] Боднар Т. В. Виконання договірних зобов'язань у цивільному праві : монографія. К. : Юрінком Інтер. 2005. С. 11.

[2] Цивільне та сімейне право України : підруч. / за ред. Харитонова Є.О., Голубєвої Н.Ю. К. : Правова єдність, 2009. 968 с.

[3] Майданик Р.А. Поняття зобов'язання в цивільному праві України. *Підприємництво, господарство і право*. 2006. № 3. С. 68.

[4] Кузьмич О. Я. Договір на користь третьої особи в цивільному праві України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Івано-Франківськ, 2010. 212 с.

[5] Опадчий І. М. Грошові зобов'язання у міжнародному приватному праві. К. : Юстініан, 2009. 168 с.

[6] Печений О. П. Поняття та класифікація грошових зобов'язань у контексті положень нового цивільного кодексу України. *Підприємництво, господарство і право*. 2004. № 4. С. 35-39.

[7] Подцерковний О.П. Грошові зобов'язання господарського характеру: проблеми теорії і практики. К.: Юстініан, 2007. 420 с.

[8] Тупицька Є.О.Категорія грошового боргу та боргових грошових зобов'язань у цивільному праві. *Порівняльно-аналітичне право – електронне наукове фахове видання юридичного факультету ДВНЗ «Ужгородський національний університет»*. № 4, 2017. С. 115-117. URL : https://pap-journal.in.ua/wp-content/uploads/2020/08/4_2017.pdf#page=115

[9] Бровченко І.О. Участь третіх осіб у цивільно-правових зобов'язаннях : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. 2009. 224 с.

[10] Васильєва В.А. Цивільно-правове регулювання діяльності з надання посередницьких послуг : монографія. Івано-Франківськ : ВДВ ЦІТ Прикарпатського національного університету ім. Василя Стефаника, 2006. 346 с.

[11] Голубєва Н. Ю. Зобов'язання у цивільному праві України : методологічні засади правового регулювання : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.03. Одеса, 2013. 456 с.

[12] Кот О. О. Перехід прав кредитора до третіх осіб в цивільному праві України : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2002. 187 с.

на сучасному вітчизняному доктринальному рівні. Незважаючи на збройну агресію Російської Федерації проти наших країни та народу, в умовах євроінтеграційних процесів та розпочатого процесу рекодифікації (оновлення) чинного цивільного законодавства України, актуальність подальшого дослідження проблематики участі третіх осіб у договірних боргових грошових зобов'язаннях не викликає сумніву та виходить на новий рівень.

Відповідно до нормативних положень чинного Цивільного кодексу України (далі — ЦК України) зобов'язання — це правовідношення, в якому одна сторона (боржник) зобов'язана вчинити на користь другої сторони (кредитора) певну дію (передати майно, виконати роботу, надати послугу, сплатити гроші тощо) або утриматися від певної дії, а кредитор має право вимагати від боржника виконання його обов'язку (частина 1 статті 509 ЦК України). На рівні доктрини цивільного права усталеним є визначення поняття зобов'язання через категорію правовідносин (зобов'язальних правовідносин)[1]. Поряд з цим у чинному ЦК України відсутнє легальне визначення поняття договірного грошового зобов'язання, що може призвести до неоднакового тлумачення та правового розуміння особливостей правовідносин, що виникають у цій сфері. Однак варто відзначити, що в одному із актів чинного законодавства України все ж закріплено легальне визначення поняття «грошове зобов'язання». Так, згіднозі ст.1 чинного Кодексу України з процедур банкрутства грошове зобов'язання (борг) — це зобов'язання боржника сплатити кредитору певну грошову суму відповідно до цивільно-правового правочину (договору) та на інших підставах, передбачених законодавством України[2].

Вітчизняний законодавець відносить до боргових грошових зобов'язань не тільки цивільні правовідносини, об'єктом яких є грошові кошти. Ця категорія охоплює зобов'язання щодо сплати податків, зборів (обов'язкових платежів), страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне та інше соціальне страхування. До них віднесені також зобов'язання, що виникають внаслідок неможливості виконання відповідних обов'язків за договорами зберігання, підряду, найму (оренди), ренти тощо, за умови якщо вони виражені у грошових коштах. До складу боргових грошових зобов'язань боржника, в тому числі зобов'язань щодо сплати податків, зборів (обов'язкових платежів), страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне та інше соціальне страхування, не включаються неустойка (штраф, пеня) та інші фінансові санкції, які визначені на дату подання заяви до господарського

[1] Майданик Р.А. Поняття зобов'язання. Аномалії в цивільному праві України : навч.-практ. посібник. К. : Юстініан, 2007. (912 с.). С. 190

[2] Кодекс України з процедур банкрутства : Закон України від 18 жовтня 2018 року № 2597-VIII. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2597-19#Text

суду. Досліджуваною категорією охоплюються також зобов'язання, що виникли внаслідок заподіяння шкоди життю і здоров'ю фізичних осіб, зобов'язання з виплати авторської винагороди, зобов'язання перед засновниками (учасниками) боржника — юридичної особи, що виникли з такої участі, тощо[1].

Таким чином, законодавець встановлює приблизний, невичерпний перелік боргових грошових зобов'язань, більшість з яких має договірну правову природу. Наведені вище норми певним чином компенсують відсутність визначення поняття боргового грошового зобов'язання у ЦК України, проте слід зважати на те, що визначення, наведене в Кодексі України з процедур банкрутства, має універсальний характер, позаяк ним охоплюється значне коло грошових зобов'язань як приватноправового, так і публічно-правового характеру. У цьому контексті, до складу грошових зобов'язань, крім цивільних, законодавець відносить і публічні зобов'язання щодо сплати податків, зборів (обов'язкових платежів), страхових внесків на загальнообов'язкове державне пенсійне та інше соціальне страхування. Зазначені зобов'язання, за своєю правовою природою, не належать до цивільно-правових зобов'язань, адже відносини у вказаних сферах регулюються нормами конституційного, фінансового, податкового та інших галузей публічного права.

Аналіз наявних у вітчизняному законодавстві нормативних положень свідчить, що законодавець практично ототожнює категорію «борг» та «грошове зобов'язання». Однак слід враховувати, що, хоча категорії «борг» і «грошове зобов'язання» тісно пов'язані між собою, вони мають чітко виражені відмінності як у їхньому тлумаченні, так і в етимологічному походженні. Термін «борг» має більш широке значення та давню історію, і завжди використовувався для позначення більш широкого кола зобов'язань, а не лише грошових, адже заборгувати можна не тільки гроші кошти. Зокрема, предметом боргу в договорі позики можуть бути й інші речі, визначені родовими ознаками (ч.1 ст.1046 ЦК України). Натомість «грошове зобов'язання» є більш вузькою категорією та використовується лише в контексті виконання юридичного обов'язку сплатити певну грошову суму. При цьому передача грошових коштів іншій особі не завжди втілюється в межах юридичних конструкцій, що визначають обов'язок їх повернення, адже грошові кошти можуть бути предметом договору дарування, а відтак передаватись обдарованому як подарунок безоплатно і без обов'язку їх повернення (ст.717 ЦК України). Тому зазначені зобов'язання в межах розкриття предмета цього дослідження надалі будуть позначатись термінологічним словосполученням «договірні боргові грошові зобов'язання».

[1] Кодекс України з процедур банкрутства : Закон України від 18 жовтня 2018 року № 2597-VIII. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2597-19#Text

РОЗДІЛ 2

З урахуванням нормативних положень ст.ст. 509 і 11 ЦК України, боргове грошове зобов'язання пропонується визначити як договірне правовідношення, в якому одна сторона (боржник) зобов'язана сплатити гроші на користь другої сторони (кредитора), а кредитор має право вимагати від боржника виконання його обов'язку[1]. Визначальною ознакою, що характеризує суб'єктів будь-якого договірного зобов'язання, які іменуються в ЦК України сторонами (ч.1 ст. 510 ЦК України), є наявність між ними правового зв'язку. Саме останній, власне, і складає квінтесенцію і договірного боргового грошового зобов'язання як правовідношення. Цей правовий зв'язок полягає в обов'язку однієї сторони (боржника) вчинити на користь другої сторони (кредитора) певну активну дію (передати майно, виконати роботу, надати послуги, сплатити гроші тощо) або утриматися від певної дії і в праві кредитора вимагати від боржника виконання його обов'язку (ч.1 ст. 509 ЦК)[2].

Правовий статус, а також специфіка ролі третіх осіб у ході виконання будь-якого зобов'язання закріплені на нормативному рівні. Згідно з положеннями ст. 511 ЦК України зобов'язання не створює обов'язків для третіх осіб, тобто осіб, які не беруть участь у ньому як одна із його сторін. Аналіз та буквальне тлумачення змісту вказаної статті дозволяє окреслити основну актуальну для даного дослідження проблему. Її доктринальне формулювання загалом зводиться до питання, в чому ж тоді полягає специфіка правового статусу та ролі третьої особи в договірному борговому грошовому зобов'язанні, якщо згідно з наведеними нормативними положеннями останнє не створює для третьої особи жодних обов'язків і вона не бере участь у ньому як одна із його сторін?

Визначення шляхів розв'язання поставленої проблеми полягає у такому. Для початку варто не тільки припустити, але і проілюструвати можливість існування договірних боргових грошових зобов'язань, у межах яких особи, що не є його сторонами (треті особи) зацікавлені в ході встановлення та розвитку зобов'язання, у якому вони мають свій майновий чи інший інтерес. Наприклад, інтерес банку чи іншої кредитної організації, що видала боржнику кредит, полягає в належному виконанні взаємних зобов'язань боржника та його кредиторів. Це зрештою і в остаточному підсумку може безпосередньо впливати на фінансові спроможності кредитоотримувача та його здатність повернути кредит та обумовлені кредитним договором відсотки. У зазначеному та інших аналогічних випадках важливо нормативно закріпити характер та межі заявлених вимог третьої особи до сторони відповідного договірного боргового

[1] Боднар Т. В. Теоретичні проблеми виконання договірних зобов'язань (цивільно-правовий аспект): дис. ... док. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2005. С. 293

[2] Боднар Т. В. Теоретичні проблеми виконання договірних зобов'язань (цивільно-правовий аспект): дис. ... док. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2005. С. 69

грошового зобов'язання. Третя особа може мати визначене відповідною правовою підставою суб'єктивне право вимоги до боржника як сторони договірного боргового грошового зобов'язання. Законність підстави виникнення такого права вимоги дозволяє легко відрізнити правовий статус управненого суб'єкта як третьої особи в борговому грошовому зобов'язанні від правового положення невизначеного кола всіх інших осіб. Якщо учасник цивільних правовідносин наділений суб'єктивними цивільними правами чи обов'язками третьої особи в досліджуваних договірних боргових грошових зобов'язаннях, які виділяють його з невизначеного кола всіх інших осіб, то одна із кваліфікуючих їх ознак такого його статусу очевидна, адже важко заперечити той факт, що право вимоги третьої особи до боржника в досліджуваному зобов'язанні буде обов'язково ґрунтуватися або на законі, або на договорі, або мати іншу легітимну правову підставу.

Слід відзначити, що на рівні сучасної вітчизняної доктрини цивільного права сформовано усталений підхід щодо необхідності виокремлення зобов'язань з ускладненням їхнього суб'єктного складу. У зв'язку із цим, у цивілістичній літературі висловлені пропозиції щодо поділу зобов'язань з урахуванням характерних для них кількісних ускладнень та якісних трансформацій статусу їхніх учасників. Зокрема, пропонується такий їх поділ: 1) зобов'язання із множинністю осіб (боржників або (та) кредиторів); 2) зобов'язання за участю третіх осіб; 3) зобов'язання за переміни осіб у зобов'язанні. Так, зобов'язання за участю третіх осіб поділяють на регресні зобов'язання (щодо перекладання виконаного боргу на третю особу), зобов'язання на користь третьої особи (а не кредитора), зобов'язання, яке виконується (за боржника) третіми особами[1].

Доктринально обґрунтованим є існування двох основних теоретичних підходів до визначення статусу третьої особи в зобов'язанні. Перший підхід розглядає третю особу як учасника цивільних правовідносин, що має певний правовий зв'язок зі сторонами зобов'язання. Другий підхід розглядає третю особу як особу, що має певний інтерес у зобов'язанні, в якому вона безпосередньо не бере участі. Розглянемо ці підходи.

Згідно з першим із них третіми особами можуть визнаватись учасники цивільних правовідносин, що є юридично пов'язаними зі стороною договірного зобов'язання. Цей юридичний зв'язок між ними обумовлює можливість мати відповідні суб'єктивні цивільні права та обов'язки, так чи інакше дотичні до змісту договірного зобов'язання. Екстраполюючи цей підхід у досліджувану площину, варто у цьому контексті проаналізувати специфіку та роль третьої особи в досліджуваному договірному борговому грошовому зобов'язанні.

[1] Аномалії в цивільному праві України : навч.-практ. посібник. 2-ге вид., перероб. та доп.: За заг. ред. Р.А. Майданика. К. : Юстініан, 2010.С. 772-773

Дійсно, статус та роль третьої особи в ході забезпечення динаміки останнього дозволяє відрізнити її від всіх інших осіб, перш за все, з урахуванням наявного у третьої особи легітимного юридичного зв'язку із стороною відповідного договірного боргового грошового зобов'язання. Цілком очевидно, що врахування зазначеного критерію дозволяє відрізнити третю особу від невизначеного кола всіх інших осіб, які жодним чином не стосуються договірного боргового грошового зобов'язання.

Основне призначення будь-якого договірного зобов'язання, включаючи і боргове грошове, полягає у забезпеченні переходу майнового блага від одного учасника цивільних відносин до іншого. Беззаперечно, що такий перехід втілюється у відповідній моделі правомірної поведінки сторін боргового грошового та інших видів договірних зобов'язань. Законом чи договором можуть передбачатись випадки сприяння певних осіб забезпеченню оборотоздатності відповідного об'єкта цивільних прав. Ці особи в таких договірних відносинах можуть набувати правового положення агентів, маклерів, брокерів, дилерів, бенефіціарів тощо. Зазначені особи також задіяні у зобов'язально-правовому механізмі забезпечення динамічних аспектів участі матеріальних благ у цивільному обороті. При цьому в ході аналізу особливостей суб'єктного складу досліджуваних договірних боргових грошових зобов'язань можна констатувати наявність осіб, які, маючи певні формальні юридичні зв'язки зі сторонами зобов'язання, проте можуть і не набувати статусу третьої особи в механізмі його виконання. Враховуючи останню тезу, варто зробити висновок про те, що такий кваліфікуючий критерій, як юридичний зв'язок із сторонами зобов'язання, є необхідним, але все ж недостатнім для остаточного розуміння статусної специфіки та ролі третьої особи в договірних боргових грошових зобов'язаннях.

Інший підхід до визначення основних характеристик статусу та ролі третьої особи в досліджуваній сфері полягає у виявленні та врахуванні особистого правового та законного інтересу зазначеної особи в договірному борговому грошовому зобов'язанні, в якому вона не бере участі. Розгляд третьої особи як суб'єкта, який має власний інтерес у чужому договірному зобов'язанні, дозволяє припустити можливість надання їй юридично закріпленої можливості здійснення активних правомірних дій у випадку необхідності забезпечення задоволення своїх законних інтересів. Оскільки третя особа має інтерес у чужому договірному борговому грошовому зобов'язанні, то вона зацікавлена у здійсненні вказаних активних правомірних дій, що визначені її статусом та роллю у відповідному договірному борговому грошовому зобов'язанні. Враховуючи все вищезазначене, варто визнати найбільш універсальним інтегрований підхід до визначення шляхів

вирішення розглядуваної проблематики, який полягає у врахуванні обох розглянутих підходів та визначених ними кваліфікуючих критеріїв. Мова йде про юридичний зв'язок третьої особи зі стороною договірного боргового грошового зобов'язання та власний особистий інтерес у ході його встановлення, зміни чи належного виконання.

Обґрунтованість та практичну дієвість запропонованого інтегративного підходу до визначення специфіки статусу і ролі третьої особи в динаміці договірних боргових грошових зобов'язань можна проілюструвати на такому прикладі. Банк чи інша кредитно-фінансова установа, видаючи кредит боржнику для здійснення певної господарської діяльності, зацікавлені в тому, щоб боржник не укладав збиткові договори та зберігав належний рівень платоспроможності за банківським борговим грошовим зобов'язанням. У такому випадку банк чи іншу кредитно-фінансову установу можна розглядати як третю особу, що має власний інтерес у зобов'язанні, стороною якого вона не є, водночас має юридичний зв'язок з однією із його сторін, позаяк виступає кредитором щодо кредитного боржника. Тобто в такому випадку банк чи інша кредитно-фінансова установа виділяється із групи невизначених інших осіб. Суб'єктивне право на захист своїх майнових інтересів у банку чи іншої кредитно-фінансової установи як третьої особи виникає, наприклад, у правовідносинах позаконкурсного оспорювання фраудаторних правочинів, що переслідує мету повернути відповідне майнове благо боржнику для наступного звернення стягнення на нього. Тобто мова йде про відновлення майнового становища кредитора, що існувало до вчинення фраудаторного правочину. Недійсність фраудаторного правочину повинна гарантувати інтереси кредитора (чи кредиторів) шляхом надання йому можливості доступу до майна боржника, включаючи і активи, що перебувають у правомірному володінні інших осіб. Повернення майна боржнику здійснюється з кінцевою метою звернення стягнення на нього, а для цього треба перш за все відновити майнове положення, яке він мав до вчинення фраудаторного правочину (див. постанову Верховного Суду у складі колегії суддів Другої судової палати Касаційного цивільного суду від 05 квітня 2023 року в справі № 523/17429/20 (провадження № 61-2612св23))[1].

Велика Палата Верховного Суду у справі № 369/11268/16-ц сформулювала підхід, за яким допускається кваліфікація фраудаторного правочину в позаконкурсному оспорюванні як фіктивного (ст. 234 ЦК України); такого, що

[1] Огляд судової практики Верховного Суду щодо оспорювання фраудаторних правочинів (правочинів, вчинених боржником на шкоду кредитору) у цивільних спорах. Рішення, внесені до ЄДРСР, за 2018–2023 роки. URL : https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads/supreme/ogliady/Tematychnyi_ohliad_fraudatorni_pravochyny_21_02_2024.pdf

вчинений всупереч принципу добросовісності та недопустимості зловживання правом (ст.ст. 3, 13 ЦК України); такого, що порушує публічний порядок (ч.ч. 1, 2 ст. 228 ЦК України)[1]. Водночас лише інтерес у чужому договірному борговому грошовому зобов'язанні не може бути єдиним кваліфікуючим критерієм третіх осіб, оскільки сам собою інтерес є суто суб'єктивною категорією. Наприклад, сьогодні особа має певний інтерес у чужому договірному борговому грошовому зобов'язанні, а вже наступного дня може втратити щодо нього будь-який інтерес. Відповідно у певний проміжок часу особа може мати статус третьої особи, а в якийсь момент може його позбутися у зв'язку з втратою інтересу.

З цього приводу в цивілістичній літературі неодноразово висловлювались міркування на підтримку того, що інтереси бувають не тільки законними та незаконними, але і як об'єктивними, так і суб'єктивними. Варто зазначити, що на рівні сучасних наукових пошуків у загальній теорії права сутність правового інтересу розглядається з трьох позицій: як об'єктивне явище (інтереси існують незалежно від усвідомлення їх суб'єктом), суб'єктивна категорія (якщо відсутнє усвідомлення інтересу суб'єктом, то немає сенсу говорити і про самий інтерес) та діалектичний зв'язок об'єктивного та суб'єктивного (походить із взаємодії об'єктивного та суб'єктивного), який включає два напрями: 1) розмежування суб'єктивного (психологічного) та об'єктивного (соціального) інтересу як якісно самостійних явищ; 2) інтерес визнається єдністю об'єктивного і суб'єктивного[2].

У рішенні Конституційного Суду України від 01 грудня 2004 р. у справі №1-10/2004 надано офіційне тлумачення терміна «охоронюваний законом інтерес», відповідно до якого поняття «охоронюваний законом інтерес», що вживається в частині першій статті 4 Цивільного процесуального кодексу України та інших Законах України в логічно-смисловому зв'язку з поняттям «права» (інтерес у вузькому розумінні цього слова), означає правовий феномен, який: а) виходить за межі змісту суб'єктивного права; б) є самостійним об'єктом судового захисту та інших засобів правової охорони; в)умає на меті задоволення усвідомлених індивідуальних і колективних потреб; г) не може суперечити Конституції і законам України, суспільним інтересам, загальновизнаним принципам права; д) означає прагнення (не юридичну можливість) до користування у межах правового регулювання конкретним матеріальним

[1] Огляд судової практики Верховного Суду щодо оспорювання фраудаторних правочинів (правочинів, вчинених боржником на шкоду кредитору) у цивільних спорах. Рішення, внесені до ЄДРСР, за 2018–2023 роки. URL : https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads/supreme/ogliady/Tematychnyi_ohliad_fraudatorni_pravochyny_21_02_2024.pdf

[2] Солдатенко С. Правовий інтерес: загальнотеоретична характеристика : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 2014. 20 с.

та/або нематеріальним благом; є) розглядається як простий легітимний дозвіл, тобто такий, що не заборонений законом. Охоронюваний законом інтерес регулює ту сферу відносин, заглиблення в яку для суб'єктивного права законодавець вважає неможливим або недоцільним[1]. Поряд з цим Конституційний Суд України зазначив, що інтерес може бути як охоронюваним законом, правоохоронюваним, законним, так і незаконним, тобто таким, що не захищається ні законом, ні правом, не повинен задовольнятися чи забезпечуватися ними, оскільки такий інтерес спрямований на обмеження прав і свобод інших фізичних і юридичних осіб, обмежує захищені Конституцією та законами України інтереси суспільства, держави чи «всіх співвітчизників» або не відповідає Конституції чи законам України, загальновизнаним принципам права. Наголос на «охоронюваності законом» чи законності того чи того інтересу законодавець робить не завжди, зважаючи на те, що згадувані в законах інтереси не суперечать Конституції України або випливають з її змісту[2].

Поряд із цим на рівні сучасної доктрини цивільного права дослідження проблеми визначення сутності охоронюваного законом інтересу найбільш повно, ґрунтовно та послідовно було здійснено І. В. Венедіктовою. Так, вона визначає зіставлення цивільно-правового інтересу та суб'єктивного цивільного права. Суб'єктивне право (як міру правомірної і дозволеної поведінки) пропонується розглядати як засіб реалізації інтересу, що полягає в соціальній потребі (необхідності) такої поведінки. При цьому охоронюваний законом інтерес у її інтерпретації постає як усвідомлюване суб'єктом права прагнення отримати певне матеріальне (нематеріальне) благо або змінити правовий статус, що спонукає суб'єктів права вчиняти конкретні дії чи навпаки — утримуватись від них, перебуває в правовому полі та забезпечується в реалізації підтримкою держави, здійснюється у формі дозволу і відбивається в конкретних правовідносинах[3]. Враховуючи вищевикладене, можна дійти до висновку, що в широкому розумінні інтерес виступає об'єктивно існуючим мотиватором для учасника цивільних відносин вчиняти відповідні юридично вагомі дії. Поряд з цим слід зазначити, що об'єктивність існування юридичного інтересу знаходить вираз у його залежності від його носія. При цьому юридичний

[1] Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 50 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення окремих положень частини першої статті 4 Цивільного процесуального кодексу України (справа про охоронюваний законом інтерес) від 1 грудня 2004 р. С. 7–12. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v018p710-04#Text

[2] Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 50 народних депутатів України щодо офіційного тлумачення окремих положень частини першої статті 4 Цивільного процесуального кодексу України (справа про охоронюваний законом інтерес) від 1 грудня 2004 р. С. 7–12. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v018p710-04#Text

[3] Венедіктова І.В. Захист охоронюваних законом інтересів у цивільному праві : монографія. Київ : Юрінком Інтер, 2014. С. 74, 75.

інтерес здебільшого очевидний як для особи, що є його носієм, так і для інших учасників цивільного обороту. Об'єктивність юридичного інтересу ґрунтується на природному праві учасника цивільних правовідносин, яке надає їм можливість реалізувати свої суб'єктивні цивільні права, оскільки вони мають власний законний інтерес. Спираючись на подібні припущення, сторони договірного боргового грошового зобов'язання можуть визначити, який учасник належить до категорії третіх осіб, а який суб'єкт має суб'єктивне цивільне право пред'явити вимогу до однієї зі сторін договірного боргового грошового зобов'язання. Проте ситуація може ускладнюватися тим, що дотичні до договірного боргового грошового зобов'язання треті особи можуть не заявляти своїх вимог до його сторін, не маючи зацікавленості у його позитивному розвитку з будь-яких причин. У цьому випадку виокремлення категорії третіх осіб із інших осіб не має юридичного значення. Наприклад, особа, яка не виконує зобов'язання за боржника не може називатися третьою особою, оскільки не набуває жодної вимоги до боржника, позаяк не має до нього юридичної дотичності. Суб'єктивна характеристика юридичного інтересу полягає перш за все у суб'єктивному ставленні суб'єкта до відповідного явища правової реальності. Якщо суб'єктивний інтерес третьої особи не має об'єктивних виявів його вираження, а третя особа не немає жодної особистої зацікавленості у здійсненні вказаного інтересу, то кредитор і боржник можуть і не здогадуватися про наявність її інтересу у позитивній динаміці досліджуваного договірного боргового грошового зобов'язання.

Аналіз вищезазначеної проблеми співвідношення суб'єктивної та об'єктивної характеристик доступного для сприйняття зацікавленими особами вираження юридичного інтересу в цивільних правовідносинах дозволяє дійти наступного висновку. Тільки і виключно зацікавленість у виконанні договірного боргового грошового зобов'язання не може бути єдиною кваліфікуючою ознакою для визначення статусної специфіки третьої особи. Інтерес у суб'єктивному розумінні знаходить вираз у певних юридично вагомих діях учасника цивільного обороту, об'єктивне вираження яких дозволяє стороннім особам судити про те, що він має певну зацікавленість у отриманні бажаного для нього правового результату. Зазначене дозволяє констатувати, що треті особи підлягають розгляду як окрема категорія учасників цивільно-правових відносин, дії яких мають кінцевою метою втілення їхніх особистих інтересів у договірних боргових грошових зобов'язаннях. Третя особа може бути ідентифікована в цьому статусі іншими учасниками відповідного правовідношення найчастіше в разі, якщо вона вживає певних юридично вагомих дій щодо втілення в правову реальність чи захисту власного інтересу. Саме факт вчинення вказаних юридично вагомих дій третьою особою дозволяє розглядати

її як учасника цивільно-правових відносин із самостійним статусом та діяльнісно-вольовими прагненнями.

Варто проілюструвати зазначене на прикладі аналізу особливостей участі третіх осіб у договірних (і не тільки боргових грошових) зобов'язаннях. За змістом договірної конструкції на користь третьої особи (ст. 636 ЦК України) з моменту вираження третьою особою наміру скористатися своїм правом сторони не можуть розірвати або змінити договір без згоди третьої особи, якщо інше не встановлено договором або законом. Аналогічна правова ситуація має місце і у випадку виконання зобов'язання іншою особою (ст. 528 ЦК України): щоб отримати право вимоги до боржника, інша особа має виконати зобов'язання на користь його кредитора. До моменту, поки треті особи в зазначених правових конструкціях не вчинили передбаченої законом дії, спрямованої на досягнення їхнього інтересу в зобов'язанні, їхній правовий статус залишається невизначеним. Одним із поточних проблемних питань у цьому контексті є визначення юридичної дотичності суб'єктивних цивільних прав третіх осіб до змістовного наповнення умов договірного боргового грошового зобов'язання. Проблема полягає у визначенні того, наскільки теоретично обґрунтованим є нормативно визначене право третьої особи заявити вимогу до сторони договірного зобов'язання з урахуванням відносності договірного зобов'язання як правовідношення. Зазначене право не входить у суперечність із основними постулатами цивілістичної доктрини, зважаючи на те, вказана правова ситуації не спростовує відносності договірного боргового грошового зобов'язання, позаяк долучитись до механізму його виконання може не будь-яка інша особа (як у абсолютних правовідносинах), а цілком визначений суб'єкт досліджуваних зобов'язальних правовідносин. У ході аналізу особливостей статусу третіх осіб як учасників досліджуваних відносних правовідносин потрібно не тільки оцінювати легітимність підстави їх виникнення, а також характер та межі їх дій у сфері здійснення та захисту належних їм суб'єктивних цивільних прав та інтересів. Важливе значення має також і аналіз та оцінка рівня дотичності до досліджуваного договірного боргового грошового зобов'язання інтересу відповідної третьої особи.

У вітчизняній цивілістиці відсутній єдиний підхід до розуміння правового статусу третьої особи в зобов'язанні, що спричинено, насамперед, неоднозначною позицією законодавця. Однією з причин практичної та теоретичної проблеми обґрунтування характеру та меж легітимного впливу третіх осіб на динаміку чужого договірного грошового зобов'язання є правова невизначеність самого поняття третьої особи. Варто зазначити, що чинне цивільне законодавство України цілком не розкриває дефініцій категорій «треті особи» та «інші особи», а в межах вітчизняної договірної практики їм дається

фактично різне тлумачення. Це іноді на практиці призводить до ототожнення чи змішування цих категорій.

На рівні сучасної доктрини цивільного права сформувалося кілька основних підходів до розуміння категорії третіх осіб та їх зіставлення з категорією «інші особи». В. А. Васильєва, досліджуючи юридичну природу посередницьких зобов'язань, наголосила, що становище третіх осіб у цивільному праві є багатоплановим. Якщо визнати цивільний оборот сукупністю договорів, то в такому аспекті кожен окремий договір може бути протиставлений решті. Для контрагентів договору використовують термін «сторона», а для будь-якого іншого учасника обороту — «інші особи». Але таке відмежування окремо взятого договору від цивільного обороту може бути лише штучним. У процесі реалізації договірних прав і обов'язків контрагенти входять у різноманітних зв'язку з певними суб'єктами у складі «інших осіб». Усі вони, не будучи стороною в договорі, своїми діями впливають на динаміку договірних правовідносин і називаються «третіми особами». На думку автора, третя особа, яка не належить нікому з контрагентів, може перебувати в юридично значимого зв'язку або з одним із них, або з обома одночасно[1]. На думку А. В. Михалюк, поняття «третя особа» та «інша особа» є тотожними. Однак, враховуючи, що у ЦК України, спеціальних законах та нормативних актах, що регулюють окремі договори про надання послуг, найчастіше використовується поняття «третя особа», автор вважає, що доцільно використовувати єдине поняття – «третя особа»[2]. Г. Г. Гриценко звертає увагу на те, що зазвичай треті особи не наділяються ні правами, ні обов'язками, проте в законодавстві трапляються винятки з цього правила, посилаючись на правові норми, що стосуються правового регулювання договорів на користь третіх осіб (ч. 2 ст. 636 ЦК України, ч. 1 ст. 755 ЦК України) та інших договірних конструкцій (ч. 2 ст. 310, ч. 4 ст. 314 ЦК України, ч. 2 ст. 816 ЦК України)[3]. Аналогічний висновок щодо виникнення суб'єктивних прав та обов'язків у третіх осіб трапляється у роботах інших авторів[4]. І. О. Бровченко у своїй дисертаційній роботі «Участь третіх осіб у цивільно-правових зобов'язаннях» вказує, що хоча законодавець і називає «третіх осіб» «іншими особами», суть їхнього статусу від цього не змінюється[5]. Враховуючи

[1] Васильєва В.А. Цивільно-правове регулювання діяльності з надання посередницьких послуг: монографія. Івано-Франківськ: ВДВ ЦІТ Прикарпатського національного університету ім. Василя Стефаника, 2006. С. 150-151

[2] Михалюк О.В. Виконання цивільно-правового зобов'язання третьою особою у договорах про надання послуг : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2015. С. 6

[3] Гриценко Г.Г. Множинність осіб у цивільно-правовому зобов'язанні : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Харків, 2015. С.21-24

[4] Бровченко І.О. Участь третіх осіб у цивільно-правових зобов'язаннях : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Харків, 2009. С. 29-30

[5] Там само.

відсутність чіткого законодавчого визначення та відсутності єдиного доктринального розуміння того, ким є треті особи та їх зіставлення з категорією інших осіб, виникає проблема встановлення однакових критеріїв надання цивільно-правової охорони інтересів третьої особи стосовно чужого договірного зобов'язання або, навпаки, критерії неправомірності втручання третіх осіб у механізм виконання чужих договірних боргових грошових зобов'язань. Нормативна невизначеність специфіки статусу третіх осіб негативно впливає на системне розуміння можливих напрямів їхнього правового впливу на чуже договірне боргове грошове правовідношення. Варто погодитись із висновком більшості вітчизняних правників щодо відсутності принципової різниці між категоріями «треті особи» та «інші особи».

Як уже зазначалось, із аналізу нормативних приписів глави 47 ЦК України «Поняття зобов'язання» слідує, що третя особа не є стороною у зобов'язанні, і воно не створює обов'язків для неї. У випадках, встановлених договором, зобов'язання може породжувати для третьої особи суб'єктивні цивільні права, що так чи інакше пов'язані з суб'єктивними цивільними правами та обов'язками боржника та (або) кредитора. Тобто під третіми особами розуміються всі інші особи, які беруть участь у окремо взятому договірному борговому грошовому зобов'язанні як відносному правовідношенні. Отже, законодавець керується категоріями: а) «сторони зобов'язання», під якими слід розуміти основних учасників досліджуваних зобов'язальних правовідносин (кредитор та боржник); б) «треті особи», тобто осіб, які не є сторонами зобов'язання, але мають легітимну правову підставу для участі в ньому и власний інтерес у його належному виконанні. Щодо окремо взятого договору та правового статусу особи, що не є стороною договору, але в силу закону має суб'єктивні права щодо досліджуваного боргового грошового зобов'язання, то він відрізняється від статусу інших осіб, які не мають жодного відношення до зобов'язання та до його сторін. За розподілом прав і обов'язків треті особи пропонується поділити на три види: треті особи, які мають тільки права; треті особи, які мають права і обов'язки; треті особи, які мають тільки обов'язки[1]. Варто погодитись із вказаними висновками.

Відносність правовідношення в досліджуваному контексті означає, що виникнення суб'єктивних цивільних прав і обов'язків стосується тільки чітко визначених у договорі сторін зобов'язання, залишаючи всіх інших осіб поза механізмом виникнення, зміни чи виконання зобов'язальних правовідносин, якщо інше не встановлено законом чи договором. Суб'єктивне сприйняття категорії «третя особа» найчастіше залежить від структури договірних

[1] Бровченко І.О. Участь третіх осіб у цивільно-правових зобов'язаннях : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Харків, 2009. С. 29-30

зв'язків у межах складних правовідносин. Важливе значення в цьому має також визначення того, з позиції якого учасника цивільних зобов'язальних правовідносин розглядається відповідне договірне зобов'язання. Наприклад, за договором генерального підряду для замовника третьою особою може визнаватись субпідрядник, а за договором субпідряду для субпідрядника цього статусу може набувати замовник. Як справедливо щодо цього зазначає В. М. Слома, для виникнення цивільного зобов'язання за участю третьої особи необхідною є наявність двох груп правовідносин, які пов'язані між собою: правовідносини між сторонами та правовідносини, на підставі яких встановлюється зв'язок сторін і третьої особи. Зобов'язання з участю третіх осіб поділяються на дві групи: 1) ті, які виконуються на користь третьої особи; 2) ті, які виконує третя особа[1].

Розглянемо структуру механізму участі третьої особи в ході виникнення та подальшого розвитку договірних боргових грошових зобов'язань. В основі побудови цього механізму лежить подвійний критерій, що включає два компоненти. Перший з них стосується сторін зобов'язання, до якого дотична третя особа, а другий віддзеркалює специфіку інтересу учасників зобов'язальних правовідносин, реалізація якого забезпечує залучення третьої особи до втілення в життя механізмів встановлення та належного виконання договірного боргового грошового зобов'язання. Отже, специфіка цих нормативних конструкцій визначається не тільки особливостями дотичності всіх сторін договірного боргового грошового зобов'язання, але і напрямом інтересів третьої особи. Водночас участь третьої особи як на стороні кредитора, так і на сторони боржника, не дає підстав для констатації наявності ні активної, ні пасивної множинності осіб у досліджуваному договірному борговому грошовому зобов'язанні, адже множинність аксіоматично і беззаперечно є ускладненням суб'єктного складу правовідношення, що може стосуватись лише кредиторів та боржників будь-якого зобов'язання.

Таким чином, третя особа, не будучи стороною договору боргового грошового зобов'язання, може мати відношення до нього щонайменше у двох випадках. Третя особа може бути дотична до виконання договору боргового грошового зобов'язання, маючи свій інтерес у належному задоволенні права вимоги кредитора або дотичність третьої особи до виконання договору боргового грошового зобов'язання може полягати в зацікавленості у належних діях кредитора щодо виконання покладених на нього обов'язків. Виділення зазначених двох можливих конструкцій обумовлено не тільки правовим положенням третьої особи щодо кредитора чи боржника, але і його інтересом. Це,

[1] Слома В.М. Треті особи як суб'єкти цивільно-правових зобов'язань. Право і суспільство. 2019. № 6. С. 105-110.

у свою чергу, зумовлює можливість чи необхідність впливу третьої особи не тільки на виникнення, але і на подальший хід договору боргового грошового зобов'язання. У межах однієї із цих конструкцій мова йде про виконання третьою особою обов'язків боржника в борговому грошовому зобов'язанні. При цьому участь третьої особи на стороні боржника чи кредитора якраз і обумовлена її інтересом. Такий інтерес має самостійне юридичне значення та не вписується в загальний алгоритм виконання договору боргового грошового зобов'язання, що існує між кредитором та боржником як його сторонами. Однак варто зауважити, що особистий інтерес третьої особи не завжди абсолютно байдужий для кредитора.

Так, відповідно ст. 528 ЦК України виконання обов'язку може бути покладено боржником на іншу особу, якщо з умов договору, вимог цього Кодексу, інших актів цивільного законодавства або суті зобов'язання не випливає обов'язок боржника виконати зобов'язання особисто. У цьому разі кредитор зобов'язаний прийняти виконання, запропоноване за боржника іншою особою. При цьому, відповідно до п. 3 цієї ж норми, інша особа може задовольнити вимогу кредитора без згоди боржника в разі небезпеки втратити право на майно боржника (право оренди, право застави тощо) внаслідок звернення кредитором стягнення на це майно. У цьому разі до іншої особи переходять права кредитора в зобов'язанні і застосовуються положення статей 512–519 ЦК України. Тобто кредитор зобов'язаний прийняти виконання, запропоноване третьою особою, в тому випадку, якщо останнє наражається на небезпеку втратити своє право на майно боржника внаслідок звернення на це майно, тобто має інтерес у збереженні своєї майнової сфери. За відсутності такого інтересу кредитор не зобов'язаний приймати таке виконання. У цьому випадку можна дійти висновку, що кредитор уповноважений перевірити, чи є третя особа належною особою для цілей виконання зобов'язання.

На сьогодні в сучасній цивілістиці сформувались три основні підходи щодо теоретичного обґрунтування можливості виконання зобов'язання третьою особою. У межах першого підходу бажання боржника не підлягає врахуванню в ході виконання третьою особою зобов'язання, що не має особистого характеру. Другий підхід, навпаки, передбачає обов'язкове врахування бажання боржника щодо виконання боргового грошового зобов'язання третьою особою. У межах третього інтегрованого підходу пропонується враховувати інтереси як боржника, так і третьої особи. Саме останній, універсальний підхід варто визнати найбільш справедливим та таким, що заслуговує на увагу.

Вітчизняне цивільне законодавство сприйняло універсальний підхід. Так, у ст. 528 ЦК України встановлено загальну підставу, що припускає участь третьої особи на стороні боржника: покладання боржником виконання свого

обов'язку на третю особу, тобто виконання, запропоноване третьою особою за боржника, передбачає наявність вираженої волі останнього. Чинне цивільне законодавство України передбачає випадки, коли волевиявлення боржника перестає мати юридичне значення для забезпечення основної мети — виконання грошового зобов'язання третьою особою (ч. 3. ст. 528 ЦК України). Йдеться про виконання третьою особою таких зобов'язань, невиконання яких створює небезпеку втрати права третьої особи на майно боржника внаслідок звернення на це майно. Презюмується, що кредитору байдуже, хто оплатить заборгованість за кредитним договором — сам боржник особисто чи інша (третя) особа. Відтак для кредитора в таких договорах важливим є отримання результату роботи, товару чи грошей, а тому буде здійснювати таке виконання боржник за договором чи третя особа, для кредитора немає різниці[1]. Цей теоретичний висновок підтверджується положеннями ч. 2 ст. 1068 ЦК України, згідно з якими банк зобов'язаний зарахувати грошові кошти, що надійшли на рахунок клієнта в день надходження до банку відповідного розрахункового документа, якщо інший строк не встановлений договором банківського рахунка або законом. Однак окремі випадки судової практики демонструють проблеми участі третіх осіб, що не є учасниками договірних відносин у договірних боргових грошових зобов'язаннях. Зокрема, у справі № 6-38945ск14 третьою особою, з метою погашення кредиту за боржника, були сплачені грошові кошти на користь ПАТ «Акціонерний комерційний промислово-інвестиційний банк». Позивач обґрунтовував свою позицію тим, що ПАТ «Акціонерний комерційний промислово-інвестиційний банк» не мало право отримувати від нього зазначені грошові кошти, оскільки між ними відсутні будь-які договірні відносини, а тому грошові кошти були отримані банківською установою безпідставно та незаконно. Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ виніс Ухвалу від 16.10.2014, у якій зазначив, що за відсутності письмового договору щодо забезпечення виконання зобов'язань за договором кредитор не мав права отримувати кошти від інших осіб, крім позичальника, а тому такі кошти підлягають поверненню як безпідставно набуті. Оскільки банківською установою без належних законних підстав було отримано грошові кошти від особи, яка здійснила платіж на виконання кредитних зобов'язань іншої особи, тому перераховані кошти підлягають стягненню на підставі ст. 1212 ЦК України[2].

[1] Михалюк О. В. Третя особа як суб'єкт зобов'язальних правовідносин, що виникають під час виконання договорів про надання послуг. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія Право.* 2014. Вип. 24. Т. 2. С. 71–72.

[2] Ухвала Вищого спеціалізованого суду України у справі № 6-38945ск14, 16.10.2024. URL : https://reyestr.court.gov.ua/Review/41431300

Підтримав викладену раніше правову позицій й апеляційного суду Львівської області від 23.03.2015 у справі № 463/2829/14. Так, у своєму рішенні суд зазначив, що оскільки позивач у жодних договірних відносинах з в ПАТ КБ «Надра» (кредитором у договорі) не перебував, то ПАТ КБ «Надра» не мав права на отримання від позивача грошових коштів, через те, що між позивачем та відповідачем не було договірних відносин, як це передбачено ст.ст. 208, 547 ЦК України, а тому відповідач ПАТ КБ «Надра» безпідставно та незаконно отримав від позивача грошові кошти, чим порушив його права та законні інтереси. Залежно від правових наслідків виконання іншою особою обов'язку боржника воно поділяється на таке, що відбувається, без набуття іншою особою прав кредитора (ч.1 ст. 528 ЦК України). У такому випадку має місце передоручення, тобто покладення боржником виконання свого обов'язку на іншу особу, яка не є стороною зобов'язання. Випадки, коли можливе виконання зобов'язання третьою особою без згоди боржника передбачено ч. 3 ст. 528 ЦК України, а саме в разі небезпеки втратити право на майно боржника (право оренди, право застави тощо) внаслідок звернення кредитором стягнення на це майно. Таке виконання може розглядатись як приклад суброгації. При виконанні обов'язку іншою особою без згоди боржника відбувається перехід прав кредитора у зобов'язанні[1]. У постанові Тернопільського апеляційного суду у справі № 607/13939/22 від 14.02.2023 вказується, що у випадку, коли третя особа виконує обов'язок боржника у грошовому зобов'язанні без його згоди та без дотримання вимог ч. 3 ст. 528 ЦК України, такі дії третьої особи не встановлюють переходу до такої особи прав кредитора в зобов'язанні[2].

Водночас іноді має важливе значення чи вимагає закон врахування наявності бажання боржника на участь третьої особи у виконанні договірного боргового грошового зобов'язання чи ні. Іноді цього не потрібно, адже основна причина участі особи в досліджуваному договірному борговому грошовому зобов'язанні, стороною якого він не є, полягає в його особистій зацікавленості в його належному виконанні. Здійснення цього інтересу обумовлює набуття таким учасником статусу третьої особи щодо сторін боргового грошового зобов'язання. При цьому інтерес третьої особи не завжди збігається з інтересами сторін договірного боргового грошового зобов'язання.

У ході визначення основних напрямків дотичності третьої особи до ходу виконання боргового грошового зобов'язання варто розглянути специфіку інтересу третьої особи. Зацікавленість третьої особи в належному виконанні

[1] Рішення Личаківського районного суду м. Львова від 02.02.2014, судова справа № 463/2829/14-ц. URL : https://reyestr.court.gov.ua/Review/41838265

[2] Постанова Тернопільського апеляційного суду від 14.02.2023, судова справа № 607/13939/22. URL : https://reyestr.court.gov.ua/Review/109109260

договірного боргового грошового зобов'язання може полягати в повному припиненні наявного правового зв'язку і, як наслідок, припинення зобов'язання, що встановлене для забезпечення виконання досліджуваного договірного боргового грошового зобов'язання. Мова йде про акцесорне зобов'язання, сторонами якого виступають боржник за досліджуваним договірним борговим грошовим зобов'язанням та третя особа. До ознак акцесорного характеру зобов'язання, яке забезпечує виконання основного, належать такі: недійсність основного зобов'язання спричиняє недійсність правочину щодо його забезпечення, якщо інше не встановлено ЦК України (ч. 2 ст. 548); недійсність правочину щодо забезпечення виконання зобов'язання не спричиняє недійсність основного зобов'язання (ч. 3 ст. 548); припинення основного зобов'язання, як правило, тягне і припинення його забезпечення (ст.ст. 559, 568, 593)[1].

У вказаному акцесорному зобов'язанні третя особа, у свою чергу, займає правове положення боржника, а кредитором постає боржник за досліджуваним борговим грошовим зобов'язанням. Предметом зацікавленості третьої особи, що послужив передумовою для впливу на динаміку договірного боргового грошового зобов'язання, може бути як належне і повне виконання акцесорного зобов'язання між боржником та третьою особою, так і зменшення частки в загальному розмірі обов'язку третьої особи у вказаному акцесорному зобов'язанні. У зазначених правовідносинах виконання третьою особою як боржником у акцесорному зобов'язанні свого обов'язку перед кредитором досліджуваного договірного боргового грошового зобов'язання здійснюється не особисто кредитору, а на користь вказаної ним особи. Зазначене виконання в механізмі реалізації договірного боргового грошового зобов'язання може бути пов'язано насамперед із зміною належного місця виконання. Виконавши цей обов'язок в обмеженому обсязі, третя особа реалізує свій власний особистий інтерес у належному виконанні акцесорного зобов'язання. Між тим неповне виконання зазначеного обов'язку призводить до задоволення інтересу третьої особи лише в зменшенні загальної суми боргу в акцесорному зобов'язанні. Таким чином, належне здійснення акцесорного зобов'язання через дії третьої особи безпосередньо впливає на задоволення інтересів акцесорного кредитора, що знаходить вираз у погашенні боргу третьої особи чи зменшенні його розміру на користь свого кредитора.

Проілюстрована взаємозалежність акцесорного і досліджуваного договірного боргового грошового зобов'язання ґрунтується на подвійному статусі третьої особи і визначає його, адже третя особа в цих правовідносинах має подвійний правовий статус — є кредитором у акцесорному зобов'язанні

[1] Слома В. М. Зобов'язання з множинністю суб'єктів у цивільному праві України : дис. ... д-ра юр. наук : 12.00.03. Тернопіль : ЗУНУ, 2020. С. 383

та боржником у досліджуваному борговому грошовому зобов'язанні. Взаємозалежність поєднаних, однак все ж окремих договірних зобов'язань (акцесорного та основного) дозволяє звести до єдиного знаменника ідеальну кінцеву та бажану для всіх його сторін мету їх укладення — належне виконання обох із вказаних зобов'язань. Кожен із учасників розглядуваних правовідносин має власний інтерес, що знаходить вираз у досягненні бажаного для нього правового результату, але належне виконання завжди втілене у правомірних діях третьої особи. Саме вона є основною сполучною ланкою, яка визначає не тільки дотичність акцесорного та основного (боргового грошового зобов'язань) але і їхню повну взаємозалежність. У механізмі виконання досліджуваного договірного боргового грошового зобов'язання вказані правомірні дії третьої особи кваліфікуються як дії боржника.

Зазначений взаємозв'язок та взаємозалежність вказаних дотичних, але все ж окремих зобов'язань, з урахуванням їхньої статусної специфіки, наочно ілюструється у випадку поєднання боржника та кредитора в одній особі, що в остаточному підсумку забезпечує належне здійснення суб'єктивних прав та законних інтересів третьої особи та всіх інших учасників цих правовідносин. Фактично за рахунок належного здійснення акцесорного зобов'язання досягається спільна мета основного (досліджуваного договірного боргового грошового) зобов'язання. Особливо наочно взаємозалежність та взаємозв'язок акцесорного та основного зобов'язань варто проілюструвати правовідносинами, в межах яких боржник за досліджуваним договірним борговим грошовим зобов'язанням перекладає виконання своїх обов'язків на свого боржника (третю особу) за акцесорним зобов'язанням, адже третя особа зацікавлена в збереженні належних їй забезпечувальних майнових активів, які можуть бути піддані ризику певних втрат. Здійснення інтересу третьої особи в збереженні цілісності та недоторканності своїх забезпечувальних майнових активів забезпечується в кінцевому підсумку за рахунок належності дій боржника за договірним борговим грошовим зобов'язанням. Розмір вказаного майнового забезпечення визначається його необхідністю і достатністю для усунення загроз зменшення майнових активів кредитора. При цьому їхній розмір повинен бути цілком зіставним із загальним обсягом обов'язку боржника боргового грошового зобов'язання. Тільки за умови відповідності майнового надання обсягу договірного боргового грошового зобов'язання його погашення чи зменшення сукупності обов'язків боржника за ним буде мати наслідком врахування інтересів третьої особи. Належне виконання боргового грошового зобов'язання, а також припинення чи зменшення обсягу обов'язків боржника у ньому забезпечує інтерес третьої особи, адже належне і своєчасне виконання боржником договірного боргового грошового

зобов'язання забезпечує в кінцевому підсумку цілісність та недоторканність забезпечувальних майнових активів третьої особи.

Правовідношення, суб'єктний склад якого ускладнюється та поповнюється третьою особою, в досліджуваній сфері може виникати у ході виконання третьою особою протермінованого договірного боргового грошового зобов'язання за боржника наслідок вчинення третьою особою дій у чужому інтересі без доручення чи в інших випадках. Участь третьої особи на стороні кредитора викликана, насамперед, існуванням у сфері цивільно-правового регулювання численних правовідносин, які підпадають під категорію договірних боргових грошових зобов'язань. Поява в суб'єктному складі останніх третьої особи на стороні кредитора, як правило, передує наявність інших правових зв'язків, що вже виникли раніше між кредитором та третьою особою. У цьому випадку задоволення інтересу третьої особи відбувається у вигляді отримання певного майна. Таким чином, цей інтерес задовольняється шляхом здійснення третьою особою юридично вагомих дій, що полягають у прийнятті нею належного виконання зобов'язання з боку боржника. Однак набуття певного майна третьою особою завжди має на меті збагачення останньої; крім цього, третя особа може виступати лише однією з кількох взаємозалежних осіб. Але для того, щоб можна було вести мову про залучення третьої особи до динаміки основного зобов'язання недостатньо лише її волевиявлення на прийняття виконання зобов'язання. Кредитору надається право ініціювати вступ третьої особи в зобов'язання на своєму боці та визначати її роль у забезпеченні належного виконання договірного боргового грошового зобов'язання. Водночас на нього покладається обов'язок не перешкоджати третій особі задовольняти власний інтерес. Наявність останнього в договірному боргову грошовому зобов'язанні визначає для третьої особи необхідність мати можливість реалізувати власну зацікавленість у настанні певного правового результату, набувати суб'єктивні цивільні права на бажані для неї майнові блага, задовольняючи таким чином свій інтерес. При цьому інтерес третіх осіб у борговому грошовому зобов'язанні може бути законним та незаконним, підпадати під правову охорону і не підпадати. Очевидно, що реалізації в правовій площині підлягає тільки законний інтерес.

Архітектоніка договірного боргового грошового зобов'язання за участю третьої особи зазвичай формується з урахуванням видів таких законних інтересів та їхньої загальної характеристики. У межах досліджуваних боргових грошових зобов'язань реалізується правовий зв'язок кількох учасників, що складається з добре відомих правникам обов'язкових елементів. Мова йде про суб'єктний склад, об'єкт та зміст (тобто сукупність суб'єктивних прав і обов'язків) правовідношення. Слід зазначити, що доктринально існують

різноманітні теорії щодо кількості та конкретного виду елементів правовідношення. Найбільш поширеним є вищезазначений «триланковий підхід», згідно з яким склад правовідношення визначають суб'єкти, об'єкт та зміст (права та обов'язки сторін), але відомі і пропозиції враховувати багатоланковий підхід. Подальше розширення кількості елементів відбувається за рахунок їхньої деталізації або включення до складу правовідношення інших — традиційно сторонніх — складових (наприклад, юридичних фактів або правоздатності)[1]. Багатоланковий підхід навряд чи є обґрунтованим та заслуговує на пильну увагу в межах цього дослідження.

Склад та структура досліджуваних договірних боргових грошових зобов'язань у контексті загального структурування цивільних правовідносин взаємообумовлені, оскільки окремі їхні елементні складові завжди взаємопов'язані між собою і поза ними існувати не можуть. Роль та місце третьої особи в системі правових зв'язків, що виникають та розвиваються між учасниками договірних боргових грошових зобов'язальних правовідносин, визначається її інтересом та наявними нормативно визначеними правовими можливостями. Реалізація обумовлених інтересом третьої особи правових можливостей у межах договірних боргових грошових зобов'язальних правовідносин може мати як позитивне, так і негативне правове значення. Їхнє позитивне правове значення може полягати в тому, що участь третьої особи в зобов'язанні ґрунтується на законному інтересі, що охороняється і тому знаходиться у законній площині. А негативне значення знаходить вираз у тому, що інтерес третьої особи є незаконним, неправомірним, і тому він не охороняється правом. В останньому випадку законні права та інтереси кредитора і боржника в борговому грошовому зобов'язанні підлягають правовому захисту юрисдикційними чи неюрисдикційними засобами. У рамках юрисдикційної форми захисту можливим є виокремлення основної форми юрисдикційного захисту суб'єктивних цивільних прав та інтересів (судовий захист) та альтернативної (адміністративний порядок захисту, нотаріальний захист, захист у порядку третейського судочинства, прокурорський захист, захист у порядку звернення до Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини тощо)[2].

Позитивне значення участі особи в договірних боргових грошових зобов'язаннях обумовлює договірний і позадоговірний порядок його втілення. Договірний порядок характеризується укладенням та виконанням відповідного договору за участю третьої особи, а здійснення передбачених

[1] Жилінкова І. Комплексні цивільні правовідносини: поняття, структура, ознаки. *Право України*. 2010. № 12. С. 11-17.

[2] Філонова Ю. М. Захист речових прав на чуже майно в Україні : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Харків, 2020. с.58

ним суб'єктивних цивільних прав і виконання обов'язків визначається характером та змістом боргового грошового зобов'язального правовідношення між кредитором і боржником. Зазначене можна проілюструвати в межах передбачених законодавством договірних конструкцій, таких як: виконання зобов'язання третьою особою (ст. 528 ЦК України) та договір на користь третьої особи (ст. 636 ЦК України). У межах однієї з цих конструкцій третя особа має можливість застосувати право вимоги до боржника після здійснення відповідних юридично значущих дій. Для отримання права вимоги в межах типової модельної схеми, передбаченої для договору на користь третьої особи, останній здійснює реалізацію секундарного права. У випадку виконання зобов'язання третьою особою остання фактично заміщає сторону договору на стадії виконання боргового грошового зобов'язання. При цьому зміна суб'єкта виконання боргового грошового зобов'язання не завжди передбачає участь третьої особи. Ця теза доводиться тим, що в такому разі вказаний управнений суб'єкт не завжди набуває статус особи, яка має самостійний інтерес у договірному борговому грошовому зобов'язанні. У цьому випадку управнений суб'єкт не має і передбачених чинним законодавством України правових підстав активно впливати на хід виконання договірного боргового грошового зобов'язання між визначеними кредитором та боржником.

Недоговірний порядок, на відміну від договірного, не передбачає укладення та виконання умов договору та набуття третьою особою будь-яких передбачених ним суб'єктивних цивільних прав чи суб'єктивних цивільних обов'язків стосовно однієї зі сторін договірного боргового грошового зобов'язання. Водночас третя особа шляхом здійснення належних їй суб'єктивних цивільних прав може здійснювати не заборонений законом відповідний правовий вплив на хід встановлення, зміни чи належного виконання договірного боргового грошового зобов'язання. Такий вплив може справляти, зокрема, належне (з погляду своєчасності та повноти) виконання своїх обов'язків погасити грошовий борг третьою особою перед боржником за досліджуваним основним договірним борговим грошовим зобов'язанням. Адже дуже часто саме це, у свою чергу, істотно впливає на платоспроможність боржника та його фінансову можливість виконання ним своїх договірних боргових грошових зобов'язань. Це можуть бути й інші випадки, коли результат належного виконання обов'язків третьою особою позитивно позначається та сприяє належному виконанню досліджуваних договірних боргових грошових зобов'язань. Вказане сприяння може полягати, наприклад, у створенні позитивних умов чи навпаки – усуненні штучних перешкод для сторін договірного боргового грошового зобов'язання, у зв'язку з чим вони можуть безперешкодно здійснювати належні їм права та виконувати покладені на них

обов'язки. До недоговірного порядку слід відносити також і здійснення третьою особою суб'єктивного права на захист та самозахист свого порушеного суб'єктивного цивільного права. При цьому воно може виникати внаслідок допущеного порушення зобов'язання в межах іншого, але дотичного до розглядуваних правовідносин, договору.

На відміну від позитивного, негативне значення реалізації правових можливостей третьої особи передбачає її неправомірну поведінку щодо боржника чи кредитора. Прикладом такої неправомірної поведінки може бути втручання або посягання на чуже договірне зобов'язання. Під протиправним втручанням третьої особи в хід встановлення чи виконання боргового грошового договірного зобов'язання розуміються будь-які її дії, що ґрунтуються на її неправомірних інтересах та перешкоджають сторонам вільно здійснити свої суб'єктивні цивільні права чи належним чином виконати свої суб'єктивні цивільні обов'язки. В одному випадку третя особа може навмисно створювати перешкоди на шляху здійснення кредитором своїх прав чи виконання боржником своїх обов'язків у борговому грошовому зобов'язанні. В іншому — негативно впливає на хід його виконання таким чином, щоб задовольнити власний інтерес, який не збігається з інтересами сторін договірного боргового грошового зобов'язання. Очевидно, що у вказаних випадках третя особа повинна бути притягнута до цивільно-правової відповідальності за неправомірне вторгнення у сферу чужих правових інтересів. Цивільно-правову відповідальність необхідно розглядати як невигідні майнові наслідки, які встановлюються законом або договором на випадок невиконання абсолютного обов'язку, а також невиконання або неналежне виконання боржником зобов'язання[1].

Варто зазначити, що теоретичні підвалини такої відповідальності третіх осіб визначені на сучасному рівні вітчизняної цивілістичної доктрини, хоча і залишають місце для наукової дискусії. Основна проблема теоретичного обґрунтування та практичного застосування механізму притягнення третьої особи до відповідальності полягає у відносному характері досліджуваних договірних боргових грошових зобов'язань як різновиду правовідносин. Усталеним є підхід, відповідно до якого цивільно-правова відповідальність настає за наявності певних конкретних умов: 1) наявність шкоди; 2) протиправна поведінка заподіювача шкоди; 3) причинний зв'язок між протиправною поведінкою та шкодою; 4) вина заподіювача шкоди. Поряд з цим до необхідних умов договірної відповідальності пропонується віднести порушення суб'єктивного права кредитора та протиправність поведінки

[1] Мироненко В. П. Цивільно-правова відповідальність як вид юридичної відповідальності. Юридична наука. 2011. № 6. 24-30

несправного боржника, яка полягає у самому факті порушення договірного зобов'язання. Умови як шкода, причинно-наслідковий зв'язок і вина є факультативними, оскільки їхня наявність вимагається не завжди[1]. Навряд чи з такими пропозиціями варто беззастережно погодитись. Факультативною умовою цивільно-правової відповідальності усталено вважають лише вину правопорушника.

Загальновідомо, що в межах архітектоніки відносних правовідносин їхній суб'єктний склад завжди чітко окреслений і правовий захист у договірному борговому грошовому зобов'язанні надається управненій особі. Метою його застосування є, як правило, протидія неправомірним виявам діяльності його контрагента в зобов'язанні. Надання абсолютного захисту у відносних правовідносинах зазвичай немає жодного сенсу, оскільки стороння особа вкрай рідко має юридичну можливість впливати на хід виконання досліджуваного зобов'язання. Винятком із цього правила якраз і є потенційно можливі дії третьої особи за умови її зацікавленості в позитивному чи негативному розвитку подій у ході виконання боргового грошового зобов'язального правовідношення. Таким чином, розглянуті можливі напрями потенційної участі третіх осіб у досліджуваних договірних боргових грошових зобов'язаннях можуть знаходити вираз у наступних регулятивних та охоронних правовідносинах. По-перше, ґрунтуватись на застосуванні договірної конструкції, де законодавець наділяє третю особу конкретними правами в чужому зобов'язанні (договір на користь третьої особи) у межах договірних регулятивних правовідносин. По-друге, шляхом здійснення суб'єктивних цивільних прав у межах змісту регулятивного правовідношення, що є дотичним безпосередньо до досліджуваного боргового грошового зобов'язання чи юридично вагомих дій однієї із його сторін. По-третє, у випадку виникнення охоронного правовідношення, що ґрунтується на неправомірних діях, пов'язаних із умисним створенням відповідних бар'єрів на шляху вільного та безперешкодного здійснення суб'єктивних цивільних прав і виконання суб'єктивних цивільних обов'язків сторонами досліджуваних договірних боргових грошових зобов'язань. Конституційною ознакою вищезгаданих напрямів участі третьої особи у договірних боргових грошових зобов'язаннях є їхню зацікавленість у розвитку чи навпаки створенні перешкод їхньому нормальному плину. Саме інтерес є чинником, який дозволяє визначити дотичність юридично вагомих правомірних чи неправомірних дій третьої особи до досліджуваних правовідносин чи дій їх учасників. У будь-якому випадку третя особа не підлягає віднесенню до суб'єктів договірного боргового грошового зобов'язання, що

[1] Ткачук А. Л. Значення вини у відносинах відповідальності за порушення договірних зобов'язань : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Одеса, 2002. С.13

виникає між кредитором і боржником. Хоча у межах регулятивних правовідносин третя особа може діяти на стороні боржника (інститут виконання зобов'язання іншою особою ст. 528 ЦК України) або кредитора (договір на користь третьої особи ст. 636 ЦК України), це не має наслідком виникнення множинності на стороні боржника або кредитора відповідно.

Згідно з нормативними приписами ст. 636 ЦК України, договором на користь третьої особи визнається домовленість сторін, у межах якої боржник зобов'язаний виконати свій обов'язок на користь іншої (третьої) особи, яка може бути встановлена або не встановлена в договорі. Виконання договору на користь третьої особи може вимагати як особа, яка уклала договір, так і третя особа, на користь якої передбачено виконання, якщо інше не встановлено договором або законом чи не випливає із суті договору. Як видно з наведеного визначення, конструкція договору на користь третьої особи опосередковує участь відразу трьох суб'єктів, що мають між собою правові зв'язки. Відносини кредитора, боржника і третьої особи. Одним із прикладів договору на користь третьої особи є відносини страхування. Так, відповідно до ст. 985 ЦК України страхувальник наділений правом укладати договір страхування на користь третьої особи. Слід зауважити, що сама категорія цих договорів є унікальною для сфери цивільно-правового регулювання, оскільки договори, за загальним правилом, укладаються в інтересах їхніх сторін. Поряд з цим, виходячи з нормативних положень ч. 4 ст. 636 ЦК України, можна дійти логічного висновку, що укладання договору страхування на користь третьої особи не звільняє страхувальника від його обов'язку перед страховиком у випадку, якщо третя особа відмовилася від одержання страхувальної виплати. Іншим яскравим прикладом цієї групи договорів є договір банківського вкладу на користь третьої особи. Відповідно до ст. 1063 ЦК України, фізична або юридична особа може укласти договір банківського вкладу (зробити вклад) на користь третьої особи. Третя особа набуває права вкладника з моменту пред'явлення нею до банку першої вимоги, що випливає з прав вкладника, або вираження нею іншим способом наміру скористатися такими правами. До набуття особою, на користь якої зроблений банківський вклад, прав вкладника ці права належать особі, яка зробила вклад. Якщо особа, на користь якої зроблено вклад, відмовилася від нього, особа, яка уклала договір банківського вкладу на користь третьої особи, має право вимагати повернення вкладу або перевести його на своє ім'я. Основна особливість цього договору полягає в тому, що третя особа діє від свого імені та у своїх інтересах і таким чином у певний момент включається в суб'єктний склад відповідного правовідношення, ускладнюючи його елементний склад.

Специфіка зазначеного ускладнення суб'єктного складу договірного боргового грошового зобов'язання полягає в додаванні вимоги третьої особи до боржника, що актуалізує проблематику визначення темпоральних характеристик механізму його виникнення. Важливе теоретичне значення має виявлення моменту, коли така вимога виникає, адже це може бути момент виникнення самого договірного зобов'язання або момент об'єктивізації волевиявлення третьою особою своєї відмови. Якщо припустити, що право вимоги третьої особи виникає з моменту виникнення самого договірного зобов'язання, то третя особа має статус додаткового кредитора. А саме договірне боргове грошове зобов'язання може бути віднесене до зобов'язань з множинністю сторін на стороні кредитора. Відповідно таке припущення є хибним. Таким чином, третя особа набуває самостійного права вимоги після об'єктивації свого волевиявлення, після чого може вимагати виконання договірного боргового грошового зобов'язання з боку боржника. Так, в силу п. 3 ст. 636 ЦК України, якщо інше не передбачено законом або договором, з моменту вираження третьою особою боржнику наміру скористатися своїм правом за договором сторони не можуть розривати або змінювати укладений ними договір без згоди третьої особи. Вказана правова норма є диспозитивною, тобто сторони основного зобов'язання можуть передбачити спочатку, що третя особа набуває суб'єктивного права вимоги з моменту укладення основного зобов'язання. Водночас очевидно, що законодавець все ж таки, за загальним правилом, виходить із необхідності отримання згоди третьої особи на приєднання до умов договору на стороні кредитора. Більш того, об'єктивація такої згоди з боку боржника зобов'язує первісні сторони договірного боргового грошового зобов'язання враховувати його волю у подальшому ході виконання його умов.

Звернене до боржника суб'єктивне цивільне право вимоги виконання ним договірного боргового грошового зобов'язання виникає на підставі юридичного складу, що складається із щонайменше двох юридичних фактів. Юридичний склад становить юридичну конструкцію як сукупність визначених елементів (юридичного факту і умов його настання або сукупності юридичних фактів) і водночас є елементом конструкції причинно-наслідкового зв'язку, розвиток якої в умовах практики призводить до спричинення юридичним складом наслідків у формі виникнення, зміни чи припинення цивільних правовідносин[1]. Мова йде про договір на користь третьої особи та односторонній правочин, яким фіксується волевиявлення третьої особи на приєднання до суб'єктного складу договірного боргового грошового

[1] Духневич А. В., Спєсівцев Д. С. Особливості застосування концепції юридичної конструкції до юридичного складу. Історико-правовий часопис, 18(1), 2022. С. 46-54. URL : http://www.chasopys.hl.vnu.volyn.ua/index.php/chasopys/article/view/102/96

зобов'язання. Право вимоги боржника виникає лише за наявності обох із вказаних юридичних фактів. Відповідно волевиявлення третьої особи на прийняття виконання не зобов'язує боржника, якщо досліджуване договірне боргове грошове зобов'язання не підпадає під модель договору на користь третьої особи. Таким чином, право третьої особи вимагати виконання від боржника є факультативним, позаяк йому обов'язково передує включення третьої особи до суб'єктного складу досліджуваних договірних боргових грошових зобов'язань, що вимагає об'єктивації шляхом легітимної юридичної фіксації волевиявлення третьої особи. Правовим наслідком фіксації волевиявлення третьої особи є трансформація первісного договірного боргового грошового зобов'язання шляхом його ускладенення. У цьому випадку додатково до первісного зобов'язального правовідношення між кредитором і боржником додається факультативний правовий зв'язок між третьою особою (як додатковим кредитором) та боржником.

Аналіз практики виконання досліджуваних боргових грошових зобов'язань свідчить про те, що зазвичай третя особа не зобов'язана додатково засвідчити свою готовність приєднатись до суб'єктного складу боргового грошового зобов'язання. Момент волевиявлення бажання третьої особи долучитись до виконання боргового грошового зобов'язання визначається пред'явленням ним своєї вимоги до боржника. До настання цього моменту первісний боржник є зобов'язаним лише перед первісним кредитором, а не перед третьою особою, право якої набути статусу вторинного кредитора носить похідний та лише вірогідний характер. Входження третьої особи до суб'єктного складу договірного боргового грошового зобов'язання, сформованого та укладеного на базі конструкції договору на користь третьої особи, знаходить вияв у здійсненні нею визначеного законом чи договором суб'єктивного цивільного права, яке ускладнює досліджувані правовідносини. У зв'язку з цим, виникає проблема можливості розгляду досліджуваного договірного боргового грошового зобов'язання як договору на користь третьої особи, у межах якого має місце множинність на стороні кредитора. Об'єктивація та фіксація волевиявлення третьої особи на приєднання до договірного боргового грошового зобов'язання не трансформує його у зобов'язання з множинністю осіб на стороні кредитора. Відповідно третя особа не може визнаватись додатковим кредитором, а діє як самостійний учасник досліджуваних боргових грошових зобов'язань, що має власний інтерес і відповідне суб'єктивне цивільне право вимоги як правовий засіб його реалізації.

Договори за участю третіх осіб характеризуються особливим моментом виникнення суб'єктивних прав третьої особи. Третя особа не зразу набуває суб'єктивне цивільне право вимоги до боржника, адже на початковій стадії

ходу розвитку договірного боргового грошового зобов'язання на останнього не покладається обов'язок виконувати зобов'язання за договором на користь третьої особи. З моменту фіксації вказаного волевиявлення третьої особи первісний кредитор боргового грошового зобов'язання не тільки втрачає право на пред'явлення вимоги до боржника, але і не може змінити або розірвати досліджуваний договір. Ця договірна конструкція передбачає залежність суб'єктивних цивільних прав кредитора від юридично вагомих дій третьої особи. Унікальність цієї правової ситуації полягає в тому, що первісний кредитор не втрачає безповоротно зобов'язально-правового зв'язку з боржником, між тим на певний час втрачає належне йому суб'єктивне право вимоги. Підставою для такого висновку є те, що відмова від досліджуваного суб'єктивного цивільного права вимоги чи неможливість його здійснення з боку третьої особи реанімує належне первісному кредитору з моменту встановлення відповідного договірного боргового грошового зобов'язання його право вимоги до боржника. Отже, договірне боргове грошове зобов'язальне правовідношення, враховуючи його зміст, містить альтернативне право вимоги, адже суб'єктом його здійснення є або кредитор або третя особа. При цьому одномоментне заявлення вимог з боку кредитора та третьої особи до боржника є юридичним нонсенсом і не вписується в межі типової модельної схеми побудови прав та обов'язків, передбаченої конструкцією договору на користь третьої особи.

Висновки. Третя особа може впливати на правовідносини, що виникають на підставі встановлення договірного боргового грошового зобов'язання шляхом вчинення як правомірних, так і неправомірних дій. Незважаючи на характер цих дій, їхньою конститутивною і об'єднуючою ознакою завжди є спрямованість на реалізацію власного законного інтересу третьої особи в досліджуваному договірному борговому грошовому зобов'язанні. Правомірний чи неправомірний характер юридично вагомих дій третьої особи в межах встановлення та виконання досліджуваних зобов'язань безпосередньо впливає на визначення правових наслідків, які настають у результаті їх вчинення. Кваліфікація вчинених третьою особою (у межах цивільно-правового механізму виконання договірних боргових грошових зобов'язань) юридично вагомих дій як правомірних в ідеалі має правовим наслідком задоволення його законного правомірного інтересу і припинення досліджуваного боргового грошового зобов'язання належним виконанням.

Правомірність вказаних дій визначається, перш за все, передбаченими законом чи договором правовими підставами їх виникнення, що характеризують та, зрештою, визначають дотичність третьої особи до досліджуваних правовідносин. В свою чергу, дотичність третьої особи до боргового грошового

зобов'язання визначається наявністю в неї законного, правоохоронюваного та об'єктивного інтересу (як міри особистої зацікавленості) у належному його виникненні, зміні чи припиненні. Об'єктивність такого інтересу, незважаючи на його очевидний суб'єктивний характер як явища правової дійсності, знаходить вираз у можливості його об'єктивації шляхом належного волевиявлення самою третьою особою, а також у його очевидності з погляду можливості його сприйняття заінтересованими особами. Об'єктивність законного інтересу третьої особи має неабияке правове значення та підлягає врахуванню однаковою мірою як у межах регулятивних, так і у межах охоронних договірних боргових грошових зобов'язальних правовідносин. Водночас особливого значення вказана характеристика інтересу третьої особи все ж набуває за необхідності доказування його наявності в межах виникнення та вирішення юридичного конфлікту, що вирішується судом чи іншим юрисдикційним органом.

Неправомірність юридично вагомих дій третьої особи обумовлена, перш за все, безпідставністю їх вчинення або ж виявленням у них складу відповідного цивільного правопорушення в широкому розумінні. Відповідно юридично вагомі дії третьої особи можуть ґрунтуватись на наявності власного та об'єктивного інтересу, але не можуть вважатись правомірними. Як окрему проблему варто окреслити можливість чи неможливість розгляду певних дій третьої особи в межах розвитку досліджуваного договірного боргового грошового зобов'язання як юридично нейтральних, тобто таких, що не призводять ні до позитивних, ні до негативних правових наслідків. Ця презумпція спростовується наступними міркуваннями. Реалізація власного інтересу третьою особою у всіх випадках так чи інакше є (законним чи незаконним, правомірним чи неправомірним) вторгненням у сферу чужих майнових інтересів первісних кредитора та боржника, тому такі дії за жодних умов не можуть мати характеру юридично нейтральних.

2.6. Розірвання договору довічного утримання (догляду) як спеціальна підстава припинення зобов'язання

Страшні реалії нашого сьогоднішнього життя спричинені збройною агресією російської федерації проти України, «однією з цілей політичного режиму якої є геноцид Українського народу, фізичне знищення, масові вбивства громадян України, вчинення міжнародних злочинів проти цивільного населення, використання заборонених методів війни, руйнування цивільних об'єктів та об'єктів критичної інфраструктури, штучне створення гуманітарної катастрофи в Україні або окремих її регіонах» (ч. 1 ст. 2 Закону

України «Про заборону пропаганди російського нацистського тоталітарного режиму, збройної агресії Російської Федерації як держави-терориста проти України, символіки воєнного вторгнення російського нацистського тоталітарного режиму в Україну»). Внаслідок повномасштабної збройної агресії російської федерації проти України чимало наших громадян втратили своїх рідних, працездатність, житло, роботу, бізнес, тому вони шукають будь-які шляхи одержання матеріального забезпечення, догляду, житла та інших матеріальних благ і послуг. Держава Україна взяла на себе обов'язок надати матеріальний захист потерпілим особам у порядку соціального забезпечення. Однак застосування заходів соціального захисту не дозволяє особам, потерпілим від завданої шкоди, одержати її відшкодування в повному обсязі. Відповідно кожна людина шукає інші альтернативні засоби для задоволення своїх матеріальних потреб. Одним із таких засобів є укладення договору довічного утримання (догляду), що спричиняє виникнення цивільно-правових зобов'язань.

Зобов'язання з договору довічного утримання (догляду) мають особливе правове значення в житті людей. Вони дозволяють вирішити сторонам матеріальні та соціальні проблеми. Очевидно, що для відчужувача важливою є тривалість дії договору довічного утримання (догляду), оскільки він одержує матеріальне забезпечення та (або) догляд. Для набувача, навпаки, має значення припинення зобов'язань із цього договору, оскільки воно становить бажаний очікуваний наслідок — набуває повне право власності на майно, передане йому відчужувачем за цим договором. З іншого боку, припинення зобов'язання, навпаки, може спричинити негативний правовий наслідок для однієї чи обох сторін — дострокове припинення виконання зобов'язання[1].

Цивільно-правовий договір залишається на сьогодні найбільш ефективним інструментом правового регулювання цивільних відносин. Як зазначав В. В. Луць, «як інструмент правового регулювання договір, поряд із традиційним застосуванням у сфері приватного права, у сучасних умовах застосовується у сферах публічного права: конституційному, адміністративному, екологічному, фінансовому тощо (публічно-правові договори). Особлива, феноменальна роль відведена договору в галузях приватного права, зокрема в цивільному праві[2].

У межах договору, як правило, можливою є реалізація індивідуальних інтересів кожної конкретної особи, її ініціативи, оскільки цивільні відносини

[1] Погребняк М.В. Припинення зобов'язання з договору довічного утримання (догляду) : дис. ... доктора філософії за спеціальністю 081 Право. Хмельницький, 2023. С. 20-21, 146-165.

[2] Луць В.В. Проблеми договірного регулювання майнових відносин. *Українське комерційне право*. 2003. № 4. С.25.

«засновані на юридичній рівності, вільному волевиявленні, майновій самостійності їх учасників» (ч.1 ст.1 ЦК України). Водночас однією із загальних засад цивільного законодавства є «свобода договору» (п. 3 ч.1 ст. 3, ст.ст. 6 і 627 ЦК України), що означає: «Сторони є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору» (ст. 627 ЦК України). Як зазначають О. Ю. Черняк і С. А. Абросімов, «це основні ідеї, визначені в DCFR і PECL. Таке ж значення свобода договору має в Принципах УНІДРУА. Сторони також можуть домовитися про можливість зміни умов договору або його припинення будь-якої миті. Тому сьогодні варто говорити про можливий відхід від традиції виокремлення в межах законодавства переліку істотних умов договору й наслідків їх відсутності»[1]. У свою чергу, на думку О. С. Яворської, «свобода договору забезпечує стабільність, ефективність та динамічність економічних зв'язків»[2].

У період дії цивільно-правового договору можуть виникати різні життєві обставини, за яких сторони втрачають інтерес до його виконання чи його виконання стає обтяжливим для них або одного з них. Для правового регулювання таких ситуацій у цивільному законодавстві передбачено правову категорію розірвання договору, щодо якої особливе значення має принцип свободи договору.

Вияв принципу свободи договору довічного утримання (догляду) щодо його розірвання виявляється в таких моментах[3].

По-перше, за згодою сторін законодавець допускає розірвання договору (ч.1 ст. 651 ЦК України). Однак таке правило діє за умови, якщо інше не встановлено договором або законом (ч.1 ст. 651 ЦК України). За загальними положеннями про цивільно-правовий договір, законодавець до таких випадків відносить істотну зміну обставин, якими сторони керувалися при укладенні договору (ст. 652 ЦК України). Законодавець тлумачить зміну обставин як істотну, «якщо вони змінилися настільки, що, якби сторони могли це передбачити, вони не уклали б договір або уклали б його на інших умовах» (ч.1 ст. 652 ЦК України). При цьому розірвання договору у зв'язку з істотною зміною обставин допускається без звернення до суду, крім випадків, передбачених

[1] Черняк О.Ю., Абросімов С.А. Оновлення парадигми договірного права в контексті рекодифікації цивільного законодавства України. *Науковий вісник публічного та приватного права.* 2020. Випуск 6. Том 2. С.50.

[2] Яворська О. С. Договірне право як регулятор цивільних відносин. *Соціально-економічні проблеми сучасного періоду України: економіко-правове забезпечення розвитку підприємництва в Україні : зб. наук. праць.* Львів : Ін–т регіональних досліджень НАН України, 2008. Вип. 6 (74). С.154.

[3] Погребняк М. В. Свобода договору довічного утримання (догляду) щодо його розірвання. *Електронне наукове видання «Аналітично-порівняльне правознавство».* 2022. № 4. С. 116-120. URL : http://app-journal.in.ua/wp-content/uploads/2022/11/23-1.pdf DOI https://doi.org/10.24144/2788-6018.2022.04.21

законом. До таких винятків закон відносить: «розірвання договору суперечить суспільним інтересам або потягне для сторін шкоду, яка значно перевищує затрати, необхідні для виконання договору на умовах, змінених судом» (ч. 4 ст. 652 ЦК України).

Перелік випадків, з настанням яких допускається розірвання договору за згодою сторін, також може бути встановлено в договорі довічного утримання (догляду). Слід зауважити, що у главі 57 ЦК України, присвяченій правовому регулюванню зобов'язань із договору довічного утримання (догляду), відсутня норма про будь-яке обмеження сторін щодо свободи договору у здійсненні права на розірвання договору за згодою сторін. Отже, можна зробити висновок про те, якщо зобов'язання з договору довічного утримання (догляду) тривають, заборони про їх припинення за згодою сторін у главі 57 ЦК України немає, тому сторони мають право здійснити своє право на розірвання цього договору за взаємною згодою. Здійснити це право сторони можуть, звернувшись із відповідною заявою до суду, якщо причиною їхнього рішення стала істотна зміна обставин, якими сторони керувалися при укладенні договору (ст. 652 ЦК України).

По-друге, договір може бути розірвано на вимогу однієї із сторін (ч. 2 ст. 651 та ст. 755 ЦК України). Свобода договору в цьому випадку виявляється в тому, що сторона договору довічного утримання (догляду) сама вирішує розірвати договір або залишити його дію в силі. Тобто для сторін вимога про розірвання цивільно-правового договору є правом, а не обов'язком. Цей висновок випливає зі змісту ч. 2 ст. 651, ч. 2 ст. 652 та ст. 755 ЦК України, де застосовується словосполучення «може бути розірваний». Це означає, що пред'явлення однією зі сторін вимоги про розірвання договору довічного утримання (догляду) повинно залежати від її волі та здійснення нею волевиявлення.

Водночас право на розірвання договору довічного утримання (догляду) на вимогу однієї зі сторін обмежується двома умовами: 1) встановленням законом або договором підстав для здійснення сторонами цього права; 2) договір може бути розірвано лише за рішенням суду.

Слід ще раз наголосити на тому, що сторони можуть здійснити право на розірвання договору лише за умови дії самого договору. Тобто, якщо договір припинив свою дію зі спливом строку чи його виконанням або за іншої підстави, то й відповідно немає що розривати.

Вважаємо такою, що заслуговує на підтримку, позицію Р. В. Гринько щодо специфіки розірвання договору на вимогу однієї зі сторін, а саме: «1) відсутня згода другої сторони, інакше підставою припинення договору була б взаємна згода сторін; 2) здійснюється лише на підставі рішення суду; 3) підставою є істотне порушення договору іншою стороною та інші випадки, встановлені

договором або законом, інакше діє заборона одностороннього розірвання договору; 4) правовим наслідком розірвання договору є припинення зобов'язання; 5) зобов'язання припиняється з моменту набрання законної сили рішення суду про це; 6) якщо договір розірваний у зв'язку з істотним порушенням договору однією зі сторін, друга сторона може вимагати відшкодування збитків, завданих розірванням договору (ч. 5 ст. 653 ЦК України)». Таким чином, вчений розірвання договору на вимогу однієї зі сторін відносить до правових заходів припинення зобов'язання, що застосовуються у разі його порушення (п. 1 ст. 611 ЦК України)[1].

Законодавець розрізняє загальні та спеціальні підстави розірвання цивільно-правового договору. Якщо загальні підстави мають значення для будь-якого цивільно-правового договору, то спеціальні підстави — для окремих договорів, зокрема спеціальні підстави розірвання договору довічного утримання (догляду) встановлено у ст. 755 ЦК України.

Слід згадати, насамперед, про загальну підставу розірвання договору, передбачену у ч. 2 ст. 651 ЦК України — істотне порушення договору другою стороною. Відповідно відсутність порушення призводить до неможливості розірвання договору за цією підставою. Така ситуація може виникнути у випадках, коли учасник договору не розуміє, яка дія чи бездіяльність є порушенням конкретного договірного зобов'язання. Доцільно навести висновок, зроблений А. Л. Святошнюк, що «сучасне договірне право України, в частині правового регулювання розірвання порушеного договору, зазнало впливу з боку англійського договірного права, що, зокрема, знайшло вияв у частковій рецепції положень про істотність порушення договору як критерію допустимості його розірвання». При цьому, як наголошує вчена, «рецепція відповідних правових ідей і конструкцій відбувалася під впливом процесів міжнародної уніфікації договірного права та гармонізації цивільного законодавства України з відповідними нормами правових актів Європейського Союзу»[2].

У ч. 2 ст. 651 ЦК України закріплено поняття істотного порушення договору: «Коли внаслідок завданої цим шкоди друга сторона значною мірою позбавляється того, на що вона розраховувала при укладенні договору». Тобто обов'язковими критеріями істотного порушення договору є такі: 1) завдання шкоди; 2) позбавлення другої сторони бажаної мети укладення договору.

[1] Гринько Р.В. Заходи оперативного впливу у зобов'язальних правовідносинах : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2015. С.158.

[2] Святошнюк А.Л. Інститут розірвання порушеного договору у цивільному праві України та країн Європейського Союзу (порівняльно-правовий аналіз) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2015. С.4.

РОЗДІЛ 2

На вирішення питання про оцінку істотного порушення договору звертали увагу судові органи (у постановах ВС України від 18 вересня 2013 року у справі № 6-75цс13, від 14 жовтня 2014 року у справі № 3-143гс14, Касаційного цивільного суду у складі ВС від 09.12.2020 у справі № 199/3846/19) та юристи-практики. Так, на думку судді С. Ю. Бурлакова, «при оцінці істотності порушення умов договору як підстави для його розірвання необхідно враховувати такі чинники: 1) значущість шкоди від порушення; 2) фактор неможливості або ускладненості покладання відповідальності за збитки на боржника; 3) значущість порушення як такого; 4) втрату кредитором інтересу у виконанні договору; 5) втрату довіри до боржника; 6) фактор передбачуваних негативних наслідків порушення; 7) принциповість суворого дотримання умов договору; 8) інтерес боржника в збереженні договору; 9) ступінь виконання договору до моменту його розірвання; 10) відсутність інтересу боржника у збереженні договору; 11) не оспорювання боржником здійсненої кредитором односторонньої відмови протягом розумного строку; 12) звільнення боржника від відповідальності за допущене порушення; 13) недобросовісність боржника; 14) врахування вини кредитора і його добросовісності; 15) неодноразовість порушення (визначення істотності порушення за сукупністю); 16) публічний характер порушеного договору; 17) неусунення боржником порушення в додатковий термін; 18) ненадання боржникові можливості усунути порушення; 19) готовність боржника усунути порушення, виражена у вигляді відповідного запиту; 20) об'єктивну неможливість усунення порушення; 21) можливість легкого виправлення порушення силами кредитора або залучених ним осіб». При цьому, С. Ю. Бурлаков наголошує, що «істотність порушення визначається виключно за об'єктивними обставинами, що склалися у сторони, яка вимагає розірвання договору»; «вина (як суб'єктивний чинник) сторони, що припустилася порушення договору, не має будь-якого значення і для оцінки порушення як істотного, і для виникнення права вимагати розірвання договору на підставі частини другої статті 651 ЦК України»[1].

Крім зазначеної загальної підстави розірвання договору довічного утримання (догляду), договором або законом можуть бути встановлені інші підстави для розірвання договору на вимогу однієї сторін. Зокрема, такі інші підстави встановлено для договору довічного утримання (догляду) у статтях 755 і 756 ЦК України. У цьому випадку мова йде про спеціальні підстави розірвання договору довічного утримання (догляду): 1) на вимогу відчужувача

[1] Бурлаков С. Критерії істотності або неістотності порушення умов договору як підстава для його розірвання. *Судова юридична газета*. 2021. 30 липня. URL : https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/zmi/1159520/

у разі невиконання або неналежного виконання набувачем своїх обов'язків, незалежно від його вини (п.1 ч.1 ст.755 ЦК України); 2) на вимогу набувача, у зв'язку з неможливістю подальшого виконання набувачем договору з підстав, що мають істотне значення (ч.2 ст.756 ЦК України); 3) на вимогу набувача незалежно від підстав (ч.2 ст.755 ЦК України).

Окрім спеціальних підстав розірвання договору довічного утримання (догляду) на вимогу однієї зі сторін договору, передбачених у статтях 755 і 756 ЦК України, у юридичній літературі називають ще одну підставу. На думку Р.А.Майданика, «довірчі правовідносини припиняються за підставами, прямо визначеними формальним правом, і у зв'язку з втратою довіри в добросовісність та особистість контрагента»[1].

Таким чином, у зв'язку з тим, що договір довічного утримання (догляду) має фідуціарний характер, втрата довіри у взаємовідносинах між сторонами може бути підставою для припинення цих договірних відносин в односторонньому порядку.

На підставі вищезазначеного вважаємо за доцільне доповнити частину першу статті 755 ЦК України новим підпунктом такого змісту: «3) *на вимогу відчужувача або набувача, якщо згідно з нормами моралі та втратою взаємної довіри договірні правовідносини між сторонами не можуть надалі існувати».*

Слід зазначити, що право на розірвання договору є також обмеженням принципу «обов'язковості договору» (*pacta sunt servant*), тобто «договір є обов'язковим для виконання сторонами» (ст.629 ЦК України). За нормальних обставин договірне зобов'язання припиняється виконанням, проведеним належним чином (ст.599 ЦК України). Водночас трапляються ситуації, коли сторони втрачають інтерес до виконання договору чи таке виконання стає для них обтяжливим. Тому законом або договором допускається обмеження щодо дотримання цього принципу. Випадки такого обмеження повинні бути чітко встановлені в законі або договорі, щоб уникнути зловживання сторонами у своїх правах.

Щодо визначення змісту розірвання договору як правовідношення, то, на нашу думку, доцільно навести думку Н.М.Весни, яка виділила такі спеціальні ознаки розірвання цивільно-правового договору: «а) обмежений зміст правовідношення щодо розірвання договору; б) наявності фактичних та юридичних передумов; в) мета, що полягає в намірі дострокового припинення договірних зобов'язань; г) визначення моделі майбутньої поведінки учасників; г) виникнення на підставі визначених юридичних фактів». Таким чином, вчена зробила висновок, що «правовідношення щодо розірвання договору

[1] Майданик Р.А. Проблеми регулювання довірчих відносин у цивільному праві : автореф. дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2003. С.15.

є виявом принципу свободи договору. За домовленістю сторони договору можуть у будь-який час достроково припинити його дію, проте якщо згоди не досягнуто, то правовідношення можливе лише у випадках, визначених законом чи договором»[1].

Ґрунтуючись на такому розумінні змісту правовідношення, вважаємо, що змістом правовідношення з розірвання договору є реальна поведінка учасників договору, залежно від їхніх прав і обов'язків, спрямована на повне припинення договірного зобов'язання.

Реальна поведінка учасників із розірвання договору має виявлятися в певній формі, тобто зовнішньому виявленні дій особи, яка прагне розірвання договору. До таких форм у цивільному законодавстві віднесено домовленість сторін і вимогу однієї зі сторін. Водночас форма розірвання договору може змінюватися, залежно від різних обставин, наприклад, якщо сторонами не було досягнуто домовленості про розірвання договору, то зацікавлена сторона звертається до суду з такою вимогою.

Основним способом розірвання договору, як наголошує Н. М. Процьків, є угода сторін, оскільки такий спосіб найменшою мірою вимагає правового регулювання внаслідок своєї безконфліктності[2].

Отже, способом розірвання договору довічного утримання (догляду) за згодою сторін є укладення відповідного договору.

Договір є джерелом договірного права, що здійснює правове регулювання цивільних відносин між конкретними сторонами для досягнення встановленої у змісті договору мети.

Слід зазначити, що законодавець у нормативних приписах та сторони за домовленістю в договорі можуть встановити положення про неможливість розірвання договору за домовленістю сторін. Такий висновок випливає зі змісту ч.1 ст. 651 ЦК України, де встановлено застереження, «якщо інше не встановлено договором або законом».

Досліджуючи динаміку правовідношення щодо розірвання договору та залежно від способу розірвання, Н. М. Весна виділила етапи їх перебігу:

«1) розірвання договору за згодою сторін: а) виникнення інтересу особи на зміну або розірвання договору; б) повідомлення іншої (інших) сторони (сторін) про бажання змінити або розірвати договір; в) узгодження можливості змінити або розірвати договір; г) виникнення зміненого договору або припинення договірного правовідношення;

[1] Весна Н.О. Зміна та розірвання договору як цивільне правовідношення : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Хмельницький, 2018. С.84.

[2] Процьків Н.М. Правове регулювання розірвання цивільно-правових договорів за цивільним законодавством України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2003. С.10.

2) розірвання договору в судовому порядку: а) виникнення юридичного факту, що надає право на звернення до суду; б) виникнення інтересу на зміну або розірвання договору; в) звернення до суду із позовом про зміну або розірвання договору; г) винесення судового рішення про зміну або розірвання договору;

3) розірвання договору в односторонньому порядку: а) виникнення інтересу особи на зміну або розірвання договору; б) повідомлення іншої (інших) сторони (сторін) про зміну або розірвання договору; в) припинення (зміна) договору»[1].

Домовленість про розірвання договору становить складовий елемент домовленості про передання боржником кредиторові відступного, прощення боргу.

Наступною формою реальної поведінки учасників із розірвання договору є вимога зацікавленої особи про розірвання договору в односторонньому порядку. Договір довічного утримання (догляду) може бути розірвано на вимогу однієї зі сторін лише за рішенням суду. Це означає, що вираження волі особи про припинення дії договору не породжує будь-яких правових наслідків, а договір припиняє свою дію лише з моменту розірвання його судом. При цьому розірвання договору не за домовленістю обох сторін, а лише за ініціативи зацікавленої сторони наділяє таке розірвання договору характером одностороннього розірвання. Такий висновок є очевидним, оскільки вираження лише волі однієї зацікавленої особи для розірвання договору не є достатнім для розірвання договору; необхідним для цього є прийняття судом рішення про розірвання договору. Отже, в такому випадку розірвання договору є правовим наслідком вчинення двох дій: 1) учасника договору у формі вимоги про розірвання договору; 2) суду про визнання вимоги зацікавленої особи про розірвання договору у своєму рішенні.

Слід зазначити, що розірвання договору спричиняє припинення договору, однак не завжди спричиняє припинення зобов'язання з цього договору. На цей аспект слушно звертає увагу О.І. Міхно: «Розірвання договору не є поняттям, тотожним достроковому припиненню договірних зобов'язань, адже розірвання договору, по-перше, може бути вчинено і після спливу терміну його чинності, а по-друге, воно є лише однією з підстав (способів) припинення договірного зобов'язання за домовленістю сторін»[2].

Законодавець розірвання договору пов'язує також із односторонньою відмовою від договору. Відповідно до ч. 3 ст. 651 ЦК України договір є розірваним

[1] Весна Н.О. Зміна та розірвання договору як цивільне правовідношення : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Хмельницький, 2018. С.189.

[2] Міхно О.І. Припинення договору за цивільним законодавством України : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2007. С.5.

у разі односторонньої відмови від договору в повному обсязі, якщо право на таку відмову встановлено договором або законом. Ґрунтуючись на змісті цієї статті, сторони в договорі довічного утримання (догляду) мають право закріпити випадки односторонньої відмови від договору, що спричиняють його розірвання. Тобто відмова від договору спричиняє його розірвання, однак зобов'язання з договору довічного утримання (догляду) припиняються з моменту набрання законної сили рішення суду про це, а не з моменту одержання другою стороною повідомлення про відмову. Крім того, у главі 57 ЦК України відсутнє будь-яке згадування категорії «відмова від договору» як підстави припинення зобов'язання із договору довічного утримання (догляду).

Слід зазначити, що категорії «відмова від договору» та «розірвання договору» є різними за своїм змістом. Так, Р.В.Гринько вбачає відмінність між односторонньою відмовою від договору та розірванням договору на вимогу однієї зі сторін у такому:

«1) одностороння відмова від договору застосовується в неюрисдикційному порядку, хоча це не позбавляє контрагента можливості оспорювати в суді обґрунтованість такої відмови на підставі загальних положень ЦК України про захист порушених прав; розірвання договору відбувається лише за рішенням суду;

2) внаслідок односторонньої відмови від договору зобов'язання припиняється з моменту одержання контрагентом повідомлення про відмову, а якщо договір розірваний — з моменту набрання законної сили рішення суду про це;

3) одностороння відмова від договору виступає заходом оперативного впливу, а розірвання договору — способом захисту цивільних прав та інтересів судом»[1].

Таким чином, визначальною відмінною ознакою відмови від договору та розірвання договору є та, що відмова від договору здійснюється без звернення до суду, тому зобов'язання з договору припиняються з моменту одержання другою стороною повідомлення про відмову. Зобов'язання з договору довічного утримання (догляду) можуть припинятися без звернення до суду лише в разі смерті відчужувача та за згодою сторін про це. На вимогу однієї сторони договір довічного утримання (догляду) може бути припинений лише за рішенням суду (ст.755 ЦК України). Отже, за договором довічного утримання (догляду) зобов'язання можуть припинятися на вимогу однієї сторони лише в разі його розірвання. Відповідно відмова від договору, якщо вона була встановлена в договорі довічного утримання (догляду), не є підставою припинення цього договору.

[1] Гринько Р.В. Заходи оперативного впливу у зобов'язальних правовідносинах : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2015. С.158-159.

Таким чином, свобода договору довічного утримання (догляду) щодо його розірвання виявляється в таких моментах: 1) розірвання договору за згодою сторін; 2) розірвання договору на вимогу однієї із сторін. Така загальна засада цивільного законодавства застосовується за умови дії договору та відсутності повного виконання зобов'язання за цим договором.

Окремо слід зупинитися на питаннях розірвання договору довічного утримання (догляду) на вимогу відчужувача або третьої особи та правових наслідках припинення зобов'язання.

Відповідно до ч.1 ст. 755 ЦК України договір довічного утримання (догляду) може бути розірваний на вимогу відчужувача або третьої особи. При цьому законодавець встановлює умови для настання цього правового наслідку:

1) договір припиняє свою дію лише за рішенням суду;

2) відчужувач або третя особа мають право заявити таку вимогу лише в разі невиконання або неналежного виконання набувачем своїх обов'язків.

Розірвання договору за рішенням суду є юрисдикційною формою захисту цивільних прав та інтересів сторін договору довічного утримання (догляду). Крім того, звернення до суду із заявою є основним та єдиним засобом припинення зобов'язання на вимогу однієї зі сторін за цим договором. Звичайно, що сторона договору може не скористатися таким правом, наданим законом. Вимога сторони про розірвання договору буде задоволена судом лише за наявності підстав для цього та надання відповідних доказів з боку заявника. Тобто сторони договору (відчужувач або третя особа) заявляють вимогу про розірвання договору довічного утримання (догляду) лише за наявності відповідних юридичних фактів – підстав для припинення зобов'язальних правовідносин. Зазначену позицію зайняв і ВС, який у постанові від 19 червня 2019 року в справі № 759/501/17 (провадження № 61-14554св18) виклав таке тлумачення пункту 1 частини першої статті 755 ЦК України: «Договір довічного утримання (догляду) може бути розірваний за рішенням суду за умови доведення відчужувачем факту порушення набувачем своїх обов`язків за договором довічного утримання (догляду), що може виявлятися у вигляді неповного чи неналежного забезпечення доглядом, допомогою, харчуванням відчужувача або у вигляді повного невиконання вказаних дій»[1].

Особливість правового регулювання зобов'язань із договору довічного утримання (догляду) в ЦК України полягає в тому, що законодавець у ч.1 ст. 755 ЦК України розкриває порушення договору іншою стороною як невиконання або неналежне виконання набувачем своїх обов'язків. Слід зазначити, що у викладеній законодавчій позиції вбачається відмінність від

[1] Зобов'язальне право: теорія і практика: навч. посібн. / О.В. Дзера та ін.; за ред О.В. Дзери. К. : Юрінком Інтер, 1998.

загального трактування поняття «істотне порушення договору», викладене в ч. 2 ст. 651 ЦК України, де ознакою істотного характеру порушення договору вказано завдання шкоди іншій стороні. Це означає, що для розірвання договору довічного утримання (догляду) не має значення факт завдання шкоди іншій стороні. Крім того, законодавець щодо договору довічного утримання (догляду) звертає увагу на те, що невиконання або неналежне виконання набувачем своїх обов'язків може мати місце незалежно від його вини (п. 1 ч. 1 ст. 755 ЦК України), тобто наявність вини набувача не має значення для задоволення вимоги відчужувача про розірвання договору.

Позиція законодавця щодо встановлення спеціальної форми виявлення порушення договору довічного утримання (догляду) для заявлення вимоги відчужувача або третьої особи про його розірвання стала темою для дискусій поміж вчених. Так, О. М. Великорода вважає за доцільне розірвання договору довічного утримання (догляду) на вимогу відчужувача пов'язувати із суттєвим порушенням набувачем своїх обов'язків, тому він пропонує внести відповідні зміни у статтю 755 ЦК України»[1]. Тобто вчений фактично пропонує застосовувати критерій «істотного порушення договору» для застосування ст. 755 ЦК України. При цьому, на його думку, «під суттєвими порушеннями слід розуміти втрату, пошкодження відчуженого за договором довічного утримання (догляду) майна чи іншу діяльність набувача, яка призводить до суттєвого зниження вартості цього майна; систематичне невиконання останнім умов договору; дії (бездіяльність) набувача, що призвели до погіршення здоров'я відчужувача чи справили суттєвий вплив на його інтереси»[2]. Отже, істотність порушення договору він розкриває через такі критерії: 1) завдання збитків на випадок ймовірності майбутнього повернення відчуженого майна у власність відчужувача; 2) систематичність порушення; 3) негативний суттєвий наслідок для здоров'я та інтересів відчужувача внаслідок порушення договору.

Таким чином, задоволення вимоги відчужувача або третьої особи про розірвання договору довічного утримання (догляду) законодавець у ч. 1 ст. 755 ЦК України пов'язує із невиконанням або неналежним виконанням набувачем своїх обов'язків.

Для договору довічного утримання (догляду) характерним є виділення основних та додаткових обов'язків набувача. Основний обов'язок відповідає меті укладення договору, яку ставить перед собою друга сторона — відчужувач. Додатковий обов'язок набувача призначений виконувати допоміжну

[1] Великорода О. М. Договір довічного утримання : автореф. дис. ... канд. юр. наук : 12.00.03. Івано-Франківськ, 2006. С.6-7.

[2] Великорода О. М. Договір довічного утримання : автореф. дис. ... канд. юр. наук : 12.00.03. Івано-Франківськ, 2006. С.18.

функцію, яка доповнює належне виконання основного обов'язку набувача задля досягнення основної мети договору. У зв'язку з цим, додаткові обов'язки можуть бути передбачені законом, так і встановлюватися в договорі за домовленістю сторін.

Відповідно до ст. 744 ЦК України за договором довічного утримання (догляду) набувач «зобов'язується забезпечувати відчужувача утриманням та (або) доглядом довічно». Тобто основний обов'язок набувача сформульовано дуже широко — забезпечення відчужувача утриманням та (або) доглядом. При цьому законодавець пов'язує вказівкою на «довічно» щодо виконання цього обов'язку зі строком життя відчужувача. Сторони мають право залежно від обставин домовитися про те, щоб конкретизувати в договорі основний обов'язок набувача.

Додаткові обов'язки набувача закріплено в законі, а також вони можуть бути передбачені договором. Згідно з ч. 3 ст. 749 ЦК України на набувача покладається обов'язок у разі смерті відчужувача поховати його. Слід звернути увагу на те, що це правило є обов'язковим для виконання набувачем, навіть тоді, якщо це не було передбачено договором довічного утримання (догляду) (ч. 3 ст. 749 ЦК України). Трапляються випадки, коли частина майна відчужувача перейшла до його спадкоємців. У такому разі згідно з п. 2 ч. 3 ст. 749 ЦК України «витрати на його поховання мають бути справедливо розподілені між ними та набувачем».

Договором довічного утримання (догляду) може бути передбачено й інші обов'язки набувача. Так, до змісту договору довічного утримання (догляду) сторони можуть включити додатковий обов'язок набувача щодо «забезпечення відчужувача або третьої особи житлом у будинку (квартирі), який йому переданий за договором» (ч. 2 ст. 750 ЦК України). При цьому, як наголошує законодавець у ч. 2 ст. 750 ЦК України, «в договорі має бути конкретно визначена та частина помешкання, в якій відчужувач має право проживати».

Для повної характеристики зазначеної підстави розірвання договору довічного утримання (догляду) на вимогу відчужувача або третьої особи слід більш детально розкрити основні та додаткові обов'язки набувача за цим договором.

1. *Обов'язок набувача щодо забезпечення відчужувача утриманням та (або) доглядом.*

У ст. 744 ЦК України закріплено, що за договором довічного утримання (догляду) набувач «зобов'язується забезпечувати відчужувача утриманням та (або) доглядом довічно». Тобто основний обов'язок набувача може полягати у вчиненні таких дій: 1) забезпеченні відчужувача утриманням та доглядом; 2) забезпеченні відчужувача утриманням або доглядом. Тобто види дій

набувача, зокрема щодо одночасного забезпечення відчужувача утриманням та доглядом або лише забезпечення утриманням, або лише забезпечення доглядом, будуть залежати від домовленості сторін, що буде відображено в договорі.

На думку М.В.Ткаченка, «у ст.749 ЦК України відбувається змішування понять «утримання» та «догляд», а також доповнення понятійного ряду термінами «матеріальне забезпечення», «опікування», зміст яких стосовно договору довічного утримання також залишається нерозкритим»[1]. Вченим було розмежовано поняття «утримання» та «догляд» таким чином: «Утримання передбачає забезпечення матеріальними та грошовими ресурсами. Натомість догляд не обов'язково пов'язаний з наданням матеріальної допомоги і опосередковується участю набувача в житті відчужувача, наданням набувачем відчужувачу послуг, обсяг яких передбачений договором»[2].

Законодавець у ст.749 ЦК України розкриває обов'язок набувача щодо забезпечення відчужувача утриманням як надання матеріального забезпечення, тобто вказує на матеріальну форму надання такого забезпечення. Судова практика також відображає законодавчу позицію, що «утримання характерне для зобов`язань майнового характеру»[3].

Проаналізувавши практику укладення таких договорів та судову практику вирішення спорів, О.С.Яворська прийшла до висновку, що «для забезпечення стабільності відносин сторін та надійному захисту інтересів відчужувача як більш слабкої сторони договору слід встановити право на стягнення неустойки в разі протермінування виконання обов'язку щодо надання грошового утримання, догляду в інших формах». Водночас вона стверджує про можливість встановлення права відчужувача на стягнення процентів за протермінування виплати, аналогічно до ст.756 ЦК України у випадках, коли договором визначене надання догляду шляхом виплати періодичних грошових платежів, оскільки має місце грошове зобов'язання із договору[4]. Отже, О.С.Яворська пропонує надати відчужувачу право на захист своїх порушених прав внаслідок невиконання чи неналежного виконання обов'язку набувачем за договором довічного утримання (догляду) шляхом застосування до нього заходів цивільно-правової відповідальності. Вважаємо таку позицію вченої слушною. Відчужувач має інтерес до належного виконання набувачем обов'язків і відповідно до

[1] Ткаченко М. В. Договір довічного утримання (догляду) в цивільному праві України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2018. С.75.

[2] Там же. С.20.

[3] Постанова Верховного Суду від 18 серпня 2021 року. Справа № 645/3284/19. Провадження № 61-15301св20. URL : https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/99088261

[4] Яворська О.С. Договір довічного утримання: проблеми теорії та практики застосування. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ*. 2009. № 3. С.10.

збереження дії цього договору, тому слід відчужувача забезпечити усіма засобами для захисту його прав та інтересів із цього договору.

Відповідно до ч.1 ст.749 ЦК України сторони в договорі довічного утримання (догляду) можуть визначити всі види матеріального забезпечення, якими набувач має забезпечувати відчужувача. Наприклад, у договорі може бути передбачено обов'язок набувача «надавати послуги у вигляді побутових послуг (лагодження одягу, взуття, вологе прибирання кімнат — один раз на тиждень, прання та прасування білизни — один раз на 10 днів, виконання різних видів ремонтних робіт, здійснення догляду та надання необхідної допомоги, забезпечення надання медичної допомоги удома лікарями загального профілю, а також лікарями-спеціалістами, щотижневого забезпечення відчужувача продуктами харчування шляхом організації доставки за місцем їх проживання, організації щоденного триразового харчування (сніданок, обід і вечеря))»[1].

У випадках, коли обов'язки набувача не було конкретно визначено, спір має вирішуватися відповідно до засад справедливості та розумності (ч.2 ст.749 ЦК України). І.Й.Пучковська підкреслює, що «відсутність чітко визначених видів матеріального забезпечення й догляду впливає на можливість відчужувача розірвати договір, у зв'язку з порушенням набувачем своїх обов'язків щодо надання такого утримання (догляду)»[2].

Слід зазначити, що більшість позовів про розірвання договору довічного утримання (догляду) ґрунтуються на тому, що відчужувач на момент укладення договору розраховував не на той обсяг і характер послуг, які у подальшому йому надавалися набувачем. Договором довічного утримання (догляду), як правило, встановлюються обов'язки набувача дуже загального формулювання, які не забезпечують загалом потреб відчужувача. Сторони здебільшого мають усні домовленості про деталізацію видів утримання та догляду, з яких відчужувач вважає, що умови договору повинні бути виконані певним чином.

М.Д.Пленюк наголошує на тому, що «сторони мають чітко визначити, в чому саме полягатиме утримання та догляд. Необхідно при укладенні договору довічного утримання (догляду) визначити умови, форми, способи догляду, їхні періодичність, якість та зміст. Якщо в договорі визначено, що відчужувач потребує медичного обслуговування, то треба вказати, якого саме — загального чи спеціального, які ліки необхідні, їхню кількість і приблизну вартість»[3].

[1] Постанова Верховного Суду від 28.03.2018 р. Справа № 509/513/16-ц. Провадження № 61-6725св18. URL : https://reyestr.court.gov.ua/

[2] Пучковська І.Й. Щодо загальної характеристики договору довічного утримання (догляду). *Проблеми законності*. 2009. № 105. С.53.

[3] Пленюк М.Д. Договір довічного утримання (догляду): виникнення, формування, правові характеристики. *Нове українське право*. Вип. 2. 2021. С.39.

РОЗДІЛ 2

Звичайно, можуть виникати різні життєві ситуації, за яких з'являється потреба в забезпеченні відчужувача іншими видами матеріального забезпечення та догляду, які не були встановлені при укладенні договору довічного утримання (догляду). Сторони самостійно домовляються про надання додаткових видів матеріального забезпечення та догляду. Однак за наявності спору про покладення такого додаткового обов'язку на набувача суд буде його вирішувати відповідно до засад справедливості та розумності згідно з ч. 2 ст. 749 ЦК України. Розглянемо на окремому прикладі таку підставу припинення зобов'язання з договору довічного утримання (догляду).

«08 липня 2016 року між двома особами був укладений договір довічного утримання, на виконання якого відчужувач — позивач щомісячно отримувала 900 грн, інша допомога їй не надавалася. 12 вересня 2017 року був укладений договір про заміну набувача в договорі довічного утримання. Позивачка дійсно отримувала кожного місяця по 1 000 грн, але жодної іншої допомоги відповідач їй не надавав. 26 січня 2019 року позивачка отримала травму — закритий перелом шийки стегна, у зв'язку з чим вона звернулася до відповідача, який у грубій формі відмовився надавати будь-яку допомогу. Посилаючись на те, що після укладення договору довічного утримання суттєво змінилися обставини в її житті, а саме суттєво погіршилося здоров'я через отриману травму й вона потребує сторонньої допомоги у зв'язку з безпорадним станом, а відповідач не погоджується на зміну умов договору, відчужував, посилаючись на положення статей 652, 755 ЦК України, просила розірвати укладений між нею та набувачем договір довічного утримання із застосуванням наслідків розірвання договору, шляхом скасування реєстрації права власності на квартиру.

Рішенням Приморського районного суду м. Одеси від 11 липня 2019 року позов задоволено, оскільки подальше виконання договору довічного утримання на попередніх умовах з урахуванням суттєвих змін обставин у житті позивача, а саме отримання травми, унаслідок якої позивачка є лежачою хворою, не може самостійно пересуватися й потребує постійного стороннього догляду, стало неприйнятним для неї і неможливим, оскільки порушується зіставлення майнових інтересів сторін, а саме відповідач набуває у власність нерухоме майно, а позивачка, яка потребує постійного стороннього догляду в силу свого безпорадного стану, отримує лише грошове утримання в розмірі 1 000 грн щомісячно, яке є недостатнім для її утримання.

Постановою Одеського апеляційного суду від 24 жовтня 2019 року апеляційну скаргу відповідача залишено без задоволення, а рішення Приморського районного суду без змін. Друга судова палата Касаційного цивільного суду

у складі ВС також дійшла висновку про залишення касаційної скарги без задоволення, а рішення судів першої та апеляційної інстанцій — без змін»[1].

Вітчизняний законодавець встановлює ще одну додаткову вимогу до змісту договору про обов'язковість індексації грошової оцінки в порядку, встановленому законом (ст. 751 ЦК України). На думку М. Д. Пленюк, «всі види матеріального забезпечення та догляду мають підлягати грошовій оцінці»[2]. Тобто вчена вважає за доцільне не обмежувати обов'язок щодо грошової оцінки лише матеріального забезпечення, яке щомісячно має надаватися відчужувану, а слід поширити цей обов'язок на всі види матеріального забезпечення та догляду.

Таким чином, як слушно зауважує М. В. Ткаченко, «законодавець, застосовуючи таке формулювання, фактично прирівнює матеріальне забезпечення, що надається відчужувачу за договором довічного утримання (догляду) до пенсії та інших аналогічних виплат, що дає підстави суду при вирішенні відповідних спорів застосовувати аналогію закону»[3]. Наприклад, ВС у своїй постанові від 05.06.2019 р. вирішив спір щодо розірвання договору про довічне утримання на вимогу відчужувача на підставі неналежного виконання набувачем своїх обов'язків за цим договором у частині відмови сплати індексації матеріальної допомоги. ВС висловив позицію, що обов'язок сплати набувачем індексації прямо передбачено положеннями ст. 751 ЦК України, а тому заперечення відповідача про те, що несвоєчасна сплата індексації не є порушенням істотних умов договору, не є обґрунтованими[4].

Істотною умовою договору довічного утримання (догляду), якщо основним обов'язком набувача є забезпечення відчужувача доглядом, є визначення всіх видів догляду (опікування) (ч. 1 ст. 749 ЦК України). За висновком ВС, «догляд, з-поміж іншого, може полягати в конкретних діях, турботі та опікуванні набувача над відчужувачем у силу його похилого віку та потребі в сторонній допомозі»[5].

У Класифікаторі соціальних послуг, який було затверджено Наказом Міністерства соціальної політики України 23 червня 2020 року № 429, виділено

[1] Постанова Верховного Суду від 09 листопада 2020 року. Справа № 522/3958/19. Провадження № 61-21438св19. URL : http://iplex.com.ua/doc.php?regnum=92811574&red=1000034600b1c3a6cbfec5cbb305ade4714805&d=5

[2] Пленюк М.Д. Договір довічного утримання (догляду): виникнення, формування, правові характеристики. *Нове українське право.* Вип. 2. 2021. С.38.

[3] Ткаченко М. В. Договір довічного утримання (догляду) в цивільному праві України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2018. С.129.

[4] Постанова Верховного Суду від 05 червня 2019 року. Справа № 755/5449/17. Провадження № 61-48053св 18. URL : https://reyestr.court.gov.ua/

[5] Постанова Верховного Суду від 18 серпня 2021 року. Справа № 645/3284/19. Провадження № 61-15301св20. URL : https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/99088261

такі види догляду: догляд вдома, догляд стаціонарний, денний догляд, денний догляд дітей з інвалідністю та паліативний догляд[1]. Проаналізувавши зміст кожного виду догляду, нами зроблено висновок, що для договору довічного утримання (догляду) мають значення всі зазначені види догляду. Однак найбільш поширений на практиці догляд вдома, що встановлюється за місцем проживання чи за місцем перебування отримувача соціальної послуги (вдома). Догляд вдома включає такі види допомоги: «в самообслуговуванні (дотримання особистої гігієни, рухового режиму, годування), пересуванні в побутових умовах, веденні домашнього господарства (закупівля і доставка продуктів харчування, ліків та інших товарів, приготування їжі, косметичне прибирання житла, оплата комунальних платежів, прання білизни, дрібний ремонт одягу), в організації взаємодії з іншими фахівцями та службами (виклик лікаря, працівників комунальних служб, транспортних служб тощо); навчання навичкам самообслуговування; допомога в забезпеченні технічними засобами реабілітації, навчання навичкам користування ними; психологічна підтримка; інформування та представництво інтересів» (код 015.1)[2].

2. Обов'язок набувача щодо забезпечення відчужувача або третьої особи житлом[3].

Якщо предметом договору довічного утримання (догляду) є будинок (квартира), то одним із найбільш важливих для сторін є вирішення питання про те, чи повинен набувач забезпечити відчужувача (або третю особу) житлом. У ст. 750 ЦК України закріплено правило про те, що набувач може бути зобов'язаний забезпечити відчужувача або третю особу житлом у будинку (квартирі), який йому було передано за договором довічного утримання (догляду). Зі змісту цієї норми випливає, що вирішити поставлене питання сторони мають право на момент укладення договору довічного утримання (догляду) шляхом закріплення в договорі такого обов'язку набувача. Тобто такий обов'язок набувача встановлюється в договорі лише за домовленістю сторін, а не є обов'язковим згідно із законом. При цьому, якщо договором його було встановлено, то згідно з ч. 2 ст. 750 ЦК України «в договорі має бути конкретно визначена та частина помешкання, в якій відчужувач має право проживати». Крім того, законодавець наголошує на тому, що набувач

[1] Класифікатор соціальних послуг, затв. Наказом Міністерства соціальної політики України 23 червня 2020 року № 429. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0643-20#Text

[2] Класифікатор соціальних послуг. Там само.

[3] Погребняк М.В. Обов'язок набувача щодо забезпечення відчужувача або третьої особи житлом. *Актуальні проблеми юридичної науки : збірник тез Міжнародної науково-практичної конференції «Двадцять перші осінні юридичні читання»* (м. Хмельницький, 6 жовтня 2022 року). Хмельницький : Хмельницький університет управління та права імені Леоніда Юзькова, 2022. С. 155–157.

забезпечує житлом відчужувача лише в будинку (квартирі), який йому переданий за договором довічного утримання (догляду).

На нашу думку, законодавча позиція щодо можливості забезпечення житлом відчужувача лише в будинку (квартирі), який йому переданий за договором довічного утримання (догляду), є спірною. Відповідно до ст. 627 ЦК України сторони можуть встановити у договорі довічного утримання (догляду) такий вид матеріального забезпечення, як забезпечення житлом відчужувача в будь-якому іншому будинку (квартирі), зокрема укласти договір найму житла для проживання в ньому відчужувача. Слід зазначити, що у ЦК УРСР 1963 р. до різновидів матеріального забезпечення було віднесено забезпечення у вигляді житла[1], тоді як у главі 57 ЦК України відсутня будь-яка вказівка на види матеріального забезпечення відчужувача. Це той випадок у радянському законодавстві, який слід визнати правильною позицією, що дозволяє повною мірою здійснити принцип свободи цивільно-правового договору.

Вважаємо, що врегулювати взаємовідносини сторони в договорі можуть таким чином: 1) у будинку (квартирі) проживає лише відчужувач або третя особа; 2) у будинку (квартирі) проживає відчужувач (або третя особа) та набувач; 3) за множинності осіб у зобов'язанні на стороні відчужувача, — право проживати належить одній особі, а забезпечення утриманням та (або) доглядом надається іншій особі; 4) набувач не має обов'язку забезпечити відчужувача житлом; 5) у договорі відсутня будь-яка згадка про забезпечення відчужувача житлом.

Слід зазначити, що деякі вчені тлумачать законодавчу дефініцію (ст. 750 ЦК України) по-іншому. Наприклад, М. С. Долинська зазначає: «Якщо предметом договору є будинок (квартира), то набувач (згідно зі ст. 750 ЦК) повинен забезпечити відчужувача (або третю особу) житлом, зазначивши в тексті договору, яка частина помешкання надається відчужувачеві)»[2]. Тобто вчена вказує на обов'язок набувача забезпечити відчужувача (або третю особу) житлом, якщо предметом договору є будинок (квартира). З цією позицією погодитися не можна, оскільки для набувача це буде обов'язком лише тоді, коли його буде закріплено в договорі.

Заслуговує на підтримку позиція М. В. Ткаченка, що «право на забезпечення житлом означає ніщо інше, як сервітут»[3]. Відповідно до ст. 401 та ст. 402

[1] Цивільний кодекс Української РСР від 18.07.1963. № 1540-VI (зі змінами та доповненнями). *Бюлетень законодавства і юридичної практики України.* 1999. № 1. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1540-06#Text (Втрата чинності від 01.01.2004, підстава - 435-IV).

[2] Долинська М. С. Особливості нотаріального посвідчення договору довічного утримання (догляду). *Актуальні проблеми держави і права.* 2012. Вип. 64. С.323.

[3] Ткаченко М. В. Договір довічного утримання (догляду) в цивільному праві України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2018. С.130.

ЦК України сервітутом є право користування чужим майном, що може бути встановлено договором, законом, заповітом або рішенням суду. Вчений вбачає відмінність сервітуту, передбаченого ст. 405 ЦК України, від сервітуту за договором довічного утримання (догляду) в тому, що на підставі цього договору «у особи спочатку припиняється право власності на житло, а потім виникає право користування цим же житлом у межах, визначених сторонами в договорі»[1].

Право користування житлом може бути припинено у випадку, якщо відчужувача відповідно до Закону України «Про соціальні послуги»[2] було влаштовано до установи органів соціального захисту населення, де йому надаються стаціонарно соціальні послуги в приміщенні надавача соціальних послуг в умовах цілодобового перебування (проживання) отримувача соціальної послуги із забезпеченням харчуванням та умовами для проживання (ч. 3 ст. 16). Особи, які перебувають у таких установах, перебувають на повному матеріальному забезпеченні. При цьому оплата соціальних послуг може надаватися як за рахунок бюджетних коштів, із установленням диференційованої плати залежно від доходу отримувача соціальних послуг, так і за рахунок отримувача соціальних послуг або третіх осіб (ст. 28 цього Закону). Із врахуванням таких обставин, за домовленістю сторін, можуть змінюватися умови договору довічного утримання (догляду) щодо змісту обов'язку набувача щодо матеріального забезпечення відчужувача.

Відповідно до ст. 322 ЦК України тягар утримання майна покладається на власника, якщо інше не встановлено договором або законом. Це означає, що він має нести витрати, необхідні для збереження майна, а також мусить вжити всіх заходів, пов'язаних із забезпеченням належного стану майна[3]. Якщо за договором довічного утримання (догляду) у власність набувача передається житловий будинок, квартира або їхня частина, то тягар утримання цього помешкання включає витрати на сплату комунальних послуг, постачання газу, світла, води тощо. Крім того, набувач як власник зобов'язаний здійснювати поточний і капітальний ремонт нерухомого майна.

Виникає питання: чи може за договором довічного утримання (догляду) відчужувач нести тягар утримання житлом, переданим йому набувачем повністю чи частково для проживання?

Згідно зі ст. 322 ЦК України власник має право за договором передати повністю або частково тягар утримання майна іншій особі. Однак для

[1] Там же. С. 140.

[2] Про соціальні послуги : Закон України від 17.01.2019. № 2671-VIII. *Відомості Верховної Ради*. 2019. № 18. ст. 73. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2671-19#Text

[3] Цивільний кодекс України : науково-практичний коментар / Є. О. Харитонов та ін. ; за ред. Є. О. Харитонова. Х. : ТОВ «Одіссей», 2006. С. 326.

відчужувача метою укладення договору довічного утримання (догляду) є одержання від набувача матеріального забезпечення та (або) догляду. Цей договір, як правило, укладається громадянами з низьким рівнем доходів, для яких матеріальне забезпечення є основним джерелом існування. Тому покладення на відчужувача обов'язку сплачувати комунальні та інші платежі за користування житлом є недоцільним, оскільки суперечить меті та сутності договору довічного утримання (догляду). Відповідно набувач, який сплачує комунальні та інші платежі, підтримує належний стан житлового приміщення, такими діями забезпечує необхідні умови для проживання в ньому відчужувача, тобто забезпечує його матеріальне утримання.

Водночас, на нашу думку, відповідно до ст. 322 та ст. 627 ЦК України сторони вільні у визначенні умов договору довічного утримання (догляду), тому можуть домовитися про покладення на відчужувача обов'язку сплачувати комунальні та інші платежі за користування житлом. Однак таке правило повинно діяти лише в тому випадку, якщо воно встановлено договором. Відповідно, якщо в договорі довічного утримання (догляду) відсутній такий обов'язок для відчужувача, то набувач згідно із законом повинен нести такі витрати. Наша позиція зумовлена тим, що, якщо договором довічного утримання (догляду) встановлено обов'язок набувача забезпечити відчужувача або третю особу житлом, то такий обов'язок потрібно розглядати як вид матеріального забезпечення відчужувача утриманням.

Вважаємо за необхідне доповнити частину першу ст. 750 ЦК України новим пунктом третім такого змісту: «*Набувач несе тягар утримання житлом у будинку (квартирі), який йому переданий за договором довічного утримання (догляду), якщо інше не передбачено цим договором*», а також ст. 750 ЦК України новою частиною другою такого змісту: «*Набувач може бути зобов'язаний забезпечити відчужувача або третю особу житлом в іншому будинку (квартирі). У цьому разі тягар утримання житлом покладається на набувача*».

3. Обов'язок набувача щодо поховання відчужувача в разі його смерті.

Як уже нами зазначалося, що цей обов'язок набувача закріплено в Законі (ч. 3 ст. 749 ЦК України), тому сторони не можуть домовитися в договорі про звільнення набувача від нього. Єдине, про що може мати місце домовленість сторін, то це щодо розподілу витрат на поховання відчужувача, якщо має місце множинність осіб на стороні набувача або частина майна відчужувача відійшла до спадкоємців.

Доцільно в договорі встановити види ритуальних послуг, за які зобов'язаний буде сплатити набувач. Однак, якщо такі види не буде визначено договором, то набувач у будь-якому випадку повинен сплатити за оформлення документів для поховання та самі поховання.

Здебільшого відчужувачем виступає одинока людина похилого віку, тому немає тих осіб, хто міг би проконтролювати належне виконання цього обов'язку набувача. Це означає, що обов'язок набувача поховати відчужувача в разі його смерті, як правило, залежить від моральних якостей набувача, а не від правового поля.

Водночас виникає питання: який правовий наслідок настає для набувача, якщо він не виконує чи неналежним чином виконує свій обов'язок щодо поховання відчужувача? Якщо немає спадкоємців у відчужувача, то хто має право захистити права відчужувача в разі його смерті в разі порушення умов договору довічного утримання (догляду)?

У межах цього дослідження нами неодноразово висвітлювалася діяльність нотаріуса при укладенні договору довічного утримання (догляду), яка пов'язана з посвідченням цього договору, накладенням заборони відчуження майна в реєстрі для реєстрації нотаріальних дій та реєстрі для реєстрації заборон відчуження нерухомого та рухомого майна, арештів, накладених на майно судами, слідчими органами, і реєстрації зняття таких заборон та арештів (п. 7.5 глави 2, п. 4.1 глави 15 Порядку вчинення нотаріальних дій нотаріусами України)[1]. У випадку припинення договору довічного утримання (догляду) нотаріус знімає заборону відчуження майна при одержанні повідомлення (п. 5.1 глави 15 цього Порядку), про що робить відповідні відмітки в реєстрі для реєстрації заборон і арештів та в алфавітній книзі обліку заборон відчуження і арештів нерухомого майна (п. 6.1 глави 15 цього Порядку). Отже, як зазначають С. Д. Гринько та Р. В. Гринько, «нотаріус, взявши на себе таке зобов'язання, виконує охоронну функцію, спрямовану на охорону і захист прав та інтересів учасників договірного зобов'язання»[2].

Враховуючи вищевикладене значення діяльності нотаріуса для динаміки зобов'язання з договору довічного утримання (догляду), вважаємо за доцільне покласти на нотаріуса обов'язок перевіряти належне виконання обов'язку набувача про поховання відчужувача, а також усіх передбачених договором довічного утримання (догляду) видів ритуальних послуг. Для цього набувач повинен як докази подати нотаріусу квитанції та інші документи, які свідчили б про повне і безумовне виконання зобов'язання.

У цивільному законодавстві України закріплено правові наслідки розірвання договору довічного утримання (догляду) на вимогу відчужувача:

[1] Порядок вчинення нотаріальних дій нотаріусами України : затв. Наказом Міністерства юстиції України 22.02.2012 № 296/5; за реєстр. в Міністерстві юстиції України 22.02.2012 № 282/20595. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0282-12#Text

[2] Гринько С. Д., Гринько Р. В. Заходи оперативного впливу, пов'язані з виконанням зобов'язання за рахунок боржника. *Університетські наукові записки*. 2016. № 1. С.52.

1) відчужувач набуває право власності на майно, яке було ним передано набувачеві;

2) відчужувач має право вимагати його повернення;

3) витрати, зроблені набувачем на утримання та (або) догляд відчужувача, не підлягають поверненню (ч.1 ст.756 ЦК України).

Отже, відчужувач має право заявити вимогу про розірвання цього договору лише за своє життя, оскільки «договір довічного утримання (догляду) припиняється зі смертю відчужувача» (ч.2 ст.755 ЦК України).

Трапляються ситуації, за яких відчужувач подав позовну заяву про розірвання договору, однак помер до прийняття судом рішення в цій справі. Відповідно виникає питання про захист майнових прав та інтересів померлого відчужувача? Відповідь на це питання було дано ВС у низці своїх постанов.

1. «Позов про розірвання договору довічного утримання та визнання права власності на квартиру за відчужувачем пред`явлено за життя відчужувача, тому факт смерті відчужувача до вирішення справи судом допускає правонаступництво у спірних правовідносинах, тому оспорюваний договір довічного утримання може бути розірвано.

2. Якщо правонаступник позовних вимог відчужувача про розірвання договору довічного утримання не підтримав, то він має право набути вказане нерухоме майно у власність не на підставі статті 756 ЦК України, а в порядку спадкування у позасудовому порядку або в судовому порядку, якщо судом буде встановлено у нього таке право»[1].

Також окремого дослідження потребує питання розірвання договору довічного утримання (догляду) з ініціативи набувача майна та щодо правових наслідків припинення зобов'язання.

Відповідно до п.2 ч.1 ст.755 ЦК України договір довічного утримання (догляду) може бути розірваний за рішенням суду на вимогу набувача. При цьому припинення договору в такому випадку оформлюється за заявою зацікавленої особи — сторони договору та на підставі рішення суду про розірвання договору довічного утримання (догляду)[2].

Водночас у ч.2 ст.756 ЦК України зазначається про розірвання договору довічного утримання (догляду) за вимогою набувача у зв'язку з неможливістю його подальшого виконання з підстав, що мають істотне значення.

[1] Постанова Верховного Суду від 25 грудня 2013 року. Справа № 6-142цс13. URL : https://reyestr.court.gov.ua/; Постанова Верховного Суду від 12 квітня 2018 року. Справа № 759/14846/15-ц. URL : https://reyestr.court.gov.ua/; Постанова Верховного Суду від від 15 травня 2019 року у справі № 306/2548/14-ц. URL : https://reyestr.court.gov.ua/; Постанова Верховного Суду від 30 червня 2021 року. Справа №310/5175/15-ц. Провадження № 61-6666св20. URL : http://iplex.com.ua/doc.php?regnum=98105342&red=1000035ecadba4d3c1 c668b1c0613684d959fd&d=5

[2] В яких випадках договір довічного утримання (догляду) припиняє свою дію? URL : https://ldn.org.ua/useful-material/v-akih-vipadkah-dogovir-dovicnogo-utrimanna-dogladu-pripinae-svou-diu/

У викладеній позиції вбачаємо відмінність від позиції ЦК УРСР 1963 р., де у ч. 2 ст. 428 було встановлено право набувача майна вимагати розірвання договору довічного утримання в разі, «якщо з незалежних від нього обставин його майновий стан змінився настільки, що він не має змоги надавати відчужувачеві обумовлене забезпечення»[1].

Слід зазначити, що Є. О. Харитонов і О. В. Старцев слушно звертають увагу на те, що законодавець у п. 2 ч. 1 ст. 755 ЦК України не вказує підстави для розірвання договору довічного утримання (догляду) на вимогу набувача. Водночас учені виділяють дві ймовірні підстави для звернення набувача з такою вимогою: а) «неможливість виконання набувачем договору з підстав, що мають істотне значення (наприклад, хвороба набувача), невигідність договору довічного утримання (догляду) для набувача (наприклад, коли сума, належна до сплати за договором довічного утримання (догляду), відповідно до закону була збільшена настільки, що внаслідок виплати збільшеної суми набувач втрачає вигоди, на одержання яких він міг розраховувати при укладенні договору; б) у разі істотного порушення договору відчужувачем (наприклад, непередання майна за договором, передання майна із необумовленими недоліками чи обтяженнями)»[2].

На нашу думку, формулювання змісту п. 2 ч. 1 ст. 755 ЦК України слід тлумачити так: набувачеві надається право в будь-який час без будь-якого пояснення причини вимагати розірвання договору довічного утримання (догляду). Підстава для звернення набувача з вимогою про розірвання договору довічного утримання (догляду) має значення лише щодо настання правових наслідків розірвання цього договору.

У випадку розірвання договору довічного утримання (догляду) за вимогою набувача, у зв'язку з неможливістю його подальшого виконання з підстав, що мають істотне значення, суд може залишити за набувачем право власності на частину майна, з урахуванням тривалості часу, протягом якого він належно виконував свої обов'язки за договором (ч. 2 ст. 756 ЦК України).

В інших випадках розірвання договору на вимогу набувача відчужувачеві повертається право власності на майно, яке було ним передане, а зроблені набувачем витрати на утримання та (або) догляд відчужувача, не підлягають поверненню. Отже, законодавець встановлюється різні правові наслідки розірвання договору довічного утримання (догляду) залежно від наявності підстави, що має істотне значення для неможливості подальшого виконання обов'язку за договором.

[1] Цивільний кодекс Української РСР від 18.07.1963. № 1540-VI (зі змінами та доповненнями). *Бюлетень законодавства і юридичної практики України.* 1999. № 1. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1540-06#Text (Втрата чинності від 01.01.2004, підстава – 435-IV)

[2] Харитонов Є.О., Старцев О.В. Цивільне і право України : підручник. К. : Істина, 2007. С.534.

На думку О.С.Яворської, зазначена позиція в законодавстві «має позитивний характер, оскільки спрямована на захист інтересів добросовісних набувачів за договором»[1].

Заслуговують на увагу міркування О.М.Великороди щодо доцільності того, коли при вирішенні питання про залишення за набувачем права власності на частину майна, враховувалась не тільки тривалість часу належного виконання договору, але й витрати зроблені набувачем та майно, яке було передане за цим договором»[2]. На думку О.С.Яворської, зазначена «пропозиція О.М.Великороди є слушною, однак належне виконання договору охоплює конкретні витрати та їх вартісний вираз, що були понесені набувачем у зв'язку з виконанням договору. Тому при вирішенні конкретного спору суд і так враховуватиме ці обставини». Слушною є думка О.С.Яворської, яка зауважує на те, що «застосовуючи норми ст.756 ЦКУ, суд, очевидно, мав би враховувати характеристику майна, з огляду на можливість його поділу»[3].

Під час виконання договору довічного утримання (догляду) можуть виявитися обставини, які не могли бути враховані сторонами при його укладенні, але істотно впливають на інтереси однієї чи обох сторін[4]. Відповідно до ст.652 ЦК України набувач має право розірвати договір у зв'язку з істотною зміною обставин, якщо сторони не досягли згоди щодо погодження договору з обставинами, які істотно змінились, або щодо його розірвання. Для здійснення цього права набувач має звернутися до суду з відповідною заявою, який визначає наслідки розірвання договору, виходячи з необхідності справедливого розподілу між сторонами витрат, понесених ними у зв'язку з виконанням цього договору (ч.3 ст.652 ЦК України).

Враховуючи вищезазначене, слід навести твердження В.Д.Примака: «Під час застосування ст.652 ЦК України не можна забувати про її зв'язок зі ст.607 ЦК України — «зобов'язання припиняється неможливістю його виконання у зв'язку з обставиною, за яку жодна із сторін не відповідає». Тому, якщо виконання договору є об'єктивно неможливим, а не утрудненим, належним способом захисту буде не зміна або розірвання договору у зв'язку з істотною зміною обставин, а визнання зобов'язання припиненим через неможливості його виконання»[5].

[1] Яворська О.С. Договір довічного утримання: проблеми теорії та практики застосування. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ*. 2009. № 3. С.11.

[2] Великорода О. М. Договір довічного утримання : автореф. дис. ... канд. юр. наук : 12.00.03. Івано-Франківськ, 2006. С.18.

[3] Яворська О.С. Там само. С.314-315.

[4] Цивільний кодекс України : науково-практичний коментар / Є. О. Харитонов та ін. ; за ред. Є. О. Харитонова. Х. : ТОВ «Одіссей», 2006. С.639.

[5] Примак В.Д. Розірвання договору як спосіб цивільно-правового захисту в кризових умовах. *Підприємництво, господарство і право*. 2020. № 5. С.47.

Законодавець у ч. 2 ст. 653 ЦК України закріпив умови, за яких договір може бути розірваний: «1) в момент укладення договору сторони виходили з того, що така зміна обставин не настане; 2) зміна обставин зумовлена причинами, які заінтересована сторона не могла усунути після їх виникнення при всій турботливості та обачності, які від неї вимагалися; 3) виконання договору порушило б зіставлення майнових інтересів сторін і позбавило б заінтересовану сторону того, на що вона розраховувала при укладенні договору; 4) із суті договору або звичаїв ділового обороту не випливає, що ризик зміни обставин несе заінтересована сторона».

Відповідно до частин 2 і 3 ст. 653 ЦК України розірвання договору на вимогу набувача спричиняє припинення зобов'язання з договору довічного утримання (догляду) з моменту набрання рішення суду законної сили. Правовими наслідками припинення зобов'язання з цієї причини законодавець називає такі: «Сторони не мають права вимагати повернення того, що було виконане ними за зобов'язанням до моменту зміни або розірвання договору, якщо інше не встановлено договором або законом» (ч. 4 ст. 653 ЦК України). Однак закріплений у ч. 4 ст. 653 ЦК України правовий наслідок припинення зобов'язання не можна застосувати для договору довічного утримання (догляду). Це пояснюється тим, що для договору довічного утримання (догляду) законодавець у ст. 756 ЦК України передбачає спеціальні правові наслідки розірвання цього договору. У разі розірвання договору довічного утримання (догляду), у зв'язку з істотною зміною обставин, суд може залишити за набувачем право власності на частину майна, з урахуванням тривалості часу, протягом якого він належно виконував свої обов'язки за договором.

Наступною підставою для розірвання договору довічного утримання (догляду) на вимогу набувача є відмова відчужувача у наданні згоди на передання обов'язків набувача за договором довічного утримання (догляду) іншій особі. Нами у попередніх підрозділах розкривалося питання про право набувача — фізичної особи передати свої обов'язки за договором довічного утримання (догляду) в разі неможливості їх подальшого виконання з підстав, що мають істотне значення, члену своєї сім'ї або іншій особі (ч. 1 ст. 752 ЦК України). Тобто мова йде про заміну набувача за договором довічного утримання (догляду).

Обов'язковими умовами такої заміни набувача як боржника є такі: 1) наявність факту неможливості подальшого виконання фізичною особою обов'язків набувача за договором довічного утримання (догляду) з підстав, що мають істотне значення; 2) наявність згоди особи, якій мають бути передані такі обов'язки; 3) наявність згоди відчужувача (ч. 1 ст. 752 ЦК України).

Правовий механізм заміни набувача полягає у вчиненні правочину, що є додатком до основного договору довічного утримання (догляду). Правочин щодо заміни набувача (боржника) у зобов'язанні вчиняється в такій самій формі, що і правочин, на підставі якого виникло зобов'язання, право вимоги за яким передається новому кредиторові (ст.ст. 513, 520 ЦК України). Тобто правочин про заміну набувача в договорі довічного утримання (догляду) вчиняється в письмовій формі та підлягає нотаріальному посвідченню (ст. 745 ЦК України). Для вчинення такого правочину обов'язково потрібна згода відчужувача, оскільки така вимога щодо заміни набувача відповідає загальним вимогам для заміни боржника в зобов'язанні: «Боржник у зобов'язанні може бути замінений іншою особою (переведення боргу) лише за згодою кредитора, якщо інше не передбачено законом» (ст. 520 ЦК України). На випадок відмови відчужувача в наданні згоди на передання обов'язків набувача за договором довічного утримання (догляду) іншій особі у законодавстві передбачено право набувача оскаржити таку відмову до суду (ч. 2 ст. 752 ЦК України). Розглядаючи таке звернення набувача, суд повинен взяти до уваги тривалість виконання договору та інші обставини, які мають істотне значення (ч. 2 ст. 752 ЦК України). Тобто суд із врахуванням вищезазначених обставин може задовольнити прохання набувача про передачу його обов'язків за договором довічного утримання (догляду) члену його сім'ї чи іншій особі або відмовити в його задоволенні.

Якщо набувач звернувся до суду з вимогою про розірвання договору довічного утримання (догляду), у зв'язку з відмовою відчужувача в наданні згоди на передання обов'язків набувача за договором довічного утримання (догляду) іншій особі відповідно до п. 2 ч. 1 ст. 755 ЦК України, то суд має право застосувати правові наслідки розірвання договору, передбачені у ч. 2 ст. 756 ЦК України, оскільки підставою для звернення до суду є факт неможливості подальшого виконання набувачем обов'язків за договором довічного утримання (догляду) з підстав, що мають істотне значення. Подібні міркування висловлють також провідні вітчизняні вчені. На думку І. О. Дзери, для застосування правових наслідків розірвання договору згідно з ч. 2 ст. 756 ЦК України на вимогу набувача є «незгода відчужувача від заміни набувача за договором з підстав неможливості останнім виконувати обов'язки за договором»[1].

У першому розділі цієї дисертаційної роботи нами розкривалися особливості зобов'язань із договору довічного утримання (догляду) за участю декількох осіб на стороні набувача, якими може бути й подружжя. Відповідно до ч. 3 ст. 746 ЦК України всі особи на стороні набувача стають «співвласниками

[1] Договірне право України. Особлива частина : навч. посіб. / Т.В. Боднар, О.В. Дзера, Н.С. Кузнєцова та ін.; за ред. О.В. Дзери. К. : Юрінком Інтер, 2009. С.191.

майна, переданого їм за договором довічного утримання (догляду), на праві спільної сумісної власності».

На практиці виникають питання про право одного з набувачів — колишнього подружжя, розірвати договір довічного утримання (догляду), якщо його було укладено під час перебування ними у шлюбі. Розглянемо таку життєву ситуацію та позицію ВС з цього питання, коли відчужувач за договором довічного утримання ще не помер, а подружжя вже розлучилося і почало ділити спільне майно.

Колишня дружина набувача подала до суду позов про визнання будинку, набутого за договором довічного утримання, сумісною власністю подружжя та про поділ цього будинку навпіл. Окрім цього, набувач, а не відчужувач, самостійно звернувся із позовом про розірвання договору довічного утримання, оскільки він не може виконувати прийняті на себе зобов'язання.

ВС висловив позицію, що «відповідно до ст. 60 СК України у сімейному праві діє презумпція права спільної сумісної власності майна подружжя, яка діє також і для майна набутого на підставі договору довічного утримання. Таке майно, як у будь-яке інше спільне сумісне майно, набуте під час шлюбу, підлягає поділу в порядку, передбаченому ст. 70 СК України. Відповідно той з подружжя, хто оспорює презумцію права спільної сумісної власності на окремі об'єкти майна, повинен довести в суді, що справжньою метою укладання договору довічного утримання були не інтереси сім'ї, а його особисті інтереси». У справі, яка нами розглядається, набувач цього не довів. Водночас його колишня дружина надала докази належного виконання нею обов'язку за договором довічного утримання (догляду). Вона зазначала, що «разом із відповідачем та їхніми дітьми в період шлюбу однією сім'єю проживали в будинку, одержаному внаслідок укладення договору довічного утримання, здійснювали поточний ремонт будинку, а також доглядали та забезпечували за рахунок сімейного бюджету утримання відчужувача»[1].

Вищезазначене дозволяє зробити висновок про правові наслідки вирішення цієї ситуації:

1) якщо стороною договору довічного утримання (догляду) є один із подружжя, якому було передано відчужувачем майно за цим договором, то діє презумпція права спільної сумісної власності майна подружжя;

2) набувач має право оспорити презумцію права спільної сумісної власності, а для цього він повинен довести, що справжньою метою укладання договору довічного утримання були не інтереси сім'ї, а його особисті інтереси;

3) якщо набувач не оспорив презумцію права спільної сумісної власності, то майно, передане відчужувачем за договором довічного утримання (догляду), належить подружжю та підлягає поділу;

[1] Правова позиція Верховного Суду України. Справа № 6-843цс17. URL :

4) якщо суд задовольняє вимогу набувача — колишнього подружжя, про розірвання договору довічного утримання (догляду), то для нього зобов'язання за цим договором припиняються з настанням правових наслідків, передбачених у ч.1 ст.756 ЦК України. Це означає, що відчужувач набуває право власності на частину майна, яке було ним передано, і має право вимагати його повернення. У цьому випадку набувачеві не повертаються витрати, зроблені на утримання та (або) догляд відчужувача;

5) якщо внаслідок поділу майна, що було передано відчужувачем за договором довічного утримання (догляду), його частина перейшла до іншої особи — колишнього подружжя, то до нього переходять права та обов'язки набувача за цим договором довічного утримання (догляду);

6) за наявності ситуації, викладеної нами в п'ятому пункті, набувач має право звернутися до відчужувача про зміни договору довічного утримання (догляду), у зв'язку з істотною зміною обставин, а в разі не досягнення такої згоди — до суду (ст.652 ЦК України). Вважаємо, що такі зміни договору повинні стосуватися зміни обсягу та видів матеріального забезпечення та (або) догляду відчужувача, оскільки відчужувач набув право власності на частину майна, яке було ним передано набувачеві. Крім того, суд повинен буде задовольнити таку вимогу нового набувача (повністю або частково, залежно від її змісту та обставин) відповідно до засад справедливості, добросовісності та розумності (п.6 ч.1 ст.3 ЦК України).

Таким чином, договір довічного утримання (догляду) може бути розірваний за рішенням суду на вимогу набувача. Правові наслідки розірвання договору довічного утримання (догляду) на вимогу набувача залежать від того, чи має місце неможливість подальшого виконання набувачем обов'язку за договором із підстав, що мають істотне значення.

За спеціальними підставами відбувається розірвання договору довічного утримання (догляду) відповідно до ст.ст.755 і 756 ЦК України: 1) на вимогу відчужувача в разі невиконання або неналежного виконання набувачем своїх обов'язків, незалежно від його вини; 2) на вимогу набувача у зв'язку з неможливістю подальшого виконання набувачем договору з підстав, що мають істотне значення; 3) на вимогу набувача, незалежно від підстав.

Пропонується доповнити частину першу статті 755 ЦК України: «Договір довічного утримання (догляду) може бути розірваний за рішенням суду» новим підпунктом такого змісту: «3) *на вимогу відчужувача або набувача, якщо згідно з нормами моралі та втратою взаємної довіри договірні правовідносини між сторонами не можуть надалі існувати*».

Пропонується доповнити частину першу ст.750 ЦК України новим пунктом третім такого змісту: «*Набувач несе тягар утримання житлом у будинку*

(квартирі), який йому переданий за договором довічного утримання (догляду), якщо інше не передбачено цим договором», а також ст. 750 ЦК України новою частиною другою такого змісту: «*Набувач може бути зобов'язаний забезпечити відчужувача або третю особу житлом в іншому будинку (квартирі). У цьому разі тягар утримання житлом покладається на набувача».*

Формами реальної поведінки учасників із розірвання договору є: 1) домовленість (згода) сторін; 2) вимога однієї зі сторін.

Право на розірвання договору довічного утримання (догляду) за згодою сторони здійснюють шляхом укладення договору про розірвання договору.

Відчужувач або третя особа мають право звернутися до суду з вимогою про розірвання договору довічного утримання (догляду) в разі невиконання або неналежного виконання набувачем своїх обов'язків (основних та додаткових).

Договір довічного утримання (догляду) може бути розірваний за рішенням суду на вимогу набувача. Правові наслідки розірвання договору довічного утримання (догляду) на вимогу набувача залежать від того, чи має місце неможливість подальшого виконання набувачем обов'язку за договором із підстав, що мають істотне значення:

1) за наявності таких підстав суд може залишити за набувачем право власності на частину майна, з урахуванням тривалості часу, протягом якого він належно виконував свої обов'язки за договором;

2) за відсутності таких підстав відчужувач набуває право власності на майно, яке було ним передане набувачеві, та йому це майно повертається, а витрати, зроблені набувачем на утримання та (або) догляд віжчужувача, не підлягають поверненню.

2.7. Смерть як підстава припинення договірного зобов'язання

Смерть людини має важливе значення для цивільних відносин, у тому числі й для договірних. Та, незважаючи на значимість цього соціально-юридичного факту, вчені-правники не приділяють належної уваги цій життєвій обставині, а тільки поверхнево розглядають смерть людини серед низки інших юридичних фактів, тому ця обставина так і залишається малодослідженою в юридичній літературі.

Насамперед, слід визначити сутність поняття «смерть».

Смерть людини досліджується багатьма науками, внесок кожної з яких суттєво збагачує знання про завершальний етап людського життя. У філософських енциклопедичних словниках смерть розкривається як природний кінець життя живого організму, після якого тіло підлягає впливу тільки законів неорганічної природи. Тобто смерть пов'язується з припиненням

життєдіяльності біологічної системи людини. Смерть — це індивідуальний досвід, а в нас немає досвіду смерті, і щоб ми про неї не вигадували — це усього лише сурогат, вважав Камю[1]. Ф. Енгельс визначав смерть як відсутність життя, тобто смерть є антиподом життя. Якщо життя є способом існування білкових тіл, що полягає в постійному самооновленні хімічних складових цих тіл шляхом живлення і виділення, то смерть — припиненням безупинного перетворення складових, постійною зміною живлення і виділення, моментом з якого білкове тіло припиняє своє існування, розкладається, тобто вмирає — вважав філософ[2]. У цьому Ф. Енгельс вбачав сутність діалектичного вчення про життя і смерть, що виходить з уявлення про їхню єдність, тому розглядається як боротьба протилежностей: «Жити означає померти»[3]. Діалектичний підхід було взято за основу при формуванні дефініцій поняття смерті в інших сферах суспільного життя.

Для релігії — смерть це вінець життя, остання велика пригода. Якщо помираємо добре, це означає, що наше життя було вдалим; якщо погано, то було поразкою. У словнику з релігієзнавства смерть це закон, своєрідне алібі Бога, котрий доводить ірраціональним способом своє існування. В. В. Розанов трактує смерть як кінець сходження паралельних ліній[4]. З його поетичного бачення: смерть — це вічність, а життя — момент[5].

Смерть – по-християнськи, це розлучення душі з тілом, які були сполучені Божою волею. Внаслідок нашого «падіння» смерть розлучає душу і тіло, тіло перестає бути нетлінним[6;7]. Святитель Ігнатій Брянчанінов визначає смерть як велике таїнство: «Вона — народження людини із земного, тимчасового життя у вічність»[8].

У медицині смерть розглядається як незворотне припинення життєдіяльності організму, неминучий кінець існування всякої живої істоти[9].

Свій підхід до поняття «смерть» сформовано і в праві.

Юридична енциклопедія визначає смерть як незворотне припинення основних життєвих функцій організму (кровообігу, дихання, діяльності

[1] Камю А. Бунтующий человек. М. : Политиздат, 1990. С. 31.

[2] Енгельс Ф. Діалектика природи. Избранные произведения. М. : Политздат, 1955. Т. 20. С. 86.

[3] Енгельс Ф. Вказана праця. С. 87.

[4] Найда А., Малик О. Філософські уявлення, історичні традиції та культурологічні особливості сприйняття смерті. *Вісник львів. ун-ту. Серія юридична.* Випуск 53. 2011. С. 42.

[5] Розанов В. В. Уединенное М. : Политиздат, 1990. С. 43.

[6] Найда А., Малик О. Вказана праця. С. 38.

[7] Етика для лікарів, медсестер та пацієнтів / пер. Т. Різун. Львів : Свічадо, 2008. С. 59.

[8] Баринов О. В. Классификация юридических фактов и их значение в трудовом праве. *Вестник ЛГУ. Серия экономика, философия, право.* 1978. № 23. Вып. 4. С. 76.

[9] Большая медицинская энциклопедия (гл. ред. Б.В. Петровский). 3-е изд. М., 1978. Т. 23. С. 323.

центральної нервової системи), природний кінець існування всякої відокремленої живої системи[1].

Спеціальний комітет Гарвардського медичного факультету в 1968 році дав визначення смерті людини як припинення спонтанного кровообігу і дихання, що супроводжується безповоротним ураженням усіх функцій мозку»[2].

В Україні, як і в більшості країн світу, смерть людини прирівнюється до смерті її головного мозку. Відповідно до ст. 52 Закону України «Основи законодавства України про охорону здоров'я» — моментом незворотної смерті людини є момент смерті її головного мозку — біологічна смерть[3]. Відповідно до Закону України «Про застосування трансплантації анатомічних матеріалів людині» померла особа (померлий) — особа, стан якої визначено як незворотна смерть відповідно до закону[4]. Конкретизує процедуру фіксації смерті людини «Порядок констатації та діагностичні критерії смерті мозку людини», затверджений Наказом Міністерства охорони здоров'я України від 09 листопада 2020 року № 2559[5].

Отож з різних позицій смерть людини можна трактувати по-різному. Зокрема, якщо розглядати людину, як організовану матерію, згусток тканин, то смерть є розпадом матерії, якщо дивитися на неї як на особу, яка є духовною і тілесною істотою, свідомість якої, вільне самовизначення та розум є не просто виявами діяльності головного мозку, — тоді смерть особи можна характеризувати як завершення духовного і тілесного існування особи.

Для цивільних відносин визначення ознак смерті також має важливе значення, адже смерть фізичної особи є підставою припинення цивільної правоздатності і дієздатності. З моментом смерті цивільне право пов'язує виникнення, зміну та припинення правовідносин. З розвитком трансплантології і реаніматології проблема констатації моменту завершення життя набула ще більшого значення.

У науковій літературі різних галузей дослідження наводяться види смерті за різними критеріями поділу, таке розмежування смерті має значення і для цивільного права.

[1] Юридична енциклопедія / ред. : Ю. С. Шемшученко ; НАН України; Ін–т держави і права ім. В. М. Корецького. К. : Укр. енцикл. ім. М. П. Бажана, 2001. Т. 3. К–М. С. 534.

[2] A definition of irreversible coma. *Report of the Ad Hok Committee of the Harvard Medicai School to examine the definion of brain death*. JAMA, 1968, Vol. 205, P. 337–340.

[3] Основи законодавства України про охорону здоров'я : Закон України від 26 січня 1993 року 2427-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 1993. №4. Ст. 19.

[4] Про застосування трансплантації анатомічних матеріалів людині. Закон України від 17 травня 2018 № 2427-VIII. *Відомості Верховної Ради України* від 13.07.2018 р., № 28, Ст. 232.

[5] Порядок констатації та діагностичні критерії смерті мозку людини, затверджений Наказом Міністерства охорони здоров'я України 09 листопада 2020 року N 2559. *Офіційний вісник України* від 04.01.2021 р., № 1, Ст. 58.

Найбільш поширеним є поділ смерті за причинами, які її викликали на природну та неприродну[1]. «*Природна*» (фізіологічна) смерть є результатом тривалого, поступового згасання основних життєвих функцій організму (старіння). «*Неприродна*» (патологічна) настає від хворобливих уражень або ушкоджень життєво важливих органів. Це смерть, яка сталася від хвороби, а насильна смерть може бути наслідком убивства, самогубства, випадку. Більш розширену класифікацію смерті, залежно від причин її настання, наводить В.Г.Шор у монографії «Про смерть людини». Автор розрізняє терміни «смерть патологічна», «смерть раптова» і «смерть звичайна». Класифікуючи всі патологічні форми смерті, він поділяє їх на такі групи:

- смерть випадкова і насильна — яка може наставати внаслідок катастроф, нещасних випадків, коли отримують ушкодження і руйнуються життєво важливі органи людини; внаслідок злого наміру іншої особи (самогубство; смерть у воді, вогні, внаслідок сонячного удару);

- смерть звичайна — яка є наслідком хвороб, особливо якщо вони супроводжуються якими-небудь ускладненнями;

- смерть раптова яка настала внаслідок вчасно нез'ясованих хвороб, несподіваних несприятливих умов, ушкоджень органів[2]. Тобто він визнає смерть звичайну і смерть раптову як форми патологічної смерті.

В.Й.Прозоровський і Л.І.Громов рекомендують назвати раптову смерть передчасною. Раптова смерть є передчасною, але водночас будь-яка смерть, яка настала не від старості (хвороб, отруєнь, абортів тощо), також є передчасною, тому виділяти в групу передчасної смерті тільки раптову не правильно[3].

Н.С.Бокаріус поділив усі випадки раптової смерті на чотири групи. До першої групи були віднесені випадки смерті внаслідок гострих і підгострих хвороб. До другої — несподівана смерть унаслідок механічних ушкоджень. До третьої групи він відносив смерть у результаті різноманітних латентних патологічних процесів у зв'язку з ненормальним перебігом звичайних фізіологічних процесів. А до четвертої групи — випадки асфіксії[4].

М.І.Авдєєв розрізняє терміни «раптова смерть» та «смерть, що швидко настала»[5]. Раптова, як вважає автор, це така смерть, яка настала за кілька

[1] Юридична енциклопедія ред. : Ю.С. Шемшученко ; НАН України; Ін–т держави і права ім. В. М. Корецького. К. : Укр. енцикл. ім. М. П. Бажана, 2001. Т. 3. К–М. С. 53.

[2] Шор Г. В. О смерти человека (введение в танатологию) Ленинград : Кубич, 1925, С. 16-18.

[3] Прозоровський В.И., Громов Л.И. Меры борьбы со скоропостижной смертью. *Материалы 2-й расширенной научно-практической конференции судебных медиков и патологоанатомов Эстонской ССР (сборник работ).* Министерство здравоохранения Эстонской ССР, Эстонский институт экспериментальной и клинической медицины АМН СССР, Научное общество судебных медиков Эстонской ССР / редакторы П. А. Боговский, А. А. Лукаш. Таллин, 1966, С. 7.

[4] Бокариус Н.С. Судебная медицина для медиков и юристов. Харьков : Юрид. изд-во Украины, 1930. 690 с.

[5] Авдеев М. И. Внезапная смерть в молодом возрасте от гипертонической болезни, атеросклероза и

хвилин або секунд у результаті фібриляції шлуночків серця. Смерть, що швидко настала («нагла»), — це смерть, якій передувала короткочасна хвороба протягом декількох годин (у межах доби)[1].

Всесвітня організація охорони здоров'я вперше запропонувала уніфіковане визначення раптової смерті, згідно з яким до таких випадків відносять ті, в яких смерть настала несподівано протягом 6 годин, у здорової людини чи у хворої, яка перебуває в задовільному стані. У 1970 році Інтернаціональний комітет США запропонував раптовою, несподіваною смертю вважати ненасильну смерть, яка настала миттєво чи в межах 24 годин від початку гострих симптомів.

Значення поділу смерті за критерієм причин її настання для цивільно-правових відносин полягає в тому, що у випадках неприродної насильної і випадкової смерті людини виникає право на відшкодування шкоди в осіб, які були утримані потерпілого, а також дитина потерпілого, народжена після його смерті (ст. 1200 ЦК України)[2]. Страховик має право відмовитися від здійснення страхової виплати в разі навмисних дій страхувальника або особи, на користь якої укладено договір страхування, якщо вони були спрямовані на настання страхового випадку (ч. 2, ст. 104 Закону України «Про страхування»)[3].

Розрізняють також індивідуальну, проміжну і часткову смерть. Під *індивідуальною* смертю розуміють відмирання клітин мозку. Фазу вмирання між індивідуальною і біологічною смертю називають *проміжною* смертю, за неї спостерігаються реакції переживання (суправітальні реакції). Смерть може бути *частковою*, тобто коли вмирає не весь організм, а певні групи клітин.

Варто погодитись з думкою Я. Дргонця та П. Холлендера, що для права є неприйнятним поступове згасання особистості людини, юриспруденція ототожнює смерть з моментом[4]. Тому із зазначених різновидів для цивільного права має значення лише індивідуальна смерть, з якою правові норми пов'язують виникнення, зміну та припинення правовідносин.

У медичній науці поділяють смерть на *антенатальну* — смерть, яка настала до початку родів, *інтранантальну* — смерть під час родів, *постнатальна*, яка настає після народження новонародженого.

острой сердечно-сосудистой недостаточности. *Материалы 5-й Всесоюз. науч. конф. суд. медиков*. Ч. I. Ленинград, 1969. С. 254.

[1] Авдеев М. И. Материалы к характеристике внезапной и скоропостижной смерти в молодом воздасте. *Вопросы судебно-медицинской экспертизы*. Т. 3. Москва, 1958. С. 188.

[2] Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. № 435-IV. ВВР. 2003. № 40. Ст. 356.

[3] Про страхування. Закон України від 18 листопада 2021 № 1909-IX. *Відомості Верховної Ради України* від 5.11.2023. № 12–13. Ст. 28.

[4] Дргонец Я., Холлендер П. Современная медицина і право. М. : Юрид. лит., 1991. С. 140.

Значення такого поділу смерті для цивільного права полягає в тому, що під час антенатальної смерті особа не вважається суб'єктом права, така смерть не здійснює впливу на права та обов'язки інших осіб. *Інтранантальна і* постнатальна смерть є підставою виникнення, зміни та припинення цивільних правовідносин, зокрема спадкових.

Найбільш поширеними в медицині є такі види смерті, як: *клінічна* та *біологічна.* Клінічною смертю визнається механічна смерть, що супроводжується зупинкою роботи серцевого м'язу, чому, як правило, передує припинення дихальної діяльності. Клінічна смерть є періодом між життям і смертю, коли немає видимих ознак життя, але ще продовжуються життєві процеси, що дають можливість оживлення організму. У випадку клінічної смерті існує можливість відновлення життєдіяльності організму, але в суворо обмежений період за умови здійснення відповідних медичних маніпуляцій (реанімацій). Таку смерть ще називають зворотною смертю.

Біологічна смерть — незворотне припинення біологічних процесів у тканинах, клітинах[1]. Під біологічною смертю розуміють смерть головного мозку, що виявляється в незворотному відмиранні його клітин, тобто ніякі медичні маніпуляції не можуть привести до відновлення життєдіяльності людини. Біологічна смерть виникає тоді, коли внаслідок незворотних змін в організмі, та, насамперед, у центральній нервовій системі повернення до життя не можливе.

Вважаємо таку класифікацію найважливішою для цивільних правовідносин. Під час клінічної смерті особа продовжує бути суб'єктом цивільного права. У цей період повинні бути вжиті всі можливі заходи для повернення людини до життя. І лише зі смертю біологічною правові норми пов'язують виникнення, зміну та припинення цивільних прав та обов'язків.

Розрізняють смерть фізичну і біологічну. *Фізичною* смертю є руйнування тіла, а *біологічною* — зупинення життєво важливих функцій організму. Варто зауважити, що при фізичній смерті людина залишається суб'єктом права, і тільки у випадку настання біологічної смерті її правосуб'єктність припиняється.

У сучасній медицині смерть людського організму розкривається з двох позицій. З одного боку, це смерть організму як цілого, яка дає лікарю право встановити, що людина померла, і зробити відповідний запис в історії хвороби та видати лікарське свідоцтво про смерть. З іншого, смерть організму розглядається як повільне, а не одночасне припинення життєдіяльності окремих тканин і органів, тобто в процесі вмирання спостерігається динаміка

[1] Великий тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. К.; Ірпінь : ВТФ «Перун», 2002. С. 1153.

відмирання тканин і органів. Вивчення процесу смерті є необхідним для вирішення проблем реанімації і трансплантації.

Щодо другої позиції слід зазначити, що відмирання і відторгнення клітин та їхніх комплексів відбувається протягом усього життя організму. Навіть після видимого припинення основних життєвих функцій (серцевої діяльності і дихання), життєдіяльність окремих органів і тканин ще зберігається (скорочення артерій, електрична збудливість м'язів, ріст волосся, нігтів тощо)[1]. Слід констатувати, що процес вмирання організму підтверджує один із законів діалектичного матеріалізму — закон єдності і боротьби протилежностей. У зв'язку з цим, стає зрозумілим, що організм вмирає не відразу, перехід від життя до смерті проходить повільно, а смерть є природним і неминучим процесом завершення життя.

Для життєдіяльності організму потрібне безперервне надходження та споживання ним кисню та виділення вуглекислоти. Ці процеси забезпечують системи органів дихання, кровообігу під контролем центральної нервової системи. Тому, їх ураження призводить до смерті, яка є певним біологічним процесом, який протікає у часі, в силу чого має своє завершення. При порушенні погоджених процесів обміну в організмі, а також між організмом як цілим і середовищем настає смерть. Причиною смерті можуть бути наростаючі старечі зміни, патологічний процес чи впливи зовнішнього середовища, що насильно обривають життя.

Варто також зазначити, що смерть людини з медико-біологічного погляду не є моментом, а стадійним процесом. Про це говориться й у Сіднейській Декларації про смерть: ... смерть — це поступовий процес на клітинном рівні, а тканини мають різну здатність опиратись кисневій недостатності. Фіксація смерті різних клітин та органів є не настільки важливою порівняно з впевненістю, що такі процеси незворотні, які б способи реанімації не застосовувались[2].

Між смертю і життям існують своєрідні перехідні стани, за яких ще не настала смерть, але вже не може бути повноцінного життя. У медицині сьогодні існує поняття «термінальний стан»[3], який у перекладі з латинської «*terminalis*» дослівно означає «позамежева-кінцева стадія», «кінцева стадія життя», тобто «межа між життям і смертю». Тривалість переходу від життя до смерті — вмирання може бути різною. Зазвичай складається з п'яти послідовних стадій — термінальних станів: передагонії, термінальної паузи, агонії, клінічної смерті і біологічної смерті. Передагонія характеризується

[1] Дргонец Я., Холлендер П. Вказана праця. С. 142.

[2] Сиднейская декларация относительно URL : http://zakon1.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgiureg

[3] Найда А., Малик О. Еволюція терміна «смерть», смертність внаслідок серцево-судинної патології (судово-медичне дослідження). *Вісник Львівського університету: збірник наукових праць. Серія юридична*. 2012. Випуск 55. С. 304.

порушенням функції зовнішнього дихання. Стан передагонії характеризується дезінтеграцією всіх функцій організму, критичним рівнем артеріального тиску, порушенням свідомості різного ступеня вираженості, порушенням диханню. Передагонія триває від кількох хвилин до декількох годин. За цей час стан хворого ще більш погіршується й закінчується термінальною паузою. Згодом настає термінальна пауза, основними виявами якої є припинення дихання (від декількох секунд до 1–4 хвилин). Характерною особливістю термінальної паузи є глибоке гальмування кори головного мозку при збереженні функції бульбарних центрів, внаслідок чого діяльність організму має дезорганізований, «хаотичний» характер. Термінальна пауза обумовлена тимчасовим підвищенням тонусу блукаючого нерва, після чого виникає агональне дихання, яке свідчить про настання агонії (поява короткої серії вдихів або одного поверхневого видиху). Агонія (боротьба) — останній спалах боротьби організму за життя, яка триває від кількох хвилин до півгодини і більше (інколи годинами і навіть кілька діб).

Завершальним етапом переходу людини від життя до смерті є біологічна смерть. Вона виникає тоді, коли внаслідок незворотних змін в організмі, та, насамперед, у центральній нервовій системі повернення до життя неможливе.

Варто звернути увагу на те, що в різних тканинах і органах незворотні зміни розвиваються неодночасно. Перш за все, вони настають у корі головного мозку. Цей момент, коли порушується інтегруюча діяльність центральної нервової системи, і слід вважати початком біологічної смерті. Життєдіяльність інших органів, тканин, у тому числі і стовбурової частини головного мозку, ще може бути відновлена.

Визначення давності настання смерті є важливим для судової медицини, яка безпосередньо вирішує одне з головних завдань, котрі ставлять слідчі органи перед судовою медициною. Тому важливе значення має дослідження відрізку часу від моменту настання смерті організму як цілого до кінцевої загибелі окремих органів і тканин. Саме протягом цього відрізку часу, який вираховується близько 20 годинами, тканини відповідають на різні подразники (механічні, хімічні, електричні), виявлення яких допомагає встановити давність настання смерті.

Таким чином, для медицини смерть є тривалим, стадійним процесом, який може відбуватись тривалий період часу і має свої етапи. Для цивільного права є неприйнятним поступове згасання особистості людини, поступова втрата її правоздатності, зникнення її особистих та майнових прав, тому право і створює для власних потреб юридичну фікцію, яка ототожнює смерть з моментом. У праві сформований загальний висновок: людина вважається померлою з моменту біологічної смерті.

РОЗДІЛ 2

Для цивільного права смерть фізичної особи є важливим юридичним фактом, з яким правові норми пов'язують виникнення, зміну і припинення цивільних правовідносин.

Юридичні факти в цивільному праві традиційно визначаються як факти реальної дійсності, з якими чинні закони та інші правові акти пов'язують виникнення, зміну чи припинення цивільних прав та обов'язків, тобто цивільних правовідносин. Тобто характерними ознаками юридичних фактів є те, що вони є конкретними життєвими обставинами, настання яких передбачено нормами цивільного права і які спричиняють настання юридичних наслідків.

Зазначеними ознаками наділена і смерть людини, тому і розглядається в юридичній літературі як юридичний факт, з яким пов'язують виникнення, зміну і припинення цивільних правовідносин. Проте спірним досі залишається питання, до якого різновиду юридичних фактів за ознакою залежності від людської волі належить смерть людини? Заснована на вольовому критерії класифікація юридичних фактів є основною класифікацією, оскільки, на думку О. О. Красавчикова, враховує характерні риси кожного окремого юридичного факту[1].

В основі критерію, який дозволяє відрізнити подію від дії, лежить зв'язок або його відсутність між обставинами (чи умовами), за яких виникають, змінюються чи припиняються правовідносини, і волею людини. У випадку, якщо такий зв'язок присутній, — мова йде про юридичний факт-дію, якщо ж відсутній — йдеться про подію[2].

Дія є вольовою поведінкою людей, зовнішнім виявом волі, свідомості громадян і юридичних осіб. Водночас вольова поведінка, залежно від відповідності вимогам законодавства, може бути правомірною (дозволена законом), і неправомірною (забороненою). Відповідно юридичні факти-дії поділяються на правомірні і неправомірні[3].

На відміну від юридичного факту-дії, юридичний факт-подія є явищем реальної дійсності, що відбувається незалежно від людської волі.

Залежно від причин настання смерть фізичної особи в юридичній літературі пов'язують як з юридичним фактом-дією так і з юридичним фактом-подією. Зазвичай автори стверджують: якщо смерть природна і наступила внаслідок патологічних закономірних змін в організмі, то вона становить юридичний факт-подію. А якщо причиною смерті стала людська діяльність,

[1] Красавчиков О. А. Юридические факты в советском гражданском праве. М., 1958. С. 56.

[2] Цивільне право України: навчальний посібник / ред. Р. О. Стефанчук ; Ю. В. Білоусов, В. А. Ватрас, С. Д. Гринько та ін. К. : Правова єдність, 2009. С. 91.

[3] Иоффе О. С. Советское гражданское право. Общее учение об обязательствах : курс лекций Л. : ЛГУ, 1958. С. 443.

тоді смерть є юридичним фактом-дією. Водночас залежно від характеру дій смерть розглядають як юридичний факт — правомірну дію (наприклад, самогубство, смерть внаслідок необхідної оборони), так і неправомірну дію (наприклад, вбивство).

Погодитися із вищезазначеними міркуваннями щодо значення смерті як юридичного факту не можна. Ми поділяємо думку О. О. Красавчикова, на думку якого не слід ототожнювати різні поняття «причина» і «наслідок», адже дії, які спрямовані на позбавлення життя людини, не завжди призводять до очікуваного результату — смерті[1]. Наприклад, після нанесення людині важких тілесних ушкоджень, за умови надання вчасної медичної допомоги людині смерть може і не настати. У випадку ж невчасного проведення необхідних заходів для врятування життя людини такі тілесні ушкодження можуть стати причиною її смерті.

Вважаємо, що смерть людини, незалежно від причин, які її викликали, належить до юридичних фактів-подій.

Юридичні фати-події прийнято поділяти на абсолютні та відносні. Під абсолютними подіями розуміють явища виникнення і розвиток яких не залежить від волі людини.

Під відносними юридичними фактами-подіями розуміють обставини, причиною виникнення яких є вольова діяльність людини, яка впливає на розвиток цього явища тільки до певного моменту, після якого воно розвивається і настає, незалежно, самостійно і на своєму заключному етапі не залежить від причин, які його породили[2].

Відповідно до цього поділу смерть людини, що настала внаслідок поведінки людини або сил природи, слід вважати відносною подією, а смерть, що настала в результаті патологічних закономірних змін (природну смерть), відносити до абсолютних подій.

Щодо причин, які викликали стан організму — смерть, справедливо зауважив О. О. Красавчиков: дія особи, яка позбавила життя другу людину, може сама по собі в різних випадках бути як юридично значимою, так і байдужою з погляду норм права. Тому їх можна поділити на такі, що мають юридичне значення (наприклад, умисне вбивство), та юридично байдужі стосовно норм права (наприклад, вбивство при необхідній обороні)[3].

Науковий інтерес також викликає класифікація юридичних фактів за критерієм наслідків, які вони породжують, за яким юридичні факти поділяють

[1] Красавчиков О. А. Вказана праця. С. 58.

[2] Лекции по общей теории права / Коркунов Н.М. 4-е изд. С.-Пб.: Изд. юрид. кн. магазина Н. К. Мартынова, 1897. С. 132.

[3] Красавчиков О. А. Вказана праця. С. 59.

на правоутворюючі, правозмінюючі та правоприпиняючі. На основі правоутворюючих юридичних фактів суб'єкти набувають певних прав і обов'язків, з наявністю яких норми діючого законодавства пов'язують виникнення правовідношення[1]. За визначенням О. В. Барінова правоутворюючі юридичні факти — «вдихають життя» у правовідношення[2]. Правозмінюючі юридичні факти тягнуть за собою збільшення або зменшення обсягу визначених прав чи обов'язків. Правозмінюючі юридичні факти тягнуть за собою зміну вже наявних цивільних правовідносин. Правоприпиняючими називають такі юридичні факти, котрі тягнуть припинення цивільного правовідношення в цілому, тобто ліквідують визначені права й обов'язки, котрими суб'єкт володів до виникнення цих фактів. Наведена класифікація юридичних фактів має не лише прихильників, а й противників. Частими в розвитку правовідношень є випадки, коли той самий юридичний факт зумовлює виникнення одних правовідносин, зміну і припинення інших. На це неодноразово зверталась увага в юридичній літературі. З цього питання Е. Н. Єфімов зазначав, що одні і ті ж юридичні факти стосовно різних правовідносин можуть виконувати різну роль[3]. За визначенням В. А. Рясянцева, деякі правоприпиняючі факти одночасно можуть мати для окремих правовідносини правопороджуюче значення[4].

Поділ юридичних фактів на правоутворюючі, правозмінюючі та правоприпиняючі є умовним, оскільки в різних ситуаціях одні і ті ж юридичні факти можуть виступати одночасно як правостворюючі, так і правозмінюючі та правоприпиняючі[5]. Піддає сумніву зазначену класифікацію юридичних фактів також і О. А. Красавчиков, зауважуючи, що при розгляді одного і того ж правовідношення, з погляду прав і обов'язків двох чи більше суб'єктів, виявиться, що правовідношення може одночасно виникати для одного суб'єкта, припинятися для другого і змінюватися для третього[6].

А. М. Чувакова пропонує виокремити ще один різновид юридичних фактів, з якими правові норми пов'язують виникнення, зміну і припинення цивільних

[1] Синюков В. Н. Юридические факты в системе общественных отношений : автореф. дис. ... на соискание науч. степепени канд. юрид. наук : 12.00.01 «Теория и история права и государства; история правових учений» Свердловск, 1984. С.11.

[2] Баринов, О. В. Классификация юридических фактов и их значение в трудовом праве. Вестник ЛГУ. *Серия «Экономика, философия, право»*. 1978. № 23. Вып. 4. С. 71.

[3] Ефимов Е.Н. Юридические факты в советском изобретательном праве. *Вопросы изобретательства*. 1975. № 7. С. 21.

[4] Рясенцев В. А. Юридические факты в семейном праве СССР. В кн.: Ленинские идеи и новое законодательство о браке и семье. Саратов, 1969, С. 51.

[5] *Алексеев, С. С.* Проблемы теории права. В 2 т. Свердловск, 1972. Т. 1. С. 157.

[6] *Красивчиков, О. А.* Вказана праця. С. 77.

правовідносин, — змішаний і, таким чином, вирішити колізійні питання[1]. На нашу думку, виокремлення запропонованого автором різновиду юридичних фактів не зможе вирішити наявних проблем, адже одні юридичні факти викликають лише виникнення та зміну цивільних правовідносин, інші — зміну та припинення, треті — лише виникнення та припинення тощо. Впливаючи на суспільні відносини, юридичні факти виконують функції. Тому класифікувати юридичні факти слід не за наслідками, які вони викликають, як вважає автор, а за функціями які вони виконують. Юридичні факти можуть одночасно виконувати функції правоприпинення і правостворення або правостворення, правозміни та правоприпинення. Таким чином, один і той самий юридичний факт може виконувати одну, дві і більше функцій.

Як зазначив В.Б.Ісаков, функції юридичних фактів — це узагальнена характеристика їхніх ролі і завдань у механізмі правового регулювання. Основною функцією юридичних фактів є забезпечення виникнення, зміни та припинення правових відносин. Кожен юридичний факт спричиняє правоутворюючі, правозмінюючі та або правоприпиняючі правові наслідки[2]. Таким чином, функції юридичних фактів у правовому регулюванні реалізуються у правових наслідках, які вони породжують. Тому сутність класифікації юридичних фактів чи за функціями за правовими наслідками не змінюється.

На нашу думку, така багатофункціональність юридичних фактів ускладнює з'ясування їхнього значення для суспільних відносин. Проте вважаємо, що таке об'єднання функцій — відображення абсолютного взаємозв'язку відносин, властивих їм взаємопереходів.

Одним із юридичних фактів, у результаті настання якого відбувається виникнення, зміна та припинення цивільних правовідносин, є смерть фізичної особи. У юридичній літературі смерть, як правило, розглядається лише як підстава припинення зобов'язань[3]. На нашу думку, смерть як юридичний факт має ширше цивільно-правове значення, ніж йому надають більшість науковців, які не враховують ту обставину, що така подія пов'язана не лише з особою померлого, а здійснює вплив на інших суб'єктів права, зумовлює виникнення і зміну прав для інших суб'єктів, пов'язаних з особою померлого,

[1] *Чувакова, А. М.* Юридические факты, фактические составы и их дефекты : монография. Одесса : Фенікс, 2009. С. 23.

[2] Исаков В.Б. Проблемы теории юридических фактов : дисс. ... доктора юрид. наук : 12.00.01. Свердловск : *Свердловский юридический институт* им. 1985. С. 95.

[3] Ольховик Л. А. Смерть як юридичний факт, що припиняє життя. *Збірник матеріалів доповідей з теоретичних, історичних та методологічних проблем цивілістики у Стародавньому Римі та сучасності, які були оприлюднені на V Міжнародній науково-методичній конференції «Римське право та сучасність»* (30–31 травня 2008 року). Одеська юридична академія. О. : Фенікс, 2008. С.70.
Великий тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. К.; Ірпінь : ВТФ «Перун», 2002. С. 1153.

держави тощо. Можливо, це є наслідування радянської правової традиції, де у ЦК УРСР 1922 року смерть не визнавалась підставою виникнення, припинення чи зміни зобов'язань, і тільки ЦК УРСР 1963 року визнав цю обставину як юридичний факт як одну з підстав припинення зобов'язань (ст. 223).

Зі смертю людина перестає існувати як суб'єкт права, тобто смерть є правоприпиняючим юридичним фактом. Водночас зі смертю однієї людини може бути пов'язано виникнення прав і обов'язків для інших осіб, вона може спричинити зміну наявних правовідносин.

Смерть як юридичний факт для небіжчика є винятково правоприпиняючим юридичним фактом, але вона має значення правоутворюючого та правозастосовного юридичного факту для тих, хто живе. Смерть є явищем, яке здатне створювати певні права та обов'язки для великої кількості людей[1].

Смерть фізичної особи як юридичний факт має важливе значення і для договірних забов'язальних цивільних відносин.

Щодо окремих цивільно-правових договорів законодавець вказує на смерть фізичної особи як підставу для їх припинення. Так, смерть користувача, якому річ була передана в користування за договором позики, є підставою для його припинення (ст. 835 ЦК України), смерть довірителя або повіреного є підставою для припинення договору доручення (п. 3 ч. 1 ст. 1008 ЦК України). Відповідно до ч. 1. ст. 1027 ЦК України в разі смерті фізичної особи (комісіонера) припиняється договір комісії, смерть вигодонабувача визнається підставою для припинення договору управління майном (п. 3 ч. 1 ст. 1044 ЦК України). Відповідно до ч. 3 ст. 1141 ЦК України смерть фізичної особи — учасника визнається однією з підстав припинення договору простого товариства. Смерть фізичної особи (наймача) відповідно до ч. 1 ст. 781 ЦК України є підставою для припинення договору оренди. Таким чином, обставина смерті в зазначених договорах є підставою для їх припинення. Ч. 5 статті 1219 посилається на ст. 608 Цивільного кодексу, яка встановлює: «Зобов'язання припиняється смертю боржника, якщо воно є нерозривно пов'язаним з його особою і у зв'язку з цим не може бути виконане іншою особою. Зобов'язання припиняється смертю кредитора, якщо воно є нерозривно пов'язаним з особою кредитора».

У юридичній літературі, залежно від того, наскільки виконання зобов'язання залежить від персоніфікації суб'єктів, зобов'язання поділяють на неперсоніфіковані і персоніфіковані (фідуціарні). Неперсоніфіковані зобов'язання — зобов'язання, в яких для їх виконання суб'єкт зобов'язання не має значення. Фідуціарні (особистісні) (від лат. *fiducia* — довіра) правочини — це ті, що базуються на особливо довірчих відносинах між суб'єктами, які їх

[1] Вовк В. М. Смерть та мертве тіло як елементи римського права. *Часопис Київського університету права*. 2009. № 4. С. 10.

вчиняють; зобов'язання, які повинні бути виконані конкретною особою чи перед конкретною особою; у разі відсутності однієї із зазначених осіб вони не переходять у правонаступництво та припиняються[1].

О.С.Йоффе вважав, що фідуціарний характер властивий лише тому договору, який спирається на взаємну довіру її учасників[2]. Такого ж погляду дотримується Г.Ф.Шершеневич, який зазначає, що правовідносини, які мають фідуціарний характер, засновані на взаємній довірі та на припущенні чесності контрагентів[3]. Таким чином, основним та невід'ємним елементом, на якому базуються відносини за фідуціарними договорами, є елемент довіри. При цьому існування договору залежить від того, хто наділений довірою та хто цю довіру виявляє.

Щодо деяких договорів виникають неабиякі сумніви, чи є вони фідуціарними, чи підлягають припиненню у випадку смерті фізичної особи чи ні. Так, аналізуючи зміст ч.3 ст.559 ЦК України та ч.1 ст.523 ЦК України, можна зробити висновок, що смерть фізичної особи (боржника) є підставою для припинення договору поруки[4]. На жаль, встановивши обставину смерті боржника як підставу для припинення договору поруки, законодавець не враховував ще одну обставину, яка може мати місце, а саме випадок смерті поручителя. Тому на практиці та в юридичній літературі виникає питання: чи є обставина смерті поручителя підставою для припинення договору поруки?

У юридичній літературі вважається, що, незалежно від того, чи живий поручитель чи ні, це зобов'язання є солідарним, воно переходить до його спадкоємців у порядку спадкування в розмірі спадкового майна. Прихильники зазначеного погляду мотивують його тим, що до складу спадкового майна входять усі права й обов'язки, які належали спадкодавцю на момент відкриття спадщини і не припинилися в момент його смерті (ст.1216 – 1218 ЦК України).

Відповідно до ст.608 ЦК України зобов'язання припиняється смертю боржника, якщо воно є нерозривно пов'язаним з його особою, і у зв'язку з цим не може бути виконане іншою особою. Зобов'язання є нерозривно пов'язаним з особою, якщо мова йде про особисті немайнові права та інші нематеріальні блага, оскільки вони тісно пов'язані з фізичною особою, і вона не може відмовитись від цих прав або бути їх позбавлена. У спорі, що розглядається, мова йде про кредитні правовідносини, а отже, зобов'язання не є нерозривно пов'язаними з особою боржника і після його смерті не припиняються. Згідно

[1] Цивільне право України : навч. посіб. Ю.В. Білоусов , С.В. Лозінська, С.Д. Русу та ін. / за ред. Р. О. Стефанчука. К. : Наукова думка; Прецендент, 2004. С. 254.

[2] *Иоффе, О. С.* Вказана праця. С. 208

[3] *Шершеневич, Г. Ф.* Учебник русского гражданского права. Изд. 9-е. М. : Издание Бр. Башмаковых, 1912. С. 662.

[4] Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. № 435-IV. ВВР. 2003. № 40. Ст. 356.

з ч. 1 ст. 1282 ЦК України, спадкоємці зобов'язані задовольнити вимоги кредитора повністю, але в межах вартості майна, одержаного у спадщину.

Однією з підстав припинення поруки, передбаченою ч. 3 ст. 559 ЦК України, є переведення боргу на іншу особу (якщо тільки поручитель не поручиться за нового боржника). Однак у такому випадку має місце цілеспрямована заміна боржника за згодою сторін, а в разі смерті боржника зобов'язання переходить до спадкоємців, причому це не тягне за собою зміну умов та обсягу відповідальності, оскільки до складу спадщини входять усі права та обов'язки, що належали спадкодавцю.

На нашу думку, що зобов'язання є нерозривно пов'язаним з особою, якщо мова йде про особисті немайнові права та інші нематеріальні блага, оскільки вони тісно пов'язані з фізичною особою, і вона не може відмовитись від цих прав або бути їх позбавлена. Вважаємо, що особистісними є ті зобов'язання, які базуються на особливо довірчих відносинах між суб'єктами, які їх вчиняють, а зобов'язання, які повинні бути виконані конкретною особою чи перед конкретною особою, не переходять у правонаступництво. Ч. 3 ст. 559 ЦК України, якою встановлено, що договір поруки припиняється в разі переведення боргу на іншу особу, має на увазі лише цілеспрямовану заміну боржника, адже вказівки на це в зазначеній статті немає. Вважаємо, що зазначене положення стосується як випадків добровільного переведення боргу, так і заміни кредитора, незалежно від волі контрагентів, у тому числі і в порядку правонаступництва у зв'язку зі смертю особи. Окрім цього, посилаючись на ст. 559 ЦК України, ч. 3 зазначеної статті регулює правові наслідки, які настають у випадку смерті поручителя, а не боржника.

Цілком очевидним є те, що договір поруки належить до особистісних (фідуціарних) зобов'язань. Для поручителя під час укладення договору важливе значення мають особистісні характеристики боржника, за якого він поручається, так само, як поручитель бере на себе особистий обов'язок, поручаючись за боржника. Вважаємо, що як смерть фізичної особи боржника, так і факт смерті фізичної особи поручителя є підставою для припинення договору поруки. На нашу думку, доцільно внести доповнення до ст. 559 ЦК України, визначивши ще одну підставу для припинення договору поруки – смерть поручителя. Окрім того, варто звернути особливу увагу на момент виникнення зобов'язань за договором поруки. Якщо на момент смерті кредитні зобов'язання не порушено позичальником, то і не виникло зобов'язання перед кредитором у поручителя. Отже, немає підстав для відповідальності спадкоємців поручителя за боржника. А якщо ж порушення, що стосується кредитного договору до смерті поручителя мали місце, то відповідно цей обов'язок уже виник і переходить у порядку спадкування до спадкоємців.

Ще одним договором, з приводу якого немає однозначного погляду, до якого різновиду (неперсоніфікованих чи персоніфікованих) він належать, є договір підряду. Відповідно до ст. 838 ЦК України підрядник має право, якщо інше не встановлено договором, залучити до виконання роботи інших осіб (субпідрядників), залишаючись відповідальним перед замовником за результат їхньої роботи. Зі змісту зазначеної статті робимо висновок, що цей договір є неперсоніфікованим, для його виконання не має значення суб'єкт виконання. Продовжуючи аналіз ч.1 ст. 838, стає цілком очевидним, що відповідальним перед замовником (не зважаючи на те, ким безпосередньо виконувалась робота) за результат виконаної роботи залишається генеральний підрядник. Тому знову ж таки виникає питання: чи припиниться договір підряду у випадку смерті фізичної особи — генерального підрядника, який повністю відповідає за результати виконаної роботи? Відповідно до п. 2. ч. 2 ст. 838 ЦК України замовник і субпідрядник не мають права пред'являти один одному вимоги, пов'язані з порушенням договорів, укладених кожним з них з генеральним підрядником, якщо інше не встановлено договором або законом. Звідси робимо висновок, що субпідрядник, який фактично виконав роботу, та замовник не мають між собою ніякого правового зв'язку, а працюють суто через генерального підрядника, на якого покладено всю відповідальність за виконання роботи. Вважаємо, що смерть фізичної особи (генерального підрядника) буде виступати в цьому договорі правоприпиняючим юридичним фактом. Це є значною проблемою для юридичної практики, адже в тому випадку, якщо роботи за договором підряду будуть виконані субпідрядником, а замовник захоче їх прийняти, між цими особами не буде існувати договірних правовідносин і не буде правової підстави для виконання зобов'язань. Тому вважаємо за потрібне врегулювати зазначену проблему на законодавчому рівні.

Вважаємо за необхідне в межах дослідження розглянути також і договори, строк виконання яких пов'язують зі смертю контрагента. Такими є договір довічного утримання та спадковий договір. Відповідно до ст. 744 ЦК України за договором довічного утримання одна сторона (відчужувач) передає іншій (набувачеві) у власність житловий будинок, квартиру або їхню частину, інше нерухоме або рухоме майно, яке має значну цінність, натомість набувач зобов'язується забезпечувати відчужувача утриманням довічно, тобто до моменту смерті[1]. За цим договором право власності в набувача виникає з моменту посвідчення договору, однак до смерті відчужувача право розпорядження майном, переданим за договором довічного утримання (догляду), законодавчо обмежене. Таким чином, до смерті відчужувача набувач відпо-

[1] Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. № 435-IV. ВВР. 2003. № 40. Ст. 356.

відно до ч.ч.1–2 ст.754 ЦК України позбавлений права продавати, дарувати, міняти майно, передане за договором довічного утримання (догляду), укладати щодо нього договір застави, передавати його у власність іншій особі на підставі іншого правочину; окрім цього, на майно, передане набувачу за договором довічного утримання (догляду), не може бути звернене стягнення за зобов'язаннями набувача[1]. Таким чином, повне право власності на майно, передане за договором довічного утримання, виникає в момент смерті фізичної особи відчужувача. Окрім того, відповідно до ч.2 ст.755 ЦК України обставина смерті є підставою для припинення цього договору. Таким чином, смерть фізичної особи-відчужувача є для договору довічного утримання важливим юридичним фактом, від якого, по-перше, залежить виникнення повноправного права власності в особи-набувача, по-друге, така обставина також є підставою для припинення цього договору в цілому.

Варто також звернути увагу на те, що для договору довічного утримання має значення не тільки смерть фізичної особи — відчужувача, але і смерть особи-набувача. Хоча у ч.1 ст.252 ЦК України наведено підстави для заміни боржника в договорі довічного утримання, проте в разі відмови відчужувача надати згоду на передання обов'язків набувача договір довічного утримання також підлягає припиненню[2].

Ще одним договором, який безпосередньо пов'язаний з фактом смерті, є спадковий договір. Згідно зі ст.1302 ЦК України за спадковим договором одна сторона (набувач) зобов'язується виконувати розпорядження другої сторони (відчужувача) і в разі його смерті набуває права власності на майно відчужувача. Оскільки юридичні наслідки настають тільки за наявності юридичного факту — смерті відчужувача, то встановлення зазначеного юридичного факту має в зазначеному договорі надзвичайно важливе значення. Смерть відчужувача у спадковому договорі є підставою для набуття права власності на його майно набувачем та підставою припинення договору.

Підбиваючи підсумки, можна зробити **висновок**, що смерть як завершальний етап людського існування має надзвичайно важливе значення для цивільного права, оскільки вона є елементом у механізмі правового регулювання. Смерть як юридичний факт тісно пов'язана з цивільними правовідносинами, породжуючи їх, змінюючи чи припиняючи.

[1] Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. № 435-IV. ВВР. 2003. № 40. Ст. 356.

[2] Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. № 435-IV. ВВР. 2003. № 40. Ст. 356.

2.8. Сімейні договори як вид сімейних зобов'язань та як соціальний регулятор сімейних відносин

Істотне оновлення та реформування сімейного законодавства, яке відбулося 2004 року, у зв'язку із набранням чинності СК України, та подальші правотворчі процеси, зумовлені розбудовою незалежної української держави, інтегруванням її у світовий та європейський політичний, економічний та соціальний простір, імплементація укладеної між Україною та ЄС Угоди про асоціацію, особливо в частині оновлення цивільного та сімейного законодавства, а також визнання як джерело права рішень та практики ЄСПЛ, зумовлюють необхідність переосмислення теоретико-правових засад багатьох сімейно-правових інститутів. Особливе значення в цьому аспекті мають наукові дослідження поняття та правової природи сімейних договорів. Більш ґрунтовне дослідження цієї наукової категорії безперечно має велике значення, оскільки дозволяє з'ясувати правову природу сімейного договірного права в цілому, яке втілюється у відповідних правових джерелах, дослідити його зміст та розвиток з плином часу. Саме тому вище вказана тематика ставала предметом дослідження багатьох науковців[1].

Договір як джерело правового регулювання сімейних відносин відомий ще з часів римського приватного права, передусім через врегулювання правового режиму майна подружжя, хоча і сам шлюб розглядався як договір, відповідно до якого створюється сім'я, а особи, які його уклали отримували права та обов'язки подружжя, визначені законодавством та договором. Дане правило в цілому зберігалося довгий час протягом розвитку національних правових систем, а також формування романо-германської, англо-американської та мусульманської правових систем, у яких договір був додатковим, індивідуальним джерелом регулювання сімейних відносин між подружжям та іншими членами сім'ї і родичами. Зазначене вище було характерне і для України, оскільки як зазначає М. В. Гримич на передвесільному етапі шлюбно-договірного процесу укладалася шлюбна угода між батьками наречених, яка набирала чинності із весіллям: угода про власне шлюб та угода про весілля, які укладалися одночасно (на сватанні). Перша — складалася з угоди про власне шлюб (принципова згода обох сторін на шлюб) і господарської шлюбної угоди (зобов'язання обох сторін про внесок у добробут майбутньої сім'ї і придане молодої)[2]. Таким чином, ще в українській звичаєвій традиції договір був одним із важливих регуляторів сімейних відносин. В той же час, зважаючи

[1] Ватрас В. А. Джерела сімейного права: проблеми теорії та практики : монографія. Хмельницький : Поліграфіст–3, 2020. С. 534-564.

[2] Гримич М. В. Звичаєве цивільне право українців XIX – початку XX століття. К. : Арістей, 2006. С. 352-353.

на те, що в радянський період, єдиним джерелом сімейного права визнавався нормативно-правовий акт, а укладення сімейно-правових договорів не допускалося[1], Україна в повній мірі повернулася до визнання договору як джерела сімейного права лише із прийняттям чинного СК України (хоча 1992 року також приймалися зміни до Кодексу про шлюб та сім'ю 1969 року, яким було запроваджено шлюбний контракт).

Договір має певну специфіку порівняно із іншими джерелами сімейного права і низку йому притаманних ознак. В той же час, для визначення цієї специфіки, з'ясуємо як договір як правовий інститут та джерело права розглядається в правовій доктрині.

А. П. Гетьман, В. І. Борисова і О. П. Євсєєв зазначають, що в сучасній юридичній літературі термін «договір» вживається в найрізноманітніших значеннях: у приватно-правовому аспекті — як двосторонній юридичний правочин і правовідносини; у публічно-правовому — як джерело права, у філософсько-правовому — як універсальний, природний саморегулятор суспільства[2].

Зважаючи на те, що договір передусім є цивільно-правовим інститутом (що зумовлює субсидіарне застосування ЦК України до регулювання сімейних відносин, передусім майнового характеру), спочатку розглянемо підходи до визначення його правової природи саме з позицій цивільного права.

Як зазначає В. Г. Олюха, договір є однією з найефективніших правових конструкцій забезпечення функціонування ринкової економіки як нормативного, так і позанормативного регулювання суспільних відносин, який дає можливість сторонам самостійно, за узгодженою між ними волею, конкретизувати правові моделі своїх взаємовідносин у межах встановлених законодавством. Вчений пропонує визначати цивільно-правовий договір як правочин двох чи більше сторін у визначеній законодавством формі, який спрямований на встановлення, зміну, припинення цивільних прав та обов'язків[3]. Можемо погодитися із науковцем в частині відзначення договору як правочину, що спрямований на встановлення, зміну або припинення прав та обов'язків його учасників, що в принципі притаманно не тільки цивільно-правовим, а й іншим договорам — сімейним, нормативно-правовим, міжнародним (однак у

[1] Хоча у ст. 127 СК УРСР 1926 р. зазначалося, що «подружжя може укладати між собою всі дозволені законом майнові правочини, але їх угоди, спрямовані до зменшення майнових прав одного з подружжя або дітей, недійсні і необов'язкові ні для третіх осіб, ні для самого подружжя» (див. Ульяненко О. О. Шлюбний договір у сімейному праві : дис. ... канд.юр.наук : 12.00.03. Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право. К., 2003. 184 с. С. 38.). Таким чином, допускалося договірне врегулювання правового режиму майна подружжя.

[2] Договір як універсальна правова конструкція: монографія /А. П. Гетьман, В. І. Борисова, О. П. Євсєєв та ін. ; за ред. А. П. Гетьмана, В. І. Борисової. Х. : Право, 2012. С. 16.

[3] Олюха В. Г. Цивільно-правовий договір: поняття, функції та система : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право. К., 2003. С. 14, 42-43.

результаті їх укладання здійснюється встановлення, зміна або припинення не цивільних прав та обов'язків, а прав та обов'язків учасників сімейних, адміністративних, конституційних, міжнародних відносин.

Н.М.Пархоменко, розглядаючи категорію договору у системі права України зазначає, що загальним для всіх галузей права є визначення договору як правової категорії, що означає угоду сторін, яка спрямована на встановлення, зміну чи припинення правових відносин. Водночас договір певного виду є правовим інститутом, що належить до конкретної галузі права, а договір як галузева наукова категорія охоплює всі договори даної галузі. Крім того, науковець зазначає на тому, що договір є не тільки угода (правочин) та правовий інститут, а й джерело права (однак зазначене стосується на її думку лише нормативно-правового договору)[1]. Не можемо погодитися із науковцем в частині визначення договору як джерела права лише у сенсі нормативно-правового регулювання, яке здійснюється нормативно-правовими договорами, оскільки держава, визнаючи юридичні наслідки за індивідуальними договорами (цивільно-правовими, сімейними), надаючи їм правовий, в тому числі судовий захист, визнає їх джерелами права, що обов'язкове не тільки для сторін договору, а й для відповідних органів державної влади, місцевого самоврядування, інших публічних суб'єктів (передусім нотаріусів), які зобов'язані сприяти сторонам договору (через здійснення відповідних посвідчувальних, реєстраційних та інших юридично значимих дій), а також для інших осіб, які з одного боку можуть оспорити дійсність договору за наявності відповідних підстав, з іншого — зобов'язані не допускати порушень правового режиму, встановленого договором, якщо він не порушує їх прав.

С.М.Бервено визначає цивільно-правовий договір як правомірний правочин (правомірну угоду) взаємоузгодженої волі двох і більше сторін, спрямованої на виникнення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків, у формі зобов'язального правовідношення та на врегулювання відносин між цими сторонами шляхом закріплення цих прав та обов'язків, як правило, у формі відповідних умов договору, у визначеній законом формі[2]. Можемо погодитися із науковцем щодо визначення договору не тільки як спрямованого на врегулювання відносин між його сторонами правочину, а й в частині наявності у його умовах узгодження інтересів обох сторін.

Таким чином, договір — це завжди правочин (угода) між сторонами, який спрямований на виникнення, зміну або припинення прав та обов'язків приватного або публічного характеру; в аспекті нашого дослідження – сімейних прав

[1] Пархоменко Н. М. Договір у системі права : дис. ... канд.юр.наук : 12.00.01. Теорія та історія держави і права, історія політичних і правових вчень. К., 1998. С. 13, 23.

[2] Договірне право України. Загальна частина : навч. посіб. / Т.В. Боднар, О.В. Дзера, Н.С. Кузнєцова та ін.; за ред. О.В. Дзери. К. : Юрінком Інтер, 2008. С. 45-46.

та обов'язків; результат узгодження інтересів обох сторін, який є обов'язковим як для сторін, так і для інших осіб.

Говорячи про *правову природу договору в цивільно-правовій доктрині, називають такі його особливості*:

1) він є юридичним фактом, що породжує, змінює або припиняє права та обов'язки сторін;

2) має місце спрямованість, вплив на наявні цивільні права та обов'язки сторін («правова мета» договору), укладання договору веде до встановлення юридичного зв'язку між його учасниками;

3) є результатом погоджених інтересів сторін (угодою, правочином), змістом договірного зв'язку є виконання дій, що приводять до досягнення мети учасників договору, задоволення їх інтересів, виникає в результаті згоди між його учасниками з усіх суттєвих його умов, добровільної за характером, тобто заснованої на вільному волевиявленні;

4) договір передбачає правовий режим поведінки осіб у рамках зв'язку, що виник, визначає вимоги до порядку і послідовності здійснення необхідних дій його суб'єктами;

5) формальна рівність сторін договору як у виборі партнерів /за критерієм загального або взаємного інтересу, чи потреб різного роду/, так і рівність сторін в якості партнерів;

6) еквівалентний характер взаємовідносин між учасниками договору (здійснення дій однією особою передбачає зустрічну компенсацію, рівноцінну для отримуючого);

7) відносна автономність регулювання взаємовідносин між сторонами, що домовляються, в рамках закону;

8) універсальність, тобто можливість врегульовувати широке коло типових суспільних відносин;

9) законодавче забезпечення договорів, що надає їм юридичної сили;

10) взаємна відповідальність сторін за невиконання або неналежне виконання прийнятих зобов'язань;

11) є автономним, піднормативним регулятором, яким здійснюється індивідуальна регламентація суспільних відносин їх сторін, за наявності відповідної вказівки у законодавстві на можливість такого регулювання або у разі відсутності відповідного регулювання з боку інших джерел права (саморегулювання)[1].

[1] Договірне право України. Загальна частина : навч. посіб. / Т.В. Боднар, О.В. Дзера, Н.С. Кузнєцова та ін.; за ред. О.В. Дзери. К. : Юрінком Інтер, 2008. С. 46; Пархоменко Н. М. Договір у системі права: дис. ... канд.юр.наук : 12.00.01. Теорія та історія держави і права, історія політичних і правових вчень. К., 1998. С. 15-16; Сібільов М. Цивільно-правовий договір у механізмі правового регулювання суспільних відносин у сфері приватного права. *Юридичний вісник*. 2002. № 3. С. 105-106.

Як зазначає, В.К.Антошкіна, у механізмі правового регулювання шлюбно-сімейних відносин договори посідають власне місце і при активізації договірного регулювання стають головним засобом правового впливу. Значення договорів полягає у тому, що вони покликані забезпечити індивідуалізовану дію механізму правового регулювання. Договори подружжя формуються за бажанням самих сторін. Тому обсяг і характер суб'єктивних прав та обов'язків, що виникають з таких договорів, щоразу мають індивідуальний характер. Важливим моментом майнових відносин подружжя є те, що такого роду регулювання здійснюється на стадії формування цих відносин, а не у разі виникнення спору між сторонами. Тобто договір є одним із засобів індивідуального піднормативного регулювання майнових відносин подружжя[1], а також інших сімейних відносин, в тому числі за участю інших осіб. Остання ознака, на нашу думку, є визначальною в аспекті визначення договору як джерела права.

Виникає питання, якою мірою ці ознаки притаманні сімейним договорам. Договір, як цивільно-правовий, так і сімейний, істотно відрізняється від інших джерел сімейного права, оскільки ним здійснюється саме індивідуальне регулювання сімейних відносин, а не нормативне. У цьому істотна відмінність договору навіть від інших джерел сімейного права, які містять соціально-правові приписи, таких як звичай та релігійні норми, оскільки вони поширюються на невизначене коло носіїв відповідного звичаю (представників відповідної соціальної групи) або представників певної релігійної конфесії, а договір — лише на осіб, які є сторонами відповідного договору або вигодонабувачами по ньому (наприклад, відповідні аліментні договори врегульовують відносини не лише батьків як учасників такого договору, а й дитини; відповідний договір про прийомну сім'ю, стосується не лише прийомних батьків, а й дитини). Однак, у разі невиконання або неналежного виконання індивідуальних договірних норм, особа може звернутися до суду і останній також повинен слідувати відповідній нормі при вирішенні справи, якщо вона не суперечить іншим джерелам сімейного права (серед яких названі СК України, інші закони та «моральні засади суспільства», тобто по суті принципи сімейного права та загальноприйняті в суспільстві звичаєві норми), які врегульовують відповідні відносини або ними допускається автономне правове регулювання. Правовий режим, встановлений відповідним сімейним договором, за відсутності перешкод, передбачених ст. 9 СК України, визнається не тільки судом, а й іншими органами правозастосування, в тому числі органами опіки та піклування,

[1] Антошкіна В. К. Договірне регулювання відносин подружжя : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 – цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право. Харків, 2006. С. 15-16.

органами, які здійснюють виконання рішення суду про призначення аліментів відповідно до укладеного договору. Таким чином, сімейний договір є джерелом сімейного права нарівні з іншими джерелами, хоча і здійснює саме індивідуальне регулювання сімейних відносин (що передбачає персоніфікацію його регулювання), а не нормативне.

В той же час, слід зазначити, що на відміну від цивільно-правових договорів, які можуть виступати єдиним джерелом правового регулювання цивільних (передусім майнових) відносин, заступаючи норми самого ЦК України (в ньому часто зазначається на тому, що ті чи інші його положення діють «якщо інше не встановлено договором»), сфера правового регулювання сімейних договорів обмежується. Наприклад, відповідно до ст. 93 СК України шлюбний договір не може регулювати особисті відносини подружжя, а також особисті відносини між ними та дітьми; не може зменшувати обсягу прав дитини, які встановлені СК України, а також ставити одного з подружжя у надзвичайно невигідне матеріальне становище; за ним не може передаватися у власність одному з подружжя нерухоме майно та інше майно, право на яке підлягає державній реєстрації. Таким чином, свобода договору в аспекті саме регулювання сімейних відносин, є обмеженою і у разі порушення відповідних обмежень щодо зміни правового положення подружжя, батьків та дітей у сімейних відносин, здійснюється не індивідуальне, а нормативне регулювання (відповідно до вимог не сімейного договору, а положень сімейного законодавства). СК України не містить обмежень щодо інших договорів, однак виходячи зі змісту ч. 2 ст. 155 і ч. 1 ст. 189 СК України сімейні договори не можуть суперечити інтересам дитини; попри те, що в ст. 78 СК України, визначається можливість укладення договорів про надання утримання (в тому числі умов, розмірів та строків такого утримання), сфера їх застосування обмежена тими випадками, які не підпадають під регулювання Глави 9 СК України. Зазначену обставину можна вважати однією із визначальних рис сімейного договору, який вирізняє його від інших договорів, якими врегульовуються приватноправові відносини.

Є. О. Харитонов зазначає, що обмеження, які встановлені ст. 9 СК України (та іншими статтями СК України) стосуються лише договорів, які укладаються саме щодо сімейних відносин; інші договори укладаються на загальних підставах, передбачені цивільним законодавством[1]. В цьому, можна визначити ще одну особливість сімейних договорів — їх спрямованість на врегулювання сімейних відносин (подружніх, батьківських, опіки, піклування чи влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, відносин за

[1] Харитонов Є. О., Харитонова О. І., Білоусов Ю. В. та ін. Науково-практичний коментар до Сімейного кодексу України. Х. : ТОВ «Одіссей», 2008. С. 27.

участю інших членів сім'ї та родичів щодо реалізації сімейних прав та виконання сімейних обов'язків; цивільно-правові договори мають іншу мету.

Для того, щоб визначити особливості сімейно-правових договорів, які дозволяють відмежувати їх від цивільно-правових договорів, а також від інших джерел сімейного права та з'ясувати правову природу договору звернемося до юридичної доктрини.

Сімейно-правовим договорам притаманні наступні ознаки: спрямованість до однієї мети, на відміну від цивільно-правових договорів, які являють собою протилежні за спрямованістю узгоджені волевиявлення учасників; мета сімейних договорів – реалізація передбачених сімейним законодавством прав та обов'язків подружжя, батьків та дітей, інших учасників сімейних відносин; суб'єктами сімейних договорів можуть бути лише члени сім'ї або особи, які вступають у відносини щодо створення сім'ї (наречені) або з приводу опіки та піклування. Учасники сімейних відносин діють разом, а не як протилежні за своїми інтересами контрагенти[1]. Можемо погодитися із тим, що у сімейних договорах як правило немає протилежних інтересів сторін, якщо вони укладаються щодо утримання дитини та здійснення особистих немайнових батьківських прав або щодо влаштування дітей-сиріт або дітей, позбавлених батьківського піклування. Однак, договори, які врегульовують майнові відносини подружжя спрямовані на визначення іншого, ніж встановлений законом, правового режиму майна подружжя, відхід від принципу рівності подружжя, і кожна із сторін договору як правило зацікавлена саме у забезпеченні більш кращого становища для себе (хоча зазначена обставина може бути відсутньою і сторони (подружжя) може передбачити в цілому незначний відхід від законодавчих положень).

Існують погляди, що договори в сімейному праві, як правило, не є самостійною підставою виникнення сімейних відносин, а приводять до зміни, припинення сімейних відносин, які вже існують, а також не виступають самостійними юридичними фактами, а є одним з елементів фактичного складу. Принцип свободи договору в сімейному договірному праві має певні обмеження, що обумовлені наявністю публічного інтересу в регулюванні сімейних відносин: чітко зазначені суб'єкти договору; неможливе або обмежене укладання непойменованих договорів; істотно обмежена свобода розсуду учасників при формуванні умов договору. Не можемо погодитися із тим, що усі сімейні договори не можуть бути самостійною підставою для виникнення сімейних відносин, оскільки договори, які укладаються щодо влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування (договір

[1] Договір як універсальна правова конструкція : монографія /А. П. Гетьман, В. І. Борисова, О. П. Євсєєв та ін. ; за ред. А. П. Гетьмана, В. І. Борисової. Х. : Право, 2012. С. 91.

про патронат, про влаштування дитини до прийомної сім'ї, про організацію діяльності дитячого будинку сімейного типу) є тим юридичним фактом, який призводить до виникнення відповідних сімейних відносин.

О. М. Пономаренко так само вказує на обмежений суб'єктний склад таких договорів (він називає учасників таких договорів «особами, які мають певний сімейно-правовий інтерес»), хоча і додає до їх числа також колишніх членів сім'ї, а також органи опіки та піклування (хоча договори за участі останніх він називає квазісімейними). Також науковець вказує, що сімейний договір може бути спрямований або на встановлення додаткових сімейних прав та обов'язків, або на визначення порядку здійснення сімейних прав та виконання сімейних обов'язків, визначених в законодавством («законних» сімейних прав та обов'язків), але не може бути спрямований на їх виникнення або припинення. Як зазначає вчений, на нормативному рівні встановлений недоторканий мінімум сімейних прав та обов'язків, які виникають та припиняються незалежно від волі суб'єктів, а за допомогою договорів останні можуть вплинути на порядок їх здійснення (виконання) та обсяг (тільки в бік збільшення). Водночас деякі сімейні договори все ж таки можуть бути спрямовані на виникнення або припинення сімейних прав та обов'язків — у випадках, якщо договори укладаються учасниками сімейних відносин, сімейні відносини яких не врегульовані СК України. Ще одна особливість сімейних договорів полягає в тому, що сімейні права та обов'язки, на які вони впливають, тісно пов'язані з особистістю суб'єкта і як правило припиняються із його смертю або зміною його сімейно-правового статусу[1].

О. В. Розгон визначає також такі особливості договорів у сімейному праві: можливість регулювання сімейних відносин за умови, якщо зміст договору не буде суперечити актам законодавства та моральним засадам суспільства; особливий суб'єктний склад — учасники сімейних відносин, як правило щодо спільної реалізації прав та виконання обов'язків; необхідність отримання дозволу опіки та піклування, якщо договір стосується майнових прав дитини; обов'язковість попередньої згоди на укладення договору одним із учасників сімейних відносин — стосується договорів подружжя і договорів, що укладаються неповнолітньою дитиною; можливість обумовлення в договорі строків тривалості сімейних прав та обов'язків — наприклад, до повноліття дитини, припинення шлюбу тощо; обмеженість свободи договірної ініціативи сторін договору – як правило лише у випадку відповідної вказівки у законодавстві або якщо останнє взагалі не врегульовує відповідні відносини; недопустимість

[1] Пономаренко О. М. Щодо визначення поняття сімейного договору. *Збірник наукових праць Харківського національного педагогічного університету імені Г. С. Сковороди. Серія «Право»*. 2016. Випуск 24. С. 70-72.

погіршення майнового становища сторін договору у частині прав та гарантій, передбачених сімейним законодавством; особистий і безоплатний характер більшості договорів[1].

Таким чином, більшість науковців, визначаючи особливості договору як регулятора сімейних відносин зазначали саме на похідному характері договору як джерела сімейного права — він врегульовує сімейні відносини лише в тих межах, в яких це допускається іншими джерелами права, передусім законами та іншими актами сімейного законодавства і на таких особливостях сімейного договору порівняно із цивільно-правовими договорами як: спрямованість на виникнення, зміну або припинення сімейних прав та обов'язків; нееквівалентний характер договору (сімейні договори спрямовані на забезпечення особистих немайнових інтересів сім'ї, подружжя, дитини, інших учасників сімейних відносин, а забезпечення майнових інтересів має похідний від немайнових характер); обмежений суб'єктний склад учасників (як правило учасники шлюбних, подружніх, батьківських, опікунських та інших сімейних відносин); обмеженість його застосування у сімейних відносинах і недостатня автономія сторін при визначенні умов договору (останні не повинні істотно погіршувати становище сторін порівняно із таким, яке встановлене сімейним законодавством, особливо це стосується питань правового режиму майна подружжя, а також прав та обов'язків батьків та дітей.

При цьому, можна погодитися із І. В. Жилінковою, що у випадку відсутності спеціальних нормативних приписів сторони можуть урегулювати свої відносини за договором — учасники сімейних відносин мають право укласти договір, який не передбачений актами сімейного та цивільного законодавства, але відповідає загальним засадам законодавства (створення власних правил поведінки). Якщо певні сімейні відносини внормовані законом, то договором сторони можуть: деталізувати нормативний припис, не виходячи за його межі, і конкретизувати свої суб'єктивні права та обов'язки (наприклад, подружжя може встановити в договорі детальний порядок та строки виплати аліментів на одного з них, не змінюючи загальних правил сплати аліментів, визначених у ст. 75 СК України) або підвищити законодавчий стандарт і закріпити такі суб'єктивні права та обов'язки, які не закріплені в законодавчому мінімумі вимог до сторін (наприклад, договір про утримання подружжя може не передбачити такої обов'язкової умови виплати як непрацездатність іншого з подружжя)[2].

[1] Розгон О. В. Договори у сімейному праві України: монографія. К.: Ін Юре, 2018. С. 22-35.

[2] Договір як універсальна правова конструкція: монографія /А. П. Гетьман, В. І. Борисова, О. П. Євсєєв та ін. ; за ред. А. П. Гетьмана, В. І. Борисової. Х. : Право, 2012. С. 102.

Крім того, як зазначає О. Явор договір може виступати єдино можливою підставою для виникнення індивідуальних сімейних відносин (наприклад, відносини патронату, наставництва, прийомної сім'ї, дитячого будинку сімейного типу, тощо), а також заповнювати прогалини, залишені законодавцем у регулюванні сімейних відносин (укладення непоіменованих сімейних договорів)[1]. У цій частині договір не просто доповнює існуючі положення чинного сімейного законодавства, а виступає повноцінним джерелом права, оскільки передбачає індивідуальну регламентацію сімейних відносин, при цьому індивідуальну як таку, що врегульовує відносини між індивідами, так і таку, що забезпечує особливе повноцінне правове регулювання, яке не можна було б отримати лише за допомогою законодавчих норм.

Таким чином, визначальними рисами договору як джерела сімейного права є наступні:

1) вони є джерелом, яке має дуалістичну природу: з одного боку — це правочин, спрямований на урегулювання приватно-правових відносин, що зближує його із цивільно-правовими договорами (хоча і має специфічну мету та обмежене коло учасників), тобто його приписи є соціальними, створюються та змінюються його учасниками, а не суб'єктами публічної влади, відповідні права та обов'язки реалізуються ними добровільно; з іншого боку — це джерело права, правові приписи, що містяться в ньому не лише реалізуються добровільно сторонами договору, однак можуть бути виконані примусово за сприяння органів державної влади, передусім суду, органів опіки та піклування, які також зобов'язані визнавати правовий режим, встановлений договором (а тому соціальні приписи, встановлені сімейним договором є соціально-правовими);

2) на відміну від нормативно-правових актів, інших джерел, які містять державно-правові приписи, звичаїв та релігійних норм здійснює індивідуальне правове регулювання сімейних відносин чітко визначених осіб (сторін договору та вигодонабувачів), від інших осіб вимагається лише визнання відповідного правового режиму;

3) є похідним джерелом сімейного права, яке застосовується для врегулювання сімейних відносин, неврегульованих сімейним законодавством; можливість індивідуального соціально-правового договірного регулювання, як правило, визначається джерелами сімейного права, які містять державно-правові приписи;

4) є підзаконним джерелом сімейного права, оскільки у ієрархії джерел сімейного права знаходиться нижче джерел, які містять державно-правові

[1] Явор О. Договір як юридичний факт у сімейному праві. *Вісник Національної академії правових наук України*. 2014. № 4 (79). С. 129-130.

приписи, а також найважливіших джерел, які містять соціально-правові приписи (моральні засади суспільства);

5) є додатковим джерелом сімейного права, оскільки як правило не є самостійним регулятором сімейних відносин, а деталізує існуючі державно-правові приписи, визначені іншими джерелами сімейного права, застосовується поруч із ними.

Основним сімейно-правовим договором, який визначається в законодавстві усіх країн з романо-германською та англо-американською правовою системою, є шлюбний договір або шлюбний контракт.

Шлюбний договір відповідно до СК України може бути укладено особами, які подали заяву про реєстрацію шлюбу, а також подружжям. Предметом шлюбного договору відповідно до сімейного законодавства України є лише майнові відносини між подружжям, їх майнові права та обов'язки, у ньому можуть бути визначені майнові права та обов'язки подружжя як батьків. У шлюбному договорі може бути визначене майно, яке дружина, чоловік передає для використання на спільні потреби сім'ї, а також правовий режим майна, подарованого подружжю у зв'язку з реєстрацією шлюбу. Сторони можуть домовитись про можливий порядок поділу майна, у тому числі і в разі розірвання шлюбу, а також про надання утримання одному з подружжя незалежно від непрацездатності та потреби у матеріальній допомозі. В той же час, як визначено у ст. 93 СК України шлюбний договір не може регулювати особисті відносини подружжя, а також особисті відносини між ними та дітьми, не може зменшувати обсягу прав дитини, які встановлені цим Кодексом, а також ставити одного з подружжя у надзвичайно невигідне матеріальне становище[1]. Як зазначається в науковій літературі, такими умовами є положення, які обмежують конституційні права подружжя, порушують принцип рівності чоловіка та жінки, обмежують правоздатність або дієздатність подружжя[2], положення щодо відходу у сторону зменшення розмірів аліментних платежів порівняно із визначеними законодавством[3], умови про передачу одному із подружжя нерухомого майна при передачі рухомого майна іншому з подружжя, встановлення одному із подружжя явно обтяжливих обов'язків

[1] Дутко А. О. Договір як регулятор сімейних відносин: особливості конструкції. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. Серія Юридична.* 2013. № 3. С. 139-140; Пархоменко Н. М. Договір у системі права : дис. ... канд.юр.наук : 12.00.01. Теорія та історія держави і права, історія політичних і правових вчень. К., 1998. С. 49-50.

[2] Науково-практичний коментар Сімейного кодексу України / за ред. Ю. С. Червоного. К. : Істина, 2003. С. 16.

[3] Сімейний кодекс України: науково-практичний коментар / за заг. ред. С. Я. Фурси. К : Видавець Фурса С. Я.; КНТ, 2008. С. 276.

щодо надання утримання родичам іншого з подружжя[1] та інші умови, однак саме поняття «надзвичайно невигідне матеріальне становище» є оціночним і про наявність такого становища суд приймає відповідне рішення в кожному конкретному випадку.

Слід зазначити, що норма про те, що шлюбний договір врегульовує лише майнові відносини подружжя, своєрідно тлумачиться деякими науковцями. Зокрема, Д. М. Бєлов зазначає, що така норма була включена до нього через специфіку немайнових відносин, які в більшості випадків не піддаються правовому регулюванню, тому їх включення до змісту шлюбного договору здавалось зайвим, адже шлюбним договором, наприклад, не можна зобов'язати подружжя любити й поважати один одного чи не зловживати азартними іграми тощо. Однак майнові відносини подружжя в деяких випадках можуть ставитися в залежність від настання або ненастання умов немайнового характеру[2]. Через це деякі науковці вважають, що за певних умов до складу шлюбного договору можна включити як майнові, так і немайнові права та обов'язки подружжя. Так, Ю. С. Червоний неодноразово зауважував, що включення таких прав і обов'язків до змісту шлюбного договору можливе, але тільки за умови закріплення в цьому договорі санкцій за їх невиконання[3]. Наприклад, у такому договорі можна передбачити право одного з подружжя на компенсацію моральної шкоди в разі негідної поведінки іншого з подружжя. Схожої думки притримується І. В. Жилінков[4]. О. М. Калітенко зазначає, що повне законодавче визнання, а також цивільно- й сімейно-правове регулювання особистих немайнових прав свідчать не тільки про можливість, а й про необхідність регулювання таких прав у договірному порядку[5].

Зазначена думка має певні підстави, якщо звернутися до зарубіжного досвіду. Як зазначено у Німецькому цивільному уложенні, подружжя може врегулювати свої майново-правові відносини шляхом укладення нотаріально посвідченого договору (шлюбний договір), в тому числі скасувати або змінити передбачений законом режим майнових відносин, зокрема і після укладення шлюбу (параграфи 1408 і 1410). При цьому, подружжя може обмежити або виключити правоздатність іншого подружжя вчиняти угоди, що спричиняють

[1] Сімейний кодекс України. Науково-практичний коментар / за ред. І. В. Жилінкової. Х. : Ксилон, 2008. С. 315.

[2] Бєлов Д. М., Палешник Л. І. Деякі проблеми укладення шлюбного договору. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право»*. 2015. Випуск 33. Том 1. С. 150.

[3] Семейное право Украины : учебник. С. В. Кивалов, Ю. С. Червоный, Г. С. Волосатый, О. М. Калитенко / под ред. Ю. С. Червоного. К. : Правова єдність, 2009. С. 303.

[4] Жилинкова И.В. Брачный договор. Х. : Ксилон. 2005. С. 114.

[5] Калітенко О. М. Щодо необхідності розширення предмета шлюбного договору: постановка проблеми. *Актуальні проблеми держави і права.* 2011. № 58. С. 303.

для нього правові наслідки (параграф 1357); передбачити договірний режим майна, набутого кожним із подружжя у шлюбі (параграф 1363): роздільності майна (параграф 1414), спільності майна (1415), крім особливого (параграф 1417) та виділеного (параграф 1418) майна; визначити, хто з подружжя буде управляти спільним майном – один із подружжя або обидва з подружжя (параграф 1421); порядок розподілу подружнього майна (параграф 1474); продовження режиму спільності майна у відносинах між пережившим подружжям та спільними нащадками подружжя (параграф 1483). При цьому, умови шлюбного договору чинні не тільки для подружжя, а й для третіх осіб, за умови, якщо вони знали про наявність договору або договір зареєстрований в реєстрі майнових прав (параграф 1412). Також Німецьке цивільне уложення прирівнює до договору заручини (параграф 1297), хоча лише в частині обов'язку відшкодування понесених витрат постраждалій стороні (ст. 1298); визначає можливість укладення угод, «направлених на забезпечення життєвих потреб сім'ї» (ст. 1357), «в інтересах дитини» (ст. 1643). Як бачимо, шлюбний договір за сімейним законодавством Німеччини регулює виключно майнові відносини подружжя і не стосується особистих немайнових відносин.

Французький цивільний кодекс у ст. 1387 передбачає, що закон регулює майнові відносини між подружжям лише при відсутності спеціальних угод, які подружжя вправі укладати на свій розсуд, за умови, що ці угоди не будуть протирічити моралі та положенням статей 1387-1 – 1581 Кодексу. При цьому, шлюбний контракт може передбачати: право пережившого подружжя придбати або отримати при розподілі певне особисте майно померлого подружжя (ст. 1390); перелік такого майна (ст. 1391); можливість встановлення (не частіше разу на два роки — ст. 1397) правового режиму майна подружжя:

1) режим спільності майна подружжя (ст. 1400), набутого у шлюбі, крім одягу та білизни, передбачених для особистого користування, права на позови щодо відшкодування фізичної або моральної шкоди, права на матеріальну допомогу, предмети, необхідні для професійної діяльності (ст. 1404), майна, отриманого в спадок, дарування або в порядку легата, якщо інше не встановлено в договорі (ст. 1405) майна, отриманого за допомогою особистого майна та цінних паперів (ст. 1406) майна, отриманого взамін особистого майна (ст. 1407). У шлюбному контракті може бути передбачено, що спільність буде включати рухоме та нерухоме майно, придбане подружжям в період шлюбу; виключення із правил управління спільним майном; право одного з подружжя отримати певне майно, виплативши відповідне відшкодування; право на отримання частки в майні до його розподілу; нерівність часток подружжя; універсальність режиму спільності майна подружжя (ст. 1497). Можливе урегулювання питання управління спільним майном, наприклад встановлення

спільного управління майном обома з подружжя (ст. 1503); визначення права пережившого подружжя придбати або отримати при розподілі певне особисте майно померлого подружжя (ст. 1511); встановлення критеріїв оцінки майна та способи відшкодування різниці (ст. 1512); надання права пережившому подружжю вилучити зі спільності подружжя певне майно або суму (ст. 1515); встановлення нерівності часток, за умови якщо подружжя, який має меншу частку має і менші обов'язки (ст. 1521); передача усього спільного майна пережившему подружжю (ст. 1524);

2) режим універсальної спільності майна подружжя, в тому числі отриманого до укладення шлюбу, крім особистого (ст. 1526);

3) режим роздільності майна подружжя, коли кожен має право на управління, користування та вільне розпорядження своїм майном (ст. 1536), однак зобов'язаний брати участь у сімейних витратах (ст. 1537);

4) режим участі в доходах — до припинення шлюбу правовий режим майна є роздільним, але після припинення режиму кожен із подружжя вправі отримати половину суми чистих доходів, що утворилися в майні іншого з подружжя (отримані на підставі подвійної оцінки майна на момент укладення та припинення шлюбу) (ст. 1569), за умови їх наявності (ст. 1575) з можливим відходом від рівності часток при розподілі, в тому числі права пережившого подружжя на усі чисті доходи (ст. 1581).

При цьому умови шлюбного контракту є чинними і для третіх осіб, за умови, якщо в договорі між одним з подружжя і третьою особою прямо зазначалося про наявність шлюбного контракту (ст. 1394). В той же час, Французьким цивільним кодексом допускається укладання подружжям договорів щодо ведення домашнього господарства та виховання дітей (ст. 220)[1].

Відповідно до сімейного законодавства Республіки Польща, в шлюбному договорі подружжя може розширити, обмежити або виключити законну спільність майна, крім прав, які є виключними, права вимоги за зобов'язаннями щодо відшкодування шкоди, нанесеної здоров'ю та відшкодування моральної шкоди. Цей договір є обов'язковим для третіх осіб, якщо вони знали про нього та його зміст. Аналогічна вимога передбачена за законодавством Чеської Республіки. У Хорватії чинність шлюбного договору для третіх осіб підтверджується його внесенням в поземельні книги.

Шлюбний контракт у США має назву «дошлюбна угода» (зважаючи на те, що його укладення можливе лише до укладення шлюбу) і ним, крім встановлення режиму майна (при цьому допускається встановлення різних режимів для різних видів майна), набутого у шлюбі і порядку управління ним, також

[1] Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона) / пер. с франц. В. Захватаев. отв. ред. А. Довгерт. К. : Истина, 2006. С. 100.

визначаються питання утримання у шлюбі та на випадок розлучення, а також питання виховання та освіти дітей. Сторони шлюбного контракту можуть відступити від норм законодавства, однак контракт не повинен обмежувати конституційних прав та свобод сторін.

В Однаковому Акті про дошлюбні договори (прийнятий у більш ніж половині штатів США) закріплено положення, відповідно до якого сторони можуть укладати договір щодо будь-яких питань, включаючи їхні особисті права й обов'язки, за умови, що це не порушуватиме суспільну політику і за це не передбачено кримінальної відповідальності, що дало можливість включати в договори будь-які умови[1]. Як правило, офіційні коментарі відносять до «інших питань» вибір місця проживання, планування кар'єри, релігійне виховання дітей[2].

У мусульманських країнах також існує практика укладання шлюбних договорів — «нікях». Положення (умови) шлюбного договору мають бути в межах розумного та канонічно допустимого. Якщо умови шлюбного договору, обговорені під час укладення шлюбу, відповідають духу та культурі мусульманської сім'ї, не суперечать канонам, то їх виконання в майбутньому є обов'язковим. Такими умовами можуть бути проживання в одному місті, дозвіл із боку чоловіка на працю жінці поза домом, умови про одношлюбність чоловіка, «мехріє» (майно, яке виплачується чоловіком жінці у випадку розлучення за його ініціативою чи з його вини та ін.).

Отже, предмет шлюбного договору в окремих країнах (у тому числі Франції) може охоплювати й особисті немайнові права та обов'язки подружжя як один щодо одного, так і щодо дітей. Водночас, на нашу думку, передчасно запроваджувати такий досвід в Україні, оскільки це може призвести до зловживань з боку одного з подружжя, що перебуває у вигіднішому майновому становищу і обмеженню правоздатності іншого з подружжя. Однак погоджуємося на допустимості врегулювання майнових відносин із використанням юридичних фактів, пов'язаних із реалізацією одним із подружжя особистих немайнових прав або утриманням від них.

Відповідно до СК України встановлено й обмеження щодо предмета шлюбного договору, зокрема, ним не регулюються особисті відносини подружжя, а також особисті відносини між ними та дітьми, не можна зменшувати обсягу прав дитини, які встановлені Сімейним кодексом, а також

[1] Новохатська Я. В. Правове регулювання майнових відносин подружжя (порівняльно-правовий аспект) : дис. ... канд. юр. наук : 12.00.03 – цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право. Х., 2006. С. 145.

[2] Новохатська Я. В. Правове регулювання майнових відносин подружжя (порівняльно-правовий аспект) : дис. ... канд. юр. наук : 12.00.03 – цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право. Х., 2006. С. 136

ставити одне з подружжя у надзвичайно невигідне матеріальне становище[1]. Це ж саме стосується законодавства країн континентальної Європи.

У Сімейному Законі Канади встановлене обмеження, що шлюбним договором не можуть змінюватися положення закону щодо здійснення права спільної сумісної власності подружжя на сімейний будинок, зокрема про рівність прав подружжя щодо володіння сімейним будинком, про вчинення з ним правочинів за їхньою взаємною згодою. Особисті немайнові права сторін як батьків, визначені в шлюбному договорі, піддаються особливій перевірці з боку суду і нерідко відхиляються[2].

У США Однаковий Закон про власність подружжя (прийнятий у штаті Вісконсін), а також Однаковий Закон про дошлюбні договори (прийнятий у більш ніж половині штатів США) накладає на подружжя обмеження відносно встановлення в договорі аліментних прав і обов'язків. Якщо положення шлюбного договору змінюють чи скасовують право подружжя на одержання утримання таким чином, що згодом у разі роздільного проживання чи припинення шлюбу він попадає під яку-небудь із програм соціального забезпечення, суд може зобов'язати другого з подружжя надавати утримання у такому обсязі, що виключило б подібну ситуацію[3].

Що стосується інших видів договорів у сімейному праві, то їх перелік у юридичній науці окреслюють в широкому спектрі.

Зокрема, О. В. Розгон виділяє такі види сімейних договорів:

1) договори подружжя:

а) щодо майна: про відчуження одним із подружжя на користь іншого з подружжя своєї частки у праві спільної власності подружжя без виділу цієї частки (ч. 2 ст. 64 СК України); про визначення порядку користування майном (ст. 66 СК України); про поділ майна подружжя (статті 69 – 70 СК України); про визначення часток у спільному майні подружжя та договір про виділ частки одного з подружжя зі складу всього подружнього майна (ч. 2 ст. 69 СК України);

б) договори про надання утримання: про надання утримання одному з подружжя (ст. 78 СК України); про припинення права на утримання замість набуття права власності на нерухоме майно або отримання одноразової грошової виплати (ст. 89 СК України);

[1] *Дутко А. О.* Договір як регулятор сімейних відносин: особливості конструкції. Науковий вісник *Львівського державного університету внутрішніх справ. Серія «Юридична».* 2013. № 3. С. 139-140.

[2] Новохатська Я. В. Правове регулювання майнових відносин подружжя (порівняльно-правовий аспект) : дис. ... канд. юр. наук.: 12.00.03 – цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право. Х., 2006. С. 126.

[3] Новохатська Я. В. Правове регулювання майнових відносин подружжя (порівняльно-правовий аспект): дис. ... канд. юр. наук : 12.00.03 – цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право. Х., 2006. С. 126.

в) шлюбний договір (статті 92 – 103 СК України);

г) сепараційний договір;

д) договори за участю подружжя щодо застосування репродуктивних технологій: договір між медичним закладом і потенційними батьками щодо комплексу медичних послуг, які пов'язані з використанням допоміжних репродуктивних технологій;

2) договори фактичного подружжя (осіб, які проживають однією сім'єю без реєстрації шлюбу): про визначення правового режиму майна (ст. 74 СК України); про припинення права на утримання (ст. 89, ч. 3 ст. 91 СК України);

3) договори між нареченими та/або їх родичами: договір дарування передшлюбного подарунка (наречений/ наречена отримує подарунок у зв'язку з майбутнім шлюбом за ст. 31 СК України); договір про витрати, пов'язані із приготуванням до реєстрації шлюбу та весілля;

4) договори батьків щодо виховання та утримання дитини: про визначення місця проживання дитини у разі розірвання шлюбу та порядку участі у забезпеченні умов життя дитини того з батьків, хто проживатиме окремо (ч. 1 ст. 109 СК України); про розмір аліментів на дітей після розірвання шлюбу (ч. 2 ст. 109 СК України); щодо здійснення батьками батьківських прав і виконання обов'язків (ч. 4 ст. 157 СК України); про сплату аліментів на дитину (ст. 189 СК України); про припинення права на аліменти на дитину у зв'язку із придбанням права власності на нерухоме майно (ст. 190 СК України); про участь батьків, дітей у додаткових витратах;

5) між батьками та повнолітніми дітьми: про утримання повнолітніми дітьми непрацездатних батьків; про утримання батьками повнолітньої дитини, якщо вона продовжує навчатися; про утримання батьками дитини-інваліда;

6) договори інших членів сім'ї та родичів: між батьками дитини та бабою, дідом, прабабою, прадідом про спілкування із онуками і правнуками та їх виховання; щодо виховання дитини її братом і сестрою; про утримання тіткою/дядьком неповнолітнього племінника/племінниці;

7) договори, укладені із суб'єктами, які не є членами сім'ї, за участю державного органу: про організацію реєстрації шлюбу за 24 години; про патронат; про влаштування дітей до прийомної сім'ї; про організацію діяльності дитячого будинку сімейного типу; про наставництво[1].

І. В. Жилінкова, залежно від сфери договірного регулювання до договорів у сімейному праві відносить: 1) сімейні договори (договори між членами сім'ї); 2) договори між учасниками сімейних відносин, які хоча й не є членами однієї сім'ї, але мають сімейні права та обов'язки (договір про сплату аліментів на

[1] Розгон О. В. Договори у сімейному праві України : монографія. К. : Ін Юре, 2018. С. 67-69.

дитину, батько/мати якої проживає окремо від сім'ї); 3) «досімейні» або «післясімейні» договори (договори, що укладаються на стадії виникнення сім'ї або після припинення її існування); 4) «квазісімейні» договори (договори, що укладаються у процесі влаштування в сім'ї дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування, — договори про патронат, про створення дитячого будинку сімейного типу, про створення прийомної сім'ї). Залежно від їх цільової спрямованості в сімейному праві можна виділити договори, що мають за мету: 1) встановлення, зміну або припинення правового режиму майна; 2) передання майна у власність; 3) передання майна у користування; 4) надання утримання; 5) виховання дітей[1]. З точки зору законодавчої визначеності науковець виділяє такі групи сімейних договорів: поіменовані (наприклад, шлюбний договір, договір про утримання подружжя) та непоіменовані (наприклад, договір про встановлення режиму окремого проживання подружжя, договір наречених про визначення правового режиму весільних подарунків)[2].

З. В. Ромовська розмежовує сімейні договори за наступники критеріями: як «порозуміння» («згоду», «домовленість», буденні сімейні договори), як дрібні сімейні договори, які укладаються в усній формі та «серйозні» сімейні договори, в тому числі: договори подружжя щодо визначення місця проживання дитини та порядку участі у забезпеченні умов життя дитини того з батьків, хто проживатиме окремо (ст. 109 СК України), договори подружжя про надання утримання (ст. 78 СК України), договори подружжя про припинення права на аліменти у зв'язку із набуттям права власності на нерухомість (ст. 89 СК України), договори батьків дитини про сплату аліментів на дитину (ст. 189), договори батьків дитини про припинення права дитини на аліменти у зв'язку із набуттям права власності на нерухомість (ст. 190), договір подружжя щодо визначення порядку користування нерухомістю (ст. 66), договір про поділ подружнього майна (ст. 68), договори, що можуть бути укладені жінкою та чоловіком, які проживають однією сім'єю, але без реєстрації шлюбу, а також договори, укладені між дружиною та чоловіком, між матір'ю та батьком, між батьками та дитиною, між іншими родичами та членами сім'ї, відносини яких регулює СК України[3]. Цей же критерій виділяється І. В. Жилінковою, однак вона виділяє сімейні договори: подружжя, осіб, які проживають однією сім'єю без реєстрації шлюбу, батьків щодо виховання та утримання дитини, між батьками та дітьми, договори родичів. Прикладами останньої групи договору

[1] Договір як універсальна правова конструкція : монографія / А. П. Гетьман, В. І. Борисова, О. П. Євсєєв та ін.; за ред. А. П. Гетьмана, В. І. Борисової. Х. : Право, 2012. С. 107, 109.

[2] Сімейний кодекс України. Науково-практичний коментар / за ред. І. В. Жилінкової. Х. : Ксилон, 2008. С. 45-46.

[3] Ромовська З. В. Сімейний кодекс України. Науково-практичний коментар. К. : Правова єдність, Алерта, КНТ, Центр учбової літератури, 2009. С. 26-27.

вчена називає договори між батьками дитини та бабою, дідом, прабабою, прадідом щодо спілкування останніх зі своїми внуками та правнуками та їх виховання, договори родичів щодо надання взаємного утримання[1].

В. К. Антошкіна, досліджуючи правову природу договорів подружжя, виділяє такі їх види:

1) за часом їх укладення: ті, які укладаються до реєстрації шлюбу (наприклад, шлюбний договір, договори щодо визначення розподілу витрат, пов'язаних з реєстрацією шлюбу, порядку влаштування весілля) і ті, які укладаються після реєстрації шлюбу (наприклад, шлюбний договір, договір про надання утримання, договір про режим окремого проживання подружжя);

2) за колом відносин, які регулюються: комплексні (шлюбний договір) і спеціальні (наприклад, договори щодо поділу майна, встановлення порядку користування ним, надання утримання);

3) за наявністю взаємного надання: відплатні (наприклад, шлюбний договір) і безвідплатні (договори щодо визначення участі одного з батьків, шо не проживає з дитиною у вихованні дитини);

4) за тривалістю: довгочасні і разові (аналогічно, класифікації З. В. Ромовської щодо «дрібних» і «серйозних» сімейних договорів);

5) залежно від законодавчої визначеності: поіменовані (наприклад, шлюбний договір, договір про надання утримання) і непоіменовані (наприклад, договір про об'єднання майна, договір про визначення часток у спільній власності, договір про зміну законного режиму майна подружжя);

6) за суб'єктним складом: договори подружжя і договори подружжя з іншими особами;

7) залежно від видів майнових відносин, які ними опосередковуються: договори стосовно майна подружжя і договори стосовно взаємного утримання[2].

В американському праві залежно від того, на який стан подружніх відносин розраховане договірне регулювання, крім «дошлюбної угоди» виділяють: договори, що укладаються в період шлюбу і розраховані на продовження чи поновлення подружніх відносин, — так звані «примирливі договори»; і договори, що укладаються в період шлюбу, однак передбачають права й обов'язки подружжя на випадок очікуваного роздільного проживання чи розірвання шлюбу — сепараційні договори. Відповідно до Сімейного Закону Канади, крім шлюбного договору, виділяються такі договори між подружжями: договір

[1] Сімейний кодекс України. Науково-практичний коментар / за ред. І. В. Жилінкової. Х. : Ксилон, 2008. С. 46-47.

[2] Антошкіна В. К. Договірне регулювання відносин подружжя : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 – цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право. Харків, 2006. С. 38-39.

про роздільне проживання, договір про спільне проживання. В англійському сімейному праві отримали поширення договори подружжя про утримання, про роздільне проживання та договори, що визначають майнові права при розірванні шлюбу. Вище викладене стосується також фактичного подружжя. Крім того, існує практика укладення так званих квазідоговорів, які врегульовують особисті стосунки між подружжям (поведінку у шлюбі), зокрема, про кількість і періодичність народження дітей, прийняття внутрішньосімейних рішень, розподіл сімейної праці, однак такі договори часто не отримують державного визнання та захисту[1].

У зв'язку із вищевикладеним, можна прийти до висновку, що договору як джерелу сімейного права притаманні: спрямованість сторін, якими можуть бути як подружжя, члени сім'ї, так і державні органи, які мають повноваження в питаннях влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування (органи опіки та піклування) до реалізації своїх сімейних прав та обов'язків; встановлення порядку реалізації визначених у законодавстві сімейних прав та обов'язків або закріплення таких суб'єктивних прав та обов'язків, які не закріплені в законодавчому мінімумі вимог до сторін; недопустимість погіршення майнового становища сторін договору у частині прав та гарантій, передбачених сімейним законодавством. Учасники сімейних відносин можуть укладати велику кількість поіменованих і непоіменованих в законодавстві договорів щодо врегулювання майнових відносин фактичного подружжя, подружжя, що знаходиться в режимі окремого проживання, колишнього подружжя, майнових та особистих немайнових відносин батьків та дітей, а також договори, що укладаються за участю інших членів сім'ї або щодо влаштування дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування.

Висновки. Спеціальними ознаками договору як джерела сімейного права є:

1) є джерелом, яке має дуалістичну природу: з одного боку — це правочин, спрямований на урегулювання приватно-правових відносин, що зближує його із цивільно-правовими договорами (хоча і має специфічну мету та обмежене коло учасників), тобто його приписи є соціальними, створюються та змінюються його учасниками, а не суб'єктами публічної влади, відповідні права та обов'язки реалізуються ними добровільно; з іншого боку — це джерело права, правові приписи, що містяться в ньому не лише реалізуються добровільно сторонами договору, однак можуть бути виконані примусово за сприяння органів державної влади, передусім суду, органів опіки та

[1] Новохатська Я. В. Правове регулювання майнових відносин подружжя (порівняльно-правовий аспект) : дис. ... канд. юр. наук : 12.00.03 – право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право. Х., 2006. С. 111, 117-118, 121-123.

піклування, які також зобов'язані визнавати правовий режим, встановлений договором (а тому соціальні приписи, встановлені сімейним договором є соціально-правовими);

2) на відміну від нормативно-правових актів, інших джерел, які містять державно-правові приписи, звичаїв та релігійних норм ним здійснюється індивідуальне правове регулювання сімейних відносин чітко визначених осіб (сторін договору та вигодонабувачів), від інших осіб вимагається лише визнання відповідного правового режиму;

3) є похідним джерелом сімейного права, яке застосовується для врегулювання сімейних відносин, неврегульованих сімейним законодавством; можливість індивідуального соціально-правового договірного регулювання, як правило, визначається джерелами сімейного права, які містять державно-правові приписи;

4) є підзаконним джерелом сімейного права, оскільки у ієрархії джерел сімейного права знаходиться нижче джерел, які містять державно-правові приписи, а також найважливіших джерел, які містять соціально-правові приписи (моральні засади суспільства);

5) є додатковим джерелом сімейного права, оскільки як правило не є самостійним регулятором сімейних відносин, а деталізує існуючі державно-правові приписи, визначені іншими джерелами сімейного права, застосовується поруч із ними[1].

[1] Ватрас В. А. Джерела сімейного права: проблеми теорії та практики : монографія. Хмельницький : Поліграфіст–3, 2020. С. 564-567.

РОЗДІЛ 3
СУЧАСНІ ТЕНДЕНЦІЇ РОЗВИТКУ ДЕЛІКТНИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ

3.1. Поняття та сутність деліктних зобов'язань у сучасному цивільному праві України

Тоді, коли інші інститути цивільного права встановлюють правові форми для виникнення нормальних правових відносин, деліктні зобов'язання є правовим оформленням реакції суспільства на патологічні процеси — порушення існуючої правової системи. Водночас деліктні зобов'язання запроваджено для виконання правомірної мети — охорони майнових та особистих немайнових прав та інтересів фізичних і юридичних осіб, держави та інших суб'єктів цивільного права, що проявляється через встановлення обов'язку відшкодування майнової та моральної (немайнової) шкоди для того, хто порушив встановлені законом заборони[1].

Радянська правова ідеологія не допускала можливості впливу буржуазного законодавства на створення своїх кодифікацій, яке ґрунтувалось на засадах римського приватного права, відповідно римські правові категорії «делікт», «деліктне зобов'язання», як і низка інших, визнавались буржуазними, тому згадка про них у радянських нормативних актах була відсутня, незважаючи на їх широке застосування у цивільних кодифікаціях інших країн, зокрема за Кодексом Наполеона розрізняли зобов'язання із деліктів і квазіделіктів (глава II титулу IV).

Зміна ставлення у Радянському Союзі до римського приватного права в кінці 40-х рр. XX ст. зумовила появу в юридичній літературі з цивільного права термінів «делікт», «деліктне зобов'язання». Сутність деліктних зобов'язань радянські вчені вбачали у змісті гл. XIII ЦК УРСР 1922 р. і гл. 40 ЦК УРСР 1963 р., де мова йшла про зобов'язання, що виникали внаслідок заподіяння шкоди такого змісту: шкода, заподіяна особі або майну іншого, підлягала відшкодуванню особою, яка її заподіяла (ст. 403 ЦК УРСР 1922 р.; ст. 440 ЦК УРСР 1963 р.). У радянській юридичній літературі тих часів таку правову категорію називали «зобов'язання із заподіяння шкоди» або «деліктні зобов'язання»[2].

[1] Гринько С. Д. Рецепція деліктних зобов'язань римського приватного права в Україні : дис. ... д–ра юрид. наук : 12.00.03. К., 2013. С. 6, 72-82.

[2] Флейшиц Е. А. Обязательства из причинения вреда. *Советское право в период Великой Отечественной войны* / под ред. И. Т. Голякова. М. : Юрид. изд–во Министерства юстиции СССР, 1948. Ч. 1. С. 130–133; Смирнов В. Т. , Собчак А. А. Общее учение о деликтных обязательствах в советском гражданском

СУЧАСНІ ТЕНДЕНЦІЇ РОЗВИТКУ ДЕЛІКТНИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ

Позиція радянської правової доктрини до ототожнення зобов'язань із заподіяння шкоди з деліктними спричинена змістом відповідних норм цивільних кодифікацій, де обов'язок відшкодувати шкоду розглядався як міра цивільно-правової відповідальності. При цьому цивільно-правова відповідальність наставала за шкоду, заподіяну протиправними діями або бездіяльністю, так і правомірними діями, — у стані крайньої необхідності (ст. 445 ЦК УРСР 1963 р.).

У сучасному цивільному законодавстві України також не застосовується римська термінологія «делікт», «деліктні зобов'язання», однак їх сутність відображена у змісті ч. 1 ст. 1166 ЦК України, де розкривається зміст зобов'язання відшкодування майнової шкоди: «шкода, завдана неправомірними рішеннями, діями чи бездіяльністю особистим немайновим правам фізичної або юридичної особи, а також шкода, завдана майну фізичної або юридичної особи, відшкодовується в повному обсязі особою, яка її завдала». Тобто про деліктні зобов'язання мова йде тоді, коли завдано шкоду неправомірними рішеннями, діями чи бездіяльністю особистим немайновим правам фізичної або юридичної особи, а також шкода, завдана майну фізичної або юридичної особи. Цивільно-правова доктрина пов'язує деліктні зобов'язання із зобов'язаннями відшкодування шкоди[1]. Аналогічне ставлення до правового регулювання деліктних зобов'язань характерне для цивільного законодавства Узбекистану, Таджикистану, Казахстану та інших європейських країн — колишніх союзних республік Радянського Союзу.

У цивільних кодексах Туркменістану, Грузії, Азербайджану, Молдови зобов'язання внаслідок завдання шкоди відомі як деліктні. Однак, як слушно зауважувала Т. С. Ківалова, «хоча ст. 992 ЦК Грузії розділу третього «Деліктні зобов'язання» називається «Поняття», а отже мала б містити дефініцію зазначених зобов'язань, у її змісті такого визначення немає. Натомість, описується зміст відповідних правовідносин»[2]. Таке застереження характерне також для

праве : Учебное пособие. Л. : Изд–во ЛГУ, 1983. 152 с.; *Маслов В.* Обязательства из причинения вреда : учебное пособие. Харьков, 1961. 103 с.; Донцов С. Е., Глянцев В. В. Возмещение вреда по советскому законодательству. М. : Юрид.лит., 1990. С. 9.

[1] Харитонов Є. О., Саніахметова Н. О. Цивільне право України : підручник. К. : Істина, 2003. С. 717-723; Цивільне право України. Особлива частина. Недоговірні зобов'язання : навч. посіб. / І. Е. Берестова, С. С. Бичкова, І. А. Бірюков та ін. ; [за ред. С. С. Бичкової]. К. : Нац. акад. внутр. справ України, 2005. С. 29; Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України : у 2 т. / О. О. Кот, Т. В. Боднар, С. І. Шимон та ін. ; [за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової, В. В. Луця]. К. : Юрінком Інтер, 2005. Т. II. С. 867-868; Цивільний кодекс України : Науково-практичний коментар / Є. О. Харитонов, І. М. Кучеренко, О. І. Харитонова та ін. ; [за ред. Є. О. Харитонова]. Х. : ТОВ «Одіссей», 2006. С. 1058-1059; Цивільне право України : підручник : у 2 т. / В. І. Борисова, Л. М. Баранова, І. В. Жилінкова та ін.; [за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького]. К. : Юрінком Інтер, 2007. Т. 2. С. 483-494; Цивільне право України : підручник : в 2 т. / Є. О. Харитонов, І. А. Безклубий, В. В.Луць та ін. ; [за ред. Є. О. Харитонова, Н. Ю. Голубєвої]. Х. : ТОВ «Одіссей», 2008. С. 696-734; Цивільне право України. Особлива частина : підручник / Т. В. Боднар, С. И. Бервено, С. М. Безклубий та ін. ; [за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової, Р. А. Майданика]. К. : Юрінком Інтер, 2010. С. 978-984.

[2] Ківалова Т. С. Вказана праця. С. 68.

цивільних кодексів Туркменістану (розділ 4 частини 3) і Молдови (ст. 1398). Лише у ЦК Азербайджану визначено поняття делікту як протиправного проступку, що спричинив настання прямої шкоди чи завдання збитків іншій особі (потерпілому), що захищається правом або законом (ст. 1096.1).

Наслідуючи радянську правову традицію, у ЦК України 2003 р. поняття «зобов'язання відшкодування шкоди» (відомі за цивільними кодексами 1922 р. і 1963 р. як «зобов'язання, що виникають внаслідок заподіяння шкоди») і «відповідальність за завдану шкоду» застосовуються як тотожні. Такий висновок випливає з аналізу змісту глави 82, яка названа «Відшкодування шкоди», а перші статті цієї глави (1166 та 1167) присвячені загальним підставам відповідальності за завдану майнову та моральну шкоду. Подібний підхід характерний також для цивільного законодавства Узбекистану (гл. 57), Таджикистану (гл. 55), Казахстану (гл. 47). З викладеною позицією законодавця погодитися не можна з таких міркувань.

Поряд із вказаними нормами, у главі 82 ЦК України розміщено окремі статті, присвячені регулюванню питання про відшкодування шкоди, завданої правомірними діями: «Відшкодування шкоди, завданої особою у разі здійснення нею права на самозахист» (ст. 1169), «Відшкодування шкоди, завданої прийняттям закону про припинення права власності на певне майно» (ст. 1170), «Відшкодування шкоди, завданої у стані крайньої необхідності» (ст. 1171). Тобто зобов'язання відшкодування шкоди включають випадки завдання шкоди як вчиненням делікту, так і правомірними діями. Це означає, що говорити про подібність понять «зобов'язання відшкодування шкоди» та «відповідальність за завдану шкоду», а також їх тотожність із поняттям «деліктне зобов'язання» не можна. Тому помилкою буде думка, що будь-яке «зобов'язання відшкодування шкоди» та «відповідальність за завдану шкоду» є тотожними. Такий висновок буде правильним лише щодо деліктного зобов'язання і деліктної відповідальності за завдану шкоду, як це характерно для цивільного законодавства Туркменістану (р. 4 ч. 3 ЦК), Грузії (р. 3 особливої частини ЦК), Азербайджану (гл. 59 ЦК).

Деліктні зобов'язання чи зобов'язання відшкодування шкоди, завданої неправомірними рішеннями, діями чи бездіяльністю виникають із факту правопорушення. З цього моменту вони становлять міру цивільно-правової відповідальності, тобто покладення на особу обов'язку нести негативні майнові наслідки. Цей обов'язок є мірою примусу, незалежно від того, виконується він добровільно чи в судовому порядку. Як відзначав В. О. Тархов, відповідальність виникає з матеріально-правового відношення, а не з судового рішення, тому вона може здійснюватися без звернення до державних

органів[1]. Пов'язував цивільно-правову відповідальність із виникненням обов'язку відшкодовувати шкоду і С. Є. Донцов, на думку якого, правопорушник добровільно несе відповідальність під впливом психологічного примусу, а до осіб, які не усвідомлювали необхідності виконати обов'язок добровільно, застосовуються міри державного примусу[2].

Таким чином, відповідальність за завдану шкоду не доповнює, не супроводжує будь-яке інше зобов'язання (як при договірній відповідальності), а складає зміст зобов'язання із правопорушення в зобов'язанні відшкодування шкоди. Тому недоговірна відповідальність реалізується у відносинах, які регулюють зобов'язання внаслідок завдання шкоди[3]. Це свідчить про відсутність протиріч у застосуванні цих понять, що обумовлене їх тісним взаємозв'язком. Це дозволяє надалі використовувати термін «деліктна відповідальність за завдану шкоду» у значенні деліктних зобов'язань або зобов'язань внаслідок завдання шкоди неправомірними рішеннями, діями чи бездіяльністю.

Зобов'язання відшкодування шкоди охоплюють відносини, що виникають внаслідок завдання шкоди. Спочатку такі відносини виникали лише у разі завдання майнової шкоди, яка підлягала відшкодуванню шляхом відновлення попереднього становища, а якщо таке відновлення було неможливо — у відшкодуванні завданих збитків (ст. 410 ЦК УРСР 1922 р.)[4]. Лише у 1993 р. вимога про наявність майнової шкоди перестала бути характерною ознакою зобов'язань із завдання шкоди, так як ЦК УРСР 1963 р. було доповнено ст. 440-1, якою врегульовано відшкодування моральної (немайнової) шкоди. Тобто зобов'язання відшкодування шкоди вже виникають внаслідок завдання майнової шкоди, так і моральної (немайнової) (ст. ст. 1166 і 1167 ЦК України 2003 р.).

Інститут відшкодування шкоди у системі цивільного права України застосовується у двох сферах:

1) відшкодування шкоди, завданої порушенням зобов'язання (договірного або із адміністративного акта);

2) відшкодування шкоди, завданої у позазобов'язальних відносинах[5].

[1] Тархов В. А. Ответственность по советскому гражданскому праву. Саратов : Изд–во Саратовского ун–та, 1973. С. 21.

[2] Донцов С. Е. Основания деликтной ответственности и возмещение вреда, причиненного имуществом социалистической организации. *Труды ВЮЗИ.* М., 1976. Т. 45. С. 114-115.

[3] Повышение роли гражданско-правовой ответственности в охране прав и интересов граждан и организаций / под ред. Я. Н. Шевченко. К. : Наукова думка, 1988. С. 142-154.

[4] За ЦК УРСР 1963 р. змінено підхід до способів відшкодування: «заподіяна майнова шкода відшкодовувалася в натурі (надати речі того ж роду і якості, виправити пошкоджену річ і таке інше) або повністю відшкодувати заподіяні збитки» (ст. 453).

[5] Шварц Х. И. Обязательства из причинения вреда: Лекция для студентов ВЮЗИ / под ред. В. А. Рясенцева. М., 1954. С. 5.

Така широка сфера застосування інституту відшкодування шкоди пояснюється тим, що він є правовим оформленням реакції суспільства на процеси патологічні — порушення існуючої правової системи. Як відзначав К.М.Варшавський, цей інститут не виконує самостійної господарської функції, подібно до інститутів власності, договору, спадкування: він встановлює норми другорядного порядку, допоміжні норми, що забезпечують безперешкодне виконання вказаними інститутами їхнього господарського призначення[1]. Виконання допоміжної (охоронної) функції інституту відшкодування шкоди у сфері цивільного права, на думку науковця, спричиняє розсіювання цього інституту по всій системі приватного права: у сфері речового права відображається у нормах про відповідальність незаконного володільця перед власником, у сфері зобов'язального права — у правилах загальної частини про відповідальність за протермінування, за невиконання договірних зобов'язань, а також у низці постанов особливої частини. До нього належить і відшкодування шкоди, завданої особами, які ніякими договірними відносинами з потерпілим не пов'язані[2].

Про деліктні зобов'язання мова йде лише в останньому випадку, коли завдана шкода не була наслідком невиконання зобов'язання із договору, адміністративного акта або іншої, передбаченої законом підстави[3]. Як уточнювала К.А.Флейшиць, мова йде про відшкодування майнової шкоди, завданої без порушення зобов'язання, існуючого між відповідальним за шкоду і потерпілим[4]. Тому, як стверджував Г.К.Матвєєв, сторони пов'язані між собою правами і обов'язками тільки з моменту завдання шкоди, якщо у договірних зобов'язаннях — з моменту укладення договору[5].

Отже, характерною ознакою деліктних зобов'язань є те, що вони виникають тоді, коли завдана шкода не була наслідком невиконання або неналежного виконання існуючого зобов'язання.

Сама назва цих зобов'язань — деліктні — вказує, що їхня відмінність від інших зобов'язальних правовідносин визначається, насамперед, підставою їх виникнення[6], якою є делікт. Для виникнення обов'язку із відшкодування шкоди, завданої деліктом, крім наявності шкоди, також необхідно, щоб: 1) було

[1] Варшавский К. М. Обязательства, возникающие вследствие причинения другому вреда. М. : Юридическое издательство НКЮ РСФСР, 1929. С. 7-8.

[2] Варшавский К. М. Там само. С. 14.

[3] Флейшиц Е. А. Обязательства из причинения вреда. *Советское право в период Великой Отечественной войны* / Под ред. И. Т. Голякова. М. : Юрид. изд–во Министерства юстиции СССР, 1948. Ч. 1.. С. 5-6.

[4] *Флейшиц Е. А.* Там само. С. 6-7.

[5] Матвеев Г. К. Вина в советском гражданском праве. К. : Вища школа, 1955. С. 38-39.

[6] Смирнов В. Т. , Собчак А. А. Общее учение о деликтных обязательствах в советском гражданском праве : Учебное пособие. Л. : Изд–во ЛГУ, 1983. С. 8.

вчинено протиправну дію або бездіяльність[1]; 2) між протиправною дією або бездіяльністю і шкодою існував причинний зв'язок; 3) була наявність вини завдавача шкоди, крім випадків, спеціально встановлених законом.

У зв'язку з вищезазначеним, спірною вважаємо думку, що підставою виникнення деліктного зобов'язання є факт завдання шкоди, а не правопорушення[2]. За цивільним законодавством України, позов про відшкодування шкоди, завданої деліктом, ґрунтується не на факті завдання шкоди, а на вчиненні конкретного правопорушення (делікту), для виникнення якого необхідним є встановлення всіх його ознак. На цій підставі деліктні зобов'язання відрізняються також від інших недоговірних зобов'язань, зокрема, зобов'язання, що виникають з публічної обіцянки винагороди (гл. 78 ЦК України), внаслідок рятування здоров'я та життя фізичної особи, майна фізичної або юридичної особи (гл. 80 ЦК України), внаслідок набуття, збереження майна без достатньої правової підстави (гл. 83 ЦК України).

Віднесення деліктних зобов'язань до недоговірних спричинило більш широке їх тлумачення в юридичній літературі через наділення їх низкою інших специфічних ознак, що дозволяють відмежувати їх від договірних.

Заподіяння шкоди поза наявних зобов'язальних відносин пояснював В. Т. Смірнов як порушення не конкретного свого обов'язку перед потерпілим, а спільного для всіх обов'язку утриматися від посягання на блага, що належать іншим особам. Так, при завданні каліцтва громадянину порушується абсолютне право потерпілого — право на життя і тілесну недоторканність тощо. У таких випадках вимога потерпілого про відшкодування завданої йому шкоди виникає не з порушення відповідачем зобов'язального відношення, що існувало між ними до правопорушення, а ґрунтується на факті завдання шкоди (делікті)[3]. Договірна відповідальність, навпаки, характеризується тим, що вона пов'язана із порушенням конкретного обов'язку боржника у відносних правовідношеннях і регулюється, крім загальних положень про цивільно-правову відповідальність, нормами того закону, що регулює і саме порушення зобов'язання[4]. Подібну позицію зайняла Д. В. Боброва, яка юридичною підставою виникнення деліктного зобов'язання називала порушення абсолютного пасивного обов'язку і тим самим — абсолютного права, тобто

[1] Зокрема, О. О. Красавчиков наголошував, що такі зобов'язання виникають тільки тоді, коли шкода заподіяна протиправними діями. Див. : Советское гражданское право : в 2-х т. / под ред. О. А. Красавчикова. М. : Высшая школа, 1973. Т. 2. С. 323-324.

[2] Тархов В. А. Ответственность по советскому гражданскому праву. Саратов : Изд–во Саратовского ун–та, 1973. С. 33.

[3] Смирнов В. Т. , Собчак А. А. Общее учение о деликтных обязательствах в советском гражданском праве : Учебное пособие. Л. : Изд–во ЛГУ, 1983. С. 14

[4] Смирнов В. Т. , Собчак А. А. С. 13

порушення абсолютних правовідносин шляхом вчинення протиправного і, як правило, винного діяння[1]. Крім того, обов'язок завдавача відшкодувати шкоду Д. В. Боброва розглядала як новий обов'язок, який покладається на нього законом замість порушеного ним абсолютного обов'язку пасивного типу в абсолютних правовідносинах[2]. Суб'єктний склад деліктних зобов'язань вона визначала в контексті абсолютних правовідносин: уповноважена особа в ньому збігається з уповноваженою особою в абсолютних правовідносинах, тобто з носієм абсолютного права щодо зобов'язаної особи, то нею стає будь-яка зобов'язана особа в абсолютних правовідносинах, яка порушила абсолютне право[3].

У разі виникнення деліктних зобов'язань завдана шкода відшкодовується в натурі або в повному відшкодуванні заподіяних збитків[4]. Специфіка деліктних зобов'язань простежується у двох моментах. По-перше, передбачаються два способи відшкодування шкоди, якщо при порушенні договореного зобов'язання допускається відшкодування лише збитків. По-друге, шкода відшкодовується за принципом повного відшкодування, якщо при договірних зобов'язаннях відшкодування шкоди обмежується, як правило, фактичними майновими втратами.

Оскільки обов'язок відшкодувати шкоду є мірою цивільно-правової відповідальності[5], то за шкоду, завдану невиконанням зобов'язання за договором і за завдану недоговірну шкоду, режим цивільно-правової відповідальності встановлюється різний.

Відмінність між договірною і недоговірною або деліктною відповідальністю за завдану шкоду К. А. Флєйшиц пояснювала таким чином.

По-перше, до підстав звільнення від відповідальності за шкоду, завдану невиконанням зобов'язання, покладеного договором, відноситься неможливість виконання, зумовлена виною, тобто умислом або необережністю кредитора. Підставою звільнення від відповідальності за шкоду, завдану деліктом, крім умислу, є груба необережність потерпілого.

По-друге, відповідальність за шкоду, завдану особою, на яку законом або дорученням боржника покладено виконання договірного обов'язку останнього, це відповідальність за чужу вину. Боржник звільняється від цієї

[1] Зобов'язальне право : теорія і практика : навч. посібн. / О. В. Дзера, Н. С. Кузнєцова, В. В. Луць та ін. ; за ред. О. В. Дзери. К. : Юрінком Інтер, 1998. С. 805-807.

[2] Зобов'язальне право. Там само. С. 805-807.

[3] Зобов'язальне право. Там само. С. 805-807.

[4] Советское гражданское право : в 2-х т. / под ред. О. А. Красавчикова. М. : Высшая школа, 1973. Т. 2. С. 323-324; Зобов'язальне право. Там само. С. 805-807.

[5] Див. : Советское гражданское право . Т. 2 / под ред. О. А. Красавчикова. Там само. С. 323-324.

відповідальності, якщо доведе, що неможливість виконання ним, боржником, обов'язку викликана не умислом або необережністю особи, яка в силу закону або доручення боржника мала б виконати обов'язок останньої, а в силу обставин, настання яких ця особа не могла попередити. Відповідальність за шкоду, завдану деліктом іншій особі, є відповідальністю за свою вину, за *culpa eligendo* або за *culpa in custodiendo.*

По-третє, відповідальність за шкоду, завдану невиконанням договору декількома боржниками, вважається дольовою. Відповідальність осіб, які спільно завдали недоговірну шкоду, є відповідальністю солідарною.

По-четверте, не завжди збігаються строки давності для подання позовів для відшкодування договірної і недоговірної шкоди[1].

На думку Х. І. Шварца, умови недоговірної і договірної відповідальності не збігаються: боржник за зобов'язанням відповідає за вину третіх осіб; особа, відповідальна за завдання шкоди, за третіх осіб за загальним правилом не відповідає. По-різному враховується при договірній і недоговірній відповідальності вина кредитора, з однієї сторони, і вина потерпілого — з іншої. У першому випадку достатньо хоча б легкої вини кредитора для звільнення боржника від відповідальності або для визнання його обмеженої відповідальності (так звана змішана відповідальність). При недоговірній шкоді тільки умисел і груба необережність потерпілого може бути підставою для звільнення від відповідальності або для визнання обмеженої відповідальності завдавача шкоди[2].

До інших відмінностей В. Т. Смірнов відніс такі. Зокрема, умови застосування і обсяг договірної відповідальності за окремими винятками, прямо передбаченими законом, можуть визначатися домовленістю сторін. На відміну від цього недоговірна відповідальність регулюється нормами, що мають суворо імперативний характер, і ніяка домовленість між сторонами про умови виникнення або обсяг відповідальності тут не має місця[3]. Однак це не виключає можливості добровільного відшкодування шкоди у випадках, коли її завдавач не може нести відповідальність[4].

До особливостей заходів цивільно-правової відповідальності, що реалізуються за допомогою зобов'язань внаслідок завдання шкоди, О. О. Красавчиков відносив те, що вони не здійснюють безпосереднього впливу на особу

[1] Флейшиц Е. А. Обязательства из причинения вреда. *Советское право в период Великой Отечественной войны* / под ред. И. Т. Голякова. М. : Юрид. изд–во Министерства юстиции СССР, 1948. Ч. 1. С. 130-133.

[2] Шварц Х. И. Обязательства из причинения вреда: Лекция для студентов ВЮЗИ / под ред. В. А. Рясенцева. М., 1954. С. 5.

[3] Смирнов В. Т. , Собчак А. А. Общее учение о деликтных обязательствах в советском гражданском праве : Учебное пособие. Л. : Изд–во ЛГУ, 1983. С.14

[4] Смирнов В. Т. Вказана праця.С. 14

правопорушника. У випадку завдання шкоди завдавач зазнає обмеження своїх майнових прав, що проявляється у необхідності здійснення відшкодування за рахунок заподіювача усіх понесених потерпілим втрат, виходячи з принципу повного відшкодування шкоди[1].

Сторонами деліктного зобов'язання виступають потерпілий, тобто особа, майнове чи особисте немайнове благо якої знецінено, та завдавач шкоди (деліквент) — особа, яка відповідає за завдану шкоду. Потерпілий вважається кредитором у деліктних зобов'язаннях, а завдавач шкоди (чи за вказівкою закону інша особа) — боржником. Кредитор і боржник визнаються універсальними учасниками будь-якого зобов'язання. На відміну від договірних зобов'язань, які, в більшості випадках, ґрунтуються на принципі відплатності та взаємності, коли кожна із сторін поєднує за своїм правовим становищем права кредитора і обов'язки боржника, виступаючи комплексними фігурами (наприклад, продавець і покупець у зобов'язанні за договором купівлі-продажу виступають як боржник і кредитор відносно один до одного та кожний з них одержує майнове задоволення), із суб'єктним складом деліктних зобов'язань усе по-іншому. Ролі кредитора і боржника не змішуються, що випливає з характеру і підстави виникнення таких відносин. Делікт зумовлює виникнення правовідносин, за якими потерпілому надається лише право вимоги про відшкодування шкоди, а боржнику лише обов'язок її відшкодувати. Про обов'язки потерпілого відносно завдавача шкоди та права завдавача до потерпілого мова не може йти. Тому деліктні зобов'язання завжди є односторонні за своїм характером.

Кредитором і боржником можуть виступати будь-які суб'єкти цивільних прав. При цьому, законодавець для особи кредитора не встановлює жодних обмежень щодо участі в деліктних зобов'язаннях. Важливим є лише володіння такою обов'язковою властивістю учасника цивільних правовідносин, як правоздатністю. Боржник, навпаки, має володіти деліктоздатністю, тобто здатністю нести відповідальність за свої протиправні дії або бездіяльність.

Відносно осіб, які наділені деліктоздатністю, то за цивільним законодавством України такими особами визнаються фізичні та юридичні особи, держава, Автономна Республіка Крим, територіальні громади.

Римська правова традиція спостерігається у спадкуванні прав і обов'язків щодо відшкодування шкоди, завданої деліктом. До складу спадщини не входить право на відшкодування шкоди, завданої каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я (ч. 3 ст. 1219 ЦК України), так як воно нерозривно пов'язано з особою спадкодавця. Відносно права на відшкодування моральної шкоди, то

[1] Советское гражданское право : в 2-х т. / под ред. О. А. Красавчикова. М. : Высшая школа, 1973. Т. 2. С. 323-324.

воно є об'єктом спадкування за умови, що було присуджено судом спадкодавцеві за його життя (ч. 3 ст. 1230 ЦК України).

До спадкоємця переходить обов'язок відшкодувати майнову шкоду (збитки), яка була завдана спадкодавцем. Однак обов'язок відшкодувати моральну шкоду, завдану спадкодавцем, переходить до спадкоємців лише у разі, якщо її було присуджено судом зі спадкодавця за його життя (ч.ч. 1, 2 ст. 1231 ЦК України).

Отже, до складу спадщини входять права і обов'язки щодо відшкодування майнової шкоди, завданої деліктом, вчиненим спадкодавцем (крім випадків каліцтва або іншого ушкодження здоров'я). Права і обов'язки щодо моральної шкоди та завдання каліцтва або іншого ушкодження здоров'я виникають для спадкоємців у разі, якщо їх було присуджено судом за життя спадкодавця.

Характерними ознаками деліктних зобов'язань є такі:

– виникають у разі вчинення цивільного правопорушення (делікту) — підстава виникнення;

– умовами виникнення є наявність шкоди, протиправної поведінки, причинного зв'язку між шкодою і протиправною поведінкою завдавача, вини (крім випадків, передбачених законом);

– настають у тому випадку, коли потерпілий і завдавач шкоди не знаходились у цивільних правовідносинах;

– це завжди новий юридичний обов'язок, який покладається на правопорушника замість невиконаного;

– виникають при порушенні абсолютного права потерпілого;

– регулюються імперативними нормами;

– односторонні за своїм характером;

– виступають тільки у формі відшкодування шкоди в натурі або відшкодування завданих збитків;

– на розмір відшкодування впливає умисел і груба необережність потерпілого та матеріальний стан завдавача шкоди в особі фізичної особи.

Це дозволяє визначити деліктні зобов'язання як *правовідносини, що виникають внаслідок завдання шкоди винними неправомірними діями чи бездіяльністю особистим немайновим правам фізичної або юридичної особи, а також майну фізичної або юридичної особи, що не є порушенням зобов'язання, що існувало між завдавачем шкоди і потерпілим, в силу якого завдавач шкоди зобов'язаний її відшкодувати, а потерпілий має право на відшкодування завданої йому шкоди в повному обсязі.*

РОЗДІЛ 3

3.2. Актуальні проблеми виникнення зобов'язань із відшкодування шкоди, завданої військовослужбовцем внаслідок виконання наказу командира

Сьогоднішнє життя в Україні пов'язане зі збройною агресією російської федерації, тому головним завданням держави є забезпечення оборони та безпеки. Найважливіша роль у вирішенні цих завдань належить військовослужбовцям, які виконують обов'язки військової служби. Військовослужбовці наділені спеціальним правовим статусом, оскільки на них поширюють дію норми спеціального військового законодавства, що встановлюють спеціальні військові права та обов'язки, а також винятки та обмеження військовослужбовців щодо загальних прав, свобод та обов'язків. Наприклад, для будь-якої цивільної особи застосування дій у стані необхідної оборони є правом, тому цивільна людина має право вибору; водночас для військовослужбовця такий самозахист є обов'язком.

Виконання обов'язків військової служби пов'язане з віданням і виконанням наказів командирами своїм підлеглим. При цьому військова служба пов'язана із застосовуванням військовослужбовцями вогнепальної зброї для охорони та оборони ввірених їм об'єктів, так і при виконанні інших, зокрема бойових, завдань. Внаслідок виконання таких наказів військовослужбовцями може бути завдана шкода фізичним або юридичним особам. Відповідно виникає питання про можливість притягнення військовослужбовця (командира чи підлеглого, чи обох) до відповідальності за віддання та виконання наказів, а також про суб'єкта відшкодування шкоди, завданої військовослужбовцями за таких обставин і підстав звільнення від виконання такого обов'язку[1].

На початку викладу основного матеріалу, обов'язковим вважаю наголосити на тому, що правові норми, спрямовані на врегулювання власне військових відносин, а також окремі норми традиційних галузей права, становлять в сукупності військове право, оскільки в них спільний предмет правового регулювання — суспільні відносини у сфері будівництва та діяльності Збройних сил України та інших військових формувань, а також життя та діяльності військовослужбовців. Тобто військове право є комплексною галуззю права[2].

[1] Гринько С. Д. Значення наказу командира для виникнення зобов'язання з відшкодування шкоди, завданої військовослужбовцем унаслідок його виконання. *Часопис цивілістики.* 2023. Вип. 48. С. 27-34.

[2] Гринько С.Д. Військове право як комплексна галузь права. *Збірник тез XXVII щорічної звітної наукової конференції науково-педагогічних працівників, докторантів та аспірантів Хмельницького університету управління та права імені Леоніда Юзькова: Управлінські та правові засади забезпечення розвитку України як європейської держави (м. Хмельницький, 10 березня 2023 року).* Хмельницький : Хмельницький університет управління та права імені Леоніда Юзькова, 2023. С. 27-29.

СУЧАСНІ ТЕНДЕНЦІЇ РОЗВИТКУ ДЕЛІКТНИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ

Військовослужбовці зобов'язані дотримуватися військової дисципліни, тобто Військової присяги, порядку і правил, встановлених Конституцією та законами України, статутами Збройних сил України (далі — ЗСУ) та наказів командирів. Це правило зазначено у ст.1 і ст.4 Дисциплінарного статуту Збройних сил України (далі ДС ЗСУ)[1].

За своїм службовим становищем і військовим званням одні військовослужбовці по відношенню до інших можуть бути начальниками або підлеглими. Згідно ст.6 ДС ЗСУ командир має право віддавати накази і розпорядження, а обов'язок підлеглого їх виконувати, крім випадку віддання явно злочинного наказу чи розпорядження[2]. У цій нормі наголошено, що відповідальність за наказ несе командир, який його віддав[3]. Якщо військовослужбовці відмовляються виконувати наказ або його не виконують, то мова йде про непокору та невиконання наказу. За таке правопорушення законодавець встановлює кримінальну відповідальність (ст.402 та ст.403 КК України)[4].

У кримінальному законодавстві до ознак непокори віднесено: 1) відмову виконати наказ начальника; 2) відмова має бути вчинена відкрито; 3) відмова має умисну форму вираження (ст.402 КК України)[5]. У цій ситуації командир зобов'язаний для відновлення порядку (військової дисципліни) вжити всіх передбачених статутами ЗСУ заходів примусу аж до притягнення його до кримінальної відповідальності (ст.6 ДС ЗСУ)[6]. Слід зазначити, що застосування кримінальної санкції за непокору ставиться у залежність від обстановки за якої вона мала місце (ст.402 КК України)[7].

Водночас у разі відсутності ознак непокори порушення військової дисципліни щодо виконання наказу кримінальний закон кваліфікує як невиконання наказу (ст.403 КК України)[8].

Вищезазначене підтверджує, що виконання військовослужбовцем наказу командира є його військовим обов'язком і засобом забезпечення військової дисципліни.

У юридичній літературі вчені висловлюють різні міркування щодо визначення поняття наказу. Водночас усі вони зводяться, як правильно зазначає

[1] Про Дисциплінарний статут Збройних Сил України : Закон України від 24.03.1999. № 551-XIV. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/551-14

[2] Про Дисциплінарний статут Збройних Сил України: Закон України. Там само.

[3] Про Дисциплінарний статут Збройних Сил України: Закон України. Там само.

[4] Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 р. № 2341-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 25–26. Ст. 131. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text

[5] Кримінальний кодекс України. Там само.

[6] Про Дисциплінарний статут Збройних сил України : Закон України. Там само.

[7] Кримінальний кодекс України. Там само.

[8] Кримінальний кодекс України. Там само.

Д. М. Навроцький, до таких характерних для цієї категорії ознак: «по-перше, вимога, що міститься в наказі, має розпорядчий характер і виражена в категоричній формі. По-друге, особа, яка віддає наказ, наділена компетенцією на його віддання, а його виконання є обов'язком особи, якій він адресований. По-третє, наказ може бути відданий, як одноособово, так і групою осіб (колегіально). По-четверте, наказ може віддаватися в письмовій, усній формах, за допомогою засобів зв'язку. По-п'яте, наказ відрізняється від інших юридичних актів (актів судової влади, службових документів, документів індивідуального характеру)»[1].

У законодавстві та доктрині розрізняють два види наказів або розпоряджень командира (начальника): 1) *законні, та 2) незаконні.*

В умовах збройного конфлікту дуже складно військовослужбовцям оцінити характер наказу командира, зокрема щодо вимоги про пошкодження цивільної інфраструктури своєї держави.

Для того, щоб визначитися з характером наказу, тобто законний чи незаконний, слід його оцінити за наявністю ознак. Ознаки законного наказу зазначаються у ч. 2 ст. 41 КК України: а) відданий відповідною особою, тобто яка має на це повноваження та у межах цих повноважень; б) віддано у належному порядку, тобто дотримано форму та порядок їх віддання (усна чи письмова форма); в) за змістом не суперечить чинному законодавству, тобто не порушує встановлених законом заборон; г) не порушує конституційні права та свободи людини і громадянина[2].

Наприклад, в Інструкції про службу прикордонних нарядів ДПСУ закріплено основні правила про віддання та отримання наказу на охорону державного кордону: 1) форма віддання наказу — усна або письмова, у тому числі з використанням технічних засобів зв'язку; 2) за змістом наказ повинен бути сформульований чітко і не може допускати подвійного тлумачення; 3) посадова особа, яка віддає наказ, повинна впевнитись у готовності особового складу до виконання визначених завдань, опитати особовий склад про стан здоров'я, перевірити його озброєння та екіпіровку; 4) під час віддання наказу повинен бути присутній черговий підрозділу охорони кордону; 5) отримавши наказ, прикордонники з'ясовують отримане завдання, ставлять запитання, якщо вони виникають (пункт 3 глави 2 розділу 2)[3].

Відповідно до Статуту внутрішньої служби Збройних сил України (далі СВС ЗСУ) наказ можна віддавати військовослужбовцям з дотриманням таких

[1] Навроцький Д.М. Поняття наказу (розпорядження) та його види в кримінальному праві України. *Науковий вісник МГУ. Серія «Юриспруденція».* 2014. № 9–2. Т. II. С. 78.

[2] Кримінальний кодекс України. Там само.

[3] Інструкція про службу прикордонних нарядів ДПСУ, затв. Наказом Міністерства внутрішніх справ України 19.10.2015 № 1261. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1391-15#Text

вимог: 1) усно або письмово, у тому числі з використанням технічних засобів зв'язку; 2) повинен бути сформульований чітко і не може допускати подвійного тлумачення (ст. 35)[1].

У військовому законодавстві закріплене форму віддання наказу військовослужбовцям для окремих випадків, зокрема у письмовій формі віддається наказ командиром бригади перед початком навчального року (періоду навчання) з питань організації бойової підготовки, вартової та внутрішньої, а також щоденно він видає письмові накази по стройовій частині, а у разі потреби — з питань бойової підготовки, окремо по тилу, технічній частині та службі ракетно-артилерійського озброєння (ст. 67 СВС ЗСУ)[2].

Різновидом наказів є бойовий наказ, яким згідно Бойового статуту механізованих і танкових військ Сухопутних військ ЗСУ здійснюється постановка бойових завдань підрозділам. Бойовий наказ віддається голосом або доводиться технічними засобами зв'язку, а також встановленими сигналами. При цьому усі накази командира батальйону (роти) записуються у журнал виданих і отриманих розпоряджень (частина II, батальйон, рота; частина III, взвод, відділення, екіпаж)[3].

Слід підтримати С. І. Дячука, що «правомірним може бути не тільки законний за змістом і формою наказ, а й наказ, який не відповідає таким ознакам, якщо його віддання відбувається за наявності обставин, що виключають злочинність діяння»[4]. Таке застереження є надзвичайно актуальним для військовослужбовців, які у бойовій та іншій загрозливій надзвичайній обстановці не завжди мають можливість дотримуватися форми та порядку віддання наказів. Крім того, законний характер в окремих випадках може мати наказ, який за змістом містить вимогу про завдання шкоди правоохоронюваним інтересам, але для усунення небезпеки, що безпосередньо загрожує суспільним інтересам чи інтересам держави, якщо цю небезпеку в даній обстановці не можна було усунути іншими засобами, тобто у стані крайньої необхідності (ч.1 ст. 39 КК України)[5]. Наприклад, для того, щоб зупинити прохід військ ворога було віддано наказ про підірвання трьох мостів на північно-західному

[1] Статут внутрішньої служби Збройнихс України, затв. Законом України від 24.03.1999 р. № 548-XIV. *Відомості Верховної Ради України.* 1999. № 22–23. Ст.194. URL : http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/548-14/page

[2] Статут внутрішньої служби Збройних сил України. Там само.

[3] Бойовий статут механізованих і танкових військ сухопутних військ Збройних сил України, затв. наказ командувача Сухопутних військ Збройних сил України від 30. 12.2016 № 605. URL : https://dut.edu.ua/ua/lib/1/category/736/view/1614

[4] Дячук С. І. Юридична природа виконання наказу; кримінально-правова оцінка діяння особи, що віддала чи виконала протиправний наказ : автореф. дис... канд. юрид. наук : 12.00.08. К., 2000.

[5] Кримінальний кодекс України. Там само.

напрямку Києва[1]; для стримування ворога віддано наказ підірвати залізничні мости між Рубіжним та Сєвєродонецьком[2]. Зрозуміло, що для командирів, які віддавали такі накази, як і для військовослужбовців — їх виконавців, це було величезним випробуванням. Це пояснюється тим, що командир завжди відповідає за наказ, а підлеглі у цьому випадку явно усвідомлюють шкідливі наслідки для громади внаслідок його виконання.

У військовому кримінальному радянському праві за часів другої світової війни до обставин, що виключають протиправність діяння, відносили наказ командира про знищення майна, що належить державі або окремим громадянам. Як зазначав В. Чхіквадзе, такі дії слід розглядати як дії, вчинені у стані крайньої необхідності, якщо буде встановлено, що ворог міг би використати це майно для укріплення своїх позиції, обстрілу наших частин тощо, і якщо при цьому завдана шкода буде меншою ніж відвернута[3].

Таким чином, якщо військовослужбовець завдав шкоди іншим особам при виконанні законного наказу, то така поведінка військовослужбовця визнається правомірною (ч.1 ст. 41 КК України)[4]. Це означає, що командир, який віддав законний наказ та військовослужбовець, який його виконав, не будуть нести юридичну відповідальність за завдану шкоду. Відповідно для військовослужбовців не виникає обов'язок із відшкодування шкоди. Така шкода буде відшкодовуватися за рахунок інших правопорушників.

Для відсічі та стримування збройної агресії російської федерації або агресії іншої країни військовослужбовці отримують накази про завдання шкоди життю або здоров'ю осіб, які здійснюють таку агресію, тобто нападникам. Для виконання таких наказів військовослужбовці застосовують зброю, бойові припаси або вибухові речовини проти таких осіб. *Відповідно виникає питання про те, чи є законними такі накази?*

Відповідь на це питання міститься у КК України, де у ст. 43^{-1} зазначено, що «не є кримінальним правопорушенням діяння (дія або бездіяльність), вчинене в умовах воєнного стану або в період збройного конфлікту та спрямоване на відсіч та стримування збройної агресії російської федерації або агресії іншої країни, якщо це заподіяло шкоду життю або здоров'ю особи, яка здійснює таку

[1] Шеремета Д. Військові підірвали під Києвом мости, щоб зупинити ворога. 25 лютого 2022 року. URL : https://glavcom.ua/kyiv/news/viyskovi-pidrivayut-pid-kijevom-mosti-shchob-zupiniti-voroga-foto-824897.html

[2] ЗСУ підірвали залізничні мости між Рубіжним та Сєвєродонецьком. URL : https://mil.in.ua/uk/news/zsu-pidirvaly-zaliznychni-mosty-mizh-rubizhnym-ta-syevyerodonetskom/

[3] Чхиквадзе В. К вопросу об обстоятельствах, исключающих противоправность деяния в военно-уголовном праве. *Советское государство и право.* 1941. № 4. С. 78.

[4] Кримінальний кодекс України. Там само.

агресію, або заподіяло шкоду правоохоронюваним інтересам»[1]. Відповідно такі накази мають законний характер, а їх віддання та виконання не породжує виникнення обов'язку для військовослужбовців щодо відшкодування завданої шкоди.

Водночас законодавець закріплює винятки із цього правила. До таких виняткiв віднесено діяння, що спричинили шкоди, які не вважаються виконанням обов'язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України, спрямовані на відсіч та стримування збройної агресії російської федерації або агресії іншої країни:

1) наявність ознак катування;

2) застосування засобів ведення війни, заборонених міжнародним правом, інших порушень законів та звичаїв війни (наприклад, застосування фосфорних боєприпасів, хімічної та ядерної зброї);

3) завдання шкоди явно не відповідає небезпечності агресії або обстановці відсічі та стримування, не було необхідним для досягнення значної суспільно корисної мети у конкретній ситуації та створило загрозу для життя інших людей або загрозу екологічної катастрофи чи настання інших надзвичайних подій більшого масштабу (ст. 43-1 КК України)[2].

Таким чином, не вважаються виконанням обов'язку військової служби завдання шкоди іншим особам діями, що порушують норми міжнародного гуманітарного права, зокрема закріплені в конвенціях ООН про поліпшення долі поранених і хворих у діючих арміях (1949), захист цивільного населення під час війни (1949) , заборону або обмеження застосування конкретних видів звичайної зброї, які можуть вважатися такими, що завдають надмірних ушкоджень або мають невибіркову дію (1980) та інших.

Таким чином, у разі завдання шкоди військовослужбовцями не при виконанні ними військових обов'язків, для них, як завдавачів шкоди, виникає обов'язок її відшкодувати на загальних засадах, закріплених у статтях 1166 та 1167 ЦК України.

Незаконні накази є антиподом законним, оскільки не володіють хоча б однією з ознак законного наказу. Наприклад, доставку секретної документації здійснюють військовослужбовці фельд'єгерської служби — Державної служби спеціального зв'язку та захисту інформації України; командир вийшов за межі своїх повноважень, віддавши наказ підлеглому військовослужбовцю, який немає доступу до державної таємниці, доставити документи, що містять державну таємницю у сфері оборони. Військовослужбовець, якому віддали

[1] Кримінальний кодекс України. Там само.

[2] Кримінальний кодекс України. Там само.

наказ, може знати про те, що він є незаконним, однак не виконати його не має права. Він має право звернутися до командира, який його віддав, з проханням уточнити наказ щодо його змісту, чи звернутися до вищестоящого командира з рапортом про незаконність відданого йому наказу.

Оцінити незаконність наказу в кожному конкретному випадку може бути доволі складно в силу різних обставин, особливо в бойових умовах. Тому важливо розуміти, що сама по собі незгода військовослужбовця з наказом, його доцільністю та ефективністю ще не означає, що такий наказ є дійсно незаконним. Військовим законодавством закріплено механізм дій військовослужбовця у разі отримання для виконання наказу, який, на його думку, є незаконним. Водночас військовослужбовець зобов'язаний виконати відданий йому наказ за винятком, передбаченим законом.

Таким чином, за віддання та виконання незаконного наказу юридична відповідальність настає лише для командира, а не для підлеглого військовослужбовця, який його виконав. Відповідно обов'язок відшкодування шкоди, завданої незаконним наказом, виникає для командира. Подібний висновок було зроблено ще радянським цивілістом В. О. Тарховим, який зазначав, що, якщо наказ правомірний, то має місце виконання обов'язків, а якщо ні — то мова буде йти, як правило, тільки про перенесення відповідальності за завдання шкоди на особу, яка віддала цей наказ[1].

Різновидом незаконних наказів є явно злочинні розпорядження чи накази згідно ст. 60 Конституції України[2]. У ст. 41 КК України такі накази відомі як явно протиправно кримінальні накази або розпорядження[3]. Наприклад: командир віддає наказ підлеглому про стрільбу по цивільному населенню, житлових будинках, лікарнях, школах та інших цивільних об'єктах; наказ про застосування хімічної чи ядерної зброї тощо.

Такі накази є явно протиправно кримінальні, оскільки їх зміст є абсолютно очевидним для будь-яких осіб та встановлення їх протиправно кримінального характеру не потребує спеціальних знань; може бути однаково усвідомлений будь-якою людиною. Тому особа, яка його віддає, та особа, яка його виконує, усвідомлюють явно злочинний характер такої вимоги.

У юридичній літературі одностайно висловлюються міркування щодо розуміння явно протиправно кримінального наказу чи розпорядження, які зводяться до такого: «розпорядча вимога, яка є абсолютно очевидною й встановлення якої не потребує спеціальних знань і може бути однаково

[1] Тархов В. А. Обязательства, возникающие из причинения вреда. Саратов : Коммунист, 1957. С. 15-16.

[2] Кримінальний кодекс України. Там само.

[3] Кримінальний кодекс України. Там само.

усвідомлена будь-якою осудною особою та спрямована на вчинення злочину, при цьому особа, яка його віддає та особа, яка його виконує усвідомлюють злочинний характер такої вимоги»[1].

Таким чином, військовослужбовець не зобов'язаний володіти знаннями з кримінального права та оцінювати наказ командира на предмет наявності складу кримінального правопорушення. Він оцінює протиправний кримінальний характер наказу лише з боку очевидної наявності ознак кримінального правопорушення.

До підстав звільнення від кримінальної відповідальності за діяння, вчинене військовослужбовцем з метою виконання явно кримінально протиправного наказу законодавець відніс перебування особи у стані, коли вона не усвідомлювала і не могла усвідомлювати кримінально протиправного характеру наказу. До прикладу, можна навести ситуацію, коли командир віддає наказ про здійснення ракетного обстрілу воєнного об'єкту. Однак підлеглий не зобов'язаний бути обізнаним про те, чи насправді місцем ураження є воєнний чи цивільний об'єкт. Постріли він буде здійснювати за заданими координатами, зокрема на великі відстані.

За таке діяння кримінальній відповідальності підлягає тільки особа, що віддала кримінально протиправний наказ чи розпорядження, тобто командир (начальник) (ч. 5 ст. 41 КК України)[2]. Відповідно обов'язок відшкодувати шкоду, завдану виконанням явно кримінально протиправного наказу, виникає для командира, який віддав такий наказ.

Вищезазначене дозволяє зробити такі висновки:

1) за віддання та виконання законного наказу для командира та підлеглого військовослужбовця юридична відповідальність не настає, оскільки такий наказ має правомірний характер;

2) за віддання та виконання незаконного наказу настає юридична відповідальність для командира, який його віддав, якщо військовослужбовець повідомив про незаконність характеру цього наказу; якщо військовослужбовець не повідомив — він буде також нести юридичну відповідальність;

3) за віддання та виконання явно протиправно кримінального наказу для командира та підлеглого військовослужбовця настає юридична відповідальність;

4) за віддання явно протиправно кримінального наказу лише для командира настає юридична відповідальність, якщо військовослужбовець відмовився його виконувати.

[1] Навроцький Д.М. Поняття наказу (розпорядження) та його види в кримінальному праві України. *Науковий вісник МГУ. Серія « Юриспруденція»*. 2014. № 9–2. Т. II. С. 79.

[2] Кримінальний кодекс України. Там само.

РОЗДІЛ 3

Після того, як нами було з'ясовано суб'єкта юридичної відповідальності та безпосереднього завдавача шкоди, завданої внаслідок віддання та виконання незаконного, зокрема явно протиправно кримінального, наказу, слід зупинитися на характеристиці суб'єкта цивільно-правової відповідальності за завдану шкоду.

У ст. 6 Конституції України зазначено, що «державна влада в Україні здійснюється на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову»[1]. До видів забезпечення здійснення виконавчої влади віднесено оборону України, тобто систему політичних, економічних, соціальних, воєнних, наукових, науково-технічних, інформаційних, правових, організаційних, інших заходів держави щодо підготовки до збройного захисту та її захист у разі збройної агресії або збройного конфлікту (ст.1 Закону України «Про оборону України»)[2].

Оборона України базується на готовності та здатності органів державної влади, усіх складових сектору безпеки і оборони України, органів місцевого самоврядування, єдиної державної системи цивільного захисту, національної економіки до переведення, при необхідності, з мирного на воєнний стан та відсічі збройній агресії, ліквідації збройного конфлікту, а також готовності населення і території держави до оборони (ст.1 Закону України «Про оборону України»)[3]. Вона здійснюється окремими органами державної влади та їхніми посадовими і службовими особами, що випливає з таких нормативних положень:

1) оборона України, захист її суверенітету, територіальної цілісності і недоторканності покладаються на Збройні сили України (ч. 2 ст. 17 Конституції України)[4];

2) забезпечення державної безпеки і захист державного кордону України покладаються на відповідні військові формування та правоохоронні органи держави (ч. 3 ст. 17 Конституції України)[5]. Зокрема військове формування — це створена відповідно до законодавства України сукупність військових з'єднань і частин та органів управління ними, які комплектуються військовослужбовцями і призначені для оборони України, захисту її суверенітету, державної незалежності і національних інтересів, територіальної цілісності і недоторканності у разі збройної агресії, збройного конфлікту чи загрози нападу шляхом

[1] Конституція України : Закон від 28.06.1996 № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України.* 1996. № 30. Ст. 141. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр

[2] Про оборону України : Закон України від 06.12.1991 № 1932-XII. *Відомості Верховної Ради України.* 1992. № 9. Ст.106. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1932-12#Text

[3] Про оборону України : Закон України. Там само.

[4] Конституція України. Там само.

[5] Конституція України. Там само.

безпосереднього ведення воєнних (бойових) дій (ст.10 Закону України «Про оборону України»)[1]. Для оборони України створено такі військові формування: ЗСУ, Національна гвардія України, Служба безпеки України, ДПСУ, війська Цивільної оборони України, Управління державної охорони України, Служба зовнішньої розвідки України та інші.

3) Президент України є главою держави і виступає від її імені (ст.102 Конституції України)[2]. Водночас Президент України є Верховним Головнокомандувачем Збройних сил України (п.17 ст.106 Конституції України). Він очолює Раду національної безпеки і оборони України, а також вносить до Верховної Ради України подання про оголошення стану війни та у разі збройної агресії проти України приймає рішення про використання Збройних сил України та інших військових формувань (п.п.18–19 ст.106 Конституції України)[3];

4) центральним органом виконавчої влади, який забезпечує проведення в життя державної політики у сфері оборони, функціонування, бойову та мобілізаційну готовність, боєздатність і підготовку Збройних сил України до здійснення покладених на них функцій і завдань є Міністерство оборони України (ст.10 Закон України «Про оборону України»)[4].

У ст. 2 Закону України «Про військовий обов'язок і військову службу» зазначено, що «військова служба є державною службою особливого характеру, яка полягає у професійній діяльності придатних до неї за станом здоров'я і віком громадян України (за винятком випадків, визначених законом), іноземців та осіб без громадянства, пов'язаній із обороною України, її незалежності та територіальної цілісності»[5].

Вищезазначене дозволяє зробити висновок про те, що Міністерство оборони України та військові формування відносяться до органів державної влади (виконавчої), а на військовослужбовців покладається виконання державної служби особливого характеру. Відповідно в разі завдання шкоди військовослужбовцями при здійсненні ними своїх військових повноважень вона відшкодовується за правилами статті 1174 ЦК України[6], — обов'язок із відшкодування шкоди покладається на державу незалежно від вини цієї особи-військовослужбовця.

[1] Про оборону України: Закон України. Там само.

[2] Конституція України. Там само.

[3] Конституція України. Там само.

[4] Про оборону України : Закон України. Там само.

[5] Про військовий обов'язок і військову службу : Закон України від 25.03.1992 № 2232-XII. *Відомості Верховної Ради України.* 1992. № 27. Ст.385. URL : http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/2232-12

[6] Цивільний кодекс України від 16.01.2003 № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України. 2003.* №№ 40–44. Ст. 356. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text

Висновки. Шкода, завдана фізичній або юридичній особі незаконним наказом командира при виконанні обов'язків військової служби, зокрема відданням і виконанням військовослужбовцем явно протиправно кримінального наказу, відшкодовується державою (ст. 1174 ЦК України). У свою чергу держава, відшкодувавши шкоду, завдану незаконним наказом командира, зокрема відданням і виконанням військовослужбовцем явно протиправно кримінального наказу, має право зворотної вимоги до винної особи у розмірі виплаченого відшкодування (крім відшкодування витрат, пов'язаних із трудовими відносинами та відшкодування моральної шкоди) (ч. 4 ст. 1191 ЦК України).

До обставин звільнення держави від обов'язку відшкодування шкоди є її завдання внаслідок віддання законного наказу командира та виконання такого наказу підлеглим військовослужбовцем.

3.3. Поняття та особливості цивільно-правової відповідальності за шкоду, завдану терористичним актом

Однією з головних загроз стабільності держав залишається проблема тероризму, від вирішення якої залежить безпека людей, суспільства та держав. За результатами дослідження Інституту економіки і миру щодо глобального індексу тероризму (GTI) у 163 країнах, де проживають 99,7% населення світу, до країн із найвищою терористичною загрозою належать Ірак, Афганістан, Нігерія, Сирія, Пакистан, Сомалі, Індія, Ємен, Єгипет та Філіппіни. Водночас констатовано зростання тероризму у країнах Північної Америки та Західної Європи[1].

Сьогодні в Україні рівень терористичної загрози найвищий у світі, що пояснюється збройною агресією росії проти України, яка з 24 лютого 2022 року набула істотного масштабу та жорстокості. Російська армія, не досягнувши на початку вторгнення заявлених Кремлем цілей, веде головні бойові дії на Донбасі та Півдні України, а також щоденно обстрілює цивільне населення[2]. Увесь світ сьогодні знає про бучанську різанину (геноцид у Бучі), а саме про масове вбивство українського цивільного населення в місті Буча Київської області, що супроводжувалося викраденнями, тортурами, зґвалтуваннями, у тому числі дітей, та мародерством[3].

[1] Світовий показник тероризму. Матеріал з Вікіпедії. URL : https://uk.wikipedia.org/wiki/%D0%A1%D0%B2%D1%96%D1%82%D0%BE%D0%B2%D0%B8%D0%B9_%D0%BF%D0%BE%D0%BA%D0%B0%D0%B7%D0%BD%D0%B8%D0%BA_%D1%82%D0%B5%D1%80%D0%BE%D1%80%D0%B8%D0%B7%D0%BC%D1%83

[2] Війна Росії проти України. Відсіч. Усі новини на цей час. URL : https://www.radiosvoboda.org/a/rosiya-ukrayina-zahroza-viyny/31703318.html

[3] Бучанська різанина. URL : https://uk.wikipedia.org/wiki/%D0%91%D1%83%D1%87%D0%B0%D0%BD%D1%81%D1%8C%D0%BA%D0%B0_%D1%80%D1%96%D0%B7%D0%B0%D0%BD%D0%B8%D0%BD%D0%B0

СУЧАСНІ ТЕНДЕНЦІЇ РОЗВИТКУ ДЕЛІКТНИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ

Увесь світ також був шокований нападом на Ізраїль угруповання ХАМАСу, що стався 7 жовтня 2023 року. Терористи ХАМАС атакували країну, убивши та поранивши сотні людей. Вони викрали ізраїльських військовослужбовців. Багато оглядачів називають нинішні події ізраїльським 9/11, а дехто згадує перші години війни Судного дня, яка розпочалася рівно 50 років тому — у жовтні 1973 року[1]. Вторгнення росії в Україну, війна в Ізраїлі, протистояння Китаю та США навколо Тайваню свідчить про зростання кількості конфліктів, де дедалі більше країн опиняються по різні боки барикад[2], а деякі країни наділяються міжнародними організаціями статусом — «держава-терорист» чи «держава-спонсор тероризму».

Сучасний тероризм — це структурований «організм», який має керівні органи, організації взаємодопомоги між іншими співучасниками, дії яких спрямовані на вчинення терористичної діяльності. До найбільш небезпечних терористичних організацій міжнародні експерти проєкту GTI віднесли «Боко Харам», «Аль-Шабаб», «Талібан», а також «Ісламська держава». Тероризм характеризується використанням суїциду (терористи-смертники), біотехнологій, інформаційної технології (інформаційна війна), кіберпростору, сучасних засобів озброєння і зв'язку, гібридної війни, залякування тощо.

Тероризм має свою соціальну ціну, яку платить суспільство за його існування. Терористичні акти (далі ТА) спричиняють численні людські жертви, майнову шкоду, а також зростання відчуття незахищеності та непевності серед населення. Така ситуація зумовлена також тим, що притягнути терористів до відповідальності за завдану шкоду досить складно, тому такий тягар, як правило, несе держава та потерпілі особи.

В Україні основним законодавчим актом, де закріплено гарантії правового та соціального захисту громадян із участю у боротьбі з тероризмом, є Закон України «Про боротьбу з тероризмом» (далі ЗУ про БзТ). Зокрема цей документ закріплює право осіб, які потерпіли шкоду внаслідок ТА, на її відшкодування. Відповідно до ст. 19 цього Закону суб'єкт відшкодування визначається залежно від того, хто потерпів шкоди: якщо шкоду завдано громадянинові, то відшкодування шкоди здійснюється за рахунок коштів Державного бюджету України; якщо шкоду завдано юридичній особі, то відшкодування шкоди провадиться у порядку, визначеному Кабінетом Міністрів України[3].

---

[1] Напад ХАМАС на Ізраїль. Єрусалим оголосив війну терористам. Поточна ситуація. URL : https://lb.ua/world/2023/10/07/578461_napad_hamas_izrail_ierusalim.html

[2] Напад ХАМАС на Ізраїль. Чи прямує світ до Третьої світової війни? URL : https://www.bbc.com/ukrainian/articles/ce7j39n1lxxo

[3] Про боротьбу з терроризмом : Закон України від 20.03.2003 р. № 638-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 25. Ст. 180.

РОЗДІЛ 3

Процедура визначення шкоди та збитків, завданих Україні внаслідок збройної агресії російської федерації (далі — шкода та збитки), починаючи з 19 лютого 2014 року, встановлена в Порядку, затвердженому постановою Кабінету Міністрів від 20 березня 2022 р. № 326 (в редакції постанови Кабінету Міністрів України від 22 липня 2022 р. № 951)[1].

На сьогодні зміст ст. 19 ЗУ про БзТ породжує низку проблемних питань щодо відповідності загальним засадам цивільного законодавства закріплення різних суб'єктів цивільно-правової відповідальності за шкоду, завдану ТА, а також обмеження окремих потерпілих осіб у праві на захист від ТА.

Визначення поняття та особливостей цивільно-правової відповідальності за шкоду, завдану ТА має істотне наукове та практичне значення. Права та свободи людини і громадянина потребують як закріплення в чинному законодавстві, так і охорони (захисту), а також створення та забезпечення ефективного правового механізму їх застосування. Усе це пов'язано із наявністю інституту юридичної відповідальності, спрямованого на захист прав та свобод людини і громадянина, прав та інтересів інших суб'єктів права, а також встановлення відповідальності держави та органів місцевого самоврядування за незаконне обмеження у цих правах та свободах, невиконання чи неналежне виконання покладених на них обов'язків[2].

Уперше в цивільному законодавстві України розділ «Відповідальність за порушення зобов'язання» з'явився в ЦК УРСР 1963 р.[3]. Однак виділення окремого розділу в кодифікованому акті не завжди свідчить про наявність відповідного правового інституту. Навіть у чинному ЦК України відсутнє визначення поняття відповідальності, її ознак та видів, які дозволили б ідентифікувати відповідальність, відмежувати її від інших правових видів забезпечення виконання зобов'язання та способів захисту. Крім того у ЦК України 2003 р. глава 51 називається «Правові наслідки порушення зобов'язання. Відповідальність за порушення зобов'язання», що свідчить про те, що вона містить норми для правового регулювання відносин внаслідок порушення існуючого договірного зобов'язання. Правове регулювання відносин щодо відповідальності за завдану шкоду здійснюється главою 82 ЦК України «Відшкодування шкоди», де розміщено норми про загальні положення про відшкодування шкоди, а також відшкодування шкоди, завданої

[1] Порядок визначення шкоди та збитків, завданих Україні внаслідок збройної агресії Російської Федерації : затв. постановою Кабінету Міністрів від 20 березня 2022 р. № 326 (в редакції постанови Кабінету Міністрів України від 22 липня 2022 р. № 951). URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/326-2022-%D0%BF#Text

[2] Завадська О. П. Умови цивільно-правової відповідальності за шкоду, завдану терористичним актом : дис. ... канд. юр. наук : 12.00.03. Хмельницький, 2019. С. 12-13, 21-47.

[3] Цивільний кодекс Української РСР від 18 липня 1963 року (зі змінами та доповненнями). *Бюлетень законодавства і юридичної практики України.* 1999. № 1.

каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю, внаслідок недоліків товарів, робіт (послуг). Слід звернути увагу на те, що в статтях глави 82 ЦК України обов'язок відшкодувати шкоду кваліфікується як спосіб захисту, а не як захід цивільно-правової відповідальності. Лише вказівка на відповідальність міститься у статтях 1166 і 1167 ЦК України, де закріплено загальні підстави відповідальності за завдану майнову та моральну шкоду. Відповідно перед нами стоїть завдання з'ясувати чи можна обов'язок відшкодування шкоди, завданої ТА включити до системи юридичної відповідальності.

Незважаючи на таку законодавчу позицію про цивільно-правову відповідальність, вважаємо, що відповідальність становить особливий інститут цивільного права.

Цивільно-правову відповідальність за шкоду, завдану ТА доцільно розглядати з позиції загальної теорії юридичної відповідальності, оскільки цивільно-правова відповідальність є різновидом юридичної відповідальності. Тема юридичної відповідальності, зокрема цивільно-правової відповідальності, є достатньо розробленою, опубліковано значну кількість статей, збірників, монографічних праць у цій сфері. Підвищений інтерес до цієї теми можна пояснити тим, що відповідальність відіграє істотну роль в укріпленні законності, забезпеченні нормального розвитку громадянського суспільства.

У науці юридична відповідальність поділяється на ретроспективну та проспективну. Ретроспективна (пасивна) відповідальність є наслідком вчиненого правопорушення. Проспективна (активна) є свідомим та ініціативним виконанням обов'язків, усвідомлення обов'язку перед суспільством, державою[1]. Інтерес для нас становить лише ретроспективна відповідальність, пов'язана з наслідками вчиненого правопорушення, оскільки з точки зору відновлення майнового становища потерпілої особи, порушеного внаслідок ТА (правопорушення), про обов'язок відшкодування завданої шкоди мова може йти лише як про ретроспективну відповідальність.

Окремі вчені для визначення сутності юридичної відповідальності надають перевагу ознаці державного примусу. За таким розумінням заходами відповідальності є додаткові обтяження, що покладаються на відповідальну особу у зв'язку з вчиненням ним правопорушення, так і примусове виконання обов'язку, що не виконувався[2]. При цьому, ознака державного примусу є визначальним критерієм відповідальності. На нашу думку, обов'язковою ознакою юридичної відповідальності є можливість застосування державного примусу за умови відсутності добровільного виконання обов'язку боржником.

[1] Тархов В. А. Ответственность по советскому гражданскому праву. Саратов : Изд–во Саратовского ун–та, 1973. С. 3-25.

[2] Братусь С. Н. Юридическая ответственность и законность.- (Очерки теории). М. : Юрид. лит., 1976. С. 85.

РОЗДІЛ 3

Лише за наявності можливості примусу до зобов'язаної особи для виконання її обов'язку право може діяти ефективно. Як зазначав Братусь, «обов'язок без відповідальності — юридично ніщо, лише благий намір»[1]. Слід зазначити, що в юридичній літературі, як правило, державний примус розглядається як необхідна ознака права загалом, так і юридичної відповідальності зокрема.

Державний примус — це фізичний, психічний або інший вплив, що здійснюється на підставі закону уповноваженими органами до конкретних суб'єктів, всупереч їх волі та незалежно від них, для захисту особистих, суспільних і державних інтересів[2]. Конкретна форма державного примусу виявляється в специфіці тих правовідносин, в межах яких застосовується такий захід.

Державний примус розглядається всіма вченими щодо ситуацій, коли правопорушником виступає приватна особа, а держава притягує її до відповідальності. Проблема застосування юридичної відповідальності до держави полягає у можливості застосування державного примусу до самої держави. Щоб відповісти на поставлене питання слід виходити з того, що зв'язок і підпорядкування держави праву реалізується за допомогою механізму поділу влади. Призначення механізму поділу влади в правовій державі полягає у тому, щоб уникнути концентрації влади в одних руках і тим самим звести до мінімуму можливості для порушення прав громадян з боку держави. При цьому створюються умови, щоб гілки влади, які діють самостійно, могли взаємно контролювати одна одну. Саме система поділу влади призначена уникнути протиріч між двома ролями держави — держави як гаранта та як потенційного порушника прав приватних осіб. Інститут майнової відповідальності держави становить спосіб контролю одних державних органів (судів) за діяльністю інших (органів виконавчої влади). З цього погляду, сутністю такого правового інституту буде відновлення прав громадян і юридичних осіб, порушених одними державними органами, за допомогою інших державних органів. Це стає можливим внаслідок відсутності співпідпорядкування всередині всієї системи органів державної влади, внаслідок їхньої відносної незалежності та самостійності, наявності своєї відокремленої компетенції.

Державний примус загалом означає здійснення компетентним державним органом відповідних повноважень — розгляд і вирішення судом справи, а потім виконання акта про застосування санкції. У розумінні більшості подібна діяльність може здійснюватися лише щодо приватних осіб. Однак з юридичного погляду в цьому випадку немає різниці між приватною особою та публічним утворенням. Таким чином, суд покладає юридичну відповідальність

[1] Братусь С. Н. Там само. С. 85.

[2] Братусь С. Н. Там само. С. 2-23, 85.

на державу, але її не реалізує. Повноваженнями з реалізації заходів відповідальності наділені державна виконавча служба та казначейство. Такі органи належать до виконавчої гілки влади.

Деякі вчені ототожнюють відповідальність із покаранням (С. С. Алексєєв, С. М. Братусь та ін.)[1]. Така позиція є спірною, оскільки відповідальність не завжди означає покарання, що характерно для сфери цивільних правовідносин. Вважаємо, що основна функція цивільно-правової відповідальності — відновлювальна, а не каральна та має за мету відновлення первісного майнового становища потерпілої особи або компенсація порушення особистих немайнових благ, невідчужуваних від особи за рахунок майна правопорушника чи особи, відповідальної за його дії. Тобто, насамперед, має значення відновлення первісного майнового становища потерпілого, а негативні майнові наслідки для правопорушника (боржника) — це другорядне.

Правовідношення юридичної відповідальності є динамічним, оскільки постійно розвивається. У своєму русі воно проходить три основних етапи, три стадії: виникнення, правозастосування та реалізація[2]. При цьому правовідношення відповідальності виникає із моменту вчинення правопорушення. З цього моменту в суб'єкта відповідальності виникає обов'язок відшкодувати завдану шкоду. На другій стадії правозастосування здійснюється аналіз складу правопорушення та виявляються всі його елементи, а також визначаються заходи відповідальності. У більшості випадків така стадія здійснюється судом, а судове рішення про відшкодування шкоди є актом застосування юридичної санкції. Стадія реалізації відповідальності за своїм змістом виявляється в діях державних органів щодо примусового фактичного виконання визначеного судом заходу відповідальності. Тобто це стадія виконання судового рішення. Фактичне виконання обов'язку по відшкодуванню шкоди потерпілому припиняє дію деліктного зобов'язання[3].

Цивільно-правова відповідальність є різновидом юридичної відповідальності, відповідно вона володіє всіма їй характерними ознаками, зокрема: 1) захід правового примусу за правопорушення, передбачений санкцією норми права; 2) застосовується державними органами чи посадовими особами у процесуально-правовому порядку, закріпленому у законі чи договорі (для цивільно-правової відповідальності); 3) полягає у тому, що правопорушник несе негативні для себе наслідки особистого, організаційного чи майнового характеру; 4) ґрунтується на правовому та суспільному осуді поведінки

[1] Алексеев С. С. О составе правонарушения. *Правоведение*. 1958. № 1. С. 47-53; Братусь С. Н. Юридическая ответственность и законность (Очерки теории). М. : Юрид. лит., 1976. 215 с.

[2] Попондопуло В. Ф. Динамика обязательственного правоотношения и гражданско-правовая ответственность : монографія. Владивосток : Изд–во Дальневосточного ун–та, 1985. С. 13-19.

[3] Попондопуло В. Ф. Там само. С. 13–19.

правопорушника; 5) має ретроспективний характер, оскільки підставою для її застосування є правопорушення[1].

Водночас для цивільно-правової відповідальності властиві особливі ознаки, що дозволяють відмежувати її від інших видів юридичної відповідальності (кримінальної, адміністративної, дисциплінарної, матеріальної, конституційної). Такі особливості зумовлені метою та функціями цивільно-правової відповідальності, а також предметом цивільно-правового регулювання суспільних відносин. З позиції окреслення цивільно-правової відповідальності як системи правових засобів І. С. Канзафаровою було запропоновано визначення поняття відповідальності як «обумовленого особливостями предмета і метода цивільно-правового регулювання системи цивільно-правових засобів, за допомогою яких, з однієї сторони, забезпечується і гарантується захист цивільних прав та інтересів суб'єктів цивільного права, з іншої — здійснюється штрафний і виховний вплив на правопорушника»[2].

Внаслідок проведеного аналізу запропонованих у юридичній літературі міркувань можна зробити висновок, що склалися ще три позиції щодо поняття цивільно-правової відповідальності: 1) санкція за правопорушення (О. С. Іоффе[3], В. Д. Примак[4], Я. М. Шевченко[5] та ін.); 2) правовідношення (Т. С. Ківалова[6], О. О. Отраднова[7], Є. О. Харитонов[8] та ін.); 3) обов'язок (С. М. Братусь[9], В. О. Тархов[10], Р. О. Халфіна[11]; Р. Б. Шишка[12] та ін.).

[1] Мейер Д. И. О юридических вымыслах и предположениях, о скрытых и притворных действиях. Казань, 1854. С. 631, 633.

[2] Канзафарова І. С. Теоретичні основи цивільно-правової відповідальності в Україні : автореф. дис. ... д–ра. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2007. С. 16.

[3] Иоффе О. С. Обязательственное право. М. : Юрид. лит.,. 1975. 880 с. URL : https://library.nlu.edu.ua/POLN_TEXT/KNIGI/IOFFE_1975.pdf

[4] Примак В. Д. Цивільно-правова відповідальність юридичних осіб : монографія. К. : Юрінком Інтер, 2007. С. 53.

[5] Шевченко Я.Н. Понятие и механизм гражданско-правовой ответственности. *Повышение роли гражданско-правовой ответственности в охране прав и интересов граждан и организаций* / Я. Н. Шевченко [и др.]; ИГиП АН УССР. К. : Наукова думка, 1988. С. 45-53.

[6] Ківалова Т. С. Зобов'язання відшкодування шкоди у цивільному законодавстві України (теоретичні аспекти) : монографія. Одеська нац. юрид. акад. Одеса : Юридична література, 2008. С. 193.

[7] Отраднова О. О. Проблеми вдосконалення механізму цивільно-правового регулювання деліктних зобов'язань : монографія. К. : Юрінком Інтер, 2014. С. с. 173-186.

[8] Цивільне право України : підручник : в 3 кн. / Є. О. Харитонов [та ін.]; за ред. Є. О. Харитонова, А. І. Дрішлюка. Одеса : «Юридична література», 2005. Книга перша. С. 501.

[9] Братусь С. Н. Юридическая ответственность и законность (Очерки теории). М. : Юрид. лит., 1976. С. 4.

[10] Тархов В. А. Ответственность по советскому гражданскому праву. Саратов : Изд–во Саратовского ун–та, 1973. С. 8, 11.

[11] Халфина Р. О. Общее учение о правоотношении. М. : Юрид. лит., 1974. С. 323.

[12] Шишка Р. Б. Цивільна відповідальність та цивільно-правова відповідальність. *Право та управління.* 2011. № 1. С. 512–521.

СУЧАСНІ ТЕНДЕНЦІЇ РОЗВИТКУ ДЕЛІКТНИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ

Найбільш поширеною серед науковців та практиків є розуміння цивільно-правової відповідальності як санкції за правопорушення, основоположником якої вважається О. С. Іоффе. На думку вченого, поряд із цією (1) цивільно-правова відповідальність наділена ще двома визначальними ознаками: 2) засудження поведінки правопорушника, а також стимулювання його до певної діяльності в інтересах суспільства за відсутності підстав для осуду поведінки відповідальної особи; 3) виявляється у формі встановлення негативних наслідків у сфері правопорушника, що забезпечує відновлення порушеного становища для потерпілого[1]. Завдяки такому характеру цивільно-правових санкцій, їх застосування активно впливає на суспільні відносини через виховання та відновлення самих порушених відносин[2].

Незважаючи на широку підтримку, така позиція була піддана критиці. На думку Р. О. Халфіної, помилка позиції О. С. Іоффе полягає у тому, що він конструює цивільну відповідальність лише як покарання, як міру, що полягає в осуді поведінки відповідальної особи[3]. Таке твердження, на її думку, безпідставно звужує поняття відповідальності[4]. Водночас, зазначає науковець, специфіка цивільно-правової відповідальності полягає у тому, що не завжди це покарання за вину, оскільки в багатьох випадках така відповідальність є способом справедливого розподілу завданих збитків без ознак покарання чи осуду (наприклад, відповідальність за шкоду, завдану у стані крайньої необхідності)[5]. Крім того, вона не погоджується з твердженням про відновлення порушених відносин як форму цивільної відповідальності[6]. На думку Р. О. Халфіної, відповідальність за протиправну поведінку полягає у тому, що на особу, яка вчинила правопорушення, покладаються обов'язки у нових відносинах. Таким чином, виникає правовідношення, метою якого є застосування відповідних заходів впливу на осіб, які порушують норму права[7].

Вважаємо, що у своїх критичних зауваженнях Р. О. Халфіна не завжди мала рацію. Наприклад, покладення обов'язку відшкодувати шкоду, завдану у стані крайньої необхідності не можна віднести до заходів цивільно-правової відповідальності, оскільки обов'язковою ознакою будь-якої відповідальності

[1] Иоффе О. С. Обязательственное право. М. : Юрид. лит., 1975. 880 с. URL : https://library.nlu.edu.ua/POLN_TEXT/KNIGI/IOFFE_1975.pdf

[2] Иоффе О. С. Там само. URL : https://library.nlu.edu.ua/POLN_TEXT/KNIGI/IOFFE_1975.pdf

[3] Халфина Р. О. Рецензия на книгу О. С. Иоффе «Ответственность по советскому гражданскому праву». Изд. ЛГУ, Л., 1955. С. 309. *Советское государство и право.* 1956. № 7. С. 135.

[4] Халфина Р. О. Общее учение о правоотношении. М. : Юрид. лит., 1974. С. 321.

[5] Халфина Р. О. Рецензия на книгу О. С. Иоффе «Ответственность по советскому гражданскому праву», изд. ЛГУ, Л., 1955, С. 309. *Советское государство и право.* 1956. № 7. С. 135.

[6] Халфина Р. О. Там само. С. 309. *Советское государство и право.* 1956. № 7. С. 136.

[7] Халфина Р. О. Общее учение о правоотношении. М. : Юрид. лит., 1974. С. 323.

є протиправний характер порушення чужого суб'єктивного права. Водночас завдання шкоди у стані крайньої необхідності має правомірний характер, тому виключає питання про відповідальність, а породжує застосування інших способів захисту.

На думку Є. О. Харитонова, найбільш уразливі місця розуміння відповідальності як санкції в тому, що основна увага зосереджена на зовнішній стороні, а повинна бути показана суть відповідальності та особливості реалізації санкції[1]. Крім того, він вважає, що «відповідальність — це реалізація санкції, що має специфічні властивості»[2]. Відповідно ним сконструйовано поняття цивільно-правової відповідальності як «сукупності правовідносин, які виникають у зв'язку з покладенням на особу, винну у вчиненні правопорушення, негативних наслідків цього правопорушення, супроводжуваних осудом поведінки правопорушника»[3].

Повністю підтримати позицію вченого щодо критики розуміння відповідальності як санкції не можна. Слід навести три значення санкції для права, виділених В. П. Грібановим: 1) санкція як складова частина норми права; 2) санкція як дозвіл на дію; 3) санкція як міра відповідальності[4]. Вважаємо, що для цивільно-правової відповідальності санкція має подвійне значення. По-перше, відповідальність повинна встановлюватися санкцією як складовою частиною норми права. По-друге, санкція становить міру відповідальності, оскільки передбачає негативні наслідки, які покладаються на правопорушника. Як зазначав В. О. Тархов, цивільно-правова санкція — це заходи, якими держава підкріплює (санкціонує) цивільні права та обов'язки, надає їм юридичний характер[5].

Подібну позицію висловлює й В. Д. Примак, який зробив декілька висновків щодо змісту і суті цивільно-правових санкцій загалом та відповідальності як їх різновиду. По-перше, цивільно-правова санкція є заходом захисту цивільних прав та інтересів, що застосовуються до конкретного боржника у зв'язку з вчиненням правопорушення та передбачає настання для нього небажаних наслідків майнового чи іншого характеру. По-друге, застосування цивільно-правової санкції зумовлюється фактом учиненого правопорушення, а тому її реалізація можлива лише у рамках відносних цивільних (правоохоронних) правовідносин (у деліктних зобов'язаннях змістовні характеристики

[1] Цивільне право України : підручник : в 3 кн. / Є. О. Харитонов [та ін.] ; за ред. Є. О. Харитонова, А. І. Дрішлюка. Одеса : «Юридична література», 2005. Книга перша. С. 500.

[2] Цивільне право України. Там само. С. 500.

[3] Цивільне право України . Там само. С. 503.

[4] Грибанов В. П. Осуществление и защита гражданских права. М. : Статут, 2000. С. 313.

[5] Тархов В. А. Гражданское право. Общая часть. Курс лекций. Чебоксары: Чув. кн.изд–во, 1997. С. 270.

санкції та відповідальності можуть збігатися, — відповідальність становить єдино можливу для правовідносин даного роду форму цивільно-правової санкції). По-третє, зважаючи на компенсаційний характер цивільної відповідальності, вона є санкцією, що має суто майновий характер, отож спричиняє для правопорушника певні майнові позбавлення. По-четверте, необхідність у застосуванні заходів цивільно-правової відповідальності зумовлюється майновими чи немайновими втратами потерпілого (кредитора), що підлягають відшкодуванню за рахунок зобов'язаної особи[1]. Таким чином, В. Д. Примак зробив висновок про те, що цивільно-правова санкція завжди поставатиме як певна форма вираження правових наслідків учиненого правопорушення[2].

Вищезазначене дозволяє зробити висновок про те, що теза «відповідальність — це реалізація санкції»[3] відповідає названим двом значенням санкції для відповідальності, тобто мова йде про одне й теж. Крім того, у визначенні поняття цивільно-правової відповідальності доцільно було б вказати на характер негативних для правопорушника наслідків, — майновий, оскільки відповідальність за цивільним законодавством може мати організаційний та особистий характер. Як зазначав О. О. Красавчиков, негативні майнові наслідки виявляються у тому, що завдавач шкоди несе майнові втрати відповідно до принципу повного відшкодування шкоди[4].

Юридична відповідальність є санкцією за правопорушення. Вважаємо, що застосування цього правила до відповідальності за шкоду, завдану ТА не викликає жодних сумнівів. Водночас не будь-яка санкція є заходом відповідальності. Пануючою в юридичній літературі є позиція, що заходом відповідальності буде така санкція, яка створює для відповідального суб'єкта нові додаткові обтяження (Б. С. Антімонов, О. С. Іоффе, О. О. Красавчіков, Г. К. Матвєєв та ін.)[5]. Відповідальність означає негативні наслідки правопорушення, які не існували до його вчинення. Такі наслідки можуть виявлятися або в позбавленні права, або в заміні невиконання обов'язку новим обов'язком, або приєднанні до порушеного обов'язку нового, додаткового обов'язку.

[1] Примак В. Д. Цивільно-правова відповідальність юридичних осіб : монографія. К. : Юрінком Інтер, 2007. С. 71-72.

[2] Примак В. Д. Там само. С. 70.

[3] Цивільне право України : підручник : в 3 кн. / Є. О. Харитонов [та ін.] ; за ред. Є. О. Харитонова, А. І. Дрішлюка. Одеса : «Юридична література», 2005. Книга перша. С. 500.

[4] Советское гражданское право : учебник : в 2 ч. / А. Ю. Кабалкин [и др.] ; под ред. В. А. Рясенцева. М. : Юрид. лит., 1987. Ч. 2. С. 349.

[5] Антимонов Б. С. Основания договорной ответственности социалистических организаций. М. : Юрид. лит., 1962. 175 с.; Иоффе О. С. Обязательственное право. М. : Юрид. лит.,. 1975. 880 с. URL : https://library.nlu.edu.ua/POLN_TEXT/KNIGI/IOFFE_1975.pdf; Матвеев Г. К. Вина в советском гражданском праве. К. : Вища школа, 1955. 308 с.; Советское гражданское право : учебник : в 2 ч. / А. Ю. Кабалкин [и др.] ; под ред. В. А. Рясенцева. М. : Юрид. лит., 1987. Ч. 2. 576 с.

РОЗДІЛ 3

Покладення на завдавача шкоди обов'язку її відшкодування О. С. Іоффе наводить в якості прикладу заміни невиконання обов'язку (обов'язку утримуватися від завдання шкоди) новим обов'язком[1].

На нашу думку, прихильники всіх трьох позицій розуміння цивільно-правової відповідальності мають рацію. Як слушно наголошував О. О. Красавчиков, санкція як правовий феномен існує на рівні правовідношення[2]. При цьому, він підкреслював, що санкція становить перетворену форму суб'єктивного права та суб'єктивного обов'язку, де активна сторона дає можливість вимагати від боржника – правопорушника – певних дій, а пасивна сторона змушує останнього до їх вчинення[3].

Наші міркування також зумовлені визначальними ознаками цивільно-правової відповідальності: 1) це санкція за правопорушення, яка спрямована на захист інтересів потерпілої особи; 2) санкція виявляється у виникненні для правопорушника обов'язку нести негативні майнові наслідки; 3) застосовується як до осіб, які безпосередньо вчинили правопорушення, так і до інших; 3) правопорушник несе відповідальність перед потерпілою особою, а не перед державою; 4) застосовується як у судовому (застосовується державний примус), так і позасудовому порядку (добровільно)[4].

Інститут цивільно-правової відповідальності має важливе значення для забезпечення охорони та захисту майнових та особистих немайнових прав суб'єктів цивільного права як у разі порушення договірного зобов'язання, так і у випадку завдання шкоди. Завдання шкоди ТА породжує цивільно-правову відповідальність, яка відноситься до різновидів недоговірної (деліктної) відповідальності, для якої властиві особливі ознаки, що відрізняють її від договірної відповідальності.

У юридичній літературі поняття «цивільно-правова відповідальність за завдану шкоду» замінюють іншими зокрема: «деліктна відповідальність», «зобов'язання з деліктів», «деліктні зобов'язання», «зобов'язання, що виникають внаслідок завдання шкоди правопорушенням», «зобов'язання відшкодування шкоди, завданої правопорушенням». Як зазначав К. К. Яічков, що у зобов'язаннях із завдання шкоди відповідальність начебто зливається з зобов'язанням, що його її породило[5]. На думку К. Б. Ярошенко, така

[1] Иоффе О. С. Обязательственное право. М. : Юрид. лит.,. 1975. 880 с. URL : https://library.nlu.edu.ua/POLN_TEXT/KNIGI/IOFFE_1975.pdf

[2] Красавчиков О. А. Ответственность, меры защиты и санкции в советском гражданском праве. *Проблемы гражданско-правовой ответственности и защиты гражданских прав.* Свердловск, 1973. С. 13.

[3] Красавчиков О. А. Там само. С. 14-15.

[4] Заверуха С. В. Цивільно-правова відповідальність за договором купівлі-продажу : дис. ...канд. юрид. наук : 12.00.03. К., 2015. С. 40-41.

[5] Яичков К. К. Система обязательств из причинения вреда в советском гражданском праве. *Сборник : Вопросы гражданского права* / под ред. И. Б. Новицкого. М. : Изд–во МГУ, 1957. С. 169-181.

термінологія має деякий умовний характер, тому істотних розбіжностей між нею немає[1].

Пояснює таку доктринальну позицію С. Д. Гринько тим, що деліктні зобов'язання чи зобов'язання відшкодування шкоди, завданої неправомірними рішеннями, діями чи бездіяльністю, виникають із факту правопорушення. З цього моменту вони становлять міру цивільно-правової відповідальності, тобто покладення на особу обов'язку нести негативні майнові наслідки[2]. На думку О. О. Отраднової, деліктне зобов'язання та деліктна відповідальність співвідносяться як правовідношення та його результат, де деліктна відповідальність становить мету деліктного зобов'язання та є підсумком реалізації механізму цивільно-правового регулювання деліктних зобов'язань[3].

Вважаємо, що зв'язок таких категорій між собою виявляється у такому. По-перше, цивільно-правова відповідальність «складає зміст зобов'язання із правопорушення в зобов'язанні відшкодування шкоди»[4], оскільки відповідальність означає обов'язок боржника відшкодувати шкоду, завдану правопорушенням. Тобто, як зазначає В. М. Бєлякова, що відповідальність — наслідок, а не причина виникнення зобов'язання[5]. По-друге, відшкодування шкоди становить захід цивільно-правової відповідальності за допомогою якого належним чином виконується зобов'язання з відшкодування шкоди шляхом відшкодування потерпілому шкоди в натурі або повне відшкодування збитків.

Слід навести й слушні міркування Т. С. Ківалової, яка наголошує на те, що «слід вести мову не просто про «деліктну відповідальність», а саме про цивільно-правову деліктну відповідальність»[6]. Така позиція зумовлена тим, що останнім часом згадується про «адміністративний делікт»», «адміністративне деліктне законодавство», «адміністративну деліктологію».

Вищезазначене дозволяє нам також використовувати вищеокреслені терміни в однаковому правовому значенні.

Уперше в юридичній літературі було запропоновано визначення поняття деліктної відповідальності Д. В. Бобровою. Це новий суб'єктивний відносний обов'язок правопорушника, що ґрунтується на імперативних нормах цивільного права, перетерпіти заходи державного примусу, що включають осуд його

[1] Ярошенко К. Б. Специальные случаи ответственности за причинение вреда. М. : Юрид. лит., 1977. С. 3.

[2] Гринько С. Д. Рецепція деліктних зобов'язань римського приватного права в Україні : дис. ... д–ра юрид. наук: 12.00.03. К., 2013. С. 74-75.

[3] Отраднова О. О. Проблеми вдосконалення механізму цивільно-правового регулювання деліктних зобов'язань : монографія. К. : Юрінком Інтер, 2014. С. 197.

[4] Гринько С. Д. Там само. С. 75.

[5] Белякова А. М. Гражданско-правовая ответственность за причинение вреда : Теория и практика. М. : Изд–во МГУ, 1986. С. 26.

[6] Ківалова Т. С. Зобов'язання відшкодування шкоди у цивільному законодавстві України (теоретичні аспекти) : монографія. Одеська нац. юрид. акад. Одеса : Юридична література, 2008. С. 184.

поведінки чи спонукання його до соціально-необхідних дій у вигляді особистого чи майнового характеру з метою відновлення порушених абсолютних правовідносин або відновлення майнового становища потерпілого за наявності умов, передбачених у законі[1]. У запропонованому визначенні вказано на загальні предметно-галузеві ознаки відповідальності (обов'язок як наслідок цивільно-правового регулювання поведінки), а також спеціальні ознаки деліктної відповідальності (порушення абсолютного обов'язку та виникнення відносного зобов'язання, змістом є перетерпіння заходів державного примусу, осуд поведінки зобов'язаної особи або стимулювання її до соціально-необхідних дій як елементи деліктного примусу, форми осуду чи стимулювання у вигляді особистого чи майнового характеру, відновлення порушених абсолютних правовідносин — функціональне призначення деліктної відповідальності)[2].

Серед сучасних дослідників зобов'язань відшкодування шкоди слід згадати Т. С. Ківалову, яка сформулювала поняття цивільно-правової недоговірної відповідальності як «цивільне охоронне правовідношення, у якому одна сторона (особа, яка завдала шкоду), зазнаючи негативних наслідків учиненого нею правопорушення, зобов'язана виконати юридичний обов'язок, передбачений нормами цивільного законодавства, у вигляді компенсації за власний рахунок шкоди, завданої потерпілому, а інша сторона (потерпілий) має право на відшкодування завданої їй шкоди[3].

У широкому розумінні було викладено поняття деліктних зобов'язань С. Д. Гринько, як правовідносин, що виникають внаслідок завдання шкоди винними, а у випадках, передбачених законом, незалежно від вини завдавача шкоди, — протиправними діями чи бездіяльністю особистим немайновим благам фізичної або юридичної особи, а також їх майну, що не є порушенням зобов'язання, яке існувало між завдавачем шкоди і потерпілим, у силу яких завдавач шкоди або інші особи у випадках, передбачених законом, зобов'язані її відшкодувати, а потерпілий або непрацездатні утриманці у разі його смерті та дитина померлого, народжена після його смерті, мають право на відшкодування завданої йому шкоди в повному обсязі, крім випадків, передбачених законом[4]. Віддаючи належне позиції вченої, слід зазначити, що вона намагалася відобразити основні ознаки деліктних зобов'язань за якими вони відрізняються від договірних та решти недоговірних зобов'язань.

[1] Боброва Д. В. Проблемы деликтной ответственности в советском гражданском праве : автореф. дисс. ... докт. юр. наук : 12.00.03. Харьков, 1988. С. 21.

[2] Боброва Д. В. Проблемы деликтной ответственности в советском гражданском праве : автореф. дисс. ... докт. юр. наук : 12.00.03. Харьков, 1988. С. 21-22.

[3] Ківалова Т. С. Зобов'язання відшкодування шкоди у цивільному законодавстві України (теоретичні аспекти) : монографія. Одеська нац. юрид. акад. Одеса : Юридична література, 2008. С. 199.

[4] Гринько С. Д. Рецепція деліктних зобов'язань римського приватного права в Україні : дис. ... д–ра юрид. наук: 12.00.03. К., 2013. С. 10.

СУЧАСНІ ТЕНДЕНЦІЇ РОЗВИТКУ ДЕЛІКТНИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ

На погляд О. О. Отраднової, цивільно-правова деліктна відповідальність — це реалізація деліквентом обов'язку відшкодувати або компенсувати потерпілому заподіяну шкоду[1]. Деліктна відповідальність, на її думку, наділена такими ознаками: має ретроспективний характер; має майновий характер; майнове надання деліквента завжди є безеквівалентним з боку потерпілого; можливість реалізації як за допомогою заходів державного примусу, так і добровільно; може наставати у випадках завдання шкоди протиправними та правомірними діями; вина деліквента не є обов'язковою для деліктної відповідальності; може наставати незалежно від того, чи має місце осуд поведінки деліквента суспільством[2].

Цивільно-правова відповідальність за шкоду, завдану ТА володіє всіма ознаками деліктної відповідальності, однак вони мають особливе забарвлення. Це зумовлено тією обставиною, що підставою цивільно-правової відповідальності є цивільне правопорушення, яке пов'язано з кримінальним злочином — ТА.

По-перше, цивільно-правова відповідальність завжди настає на підставі цивільного правопорушення. При цьому, як слушно наголошував Х. І. Шварц, притягнення до цивільно-правової відповідальності за завдану шкоду не залежить від кримінальної справи, оскільки відповідальність встановлюється згідно цивільного законодавства[3]. Водночас специфіка деліктної відповідальності зумовлена тим, що таке правопорушення має бути пов'язане із завданням шкоди іншим — життю, здоров'ю, майну суб'єктів цивільного права. Як зазначав Є. Годеме, не може порушуватися питання про відповідальність, якщо не буде шкоди, оскільки метою цивільно-правової відповідальності є задоволення та відшкодування[4]. Водночас, як слушно наголошує С. Д. Гринько, «позов про відшкодування шкоди, завданої деліктом, ґрунтується не на факті завдання шкоди, а на вчиненні конкретного правопорушення (делікту), для виникнення якого необхідним є встановлення всіх його ознак»[5].

Зі шкодою також пов'язаний ТА, що становить інтерес для галузі цивільного права, оскільки породжує як загрозу завдання шкоди життю, здоров'ю

[1] Отраднова О. О. Проблеми вдосконалення механізму цивільно-правового регулювання деліктних зобов'язань : монографія. К. : Юрінком Інтер, 2014. С. 195.

[2] Отраднова О. О. Там само. С. 195-197.

[3] Шварц Х. И. Обязательства из причинения вреда: лекция для студентов ВЮЗИ / под ред. В. А. Рясенцева. М., 1954. С. 6.

[4] Відео тренування 6-річного терориста ІДІЛ шокувало мережу. Сьогодні. Світові новини. 16 жовтня 2015. URL : https://ukr.segodnya.ua/world/video-trenirovki-6-letnego-terrorista-igil-shokirovalo-set-658721.html

[5] Гринько С. Д. Рецепція деліктних зобов'язань римського приватного права в Україні : дис. ... д–ра юрид. наук : 12.00.03. К., 2013. С. 77.

людини або майну, так і завдання значної майнової шкоди (ст. 258 КК України)[1]. Відповідно цивільно-правова відповідальність за вчинення ТА має місце у разі завдання шкоди такою діяльністю іншим особам за наявності цивільного правопорушення.

По-друге, обов'язковими умовами цивільно-правової відповідальності за завдання шкоди є завдання шкоди, протиправна поведінка завдавача шкоди, причинно-наслідковий зв'язок між шкодою і протиправною поведінкою, вина. При цьому виключення із зазначеного ланцюга будь-якої умови не допускається, що зумовлено законодавчими вимогами до кваліфікації правопорушення як ТА.

По-третє, правова природа деліктної відповідальності закладена у зміст глави 82 ЦК України «Зобов'язання відшкодування шкоди». Так, відповідальність настає тоді, коли завдавач шкоди та потерпілі особи не перебували до моменту завдання шкоди у договірних правовідносинах щодо предмету зобов'язання (відшкодування шкоди). Тобто, як зазначає К. А. Флейшиц, відшкодування шкоди не пов'язано з порушенням зобов'язання, що існувало між відповідальним за шкоду та потерпілим[2].

Особливо наглядно спостерігати таку ознаку у разі завдання шкоди ТА. Будь-яка домовленість між терористом і потерпілою особою про завдання шкоди у майбутньому вчиненням ТА забороняється. Якщо припустити про наявність такої домовленості, то вона все-одно не породжує виникнення зобов'язання. Така домовленість буде суперечити актам цивільного законодавства (ч.1 ст. 203 ЦК України), оскільки вчинення ТА є злочином.

По-четверте, цивільно-правова відповідальність за завдання шкоди виникає у тому випадку, коли порушуються абсолютні суб'єктивні права інших осіб. Тобто, як зазначав Ю. Х. Калмиков, охоронні зобов'язання, пов'язані з завданням шкоди виникають там, де порушується нормальний хід, звичайне життя абсолютних правовідносин[3]. Саме тому, на думку В. П. Маслова, такі зобов'язання називаються деліктними чи зобов'язаннями із правопорушення[4]. Деліктні зобов'язання, за твердженням В. Ф. Попондопуло, становлять особливу форму існування порушених абсолютних правовідносин[5].

[1] Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 р. № 2341-III. *Відомості Верховної Ради України.* 2001. № 25–26. Ст. 131.

[2] Флейшиц Е. А. Обязательства из причинения вреда и из неосновательного обогащения. М. : Гос-ое изд-во юрид. лит., 1951. С. 7.

[3] Калмыков Ю.Х. Вопросы применения гражданско-правовых норм. Саратов : Изд–во Саратовского университета, 1976. С. 15.

[4] Маслов В. Ф. Обязательства из причинения вреда : учеб. пособие. Харьк. юрид. ин–т. Харьков : [б. и.], 1961. С. 6.

[5] Попондопуло В. Ф. Динамика обязательственного правоотношения и гражданско-правовая ответственность : монографія. Владивосток : Изд–во Дальневосточного унив–та, 1985. С. 18-19.

На думку О. О. Красавчикова, абсолютні цивільні правовідносини виникають тоді, коли одній уповноваженій особі протиставляється необмежене коло зобов'язаних осіб. При цьому таким правовідносинам властивою є ознака про те, що суб'єктивне право — це, насамперед, міра, що визначає межі (форми) поведінки самої уповноваженої особи, а обов'язок полягає у необхідності утриматися від вчинення дій, що порушують таке право[1].

О. І. Харитонова та Є. О. Харитонов пояснюють порушення абсолютних правовідносин як не виконання зобов'язаною особою покладеного на неї абсолютного обов'язку пасивного типу, що породжує абсолютне право конкретної уповноваженої особи[2]. Така обставина виявляється через порушення заборон: «діяльність фізичних та юридичних осіб не може порушувати особисті немайнові права» (ч. 3 ст. 273 ЦК України); «фізична особа не може бути позбавлена життя» (ч. 2 ст. 281 ЦК України); «забороняються будь-які форми фізичного чи психічного тиску на фізичну особу...вчинення дій, що порушують право на свободу» (ч. 2 ст. 288 ЦК України); «фізична особа не може бути піддана катуванню, жорстокому, нелюдському або такому, що принижує її гідність, поводженню чи покаранню» (ч. 2 ст. 289 ЦК України); «право власності є непорушним. Ніхто не може бути протиправно позбавлений цього права чи обмежений у його здійсненні» (ч. 1 ст. 321 ЦК України»). Тобто, як зазначав Рене Саватьє, на кожну людину покладається загальний обов'язок не вчиняти жодних дій, що завдають шкоди іншим, крім тих виняткових випадків, коли її поведінка може бути виправдана законом, як здійснення прав[3].

Вказана ознака цивільно-правової відповідальності за завдання шкоди наглядно виявляється у разі вчинення ТА, яким завжди порушуються права (абсолютні) необмеженого кола осіб, а не права (відносні) конкретних осіб як учасників договірних правовідносин. При цьому порушення абсолютного суб'єктивного права пов'язано із завданням носію такого права майнової шкоди у розумінні зменшення його майнової сфери[4].

По-п'яте, цивільне зобов'язання із відшкодування шкоди, завданої ТА породжує обов'язок із відшкодування шкоди, що є заходом цивільно-правової відповідальності. Таке цивільно-правове зобов'язання є новим для суб'єкта відповідальності та потерпілої особи, оскільки виникає вперше (до моменту

[1] Советское гражданское право : учебник : в 2 т. / Т. И. Илларионова [и др.] ; под ред. О. А. Красавчикова. М. : Высш. шк., 1985. Т. 1. С. 82.

[2] Харитонов Є. О., Харитонова О. І. Цивільні правовідносини : навчальний посібник. К. : Істина, 2008. С. 286.

[3] Саватье Р. Теория обязательств. Юридический и экономический очерк. / пер. с франц. Р. О. Халфиной. М. : Изд–во «Прогресс», 1972. С. 335.

[4] Смирнов В. Т., Собчак А. А. Общее учение о деликтных обязательствах в советском гражданском праве : учебное пособие. Л. : Изд–во ЛГУ, 1983. С. 27.

завдання шкоди сторони щодо можливості її завдання не перебували у цивільних правовідносинах). Наприклад, внаслідок завдання шкоди вчиненням ТА для потерпілого виникає нове право вимоги про відшкодування шкоди, а для боржника новий обов'язок щодо відшкодування шкоди. Тобто, як зазначала Д. В. Боброва, деліктна відповідальність — це завжди новий юридичний обов'язок, який покладається на правопорушника замість невиконаного[1].

По-шосте, правове регулювання зобов'язань із відшкодування шкоди, завданої ТА здійснюється виключно імперативними нормами, закріпленими у ЗУ про БзТ та главі 82 ЦК України. Тобто законодавець не наділяє учасників зобов'язання правом урегулювати відносини щодо відшкодування шкоди у договірній формі, як це характерно для договірної відповідальності (ч.ч. 2–3 ст. 6 ЦК України).

По-сьоме, відповідно до глави 82 ЦК України заходами цивільно-правової відповідальності за завдання шкоди є відшкодування майнової та моральної шкоди. Вказівка на такі заходи закріплена у ст. 19 ЗУ про БзТ. Вони застосовуються для того, щоб усунути негативні майнові наслідки правопорушення, відновити майнову сферу потерпілого у попередній стан на компенсаційній підставі, тобто шляхом повного відшкодування шкоди[2]. При цьому такі заходи цивільно-правової відповідальності повинні застосовуватися з дотриманням принципу повного відшкодування шкоди, що становить межу відшкодування шкоди[3].

Таким чином, цивільно-правова відповідальність за шкоду, завдану ТА є різновидом цивільно-правової, зокрема деліктної відповідальності, тому володіє всіма їй характерними ознаками: 1) підставою виникнення є цивільне правопорушення, пов'язане із завданням шкоди; 2) умовами виникнення є завдання шкоди, протиправна поведінка завдавача шкоди, причинно-наслідковий зв'язок між шкодою і протиправною поведінкою, вина; 3) до моменту завдання шкоди потерпілий і завдавач шкоди не знаходились у цивільних правовідносинах; 4) це завжди новий юридичний обов'язок, який покладається на правопорушника замість невиконаного (через порушення заборон); 5) виникають при порушенні абсолютного права потерпілого; 6) відносини регулюються імперативними нормами; 7) заходами відповідальності є відшкодування майнової та моральної шкоди.

[1] Боброва Д. В. Зобов'язання із заподіяння шкоди. Цивільне право України: підручник: у 2 кн. / Д. В. Боброва [та ін.]; за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової. К.: Юрінком Інтер, 2002. Кн. 2. С. 510.

[2] Смирнов В. Т., Собчак А. А. Общее учение о деликтных обязательствах в советском гражданском праве: учебное пособие. Л.: Изд–во ЛГУ, 1983. С. 27.

[3] Новицкий И. Б., Л. А. Лунц. Общее учение об обязательстве. М.: Юриздат, 1950. С. 375.

Для цивільно-правової відповідальності за шкоду, завдану ТА визначальною є категорія «терористичний акт», яка споріднена з поняттям «тероризм». Тероризм є словом іншомовного походження, походить від латинського слова «*terror*» та французького «*terrorisme*», що означає страх, жах[1].

У великому тлумачному словнику сучасної української мови тероризм пояснюється як «здійснюється, застосування терору», тобто «найгострішої форми боротьби проти політичних і класових супротивників із застосуванням насильства аж до фізичного знищення; з надмірною жорстокістю стосовно до кого-небудь; залякуванням»[2]. Тобто тероризм має переслідувати політичну та класову мету, а також здійснюватися насильницькими способами.

У тлумачному словнику юридичних термінів також вказується, що метою тероризму є досягнення певних політичних цілей окремими рухами та угрупуваннями. Деталізуються способи здійснення тероризму: «переслідування, мордування і вбивства політичних діячів, службовців, бізнесменів та заручників»[3]. При цьому способи завжди розглядаються науковцями як кримінально-правове явище, що є злочином[4]. Таким чином, у словниках ТА характеризується метою та способами здійснення, а також через кваліфікацію правопорушення.

Подібний підхід спостерігається у законодавстві та науково-практичній літературі, де головною ознакою дії, як ТА, є кваліфікація її «злочином». Так, у ЗУ про БзТ тероризм визначається як «суспільно небезпечна діяльність, яка полягає у свідомому, цілеспрямованому застосуванні насильства шляхом захоплення заручників, підпалів, убивств, тортур, залякування населення та органів влади або вчинення інших посягань на життя чи здоров'я ні в чому не винних людей або погрози вчинення злочинних дій з метою досягнення злочинних цілей» (ч.1 ст.1). У цьому визначенні не вказується на політичну та класову мету вчинення таких злочинних дій.

Подібний підхід спостерігаємо у Європейській конвенції про боротьбу з тероризмом, де закріплено перелік ТА, які не можна розглядати як «політичний злочин або як злочин, пов'язаний з політичним злочином, або як злочин, вчинений з політичних мотивів» (ст.1)[5]. Це зроблено з метою видачі право-

[1] Юридична енциклопедія : в 6 т. / редкол. : Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) [та ін.] К. : «Укр. енцикл.», 1998. Т. 6 : Т – Я. 2004. С. 47.

[2] Великий тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. К. : Ірпінь : ВТФ «Перун», 2004. С. 1243.

[3] Юридичні терміни. Тлумачний словник / В. Г. Гончаренко [та ін.]; за ред. В. Г. Гончаренка. 2-ге вид., стереотипне. К. : Либідь, 2004. С. 270.

[4] Юридична енциклопедія : в 6 т. / редкол. : Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) [та ін.] К. : «Укр. енцикл.», 1998. Т. 6 : Т-Я. 2004. С. 47; Юридичні терміни. Тлумачний словник / В. Г. Гончаренко [та ін.]; за ред. В. Г. Гончаренка. 2-ге вид., стереотипне. К. : Либідь, 2004. С. 270.

[5] Європейська конвенція про боротьбу з тероризмом (ETS № 90) від 27.01.1977 р. Конвенцію ратифіковано Законом № 2990-III від 17.01.2002 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_331

порушників державами-членами Ради Європи, які підписали цю Конвенцію, щоб злочинці не уникнули переслідування та покарання. Слід зазначити, що Європейська конвенція надає можливість договірним державам визнавати ТА тяжкі злочини проти життя, фізичної недоторканості або свободи особам, пов'язані з актом насильства, а також проти власності, якщо ці дії створюють колективну загрозу групі осіб, але не передбачені статтею першою (ч.1, 2 ст. 2)[1].

Така законодавча позиція, на думку В. Н. Кубальського, призводить до того, що поняття «тероризм» «може охоплювати собою і діяння, які не є за своєю суттю тероризмом»[2]. Тобто законодавець тлумачить «тероризм» занадто широко з чим погодитися не можна. Водночас, розкриваючи сутність поняття «терористичний акт», ЗУ про БзТ відсилає до КК України, де вже вказується на політичні, релігійні чи інші погляди терориста: «Терористичний акт — це злочинне діяння у формі застосування зброї, вчинення вибуху, підпалу чи інших дій, відповідальність за які передбачена ст. 258 КК України» (ч.1 ст.1)[3].

У ст. 258 КК України поняття ТА визначається через мету та способи здійснення злочинної діяльності. Так, метою є «порушення громадської безпеки, залякування населення, провокації воєнного конфлікту, міжнародного ускладнення або з метою впливу на прийняття рішень чи вчинення або невчинення дій органами державної влади чи органами місцевого самоврядування, службовими особами цих органів, об'єднаннями громадян, юридичними особами, або привернення уваги громадськості до певних політичних, релігійних чи інших поглядів винного (терориста)» (ст. 258 КК України)[4]. ТА здійснюється такими способами: «застосування зброї, вчинення вибуху, підпалу чи інших дій, які створювали небезпеку для життя чи здоров'я людини або заподіяння значної майнової шкоди чи настання інших тяжких наслідків»; «погроз вчинення зазначених дій з тією самою метою» (ст. 258 КК України)[5].

У юридичній літературі визначення поняття «тероризм» різняться позиціями щодо вказівки чи її відсутністю на політичну, релігійну та іншу мету діяльності терориста. На думку В. П. Ємельянова, «з терористичної діяльності необхідно назавжди зняти політичний ореол і визначити її відповідне місце серед звичайних кримінально-караних діянь»[6].

[1] Європейська конвенція про боротьбу з тероризмом (ETS № 90) від 27.01.1977 р. Конвенцію ратифіковано Законом № 2990-III від 17.01.2002 р. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_331

[2] Кубальський В. Н. Кримінально-правові проблеми протидії тероризму в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. К., 2007. С. 9.

[3] Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 р. № 2341-III. *Відомості Верховної Ради України.* 2001. № 25–26. Ст. 131; Про боротьбу з терроризмом : Закон України від 20.03.2003 р. № 638-IV. Відомості Верховної Ради України. 2003. № 25. Ст. 180.

[4] Кримінальний кодекс України. Там само.

[5] Кримінальний кодекс України. Там само.

[6] Емельянов В. П., Глушков В. А. Террор и терроризм: соотношение и разграничение. *Форум права.* 2011. № 4. С. 110-111.

Вказує на обов'язкову політичну мету тероризму В. Н. Кубальський, на думку якого, тероризм «охоплює собою ідеологію, організаційну структуру і суспільно небезпечну діяльність, що полягає у вчиненні чи погрозі вчинення терористичних злочинів, спрямованих на залякування населення і вчинених з метою здійснення впливу на прийняття рішень органами державної влади або міжнародними організаціями»[1]. Подібні міркування висловлюють й П. Д. Біленчук, В. В. Кравчук, О. В. Кравчук, В. М. Кулик, які тероризм розглядають як політичне, соціальне, економічне, інформаційне та інше насильство[2]. На думку О. В. Шамари, наявною повинна бути політична мотивація цілей терористів, оскільки тероризм спрямований на досягнення політичної мети, на послаблення політичних супротивників, зміцнення власних політичних позицій[3].

Вбачає тісний зв'язок тероризму з політикою І. Р. Серкевич, яка зазначає, що «він, як правило, має політичну мету і ґрунтується на політичних мотивах»[4]. При цьому вона пропонує розуміти тероризм як «передбачені нормами міжнародного та (чи) національного законодавства суспільно небезпечні діяння, що полягають у створенні умов, сприянні чи безпосередньому свідомому, цілеспрямованому застосуванні насильства або створенні реальної загрози його застосування з метою спонукання, шляхом залякування, політичних суб'єктів відповідної держави чи міжнародних суб'єктів до зміни їхньої діяльності як умови їх припинення (невчинення)»[5].

Слід зазначити, що за радянським правом ТА визнавалося посягання на життя чи інша форма насильства над державними або громадянськими діячами, що вчинялося з політичною метою, тобто для впливу на політику тієї чи іншої держави[6]. При цьому ТА розглядався як один із найбільш небезпечних державних злочинів за які встановлювалися найбільш суворі заходи покарання[7].

Після законодавчого та доктринального тлумачення правової сутності тероризму слід з'ясувати його характерні ознаки.

[1] Кубальський В. Н. Там само. С. 5.

[2] Біленчук П. Д., Кравчук В. В., Кравчук О. В., Кулик В. М. Сучасний тероризм : світові, вітчизняні та регіональні тенденції. Навчальний посібник : Хмельницький : ХмЦНТЕІ, 2008. С. 16.

[3] Шамара О. В. Відповідальність за здійснення терористичної діяльності за кримінальним законодавством України. К. : Вид–ий дім «Артек». С. 42.

[4] Серкевич І. Р. Кримінологічні детермінанти та кримінально-правова протидія тероризму : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Львів, 2015. С. 9.

[5] Серкевич І. Р. Там само. С. 6.

[6] Большая советская энциклопедия : в 30 т. / под ред. А. М. Прохорова. М. : «Советская энциклопедия», 1976. Т. 25 : «Струнино-Тихорецк». С. 509-510.

[7] Большая советская энциклопедия. Там само. С. 509-510.

РОЗДІЛ 3

Тероризм є соціальним явищем, яке постійно розвивається і змінюється разом із суспільством. Це зумовлено постійним розвитком суспільства, а також тими процесами, які відбуваються в ньому. При цьому сутність тероризму залишається сталою, а змінюються лише види терористичних дій та засоби їх прояву. Наприклад, перехід на методи електронного управління технологічними процесами у мережі «Інтернет» призвів до появи такого виду тероризму як кібертероризм, тобто «втручання в роботу компонентів телекомунікаційних мереж, які функціонують в середовищі комп'ютерних програм чи несанкціонована модифікація комп'ютерних даних, що викликає дезорганізацію роботи критично важливих елементів інфраструктури держави і створює небезпеку загибелі людей, спричинює настання значної майнової шкоди чи інших суспільно небезпечних наслідків»[1].

На соціальну складову тероризму неодноразово вказували науковці. На думку В.О.Коршунова, «сьогодні терористичні акти розраховані, в першу чергу, не на завдання матеріальних збитків і загрозу життю й здоров'ю людей, а на спричинення інформаційно-психологічного шоку, вплив якого на населення створює сприятливу ситуацію для досягнення терористами своїх цілей»[2].

Слід зазначити, що тероризм має свою соціальну ціну, яку платить суспільство за його існування. Така ситуація зумовлена тим, що притягнути терористів до відповідальності за завдану шкоду досить таки складно, тому такий тягар, як правило, несе держава чи безпосередньо потерпіле населення.

Тероризм суттєво впливає на найважливіші соціальні процеси — політичні, релігійні, економічні, правові та інші. При цьому терористичні дії вчиняються з певною метою: політичною, економічною, релігійною, військовою, правовою та іншою. Тобто тероризм становить складне соціальне явище, що виникло з певною метою.

Відмінною особливістю тероризму є те, що він проявляється через застосування насильства однієї особи чи групи осіб до інших, тобто різних форм примусу (силових методів, зброї або психологічного тиску[3]. Як зазначає В.О.Коршунов, «найбільш характерні ознаки сучасного тероризму полягають у свідомому застосуванні насильства, залякуванні, вчиненні інших посягань на життя і здоров'я людей, вчиненні значної матеріальної шкоди чи настання

[1] Голубєв В. Кібертероризм – загроза національній безпеці та інтересам України. *Юридический журнал*. 2004. № 1. С. 132.

[2] Коршунов В. О. Політичний тероризм: інформаційні методи боротьби: автореф. дис. ... канд. політ. наук : 23.00.02. Дніпропетровськ, 2008. С. 5.

[3] Большая советская энциклопедия : в 30 т. / под ред. А. М. Прохорова. М. : «Советская энциклопедия», 1974. Т. 17 : «Моршин-Никиш». С. 297.

інших суспільно небезпечних наслідків, а також широкого поширення інформації про хід та результати терактів, або про намір їх вчинення»[1].

Тероризмом є організоване насильство, оскільки реалізації ТА передує його планування, організація, підготовка. При цьому «сучасна терористична війна ведеться не країною, державою, а терористичною організацією, хоч не рідко при підтримці держави, в якій вона відкрито не бере участі»[2].

Сучасний тероризм є виявом політичної, релігійної, класової та іншої мети в національних і в міжнародних масштабах. При цьому він є тактикою боротьби суб'єктів політики, релігії, які використовують тероризм як найбільш дешевий засіб вирішення політико-фінансових інтересів, тобто вирішення суспільних проблем за допомогою насильницьких методів. Така мета досягається через поширення страху в суспільстві, залякування певних осіб чи населення загалом[3].

Тероризм виявляється у вигляді здійснення терористичної діяльності, що становить злочинне діяння. Відповідно до ЗУ про БзТ терористична діяльність може здійснюватися різними способами: 1) реалізації ТА; 2) плануванні, організації ТА; 3) підбурювання до вчинення ТА; 4) організація терористичних угрупувань; 5) вербування, озброєння, підготовка та використання терористів; 6) пропаганда і поширення ідеології тероризму; 7) фінансування тероризму (ч.1 ст.1)[4].

Сучасний тероризм характеризується використанням суїциду (терористи-смертники), біотехнологій, інформаційної технології (інформаційна війна), сучасних засобів озброєння і зв'язку, гібридної війни, транслітерації залякування, кібертероризм тощо. Слід зазначити, що законодавець виділяє технологічний тероризм як окремий вид тероризму (ч.1 ст.1 ЗУ про БзТ). Така ситуація спричиняє підвищену вірогідність настання шкідливих наслідків або завдання істотної шкоди.

Таким чином, тероризм характеризують такі ознаки: 1) організоване насильство; 2) метою є досягнення політичних, релігійних, економічних, військових чи інших цілей; 3) проявляється у формі здійснення терористичної діяльності, що має ознаки злочину; 4) створення загрози або завдання істотної майнової шкоди, або інших тяжких наслідків.

[1] Коршунов В. О. Там само. С. 23.

[2] Біленчук П. Д., Кравчук В. В., Кравчук О. В., Кулик В. М. Сучасний тероризм : світові, вітчизняні та регіональні тенденції. Навчальний посібник : Хмельницький : ХмЦНТЕІ, 2008. С. 15.

[3] Серкевич І. Р. Кримінологічні детермінанти та кримінально-правова протидія тероризму : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Львів, 2015. С. 9.

[4] Про боротьбу з терроризмом : Закон України від 20.03.2003 р. № 638-IV. *Відомості Верховної Ради України.* 2003. № 25. Ст. 180.

РОЗДІЛ 3

ТА становить один із видів терористичної діяльності. Водночас, як зазначає І. Р. Серкевич, «терористичний акт» є «центральним» злочином у КК України, а інші — це криміналізовані у виді самостійних складів злочинів різноманітні прояви співучасті у вчиненні ТА, або готування до його вчинення»[1]. ТА відрізняється від інших видів терористичної діяльності такими ознаками.

По-перше, злочинна діяльність здійснюється шляхом «застосування зброї, вчинення вибуху, підпалу чи інших дій» (ст. 258 КК України).

По-друге, породжує два види цивільних недоговірних зобов'язань: а) створення загрози завдання шкоди життю, здоров'ю людини або майну; б) завдання майнової та моральної шкоди.

У багатьох регіонах світу усе частіше вчиняються ТА. Терористичні організації застосовують будь-які види насильства для досягнення своїх цілей, створюючи загрозу при цьому державному устрою та порушуючи права людини. У зв'язку із такою загрозливою ситуацією міжнародні організації прийняли низку міжнародних документів.

Радою Європи було прийнято Європейську конвенцію про боротьбу з тероризмом (ETS № 90) від 27.01.1977 р. ратифіковану Законом України № 2990-III від 17.01.2002 р.[2].

Генеральною Асамблеєю ООН резолюцією 49/60 від 9 грудня 1994 р. було затверджено «Декларацію про заходи щодо ліквідації міжнародного тероризму». На підставі цієї Декларації державами-членами ООН було підписано Міжнародну конвенцію про боротьбу з бомбовим тероризмом від 15.12.1997 р. (Україна приєдналася 29.11.2001 р. згідно із Законом від № 2855-14) та Міжнародну конвенцію про боротьбу з фінансуванням тероризму від 09.12.1999 р. (Україна ратифікувала 12.09.2002 р. на підставі Закону № 149-15).

Правові та організаційні основи боротьби з тероризмом в Україні, крім міжнародних документів, закріплено у ЗУ про БзТ від 20.03.2003 р. № 638-IV.

До цивільно-правових засобів запобігання і протидії ТА слід віднести наступні способи захисту цивільних прав та інтересів: 1) відшкодування шкоди, завданої громадянам ТА (ч. 1 ст. 19 ЗУ про БзТ); 2) відшкодування шкоди, завданої юридичним особам ТА (ч. 2 ст. 19 ЗУ про БзТ).

Завдання шкоди, пов'язане із вчиненням ТА породжує два види цивільних правовідносин: 1) відшкодування шкоди як захід цивільно-правової відповідальності; 2) відшкодування шкоди як спосіб захисту цивільних прав та інтересів.

---

[1] Серкевич І. Р. Кримінологічні детермінанти та кримінально-правова протидія тероризму : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Львів, 2015. С. 9.

[2] Європейська конвенція про боротьбу з тероризмом (ETS № 90) від 27.01.1977 р. Конвенцію ратифіковано Законом № 2990-III від 17.01.2002 р. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_331

Перший вид цивільних правовідносин виникає у разі завдання шкоди терористом, терористичною організацією, державою-терористом іншим особам. Тобто підставою виникнення зобов'язання відшкодування шкоди у цьому випадку є правопорушення, що породжує застосування заходів цивільно-правової відповідальності. Водночас другий вид цивільних правовідносин пов'язаний із завданням шкоди вчиненням правомірних дій суб'єктами боротьби з тероризмом. При цьому потерпілими особами можуть бути безпосередньо терористи, терористичні організації, держава-терорист, а також інші особи, зокрема цивільне населення. У цьому випадку мова йде про завдання шкоди внаслідок виконання конкретними суб'єктами обов'язків щодо боротьби з тероризмом, покладених Кабінетом Міністрів України (розділ другий ЗУ про БзТ). Шкода, завдана антитерористичними діями може бути пов'язана із вчиненням дій у стані крайньої необхідності (ст. 1171 ЦК України), а також у стані необхідної оборони (ст. 1169 ЦК України). При цьому шкода, завдана іншим особам вчиненням дій суб'єктами боротьби з тероризмом кваліфікується як завдання шкоди вчиненням дій у стані крайньої необхідності (ст. 1171 ЦК України).

Якщо шкоди було завдано життю, здоров'ю, майну громадян, то вона відшкодовується державою за рахунок Державного бюджету України. При цьому держава має право стягнути суму, сплачену потерпілим від такого злочину, з осіб, якими було завдано шкоди (ст. 19 ЗУ про БзТ). Інше правило встановлено для випадків завдання шкоди юридичним особам, вчиненням ТА. Така шкода підлягає відшкодуванню лише особами, якими було її завдано (ст. 19 ЗУ про БзТ).

Вищезазначене дозволяє зробити висновок про те, що завдання шкоди внаслідок вчинення ТА породжує цивільне правопорушення, а не лише злочин. При цьому нормативне закріплення обов'язку держави по відшкодуванню шкоди сприяє активізації держави у боротьбі з тероризмом. При цьому потерпілий від ТА може реалізувати своє право на одержання відшкодування шкоди від держави лише у судовому порядку.

Особливість цивільно-правової відповідальності за шкоду, завдану ТА юридичній особі полягає у тому, що вона може застосовуватися як за примусового впливу державних органів, так і шляхом добровільного виконання вимог санкції норми права без звернення кредитора до суду. Як слушно зазначає В. О. Тархов, відповідальність виникає з матеріально-правового відношення, а не з судового рішення, тому вона може застосовуватися без звернення до державних органів[1]. На думку С. Є. Донцова, за добровільного виконання боржником зобов'язання виявляється механізм дії виховної

[1] Тархов В. А. Ответственность по советскому гражданскому праву. Саратов : Изд–во Саратовского ун–та, 1973. С. 21.

функції майнової відповідальності, оскільки він усвідомлює негативну оцінку психологічного примусу, тому відшкодовує шкоду — несе відповідальність. Лише до боржників, які не усвідомили необхідність виконання деліктного обов'язку добровільно застосовуються заходи державного примусу — відповідальність набуває іншу форму, де осуд і примус посилюються[1]. Відповідно у момент порушення чужого майнового суб'єктивного права виникає відповідальність, тобто деліквент несе відповідальність з моменту виникнення обов'язку відшкодувати шкоду[2]. Таким чином, добровільне відшкодування шкоди, завданої правопорушенням може бути спричинено загрозою застосування до боржника як державного, так і психологічного примусу внаслідок суспільного осуду. Із зазначених нами обґрунтувань не можна погодитися з висновком Р. Б. Шишки, що «до цивільно-правової відповідальності деліквент притягується на підставі рішення суду, яке вступило у стадію його примусового виконання»[3].

Цивільне законодавство дозволяє відновити майнове становище потерпілої особи, яке існувало до вчинення ТА. Таке правило передбачено у статтях 1166, 1192 ЦК України. З цією метою потерпілому надається право вибору між двома способами відшкодування шкоди, завданої майну: відшкодування шкоди в натурі (передати річ того ж роду і такої ж якості, полагодити пошкоджену річ тощо) або відшкодувати завдані збитки у повному обсязі (ч. 1 ст. 1192 ЦК України). Водночас потерпілі особи мають право вимагати відшкодування моральної шкоди (ст. ст. 1167, 1168 ЦК України).

У ч. 2 ст. 1166 ЦК України закріплено правило про те, що «особа, яка завдала шкоди, звільняється від її відшкодування, якщо вона доведе, що шкоди завдано не з її вини»[4]. До таких підстав звільнення від обов'язку відшкодування шкоди законодавством віднесено: випадок (казус), непереборну силу, умисел потерпілого (ч. 5 ст. 1187, ч. 1 ст. 1193, ч. 2 ст. 1209 ЦК України). Однак зазначені обставини не слід розглядати як підстави звільнення від обов'язку відшкодування шкоди, завданої ТА, що зумовлено злочинним характером терористичної діяльності та віднесенням ЗУ про БзТ умисної форми вини завдавача шкоди до обов'язкових ознак тероризму.

Вищезазначене дозволяє зробити висновок про те, що ТА розглядається переважно з позиції публічного права (кримінального права, криміналістики).

[1] Донцов С. Е. Основания деликтной ответственности и возмещение вреда, причиненного имуществом социалистической организации. Труды ВЮЗИ. М., 1976. Т. 45. С. 114.

[2] Донцов С. Е. Там само. С. 115.

[3] Шишка Р. Б. Цивільна відповідальність та цивільно-правова відповідальність. *Право та управління*. 2011. № 1. С. 521.

[4] Цивільний кодекс України. Там само.

Водночас ТА за правовими наслідками має значення також для цивільного права, оскільки внаслідок його вчинення створюється загроза завдання шкоди чи може бути завдано шкоду та відповідно виникає обов'язок щодо її відшкодування. Тобто ТА є міжгалузевою правовою категорією.

Відповідно ТА як цивільно-правова категорія є суспільно-небезпечним видом терористичної діяльності, що має ознаки злочину, та вчиняється шляхом здійснення організованого насильства із застосуванням зброї, вчинення вибуху, підпалу чи інших дій для досягнення політичних, релігійних, економічних, військових чи інших цілей, що створює загрозу або спричиняє завдання шкоди внаслідок чого виникає обов'язок її відшкодування суб'єктами, передбаченими законом.

Проведений аналіз чинного законодавства, що регулює відносини, пов'язані з терористичною діяльністю дозволив виділити такі спеціальні ознаки цивільно-правової відповідальності за шкоду, завдану ТА: 1) санкція за цивільне правопорушення, спрямована на захист цивільних прав та інтересів потерпілого та інших осіб, які мають право на відшкодування шкоди; 2) шкода завдається вчиненням ТА, зокрема застосуванням насильства однієї особи чи групи осіб до інших; 3) обов'язковою ознакою цивільного правопорушення є наявність кримінальної протиправності; 4) застосовується до осіб, які вчинили умисно ТА, так і до держави; 5) виявляється у виникненні для терориста, терористичного угрупування чи терористичної організації обов'язку нести негативні наслідки майнового характеру, якщо шкода завдана юридичній особі, а також у разі звернення держави зі зворотною вимогою у розмірі виплаченого відшкодування чи відшкодування інших понесених витрат, та для держави, – шкода завдана громадянину; 6) не застосовуються підстави для звільнення від відповідальності, передбачені цивільним законодавством (дія непереборної сили, умисел потерпілого, випадок); 7) якщо суб'єктом відповідальності є держава, то обов'язок відшкодувати шкоду виникає лише за рішенням суду; якщо суб'єктом відповідальності є особа, яка завдала шкоду, — у позасудовому порядку (добровільно) або за рішенням суду.

Цивільно-правова відповідальність за шкоду, завдану ТА — це санкція за цивільне правопорушення, спрямована на захист цивільних прав та інтересів потерпілого та інших осіб, які мають право на відшкодування шкоди, що застосовується у разі завдання шкоди ТА та породжує для суб'єкта відповідальності обов'язок відшкодувати майнову та моральну шкоду у повному обсязі.

РОЗДІЛ 3

3.4. Поняття, ознаки та класифікація атракціонів як джерела завдання шкоди

Відомий вираз «хліба і видовищ» був актуальний у всі часи. З появою стабільної економічної незалежності людина завжди шукала способів розвантажитись та отримати нові емоції та відчуття. Ще в середні віки з'явилася можливість «на людей подивитися і себе показати» на найпростіших атракціонах. Це були звичайні гірки та гойдалки. Передумовою виникнення атракціонів стали три більш ранні традиції: подорожі; сади для розваг; виставки. Перший парк атракціонів був побудований у Данії, неподалік міста Копенгаген, ще у 1583 році й існує до цих пір.

Сьогодні в Україні атракціони є прекрасним місцем відпочинку для мільйонів людей. Для одних це можливість відпочити в комфортній, святковій обстановці, для інших — це лише розваги, для третіх — це місце спільного сімейного відпочинку. Водночас сучасні атракціони як джерело завдання шкоди, несуть серйозну загрозу для відвідувачів, відшкодування якої на законодавчому рівні в Україні в повному обсязі не врегульовано[1].

Поняття, ознаки та класифікація атракціонів як джерела завдання шкоди. Слово «атракціон» має французьке походження — «*attraction*» і означає «такий, що притягує (приваблює)»[2]. В українській мові слово «атракціон» трактується в двох розуміннях: 1) номер у цирковій або естрадній програмі, що привертає увагу глядачів своєю ефектністю, незвичайністю; 2) розваги в місцях відпочинку: карусель, гойдалки, тир та ін.[3].

У словнику української мови поняття «атракціон» визначається як: 1) номер у цирковій або естрадній програмі, що привертає увагу глядачів своєю ефектністю, незвичайністю; 2) розваги в місцях відпочинку: карусель, гойдалка, тир та ін.[4]. У свою чергу, естрада тлумачиться як сцена для виступів акторів, музикантів, співаків, промовців та ін.[5]. На порталі української мови та культури «*Словник.ua*», поняття «цирк» тлумачиться у кількох значеннях: 1) місце, арена для кінних змагань, а пізніше — боїв гладіаторів та інших

[1] Бабійчук В. М. Зобов'язання з відшкодування шкоди, завданої атракціонами : дис. ... доктора філософії зі спеціальності 081 Право. Хмельницький, 2023. С. 17-18, 26-41.

[2] Словник іншомовних слів / за ред.. члена – кореспондента АН УРСР О. С. Мельничука. Київ, 1974. С. 109.

[3] Великий тлумачний словник сучасної української мови : 250000 / уклад. та голов. ред. В. Т. Бусел. Київ; Ірпінь: Перун, 2005. С. 44.

[4] Словник української мови online. Томи 1 – 12. URL : https://services.ulif.org.ua/expl/Entry/index?wordid=1845&page=83

[5] Словник української мови online. Там само.

видовищ; 2) вид театрального мистецтва, який включає акробатику, еквілібристику, жонглювання, клоунаду, дресирування тварин та ін.; 3) заклад, який влаштовує вистави цього виду мистецтва[1].

У словнику Вебстера слово «атракціон» або «*attraction*» розглядається як сила, що приваблює або призначена для залучення людей, звертаючись до їхніх бажань та смаків. Тому ми спробували віднайти значення синонімічного слова «*amusement park*», що означає парк розваг і тлумачиться як комерційний парк, що має різні пристрої для розваг (наприклад, карусель та американські гірки) та зазвичай кіоски для продажу їжі та напоїв[2].

Таким чином, опрацювавши тлумачення атракціону, викладене в різних словниках, виділимо спільні для всіх визначень його ознаки, якими є: 1) мета діяльності — розвага відвідувачів; 2) місце діяльності — спеціально відведений парк, сцена або інше облаштоване приміщення; 3) пов'язаний із особливими об'єктами матеріального світу та/або учасниками.

Чинне законодавство України дає визначення поняттю «атракціон» у Правилах будови і безпечної експлуатації атракціонної техніки затвердженими наказом Міністерства України з питань надзвичайних ситуацій та у справах захисту населення від наслідків Чорнобильської катастрофи від 01 березня 2006 р. № 110, як пристрій або комбінація пристроїв, які пересувають або спрямовують відвідувача (відвідувачів) заданою траєкторією або в певній зоні з метою розваги, або інші пристрої, використовувані в місцях дозвілля населення для розваги й активного відпочинку[3].

Із зазначеного визначення виділимо такі ознаки атракціону: 1) це об'єкт матеріального світу (пристрій або комбінація пристроїв); 2) мета діяльності — розвага відвідувачів; 3) місце діяльності — місця дозвілля населення; 4) наявність певної енергії, яка спрямовує або пересуває відвідувача заданою траєкторією або в певній зоні. Тобто законодавець уже виокремлює обов'язковою ознакою атракціону вказівку на «наявність певної енергії».

Зупинимось детальніше на виділених нами ознаках.

Першою спеціальною ознакою є те, що атракціон — це об'єкт матеріального світу. Особливістю такого об'єкта є те, що атракціон піддається характерній видозміні властивостей звичайних речей матеріального світу. За такої видозміни можливі декілька сценаріїв: 1) раніше абсолютно безпечна річ набуває

[1] Словник української мови online. Там само.

[2] Webster's new World dictionary of the American language. 2 nd college. – Wash., 1972. URL : https://www.merriam–webster.com/dictionary/amusement%20park

[3] Про затвердження Правил будови і безпечної експлуатації атракціонної техніки: Наказ Міністерства України з питань надзвичайних ситуацій та у справах захисту населення від наслідків Чорнобильської катастрофи № 110 від 1 березня 2006 року. URL : https://ips.ligazakon.net/document/RE12279?an=1

потенційно небезпечних властивостей (наприклад, вагонетка рухомого потягу «американських гірок»); 2) об'єкт, який раніше не використовувався для розваг, починають використовувати і він несе в собі нові небезпеки (атракціони з використанням тварин); 3) коли недостатньо вивчені об'єкти зараховують до категорії безпечних, але згодом виявляється їхня потенційна небезпека (наприклад, атракціони віртуальної реальності).

Другою ознакою є «мета діяльності», що означає розвагу відвідувачів. Тобто в діяльності атракціонів використовуються не будь-який матеріальний об'єкт, а розважальний. Визначення розважального об'єкта законодавство нам не дає. Тож варто дослідити, які саме об'єкти можуть використовуватись у діяльності атракціонів.

Основна характеристика такого об'єкта — це забезпечення розважального ефекту. У пункті 2.1. Правил будови і безпечної експлуатації атракціонної техніки наведено перелік різних видів атракціонів та розкрито їхню сутність[1]. Опрацювавши ці визначення, ми можемо виділити ефекти, за допомогою яких досягається розвага відвідувачів: 1) видовий ефект; 2) гра або діяльне заняття; 3) ефект різкого переміщення; 4) ефект сили тяжіння; 5) ефект використання води; 6) ефект використання повітря; 7) ефект використання води та повітря; 8) ефект ковзання. Крім того, слід доповнити зазначені види ефектів ще двома: ефектом віртуальної і доданої реальності та ефектом взаємодії з тваринами. Тобто в діяльності атракціону використовують не будь-який об'єкт, а лише той, який очевидно несе розважальний ефект.

Варто зауважити на етимологічне значення поняття «розважальний ефект», «розвага». У великому тлумачному словнику розвага визначена, як «те, що розвеселяє, розважає людину, піднімає настрій»[2]. Іноземний словник *Webster* визначає розвагу, як потіху, що відволікає або залучає та надається виконавцями (*by performers*)[3]. Оксфордський словник англійської мови пропонує одне з визначень розваги, як акт надання людям того, хто зацікавить їх або розсмішить[4].

Узагальнюючи наведені вище тлумачення, можна визначити розважальний ефект, як стан відвідувача у вигляді задоволення та веселощів.

Третя ознака — місце діяльності. З досліджених нами визначень місцем діяльності визначено сцену, спеціально відведений парк, інші облаштовані

[1] Про затвердження Правил будови і безпечної експлуатації атракціонної техніки. Там само.

[2] Великий тлумачний словник сучасної української мови : 250000 / уклад. та голов. ред. В. Т. Бусел. Київ; Ірпінь: Перун, 2005. С. 1233.

[3] Webster's new World dictionary of the American language. 2 nd college. – Wash., 1972. URL : https://www.merriam–webster.com/dictionary/amusement%20park

[4] Oxford Leaner's Dictionary. URL : https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/entertainment

місця дозвілля населення. Що стосується спеціально відведених парків, Правилами будови і безпечної експлуатації атракціонної техніки, то в розділі четвертому чітко встановлено вимоги стандартів, санітарних норм, будівельних норм і правил до території діяльності атракціонних комплексів[1]. Водночас виникає питання: які місця є місцями дозвілля населення?

Великий тлумачний словник української мови визначає «місце», як певна місцевість; простір земної поверхні, зайнятий чим-небудь[2]. Водночас у літературі з соціології і культури поняття «дозвілля» визначено таким чином: «Сукупність видів діяльності, призначених для задоволення фізичних, духовних та соціальних потреб людей у вільний час».

На думку Н. М. Цимбалюк, «провідною функцією дозвілля залишається рекреаційно-гедоністична, яка задовольняє потреби людей у відпочинку та насолоді. Соціальним призначенням цієї функції стає зняття втоми і нервової напруги, забезпечення фізичної розрядки, відтворення людини як робочої сили та активнодіючого члена соціуму»[3].

«Послуги дозвілля, як вказує Н. Р. Іванченко, — це результат діяльності підприємств та підприємців, що надають все необхідне в процесі культурного, спортивного, розважального і оздоровчого відпочинку споживачеві як у вигляді товару, так і у вигляді діяльності. Варто зазначити, що послугам дозвілля притаманна така специфічна риса, як позитивне емоційне навантаження, яке споживачі бажають отримати в процесі надання послуги та після її закінчення. Очевидно, що результат діяльності підприємств сфери послуг дозвілля повинен бути спрямований на задоволення емоційних потреб споживачів»[4]. Водночас вчена відзначала й парки атракціонів, як підприємства, які генерують послуги дозвілля[5].

Узагальнюючи вищеописані позиції вчених зробимо висновок, що місце дозвілля — це певна місцевість, зайнята розважальними об'єктами задля задоволення емоційних потреб споживачів.

Четвертою ознакою є наявність певної енергії, яка спрямовує або пересуває відвідувача (кінетичної, теплової, електричної, рухомих газів та ін.). При

[1] Про затвердження Правил будови і безпечної експлуатації атракціонної техніки : Наказ Міністерства України з питань надзвичайних ситуацій та у справах захисту населення від наслідків Чорнобильської катастрофи № 110 від 01 березня 2006 року. URL : https://ips.ligazakon.net/document/RE12279?an=1

[2] Великий тлумачний словник сучасної української мови : 250000 / уклад. та голов. ред. В. Т. Бусел. Київ; Ірпінь: Перун, 2005. С. 679.

[3] Цимбалюк Н. М. Інституціональна модернізація культурно-дозвіллєвої сфери в Україні : автореф. дис. ... док. соц. наук : 22.00.04. Київ. 2005. С. 28.

[4] Іванечко Н. Р. Становлення ринку послуг дозвілля в Україні: аналіз категорійного апарату. *Проблеми системного підходу в економіці.* 2011. Вип. 1. URL : http://www.nbuv.gov.ua/e–journals/PSPE/texts.html

[5] Іванечко Н. Р. Там само.

цьому енергетичним джерелом є сам атракціон, у якому енергія знаходиться у ньому в пов'язаному вигляді та при впливі на атракціон приводиться в дію. Однак при настанні певних непередбачуваних обставин зазначена енергія може провокувати негативні наслідки у вигляді завдання шкоди. Звідси випливає, що виробничою здатністю володіє саме конкретний предмет, а не інші сили, що впливають на нього.

Термін «енергія» бере свій початок з філософських трактатів Аристотеля. У філософському розумінні він уявляв енергію як діяльність та дійсність. Творчий процес, у розумінні Аристотеля, означає енергію (як процес) — енетелехія (результат, те, у що енергія переходить)[1]. Розглядаючи енергію як об'єкт сучасного навколишнього світу М. М. Кузьміна писала, що енергія «розглядається в межах двох підходів: квантової теорії та теорії хвиль. Для квантової теорії характерно виділення відмінностей електромагнітного поля від речовини, тобто енергія протиставляється матерії. Для теорії хвиль характерним є обґрунтування єдності природи речовини та поля, а також уявлення про те, що частки матерії виступають згустками поля в активному стані — сукупностями електромагнітної енергії. У цілому в природознавчих науках енергія є не об'єктом, а процесом»[2]. На нашу думу, характерною ознакою атракціону як джерела завдання шкоди, слід розглядати енергію як процес. Оскільки, як ми відзначали раніше, саме енергія стає пусковим механізмом, який розпочинає діяльність атракціону.

Варто зауважити, що на сьогодні відома чимала кількість видів енергії. Зокрема можемо назвати електричну енергію, теплову, механічну (кінетична, потенціальна), сонячну, вітрову, енергію морських хвиль, енергію людини та інше. Для досягнення завдань нашого наукового дослідження варто зупинитись на тих видах енергії, які можуть бути застосовані й застосовуються в процесі діяльності атракціонів.

Так, першим і найбільш розповсюдженим видом енергії, що приводить атракціон у дію, є електрична енергія. Кожен другий атракціон розпочинає свою роботу натиском на кнопку «старт». Таким чином, запускаються електромеханізми, які, в свою чергу, трансформують електричну енергію у кінетичну енергію руху атракціону.

Вітрова енергія є притаманною таким видам атракціонів, як: параплан, дельтаплан, мотопараплан та ін. Отже, вітрова енергія характерна розвагам, де як рушійна чи підтримуюча сила використовується рух повітряних мас та різниця у їхній температурі.

[1] Аристотель. Сочинения : в 4 т. / перевод ; вступ. статья и прим. И. Д. Рожанский. М. : Дума, 1981. Т. 3. С. 561.

[2] Кузьміна М. М. Поняття та види енергії з альтернативних джерел. *Вісник Національного університету «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого»* № 3 (14) 2013. С. 135.

Кінетична енергія практично завжди супроводжує діяльність атракціонів, наприклад, катання на «тюбінгах». Коли відвідувач перебуває на засніженій горі, сидячи на надувному засобі для катання, здається, що атракціон не володіє жодною із видів енергії. Однак, коли відвідувач починає спускатись з гори, «тюбінг» набуває кінетичної енергії руху і, залежно від швидкості спуску, може володіти підвищеною небезпекою завдання шкоди. Тобто, коли атракціон перебуває у стані спокою, він володіє потенційною енергією, яка вивільняється у кінетичну під час його руху. Теж стосується й звичайних гойдалок. Коли на них відвідувач просто сидить — енергія потенційна, як тільки відвідувача розгойдують чи він розгойдується сам, атракціон набуває кінетичної енергії руху.

Використовуючи другий закон термодинаміки, М. С. Грінберг зазначав, що важливою ознакою ДПН є його нестійкість. Від неї похідними є потужність та складність, де потужність визначає здатність ДПН завдавати істотної шкоди, а складність — його відносну надійність[1]. Тобто знову зауважимо на понятті енергії, адже саме її концентрація в атракціоні впливає на його здатність завдавати істотної шкоди відвідувачу, а складність конструкції атракціону впливатиме на його надійність, тобто ймовірність завдання шкоди.

Узгоджується наша позиція щодо виокремлення такої ознаки атракціону, як наявність внутрішньої енергії і з позицією В. М. Топорова, який виділяв таку ознаку джерела завдання шкоди, як непідконтрольність людині певних сил природної енергії, що приводять у рух ДПН[2]. Варто зазначити, що діяльність атракціону завжди відбувається під впливом зовнішньої сили, але енергії останньої незрівнянно менше, ніж власна енергія атракціону. Зовнішня сила виконує роль пускового пристрою, імпульсу, що приводить у рух весь механізм. При цьому відбувається процес так званого лавинного типу, коли зміна положення одного елемента системи призводить у рух всю систему складових елементів з вивільненням великої кількості енергії.

Небезпека того чи того атракціону визначається через можливість регулювання особою ступеня реалізації корисних властивостей об'єкта щодо його впливу на відвідувачів, їхнє майно та третіх осіб, що наштовхує нас на думку про те, що ознака наявності енергії в атракціоні та її концентрація може бути кваліфікуючою для визначення безпеки атракціону.

Водночас енергія може виявлятись як у можливості механізмів розвивати значну швидкість, можливості тварин високо стрибати чи завдавати потужного удару лапою (у випадку ведмедів) чи хвостом (у випадку крокодилів), так

[1] Гринберг М. С. Преступления против общественной безопасности : учеб. пособие. Свердловск : Свердл. юрид. ин-т. 1974. С. 33.

[2] Топоров Н. В. Источник повышенной опасности. *Рабочий суд.* 1926. № 19. С. 1175

і у внутрішній енергії гойдалки, що перебуває в спокійному стані, доки її не розгойдати до значної висоти.

Враховуючи викладене, ми переконані, що ознака наявності енергії, що переміщує відвідувача заданою траєкторією, є кваліфікуючою, тобто такою, що здатна відмежувати звичайний атракціон від атракціону, що несе підвищену небезпеку завдання шкоди. Така енергія може бути як природна (електрична, теплова, вітрова тощо), так і енергія людини, тобто енергія на трудову (фізичну) діяльність[1] (наприклад, атракціон «Банджі джампінг», де для старту атракціону відвідувач використовує власну енергію на фізичну діяльність, яка після стрибка конвертується у кінетичну енергію руху атракціону). Водночас таке переміщення може бути як фізичне, так і віртуальне, яке сприймається нашим мозком та органами чуття як фізичне (діяльність віртуальних атракціонів).

Отже, на відміну від наявного визначення атракціону, яке ми пропонуємо розуміти як «атракціонна техніка», де його розглядають як пристрій, що пересуває відвідувача заданою траєкторією або в певній зоні з метою розваги, ми пропонуємо значно ширше розглянути це визначення, не обмежуючись поняттям «пристрій», оскільки, як ми зауважимо, окрім пристрою, атракціоном може бути розвага з дикими тваринами, водні розваги, використання віртуальної реальності та інше. Натомість ми пропонуємо розглядати атракціон як діяльність, де використовують об'єкти для розваг відвідувачів. Водночас пропонуємо зазначити про приналежність цих об'єктів конкретним учасникам цивільних правовідносин, що в майбутньому дасть змогу визначити суб'єкта відповідальності за завдання шкоди. Крім того, до визначення атракціону вважаємо за необхідне додати і його основні характерні ознаки як джерела завдання шкоди, а саме: наявність концентрованої внутрішньої енергії, неможливість повного його контролю, потенційна можливість завдання шкоди та підвищена небезпека.

Наша позиція пояснюється тим, що Постановою Кабінету Міністрів України «Про затвердження Порядку видачі дозволів на виконання робіт підвищеної небезпеки та на експлуатацію (застосування) машин, механізмів, устаткування підвищеної небезпеки» затверджено Перелік машин, механізмів, устаткування підвищеної небезпеки, що експлуатуються (застосовуються) на підставі декларації відповідності матеріально-технічної бази вимогам законодавства з питань охорони праці, де у третьому пункті зазначено:

[1] Енергетичний баланс організму. Вільна енциклопедія «Вікіпедія». URL : https://uk.wikipedia.org/wiki/%D0%95%D0%BD%D0%B5%D1%80%D0%B3%D0%B5%D1%82%D0%B8%D1%87%D0%BD%D0%B8%D0%B9_%D0%B1%D0%B0%D0%BB%D0%B0%D0%BD%D1%81_%D0%BE%D1%80%D0%B3%D0%B0%D0%BD%D1%96%D0%B7%D0%BC%D1%83 (дата звернення 20.08.2021 року)

«Атракціони підвищеної небезпеки (стаціонарні, пересувні та мобільні)»[1]. Це означає, що в наказі виділено в окрему категорію поняття «атракціон підвищеної небезпеки». З такого визначення робимо висновок, що законодавець зайняв позицію про наділення атракціону ознаками ДПН. Відповідно виникає запитання: чи можна віднести атракціон, зокрема атракціон підвищеної небезпеки, до ДПН? Для відповіді на це запитання слід охарактеризувати поняття ДПН та його ознаки.

Вищезазначена характеристика атракціонів дозволяє нам запропонувати авторське визначення атракціону як джерела завдання шкоди. *Атракціон – це правомірна діяльність фізичної та юридичної особи (організатор атракціону) для задоволення потреб фізичних осіб (відвідувачів атракціону) в розвагах, що пов'язана з розважальними матеріальними об'єктами, які можуть бути наділені концентрованою внутрішньою енергією (атракціон підвищеної небезпеки), а також за відсутності такої енергії (звичайний атракціон)*[2].

ЦК України визначено ДПН як діяльність, пов'язана з використанням, зберіганням або утриманням транспортних засобів, механізмів та обладнання, використанням, зберіганням хімічних, радіоактивних, вибухо- і вогненебезпечних та інших речовин, утриманням диких звірів, службових собак та собак бійцівських порід тощо, що створює підвищену небезпеку для особи, яка цю діяльність здійснює, та інших осіб[3]. З аналізу ст. 1187 ЦК України розуміємо, що під діяльністю мається на увазі певний процес, поступові, цілеспрямовані, правомірні дії, які здійснює особа. Тобто сама по собі діяльність, пов'язана з ДПН, є правомірною, а неправомірним є лише завдання шкоди в процесі її здійснення, яке, у свою чергу, є більше небажаним винятком, аніж правилом.

ЦК України наводить орієнтовний перелік ДПН. Проаналізувавши зазначену норму, розуміємо, що вказаний перелік може бути доповнений іншими видами джерел, зокрема й атракціонами. Наша теза узгоджується і з Постановою Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ «Про деякі питання застосування судами законодавства при вирішенні спорів про відшкодування шкоди, завданої джерелом підвищеної небезпеки» № 4 від 01.03.2013 року, де в абзаці другому статті 5 вказано, що, оскільки зазначена норма (ст.1187 ЦК України) не містить вичерпного переліку видів ДПН (видів підвищеної небезпечної діяльності),

[1] Про затвердження Порядку видачі дозволів на виконання робіт підвищеної небезпеки та на експлуатацію (застосування) машин, механізмів, устаткування підвищеної небезпеки : Постанова Кабінету Міністрів України № 1107 від 26.10.2011 року. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1107-2011-%D0%BF#Text

[2] Бабійчук В. М. Поняття, ознаки та види атракціону як джерела завдання шкоди. *Наукові записки*. Серія : Право. 2020. Випуск 8. Спецвипуск. С. 33.

[3] Цивільний кодекс України. Там само.

суд, беручи до уваги особливі властивості предметів, речовин або інших об'єктів, що використовуються в процесі діяльності, має право визнати ДПН також й іншу діяльність. До таких властивостей слід відносити створення підвищеної ймовірності завдання шкоди через неможливість повного контролю за ними з боку людей[1].

На теоретичному рівні виділяють декілька основних концепцій ДПН: «концепція діяльності», «концепція об'єкта» та «змішана концепція (діяльності та об'єкта)»[2].

Згідно з першою концепцією під ДПН розуміється діяльність, яка, будучи пов'язана з використанням певних речей, не піддається безперервному і всеосяжному контролю людини, внаслідок чого зумовлює високий ступінь ймовірності завдання шкоди[3]. Одним із прихильників цієї концепції був Б. С. Антімонов, який відзначав, що ДПН завжди є певним видом діяльності, в будь-якому випадку це певна дія або система дій[4]. На думку К. В. Мануїлової, «найбільш сильною стороною розглянутої концепції є акцентування уваги на тому, що покладання обов'язку відшкодувати шкоду є неможливим поза зв'язком з діяльністю власника ДПН»[5]. Прихильники концепції «об'єкта», серед яких, зокрема, О. О. Красавчиков, розглядають ДПН як предмети матеріального світу, небезпечні властивості яких не піддаються повному контролю людини[6]. Тобто сам предмет, володіючи матеріальною формою, повинен визнаватися безпосереднім ДПН, незалежно від його експлуатації. Характеризуючи концепцію «об'єкта», Д. В. Боброва, Ю. В. Лесько відзначали, що в її основі покладені такі ознаки ДПН: «1) ДПН є те, що її створює; 2) матеріальний вираз ДПН слід шукати у вивченні елементів виробничих сил — знарядь і засобів виробництва; 3) знаряддя і засоби виробництва створюються людським розумом і руками. Людина використовує їх у своїй цілеспрямованій свідомій діяльності. Водночас ці предмети матеріального

[1] Про деякі питання застосування судами законодавства при вирішенні спорів про відшкодування шкоди, завданої джерелом підвищеної небезпеки : постанова Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ № 4 від 01.03.2013. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0004740-13#Text

[2] Курочка В. Л., Лашкул З. В., Посний В. Ф., Авраменко В. С., Одринський В. А., Фершал Я. Ю., Бібик І. Г. Особисте страхування. Сучасний стан добровільного медичного страхування в Україні. *Сучасні медичні технології.* Запоріжжя. № 1. 2012. С. 85.

[3] Советское гражданское право : учебник. / под ред. З. Г. Андропова, В. Г. Вердникова. М. 1987. С. 396.

[4] Антимонов Б. С. Гражданская ответственность за вред, причиненный источником повышенной опасности. М. : Госюриздат, 1952. С. 98-101.

[5] Мануїлова К. В. Поняття та характеристики джерела підвищеної небезпеки. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Сер.: Юриспруденція.* 2014. № 10 – 2. Том. 1. С. 161.

[6] Красавчиков О. А. Возмещение вреда, причиненного источником повышенной опасности. М.: Юрид. лит–ра, 1966. С. 200.

світу пов'язані з дією об'єктивних законів природи — механічних, фізичних, хімічних, біологічних, які існують поза свідомістю людини і не залежать від неї; 4) суть ДПН полягає в тому, що предмети, створені людиною, залишаються під діянням законів природи; 5) предмети (ДПН) мають специфічні особливості або властивості, які можуть шкідливо впливати на навколишнє середовище, у тому числі й на людину»[1].

Визначаючи ДПН, А.О.Собчак дійшов висновку, що ним є складні матеріальні об'єкти, підвищена шкідливість яких виявляється у відомій незалежності їхніх властивостей від людини, що спричиняє непідконтрольність їй у повному обсязі самого процесу діяльності, а це, по-перше, створює небезпеку випадкового завдання шкоди і, по-друге, впливає на обсяг і характер її завдання[2].

Згідно зі «змішаною концепцією» під ДПН розуміються предмети, речі, обладнання, що перебувають у процесі експлуатації і створюють при цьому підвищену небезпеку для оточуючих[3]. Прихильником цієї концепції була Д.В.Боброва, яка вважала, що ДПН — будь-яка діяльність, здійснення якої створює підвищену ймовірність завдання шкоди через неможливість повного контролю за нею людиною, а також діяльність з використання, транспортування, збереження предметів, речовин та інших об'єктів виробничого, господарського або іншого призначення, які мають такі самі властивості[4].

Підтримуючи позицію Д.В.Боброві, С.Д.Русу (Гринько) визначала ДПН через об'єднання положень концепцій «діяльності» та «об'єктів»[5].

ДПН Г.Л.Пендяга розкриває, як об'єкт матеріального світу, який не піддається повному контролю з боку людини, здатний завдати шкоди оточуючим у процесі ризикової діяльності (використання, зберігання, утримання ТЗ, механізмів та обладнання, використання, зберігання та виготовлення хімічних, радіоактивних, вибухо- і вогненебезпечних та інших речовин, утриманням

[1] Цивільне право України: підручник : у 2-х кн. / О. В. Дзера, Д. В. Боброва, А. С. Довгерт та ін.; за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової. К. : Юрінком Інтер. 2002. Кн. 2. С. 532; Лесько Ю.В. Відшкодування шкоди, завданої внаслідок взаємодії транспортних засобів : дис... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03. Хмельницький. 2016. С. 19-20.

[2] Собчак А. А. Гражданско-правовая ответственность за причинение вреда действием источника повышенной опасности : автореф. дис... канд. юрид. наук : спец. 12.00.03. Л. 1964. С. 8.

[3] Майданик Л. А., Сергеева Н. Ю. Материальная ответственность за повреждение здоровья. М. 1968. С. 48.

[4] Цивільне право України : підручник : у 2-х кн. / О. В. Дзера, Д. В. Боброва, А. С. Довгерт та ін.; за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової. К. : Юрінком Інтер. 2002. Кн. 2. С. 532-533.

[5] Грін О. О. Делікти в цивільному праві України : навчальний посібник. Альб. схем. Ужгород: Видавництво ФОП Бреза А.Е., 2013. С. 63-64; Цивільне право України: підручник: у 2 т. / Є. О. Харитонов, І. А. Безклубний, В. В. Луць та ін.; за ред. Є. О. Харитонова, Н. Ю. Голубєвої . Х. : ТОВ «Одіссей». 2008. Т. 2. С. 711.

диких звірів, службових собак та собак бійцівських порід тощо)[1]. Отже, вчена акцентувала увагу на зв'язку об'єкта матеріального світу який стає підвищено небезпечним тільки в процесі своєї ризикової діяльності.

Ми вважаємо, що найбільш повно поняття атракціону як джерела завдання шкоди можна визначити, використовуючи саме основоположні погляди «змішаної концепції», оскільки це дасть можливість визначати атракціон, використовуючи обидва поняття: діяльності і об'єкта, — з умовою їх взаємодії та нерозривної пов'язаності. Адже не може бути джерелом завдання шкоди для оточуючих діяльність, яка не пов'язана з певним об'єктом матеріального світу, так само як не може бути таких об'єктів матеріального світу, які визнавалися б ДПН без їхнього особливого зв'язку із діяльністю суб'єкта.

Наші міркування відповідають позиції судової практики, яка ґрунтується на обов'язковому встановленні факту завдання шкоди шляхом здійснення діяльності певного матеріального об'єкта, наприклад, рішення Кіровського районного суду м. Кіровограда від 17.02.2020 року[2], рішення Херсонського міського суду Херсонської області від 20.04.2021 року[3].

Пояснення правової природи ДПН зумовлює існування притаманних саме йому трьох визначальних ознак, а саме: виключення можливості повного, об'єктивного, всебічного контролю за виявом шкідливих властивостей певного матеріального об'єкта; ризиковість — ймовірність завдання шкоди, в тому числі можливість завдання випадкової шкоди (ДПН поєднано із виявом шкідливих властивостей матеріального об'єкта; певна шкідлива властивість ДПН здатна завдати шкоду оточуючим, у тому числі і випадково); підвищена небезпека завдання шкоди[4]. Крім того, слід додати ще дві ознаки ДПН, такі як: приналежність до об'єкта матеріального світу та перебування в процесі експлуатації (діяльності), що пояснюється нашою позицією щодо підтримання «змішаної концепції» ДПН. Отже, проаналізуємо, які з ознак ДПН характерні атракціону підвищеної небезпеки.

По-перше, відзначимо, що ДПН, як і атракціон, завжди пов'язане з матеріальним об'єктом у процесі своєї діяльності. Наприклад, залежно від форми енергії, яка перебуває в предметах матеріального світу, ДПН і атракціон може мати фізичне, теплове, електричне, хімічне, радіоактивне, біологічне,

[1] Пендяга Г. Л. Відповідальності за шкоду, заподіяну джерелом підвищеної небезпеки : дис... канд. юрид. наук. Київ, 2008. С. 27.

[2] Справа № 404/8320/18. Рішення Кіровського районного суду м. Кіровограда від 17.02.2020 р. URL : https://reyestr.court.gov.ua/Review/87907756

[3] Справа № 766/11605/20. Рішення Херсонського міського суду Херсонської області від 20.04.2021 р. URL : https://reyestr.court.gov.ua/Review/96630057

[4] Пендяга Г. Л. Відповідальності за шкоду, заподіяну джерелом підвищеної небезпеки : дис... канд. юрид. наук. Київ, 2008. С. 21.

зоологічне і навіть кіберфізичне вираження. Водночас, щоб конкретний об'єкт став ДПН, необхідно використовувати його певним чином у діяльності людей. Наприклад, атракціон «колесо огляду» в статичному стані не несе абсолютно ніякої загрози завдання шкоди. Однак, коли атракціон увімкнутий і працює здійснюючи круговий підйом відвідувачів на значну висоту над землею, у випадку раптового виходу з ладу певних частин, механізмів, порушення правил безпеки користувачами чи впливу природних обставин, здатен завдати шкоди відвідувачам шляхом їх випадання з посадочних місць чи іншої шкоди.

По-друге, неможливість здійснення повного контролю над діяльністю ДПН пояснюється тим, що в силу низки об'єктивних причин і особливих властивостей предметів людина не в змозі вільно керувати ними, направляти їхню небезпечну діяльність у безпечне русло.

Атракціон має високоефективні корисні властивості, які генеруються в автоматичному режимі з волі людини, а безконтрольний їхній вияв чи негативний вияв через порушення правил поводження або недостатньої вивченості об'єкта може породжувати потенційну небезпеку завдання випадкової шкоди. Також варто зауважити, що в деяких атракціонах сама суть їхньої природи виключає можливість повного контролю. До прикладу, атракціони з використанням тварин виключають можливість абсолютного контролю над твариною в силу наявності в неї природних інстинктів, а діяльність віртуального атракціону виключає можливість абсолютного контролю над ним у силу вже складних технічних процесів, які неможливо миттєво зупинити чи відкоригувати.

По-третє, незважаючи на вжиття всіх заходів обережності та дотримання правил техніки безпеки, існує ймовірність завдання шкоди оточуючим. Варто зазначити, що сфери, де б повністю не було можливості завдання шкоди, не існує, адже неможливо розробити абсолютно безпечний вид діяльності людини, де був би відсутній ризик завдання шкоди. На думку М. М. Великанової, ризик, як і будь-який стан, має свій певний «життєвий цикл» — він виникає, розвивається і припиняється під дією різноманітних факторів та умов. Вчена відзначає, що у процесі розвитку ризику можна виділити такі стадії: 1) сигналізування про можливість виникнення; 2) вияв ознак виникнення того чи того ризику; 3) розгортання ризику; 4) ліквідація чи мінімізація наслідків ризику або «загибель» об'єкта ризику. Науковець, характеризуючи стадію розгортання ризику, додає, що ця стадія характеризується розвитком ризику у просторі та часі. Розвиток ризику у просторі вказує на його масштаб — на яку частину системи (об'єкта ризику) поширюється стан ризику. Виявлення масштабу поширення має вагоме значення для локалізації ризику та визначення

суб'єкта управління ризиком[1]. У цьому виявляється суть ДПН, специфічність такої діяльності з властивою їй більш високою часткою ризику завдання шкоди оточуючим. Атракціон має здатність впливати на фізичні й інші матеріальні об'єкти, а також викликати в них суттєві зміни у вигляді руйнувань чи структурних зрушень або порушення в живих організмів життєво важливих функцій (смерть, каліцтво, знищення або пошкодження майна, хворобливий розлад психічної діяльності та інше).

По-четверте, підвищена небезпека. Фактично в цьому виражається підвищений ризик настання несприятливих наслідків у зв'язку з використанням того чи того об'єкта. Для експлуатації приймаються спеціальні акти, які містять правила, що передбачають найбільш безпечне та ефективне використання, і недотримання цих правил здебільшого призводить до завдання шкоди. Підвищена небезпека при цьому розглядається як об'єктивна категорія, де має місце більш високий ступінь можливості настання шкідливих наслідків, ніж той, який є за звичайної діяльності та використанні звичайних речей. Зокрема, О.С. Іоффе висловлював думку про те, що необхідно виділити спеціальний критерій для визначення ДПН[2]. Так, він вказав на те, що встановлення спеціальних правил для використання тих чи тих об'єктів цілком може виступати таким критерієм[3]. До прикладу атракціон «Американські гірки» несе підвищену небезпеку, у зв'язку із перебуванням вагонів рухомого потягу з відвідувачами на великій висоті та при великій швидкості, тоді як рух такого ж рухомого потягу по наземній площині з тією ж швидкістю пасажирам небезпеки не створить. Отже, існує фактор підвищеної небезпеки — маневри рухомого потягу на великій висоті при великій швидкості.

Таким чином, діяльність атракціонів підвищеної небезпеки, як ДПН, володіє такими ознаками:

1) атракціон є об'єктом матеріального світу, який може вважатись ДПН тільки в процесі здійснення своєї діяльності;

2) відсутність повного контролю з боку людини за діяльністю атракціону;

3) незважаючи на вжиття всіх заходів обережності і дотримання правил техніки безпеки, існує ймовірність завдання атракціоном шкоди оточуючим;

4) створення підвищеної небезпеки.

Дослідивши ознаки ДПН, які притаманні атракціону підвищеної небезпеки, робимо висновок, що атракціон підвищеної небезпеки є ДПН. Водночас не кожен атракціон є ДПН, тоді як кожен атракціон підвищеної небезпеки є атракціоном.

[1] Великанова М. М. Управління ризиком та його стадії: економіко-правовий аналіз. *Підприємництво, господарство і право*. 2017. № 12. С. 22.

[2] Иоффе О. С. Обязательственное право. М. : «Юрид. лит», 1975. С. 57.

[3] Иоффе О. С. Там само. С. 58.

Класифікація атракціонів як джерела завдання шкоди. Одним з поширених прийомів юридичної техніки, який використовують задля встановлення істини в процесі дослідження правових явищ, є класифікація. Як зазначає О. С. Адамова, класифікацію «можна розуміти як особливий метод, грамотне використання якого підвищує ефективність правового регулювання, і як особливий прийом законодавчої техніки, правильне застосування якого сприяє вдосконаленню нормативних актів, і, кінець кінцем, вдосконаленню правового регулювання суспільних відносин»[1].

Для поглибленого розуміння специфіки атракціону та вдосконалення правового регулювання зобов'язань із відшкодування шкоди, завданої атракціоном, спробуємо класифікувати відомі нам атракціони за певними критеріями.

Перш за все зауважимо, що законодавець, окремо виділяючи атракціони підвищеної небезпеки, не приділяє належної уваги визначенню решти атракціонів, що не несуть підвищеної небезпеки, які ми пропонуємо назвати «безпечні атракціони». На відміну від ДПН, тут відсутня підвищена небезпека завдання шкоди. Наприклад, звичайні дитячі гойдалки ми відносимо саме до категорії безпечних атракціонів, однак, якщо не дотримуватись правил безпеки, а саме нахилитись вперед або зістрибнути з гойдалки в процесі її розкачування, є висока ймовірність отримати травму від взаємодії частин тіла з покриттям ґрунту або удару гойдалки об частини тіла. Або ж звичайна дитяча гірка сама по собі є безпечним атракціоном. Однак, якщо дитина перехилиться на бік гірки, існує можливість випасти з неї, отримавши ушкодження, також важливим є згрупуватись при з'їзді, щоб встати вкінці на ноги.

У Наказі Міністерства культури і туризму України «Про встановлення груп технічної складності атракціонів» деталізується перелік атракціонів, які віднесено до обладнання підвищеної небезпеки для життя відвідувачів і обслуговуючого персоналу. Такі атракціони включено до першої групи технічної складності атракціонів, а саме:

- з механізованим приводом з підійманням посадкових місць (відвідувачів) від рівня посадкової площадки на висоту: більше 2 метрів — для дитячих атракціонів і 3 метрів – для дорослих, незалежно від швидкості обертання;
- каруселі з механізованим приводом: вертикальні, горизонтальні, нахилені, із складною траєкторією руху — з лінійною швидкістю посадкових місць більше 0,5 м/с, незалежно від висоти підіймання;
- автомобілі, що зіштовхуються, швидкісні автомобілі, картинг з вільною

[1] Адамова О. С. Поняття правової класифікації. *Часопис цивілістики*. Одеса. 2015. Випуск 18. С. 23. URL: http://dspace.onua.edu.ua/bitstream/handle/11300/8277/Chasopys%2019-24.pdf.pdf?sequence=1&isAllowed=y

траєкторією руху самохідних засобів (електромобілів) без підіймання, швидкість руху яких понад 4 м/с;

- будь-якої конструкції з лінійною швидкістю руху посадкових місць (відвідувачів) понад 5 м/с;

- гойдалки механізовані та немеханізовані, які обертаються або з кутом відхилу посадкових місць на величину понад 45 град. і підійманням кабін (посадкових місць) понад 1,5 м;

- механізовані з гідравлічним або пневматичним приводом посадкових місць (кабін, платформ);

- вежі вільного падіння;

- з еластичними елементами (катапульти, стрибки з висоти на еластичному канаті тощо)[1].

Крім того, до другої групи віднесено механізовані та немеханізовані атракціони з параметрами нижчими, ніж у І групі, та атракціони, в яких є обов'язковим використання відповідних пристроїв фіксації відвідувачів. Третю групу склали немеханізовані атракціони всіх типів, які не належать до І та ІІ групи, та атракціони, в яких не вимагається фіксація відвідувачів[2].

Далі виділяємо, за критерієм сфери перебування відвідувача:

- наземні атракціони (колесо огляду, американські гірки та ін.);

- водні атракціони (водні гірки в басейнах, катання на водних мотоциклах, катання на надувних пристроях за катером та ін.);

- атракціони в повітрі (стрибки з парашутом, дельтаплан, мотопараплан та ін.).

З поняттям наземного атракціону, на нашу думку, питань не виникає. Це вид розваги, конструкція якого розташована на ґрунті, незважаючи на зміну висоти посадкового положення відвідувача щодо площини землі. Поняття водних атракціонів наведено у згадуваних нами Правилах будови і безпечної експлуатації атракціонної техніки. Водним визначено атракціон, експлуатація та розважальний ефект якого спричиняється використанням води[3].

Крім того, виділено два підвиди:

- водний атракціон з використанням повітря, розважальний ефект якого обумовлений дією повітря, що подається під тиском у воду басейну (наприклад, розваги на надувних пристроях з потоками, що симулюють потік річки);

[1] Про встановлення груп технічної складності атракціонів : Наказ Міністерства культури і туризму України № 938/0/16-09 від 29.10.2009 року. URL : https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v938_655-09#Text

[2] Про встановлення груп технічної складності атракціонів. Там само.

[3] Про затвердження Правил будови і безпечної експлуатації атракціонної техніки : Наказ Міністерства України з питань надзвичайних ситуацій та у справах захисту населення від наслідків Чорнобильської катастрофи № 110 від 01 березня 2006 року. URL : https://ips.ligazakon.net/document/RE12279?an=1

- водний атракціон з використанням води та повітря, розважальний ефект якого обумовлений дією води та повітря, що подаються під тиском у воду басейну (наприклад, з'їзд на тюбінгу з водної гірки в басейн)[1].

Суттєво менш дослідженими, але, на нашу думку, не менш небезпечними є атракціони в повітрі. Так, найбільш відомими видами таких розваг є стрибок з парашутом; політ на повітряній кулі, дельтаплані та мотопараплані. Один з найбільших фестивалів повітряних куль України проводиться в місті Кам'янець-Подільський ще з 1998 року. Проведення фестивалю завжди супроводжується серйозною підготовкою, увагою до техніки безпеки та ретельною перевіркою обладнання, тому результатом є відсутність нещасних випадків, якими було б завдано шкоди відвідувачам.

За критерієм вікового цензу відвідувачів виділяємо:

1) атракціони для малолітніх, серед яких хочемо окремо виділити підвиди:

а) атракціони для дітей віком від 2 до 7 років (дитячі гойдалки; ігрові атракціони; дитячі тематичні кімнати);

б) атракціони для дітей віком від 7 до 12 років (дитячі каруселі; батути та ін.);

в) атракціони для дітей віком від 12 до 14 років (водні гірки з глибиною, що менша за зріст дитини; сімейні атракціони, де можливе перебування дитини з батьками).

2) атракціони для неповнолітніх (американські гірки, автодроми та інші атракціони з більшою амплітудою та швидкістю руху, окрім атракціонів підвищеної небезпеки);

3) атракціони для повнолітніх (решта видів атракціонів, у тому числі атракціони підвищеної небезпеки).

Вважаємо таке розмежування відвідувачів доцільним, аніж наявні поняття дитячих та дорослих атракціонів. Більше того, поняття дитячого атракціону в чинному законодавстві є досить нечітким, оскільки в Правилах будови і безпечної експлуатації атракціонної техніки, дитячий атракціон визначається як атракціон, розроблений для дітей молодше десяти років. У чинному цивільному законодавстві йдеться про загальне визначення дитини та поділ поняття «дитина» на дві такі категорії — категорія «малолітня дитина» та категорія «неповнолітня дитина»[2]. Такий поділ породжує різний рівень цивільної дієздатності: часткова дієздатність у малолітніх осіб (віком до 14 років),

[1] Про затвердження Правил будови і безпечної експлуатації атракціонної техніки. Там само.

[2] Жмур Ю. М. Визначення понять «малолітній» та «неповнолітній» за кримінальним законодавством України та іншими законодавчими актами. *Прикарпатський юридичний вісник, Національний університет «Одеська юридична академія». Івано-Франківськ.* 2018. № 1 (22). С. 185.

передбачена ст. 31 ЦК України[1], та неповна цивільна дієздатність у неповнолітніх осіб (віком від 14 до 18 років) — ст. 32 ЦК України[2].

Поруч з цим, ми виділили три підвиди атракціонів для малолітніх, при цьому керувалися різними інструкціями та технічними паспортами дитячих атракціонів, оскільки на законодавчому рівні відсутній нормативно-правовий акт, який би регулював класифікацію дитячих атракціонів. В атракціонах для дітей віком від 2 до 7 років швидкість та амплітуда руху, а також тривалість сеансу повинна бути розрахована таким чином, щоб відвідувач не злякався, не втомився, та щоб у нього не запаморочилась голова. Що ж стосується комплектації самих відвідувачів, то до розваги, враховуючи вік, можуть бути допущені діти, зріст яких нижче 0,7 м. У віці від 7 до 12 років дітям варто дозволити відвідувати атракціони з більшою швидкістю та амплітудою руху, однак важливою умовою при цьому повинна бути захищеність дітей і високий рівень безпеки самих атракціонів (відсутність потенційно небезпечних травмуючи елементів). Атракціони для дітей віком від 12 до 14 років мають ще більший розважальний ефект, амплітуди та швидкості руху.

Зауважимо, що в деяких сімейних атракціонах обов'язковою є присутність батьків, обумовлена необхідністю спостереження за поведінкою дитини, та за необхідності впливу та притримання дитини. Окрім іншого, тут присутні ще й вимоги до зросту дитини та її ваги, оскільки утримуючі кріплення розраховані на певну ширину грудної клітки, а саме посадкове місце на певну критичну вагу. Тобто можемо виділити два критерії допуску до атракціону для дітей віком від 12 до 14 років: 1) віковий критерій, як показник певного емоційно-психологічного розвитку; 2) критерій комплектації (а саме зросту та ваги) як показник дотримання необхідного рівня фіксації всіх засобів безпеки. Зауважимо, що критерій комплектації цілком може застосовуватись і до атракціонів для повнолітніх. Зазвичай такі вимоги, розробляються відповідальними за безпеку особами в кожному конкретному парку атракціонів, з урахуванням характерних особливостей, максимальних навантажень та способів фіксації відвідувачів щодо кожного атракціону. Відповідно повнолітні фізичні особи володіють повною цивільною дієздатністю. Важливість такого поділу обумовлюється тим, що, залежно від розумового стану фізичної особи, вона має усвідомлювати й правильно оцінювати характер і значення дій, які вона вчиняє[3]. Звідси випливає і усвідомлення рівня небезпеки та відповідальності за використання різного роду атракціонів.

[1] Цивільний кодекс України. Там само.

[2] Цивільний кодекс України. Там само.

[3] Саградян М. Цивільна дієздатність фізичної особи в Україні та в зарубіжних країнах. *Підприємництво, господарство і право*. 2018. № 4. С. 69.

СУЧАСНІ ТЕНДЕНЦІЇ РОЗВИТКУ ДЕЛІКТНИХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ

Поділ за обраними нами віковими групами, окрім обґрунтованого, цілком узгоджується з періодизацією психічного розвитку, яку запропонував Д. Б. Ельконін. Вчений виділяв такі вікові категорії: 3–7 років як дошкільний; 7–12 років як молодший шкільний та вік 12–15 років як підлітковий вік[1].

За критерієм впливу на свідомість людини:

- атракціони віртуальної реальності;
- атракціони реальної дії.

Вважаємо такий поділ актуальним, який продиктований стрімким розвитком науково-технічного прогресу у сфері розваг. Атракціони віртуальної реальності — це порівняно новий вид розваг, який набирає дедалі більшої популярності. Сама ідея занурення людини не у фізичну сферу, а гра з її уявою, виникла ще в середині століття у мистецтва. Тоді створювалися увігнуті фрески, з метою занурити людину в те, що відбувається на зображенні. У 1830-х роках були створені перші стереоскопи, принцип дії яких полягав у розміщенні двох картинок, що зображують одну і ту ж ситуацію з різних положень у просторі, в різні окуляри. Таким чином, одне око бачило одну картинку, інше — іншу, а мозок вже згодом поєднував їх в загальну об'ємну картину[2]. Після стереоскопів у 1920-х роках були винайдені перші імітатори польоту, спеціальні пристрої, що дозволяли відпрацювати всі дії при управлінні літальним засобом. Такі імітатори в основному використовувалися військовими для навчання і підвищення кваліфікації військовослужбовців. Згодом, у 1982 році, в США була створена перша у світі лабораторія, що займається дослідженням і розробкою пристроїв віртуальної реальності. Тоді ж і був введений в експлуатацію термін «віртуальна реальність», або англійською «*Virtual reality*». Протягом перших десяти років двадцять першого століття віртуальна реальність не отримувала поширення, але з 2012 року пристрої віртуальної реальності стали активно набирати популярність у сфері розваг. У 2012 році на сайті «*Kickstarter*», що займається фінансуванням творчих проєктів, був представлений бізнес-проєкт окулярів віртуальної реальності під назвою «*Oculus VR*», який згодом був куплений компанією «*Facebook*», після чого виник великий попит на окуляри серед таких компаній, як: *Google*, *Apple*, *Amazon*, *Microsoft*, *Sony* і *Samsung*, *HTC* та інші. У свою чергу, це спровокувало розробку ними власних ґаджетів та атракціонів віртуальної реальності, що поклало початок нової ери у сфері розваг.

[1] Эльконин Д. Б. К проблеме периодизации психического развития в детском воздасте. *Вопросы психологии*. 1971. № 4. С. 19.

[2] Довбенко А. Д., Іменинник В. О., Колендовська М. М. Використання мультимедійних технологій віртуальної реальності для створення навчальних та науково-дослідних систем. *XXIV Міжнародний молодіжний форум «Радіоелектроніка та молодь у XXI столітті». Зб. матеріалів форуму.* Т. 3. Харків : ХНУРЕ, 2020. С. 95.

Крім того, атракціони віртуальної реальності ми можемо також поділити на два підвиди:

- атракціони, де використовується віртуальна реальність, — VR;
- атракціони, де використовується доповнена реальність, — AR.

Для з'ясування різниці між такими атракціонами слід дати їм характеристику. Так, віртуальна реальність (VR) — це тривимірне комп'ютерне середовище, що взаємодіє з людиною за допомогою різних пристроїв (шоломи, окуляри, сенсори чуттів), де вона стає частиною віртуального світу, керує віртуальними об'єктами та предметами. Доповнена реальність (AR) — це результат введення у сприйняття людини будь-яких об'єктів (3D — моделей, відео та зображень), з метою доповнення відомостей про оточення. Для відображення доповненої реальності можна використовувати як прилади статичні та динамічні, так і мобільні додатки та камеру телефона[1].

Можна припустити, що людина як безпосередній творець усіх подібних технологій знає принципи роботи, алгоритми, на основі яких відбувається функціонування програми. Отже, має місце припущення про те, що програми є повністю підконтрольними людині. Однак, з іншого боку, з огляду на те, що програма є певним процесом, у рамках якого відбуваються різного роду обчислення, то в такому випадку непідконтрольність людині може виступати у вигляді неможливості екстрено зупинити низку запущених процесів, також через складність використання таких програм.

Дискусійним також залишається й питання негативного впливу віртуальної реальності на організм людини, оскільки відзначають як потенційний негативний вплив, так і позитивні випадки використання віртуальної реальності в лікуванні психічних розладів, стресів, депресії, амнезії тощо[2]. Що стосується негативного впливу, то відзначається, що в силу своєї реалістичності завжди існує ймовірність сильного переляку, що може перейти у приступ, крім того, у відвідувачів може виникати відчуття запаморочення голови та нудоти. Оскільки вестибулярний апарат людини не справляється із невідповідністю тілесних показників та видимих (віртуальних) образів. Звичайно, що мозок здатний відрізнити реальну від віртуальної реальності, але відмінності між усіма органами чуттів вводять його в певний ступор і можуть викликати неприємні відчуття[3].

[1] Довбенко А. Д., Іменинник В. О., Колендовська М. М. Використання мультимедійних технологій віртуальної реальності для створення навчальних та науково-дослідних систем. *XXIV Міжнародний молодіжний форум «Радіоелектроніка та молодь у XXI столітті». Зб. матеріалів форуму.* Т. 3. Харків : ХНУРЕ, 2020. С. 47.

[2] Mateusz Bocian, John H.G. Macdonald, Jeremy F. Burn. Influence of visual information on pedestrian actions on laterally oscillating structures – experimental study using virtual reality environments. URL : https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1877705817340456

[3] John F. Sowa. The Virtual Reality of the Mind. URL : https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1877050916316738

Тривале проведення часу в шоломі віртуальної реальності може негативно вплинути на відвідувача. Пояснюється це тим, що сценарій атракціону не може повністю імітувати реальність, як результат — у людей часто виникають проблеми координації та орієнтації в просторі після «повернення в реальність». Зазвичай цей ефект короткочасний, але при цьому може завдати шкоди відвідувачу. Варто зауважити, що важливого значення набуває і якість обладнання для віртуальних атракціонів, оскільки нечітка картинка зображення може зробити нестерпним перебування в шоломі віртуальної реальності. Так відзначають мінімальні вимоги до шоломів, за яких очі відвідувача не отримуватимуть шкідливого виснаження, при цьому кількість кадрів у секунду повинна перевищувати дев'яноста, а синхронізація зображення від повороту голови має зайняти п'яту частину секунди[1]. Варто відзначити, що важливим фактором є і час перебування у віртуальній реальності. Поточний рекорд перебування у віртуальній реальності належить режисеру Дереку Вестерману з Лос-Анджелеса. Загалом, він провів у шоломі 25 годин 2 хвилини. Поруч з ним перебували люди, які обслуговували його: годували, поїли, допомагали пересуватися по кімнаті. Уже на 17 годину йому стало погано, починаючи з 21 години, він втратив контроль, почав непослідовно бурмотіти і повідомив, що не знає де він був. Навіть наступного дня він продовжував відчувати сильне виснаження та втому[2].

На сьогодні комп'ютерні технології і віртуальна реальність практично наскрізь проникли в наш світ, і до дитячого зокрема. Батьки повідомляють, що їхні діти користуються цифровими технологіями, навіть у віці одного року[3]. Взаємодія з ґаджетами стала звичним заняттям і дітей раннього віку. Згідно з останніми оцінками, діти у віці до 2 років проводять за комп'ютерними технологіями близько двох годин на день, а діти у віці від 2 до 5 років — близько трьох годин на день[4].

Занурюючись у кіберпростір, дитина потрапляє не просто в іншу реальність, з іншим тілом, ландшафтами, сторонніми предметами, що замінюють реальний світ. Фактично вона сама стає віртуальним тілом, здатним по-новому

[1] Liang Gong, Jonatan Berglund, Åsa Fast-Berglund, Björn Johansson, Zhiping Wang, Tobias Börjesson. Development of virtual reality support to factory layout planning. URL : https://link.springer.com/article/10.1007/s12008-019-00538-x

[2] Як почуваються після 25 годин віртуальної реальності. URL : https://www.washingtonpost.com/news/innovations/wp/2016/05/06/i-feel-sick-give-me-the-bucket-what-25-hours-in-virtual-reality-feels-like/

[3] Mifsud C. L., Petrova R. Young children (0–8) and digital technology: The national report for Malta. University of Malta. EU Joint Research Centre, 2017. URL : https://www.researchgate.net/publication/315678508_Young_Children_0-8and_Digital_Technology

[4] Vaala S., Hornik R. Predicting US infants' and toddlers' TV/video viewing rates: Mothers' cognitions and structural life circumstances // Journal of Children and Media, 2014. № 8. P. 163-182.

відчути буття, знаходячи інший тілесний і психологічно-емоційний образ. На психоемоційному рівні відбувається, з одного боку, злиття суб'єкта і віртуальної субстанції, а з іншого — роздвоєння цілісності індивіда. Дитина одночасно перебуває в двох вимірах — у реальному світі, за обладнанням віртуального атракціону, де фізично мало виявляє активність, та у віртуальному світі — в активній інтелектуальній дії. У результаті — деформується уявлення про розуміння тіла, волі та власне самої особистості дитини.

Професор Марк Д. Гріфіттс в ході свого дослідження, проведеного ще в 1998 році, виділив два типи мотиваційної поведінки, які приваблюють людей до віртуального світу. Перший тип — коли гравці, які отримують задоволення від самого процесу гри, не відмовляються від повсякденності й активно беруть участь в інших формах реальності. Другий тип — коли гравець орієнтований на ескапізм. Його світогляд та стиль життя базується на уявному, підміняє реальний світ. Найчастіше такий тип має проблеми комунікативного плану (замкнутість, мінімальність контактів, боязнь спілкування, нерозуміння і неприйняття з боку інших людей)[1].

Можливість гри з ролями, технологія вибудовування множинного «внутрішнього Я» як у віртуальному середовищі, так і в реальній дійсності вимагає від гравця постійного перемикання з однієї соціальної ситуації на іншу, так формується «кліпове мислення», що створює не цілісну картину світу, а послідовність непов'язаних між собою подій.

В огляді наукових досліджень, присвячених впливу комп'ютерних технологій на розвиток дітей раннього віку, наводяться дані на підтвердження того, що використання електронних засобів порушує розвиток моторики і сенсорики, дезорганізує увагу дітей, спотворює соціальний та емоційний розвиток[2].

Враховуючи викладене, особливий інтерес представляє робота з вивчення впливу цифрових технологій на розвиток дітей, яка тривалий час проводиться в Німеччині на кафедрі психіатрії та психотерапії університетської клініки «Ульма» під керівництвом Манфреда Спітцера[3]. Ці дослідження показали, що в період активного формування нейронних зв'язків при освоєнні предметного, просторового світу і соціального оточення їхній переклад у віртуальний світ, а також дефіцит об'ємного сприйняття дитиною, призводять до різкого збіднення досвіду і до дефіциту інформаційного живлення мозку.

[1] Griffiths M. D. Internet addiction: Internet fuels other addictions. *Student British Medical Journal*. 1999. V. 7. P. 428-429.

[2] Fröhlich-Gildhoff K. Digitale Medien in der Kita — die Risiken werden unterschaetzt. Frühe Bildung, 2017. Vol. 6 (4). P. 225-228. doi:10.1026/2191-9186/ a000332.

[3] Spitzer M. Cyberkrank! Wie das digitalisierte Leben unsere Gesundheit runiniert. Droemer, München, 2015. C. 137.

Вчений наводить дані, про те, що діти, які перебувають у реальному соціальному оточенні, навчаються новому набагато інтенсивніше і швидше, ніж діти, які проводять багато часу перед екраном[1].

Тож актуальним постає питанням про вік, з якого припустимо занурюватись у віртуальний світ, адже на законодавчому рівні таких вимог не встановлено.

Перш за все, варто зауважити на етапи психологічного становлення дитини, адже, як зауважувалось вище, віртуальна реальність понад усе впливає на дитячий внутрішній розвиток. На сьогодні існує декілька різних підходів до періодизації дитинства. Ми наведемо основні з них.

Згідно з концепцією запропонованої В.Штерном розрізняють раннє дитинство (період до 6 років), протягом якого дитина виявляє лише ігрову діяльність; період свідомого навчання з розділенням гри і праці (6–14 років); період юнацького дозрівання — 14–18 років[2]. У вказаній періодизації ми вже можемо виділити період свідомого навчання як вік, який можна розглядати оптимальним для взаємодії з віртуальними атракціонами, оскільки відбувається свідоме навчання, а дитини взмозі розділяти розваги та працю (інтелектуальну чи фізичну).

Автором концепції стадіального розвитку інтелекту є Жан Піаже. Його періодизація має такий вигляд. Перший період «сенсомоторного» інтелекту (до 2 років), коли в дитини мовлення не розвинене та відсутні загальні уявлення. Він включає такі підперіоди: стадія тренування рефлексів; стадія елементарних навичок; стадія вторинних кругових реакцій; початок практичного інтелекту; третичні кругові реакції; початок інтеріоріації схем дій. Другий період репрезентативного інтелекту та «конкретних» операцій (до 12 років). Включає такі підперіоди: стадія доопераційних уявлень (2–7 років), коли дитина не може розмірковувати і доводити інформацію; стадія конкретних операцій (7–11 років), коли дитина вже здатна міркувати та зіставляти різні погляди. Третій період формування «формальних» операцій (до 15 років), коли дитина починає мислити як доросла[3]. З описаної періодизації, на нашу думку, варто звернути увагу на стадію конкретних операцій. Оскільки в цей період дитина вже здатна розмірковувати та зіставляти різну інформацію, зокрема щодо реальності та віртуального світу.

[1] Spitzer M. Там само. P. 137.

[2] Павелків Р. В., Цигипало О. П. Дитяча психологія : навчальний посібник для студентів вищих навчальних закладів. Київ-Рівне, 2006. С. 73.

[3] Кулеша Н. П. Базові теорії морального розвитку особистості у зарубіжній психології. *Науковий часопис Національного педагогічного університету імені М. П. Драгоманова.* Серія 12 «Психологічні науки». Випуск 1 (46). Київ. 2015. С. 197-198.

РОЗДІЛ 3

На думку Л. С. Виготського, «не може бути іншого критерію для визначення конкретних епох дитячого розвитку або періодів, крім тих новоутворень, які характеризують суть даного віку»[1]. На основі новоутворень, характерних для певних вікових періодів, вчений наводить таку періодизацію: 1) період новонародженості (до 10 днів); 2) період немовляти (від 10 днів до року); 3) період раннього дитинства (1–3 роки); 4) дошкільне дитинство (3–7 років); 5) молодший шкільний вік (7–11 років), якому характерне довільність психічних дій та здатність до самоаналізу; 6) підлітковий вік (11–15 років); 7) ранній юнацький вік (16–18 років)[2]. Вчений також звертав увагу на таке явище, як вікові кризи — «періоди різних, стрибкоподібних змін, пов'язаних з відмиранням, зникненням старих і появою нових психологічних рис, які змінюють дитину»[3]. У дитячому віці виділяють: а) криза першого року життя; б) кризу трьох років; в) криза шести–семи років; г) підліткову кризу[4].

Було запропоновано періодизацію Рене Заззо, яка збігається з системою виховання та навчання дітей, він виділив стадію раннього дитинства (до 3 років); дошкільний вік (3–6 років); початкове шкільне навчання (6–12 років), у цей період дитина отримує основні інтелектуальні навики; навчання в середній школі (12–16 років); стадія вищої освіти[5].

Узагальнюючи вищевикладене щодо психологічного становлення дитини, ми вважаємо, що дитина готова до взаємодії з віртуальною реальністю у віці семи років. По-перше, саме до семи років дитина проходить три вікові кризи, і до підліткового віку її психоемоційний стан перебуває у стабільному стані. По-друге, саме період молодшого шкільного віку характеризують як період, коли дитини готова до нових знань; свідомого навчання; самоаналізу; до міркування та зіставлення різних поглядів, що допоможе дитині усвідомлювати відмінність реального світу від віртуального.

Поруч з психологічним розвитком, Л. В. Дзюбко виділив періодизацію морального розвитку дитини, що має за основу християнську психологію та педагогіку: 1) духовний розвиток дитини від зачаття до народження; 2) душевний розвиток, що триває від народження до 3-х років; 3) тілесний розвиток, що триває від 3-х до 5-ти років; 4) етап виховання духу, час слухняності, коли тіло й душа стримуються, від 5 до 7 років; 5) душевне становлення дитини, що триває від 7 до 10 років. Саме для цього періоду провідною є навчальна

[1] Выготский Л. С. Проблема возраста. Собрание сочинений : у 6 т. М. : Педагогика, 1984. Т.4. С. 74.

[2] Выготский Л. С. Там само. С.244-268.

[3] Павелків Р. В., Цигипало О. П. Дитяча психологія : навчальний посібник для студентів вищих навчальних закладів. Київ-Рівне, 2006. С. 77.

[4] Павелків Р. В., Цигипало О. П. Там само. С. 77.

[5] Токарева Н. М. Основи вікової психології : навчально-методичний посібник. Кривий Ріг. 2013. С. 56.

діяльність. Це дуже важливий вік, оскільки він закладає здатність навчатися, бути відкритим усьому новому на все життя; 6) тілесне становлення, що триває від 10 до 12 років; 7) період самостійної дії, що триває від 12 до 24 років[1].

Зауважимо, що і для періодизації морального розвитку дитини період семи років є віком навчальної діяльності, коли дитина готова до засвоєння нових знань та технологій, що оптимально підходить для першої взаємодії дитини з віртуальним атракціоном.

Досліджуючи формування світогляду дитини молодшого шкільного віку, С. І. Якименко відзначала, що «приблизно в 7 років дитина робить у своєму навчанні новий якісний крок — починає вчитися за програмою своїх педагогів, наближаючись до вимог школи. Приблизно в цьому віці відбуваються якісні зміни у сфері мислення, в мовленні, уяві, пам'яті, сприйнятті дітей»[2]. Водночас вчена, посилаючись на позицію Л. С. Виготського, зазначила, що «біля 7 років завершується морфологічне дозрівання лобового відділу великих півкуль. У цьому віці зростає рухомість нервових процесів збудження та гальмування, хоча процеси збудження превалюють. Зростає значення другої сигнальної системи в аналізі і синтезі вражень від зовнішнього світу, в утворенні тимчасових зв'язків у виробленні нових дій і операцій, у формуванні динамічних стереотипів. У дітей добре розвинені всі органи чуття. Молодші школярі особливо активно реагують на безпосередні враження, отримані завдяки цим органам»[3]. Підсумовуючи, вчена робить висновок, що «молодший шкільний вік — це вік великих змін та новоутворень, найголовнішим з яких є інтенсивний інтелектуальний розвиток»[4].

Досліджуючи особливості навчання дітей молодшого шкільного віку, А. С. Корощенко, порівняв засвоєння навчального матеріалу учнями шести та семи років. Серед таких особливостей він виділив, що у шестирічок, в порівняні з семирічними дітьми присутні: 1) значні труднощі в засвоєнні теоретичного змісту, сприйняття якого пов'язане з необхідністю його абстрагування; 2) суттєве уповільнення темпу засвоєння матеріалу по мірі підвищення теоретичного рівня його вивчення; 3) складнощі в процесі формулювання висновків з теоретичних суджень; 4) не відрізняються в сприйнятті фактичного матеріалу, що потребує звичайного відтворення знань; 5) кращий рівень виконання практичних і лабораторних занять, що базуються на наочному опрацюванні матеріалу[5].

[1] Дзюбко Л. Періодизація морального розвитку дитини. *Психолог*. 2004. № 35. С. 7-9.

[2] Якименко С. І. Особливості формування світогляду дитини старшого дошкільного та молодшого шкільного віку. *Збірник наукових праць «Педагогічні науки»*. Херсон. Видавництво ХДУ. № 49. 2008. С. 179.

[3] Якименко С. І. Там само. С. 179.

[4] Якименко С. І. Там само. С. 180.

[5] Корощенко А. С. Усвоение учебного материала школьниками, обучающимися с шести лет. Советская педагогика. 1984. № 6. С. 30.

Враховуючи викладене, можемо резюмувати, що саме діти семи років більшою мірою готові до взаємодії з віртуальною реальністю, де необхідним є вміння абстрагуватись та швидко реагувати на новий матеріал.

На думку В. О. Сухомлинського відзначав, що основні здібності дитини закладаються, розвиваються і формуються до 5–7 років, тому передусім треба розвивати мислення і мову[1]. Водночас Т. В. Дегтяренко, досліджуючи особливості когнітивного розвитку дитини, підкреслювала, що тип особистості складається до 5–6-річного віку (зберігаючи надалі свою стабільність) і характеризується індивідуально-типовим способом обробки всіх видів інформаційних сигналів[2]. Тобто в сім років взаємодія дитини з віртуальною реальністю не зашкодить утворенню її типу особистості та формуванню закладених з народження здібностей.

Оскільки віртуальна реальність взаємодіє з організмом відвідувача безпосередньо через зір. Важливим буде звернути увагу і на медичний аспект формування зору у дітей, та готовність очей до взаємодії з віртуальними атракціонами. Досліджуючи формування зорового сприйняття у дітей, Р. С. Бутов виділив декілька етапів розвитку ока в дитини: 1) бінокулярна функція формується у дитини впродовж перших місяців життя; 2) щодо сітківки, то «розвиток фовеолярної зони в нормі починається лише після пологів і може продовжуватися впродовж перших 5 років життя дитини»; 3) розвиток зорового нерва починається на першій третині вагітності, а «завершується не раніше досягнення дитиною 2-річного віку»[3]. Водночас вчений підкреслив, що в більшості здорових дітей до семи років гострота зору сягає показника шість з шести[4]. Тобто саме у віці семи років зорові функції ока є повністю сформованими.

Досліджуючи деліктоздатність неповнолітніх фізичних осіб, цікаву позицію висловила С. Д. Гринько. Вчена зауважила, що римське право, а згодом прусське і австрійське законодавство, поділило період неповноліття на три частини (від народження до 7 років, від 7 до 14 років, від 14 до повноліття) та пов'язали з кожним таким віком збільшення дієздатності. Неповнолітні, які не досягли 7 років, вважалися недієздатними, а від 7 до 14 років — малолітніми[5].

[1] Сухомлинський В. О. Вибрані твори: у 5 т. К., 1977. Т. 4. С. 445.

[2] Дегтяренко Т. В. Вікова динаміка когнітивного розвитку дитини в концепті психофізіологічного підходу. *Наука і освіта. Науково-практичний журнал Південноукраїнського національного педагогічного університету ім. К. Д. Ушинського.* № 9. 2011. С. 79.

[3] Бутов Р. С. Розвиток ока і формування здорового сприйняття як фактор гармонійного розвитку дитини. *Вісник Кам'янець-Подільського національного університету імені Івана Огієнка.* 2010. Випуск № 3. С. 143-144. URL : http://visnyk-sport.kpnu.edu.ua/article/view/30494/27186

[4] Бутов Р. С. Там само. С. 143.

[5] Гринько С. Д. Деліктоздатність неповнолітніх фізичних осіб за цивільним законодавством України та зарубіжних країн : порівняльно-правовий аналіз. *Часопис цивілістики: науково-практичний журнал Національного університету «Одеська юридична академія».* Одеса. Випуск 19. 2015. С. 159.

Також С. Д. Гринько згадує і сучасні цивільні кодекси, а саме Німеччини, Грузії і Туркменістану, «за якими неповнолітні віком до 7 років (малолітні) є недієздатними»[1]. Тобто саме з досягненням 7 річного віку в Римській імперії і деяких сучасних країнах пов'язується деліктоздатність фізичної особи. Водночас вчена зауважує, що «для покладення обов'язку відшкодувати шкоду на фізичну особу, якій виповнилося 7 років, у кожному конкретному випадку слід встановити її здатність на момент завдання шкоди до усвідомлення нею значення свого діяння»[2]. Тобто важливим є психоемоційний розвиток, який ми описували вище.

Враховуючи викладене, ми переконливо вважаємо, що саме у віці семи років дитина готова до першої взаємодії з атракціоном віртуальної реальності. Однак хочемо зауважити, що залучати дитину до віртуальної реальності слід за допомогою програм, які не мають сюжету, що «затягує». Ігрові програми з розгорнутими сюжетами не дозволять припинити роботу через короткий час, а жорсткі вимоги і примус дорослих часто призводять до негативних реакцій дітей.

У контексті викладеного слід згадати нормативно-правові акти, які наразі втратили чинність та діяли в Україні до 2017 року, а саме Державні санітарні правила та норми «Влаштування і обладнання кабінетів комп'ютерної техніки в навчальних закладах та режим праці учнів на персональних комп'ютерах»[3]. Пункт 9.2.1 вказаного документа визначав час безперервної роботи з екраном ПК, який мав становити: 1) для учнів 10 – 11 класів на 1-й годині занять до 30 хвилин, на 2-й годині занять — 20 хвилин; 2) для учнів 8 – 9 класів — 20 – 25 хвилин; 3) для учнів 6 – 7 класів — до 20 хвилин; 4) для учнів 2 – 5 класів — 15 хвилин[4].

Вважаємо, що час проведений за атракціоном віртуальної реальності для дитини 7 років також не повинен перевищувати 15 хвилин, що, звичайно, важко здійснити для більшості ігор. Тому найбільш бажаними для дітей молодшого шкільного віку є програми, створені за принципом ігрових розвиваючих мінізавдань, кожне з яких представляє логічно завершений сюжет. Такі програми

[1] Гринько С. Д. Там само. С. 160.

[2] Гринько С. Д. Там само. С. 160.

[3] Державні санітарні правила та норми «Влаштування і обладнання кабінетів комп'ютерної техніки в навчальних закладах та режим праці учнів на персональних комп'ютерах» ДСанПіН 5.5.6.009-98. (втратили чинність на підставі Наказу Міністерства охорони здоров'я № 709 (v0709282-17) від 26.06.2017 року.) URL : https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v0009588-98#Text (дата доступу: 17.07.2021 р.)

[4] Державні санітарні правила та норми «Влаштування і обладнання кабінетів комп'ютерної техніки в навчальних закладах та режим праці учнів на персональних комп'ютерах» ДСанПіН 5.5.6.009-98. (втратили чинність на підставі Наказу Міністерства охорони здоров'я № 709 (v0709282-17) від 26.06.2017 року.) URL : https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v0009588-98#Text

дозволяють без стресу припиняти роботу через 10–15 хвилин, при цьому дитина встигає завершити завдання (виконати поставлене завдання), отримати або побачити результат своєї діяльності.

Варто зазначити, що сфера кібергалузі, а з нею і віртуальної реальності, як її частини, в Україні не врегульована на законодавчому рівні. Відсутні як генеральні закони, які б встановлювали загальні правила діяльності, так і спеціалізовані чи підзаконні нормативно правові акти, які б регулювали конкретні сфери віртуальної реальності, зокрема діяльність віртуальних атракціонів.

На основі описаного дамо власне визначення атракціону віртуальної реальності як розваги, штучно створеної технічними засобами, дизайнерами та програмістами, для занурення людини у віртуальне середовище, яка передається відвідувачу шляхом його сприйняття світу через зір, слух та дотик[1].

За сезонністю розваг можемо виділити:

- літні атракціони;
- зимові атракціони;
- атракціони всесезонні, що не залежать від погодних умов.

Так, до літніх атракціонів ми відносимо розваги, які можуть функціонувати лише за наявності відповідних літніх погодних умов, зокрема найбільш поширені: дайвінг; сноркелінг (плавання під поверхнею води з маскою та дихальною трубкою); флайборд (пристрій, що забезпечує підняття відвідувача в повітря над водою, здійснюючи при цьому гідрополіт); катання на катамаранах, водному надувному банані; катання на водному скутері та інші.

Зимовими атракціонами є розваги, для функціонування яких необхідною умовою є наявність снігу. Такими можемо визначити катання на тюбінгах з гірок; траси для катання на лижах та сноубордах; непрофесійні бобслей-траси (родельбан). Родельбан представляє поєднання бобслею та американських гірок, що розташований на природному рельєфі. Спуск відбувається в режимі ручного управління тормозним механізмом.

Що стосується всесезонних атракціонів, то тут ми вважаємо за необхідне відмітити, що це можуть бути або атракціони в закритих приміщеннях, де погодні умови жодним чином не впливають на їхню діяльність, або атракціони на «свіжому повітрі», діяльність яких може здійснюватись і влітку, і зимою. Так, до перших можемо віднести аквапарки в приміщеннях, дитячі розважальні центри, до всесезонних віднесемо колеса огляду, «байк зіп» та інші. Для України поняття «*Bike Zip*» є досить новим, воно являє собою канатну дорогу, прокладену в повітрі, по якій відвідувачам пропонується проїхати на велосипеді.

[1] Бабійчук В. М. Атракціон віртуальної реальності як джерело завдання шкоди в деліктних зобов'язаннях. *Університетські наукові записки*. Хмельницький. 2020. № 3 – 4 (75 – 76). С. 157.

За критерієм мобільності законодавством визначені стаціонарні атракціони, пересувні та мобільні. Стаціонарним ми розуміємо атракціон, призначений для одноразового монтажу і подальшої експлуатації в заданому місці. Пересувним є атракціон, що змонтований на спеціальному майданчику та дозволяє його демонтаж в одному місці і монтаж у іншому, наперед визначеному місці. Відповідно мобільним ми розуміємо атракціон, який у силу своєї конструкції здатен без масштабного демонтажу бути транспортований до іншого місця діяльності.

Залежно від принципу своєї дії ми б виділили:

- механізовані атракціони, де для пересування відвідувачів використовуються різні види енергії, окрім енергії людини;
- немеханізовані атракціони, де для пересування відвідувачів використовуються лише енергія людини та сила тяжіння.

Окремо, з-поміж немеханізованих атракціонів хочемо звернути увагу на такий вид, як розваги з тваринами, серед яких можемо виділити: 1) атракціони з використанням диких тварин (катання на слонах та верблюдах; прогулянки з левами і т.п.)[1]; 2) атракціони з використанням сільськогосподарських тварин (катання на конях, поні, страусах та ін.).

Питання використання тварин у діяльності атракціонів досить ґрунтовно описано в одному з наших наукових досліджень[2], тож тезисно зупинимось на головному.

Актуальність такої класифікації обумовлена основною метою діяльності визначених забав — розвага відвідувачів та задоволення їхніх потреб у нових емоціях, що збігається і з метою діяльності атракціонів. Окрім того, тварини, зокрема дикі, есуть основні характеристики ДПН: наявність шкідливих властивостей; неможливість повного контролю за ними з боку людини та підвищена ймовірність завдання шкоди.

Варто сказати, що виникнення такого роду атракціону завжди супроводжується жорстоким поводженням з молодими тваринами задля їх дресирування і подальшої експлуатації, однак це має й іншу сторону. Коли тварини виростають, у них нерідко мають-таки вияв тваринні інстинкти, що призводить до фатальних наслідків з відвідувачами.

Український законодавець чітко виділив ДПН утриманням диких звірів, службових собак та собак бійцівських порід (ч.1 ст.1187 ЦК України)[3]. Однак

[1] Checking out of cruelty. How to end wildlife tourism's holiday horrors. URL : https://www.worldanimalprotection.org/sites/default/files/media/int_files/pdfs/checking_out_of_cruelty.pdf (Дата звернення : 02.11.2020 року).

[2] Бабійчук В. М. Історико-правовий аналіз зобов'язань із відшкодування шкоди, завданої тваринами. *Університетські наукові записки*. 2021. № 5 (83). С. 62-85.

[3] Цивільний кодекс України. Там само.

законодавство не дає переліку диких тварин, а також не дозволяє з достатньою юридичною точністю предметно визначити, які ще тварини чи яка діяльність, пов'язана з їх утриманням, відносяться до підвищеної небезпеки. Та чи є діяльність, не пов'язана з утриманням, а безпосередньо з розвагами із залученням таких тварин, підвищено небезпечною.

Слід зазначити, що поняття «тварина» дещо ширше, ніж поняття «звір». Кожен звір є твариною, однак не кожна тварина є звіром. Звіром варто розуміти підклас ссавців, тобто тільки частину класифікації тварин.

Підбиваючи підсумки, визначимо, що дикі тварини — це тварини, природним середовищем існування яких є важкодоступні, невідомі території, вільні від впливу людини, однак які все ж можуть частково підпадати під вплив людини та перебувати в неволі чи частковій волі. Ми вважаємо, що дикими звірами, в розумінні ч.1 ст.1187 ЦК України, є тварини, наведені у згаданій вище класифікації. Відповідно діяльність атракціонів із залученням вказаних тварин є ДПН.

Водночас, враховуючи, що, окрім звірів, перелік наповнений й іншими тваринами, утримання яких може бути ДПН, пропонуємо внести зміни до ч.1 ст.1187 ЦК України, замінивши слова «утримання диких звірів» словами «утримання диких тварин» та викласти її в такій редакції: «*Джерелом підвищеної небезпеки є діяльність, пов'язана з використанням, зберіганням або утриманням транспортних засобів, механізмів та обладнання, використанням, зберіганням хімічних, радіоактивних, вибухо- і вогненебезпечних та інших речовин, утриманням диких тварин, службових собак та собак бійцівських порід тощо, що створює підвищену небезпеку для особи, яка цю діяльність здійснює, та інших осіб*».

Для того, щоб відмежувати диких тварин від решти, варто дослідити питання, які тварини не належать до диких, однак залучення яких у діяльність атракціонів може завдати шкоди відвідувачам.

Відповідно до ст.1 ЗУ «Про захист тварин від жорстокого поводження» домашні тварини — це собаки, коти та інші тварини, що протягом тривалого історичного періоду традиційно утримуються і розводяться людиною, а також тварини видів чи порід, штучно виведених людиною для задоволення естетичних потреб і потреб у спілкуванні, що, як правило, не мають життєздатних диких популяцій, які складаються з особин з аналогічними морфологічними ознаками, та існують тривалий час у їх природному ареалі[1]. Сільськогосподарські тварини — це тварини, що утримуються та розводяться людиною для отримання продуктів і сировини тваринного походження (ст.1 цього Закону)[2].

[1] Про захист тварин від жорстокого поводження : Закон України. № 3447-IV від 21.02.2006 року. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3447-15#Text (Дата звернення : 26.01.2020)

[2] Про захист тварин від жорстокого поводження : Закон України. Там само.

Тобто основною відмінною характеристикою диких і домашніх та сільськогосподарських тварин є їхнє звичне середовище існування. Крім того, щодо сільськогосподарських тварин законодавство вказує на основну мету їх утримання, а саме: отримання продуктів і сировини тваринного походження.

Домашніх тварин, у тому числі й сільськогосподарських, ми відносимо до другої групи тварин, що використовуються в діяльності атракціонів, здатних завдати шкоду, однак які не є ДПН.

Безумовно, ступінь підконтрольності дикої і домашньої тварини істотно різниться. Поведінка домашніх тварин у силу історично сформованого спільного існування з людиною достатньою мірою підконтрольна волі людей. Однак природні особливості будь-якої тварини як живого організму виключають абсолютний контроль. Сільськогосподарські тварини, особливо племінні, часто примхливі й агресивні, практично не піддаються дресируванню, деякі — її зовсім не проходять. Як правило, відновити контроль над твариною, яка вирвалась з-під влади людини, не завжди є можливим. Водночас, як визначено у ст. 12 ЗУ «Про захист тварин від жорстокого поводження», шкода, завдана особі або майну фізичної особи, а також шкода, завдана майну юридичної особи твариною, підлягає відшкодуванню в повному обсязі особою, яка її утримує[1], чим і обумовлена запропонована нами класифікація.

Вважаємо, що діяльність атракціонів з використанням тварин, навіть добре видресируваних (наприклад, циркова тварина), не може повністю контролюватися людиною, оскільки поведінка тварини обумовлена природними рефлексами та інстинктами. Тварина сприймає людину, перш за все, як загрозу, часто агресивно налаштовану щодо неї. Навіть максимально можливий ступінь дбайливості з боку власника не гарантує повного контролю над твариною, що і визначає високу ймовірність завдання шкоди.

Прогресивним етапом у діяльності атракціонів з використанням тварин ми пропонуємо запровадити обов'язкову реєстрацію цих тварин у Єдиному державному реєстрі тварин[2], який слід доповнити новим розділом «атракціонні тварини».

На думку Х. А. Григор'євої, «на правовий механізм ідентифікації та реєстрації тварин покладено виконання кількох важливих функцій — охоронної, інформаційної, прогностичної, уніфікаційної, статистичної, правопідтверджувальної. Остання функція була породжена потребами практики та набуває усе більшого значення»[3]. Введення категорії «атракціонних тварин» до Єдиного

[1] Про захист тварин від жорстокого поводження. Закон України. Там само.

[2] Єдиний державний реєстр тварин. Офіційний сайт ДП «Агенство з ідентифікації і реєстрації тварин». URL : https://www.agro-id.gov.ua/

[3] Григор'єва Х. А. Правове забезпечення ідентифікації та реєстрації тварин: термінологічні та функціональні питання. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право»*. Випуск 39. Том 1. С. 115.

державного реєстру тварин дозволить щодо кожної зареєстрованої тварини встановити не тільки правову підставу використання тварини, але й уніфікувати в єдиному доступному місці всю необхідну інформацію щодо тварин, що використовуються в діяльності атракціонів. На сьогодні реєстр містить відомості лише щодо сільськогосподарських тварин.

Як зазначає А. Л. Правдюк, «необхідність удосконалення правового регулювання функціонування Реєстру тварин актуалізується у зв'язку з внесенням таких змін через ратифікацію Україною Європейської конвенції про захист домашніх тварин[1] та підготовку проєкту Закону № 3593 «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо ідентифікації та реєстрації тварин», яким пропонується запровадити ідентифікацію та реєстрацію домашніх тварин (котів, собак) та диких тварин, які перебувають у неволі чи у напіввільних умовах, з метою їх державного обліку та контролю за їх переміщенням і проведеними ветеринарно-санітарними заходами»[2]. Водночас у п.п. 4.1. та 4.2. Порядку утримання та розведення диких тварин, які перебувають у стані неволі або в напіввільних умовах, затвердженому наказом Міністерства охорони навколишнього природного середовища України № 429 від 30.09.2010 року, проголошено, що в місцях, де утримуються та розводяться дикі тварини, які перебувають у стані неволі, має бути забезпечено їх облік шляхом ведення відповідного прошитого та пронумерованого журналу[3].

Переведення такого журналу на сучасний інформаційний лад з доопрацюванням у напрямку створення категорії «атракціонних тварин» дозволить з легкістю відслідкувати кількість тварин, що використовується в діяльності атракціонів. Водночас введення категорії «атракціонних тварин» повинно містити електронні розділи з інформацією щодо видів тварин; їхніх віку, розміру та маси; володільця; правової підстави володіння; місця діяльності атракціону, де використовується тварина; виду та назви атракціону. Вказана інформація дозволить перевести діяльність атракціонів з використанням тварин в більш сучасне, контрольоване, цивілізоване русло та підвищити правову свідомість володільців тварин.

Висновки. Враховуючи нашу пропозицію, доцільним є визначення правової категорії «атракціонних тварин». Спочатку варто визначити ознаки

[1] Європейська конвенція про захист домашніх тварин. Конвенцію ратифіковано Законом № 578-VII (578-18) від 18.09.2013 URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_a15#Text

[2] Правдюк А. Л. Правове регулювання функціонування Єдиного державного реєстру тварин. *Вчені записки Таврійського національного університету ім. В.І. Вернадського. Серія: Юридичні науки.* № 4. Том 31 (70). 2020. С. 163.

[3] Про затвердження Порядку утримання та розведення диких тварин, які перебувають у стані неволі або в напіввільних умовах : Наказ Міністерства охорони навколишнього природного середовища України № 429 від 30.09.2010 року. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1384-10#Text

«атракціонної тварини»: 1) такими тваринами можуть бути як дикі, так і домашні та сільськогосподарські тварини; 2) основною метою утримання такої тварини є її використання в атракціонах для надання послуг розваг відвідувачам; 3) тварина повинна належати володільцю на конкретній правовій підставі.

Враховуючи викладене, пропонуємо внести зміни до ЗУ «Про захист тварин від жорстокого поводження», шляхом доповнення ст.1 абзацом шостим такого змісту: «*Атракціонні тварини – це домашні, дикі чи сільськогосподарські тварини, що утримуються людиною на конкретній правовій підставі, для задоволення потреб відвідувачів у розвагах, шляхом залучення їх у діяльність атракціонів*».

Підбиваючи підсумки, відзначимо, що атракціони можна класифікувати за чималою кількістю критеріїв. Водночас, враховуючи стрімкий розвиток досліджуваної сфери, ми переконані, що різновиди атракціонів будуть невпинно збільшуватись. Ми виділили такі класифікації: 1) за критерієм безпеки: атракціони підвищеної небезпеки; потенційно безпечні атракціони; 2) за критерієм технічної складності: атракціони I групи складності; атракціони II групи складності; атракціони III групи складності; 3) за критерієм сфери перебування відвідувача: наземні атракціони; водні атракціони; атракціони у повітрі; 4) за критерієм вікового цензу відвідувачів: атракціони для малолітніх; атракціони для неповнолітніх; атракціони для повнолітніх; 5) за критерієм впливу на свідомість людини: реальні атракціони; віртуальні атракціони; 6) за критерієм сезонності розваг: літні атракціони; зимові атракціони; всесезонні атракціони; 7) за критерієм мобільності: стаціонарні; пересувні; мобільні; 8) за критерієм принципу дії: механізовані атракціони; немеханізовані атракціони.

РОЗДІЛ 4

ЗАХИСТ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВ ТА ІНТЕРЕСІВ УЧАСНИКІВ ЗОБОВ'ЯЗАЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИН

4.1. Застосування позовної давності в механізмі захисту цивільних прав та інтересів

Концепція позовної давності бере свій початок ще з права Стародавнього Риму, якою позначали втрату можливості процесуального захисту права внаслідок того, що протягом відомого часу зацікавлена особа такий захист не здійснила[1]. Історичне значення виникнення позовної давності полягає в забезпеченні справедливості і стабільності правових відносин.

Законодавчий підхід до формулювання поняття позовної давності закріплено у ЦК України наступним чином: «позовна давність — це строк, у межах якого особа може звернутися до суду з вимогою про захист свого цивільного права або інтересу» (ст. 256 ЦК України). Основна увага звертається на те, що позовна давність є строк, та на його часову межу. Вважаємо таке визначення не зовсім вдалим, оскільки воно суперечить ч. 2 ст. 267 ЦК України, відповідно до якої «заява про захист цивільного права або інтересу має бути прийнята судом до розгляду, незалежно від спливу позовної давності». Це означає, що особа, право якої порушено, може звернутися за його захистом до суду в будь-який строк, незалежно від того, чи закінчився, чи ні строк позовної давності.

З моменту підписання Україною Конвенції ООН про позовну давність у міжнародній купівлі-продажу товарів 1974 року від 01 квітня 1994 року разом із нормою ЦК України одночасно почала діяти стаття 01 згаданої Конвенції, яка надає визначення строку позовної давності, а не категорії позовна давність[2]. Так, наприклад, ця Конвенція визначає строк позовної давності як певний період часу, після закінчення якого вимоги покупця та продавця один до одного, що випливають з договору міжнародної купівлі-продажу товарів або пов'язані з його порушенням, припиненням або недійсністю, не

[1] Борисова В.І., Баранова Л.М. , Домашенко М.В. Основи римського приватного права : підручник. Харків : Право, 2008. С.73

[2] Конвенція ООН про позовну давність у міжнародній купівлі-продажу товарів 1974 року : міжнародний договір від 01.04.1994 № 995_002 // Офіційний вебсайт Верховної Ради України. Законодавство України. URL : http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_002 (дата звернення: 19.10.2023)

можуть бути задоволені[1]. Таким чином, у міжнародному документі строк позовної давності визначено як темпоральну категорію, що унеможливлює задоволення вимог внаслідок реалізації права на захист, але не передбачає припинення суб'єктивного права особи на захист. У цьому випадку, вимоги та саме суб'єктивне право особи не погашаються позовною давністю та продовжують існувати.

Таким чином, у законодавчих актах України використано дві категорії: строк позовної давності та позовна давність, що викликає питання про їх співвідношення.

Для забезпечення ефективного правового регулювання позовної давності важливе значення має з'ясування її функцій. Основні її функції, на перший погляд, є досить схожими і визначаються через такі положення:

– боржникові з часом буде все важче захищатись від позову кредиторів;

– затримка виконання вимог призводить до обґрунтованого очікування боржника про те, що ймовірних претензій до нього не буде висунуто;

– усі учасники цивільних правовідносин зацікавлені в якнайшвидшому розгляді спорів та найефективнішому гарантуванні відновлення первісного правового становища особи будь-яким іншим способом.

У правовому регулюванні вимог до строку позовної давності англосаксонській і романо-германській правовим системам притаманні такі спільні риси. По-перше, це проголошені у цивільному процесі зазначених правових систем принципи диспозитивності та суперечливості, що передбачають «пасивність» судів у застосуванні строків давності[2]. Характерним є те, що здійснення матеріальних прав та використання певних процесуальних засобів захисту залежить тільки від волі учасників процесу. Таким чином, застосування норм про строки давності ставиться в залежність від волі сторони процесу; суд не наділений правом застосовувати строки давності за власною ініціативою. По-друге, загальним для різних правових систем є початок відліку строку позовної давності — з моменту порушення або оспорювання цивільного права чи інтересу. По-третє, схожим є законодавче закріплення зупинення та переривання строку позовної давності. Як виняток слід вказати на Швецію та Норвегію, у праві яких цих складових інституту немає[3].

Цивільне законодавство України містить положення щодо обрахування початку перебігу строку позовної давності, які мають свої особливості.

[1] Конвенція ООН про позовну давність у міжнародній купівлі-продажу товарів 1974 року : міжнародний договір від 01.04.1994 № 995_002. Офіційний вебсайт Верховної Ради України. Законодавство України. URL : http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_002 (дата звернення: 19.08.2016)

[2] Романюк В. А. Позовна давність у цивільному праві: монографія / наук. редактор С. Д. Гринько. Київ: «Центр учбової літератури», 2019. С. 128.

[3] Осакве К. Сравнительное правоведение: схематический комментарий. М. : Юристъ, 2008. С. 198.

За загальним правилом цей строк починається з моменту виникнення права на звернення до суду за захистом свого права.

Оскільки строк позовної давності є видом цивільно-правових строків, при його обчисленні використовують загальні правила обчислення строків (ст.ст. 253 – 255 ЦК України). При цьому правило про обчислення позовної давності є імперативним, а це означає, що порядок її обчислення не можна змінювати за домовленістю сторін.

Як загальні, так і спеціальні строки позовної давності обчислюються роками (ст.ст. 257, 258 ЦК України), а в окремих випадках — місяцями (ч. 4 ст. 559 ЦК України).

Цивільне законодавство встановлює спеціальні правила обрахування початку перебігу та закінчення строку. Будь-який строк завжди починається з наступного дня після відповідної календарної дати або настання події, з якою пов'язаний його початок, а закінчення строку залежить від виду його визначення[1].

Іноді важливе значення має питання про те, в який момент останнього дня припиняється перебіг строку. За загальним правилом ці дії можна вчинити до 24 години останнього дня строку. Але як бути в ситуації, коли дії повинні здійснюватися в організації, що має певний режим роботи? Слід зазначити, що законодавець ураховує особливість життєвого укладу фізичних осіб і діяльності юридичних осіб. Якщо для фізичної особи строк закінчується о 24 годині, то для юридичної це визначається її операційними можливостями і належним оформленням господарських операцій, наявністю особи, яка від імені юридичної особи уповноважена на учинення певних дій: прийняття в установленому порядку матеріальних цінностей, зачислення коштів на рахунок, видання довідок тощо. Здебільшого це пов'язано із робочим днем та його режимом для певних категорій працівників.

У такому разі строк закінчується в той час, коли в організації припиняються за встановленими правилами відповідні операції. Вказане передусім стосується банків та інших фінансових установ. Письмові заяви і повідомлення, здані до установи зв'язку (передані іншими відповідними засобами зв'язку) до закінчення останнього дня строку, вважаються такими, що їх здали своєчасно, хоч до адресата вони дійшли після спливу строку[2]. Такий порядок поширюється на строки позовної давності, оскарження судових рішень, інші процесуальні дії (ст. 124 ЦПК України). Це означає, що якщо особа в останній день строку позовної давності відправила позов до суду поштою, чи за

[1] Цивільне право : підручник : у 2 т. / В. І. Борисова (кер. авт. кол.), Л. М. Баранова, Т. І. Бєгова та ін.; за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. Харків : Право, 2012. Т. 1. С. 189.

[2] Цивільне право : підручник : у 2 т. / В. І. Борисова (кер. авт. кол.), Л. М. Баранова, Т. І. Бєгова та ін.; за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатєєвої, В. Л. Яроцького. Харків : Право, 2012. Т. 1. С. 189.

допомогою тестової експлуатації підсистеми ЄСІТС (Єдина судова інформаційно-телекомунікаційна система) «Електронний суд»[1], чи іншим зв'язком, але суд безпосередньо отримав її після спливу строку позовної давності — позовну заяву слід вважати такою, яку поданою вчасно.

Найбільше помилок допускають суди при визначенні початку перебігу строку позовної давності. Законодавець визначає суб'єктивний та об'єктивний критерії початку перебігу цього строку. Об'єктивний критерій пов'язаний з конкретним юридичним фактом, з настанням якого можна відраховувати початок перебігу строку позовної давності — з моменту порушення права або інтересу особи. Суб'єктивний критерій позначає момент, коли особа дізналася або могла дізнатися про порушення свого права або особу порушника. Закон чітко не визначає, що таке «могла дізнатися». На практиці це означає, що такий момент може бути безпосереднім предметом розгляду при вирішенні спору в суді. Однак очевидно, що запізнення з моментом, коли сторона дізналася про порушення її прав, не може бути наслідком її недбалості. У такому випадку перебіг строку давності починається з моменту, коли сторона могла і повинна була довідатися про порушення її права з огляду на свою нормальну правоздатність, знання і життєвий досвід, звичайну сукупність життєвих обставин, але не дізналася через власну недбалість. Прикладом власної недбалості може бути неналежна організація обліку, обробки та зберігання документів, неналежне утримання власного майна тощо.

Для юридичних осіб суб'єктивний критерій реалізується через посадових (уповноважених) її осіб або осіб, які входять в орган, до повноважень якого належить здійснення покладених на них функцій. Відтак, якщо така особа при виконанні покладених на неї завдань мала можливість дізнатися про порушення прав юридичної особи, то позовну давність слід обчислювати з моменту такої можливості. При цьому немає значення, що реально дізналася про це порушення вже інша особа на цій посаді чи в органі. Наприклад, у справі за № 6-2469цс16 Верховний Суд України не визнав фактичного моменту дізнання про порушення через проведення міжрайонною прокуратурою перевірки на виконання завдання Генеральної прокуратури України від 26 квітня 2013 року[2]. Це суд пояснив тим, що у прокуратури була об'єктивна можливість дізнатися про порушення законодавства до проведення нею перевірки безпосередньо під час прийняття міською радою спірного рішення, оскільки

[1] Про внесення змін до наказу ДСА України від 23.03.2017 року № 367 : Наказ Голови Державної судової адміністрації України З. Холоднюка від 31.05.2018 року № 269. URL : https://dsa.court.gov.ua/dsa/inshe/14/N_269_18 (дата звернення : 03.10.2023).

[2] Не тільки «не знав», а і «не міг довідатись» – обов'язкова умова для поновлення строку позовної давності для задоволення клопотання позивача (ВСУ від 16 листопада 2016 р. у справі 6-2469цс16). Протокол : вебсайт. URL : https://protocol.ua/ua/vsu_ne_tilki_ne_znav_a_i_ne_mig_dovidatis_obov_yazkova_umova_dlya_ponovlennya_stroku_pozovnoi_davnosti/ (дата звернення : 12.10.2023).

на сесії був присутній помічник прокурора міста[1]. У цьому випадку перебіг строку позовної давності починається від дня, коли держава в особі її органів як суб'єктів владних повноважень довідалася або могла довідатися про порушення прав і законних інтересів. Таким чином, обчислення початку перебігу строку позовної давності для юридичних осіб не залежить від зміни її уповноважених суб'єктів, встановлюється презумпція обізнаності нового працівника за дії та обставини справ юридичної особи, за його попередників.

Також, слід звернути увагу, що на практиці часто виникають ситуації, коли особа, незважаючи на обізнаність про факт порушення свого права, не має достатньої інформації про суб'єкта відповідальності за новим зобов'язанням, що фактично перешкоджає визначенню належного відповідача у справі. Через це, реальна можливість позивача знати особу порушника також має значення для обчислення строку позовної давності. Наприклад, під час дорожньо-транспортної пригоди (далі — ДТП) пошкоджено автомобіль і порушник втікає з місця порушення. У потерпілого виникає право вимоги з моменту скоєння ДТП, тому і строк позовної давності обчислюється з моменту порушення. Однак слід враховувати, що для того щоб подати позов до суду, відповідно до ст. 175 ЦПК України, потрібно позивачу мати відомості про відповідача: прізвище, ім'я та по батькові, місце проживання або перебування, відомі номери засобів зв'язку тощо. Відповідно, якщо позивачу невідомі такі відомості, це унеможливлює звернення його з позовом до суду в межах строку позовної давності. Для таких випадків критерієм для обчислення строку давності є момент обізнаності позивача про особу порушника.

Таке розмежування критеріїв початку перебігу строку позовної давності поділяє судова практика в постанові Верховного Суду України від 29 жовтня 2014 року в справі № 6-152цс14[2]. Суд зазначає, що відповідно до суб'єктивного критерію для визначення початку перебігу строку позовної давності має значення не тільки безпосередня обізнаність особи про порушення її прав, а й об'єктивна можливість цієї особи знати про обставини порушення її прав. Таким чином, ч. 1 статті 261 ЦК України містить презумпцію обізнаності особи про стан своїх суб'єктивних прав. Це означає, що обов'язок доведення моменту, з якого особі стало чи могло стати відомо про порушення її права, покладається на позивача. Отже, в межах суб'єктивного критерію визначення початку перебігу строку позовної давності першочергове місце займає не фактична

[1] Не тільки «не знав», а і «не міг довідатись» – обов'язкова умова для поновлення строку позовної давності для задоволення клопотання позивача (ВСУ від 16 листопада 2016 р. у справі 6-2469цс16). Протокол : вебсайт. URL : https://protocol.ua/ua/vsu_ne_tilki_ne_znav_a_i_ne_mig_dovidatis_obov_yazkova_umova_dlya_ponovlennya_stroku_pozovnoi_davnosti/ (дата звернення : 12.10.2023).

[2] Постанова Верховного Суду України від 29 жовтня 2014 року по справі № 6-152цс14. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL : http://reyestr.court.gov.ua/Review/41384789 (дата звернення : 19.09.2023).

обізнаність особи про порушення її права, а реальна можливість такої обізнаності. Саме неврахування судами цього правила найчастіше призводить до неправильного визначення початку перебігу і обчислення позовної давності загалом.

У нормах, які містять правила визначення початку строку перебігу позовної давності, законодавець застосовує словосполучення «від дня, коли». Судова практика його тлумачить так, що строк розпочинається в день, коли виникло правопорушення або в день, коли особа дізналася чи могла дізнатися про порушення свого права, останній день виконання зобов'язання. Як бачимо, обчислюють з дня, пов'язаного з відповідним юридичним фактом: дати відрахування з університету[1], останнього дня дії договору[2], дня пред'явлення вимоги кредитором[3], останнього дня виконання зобов'язання[4]. На нашу думку, це суперечить ідеї законодавця щодо обчислення строку позовної давності та суперечить загальним правилам обчислення цивільно-правових строків. Якби законодавець вважав доцільним почати його обчислення в день здійснення правопорушення, то в законі було б написано: «Перебіг позовної давності починається *з дня (курсив авт. — В. А. Романюк)*, коли особа довідалася або могла довідатися про порушення свого права або про особу, яка його порушила». Таким чином, проведення судами обчислення строку позовної давності з дня правопорушення суперечить закріпленим законодавством правилам обчислення. Останній день виконання зобов'язання не може бути першим днем перебігу строку позовної давності, оскільки особа має право до кінця останньої доби виконати зобов'язання, а факт не здійснення кореспондуючого обов'язку в останній день, слід вважати правопорушенням. Водночас, сама процедура звернення до суду з позовом з технічних причин не завжди можлива в день виникнення права вимоги, оскільки потребує підготовки процесуального документа — позовної заяви.

На нашу думку, правильно обчислювати строк позовної давності з наступного дня після календарної дати, в якій сталося порушення — невиконання зобов'язання в останній день встановленого для цього строку чи пред'явлення

[1] Рішення Нікопольського міськрайонного суду Дніпропетровської області від 20 січня 2016 року по справі № 182/7587/15-ц. *Єдиний державний реєстр судових рішень.* URL : http://reyestr.court.gov.ua/Review/55154697 (дата звернення : 19.10.2023).

[2] Рішення Самарського районного суду м. Дніпропетровська від 01 лютого 2017 року по справі №206/5418/16-ц. *Єдиний державний реєстр судових рішень.* URL : http://reyestr.court.gov.ua/Review/64630482 (дата звернення : 19.10.2023).

[3] Постанова Одеського апеляційного господарського суду від 13 лютого 2014 року по справі № 916/2419/13. *Єдиний державний реєстр судових рішень.* URL : http://reyestr.court.gov.ua/Review/37238847 (дата звернення : 19.10.2023).

[4] Рішення Київський районний суд м. Одеси від 06 липня 2015 року по справі № 520/2593/15-ц. *Єдиний державний реєстр судових рішень.* URL : http://reyestr.court.gov.ua/Review/51520681 (дата звернення : 19.10.2023).

вимоги. Це обумовлено тим, що за правилами обчислення особа має право виконати зобов'язання до 23:59 год останнього дня встановленого сторонами строку або якщо це грошове зобов'язання, то особа може здійснити в банку переказ коштів в останній день, але кредитор отримає їх пізніше.

У зобов'язальних правовідносинах є свої особливості перебігу строку позовної давності. Передусім необхідно вказати, що відповідно до правової позиції Верховного суду України у справі № 6-116цс13 (№35667396 в Єдиному державному реєстрі судових рішень України)[1] початок перебігу строку позовної давності співпадає з моментом виникнення у зацікавленої сторони права на позов.

Відповідно до частини 5 ст. 261 ЦК України, за зобов'язаннями з визначеним строком виконання перебіг строку позовної давності починається із закінчення строку виконання. З урахуванням цього в цивільних та господарських відносинах найчастіше початком перебігу строку є саме дата порушення права (невиконання обов'язків, зокрема нездійснення поставки в строк, нездійснення оплати в строк та ін.).

Як відомо, зобов'язання можуть бути і не обмежені конкретним моментом часу для виконання, тобто тривають до пред'явлення відповідних вимог. Якщо боржникові надається пільговий строк для виконання такої вимоги, перебіг строку позовної давності починається зі спливом цього строку. В такому випадку прикладом може бути договір оренди майна, укладений на невизначений строк. Так як строк закінчення дії зобов'язання не визначений, то його слід відраховувати від того моменту, коли було пред'явлено вимоги про повернення майна, однак такому праву передує обов'язок однієї сторони попередити іншу сторону в письмовій формі про відмову від договору за один місяць, а у разі найму нерухомого майна — за три місяці (ч. 2 ст. 763 ЦК України).

Інші особливості визначення початку перебігу позовної давності в кредитних зобов'язаннях виділяє судова практика. Верховний Суд України займає позицію, відповідно до якої перебіг строку позовної давності за вимогами кредитора, які виникають з порушення боржником умов договору (графіка погашення кредиту) про погашення боргу частинами (щомісячними платежами) починається стосовно кожної окремої частини, від дня, коли сталося це порушення[2]. Такого правила обчислення строку позовної давності законом не

[1] Постанова Верховного Суду України від 6 листопада 2013 року по справі № 6-116цс13. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL : http://reyestr.court.gov.ua/Review/35667396 (дата звернення: 19.10.2023).

[2] Постанова Верховного Суду України від 6 листопада 2013 року по справі № 6-116цс13. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL : http://reyestr.court.gov.ua/Review/35667396 (дата звернення: 19.10.2023).

передбачено. На нашу думку, така судова позиція є спірною з таких міркувань.

По-перше, особа бере кредит у певній сумі, яка є для неї «непідйомною», тому повернути борг банку теж одним платежем неспроможна. На користь позичальника банк встановлює повернення боргу частинами, щоб зменшити його матеріальне навантаження. Через це для розрахунку строку позовної давності не можна брати за основу кожен платіж окремо, це може призвести до зловживання боржником свого права. Він не сплачуватиме платежі, а коли дійде справа до суду, то останній, за наявності спливу строку давності щодо кожного платежу, звільнить боржника від їх фактичного повернення. Відповідно сума боргу зменшиться до суми платежів, щодо яких строк позовної давності ще не закінчилися.

По-друге, для боржника встановлено строк дії кредитного договору, який визначається датою сплати останнього платежу. Таким чином, у нього є право повернути всю суму боргу за останнім платежем, якщо до цього моменту кредитор не пред'явить йому вимоги про дострокове повернення боргу.

По-третє, щодо прострочення сплати чергових платежів повинна бути застосована лише відповідальність боржника, передбачена кредитним договором (у цьому випадку — це пеня за порушення строків сплати кредиту (строків сплати платежів)).

По-четверте, у кредитних правовідносинах позовна давність встановлюється для зобов'язання, яке передбачає повернення всієї суми боргу до передбаченої кінцевої дати погашення і не повинна залежати від способу його сплати (щомісячними платежами чи нерівними частинами). Боржник має право достроково повернути борг, якщо сторони не передбачили іншого, так само він може сплачувати лише відсотки за користування кредитом, не погашаючи тіло кредиту, цим самим він не відмовляється від виконання зобов'язання і може сплатити протермінований платіж разом з наступним або ж з останнім платежем відповідно до графіку. У цьому випадку він повинен усвідомлювати, що нестиме передбачену договором відповідальність за несвоєчасну сплату у вигляді неустойки за кожний платіж.

Отже, строк позовної давності за невиконання або неналежне виконання зобов'язання потрібно обчислювати з моменту його виконання боржником або зі спливом строку, встановленого для його виконання, навіть якщо це грошові зобов'язання, сплата яких здійснюється платежами (за винятком сплати щомісячних платежів за використання житлово-комунальних послуг, де строк позовної давності обчислюється за кожен прострочений місяць окремо). Водночас пред'явлення кредитором вимоги про повну дострокову сплату заборгованості за кредитом змінює порядок і строк виконання зобов'язання. У такому випадку перебіг строку позовної давності щодо обсягу

всього зобов'язання починається з моменту пред'явлення вимоги кредитора, незалежно від встановленої кінцевої дати виконання зобов'язання[1]. Саме пред'явлення вимоги про дострокове повернення боргу змінює суть зобов'язання позичальника з періодичного на одноразове. За одноразового зобов'язання обов'язок позичальника як порушника умов кредитного договору означає повернути весь кредит відразу.

Інші особливості обчислення спеціального строку позовної давності передбачено для стягнення неустойки. Відповідно до чинного законодавства (ч. 2 ст. 258 ЦК України) або договору неустойку (пеню) слід стягувати за кожний день прострочення виконання зобов'язання, а строк давності необхідно обчислювати щодо кожного дня окремо за попередній рік до дня подання позову, якщо інший період не встановлено у законі або в угоді сторін. При цьому слід мати на увазі положення частини 6 статті 232 ГК України, відповідно до яких нарахування штрафних санкцій за прострочення виконання зобов'язання, якщо інше не встановлено законом або договором, припиняється через шість місяців від дня, коли зобов'язання мало бути виконано. Цей шестимісячний строк не є строком позовної давності, а визначає максимальний період часу, за який може бути нараховано штрафні санкції (якщо інший такий період не встановлено законом або договором).

Щодо деяких вимог для обчислення початку перебігу строку позовної давності не має значення суб'єктивний критерій – момент, коли особа дізналася про порушення чи особу порушника, а початок перебігу строку починається з огляду на інші факти. Наприклад, перебіг строку позовної давності за вимогами про визнання недійсним правочину, вчиненого під впливом насильства, починається від дня припинення насильства (ч. 2 ст. 261 ЦК України); за вимогами про застосування наслідків нікчемного правочину — починається від дня, коли почалося її виконання (ч. 3 ст. 261 ЦК України); у разі порушення цивільного права або інтересу неповнолітньої особи — починається від дня досягнення нею повноліття (ч. 4 ст. 261 ЦК України). Це спеціальні правила обчислення строку позовної давності, зумовлені правовою природою та специфікою самих відносин і правовим статусом суб'єктів, які набули право вимоги.

Перебіг строку позовної давності є процесом безперервним, однак протягом цього строку можуть виникати обставини, які впливають на його перебіг. З огляду на це, законодавство встановлює правила для його обчислення (ст. ст. 260, 261, 263, 264 ЦК України). На динаміку позовної давності впливають дві обставини — зупинення і переривання.

[1] Постанова Верховного Суду України від 9 листопада 2016 року по справі №6-2251цс16. Верховний Суд України: офіційний вебсайт. URL : http://www.viaduk.net/clients/vsu/vsu.nsf/(documents)/B562403F45D3E3B1C225806E00511386 (дата звернення : 19.10.2023).

У нормах права, що регулюють відносини, пов'язані з позовною давністю, враховано такі обставини, коли несвоєчасне подання позову до суду не є причиною необачності або недбалості уповноваженої особи, а викликано об'єктивними, незалежними від волі людини причинами. Наявність таких юридичних фактів закон вважає підставами для зупинення перебігу строку позовної давності.

Йдеться про те що, в разі застосування конструкції зупинення строк позовної давності припиняється через передбачені законом обставини на весь час їх існування, але з моменту їх припинення відновлює свій перебіг, який продовжується без зарахування часу, коли діяли ці обставин. До таких обставин законодавець зараховує: надзвичайну або невідворотну за певних умов подію (непереборна сила); відстрочення виконання зобов'язання (мораторій) на підставах, передбачених законом; зупинення дії закону або іншого нормативно-правового акта, який регулює відповідні відносини; перебування позивача або відповідача у складі Збройних сил України або в інших створених відповідно до закону військових формуваннях, що переведені на воєнний стан.

Слід зазначити, правила обчислення строку позовної давності щодо застосування конструкцій зупинення та переривання давнісних строків мають певні особливості.

По-перше, зупиненню підлягає лише той строк позовної давності, який почав свій перебіг. Саме тому обставини, які зумовлюють його зупинення, повинні виникнути в його межах, а не до початку або після закінчення його перебігу. В окремих випадках це може лише вплинути на відтермінування початку перебігу строку позовної давності[1]. У зв'язку з цим, для правильного застосування зупинення важливим є визначення початку перебігу строку позовної давності. По-друге, після припинення обставин, що були підставою для призупинення, перебіг строку продовжується. Це означає, що не можна почати обчислення строку заново, на відмінну від переривання строку давності. По-третє, об'єктивно тривалість часу зупинення не визначена, тому вона може тривати до тих пір, поки не зникнуть обставини, які її зумовили. По-четверте, зупинення строку позовної давності можливе лише за підстав, конкретно регламентованих цивільним законодавством. По-п'яте, правила обчислення та поновлення строку позовної давності суд застосовує лише за наявності посилань та доказів позивача на відповідні обставини, оскільки суд не має права самостійно застосовувати позовну давність, в тому числі правила щодо зміни обчислення та поновлення її строку[2]. Після заяви відповідача про застосування позовної давності суд може лише запропонувати сторонам

[1] Гуйван П. Д. Позовна давність : монографія. Харків : Право, 2012. С. 252.

[2] Гуйван П. Д. Позовна давність : монографія. Харків : Право, 2012. С. 222-223.

надати докази, які стосуються спору, в тому числі й обставин, що є підставами для зупинення, переривання та поновлення строку позовної давності[1]. Саме тому докази про зупинення строку має подавати позивач, оскільки в його інтересах відстрочити його сплив за допомогою цієї конструкції. Якщо відповідну обставину буде підтверджено, суд зобов'язаний застосувати норму ст. 263 ЦК України, оскільки зупинення строку позовної давності настає об'єктивно, поза волею осіб, які перебувають у спорі[2]. Йдеться про те що, щодо застосування правил про зупинення суд діє як активна сторона.

Перелік обставин, які є підставами для зупинення перебігу строку позовної давності встановлено статтею 263 ЦК України. Такий перелік є вичерпним та враховує такі підстави[3]:

1. Якщо пред'явленню позову перешкоджала надзвичайна або невідворотна за певних умов подія (непереборна сила). Непереборна сила належить до категорії відносних понять, оскільки те, що невідворотне при одному рівні розвитку науки і техніки, повністю відворотне за інших умов. Саме тому суд, визначаючи можливість віднесення явища до непереборної сили, з'ясовує усі конкретні обставини в кожному випадку окремо[4]. Законодавець наводить основні ознаки, які дають змогу вважати ту чи іншу обставину непереборною силою, до яких належать: а) надзвичайність, що означає відсутність закономірностей у розвитку події; б) невідворотність — саме за цих умов настання події не можна було відвернути, а за звичайних умов її можна було б відвернути; в) такими обставинами є лише події, тобто такий юридичний факт, настання якого не залежить від волі людини[5]. Лише наявність усіх ознак в сукупності дає підстави суду застосувати цю підставу зупинення перебігу строку позовної давності, хоча вживання законодавцем сполучника «або» припускає достатність лише однієї з цих ознак. Зазвичай до непереборної сили відносять явища природного або соціального характеру, такі як землетруси, обвали, буревії, епідемії, військові конфлікти і війни, тощо[6].

---

[1] Цивільний кодекс України : Закон України від 16.01.2003 р. №435-IV. URL : http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15 (дата звернення: 12.11.2023).

[2] Ромовська З. В. Українське цивільне право. Загальна частина : Академічний курс : підручник. Вид. 3-тє, допов. Київ : «ВД» Дакор», 2013. С. 646.

[3] Цивільний кодекс України : Закон України від 16.01.2003 р. №435-IV. URL : http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15 (дата звернення : 12.11.2023).

[4] Гринько С. Д. Непереборна сила як безумовна підстава звільнення від відповідальності в цивільному праві України. Університетські наукові записки. 2007. № 2. С. 188.

[5] Цивільне право України : Загальна частина / І. А. Бірюков, Ю. О. Заіка, В. М. Співак. Київ : Наукова думка, 2000. С. 154.

[6] Примак В. Д. Непереборна сила як обставина, що звільняє від цивільно-правової відповідальності: порівняльно- правовий вимір. Приватне право і підприємництво. 2016. Вип. 16. С. 67.

2. У разі відстрочення виконання зобов'язання (мораторій) на підставах, встановлених законом. Мораторій як підстава зупинення перебігу строку позовної давності є юридичною перешкодою для пред'явлення позову, внаслідок встановлення заборони на виконання зобов'язання і впливає не на стан самого цивільного правовідношення, а на можливість його реалізації[1].

3. У разі зупинення дії закону або іншого нормативно-правового акта, який регулює відповідні відносини. Очевидно, якщо рішенням компетентного органу зупинена дія закону, іншого нормативно-правового акта, то немає правових підстав для пред'явлення вимог, що визначені цим актом[2]. За юридичною природою ця підстава дуже схожа з мораторієм, оскільки запровадження мораторію здійснюється лише на підставі закону, а не іншими нормативними і ненормативними актами, які не матимуть наслідком зупинення перебігу строку позовної давності.

4. Якщо позивач або відповідач перебуває у складі Збройних сил України або в інших створених відповідно до закону військових формуваннях, що переведені на воєнний стан. Якщо громадянин у мирний час призваний до армії для виконання свого військового обов'язку — це не є підставою для зупинення строку давності, оскільки він має право звернутися до суду через представника[3]. Слід зазначити, що вказана обставина є підставою зупинення строку позовної давності тільки у відносинах, у яких хоча б однією зі сторін є фізична особа. Що стосується відносин між юридичними особами, то для них підставами зупинення можуть бути лише непереборна сила, мораторій та зупинення дії закону або іншого нормативного акта[4].

Слід зазначити, що додатковою обставиною для зупинення перебігу строку позовної давності є обставина, про яку вказано у ч. 2 статті 265 ЦК України: «Якщо суд залишив без розгляду позов, пред'явлений у кримінальному провадженні, час від дня пред'явлення позову до набрання законної сили судовим рішенням, яким позов було залишено без розгляду, не зараховується до позовної давності»[5]. На нашу думку, така обставина містить ознаки зупинення перебігу строку давності, оскільки період від дня пред'явлення позову у кримінальному провадженні до набрання законної сили судовим

[1] Гуйван П. Д. Позовна давність : монографія. Харків : Право, 2012. С. 258.

[2] Романюк В. А. *Позовна давність у цивільному праві: монографія / наук. редактор С. Д. Гринько.* Київ: «Центр учбової літератури», 2019. С. 149.

[3] Цивільне право України : Загальна частина / І. А. Бірюков, Ю. О. Заіка, В. М. Співак. Київ : Наукова думка, 2000. С.155.

[4] Харитонов Є.О., Харитонова О.І., Старцев О.В. Цивільне право України : підручник. Вид.3, перероб. і доп. Київ : Істина, 2011. С. 223.

[5] Цивільний кодекс України : Закон України від 16.01.2003 р. №435-IV. URL : http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15 (дата звернення: 12.11.2023).

рішенням, яким позов було залишено без розгляду, не зараховується до строку позовної давності.

Таким чином, вичерпний перелік підстав зупинення перебігу строку позовної давності містяться у ст. 263 ЦК України та у ст. 265 ЦК України.

У юридичній літературі неодноразово висловлювалися міркування щодо розширення цього переліку. Для вдосконалення юридичної техніки, на думку О. В. Шовкової, доцільно доповнити цей перелік обставин вказівкою про можливість зупинення перебігу строку давності й в інших випадках, передбачених ЦК України та законами[1]. На нашу думку, погодитися з цією пропозицією можна лише частково, тому що до розширення переліку підстав зупинення перебігу строку позовної давності необхідно підходити обережно, оскільки збільшення числа винятків із загального порядку обчислення строку давності може нівелювати публічно-правове значення цього інституту. Проте це не означає, що законодавець не повинен удосконалювати норми, в тому числі розширювати перелік підстав зупинення перебігу строку давності, якщо цього потребують цивільні правовідносини.

Від початку розгортання збройного конфлікту у 2014 році на сході України, який офіційно було визначено як проведення Антитерористичної операції (АТО) або Операції об'єднаних сил (ООС) без введення воєнного стану із залученням Збройних сил України[2]. Перебування особи в зоні АТО можна розглядати в двох аспектах: 1) як перебування фізичних осіб у складі Збройних сил України або інших військових формуваннях; 2) як перебування фізичної або юридичної особи на території проведення АТО[3]. Для зупинення перебігу строку позовної давності має значення переведення цих формувань на воєнний стан. Оскільки «воєнний стан» та АТО не є тотожними за змістом поняттями, перебування позивача або відповідача у складі військових формувань на території проведення АТО або ООС, яка замінила АТО з 30 квітня 2018 року[4], не можна кваліфікувати як підставу для зупинення перебігу строку давності відповідно до статті 263 ЦК України[5]. Особа фактично бере

[1] Шовкова О. В. Позовна давність як різновид цивільно-правових строків : дис... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Нац. юрид. акад. ім. Я.Мудрого. Харків, 2008. С. 164.

[2] Про боротьбу з тероризмом : Закон України від 07.05.2017 р. №638-15. URL : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/638-15 (дата звернення: 10.11.2023).

[3] Позовна давність : коментар судової практики / під ред. І. В. Спасибо-Фатєєвої. Харків : ЦИВІЛІСТИЧНА ПЛАТФОРМА, 2016. С. 102.

[4] Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 30 квітня 2018 року «Про широкомасштабну антитерористичну операцію в Донецькій та Луганській областях» : указ Президента України від 30 квітня 2018 року № 116/2018. Рада національної безпеки і оборони України : вебсайт. URL : http://www.rnbo.gov.ua/documents/472.html.

[5] Позовна давність : коментар судової практики / під ред. І. В. Спасибо-Фатєєвої. Харків : ЦИВІЛІСТИЧНА ПЛАТФОРМА, 2016. С. 102.

участь у бойових діях та перебуває в тих умовах, які характерні для воєнного стану, однак через не визнання законодавцем такої обставини підставою для зупинення перебігу строку позовної давності особа може втратити реальну можливість захистити своє право.

Іншим проблемним питанням є визначення порядку обчислення перебігу позовної давності щодо вимог, що стосуються прав та обов'язків, які успадковуються внаслідок універсального правонаступництва — спадкування прав та обов'язків спадкодавця. Якщо законодавець визначив порядок задоволення вимог кредиторів спадкодавця у статтях 1281, 1282 ЦК України, то стосовно захисту спадкоємців, які успадкували право вимоги спадкодавця як кредитора, не визначив жодних механізмів та способів. Хоча в ЦК України визначено, що незалежно від часу прийняття спадщини вона належить спадкоємцеві з часу відкриття спадщини (ч. 5 ст. 1268 ЦК України), проте він не може здійснювати жодних дій щодо спадщини, в тому числі пред'являти вимоги до боржників спадкодавця, поки не отримає правовстановлювальних документів як власника цих прав (наприклад, відчужувати нерухоме майно спадкодавця спадкоємець зможе з моменту державної реєстрації переходу права власності на це майно). Процедура спадкування передбачає не лише 6 місяців для прийняття спадщини, а також час для переоформлення правовстановлювальних документів на спадкоємця, який починається після спливу 6 місяців для прийняття спадщини. Таким чином, за цей тривалий час спадкоємець може пропустити строк позовної давності для пред'явлення успадкованих вимог до боржника. Отже, з метою захисту успадкованих прав спадкоємців, варто доповнити перелік підстав зупинення перебігу строку позовної давності ще однією обставиною: «*Перебіг позовної давності зупиняється на період переходу прав та обов'язків від спадкодавця до спадкоємців з моменту відкриття спадщини до моменту юридичного переходу прав спадкодавця до спадкоємця, тобто отримання правовстановлюючих документів (наприклад, отримання документів, що підтверджують право власності)*».

Подібна ситуація складається і щодо відступлення права вимоги (заміни кредитора у зобов'язанні). За загальним правилом зміна сторін в зобов'язанні не впливає на перебіг позовної давності.

На це звертає увагу в своєму дисертаційному дослідженні В. М. Касап, який зазначає, що вимога юридичного існування права вимоги не позбавляє можливості передавати в порядку відступлення такі права, щодо яких сплив строк позовної давності. Це обумовлює необхідність зі сторони цесіонарія при здійсненні операцій з відступлення звертати особливу увагу на момент виникнення в цедента права на судовий захист за вимогою, що набувається, оскільки сам факт укладення договору про відступлення не перериває і не

зупиняє перебігу строку позовної давності, що безпосередньо впливає на здійсненність предмета відступлення[1].

Законодавство чітко встановлює форму заміни кредитора у зобов'язанні, яка відбувається шляхом укладення двостороннього правочину у такій самій формі, що і правочин, на підставі якого виникало зобов'язання, право вимоги за яким передається новому кредиторові (ст. 513 ЦК України)[2]. Очевидно, що перехід прав за деякими правочинами може займати значну частину часу до настання моменту остаточного юридичного переходу права вимоги до нового кредитора, що негативно впливатиме на можливість останнього звернутися за захистом своїх прав та інтересів, які випливають з відступленого права. Водночас важливо зазначити, що недотримання форми такого договору може спричинити його недійсність відповідно до правил, передбачених ЦК України. У зв'язку з цим, пропонуємо у випадках відступлення права вимоги, форма укладення якої потребує державної реєстрації, зупиняти перебіг строку давності на час укладення цього письмового договору до настання фактичного моменту переходу права вимоги (державної реєстрації).

Проаналізувавши практику застосування судами правил обчислення перебігу строку позовної давності, про яку йтиметься далі у параграфі, ми помітили неоднакове застосування конструкцій зупинення, переривання та поновлення строку. Це стало підставою для внесення пропозиції щодо розширення вичерпного переліку підстав зупинення строку позовної давності.

Оскільки перелік підстав для зупинення строку позовної давності є вичерпним, а під час розгляду справи в суді сторони посилаються на обставини, що зумовили зміни в обчисленні строку, але не передбачені законом, суди в таких випадках на власний розсуд кваліфікують ці обставини, що призводить до неоднакового застосування норм матеріального права та правил обчислення строку позовної давності. Для прикладу, Шевченківський районний суд м. Запоріжжя таку обставину, як вилучення оригіналів кредитних договорів під час обшуку — внаслідок проведення ревізії фінансово-господарської діяльності підприємства тривалістю 1 рік 1 місяць 25 днів, визнав невідворотною за таких умов подією відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 263 ЦК України[3]. На нашу думку, цю обставину не можна вважати непереборною силою, для якої характерні узагальнювальні риси таких обставин — їхня об'єктивна і

[1] Касап В. М. Заміна сторін у цивільно-правовому зобов'язанні : дис. канд. юрид. наук : 12.00.03. Терноп. нац. екон. ун-т. Тернопіль, 2017. С. 107.

[2] Цивільний кодекс України : Закон України від 16.01.2003 р. №435-IV. URL : http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15 (дата звернення : 12.11.2023).

[3] Ухвала Шевченківського районного суду м. Запоріжжя від 16 липня 2012 року по справі № 0827/4324/12. *Єдиний державний реєстр судових рішень.* URL : http://reyestr.court.gov.ua/Review/25319233 (дата звернення : 09.11.2023).

абсолютна дія, яка розповсюджується на невизначене коло осіб та неможливість передбачення та відвернення цих обставин[1]. Це пов'язано з тим що, здійснюючи господарську діяльність, особа повинна діяти відповідно до законодавства, а в разі порушення, що є проявом її волі, — усвідомлювати можливість настання негативних наслідків. Саме тому, здійснюючи господарську діяльність відповідно до закону, особа могла попередити (відвернути) цю обставину. Проте ми вважаємо, що це не перешкоджає зарахувати цю обставину до підстав зупинення перебігу строку позовної давності.

Інше суб'єктивне розуміння цієї обставини продемонстрував у справі № 526/2359/15-ц Гадяцький районний суд Полтавської області[2]. Вилучення оригіналів документів у рамках розслідування кримінального провадження суд визнав як незалежну від позивача обставину, що є поважною причиною пропуску строку позовної давності.

У разі визначення обставини як поважної причини пропуску строку позовної давності, суд оцінює існування такої обставини в межах цього строку та не бере до уваги проміжний час, що минув з моменту припинення поважних причин до фактичного подання позову до суду, поза межами строку позовної давності. Таким чином, цей проміжний період може становити 6 місяців, рік, а може і 10 років, що негативно може вплинути на цивільні правовідносини та буде суперечити меті позовної давності. Аналізуючи цю обставину, слід звернути увагу на те, що для неї можна встановити часові межі її існування, тому час існування такої обставини варто розцінювати як підставу для зупинення перебігу строку, що дозволить правильно та чітко обрахувати строк позовної давності. Відповідно, пропонуємо доповнити перелік підстав зупинення перебігу строку позовної давності такою підставою: «*У разі вилучення документів, що підтверджують позовні вимоги, в межах кримінального провадження або проведення передбачених законом перевірок на час їх вилучення до фактичного повернення*».

Наступною правовою конструкцією, що впливає на обчислення перебігу строку позовної давності, є переривання. На відміну від зупинення перебігу строку, після переривання строк позовної давності починається заново і час, що минув до перерви, не зараховується у новий строк.

Необхідно зазначити, що, як і в разі зупинення перебігу строку і, переривання його перебігу можливе лише за умови, якщо дії, визнані законом

[1] Науково-практичний коментар до Цивільного кодексу України. Радник. Український юридичний портал : вебсайт. URL : http://radnuk.info/komentar/chky/chky-knuga1/chky-knuga1-pozd5/113-tsk-glava19/1966--263----.html (дата звернення: 17.11.2023).

[2] Ухвала Гадяцького районного суду Полтавської області від 21 березня 2016 р. по справі № 526/2359/15-ц. *Єдиний державний реєстр судових рішень.* URL : http://reyestr.court.gov.ua/Review/56620114 (дата звернення: 09.11.2023).

підставами для переривання, було вчинено до закінчення строку позовної давності, незалежно від частини строку позовної давності, що залишився після того, як були здійснені ці дії.

Переривання перебігу строку позовної давності полягає у вчиненні особою передбачених законом дій, які переривають перебіг строку, тобто залежать від волі сторін спору і одночасно є підставою для перебігу строку давності спочатку.

Цивільне законодавство України передбачає вичерпний перелік підстав переривання строку позовної давності, який включає такі дві підстави:

1. Вчинення особою дії, що свідчить про визнання нею свого боргу або іншого обов'язку.

У самому законі не вказано конкретизованого переліку таких дій. Орієнтований перелік дій, що свідчать про визнання боргу, наведено в постанові Пленуму вищого господарського суду України «Про деякі питання практики застосування позовної давності у вирішенні господарських спорів» від 29.05.2013 року №10. Відповідно до п. 4.4.1., до дій, що свідчать про визнання боргу або іншого обов'язку, можуть з урахуванням конкретних обставин справи належати: визнання пред'явленої претензії; зміна договору, з якої очевидно, що боржник визнає існування боргу, а також прохання боржника про таку зміну договору; письмове прохання відстрочити сплату боргу; підписання уповноваженою на це посадовою особою боржника разом з кредитором акту звірки взаєморозрахунків, який підтверджує заборгованість у сумі, щодо якої виник спір; письмове звернення боржника до кредитора щодо гарантування сплати суми боргу; часткова сплата боржником або з його згоди іншою особою основного боргу та/або сум санкцій. При цьому якщо виконання зобов'язання передбачалося частинами або у вигляді періодичних платежів і боржник вчинив дії, що свідчать про визнання лише певної частини (чи періодичного платежу), то такі дії не можуть бути підставою для переривання перебігу строку позовної давності стосовно інших (невизнаних) частин платежу[1].

Таким чином, суд в кожному конкретному випадку повинен дослідити обставини, які свідчать про визнання боргу та на власний розсуд визначає їх такими, що підтверджують визнання боргу боржником. Якщо факт визнання боргу встановлений, давність переривається в день такого визнання.

В судовій практиці також викладено правову позицію щодо юридичного значення для переривання строку давності погашення боргу внаслідок ліквідаційної процедури. Так, наприклад, у постанові Верховного суду України від 2 грудня 2015 року в справі за номером 6-1707цс15 зазначено, що погашення

[1] Про деякі питання практики застосування позовної давності у вирішенні господарських спорів : постанова Вищого господарського суду України від 29.05.2013 р. № 10. URL : http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v0010600-13 (дата звернення : 19.11.2023).

боргу за кредитним договором у рамках ліквідаційної процедури за рахунок продажу ліквідатором майна боржника не свідчить про визнання боргу відповідачем та не перериває перебігу строку позовної давності[1]. Така правова позиція Верховного Суду України є логічною, адже для переривання перебігу строку необхідне вчинення самим боржником дій, що свідчать про визнання боргу і відповідно є його прямим волевиявленням.

У зв'язку з цим у літературі виникають дискусії щодо можливості переривання строку позовної давності через вчинення дій, що свідчать про визнання боргу не самим боржником, а його поручителем. Узагальнювальну відповідь на це питання відображено в постанові Пленуму Вищого Господарського суду України «Про деякі питання практики застосування позовної давності у вирішенні господарських спорів» від 29.05.2013 року №10, відповідно до якої вчинення боржником дій з виконання зобов'язання вважається таким, що переривае перебіг строку давності, лише за умови, коли такі дії здійснено уповноваженою на це особою, яка представляє боржника у відносинах з кредитором відповідно до закону, на підставі установчих документів або довіреності[2]. Також дії такої особи повинні бути з дозволу основного боржника, а не її власним добровільним волевиявленням. У разі пред'явлення вимоги кредитором до поручителя останній зобов'язаний повідомити про це боржника, інакше, якщо сам виконає зобов'язання, боржник має право висунути проти вимоги поручителя всі заперечення, які він мав проти вимоги кредитора (ст. 555 ЦК України).

Отже, вчинення дій з визнання боргу поручителем можуть переривати перебіг строку давності, однак ці дії повинні бути в межах строку дії поруки за зобов'язанням боржника та з його дозволу, інакше їх вчинення не буде мати правової підстави.

У правозастосовчій практиці не має однозначного вирішення питання про те, чи може переривати перебіг строку позовної давнотсі часткове визнання боргу, чи визнання боргу обов'язково має бути повним. У такому випадку слід враховувати те, як сторони домовилися про виконання зобов'язання. Якщо передбачалося виконання зобов'язання одномоментно в повному обсязі, то виконання його частини буде визнанням боргу загалом. У випадках виконання зобов'язання частинами, наприклад, в договорі прописані строки оплати щомісячних платежів, строк буде обчислюватися за кожним платежем

[1] Постанова Верховного Суду України від 2 грудня 2015 року по справі №6-1707цс15. *Єдиний державний реєстр судових рішень.* URL : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/55190395 (дата звернення: 09.11.2023).

[2] Про деякі питання практики застосування позовної давності у вирішенні господарських спорів : постанова Вищого господарського суду України від 29.05.2013 р. № 10. URL : http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/v0010600-13 (дата звернення: 19.11.2023).

окремо, тому оплата одного простроченого платежу не означає визнання боржником інших боргових платежів або боргу загалом. До такого правового висновку дійшов Верховний Суд України в постанові від 05.04.2017 року № 6-522цс17 та встановив, що перебіг строку позовної давності за вимогами кредитора, які випливають з порушення боржником умов договору (графіка погашення кредиту) про погашення боргу частинами (щомісячними платежами), починається стосовно кожної окремої частини від дня, коли сталося це порушення[1]. При цьому, якщо виконання зобов'язання передбачалося частинами або у вигляді періодичних платежів і вчинено дії, що свідчать про визнання лише певної частини боргу чи про періодичний платіж, такі дії не можуть бути підставою для переривання перебігу строку давності стосовно інших (невизнаних) частин платежу. Отже, в таких випадках переривання строку позовної давності можливе лише для окремих частин боргу. Ми не погоджуємося з такою судовою практикою, оскільки вважаємо, що у таких правовідносинах початок перебігу строку необхідно обчислювати із закінченням строку дії такого договору, а в разі пред'явлення кредитором вимоги про дострокове погашення боргу — з моменту її пред'явлення. Відповідно сплату платежу можна вважати визнанням всієї суми кредиту, що переривает строк позовної давності.

2. Наступна передбачена законом підстава переривання строку позовної давності — у разі пред'явлення особою позову до одного із кількох боржників, а також якщо предметом позову є лише частина вимоги, право на яку має позивач[2].

Пред'явлення позову до суду — це реалізація позивачем права на звернення до суду. Саме із цією процесуальною дією пов'язується початок процесу в справі. Переривання строку позовної давності здійснюється не шляхом подання будь-якого позову, а такої позовної заяви, що відповідає вимогам ст. 175 ЦПК України.

Якщо ці вимоги порушено, то суд позов не приймає до розгляду або залишає без розгляду і не переривает строк позовної давності (ст. 265 ЦК України). Проте якщо суд залишив без розгляду позов, пред'явлений у кримінальному процесі, час від дня пред'явлення позову до набрання законної сили рішенням

[1] Кірюшин А.А. Перебіг позовної давності за вимогами кредитора, які випливають з порушення боржником умов договору про погашення боргу частинами починається стосовно кожної окремої частини (ВСУ від 05.04.2017 № 6-522цс17). Протокол : веб-сайт. URL : https://protocol.ua/ua/vsu_perebig_pozovnoi_davnosti_za_vimogami_kreditora_yaki_viplivayut_z_porushennya_borgnikom_umov_dogovoru_pro_pogashennya_borgu_chastinamipochinaetsya_stosovno_kognoi_okremoi_chastini_(vsu_vid_05_04_2017_6_522tss17) (дата звернення : 12.11.2023).

[2] Цивільний кодекс України : Закон України від 16.01.2003 р. №435-IV. URL : http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15 (дата звернення : 12.11.2023).

суду, яким позов було залишено без розгляду, не зараховується до строку позовної давності. Якщо ж частина строку, що залишилася, є меншою шести місяців, її подовжують до шести місяців (ч. 2 ст. 265 ЦК України).

У постанові Верховного Суду України від 2 грудня 2015 року № 6-895цс15 викладено правовий висновок про те, що за змістом статті 257, частини другої статті 264 ЦК України перебіг строку позовної давності шляхом пред'явлення позову може перериватися не в разі будь-якого направлення позову поштою, а здійсненого з додержанням вимог процесуального законодавства, зокрема статей 27, 175 ЦПК України. Якщо суд у прийнятті позовної заяви відмовив або її повернув, то перебіг строку позовної давності не переривається. Не перериває перебігу такого строку й подання позову з недодержанням правил підсудності[1].

Якщо позовну заяву було подано з порушенням вимог, суддя протягом п'яти днів з дня надходження до суду позовної заяви постановляє ухвалу про залишення позовної заяви без руху в якій зазначаються недоліки позовної заяви, спосіб і строк їх усунення, який не може перевищувати десяти днів з дня вручення ухвали про залишення позовної заяви без руху[2].

Після того як всі недоліки позовної заяви будуть усунуті, суддя приймає рішення про прийняття позовної заяви до свого провадження. При цьому заява вважається поданою в день початкового подання її до суду. Це дуже важлива гарантія для позивача, оскільки строк позовної давності переривається поданням позовної заяви до суду. Було б несправедливо, якщо, усунувши всі недоліки позовної заяви, позивач не зміг би захистити або відновити порушені чи оспорювані права у зв'язку із закінченням строку позовної давності. У тому випадку, якщо заявник у встановлений строк не виконає вказівки судді, перераховані в ухвалі, заява вважається неподаною і повертається заявнику з усіма доданими до неї документами. Отже, не кожне подання позову перериває перебіг строку позовної давності, а лише те, що відповідає вимогам щодо змісту, форми позовної заяви та процедури її подання відповідно до чинного процесуального законодавства.

Відповідно до чинного законодавства особа має можливість захистити своє порушене право шляхом подання не тільки позову, але й заяви про видачу судового наказу щодо вимог особи. В ч. 2 ст. 267 ЦК України переривання строку позовної давності конкретно визначено шляхом пред'явлення позову,

[1] Постанова Верховного Суду України від 2 грудня 2015 року по справі №6-895цс15. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/54083204 (дата звернення: 09.11.2023).

[2] Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 р. № 1618-IV (в редакції від 03.10.2017 р. № 2147-VIII). URL : http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15 (дата звернення : 19.11.2023).

а не заяви про видачу судового наказу. Відповідно до ч.1 ст.160 ЦПК України, судовий наказ є особливою формою судового рішення, його видає суд за результатами розгляду вимог, передбачених у вичерпний перелік ст.161 ЦПК України[1]. Таким чином, у кредитора є право вибору щодо здійснення судового захисту на стягнення грошових коштів, яке може бути реалізовано як у позовному провадженні, так і шляхом видачі судового наказу. Незважаючи на вичерпний перелік підстав переривання строку давності, у судовій практиці суди дійшли висновку, що судовий наказ перериває строк позовної давності, навіть якщо його пізніше скасовано[2]. Оскільки норми про переривання та зупинення строку позовної давності є імперативними, не можна визнати судові рішення невідповідними законодавству, в яких видачу судового наказу не визнано підставою для переривання строку, адже її законодавець не передбачив. З огляду на це, на нашу думку, позиція судової практики щодо можливості переривання строку позовної давності є обґрунтованою, адже не суперечить позивачу у виборі реалізації права на судовий захист, тому її слід передбачити в ЦК України на рівні з поданням позову.

Далі розглянемо третю юридичну конструкцію позовної давності, яку в науковій літературі називають поновленням строку позовної давності. Чому саме в літературі? Це обумовлено тим, що цивільне законодавство не застосовує цього поняття та не розкриває його сутності. Поняття поновлення строку позовної давності вживають і в судовій практиці.

Фактично, поновлення строку позовної давності є волевиявленням суду спрямоване на захист порушеного права особи, після спливу строку давності за наявності поважних причин. Йдеться про те, що законодавець не передбачив повторного перебігу чи подовження строку позовної давності, як це встановлено у випадку його переривання, та не встановив додаткового строку для захисту порушеного права за наявності поважних причин. Відповідно, особі не потрібно після визнання судом поважними причин пропуску строку позовної давності подавати новий позов, а захист права позивача здійснюється безпосередньо в межах наявного провадження. Це відображено в ч.5 ст.267 ЦК України: якщо суд визнає поважними причини пропущення позовної давності, порушене право підлягає захисту. Отже, фактично жодного поновлення строку давності не відбувається, суд визнає право на захист позивача та не застосовує наслідків спливу позовної давності.

[1] Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 р. № 1618-IV (в редакції від 03.10.2017 р. № 2147-VIII). URL : http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15 (дата звернення : 19.11.2023).

[2] Ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 25 вересня 2015 року по справі №6-18668св15. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL : http://reyestr.court.gov.ua/Review/50973182 (дата звернення : 09.11.2023).

Проте в судовій практиці є випадки задоволення позовів саме про поновлення строку позовної давності без зазначення моменту перебігу нового строку та його тривалості[1, 2].

На нашу думку, не має сенсу подавати позов про поновлення строку позовної давності, а потім звертатися за захистом до суду. Фактичний сплив позовної давності не має значення для подання позову, адже суд не має права відмовити у його прийнятті або відмовити у позові через сплив строку позовної давності за власною ініціативою. Логічним і доцільним є подання клопотання про поновлення строку позовної давності, якщо є заява відповідача про застосування позовної давності. Крім того, це не вигідно з матеріальної точки зору, адже доведеться двічі сплачувати судовий збір — спочатку за поновлення строку, а потім за позов.

Визнання тієї чи іншої обставини поважною причиною пропуску строку позовної давності віднесено винятково до суб'єктивної думки судді. Критерії, за якими суд визнає ту чи іншу причину поважною, є різними і не завжди співпадають в однакових ситуаціях, що призводить до різного застосування судами норм матеріального і процесуального права. Саме тому, на нашу думку, доцільно було б зазначити в законодавстві невичерпний перелік деяких з них.

Аналіз судової практики дозволив виділити такі поважні причини пропущення строку позовної давності:

1) довгострокове перебування особи за межами України, зокрема у відрядженні, зміна місця проживання особи[3];

2) відновлення внаслідок втрати ідентифікаційних документів особи (паспорта)[4];

3) відшукування та збирання підтверджувальних позовні вимоги доказів[5;6];

[1] Рішення Вінницького районного суду Вінницької області від 15 липня 2013 року по справі № 128/68/13-ц. *Єдиний державний реєстр судових рішень.* URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/32565169 (дата звернення : 19.11.2023).

[2] Ухвала Рубіжанського міського суду Луганської області від 1 серпня 2012 року по справі № 1224/210/12. *Єдиний державний реєстр судових рішень.* URL : http://reyestr.court.gov.ua/Review/45284022 (дата звернення: 19.11.2023).

[3] Ухвала Краматорського міського суду Донецької області від 16 жовтня 2013 року по справі № 234/10727/13-ц. *Єдиний державний реєстр судових рішень.* URL : http://reyestr.court.gov.ua/Review/34308285 (дата звернення: 19.11.2023).

[4] Рішення Вінницького районного суду Вінницької області від 15 липня 2013 року по справі № 128/68/13- ц. *Єдиний державний реєстр судових рішень.* URL : http://reyestr.court.gov.ua/Review/32565169 (дата звернення : 19.11.2023).

[5] Рішення Іванівського районного суду Одеської області від 17 вересня 2007 року по справі №2-280 2007 р. *Єдиний державний реєстр судових рішень.* URL : http://reyestr.court.gov.ua/Review/3356033 (дата звернення: 19.11.2023).

[6] Рішення Кодимського районного суду Одеської області від 6 жовтня 2017 року по справі №503/1848/17. *Єдиний державний реєстр судових рішень.* URL : http://reyestr.court.gov.ua/Review/69401314 (дата звернення: 19.11.2023).

4) тривала хвороба, скрутне матеріальне становище особи[1];

5) відсутність відомостей про особу відповідача, місце його перебування та місця державної реєстрації, якщо позивач вживав заходів щодо відшукування цієї особи[2];

6) якщо своєчасність звернення особи до суду залежала від невиконання або несвоєчасного виконання своїх обов'язків органами владних повноважень щодо надання інформації, відповіді на запити, копії документів, які є доказами правової вимоги кредитора[3];

7) важливою є позиція суду щодо «поновлення» строку позовної давності у разі визнання позову відповідачем. Відповідно до статті 206 ЦПК України, відповідач може в письмовій формі визнати позов повністю або частково. На підставі цього обов'язком суду є винесення рішення про задоволення позову, але з урахуванням того, що задоволення позову: а) не повинно суперечити закону; б) не повинно порушувати права, свободи чи інтереси інших осіб. Виникає питання: чи можна віднести до однієї з цих вимог пропущення строку давності, коли інших підстав для відмови у позові немає? Звичайно, щодо другої умови не виникає жодних заперечень. Якщо строк позовної давності пропущений та є ризик порушити права, свободи чи інтереси інших осіб, то, незважаючи на визнання позову відповідачем, суд може відмовити в задоволенні позовних вимог.

На нашу думку, за першої умови задоволення позову у разі пропуску строку давності не буде суперечити закону, оскільки законодавством передбачено його поновлення судом за поважних причин, а визнання позову відповідачем можна вважати визнанням боргу та заявою про не застосування позовної давності.

З огляду на це, пропонуємо визнання позову відповідачем визначати як заяву про незастосування позовної давності, що теж є підставою для поновлення строку давності.

Оскільки, законодавством не передбачено вичерпного переліку поважних причин пропуску строку позовної давності та не визначено критеріїв відповідності таких причин поважними, суди приймають різні рішення посилаючись

[1] Рішення Кодимського районного суду Одеської області від 10 жовтня 2017 року по справі № 503/1885/17. *Єдиний державний реєстр судових рішень.* URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/69453041 (дата звернення: 19.11.2023).

[2] Ухвала Октябрського районного суду м. Полтави від 14 листопада 2013 року по справі № 554/14757/13-ц. *Єдиний державний реєстр судових рішень.* URL : http://reyestr.court.gov.ua/Review/38527330 (дата звернення: 19.11.2023).

[3] Рішення Господарського суду Херсонської області від 14 листопада 2007 року по справі № 14/344-ПН-07. *Єдиний державний реєстр судових рішень.* URL: http://reyestr.court.gov.ua/Review/1177481 (дата звернення: 19.11.2023).

на різні підстави в однакових спірних правовідношеннях. Таке визначення належить до дискреційних повноважень суду, через відносну визначеність змісту цивільних норм та залежить від їх особистого мислення та розуміння конкретних обставин справи.

На наш погляд, зазначення вичерпного переліку причин пропуску строку позовної давності недоцільне, але їх орієнтовний перелік та критерії, яким вони повинні відповідати, слід визначити в Цивільному кодексі України. Це пов'язано з тим, що ту чи іншу причину залежно від обставин справи в одному випадку може бути визнано поважною, а в іншому — ні.

Саме тому, на нашу думку, причина (обставина) пропуску строку позовної давності є поважною, якщо вона відповідає одночасно всім таким умовам:

1) ця обставина безпосередньо пов'язана з особистістю позивача, тобто об'єктивно виникла для особи, яка має право вимоги. При цьому, можуть виникнути обставини, які опосередковано стосуються позивача, наприклад, не його особиста хвороба, а тривала важка хвороба родича, внаслідок якої останній потребує постійного догляду і присутності біля нього позивача. Таким чином, це можуть бути певні зобов'язання позивача перед третіми особами, які є причиною пропущення строку давності.

2) це обставина або кілька обставин безпосередньо унеможливлюють або ускладнюють реалізацію права особи на звернення до суду з позовом у межах строку позовної давності;

3) ця обставина виникла поза волею особи, яка пропустила строк;

4) визнання обставини поважною причиною повинно відповідати нормам моралі. Це зумовлено тим, що поняття «поважності» є оціночним і не завжди може відповідати правовим засадам, а є особистим волевиявленням і розумінням судді. Саме тому така обставина повинна відповідати моральним підвалинам суспільства і може бути визнаною поважною за таких же умов;

5) ця обставина виникла в останні шість місяців спливу строку позовної давності та мала місце в момент його спливу, а якщо обставина припинила існувати до моменту спливу, то її наслідки сприяють пропущенню строку давності;

6) обставина підтверджується належними і допустимими засобами доказування.

Загальними особливостями застосування поважних причин пропуску строку є їх настання в межах строку позовної давності. У цьому випадку, судам слід звертати увагу на момент їх виникнення в часовому просторі: враховувати строк, що залишився з моменту їх виникнення (чи мала особа достатньо часу звернутися до суду до завершення строку), та час, що минув з моменту спливу строку давності за наявності поважних причин. Для забезпечення

визначеності у спірних правовідносинах, коли були поважні причини пропуску строку давності, а особа звернулася за захистом через декілька років після спливу строку позовної давності, пропонуємо встановити часові межі для захисту права за наявності поважних причин пропуску строку давності: суд визнає обставини поважними причинами пропуску строку позовної давності, якщо вони виникли в останні 6 місяців до її закінчення та в разі звернення особи за захистом до суду не пізніше року з моменту спливу строку позовної давності або з моменту припинення такої обставини. Визнання поважних причин пропуску давності можливе за дотриманням цих двох умов у сукупності, а не як альтернативи. На нашу думку, співрозмірним є встановлення саме однорічного строку існування поважної причини. Це пов'язано з тим, що більшість документів відповідно до «Переліку типових документів, що створюються під час діяльності державних органів та органів місцевого самоврядування, інших установ, підприємств та організацій, із зазначенням строків зберігання документів»[1], підлягають зберіганню найчастіше на 3 чи 5 роки. Оскільки спеціальні строки давності стосуються вузького кола конкретно визначених вимог, а до решти застосовується загальний строк позовної давності, то встановлення однорічного строку є оптимальним та дозволятиме отримати документи необхідні для встановлення істини у правовідносинах, у межах строку їх зберігання.

Клопотання особи про визнання поважними причини пропуску строку давності необов'язкове. Згідно з ч. 5 ст. 267 ЦК України, слід розуміти, що суд може сам ініціювати так зване «поновлення» строку позовної давності, якщо вбачатиме достатньо підтверджувальних доказів про поважні причини пропуску. Так само суд самостійно застосовує зупинення та переривання строку давності за наявності підтверджувальних обставин. Особа може надати суду докази, які вказують на поважні причини пропуску строку давності, й безпосередньо не заявити клопотання про їх визнання поважними. З огляду на це, суд відмовляти в позові, посилаючись на те, що позивач не заявив клопотання про визнання поважними причин пропуску строку давності[2], не має права, адже обов'язковості такого клопотання не передбачено законом.

Судова практика визначила різні підстави, за якими суд визнає ту чи іншу причину поважною, які можуть стосуватися особистого стану особи

[1] Перелік типових документів, що створюються під час діяльності державних органів та органів місцевого самоврядування, інших установ, підприємств та організацій, із зазначенням строків зберігання документів : затв. наказ. М-ва юстиції України від 12.04.2012 р. № 578/5. URL : http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/z0571-12 (дата звернення : 19.11.2023).

[2] Рішення апеляційного суду Одеської області від 22 серпня 2017 року по справі № 521/14384/16-ц. *Єдиний державний реєстр судових рішень.* URL : http://reyestr.court.gov.ua/Review/68837340 (дата звернення: 19.11.2023).

(тяжка хвороба, безпорадний стан), неписьменності, перебування позивача або відповідача в тривалому відрядженні, необізнаності особи щодо місця перебування боржника, протиправних дій інших осіб тощо. Однак, їх не закріплення на законодавчому рівні призводить до дестабілізації не лише цивільних правовідносин, але й результатів діяльності судової практики.

Слід зауважити, що будь-які дії суду щодо зупинення, переривання та поновлення строку позовної давності можливі лише після заявленого клопотання про застосування позовної давності стороною спору. І ці правила про обчислення строку давності суд може застосувати за власною ініціативою незалежно від подання чи неподання відповідного клопотання сторін у справі, якщо в останніх є докази, що підтверджують факт такого переривання (зупинення, поновлення). Також підстави зупинення, переривання та поновлення строку позовної давності застосовуються при обчисленні як загального, так і спеціального строків позовної давності.

Висновки. Обчислення початку перебігу строку позовної давності залежить від суб'єктивного та об'єктивного критеріїв. У цивільному законодавстві України (ч. 1 ст. 261 ЦК України) закріплено презумпцію обізнаності особи про порушення. При цьому має значення реальна можливість такої обізнаності, а не фактична.

Правильним є обчислення строку позовної давності загалом з наступного дня після календарної дати, в якій сталося правопорушення, що відповідає загальним правилам обчислення строків та термінів.

Норми про застосування категорій зупинення, переривання та поновлення строку позовної давності при його обчисленні судом є імперативними. Це означає, що їх застосування є обов'язком суду та лише за наявності підстав для цього передбачених законом. Сьогодні актуальними для зупинення перебігу строку позовної давності є такі обставини: смерть кредитора або боржника та перехід його прав і обов'язків у порядку спадкування; вилучення органами державної влади документів, які є доказами у спірних правовідносинах.

Переривання строку давності можливе через видачу судового наказу та визнання боргу як боржником, так і його поручителем. При цьому такі дії поручителя повинні бути вчиненні в межах строку дії поруки за зобов'язанням боржника та за умови письмового його повідомлення про пред'явлення такої вимоги до поручителя.

Аналіз поновлення позовної давності за рішенням суду засвідчив необхідність закріплення у законодавстві критеріїв та умов визнання причин поважними. Це забезпечить однакове застосування законодавства при вирішенні спорів.

Законодавче закріплення вичерпного переліку поважних причин пропуску строку позовної давності є недоцільним, оскільки за різних обставин одна й та ж сама причина може мати різне значення для кредитора. Але аналіз судової практики дозволив віднести певні підстави до поважних причин для поновлення строку позовної давності.

4.2. Поняття та ознаки заходів оперативного впливу в зобов'язальних правовідносинах

Для розвитку цивільних правовідносин у суспільстві недостатньо надання особам лише можливості здійснювати суб'єктивні цивільні права. Необхідно забезпечувати їм можливість захистити свої права та охоронювані законом інтереси. Як показує життя, суб'єктивне право особи, не забезпечене необхідними цивілізованими засобами захисту, є занадто слабким і може бути порушене будь-ким, будь-яким способом і будь-коли. Через це цивільне законодавство не тільки надає можливість суб'єктам цивільних правовідносин набувати та здійснювати суб'єктивні права, а й можливість їх захищати[1]. Це зумовлено тим, що приватно-правова концепція побудови ЦК України створює підстави для розуміння права як змісту, що відображає моральний стандарт та визначається розвитком суспільних відносин через вплив різноманітних соціальних, політичних, культурних, економічних та інших факторів, а не як форми, яка втілена у сукупності нормативно-правових актів держави[2].

Захист цивільних прав та інтересів у юридичній літературі, як правило, розкривають як правомірну реакцію учасників цивільних відносин, суспільства та держави на порушення, невизнання чи оспорювання цивільного права з метою припинення порушення, поновлення чи визнання цивільного права або компенсації завданої правомочній особі шкоди[3]. Така позиція зумовлена вказівкою закону на те, що право на захист виникає для особи у разі порушення, невизнання або оспорювання її цивільного права та інтересу (ст. 15 ЦК України). Крім того, визначення поняття захисту через «правомірну реакцію учасників» надає суб'єктам захисту характеру активних дій з реалізації права на захист, що дозволяє встановити підставу і мету захисту, проаналізувати окремі види дій із захисту цивільних прав, а також виявити їх взаємозв'язок і єдність[4].

[1] Бірюков І. А., Заіка Ю. О., Співак В. М. Цивільне право України : Загальна частина. К. : Вид-во «Наукова думка», 2000. С. 121.

[2] Клім С. І. Аналогія закону у цивільному праві України : монографія. Одеса : Фенікс, 2013. С. 180.

[3] Харитонов Є. О., Саніахметова Н. О. Цивільне право України : підручник. К. : Істина, 2003. С. 183.

[4] Крашенинников Е. А., Шевченко А. С. Охранительные правоотношения и защита гражданских прав. *Субъективное право: проблемы осуществления и защиты.* Владивосток : Изд-во Дальневост. ун-та, 1989. С. 18.

ЗАХИСТ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВ ТА ІНТЕРЕСІВ УЧАСНИКІВ ЗОБОВ'ЯЗАЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИН

Під порушенням слід розуміти такий стан суб'єктивного права, при якому воно зазнало протиправного впливу з боку правопорушника, внаслідок якого суб'єктивне право управомочної особи зазнало зменшення або ліквідації як такого. Порушення права пов'язано з позбавленням його носія можливості здійснити, реалізувати своє право повністю або частково. Невизнання — це дії учасника цивільного правовідношення, який несе юридичний обов'язок перед управомочною особою, спрямовані на заперечення в цілому або в певній частині суб'єктивного права іншого учасника цивільного правовідношення, внаслідок якого уповноважена особа позбавлена можливості реалізувати своє право. Такий несприятливий наслідок може бути як при абсолютному, так і при відносному цивільному правовідношенні. Оспорювання — це такий стан цивільного правовідношення, при якому між учасниками існує спір з приводу наявності чи відсутності суб'єктивного права у сторін, а також приналежності такого права певній особі. Оспорене право ще не порушене, але виникає невизначеність у праві, зумовлена поведінкою іншої сторони стосовно уповноваженого[1]. Водночас законодавець не виключає можливості застосування способів захисту до інших випадків посягання на права та інтереси суб'єктів цивільних правовідносин.

Таким чином, захист цивільних прав та інтересів виявляється через його здійснення, а саме через застосування системи способів, передбачених законом, спрямованих на «припинення порушення, поновлення чи визнання цивільного права або компенсації завданої правомочній особі шкоди».

Відповідно для особи право на захист полягає в можливості використання в межах, визначених законом, способів самозахисту, а також у можливості звернення до відповідного державного, самоврядного чи громадського органу або уповноваженої особи за захистом свого цивільного права чи інтересу[2]. Таке правило міститься у змісті ч. 4 ст. 55 Конституції України, де вказується, що «кожен має право будь-якими, не забороненими законом, засобами захищати свої права і свободи від порушень і протиправних посягань».

При цьому характерною специфікою захисту цивільних прав та інтересів є те, що кожен обирає сам способи захисту, а також порядок їх застосування. ЦК України надає можливість широкого застосування таких порядків захисту, як: судового захисту — захист цивільних прав та інтересів може здійснюватися судом (ст. 16), адміністративного захисту — Президентом України, органами державної влади, органами влади АРК або органами місцевого самоврядування (ст. 17), захисту нотаріусом (ст. 18), самозахисту (ст. 19). Водночас захист

[1] Цивільний кодекс України : Науково-практичний коментар / Є. О. Харитонов, І. М. Кучеренко, О. І. Харитонова та ін. ; за ред. Є. О. Харитонова. Х. : ТОВ «Одіссей», 2006. С. 27.

[2] Харитонов Є. О., Саніахметова Н. О. Цивільне право України : підручник. К. : Істина, 2003. С. 183.

цивільних прав та інтересів може здійснюватися також за допомогою інших громадських, державних та міжнародних організацій. Наприклад, кожен має право звертатися за захистом своїх прав до Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини (ч. 2 ст. 55 Конституції України), відповідних міжнародних судових установ чи до відповідних органів міжнародних організацій, членом або учасником яких є Україна (ч. 2 ст. 55 Конституції України), зокрема до Європейського суду з прав людини, який діє відповідно до Конвенції про захист прав людини та основних прав.

Слід зазначити, що в законодавстві застосовуються терміни «засоби захисту» (ч. 4 ст. 55 Конституції України) та «способи захисту» (ст. 16, ч. 3 ст. 17, ст. 19 ЦК України), а в юридичній літературі також називаються такі правові категорії, як «форма захисту» та «заходи захисту». Для правильного термінологічного використання цих правових категорій слід визначитися з їх змістовним навантаженням.

У юридичній енциклопедії термін «форма» пояснюється як вигляд, зовнішність, устрій, різновид та розкривається як устрій, вид, тип, структура відповідного суспільства (соціальних, економічних, правових, органічних тощо) утворень або процесів (наприклад, управління, судочинства, оплати, обміну), а також порядок чогось[1]. Подібне пояснення міститься у Великому тлумачному словнику сучасної української мови: «Форма — тип, будова, спосіб організації чого-небудь; зовнішній вияв якого-небудь явища, пов'язаний з його сутністю, змістом»[2]. Тобто форма захисту означає порядок здійснення захисту. У такому розумінні застосовується поняття форми захисту і в юридичній літературі. Так, О. С. Іоффе зазначав, що цивільні права захищаються у певному, законом встановленому порядку (загальному, спеціальному і винятковому)[3]. Під формою захисту В. В. Бутнєв розуміє комплекс внутрішніх погоджених організаційних заходів для захисту суб'єктивних прав і охоронних законом інтересів[4].

Саме про форму захисту, а не про способи йде мова в статтях 16-19 ЦК України, де вказується, що захист цивільних прав та інтересів може здійснюватися судом, Президентом України, органами державної влади, органами

[1] Юридична енциклопедія: у 6 т. / Редкол. Ю. С. Шемшученко (голова редкол.). Київ : Вид-во «Українська енциклопедія» імені М. П. Бажана, 2004. Т. 6. Т–Я. С. 294.

[2] Великий тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і гол. ред. В Т. Бусел. К. ; Ірпінь : ВТФ «Перун», 2004. С. 1328.

[3] Гринько Р.В. Поняття та ознаки заходів оперативного впливу в зобов'язальних правовідносинах. Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія «Юридичні науки». 2014. Вип. 3. Т. 1. С. 136-140.

[4] Бутнев В. В. К понятию механизма защиты субъективных прав. *Субъективное право: Проблемы осуществления и защиты*. Владивосток, 1989. С. 10.

влади АРК або органами місцевого самоврядування, нотаріусом, а також у порядку самозахисту.

У літературі розрізняють юрисдикційну та неюрисдикційну форму захисту цивільних прав та інтересів[1]. Сутність юрисдикційної форми полягає у тому, що особа, цивільні права та інтереси якої порушено, звертається за захистом до державних та інших компетентних органів, які уповноважені застосувати необхідні заходи для відновлення порушеного права і припинення правопорушення. Дії громадян і організацій із захисту цивільних прав та інтересів, які ними вчиняються самостійно, без звернення за допомогою до державних та інших компетентних органів охоплю неюрисдикційна форма захисту[2].

Термін «способи захисту» законодавець застосовує, як правило, щодо судового порядку захисту цивільних прав. Так, згідно з ч. 2 ст. 16 ЦК України суд може захистити цивільне право та інтерес такими способами: визнання права; визнання правочину недійсним; припинення дії, яка порушує право; відновлення становища, яке існувало до порушення; примусове виконання обов'язку в натурі; зміна правовідношення; припинення правовідношення; відшкодування збитків та інші способи відшкодування майнової шкоди; відшкодування моральної (немайнової) шкоди; визнання незаконними рішення, дій чи бездіяльності органу державної влади, органу влади АРК або органу місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб.

Про способи захисту також йде мова у ст. 19 ЦК України, де закріплюється право особи самостійно обирати способи самозахисту свого цивільного права та права іншої особи чи встановлювати їх договором. Це означає, що способами захисту є дії, за допомогою яких зацікавлені особи вимагають захисту від інших суб'єктів[3]. А саме дії зобов'язаної особи на користь уповноваженої особи, що дозволять відновити порушене цивільне право та інтерес останньої. Тобто через способи захисту позначається бажаний для потерпілого правовий наслідок, що дозволить захистити його порушене право, — одержати те, чого бажає потерпілий за допомогою здійснення права на захист.

Слід зазначити, що «спосіб захисту цивільних прав» як правова категорія уперше з'явилася в межах дореволюційних досліджень, а до категоріального апарату цивільного права таке поняття входить лише у радянський період розвитку науки, що загалом було зумовлено позицією законодавця. На сьогодні «спосіб захисту» міцно увійшов до понять цивілістики й одержав теоретичну розробку в працях багатьох сучасних досліджень. Однак вести мову про єдине розуміння терміна «спосіб захисту суб'єктивних цивільних прав» не можна у

[1] Чечот Д. М. Субъективное право и формы его защиты. Л. : Изд-во ЛГУ, 1968. С. 72.

[2] Гринько Р.В. Там само. С. 136-140.

[3] Гринько Р.В. Там само. С. 136-140.

доктрині цивільного права. Водночас нині така категорія є базовою примусовою конструкцією захисту цивільних прав і відтісняє на друге місце таке поняття як «санкція», «міра примусу», «засіб захисту»[1].

Водночас у юридичній літературі способи захисту цивільних прав та інтересів розкриваються через дві категорії — «засіб» або «захід».

У тлумачних словниках терміном «засіб» позначається знаряддя в якійсь дії, справі[2]. Тобто якщо захист цивільних прав та інтересів здійснюється судом, то засобом такого захисту є подання позовної заяви до суду та прийняття по ній рішення, на підставі якого відновлюються порушені права, визнаються права чи усуваються перешкоди щодо здійснення прав чи інтересів. Тому визначення способу захисту через засіб є таким, що суперечить змісту ст.16 ЦК України. Водночас така позиція є спірною щодо термінологічного тлумачення цих правових категорій (наприклад, вираз «визнання права — це позов до суду» чи «визнання права — це рішення суду» є неправильним). Оскільки засобами захисту є знаряддя, інструментарій захисту, то вважаємо за доцільне застосовувати цей термін у контексті форм захисту. Саме форми захисту виявляються через застосування сукупності засобів захисту. Як слушно зазначає В.М.Коссак, право на захист включає як засоби процесуально-правового характеру, так і засоби матеріально-правового характеру[3].

Інша група науковців розкриває способи захисту через категорію «захід». Так, З.В.Ромовська визначає спосіб захисту як концентроване вираження заходів державного примусу, за допомогою яких відбувається досягнення бажаного правового результату[4]. Таким чином, учена вже вказує на суб'єкта застосування такого заходу захисту — державу.

На нашу думку, позиція, зайнята З.В.Ромовською, є спірною. Наприклад, у договірних правовідносинах сторона, щодо якої не було виконано зобов'язання або виконано неналежним чином, може застосувати способи захисту як через судові органи, так і самостійно, без звернення за захистом до суду, тобто із застосовуванням заходів державного примусу, так і без участі органів державної влади. Слід погодитися із висновком І.О.Дзери, яка цивільно-правовий захист щодо права власності розкрила як систему активних заходів, які застосовують власник, компетентні державні чи інші органи, спрямовану на

[1] Гринько Р.В. Там само. С. 136-140.

[2] Новий словник української мови : у 4-х т. / Уклад. О. Сліпушка, В. Яременко. К. : АКОНІТ, 1998. Т.2. С. 96.

[3] Коссак В. М. Оперативні санкції в новому Цивільному кодексі. *Вісник Львівського університету. Серія «Юридична»*. 2004. Вип. 39. С. 278-281; Цивільне право України : підручник : у 2 кн. / О. В. Дзера, Д. В. Боброва, А. С. Довгерт та ін. ; за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової. Кн. 1. К. : Юрінком Інтер, 2002. С. 218.

[4] Ромовская З. В. Защита в советском семейном праве. Львов : Вища школа, 1985. С. 30.

усунення порушень права власності, покладення виконання обов'язку з відновлення порушеного права на порушника[1]. Тому пов'язувати застосування способів захисту лише із державним примусом буде значною мірою звужувати можливість потерпілого щодо реалізації свого права на захист.

Терміном «захід» у тлумачному словнику позначається сукупність дій для досягнення, здійснення чогось[2]. Таким чином, слова «способи» та «заходи» захисту означають дію чи сукупність дій, які застосовуються для досягнення правового наслідку. Тобто ці слова близькі за значенням, хоча різні за звучанням, і можуть застосовуватися як синоніми. Такі заходи можуть застосовуватися у юрисдикційному та неюрисдикційному порядку.

У юридичній літературі до найбільш розповсюджених способів захисту, що застосовуються в зобов'язальних правовідносинах, відносять заходи оперативного впливу, які дозволяють найбільш оперативно, швидко захисти цивільні права та інтереси кредитора від порушення неюрисдикційним шляхом.

Термін «заходи оперативного впливу» для законодавства України не є новим. У ГК України заходами оперативного впливу називаються оперативно-господарські санкції, що застосовуються з метою припинення або попередження повторення порушень зобов'язання (ст.ст. 235 – 237). Законодавець наділяє заходи оперативного впливу такими ознаками:

1) в односторонньому порядку застосовуються самими сторонами зобов'язання;

2) застосовуються без попереднього пред'явлення претензії порушнику зобов'язання та у позасудовому порядку;

3) підставою застосування є порушення другою стороною господарського зобов'язання;

4) застосовуються лише ті заходи, які передбачені договором;

5) застосовуються незалежно від вини суб'єкта, який порушив господарське зобов'язання (ст. 235 ГК України).

Таким чином, головна особливість застосування заходів оперативного впливу, як правильно стверджує В. С. Щербина, полягає в застосуванні їх самими сторонами без звернення до судових або ін ших уповноважених органів, і без згоди іншої сторони зобов'язання[3]. Разом з тим відповідно до господарського законодавства умовою застосування заходів оперативного

[1] Дзера І. О. Цивільно-правові засоби захисту права власності в Україні. К. : Юрінком Інтер, 2001. С. 27.

[2] Новий словник української мови : у 4-х т. / уклад. О. Сліпушка, В. Яременко. К. : АКОНІТ, 1998. Т.2. С. 110.

[3] Щербина В. С. Господарське право : підручник. К. : Юрінком Інтер, 2012. С. 311.

впливу є закріплення їх у договорі. Однак категоричний припис про можливість застосування до суб'єкта, який порушив зобов'язання лише тих оперативно-господарських санкцій, які встановлені договором, не виключає припинення або зміну зобов'язання у разі порушення боржником зобов'язання на підставі спеціальних положень закону, що встановлені відповідно до п. 1 ст. 611 ЦК України[1].

Подібні ознаки заходів оперативного впливу як оперативно-господарських санкцій виділяють також у науковій літературі[2]. О. М. Вінник називає такі характерні риси цих санкцій: застосовуються лише в господарсько-договірних відносинах; застосовуються на розсуд кредитора в односторонньому порядку; передбачаються законом або договором; мета застосування — захист інтересів кредитора; виражаються переважно у заходах організаційного характеру; юридичні підстави застосування — договір; фактичні підстави — невиконання (неналежне виконання) договірних зобов'язань[3]. При цьому науковець підтримує позицію інших вчених у сфері господарського права[4] у тому, що оперативно-господарські санкції становлять форму господарсько-правової відповідальності поряд з іншими (відшкодуванням збитків, сплатою неустойки, конфіскацією, господарсько-адміністративним штрафом, планово-госпрозрахунковою (оціночною) санкцією, господарсько-організаційними санкціями)[5]. З останньою позицією погодитися не можна, так як у зобов'язальних правовідносинах самостійними способами захисту прав та інтересів учасників є заходи оперативного впливу та заходи цивільно-правової відповідальності.

Водночас законодавець у ст. 236 ГК України закріплює перелік видів заходів оперативного впливу, які сторони можуть передбачити в господарських договорах, а саме:

1) одностороння відмова від виконання свого зобов'язання управомочною стороною із звільненням її від відповідальності за це, — у разі порушення зобов'язання другою стороною;

відмова від оплати за зобов'язанням, яке виконано неналежним чином або достроково виконано боржником без згоди другої сторони;

[1] Проблемні питання у застосуванні Цивільного і Господарського кодексів України / під ред. А. Г. Яреми, В. Г. Ротаня. К. : Реферат, 2005. С. 202-203.

[2] Хозяйственное право : учебник / В. К. Мамутов, Г. Л. Знаменский, К. С. Хахулин и др.; под ред. Мамутова В. К. К. : Юринком Интер, 2002. С. 867; Чернодчук В., Чернодчук Т. До питання щодо оперативно-господарських санкцій. *Підприємництво, господарство і право*. 2001. № 3. С. 13-15.

[3] Вінник О. М. Господарське право : навч. посіб. К. : Вид-во «Алерта», 2008. С. 398

[4] Щербина В. С. Господарське право : практикум : навчальний посібник. К. : Юрінком Інтер, 2001. С. 200.

[5] Вінник О. М. Там само. С. 394.

відстрочення відвантаження продукції чи виконання робіт внаслідок протермінування виставлення акредитива платником, припинення видачі банківських позичок тощо;

2) відмова управомочної сторони зобов'язання від прийняття подальшого виконання зобов'язання, порушеного другою стороною, або повернення в односторонньому порядку виконаного кредитором за зобов'язанням (списання з рахунку боржника в безакцептному порядку коштів, сплачених за неякісну продукцію, тощо);

3) встановлення в односторонньому порядку на майбутнє додаткових гарантій належного виконання зобов'язань стороною, яка порушила зобов'язання: зміна порядку оплати продукції (робіт, послуг), переведення платника на попередню оплату продукції (робіт, послуг) або на оплату після перевірки їх якості тощо;

4) відмова від встановлення на майбутнє господарських відносин з стороною, яка порушує зобов'язання.

Зазначений законодавчий перелік заходів оперативного впливу не є вичерпним. Відповідно у договорі сторони можуть передбачити інші види таких заходів.

Вищезазначений підхід до законодавчого закріплення заходів оперативного впливу в ГК України не слід розглядати як пріоритет у юридичній силі господарського законодавства над цивільним. З цього приводу слушно пише Р. А. Майданик: «Теза щодо одночасного існування ГК та ЦК загалом негативно оцінюється в науці цивільного права, що ґрунтується на розумінні цивільного права як первинної (базової) галузі права з властивим їй самостійним предметом і методом правового регулювання, що в сукупності не притаманні іншим галузям права, та чи інша відокремлена сфера суспільних відносин може бути предметом лише однієї галузі права. Суб'єкти господарювання діють у сфері майнових відносин за принципом диспозитивності, тобто рівності сторін, що характерно для предмета і методу галузі цивільного права. Тому суб'єкти господарювання у відносинах юридичної рівності є суб'єктами цивільного права»[1].

Правову категорію «заходи оперативного впливу» в юридичній літературі пов'язують з іменем видатного радянського цивіліста В. П. Грібанова, який у своїй монографічній праці «Пределы осуществления и защиты гражданских прав» (1972 р.) дослідив межі застосування уповноваженою особою правоохоронних заходів оперативного впливу. При цьому вчений надавав заходам

[1] Майданик Р. А. Система права : пошук оптимальної моделі : доповідь. Ірпінь-Київ : АПрН України ; Київський регіональний центр, 2009. С. 7.

оперативного впливу значення самостійного способу захисту цивільних прав у зобов'язальних правовідносинах[1].

Як зазначав В. П. Грібанов, вони становлять один із видів правових гарантій, спрямованих на забезпечення належного виконання зобов'язання шляхом надання уповноваженій стороні права безпосереднього оперативного впливу на свого невиправного контрагента[2]. Він виділив такі особливості заходів оперативного впливу.

Перша особливість таких заходів полягає в тому, що вони є правоохоронними заходами, оскільки їх завданням є здійснення охорони прав та інтересів управомочної особи, що застосовується нею лише у випадку, коли зобов'язана сторона допустила ті чи інші порушення.

Друга особливість полягає в тому, що такі заходи мають односторонній характер дій управомочного суб'єкта цивільного правовідношення, що застосовуються до правопорушника безпосередньо самою управомочною особою як стороною цивільного правовідношення без звернення до компетентних державних або громадських органів.

Третя особливість заходів оперативного впливу полягає в тому, що односторонній характер застосування управомочною особою таких заходів впливає на специфіку гарантій їх правильного застосування. При цьому важливого значення набувають два моменти: по-перше, різнобічний та у більшості індивідуальний характер заходів оперативного впливу, що передбачає імперативне закріплення в законі специфічних та індивідуальних умов і меж їх застосування; по-друге, з метою забезпечення їх правомірного застосування управомочною особою закон надає право зобов'язаній особі у випадку безпідставного застосування до нього заходів оперативного впливу оспорити правильність їх застосування.

Четверта особливість полягає в тому, що їх застосування управомочною особою може спричинити настання невигідних наслідків для зобов'язаної особи.

П'ята особливість заходів оперативного впливу зумовлена їх функціональним призначенням — забезпечення належного виконання зобов'язання. Разом з тим зв'язок оперативних заходів із невигідними майновими наслідками для правопорушника надає їм характеру заходів майнового впливу[3].

Відштовхнувшись від цих особливостей, В. П. Грібанов визначив заходи оперативного впливу як такі юридичні засоби правоохоронного характеру,

[1] Грибанов В. П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав М. : Изд-во Моск. ун-та, 1972. 284 с.

[2] Грибанов В. П. Там само. С. 133.

[3] Грибанов В. П. Там само. С. 133-137.

які застосовуються до порушника цивільних прав і обов'язків безпосередньо самою управомочною особою як стороною в цивільному правовідношенні без звернення за захистом права до компетентних державних або громадських органів[1].

Ідея В. П. Грібанова щодо встановлення заходів оперативного впливу в зобов'язальних правовідносинах віднайшла підтримку серед науковців. Поряд із способами фактичного характеру, що застосовуються уповноваженою особою при самозахисті Н. В. Коробцова виділяє способи оперативного характеру, зокрема відмову від прийняття простроченого виконання[2].

Окремо слід навести позицію В. М. Коссака, який під засобами оперативного впливу розуміє такі юридичні засоби правоохоронного порядку, які застосовуються до порушника цивільних прав та обов'язків безпосередньо управомочною особою без звернення за захистом права до відповідних уповноважених органів[3]. При цьому науковець наголошує, що зазначені засоби застосовуються лише у випадках, зазначених у законі[4]. Тобто він вказує на такі визначальні ознаки заходів оперативного впливу, як:

1) володіють правоохоронним характером;

2) застосовуються лише управомочною особою, тобто становлять односторонню дію;

3) застосовуються без звернення за захистом права до відповідних управомочних органів;

4) застосовують лише у передбачених законом випадках, тобто виключають будь-яке самоуправство.

Виходячи з усього вищенаведеного, ми сформулюємо власне бачення особливостей ознак заходів оперативного впливу в зобов'язальних правовідносинах, що дозволить нам визначити поняття цієї правової категорії.

Заходи оперативного впливу завжди мають юридичний характер. Такий висновок В. П. Грібанов пояснює тим, що заходами оперативного впливу є юридичні засоби правоохоронного характеру[5]. З міркуваннями вченого слід погодитися, оскільки заходи оперативного впливу завжди спричиняють

[1] Грибанов В. П. Там само. С. 133.

[2] Цивільне право України / за ред. І. В. Борисової та ін. К. : Юрінком Інтер, 2004. Т. 1. С. 211.

[3] Коссак В. М. Оперативні санкції в новому Цивільному кодексі. *Вісник Львівського університету. Серія «Юридична»*. 2004. Вип. 39. С. 278-281; Цивільне право України : підручник : у 2 кн. / О. В. Дзера, Д. В. Боброва, А. С. Довгерт та ін. ; за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової. Кн. 1. К. : Юрінком Інтер, 2002. С. 218.

[4] Коссак В. М. Там само. С. 278-281; Цивільне право України : підручник : у 2 кн. / О. В. Дзера, Д. В. Боброва, А. С. Довгерт та ін. ; за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової. Кн. 1. К. : Юрінком Інтер, 2002. С. 218.

[5] Грибанов В. П. Там само. С. 133.

відповідну зміну прав і обов'язків, насамперед, для правопорушника (наприклад, припинення права на оплату товару за наявності його неналежної якості чи появі обов'язку усунути за свій рахунок дефекти поставленого устаткування тощо). Подібні міркування висловлює і Б. І. Пугінський, який як мету застосування заходів оперативного впливу вказує на перетворення структури правовідношення (зміну порядку виконання, припинення виконання тощо)[1]. Таким чином, заходи оперативного впливу мають юридичний характер, оскільки вони виступають юридичним фактом, який спричиняє настання певних правових наслідків.

Появу правової категорії «юридичний факт» пов'язують із іменем німецького вченого Ф. К. фон Савіньї, який події, що спричиняють виникнення або припинення правовідносин назвав юридичними фактами[2]. Таким чином вчений наголошує, усі юридичні факти співпадають один із одним у тому, що завдяки їм у правовідносинах певних осіб відбувається будь-яка зміна у часі[3].

Сучасна теорія юридичних фактів у цивільному праві ґрунтується на монографічній праці О. О. Красавчикова (1958 р.), де науковець визначив юридичні факти як факти реальної дійсності, з якими норми права пов'язують конкретні юридичні наслідки — динаміку правовідношення, тобто виникнення, зміну або припинення останнього[4]. Позиція вченого була відтворена в юридичній літературі з цивільного права[5]. Зокрема Р. О. Халфіна позначає юридичним фактом обставини, з якими норма права пов'язує динаміку правовідношення: його виникнення, розвиток і припинення[6].

Водночас у юридичній літературі зустрічається більш широке тлумачення юридичних фактів щодо правових наслідків, які вони породжують. На думку В. Б. Ісакова, юридичні факти обумовлюють виникнення, зміну, припинення правовідносин, а також інші правові наслідки[7]. Юридичні факти в цивільному

[1] Пугинский Б. И. Гражданско-правовые меры оперативного воздействия на нарушителей обязательств. *Советская юстиция*. 1980. №16. С. 5.

[2] Савиньи Ф.К. фон. Система современного римского права : в 8 т. / пер. с нем. Г. Жигулина; под ред. О. Кутателадзе, В. Зубаря. М. : Статут; Одесса : Центр исследования права им. Савиньи, 2011. Т. 2. 2012. С. 212.

[3] Савиньи Ф.К. фон. Там само. С. 212.

[4] Красавчиков О. А. Юридические факты в советском гражданском праве. М. : Госюриздат, 1958. С. 28.

[5] Агарков М. М. Понятие сделки по советскому гражданскому праву. *Советское государство и право*. 1946. № 3–4. С. 41-55; Толстой, Ю. К. К теории правоотношения. Л. : Изд–во ЛГУ, 1959. С. 13; Цивільне право України : навч. посіб. / Ю. В. Білоусов, А. В. Ватрас, С. Д. Гринько та ін. ; за ред. Р. О. Стефанчука. К. : Правова єдність, 2009. С. 91; Явич Л. С. Право и общественные отношения. М. : Изд-во «Юрид. лит.», 1971. С. 36.

[6] Халфина Р. О. Общее учение о правоотношении. М. : Юрид. лит., 1974. С. 285.

[7] Исаков В. Б. Проблемы теории юридических фактов : дисс. ...доктора юрид. наук 12.00.01. Свердловск, 1985. С. 3.

праві А. І. Дрішлюк пояснює як обставини, наявність яких спричиняє встановлення, зміну, припинення або інші трансформації цивільних прав і обов'язків (цивільних правовідносин)[1]. Більш розширено пропонує Є. О. Харитонов тлумачити правочин (як юридичний факт) у тому сенсі, що правочини можуть бути також підставою інших видозмін правовідносин, зокрема призупинення, поновлення, реалізації тощо правовідносин[2].

Таким чином, будь-яке правовідношення перебуває у динаміці, що пов'язана з юридичними фактами від моменту свого виникнення і до моменту припинення, які в здебільшого віддалені один від одного в часі та просторі. Водночас вони не є ізольованими стадіями, а становлять етапи єдиного процесу розвитку правовідношення. Не є винятком і зобов'язальне правовідношення. Як зазначав Р. Саватьє, зобов'язання не лише довговічні, вони також рухливі та гнучкі, вони виражають потенційну можливість трансформації[3].

На сьогодні вчення про зобов'язання та динаміку зобов'язальних правовідносин вирізняється консервативністю й аксіоматичним тлумаченням. Зокрема залишається незмінним поняття зобов'язання, сутність якого розкрита на законодавчому рівні у ч.1 ст. 509 ЦК України, де й відображено надбання наукової доктрини як правовідношення, в якому одна сторона (боржник) зобов'язана вчинити на користь другої сторони (кредитора) певну дію (передати майно, виконати роботу, надати послугу, сплатити гроші тощо) або утриматися від певної дії, а кредитор має право вимагати від боржника виконання його обов'язку.

Для зобов'язального правовідношення характерною є повна визначеність його учасників, які беруть участь у ньому (як на боці кредитора, так і на боці боржника). Вони встановлюються між конкретними суб'єктами, тому володіють відносним характером. При цьому здійснення суб'єктивного права кредитора в зобов'язальних правовідносинах можливе лише в разі здійснення боржником дій, які складають його обов'язок[4]. Тобто у зобов'язальному правовідношенні беруть участь дві сторони: уповноважена і зобов'язана. Уповноважена сторона наділена правом вимоги від зобов'язаної сторони щодо вчинення певних активних дій, а сама уповноважена сторона називається кредитором. На зобов'язану сторону в зобов'язальному правовідношенні

[1] Цивільне право України : в 3 кн. / Є. О. Харитонов, Р. О. Стефанчук, А. І. Дрішлюк та ін.; за ред. Є. О. Харитонова, А. І. Дрішлюка. Одеса : «Юридична література», 2005. Книга перша. С. 145.

[2] Цивільне і сімейне право України : навчально-практичний посібник / Харитонов Є. О., Калітенко О. М., Зубар В. М. та ін. ; за ред. Є. О. Харитонова, А. І. Дрішлюка. Х. : ТОВ «Одіссей», 2003. С. 145.

[3] Саватье Р. Теория обязательств. Юридический и экономический очерк / пер. с франц. Р. О. Халфиной. М. : Изд–во «Прогресс», 1972. С. 306.

[4] Цивільний кодекс України : Науково-практичний коментар / Є. О. Харитонов, І. М. Кучеренко, О. І. Харитонова та ін. ; [за ред. Є. О. Харитонова]. Х. : ТОВ «Одіссей», 2006. с. 521

покладається обов'язок вчинити такі активні дії, а зобов'язана сторона називається боржником[1].

Юридичний зміст зобов'язального правовідношення становить право вимоги кредитора й обов'язок боржника. Об'єктом зобов'язання виступають дії боржника[2]. Особливістю зобов'язального правовідношення є те, що кредитор має право вимагати від боржника вчинення дій з надання йому певних матеріальних благ. При цьому кредитор у більшості випадках зацікавлений не в самій дії боржника, а у матеріальних благах, які він одержує внаслідок вчинення боржником такої дії.

Зобов'язальному правовідношенню властиві особливі підстави виникнення, зміни та припинення, що зумовлено специфікою їх суб'єктного складу, об'єкта, змісту, а також механізму правового регулювання. Так, юридичний ефект зобов'язальні правовідносини набувають завдяки їх відображенню в договорі та законі, що виступають як підстави для настання юридичних наслідків. Юридичні наслідки, зокрема, виявляються в тому, що в суб'єктів виникають чи трансформуються права й обов'язки як ідеальні моделі поведінки. Тобто зобов'язальні правовідносини перебувають у динаміці (виникають, змінюються, припиняються). Саме у контексті динамічного цивільного правовідношення пропонує розглядати цивільне зобов'язання Н. Ю. Голубєва[3]. На її думку, в зобов'язанні відображається динаміка цивільних прав і обов'язків, тобто зобов'язання опосередковує цивільний оборот[4]. Таким чином, динаміка зобов'язального правовідношення становить юридичний зв'язок між сторонами.

Динаміка зобов'язального правовідношення починається з моменту його виникнення та закінчується його припиненням. Значення юридичних фактів як підстави виникнення і розвитку договірного зобов'язального правовідношення зумовило включення договору до ст. 11 ЦК України.

Зобов'язання припиняється частково або в повному обсязі на підставах, встановлених договором або законом (ч. 1 ст. 598 ЦК України). Зокрема законодавець до підстав припинення зобов'язання відносить передання відступного (ст. 600 ЦК України), зарахування зустрічних однорідних вимог (ст. 601 ЦК України), за домовленістю сторін (ст. 604 ЦК України), прощенням боргу (ст. 605 ЦК України), поєднанням боржника і кредитора в одній особі

[1] Гринько Р.В. Поняття та ознаки заходів оперативного впливу у зобов'язальних правовідносинах. *Науковий вісник Херсонського державного університету.* Серія «Юридичні науки». 2014. Вип. 3. Т. 1. С. 136-140.

[2] Гринько Р.В. Там само. С. 136-140.

[3] Голубєва Н. Ю. Зобов'язання у цивільному праві України: методологічні засади правового регулювання осіб : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня докт. юрид. наук : спец. 12.00.03. Одеса, 2013. С. 5.

[4] Голубєва Н. Ю. Там само. С. 14.

(ст. 606 ЦК України), неможливістю його виконання (ст. 607 ЦК України), смертю фізичної особи (ст. 608 ЦК України) та ліквідацією юридичної особи (ст. 609 ЦК України).

Водночас з моменту виникнення та припинення зобов'язальні правовідносини можуть бути змінені. Як зазначає Б. Б. Черепахін, правовідносини можуть зазнати тих чи інших змін у змісті або в суб'єктному складі, зберігаючи інші свої ознаки, продовжуючи існувати у зміненому вигляді[1]. При цьому, як наголошує О. О. Красавчиков, виключається можливість зміни правовідношення у двох напрямках одночасно[2].

На динаміку зобов'язальних правовідносин впливає також застосування заходів оперативного впливу, що виступають юридичним фактом. При цьому такі юридичні факти не є пасивним елементом механізму правового регулювання. Вони можуть застосовуватися як засіб активного впливу на поведінку суб'єктів. Це зумовлено тим, що динаміка правовідношення включає динаміку моделі та реальної поведінки. Розвиток моделі закладено в самому зобов'язанні. Водночас реальна поведінка може як відповідати моделі поведінки, так і не відповідати її приписам. У разі відхилення реальної поведінки суб'єктів зобов'язальних правовідносин від наміченої в зобов'язанні моделі уповноваженій особі надається право застосовувати заходи оперативного впливу до зобов'язаної особи (відмова від договору, відмова від прийняття виконання, призупинення виконання, притримання тощо). У більшості випадків застосування таких заходів захисту дозволяє учасникам зобов'язальних правовідносин найбільш оперативним шляхом, із найменшими матеріальними і часовими втратами захистити свої права та інтереси. Разом з тим застосування таких заходів захисту спричиняє настання певних юридичних наслідків, що впливає на динаміку зобов'язального правовідношення.

Зупинимося на характеристиці основних етапів динаміки зобов'язальних правовідносин, що пов'язана із юридичним фактом — заходами оперативного впливу.

Застосування заходів оперативного впливу може спричинити виникнення нових зобов'язальних правовідносин, тобто встановлення між суб'єктами нового юридичного зв'язку. До таких заходів слід віднести заходи оперативного впливу, пов'язані з виконанням зобов'язання за рахунок боржника. Відповідно до ст. 621 ЦК України у разі невиконання боржником для кредитора певної роботи чи ненадання йому послуги кредитор має право доручити

[1] Черепахин Б. Б. Правопреемство по советскому гражданскому праву. *Труды по гражданскому праву*. М. : Статут, 2001. С. 310.

[2] Красавчиков О. А. Юридические факты в советском гражданском праве. М. : Госюриздат, 1958. С. 89.

її виконання чи надання послуги третій особі та вимагати від боржника відшкодування збитків. Таке правило відображається у спеціальних нормах щодо окремих договорів. Наприклад, якщо покупець протягом гарантійного строку або інших строків виявить недоліки, не застережені продавцем, або фальсифікацію товару, то покупець має право вимагати від продавця або виготовлювача відшкодування витрат, здійснених покупцем чи третьою особою на їх виправлення (ч.1 п.1 ст.708 ЦК України); якщо під час виконання роботи стане очевидним, що вона не буде виконана належним чином, замовник має право призначити підрядникові строк для усунення недоліків, а в разі невиконання підрядником цієї вимоги — доручити виправлення роботи іншій особі за рахунок підрядника (ч.3 ст.849 ЦК України). У таких випадках виникає нове зобов'язання щодо виконання роботи третьою особою та продовжує водночас існувати первісне.

Найбільш поширеними юридичними наслідками застосування заходів оперативного впливу є припинення зобов'язальних правовідносин, що виступає антиподом їх виникнення, оскільки розриває правовий зв'язок суб'єктів, тому права й обов'язки припиняються[1]. На припинення зобов'язального правовідношення може бути спрямовано застосування такого заходу оперативного впливу, як одностороння відмова від зобов'язання в разі його порушення. Таке право закріплюється у ст.615 ЦК України.

Прикладом заходу оперативного впливу, що породжує припинення зобов'язального правовідношення, може слугувати також відмова кредитора від прийняття виконання, якщо внаслідок прострочення боржника виконання зобов'язання втратило інтерес для кредитора (ч.3 ст.612 ЦК України). У випадках, коли продавець передав товар в асортименті, що не відповідає умовам договору купівлі-продажу, покупець має право відмовитися від його прийняття та оплати, а якщо він уже оплачений — вимагати повернення сплаченої за нього грошової суми (ч.1 ст.672 ЦК України).

Застосування деяких заходів оперативного впливу виступають підставою для призупинення зобов'язальних правовідносин. Такі заходи пов'язані з гарантійним забезпеченням належного виконання зобов'язання, що, на думку В.П.Грібанова, становить головну функцію заходів оперативного впливу[2].

Прямо спрямований на призупинення зобов'язальних правовідносин такий захід оперативного впливу, як притримання. Загальне правило про застосування притримання міститься у ст.594 ЦК України: «Кредитор, який правомірно володіє річчю, що підлягає передачі боржникові або особі, вказаній

[1] Красавчиков О. А. Юридические факты в советском гражданском праве. М. : Госюриздат, 1958. С. 76-77.

[2] Грибанов В. П. Там само. С. 137.

боржником, у разі невиконання ним у строк зобов'язання щодо оплати цієї речі або відшкодування кредиторові пов'язаних з нею витрат та інших збитків має право притримати її у себе до виконання боржником зобов'язання». Право притримання передбачається у ст. 856 ЦК України за договором підряду, ч. 2 ст. 874 ЦК України за договором побутового підряду, ч. 4 ст. 916 ЦК України за договором перевезення, ст. 1019 ЦК України за договором комісії та інших статтях.

Правило про застосування управомочною особою заходів оперативного впливу, що породжують призупинення зобов'язального правовідношення також розміщено у ч. 3 ст. 933 ЦК України, де зазначається, що «у разі ненадання клієнтом документів та необхідної інформації експедитор має право відкласти виконання своїх обов'язків за договором транспортного експедирування до надання документів та інформації в повному обсязі».

Найбільш складним моментом динаміки зобов'язального правовідношення є його зміна, незалежно від того, чи є зміна правовідношення наслідком правопорушення чи ні[1]. Особливість зміни правовідношення полягає у тому, як слушно зазначав В. Ф. Попондопуло, що правовідношення зберігає свої ознаки навіть існуючи у зміненому вигляді[2]. Це означає, що припинення зобов'язального правовідношення не є його зміною, навіть тоді, коли виникає нове. Тобто зміна відбувається шляхом нашарування на існуючу фактичну підставу одних юридичних фактів — створення своєрідного «каркасу».

О. О. Красавчиков розрізняє два напрямки зміни правовідношення: 1) за змістом; 2) за суб'єктами[3]. У таких напрямках може відбуватися й зміна зобов'язального правовідношення, що породжується заходами оперативного впливу. При цьому зміна зобов'язального правовідношення може відбуватися також щодо об'єкта і предмета. Так, зміна одного предмета виконання зобов'язання на інший може мати місце через застосування заходів оперативного впливу в таких випадках: якщо покупцем виявлено недоліки щодо якості товару за договором роздрібної купівлі-продажу, він має право вимагати від продавця або виготовлювача заміни на такий самий товар іншої моделі з відповідним перерахунком у разі різниці в ціні або відповідного зменшення ціни (ч. 1 п. п. 2, 3 ст. 709 ЦК України).

Зміна за змістом зобов'язального правовідношення може відбуватися також у тих випадках, коли управомочна особа може застосовувати заходи

[1] Попондопуло В. Ф. Динамика обязательственного правоотношения и гражданско-правовая ответственность : монографія. Владивосток : Изд-во Дальневосточного унив-та, 1985. С. 18.

[2] Попондопуло В. Ф. Там само. С. 18–19.

[3] Красавчиков О. А. Юридические факты в советском гражданском праве. М. : Госюриздат, 1958. С. 77.

оперативного впливу та заходи цивільно-правової відповідальності в разі порушення зобов'язання. Як зазначає М. М. Агарков, те, що, звичайно, позначається словами «борг» і «відповідальність» за зобов'язанням, становить загалом обов'язок боржника в зобов'язальному правовідношенні[1]. Наприклад, якщо наймодавець не передає наймачеві майно, наймач має право відмовитися від договору найму і вимагати відшкодування завданих йому збитків (п. 2 ст. 766 ЦК України).

За суб'єктним складом зміна зобов'язальних правовідносин має місце у випадку правонаступництва. Наприклад, у ст. 621 ЦК України зазначається, що у разі невиконання боржником для кредитора певної роботи чи ненадання йому послуги кредитор має право виконати цю роботу власними силами. У цьому випадку має місце виконання роботи не боржником, а кредитором.

У зобов'язальних правовідносинах поширеними є ситуації, коли одні й ті ж юридичні факти спричиняють виникнення одних правовідносин, зміну і припинення інших. Як зазначає В. Б. Ісаков, таке об'єднання функцій — відображення об'єктивного взаємозв'язку відносин, що регулюються, характерних для них взаємних переходів[2]. Наприклад, вимога кредитора до боржника, який не виконав для кредитора певну роботу чи не надав йому послуги, про відшкодування збитків внаслідок доручення виконання чи надання послуг третій особі (ст. 621 ЦК України) спричиняє виникнення нового зобов'язання (договору з третьою особою) та зміну змісту існуючого зобов'язання.

Більшість юридичних фактів, поряд із основною функцією — виникнення, зміна, призупинення, припинення, — спричиняють у правовідношенні настання додаткових правових наслідків. Розуміння юридичних фактів лише як обставин, що спричиняють виникнення, зміну чи припинення цивільного правовідношення, є безпідставно вузьким: за межами такого розуміння залишаються ті реальні життєві обставини, які не спричиняють динаміку правовідношення, але з ними право пов'язує настання інших наслідків[3]. Такою додатковою функцією застосування заходів оперативного впливу в зобов'язальному правовідношенні є захист цивільних прав та інтересів сторін. Це зумовлено тим, що заходи оперативного впливу застосовуються лише в разі порушення або загрози порушення зобов'язання, що призводить або може

[1] Агарков М. М. Обязательство по советскому гражданскому праву. М. : Юридическое издательство НКЮ СССР, 1940. Т. 1. С. 234

[2] Исаков В. Б. Проблемы теории юридических фактов : дисс. ...доктора юрид. наук 12.00.01. Свердловск, 1985. С. 23.

[3] Гринько Р. В. Заходи оперативного впливу як юридичні факти. *Цивілістичні читання, присвячені пам'яті І. В. Шерешевського «Принципи DCFR як методологічна основа вдосконалення національного цивільного законодавства»* : матеріали інтернет-конференції (Одеса, 5 грудня 2014 р.) / за заг. ред. д.ю.н., проф. Є.О. Харитонова ; Націон. ун–т «Одеська юридична академія». Одеса : Фенікс, 2014. С. 98-101.

призвести до аномальної динаміки (невідповідності реальної поведінки сторони зобов'язання моделі поведінки, закріпленої в договорі або законі), що є підставою виникнення правоохоронних правовідносин, у рамках яких реалізуються примусові заходи[1]. Тобто застосування заходів оперативного впливу завжди пов'язано з правовідносинами на стадії аномальної динаміки. У зв'язку із цим визначальну особливість таких заходів становить їх правоохоронний характер, на характеристиці якої ми далі зупинимося.

Таким чином, застосування заходів оперативного впливу спричиняє в зобов'язальному правовідношенні настання таких правових наслідків, як виникнення, зміна, призупинення, припинення. Водночас заходи оперативного впливу спричиняють настання також додаткових правових наслідків, до яких слід віднести захист цивільних прав та інтересів сторін.

Більшість науковців наділяє заходи оперативного впливу правоохоронним характером[2]. Така позиція заслуговує на підтримку, оскільки застосування заходів оперативного впливу спрямоване захистити цивільні права та інтереси в разі порушення зобов'язання (ст. 611 ЦК України).

За загальним правилом підставою застосування заходів оперативного впливу є порушення зобов'язання. Такий висновок випливає як із загального положення ст. 611 ЦК України, де вказується, що правовим наслідком порушення зобов'язання є одностороння відмова від зобов'язання та зміна умов зобов'язання. Водночас у ч. 1 ст. 615 ЦК України зазначається, що «у разі порушення зобов'язання однією стороною друга сторона має право частково або в повному обсязі відмовитися від зобов'язання, якщо це встановлено договором або законом». Прикладами спеціальних положень, що стосуються окремих договорів, може слугувати ст. 782 ЦК України, де вказується, що наймодавець має право відмовитися від договору найму, якщо наймач не вносить плату за користування річчю протягом трьох місяців підряд.

Разом з тим законодавець допускає застосування заходів оперативного впливу також до моменту порушення зобов'язання, тобто коли створюється загроза такого порушення. Наочним прикладом такого випадку є права замовника під час виконання роботи за договором підряду. Так, замовник має право відмовитися від договору у випадку (*до моменту його порушення* — курсив Р. Г.), якщо підрядник виконує роботу настільки повільно, що закінчення

[1] Попондопуло В. Ф. Динамика обязательственного правоотношения и гражданско-правовая ответственность : монографія. Владивосток : Изд-во Дальневосточного унив-та, 1985. С. 16-18, 86.

[2] Грибанов В. П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав М. : Изд-во Моск. ун-та, 1972. С. 133-137; Пугинский Б. И. Правовые средства обеспечения эффективности производства. М. : Юридическая литература, 1980. С. 29; Цивільне право України: підручник : у 2 кн. / О. В. Дзера, Д. В. Боброва, А. С. Довгерт та ін. ; за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової. Кн. 1. К. : Юрінком Інтер, 2002. С. 218.

її у строк стає явно неможливим (ч. 2 ст. 849 ЦК України). Водночас не можна погодитися із вченими, які стверджують, що сторона, яка подібним чином виконувала договірне зобов'язання, вже, по суті, допускає правопорушення, оскільки зобов'язання має виконуватися належним чином, а така поведінка боржника свідчить, очевидно, про неминуче настання прострочення виконання. Тому науковець робить висновок, що оперативні заходи нерозривно пов'язані з фактом правопорушення, навіть у тому випадку, якщо мова йде про заходи превентивного характеру[1] [65, с. 62]. Слід зазначити, що у своїй позиції вчені підтримують міркування В. П. Грібанова, який вважає, що такого роду дії організацій і громадян, хоча й спрямовані на забезпечення їх інтересів, однак не є оперативними заходами правоохоронного порядку[2].

Так, справді, зобов'язання має виконуватися належним чином відповідно до умов договору та вимог ЦК України, інших актів цивільного законодавства, а за відсутності таких умов та вимог — відповідно до звичаїв ділового обороту або інших вимог, що, звичайно, ставляться (ст. 526 ЦК України).

Однією з вимог належного виконання зобов'язання, наприклад, з договору підряду є строк виконання роботи (ст. 846 ЦК України). За нашої ситуації відсутня підстава для кваліфікації факту порушення зобов'язання, оскільки замовник пред'явив вимогу про відмову від договору ще до моменту закінчення строку договору, тому порушення ще немало місця. Такий підхід повністю відповідає функціональним завданням оперативних заходів, що слугують для кредитора, крім інших, як засобом мінімізації несприятливих наслідків порушення договору з боку несправного боржника, так і засобом, що забезпечує реальне виконання останнім своїх обов'язків[3]. В. П. Грібанов також визнає, що превентивне, попереджувальне значення значною мірою мають правоохоронні заходи, застосування їх управомочною особою дозволяє уникнути у майбутньому виникнення для неї можливих збитків[4].

Крім того, про правоохоронний характер відмови від договору як заходу оперативного впливу на контрагента вказує й законодавець, який надає замовнику право як відмовитися від договору підряду та вимагати відшкодування збитків (ч. 2 ст. 849 ЦК України). Тобто відмова від договору в такому випадку

[1] Гринько Р. В. Поняття та ознаки заходів оперативного впливу у зобов'язальних правовідносинах. *Науковий вісник Херсонського державного університету*. Серія «Юридичні науки». 2014. Вип. 3. Т. 1. С. 136–140.

[2] Грибанов В. П. Там само. С. 134.

[3] Гринько Р.В. Поняття та ознаки заходів оперативного впливу у зобов'язальних правовідносинах. Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія: Юридичні науки. 2014. Вип. 3. Т. 1. С. 136-140.

[4] Грибанов В. П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав М. : Изд-во Моск. ун-та, 1972. С. 134.

виникає не за умови порушення зобов'язання, хоча тісно пов'язана із можливістю такого порушення. Можна провести порівняння відмови від договору за таких обставин із правом фізичної особи вимагати усунення небезпеки, що загрожує її життю, здоров'ю або майну від того, хто її створює (ст. 1163 ЦК України). Так, підставою виникнення права на захист є факт створення загрози цивільним правам та інтересам інших осіб, а не правопорушення. Водночас такий захід оперативного впливу тісно пов'язаний із правопорушенням, оскільки у разі завдання шкоди внаслідок неусунення загрози життю, здоров'ю, майну фізичної особи або майну юридичної особи заінтересована особа має право вимагати її відшкодування (ст.ст. 1164, 1165 ЦК України).

У зв'язку із цим, Т. С. Ківалова зробила висновок про те, що зобов'язання, які виникають внаслідок завдання шкоди як результату створення загрози життю, здоров'ю, майну фізичної особи або майну юридичної особи, є окремим спеціальним випадком зобов'язань відшкодування шкоди, котрі відрізняються від останніх підставами та умовами виникнення, але є спорідненими з ними в настанні одного з випадків юридичних наслідків — застосування мір цивільно-правової відповідальності[1].

Слід зазначити, що правоохоронний характер відсутній у відмові від зобов'язання в тих випадках, коли відсутня реальна загроза порушення зобов'язання. До цих випадків слід віднести такі: дарувальник має право відмовитися від передання дарунка у майбутньому, якщо після укладення договору його майновий стан істотно погіршився, а обдаровуваний має право в будь-який час до прийняття дарунка відмовитися від договору (ст. 724 ЦК України); довіритель або повірений мають право відмовитися від договору доручення у будь-який час (ч. 2 ст. 1008 ЦК України); комітент і комісіонер мають право на відмову від договору комісії (ст.ст. 1025, 1026 ЦК України) тощо. У таких випадках відмову від договору не можна розглядати як захід оперативного впливу у зв'язку із відсутністю правоохоронного характеру такої відмови.

Таким чином, заходи оперативного впливу можуть застосовуватися як за наявності порушення зобов'язання, так і у разі створення загрози порушення — до моменту такого порушення. Тобто заходи оперативного впливу завжди мають правоохоронний характер, оскільки призначені для виконання як функції захисту цивільних прав та інтересів, так і їх охорони.

Водночас слід зазначити, що правоохоронний характер властивий у зобов'язальних правовідносинах не лише заходам оперативного впливу. Охорона та захист здійснюються й усіма іншими способами захисту, за допомогою яких відновлюється порушене цивільне право та інтерес. Тому

[1] Ківалова Т. С. Зобов'язання відшкодування шкоди у цивільному законодавстві України (теоретичні аспекти) : монографія. Одеса : Юридична література, 2008. С. 246.

правоохоронний характер не є визначальною особливістю для характеристики заходів оперативного впливу.

Односторонній характер заходів оперативного впливу виявляється у трьох моментах.

По-перше, такі заходи застосовуються лише управомочною особою (кредитором), яка виступає стороною зобов'язальних правовідносин, за її ініціативою. Як слушно зазначає В. П. Грібанов, заходи оперативного впливу застосовуються управомочною особою не як адміністративним органом стосовно правопорушника, а саме як стороною в цивільному правовідношенні[1]. Це зумовлено цивільно-правовим характером зобов'язальних правовідносин, де правопорушник і потерпілий перебувають у відносинах рівності, а не субординації. Тобто уповноважена особа має право вимоги, а інша сторона в зобов'язанні володіє лише обов'язком. Відповідно можливість застосування заходів оперативного впливу залежить від волі кредитора, а не бажання боржника. Для боржника виконання вимог кредитора є обов'язком, що випливає із закону або договору.

По-друге, заходи оперативного впливу застосовуються управомочною особою без звернення за захистом цивільних прав та інтересів до відповідних державних органів, тому їх застосування не пов'язано із державним примусом. Тому віднесено до неюрисдикційної форми захисту порядок застосування заходів оперативного впливу, що дозволяє більш оперативним шляхом захистити цивільні права та інтереси кредитора в зобов'язанні.

По-третє, становить швидку реакцію управомочної особи (кредитора) на порушення зобов'язання або створення реальної загрози такому порушенню. Це зумовило і назву такого способу захисту — «захід оперативного впливу». Так, у Юридичній енциклопедії за редакцією Ю. С. Шемшученка терміном «оперативний» позначається «той, який безпосередньо здійснює що-небудь, виконує якесь завдання; здатний правильно і швидко виконувати ті чи інші практичні завдання; дійовий»[2]. А терміном «вплив» позначають дію, яку певна особа, предмет або явище виявляють стосовно іншої особи чи предмета[3]. Тобто словосполучення «оперативний вплив» слід тлумачити як дію, яку певна особа безпосередньо і швидко здійснює стосовно іншої особи чи предмета.

Односторонній характер застосування управомочною особою таких заходів свідчить про особливий характер гарантій їх правильного застосування.

[1] Грибанов В. П. Там само. С. 135.

[2] Юридична енциклопедія: у 6 т. / редкол. : Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. К. : Укр. енцикл., 1998. Т. 4: Н–П. 2002. С. 268.

[3] Юридична енциклопедія: у 6 т. / редкол. : Ю. С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. К. : Укр. енцикл., 1998. Т. 1: А–Г. 1998. С. 160.

Такі гарантії мають подвійний характер: по-перше, до порушника можуть застосовуватися заходи оперативного впливу управомочною особою лише у тих випадках, коли вони прямо передбачені законом чи домовленістю сторін, і, по-друге, їх застосування не позбавляє можливості зобов'язаної особи оспорити правильність їх застосування в суді чи арбітражному суді[1]. З такою позицією науковця слід погодитися. Тобто для захисту цивільного права та інтересу в зобов'язальних правовідносинах застосовуються лише такі заходи оперативного впливу, які передбачені законом або договором. При цьому лише в джерелах права закріплено умови та межі застосування таких заходів.

Таким чином, односторонній характер заходів оперативного впливу становить їх визначальну особливість.

Застосовуються заходи оперативного впливу лише для захисту відносних цивільних (майнових) прав та інтересів, а саме таких, що випливають із договірного зобов'язання. Тому для захисту абсолютних майнових прав та інтересів застосовуються інші способи захисту, зокрема вимога про відшкодування шкоди, кондикційний захист, віндикаційний захист, необхідна оборона, крайня необхідність тощо.

Застосування заходів оперативного впливу управомочною особою *може* спричинити настання невигідних наслідків для зобов'язаної особи — «юридично необов'язкові майнові втрати»[2], тоді як настання невигідних майнових наслідків для правопорушника є основною обов'язковою ознакою заходів цивільно-правової відповідальності, що застосовується як додатковий обов'язок (відшкодування збитків, сплата штрафу, пені, процентів).

У юридичній літературі виділяють ще одну особливість заходів оперативного впливу, яка зумовлена їх функціональним призначенням — забезпечення належного виконання зобов'язання[3]. Як зазначав В.П. Грібанов, вони становлять один із видів правових гарантій, спрямованих на забезпечення належного виконання зобов'язання шляхом надання уповноваженій стороні права безпосереднього оперативного впливу на свого невиправного контрагента[4]. З такою позицією повністю погодитися не можна, так як не всі заходи оперативного впливу призначені виконувати функцію належного виконання зобов'язання. Таке функціональне спрямування мають лише такі

[1] Гринько Р.В. Поняття та ознаки заходів оперативного впливу у зобов'язальних правовідносинах. *Науковий вісник Херсонського державного університету.* Серія «Юридичні науки». 2014. Вип. 3. Т. 1. С. 136-140.

[2] Гринько Р.В. Там само. С. 136-140.

[3] Гринько Р.В. Там само. С. 136-140.

[4] Грибанов В. П. Пределы осуществления и защиты гражданских прав М. : Изд-во Моск. ун-та, 1972. С. 133.

заходи, внаслідок застосування яких зобов'язальне правовідношення продовжує існувати (призупинення виконання, притримання). Відповідно заходи оперативного впливу, які породжують єдиний юридичний наслідок – припинення зобов'язального правовідношення (відмова від договору, відмова від прийняття виконання зобов'язання) призначені виконувати лише правоохоронну функцію та не виступають правовою гарантією належного виконання зобов'язання.

На нашу думку, істотними ознаками заходів оперативного впливу слід визнати їх односторонній характер та можливість застосування для захисту відносних (майнових) цивільних прав та інтересів. Решта ознак, які розкривалися нами (юридичний і правоохоронний характер, можливість спричиняти настання невигідних наслідків для зобов'язаної особи, забезпечення належного виконання зобов'язання), є ознаками, які характеризують як окремі заходи оперативного впливу, так й інші способи захисту і заходи цивільно-правової відповідальності.

Відштовхнувшись від цих особливостей, можна визначити поняття заходів оперативного впливу як юридичних заходів правоохоронного характеру, передбачених законом або договором, що застосовуються в договірних зобов'язаннях до особи, яка порушила цивільні права та інтереси або створює реальну загрозу їх порушення, безпосередньо самою управомочною особою, без звернення за захистом до відповідних уповноважених державою органів і передбачають її швидку реакцію для захисту цивільних прав та інтересів.

4.3. Особливості захисту учасників відносин із договорів купівлі-продажу за законодавством України та ЄС

Зважаючи на те, що купівля-продаж є одним із найпоширеніших договорів як у межах комерційного обороту, так і серед фізичних осіб, важливою складовою вивчення цієї договірної конструкціє є встановлення особливостей захисту учасників таких відносин. Детально про цей договір зазначалось у межах дисертаційного дослідження[1], тому для цієї наукової праці звернемо увагу лише на окремі питання щодо специфіки захисту продавця та покупця за різними договорами купівлі-продажу, в тому числі, зважаючи на прагнення України до вступу в ЄС.

Учасники цивільно-правових відносин мають різні інтереси, які досить часто суперечать один одному або ж є протилежно спрямованими. Так, під час

[1] Абросімов С.А. Адаптація цивільного законодавства України про договори купівлі-продажу до законодавства ЄС : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 – цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право. Хмельницький : Хмельницький університет управління та права імені Леоніда Юзькова, 2021. 228 с.

укладання договору купівлі-продажу інтерес продавця в тому, щоб передати товар за вигідною для себе ціною та іншими умовами; по суті, вигідність ціни також є інтересом покупця, але розмір цієї ціни різниться залежно від сторони договору. Як правило, обидві сторони йдуть на компроміси, поступаючись чимось і виграючи в головному, і в результаті взаємодії обидві досягають своєї мети. Проте за умов недосконалої конкуренції, порушення умов договору можливі збої в цьому механізмі, у зв'язку з чим виникає питання необхідності втручання права в такі механізми для мінімізації дисбалансу таких інтересів. Тому розмежування інтересів сторін за договором купівлі-продажу є одним із найважливіших і найскладніших завдань права, що передбачає формування таких гарантів та засобів.

Як і в інших правових системах, законодавством України, так само як і європейським контрактним правом, передбачаються форми відповідальності продавця і покупця за порушення умов договору, невиконання чи неналежне виконання зобов'язань перед контрагентом за договором, а також додаткові особливі засоби захисту окремо для кожного із учасників договору купівлі-продажу.

Не претендуючи на охоплення всієї системи таких засобів захисту сторін за договорами купівлі-продажу, оскільки це може стати предметом окремої наукової розвідки, зупинимось на окремих таких засобах, що мають специфічний зміст, що відрізняється від змісту національного правового регулювання або ж не має аналогів загалом.

Покупцеві надаються різні засоби захисту своїх інтересів, тобто застосування майнових санкцій до продавця за непоставку товару чи протермінування в поставці, оскільки речі з недоліками за якістю чи кількістю, та за деякі інші порушення.

ЦК України, регулюючи договір купівлі-продажу, надає покупцю право на:

– «розірвання договору» при передачі товару, обтяженого правами третіх осіб (ч. 2 ст. 659 ЦК України), придбанні права на одностороннє розірвання договору (ст. 6581 ЦК України);

– «відмову від виконання договору» при відмові продавця передати товар (п. 1 ст. 665 ЦК України), при невиконанні продавцем обов'язку передати приналежності товару та документи, що стосуються товару (ст. 666 ЦК України), при переданні товару неналежної якості (ч. 2 ст. 678 ЦК України), у разі передання некомплектного товару (ч. 2 ст. 684 ЦК України), неприйняття товару (ч. 1 ст. 689 ЦК України), при ненаданні можливості негайно одержати повну і достовірну інформацію про товар в місці його продажу (ч. 3 ст. 700 ЦК України), при продажу товару неналежної якості (ч. 1 ст. 708 ЦК України);

– «відмова від товару» при порушенні умов договору щодо кількості товару (ч.1 ст.670 ЦК України), при порушенні умови договору щодо асортименту товару (ст.672 ЦК України), при порушенні умови про асортименті (ст.468 ЦК України), при протермінуванні поставки товару (п.3 ст.511 ЦК України), при виконанні договору поставки товарів для державних потреб (п.1 ст.530 ЦК України);

– «відмова від оплати товару» при протермінуванні покупцем оплати товару (ч.3 ст.706 ЦК України).

Не викликає ускладнень визначення змісту права покупця на «розірвання договору». Водночас «відмова від виконання договору» означає його повне або часткове розірвання або зміну шляхом односторонньої відмови від виконання договору.

Термін «відмова від товару» не можна розглядати як термін, тотожний терміну «відмова від виконання договору». Такий висновок побічно випливає із змісту ст.655 ЦК України, відповідно до яким покупець зобов'язаний прийняти переданий йому товар, за винятком випадків, коли він має право вимагати заміни товару або відмовитися від виконання договору купівлі-продажу. Таким чином, покупець не зобов'язаний приймати товар лише у двох випадках: 1) коли йому надано право вимагати заміни товару та 2) коли йому надано право в односторонньому порядку відмовитися від виконання договору. Тільки цих двох випадках покупець звільняється від обов'язку вчиняти дії з прийняття товару. Слід визнати кардинальнішим вирішення цього питання відповідно до європейського контрактного права, де в різних актах передбачено право покупця відмовитися від прийняття всього або частини товару, якщо такий товар у чомусь не відповідає договору. При цьому слід враховувати, що якщо покупець відхиляє пропозицію про доставку товару через його невідповідність, і строк виконання ще не закінчився, продавець може своєчасно повідомити покупця про намір усунути невідповідність і потім протягом договірного строку здійснити належне постачання.

У вказаних вище випадках покупець відмовитись від прийняття товару (що тотожно відмові від товару). Все це говорить і про те, що сама по собі відмова від товару далеко не завжди означає відмову від виконання договору чи його розірвання. Це може бути дія, що передує заявленню вимоги щодо заміни товару. «Відмова від товару» означає лише відмову від прийняття конкретного товару, вона означає відмову визнати належним запропоноване продавцем виконання. Саме таке розуміння «відмови від товару» видається найбільш правильним. Наприклад, покупець повинен мати право відмовитися від товару, вимоги до якості якого суттєво порушені. При цьому він має два права на вибір: а) відмовитися від виконання договору купівлі-продажу

і вимагати повернення сплаченої за товар грошової суми або б) вимагати заміни товару неналежної якості товаром, що відповідає договору.

Відповідно, на нашу думку, логічно припустити, що покупець повинен мати право на відмову від товару у всіх тих випадках, коли йому надано право на заміну товару або на відмову від виконання договору, а не лише у випадках, коли право на «відмову від товару» прямо передбачено законом.

Акти гармонізації договірного права ЄС містять особливу підставу відмови покупця від договору не лише укладеного, а й уже виконаного продавцем – порушення обов'язку щодо надання загальної чи контекстуальної інформації про товари (ст. 206 European Contract Code[1], п. 4 ст. II.-3:104, п. 3 и 4 ст. II.-3:105, ст II.-3:109 Draft of Common Frame of Reference[2], ст. 42, 48, 49 Common European Sales Law[3]).

Ст. 206 European Contract Code передбачено три альтернативні склади такого порушення: надання інформації, яка не відповідає властивостям товару; надання незрозумілої інформації; надання інформації з порушенням вимог European Contract Code про мову її виразу.

Спільною ознакою для вказаних складів є якість інформації, а також те, що будь-яке з цих порушень має юридичне значення лише тоді, коли воно не дозволяє покупцеві нормально експлуатувати річ. У цій останній умові виражений весь сенс виділення вказаного правопорушення в окремий склад, який пояснює те, чому розробники European Contract Code вважали за недостатні вимоги ст. 188 та 189 щодо інформації про товари, які зобов'язують продавця до переддоговірного надання загальної та контекстуальної інформації про товари: одна справа, коли тієї чи тієї інформації не надано зовсім — наслідки такого порушення значення не мають, покупець може відмовитися від укладання договору, а також від його виконання та самого договору, якщо він вже укладений. Інша річ, коли інформацію все-таки було надано, але з тих чи тих причин покупець не має можливості скористатися нею. Таке порушення, очевидно, має нівелюватись не стільки негайною односторонньою відмовою від договору, скільки наданням продавцеві можливості виправити обставини і надати інформацію в такому вигляді або в такій формі, в якій покупець зможе її використати для експлуатації товару.

Відповідно до вказаної норми, покупець має право протягом 15 днів з дня отримання товару повідомити продавця про виявлені недоліки інформації та

[1] European Contract Code. URL : http://www.eurcontrats.eu/site2/#EN (data access : 21.20.2023).

[2] Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law URL : https://sakig.pl/wp-content/uploads/2019/01/dfcr.pdf (data access: 21.20.2023)

[3] Common European Sales Law URL : https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0635:FIN:en:PDF (data access : 21.20.2023).

вимагати їх виправити в розумний строк, який не може становити менше, ніж 15 днів. У свою чергу, якщо продавець виконає таку вимогу покупця, договір буде виконаний належним чином, якщо ні — передбачається можливість односторонньої відмови від такого договору покупцем. У цій ситуації мають місце, на наше переконання, типові, двосторонні, здійснені за згодою його учасників, дії з розірвання договору, за яких волевиявлення покупця виражено прямо (заявою), а волевиявлення продавця — мовчазною згодою (бездіяльністю), тобто тим, що останній не вжив жодних заходів для виправлення, незважаючи на ймовірність розірвання відмови від договору за бажанням покупця.

У свою чергу, ст. 29 Common European Sales Law встановлює, що правовими засобами захисту покупця в разі порушення інформаційних обов'язків продавця є такі: відшкодування збитків (п. 1); право відмовитися від оплати витрат, про які продавець не попередив (п. 2); право на односторонню відмову від договору як укладеного у стані помилки або під впливом шахрайства (п. 3). Тобто окремої особливої підстави для одностороннього розірвання договору в тексті Common European Sales Law не передбачається.

Подібним чином визначені норми і в тексті Draft of Common Frame of Reference. Так, згідно з п. 4 ст. 11.-3:104, якщо підприємець не виконав обов'язків щодо розкриття інформації, встановленої на випадок дистанційного укладання договору, то інша сторона має право розірвати договір, повідомивши підприємця про це у строк, передбачений ст. II.-5:103, тобто статтею, що стосується інституту права на односторонню відмову від договору. Крім того, за п. 5 ст. II.-3:104 DCFR підприємець несе відповідальність перед споживачем за збитки, що виникли внаслідок неналежного виконання обов'язку, передбаченого параграфом (1), тобто, обов'язки з розкриття інформації з дистанційних договорів. Схожі правові конструкції відсилання до норм про право на одностороннє розірвання договору та до правил про відшкодування збитків, можна побачити у п. 3 та 4 ст. II.-3:105 (про відповідальність за порушення інформаційних обов'язків під час укладання договорів за допомогою електронних засобів зв'язку), а також у ст. II.-3:109 «Правові засоби захисту в разі порушення обов'язку щодо надання інформації». Тобто такі правила є загальними для всіх інформаційних обов'язків продавця за всіма видами договорів купівлі-продажу.

На нашу думку, вказані додаткові повноваження покупця при отриманні нерелевантної інформації про товар, що не дозволяє його належно експлуатувати, є ефективним механізмом захисту, а також чинником, що допоможе «зберегти» договірне правовідношення, давши можливість продавцеві вчинити виконання договору належним чином і відповідно належно

користуватись покупцеві товаром, щоб у майбутньому зберегти право на гарантійне та післягарантійне обслуговування.

У зв'язку із викладеним, вважаємо доцільним запровадити в національному законодавстві право покупця на відмову від договору у випадку надання нерелевантної, непридатної або неадекватної інформації про товар, якщо така невідповідність інформації буде встановлена не з вини покупця після придбання товару. Здійснити вказане право покупець може після повідомлення продавця про необхідність отримання такої інформації для нормальної експлуатації товару і відсутності відповіді продавця у встановлений строк.

Також вважаємо за доцільне встановити тридцятиденний строк для права покупця на відмову від договору купівлі-продажу у зв'язку із невідповідністю товару отриманій про нього інформації від продавця з моменту прийняття товару за умови, що такий товар не був в експлуатації.

Для відмови від договору покупець повинен звернутись до продавця з вимогою про заміну товару та такий, що відповідає отриманій інформації. У разі неотримання відповіді продавця протягом десяти днів договір вважається припиненим і у сторін виникає право на двосторонню реституцію за цим договором. У такому випадку за продавцем зберігається право вимагати від покупця оплатити будь-які витрати, пов'язані із користуванням товаром, навіть з метою його перевірки. Водночас законом необхідно передбачити розумний строк для споживних товарів та таких, які швидко псуються.

Низкою додаткових гарантій наділений покупець у випадку, коли він отримав товар неналежної якості. Ст. 678 ЦК України визначено правові засоби захисту покупця при купівлі товару з недоліками та істотними недоліками, що різняться залежно від істотності самого недоліку.

Акти гармонізації договірного права ЄС мають схожий набір правових інструментів, однак з окремими застереженнями та новелами, що потребують окремої уваги. Так, до прикладу, ст. 207 European Contract Code встановлені досить розширені спеціальні строки позовної давності для вимог покупця, зумовлених товаром неналежної якості — 24 місяці для договору купівлі-продажу і 26 місяців за умови звернення за захистом споживачем, причому звернутись до продавця покупець має протягом двох місяців з моменту виявлення таких недоліків. Таке право залишається за покупцем навіть за умови звернення до нього продавця з вимогою про протермінування оплати товару. Схожі норми також містяться в інших актах гармонізації.

За схожим принципом забезпечуються інтереси покупця при передачі йому товарів з недоліками за якістю (крім встановлених конкретних строків) також у ЦК України і, по суті, вирішуються однаково: продавець відповідає за будь-які невідповідності товарів умовам договору, які існували на момент

передачі покупцю товарів, але про які останній станом на цей момент часу не знав і не повинен був знати і які він не повинен був виявити в процесі звичайного приймання товарів; продавець відповідає і за ті недоліки, які з'явилися в речі пізніше, але протягом гарантійного строку та з інших причин, ніж неправильна експлуатація або зберігання речі; покупець, який виявив такі недоліки, повинен, за загальним, правилом письмово сповістити про них продавця протягом певного часу з дня їх виявлення та з дня передачі йому речі, щоб продавець мав можливість виправитися, під загрозою втрати права посилатися на такі недоліки, якщо вони не були відомі продавцю в момент передачі товару і без належного повідомлення покупця[1].

Дуже важливе доповнення, яке відсутнє в конкуруючих актах, розміщено в ч. 2 ст. 207 European Contract Code і стосується чіткого поділу моментів здійснення двох різних юридично-спрямованих дій — акта повідомлення про виявлені недоліки товарів та акта здійснення права на правові засоби захисту за п.п. 3, 4 та 5 вказаної статті. Повідомлення про виявлені недоліки дійсно має вкластися в кожний із двох названих термінів — у двомісячний з дня виявлення та водночас у 24–(26)-місячний з дня передачі товарів. Але про строк, що обмежує можливість здійснення акта вибору одного із засобів, яким, з погляду покупця, можна було б найбільш ефективно скористатися для захисту своїх прав, у ст. 207 ECC справді нічого не говориться. Про такий строк у вказаному акті взагалі не йдеться не тільки щодо покупця, який ще не сплатив покупну ціну і щодо якого було звернуто вимогу про стягнення такої суми, а й до покупця, який оплатив договір у повному обсязі.

Очевидно, мається на увазі, що покупець, який лише повідомив продавця про виявлені в товарі недоліки, має робити це з наміром того, що продавець матиме можливість виправити недоліку товару і лише після того, як стане очевидним, що продавець не буде вчиняти жодних дій, покупець наділятиметься можливістю вибору кращого, на його думку, правового засобу захисту.

Ст. IV.A.-4:202 Draft of Common Frame of Reference встановлені обмеження щодо розміру відшкодування шкоди, завданої покупцеві недоліками товару, у випадку, коли продавцем є фізична особа, яка не здійснює підприємницької діяльності. Сума такого відшкодування не повинна перевищувати ціну договору.

Водночас вказана норма не обмежує правосуб'єктність покупця, не зазначаючи, що це має бути лише фізична особа.

[1] Fernando Gómez Pomar. The Harmonization of Contract Law through European Rules: a Law and Economics Perspective. URL : https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/535_en.pdf (дата звернення : 20.10.2023).

Розробники Draft of Common Frame of Reference пояснюють фіксацією цієї норми те, щоб захистити непрофесійного продавця від надмірних вимог про відшкодування збитків, розміром збитків, обмежених ціною контракту, оскільки розмір зобов'язання сплатити збитки може стати надмірно обтяжливим для фізичної особи, тим більше, коли покупцем за договором буде юридична особа, що матиме більше можливостей професійного супроводу захисту, аніж фізична особа і відповідно витрати на такий супровід будуть покладені, врешті-решт, на продавця, якщо буде доведено, що неналежна якість товару є його відповідальністю[1]. До прикладу, дві фізичні особи укладають договір купівлі-продажу вживаного будинку на колесах, який покупець придбав з метою поїздки на літній відпочинок. Однак під час відпустки транспортний засіб вийшов з ладу і покупцеві довелось орендувати приміщення, оплачувати переміщення між містами. Сума збитків може включати, наприклад, ремонт самого транспортного засобу, проживання, альтернативний транспорт до місця відпочинку тощо. Однак, оскільки продавець не є суб'єктом господарювання, який здійснює професійну діяльність з метою отримання прибутку, він несе максимальну відповідальність за відшкодування збитків у розмірі лише ціни договору, тобто вартості будинку на колесах.

Обмеження щодо розміру відшкодування збитків підпадає під важливе застереження, якщо продавець знав або повинен був знати про неналежну якість товару і не повідомив про це покупця. До прикладу, до умови розглянутого вище прикладу можна додати обставину, що продавець знав про несправність транспортного засобу, яка не дозволила б проїхати покупцеві ту відстань, яка була потрібна для проведення відпустки.

У зв'язку із викладеним, зважаючи на мету запровадження досліджуваних правових приписів, вважаємо за доцільне передбачити в національному законодавства застереження щодо розміру відшкодування шкоди, завданої недоліками товару у випадку, коли продавцем є фізична особа, яка не знала про такі недоліки в момент здійснення продажу.

Досить цікавим і важливим, на нашу думку, для застосування є правовий інструмент визначення права покупця на вчинення правочину на заміну договору купівлі-продажу у випадку протермінування передачі товару.

Загальні положення про гарантії прав покупця при протермінуванні передачі товару визначені у п. 4 ст. 1:301, ст. 8:104, с. 3 ст. 8:106, ст. 9:301 Principles of European Contract Law[2]; ст III.-1:102, ст. II.-3:503 Draft of Common Frame of Reference, ст. 115 Common European Sales Law. Вказані акти приватноправової

[1] Jansen Nils, Zimmermann Reinhard. Commentaries on European Contract Laws. Oxford Scholarship, 2018. P. 451.

[2] Principles of European Contract Law. URL : https://www.trans-lex.org/400200/_/pecl/ (дата звернення: 27.10.2023)

уніфікації вирішують питання про заходи захисту покупців у разі протермінування виконання зі сторін продавців однаково, гарантуючи можливість відмови від договору та притримання товару, але зовсім інакше такі гарантії передбачені у ст. 208 European Contract Code, якою передбачено право покупця вчинити заміну договору. Арсенал таких заходів залежить від того, буде чи протермінування продавця вважатися істотним порушенням договору, чи ні. Якщо протермінування буде істотним порушенням, то покупець, як і в разі будь-яких інших істотним порушень, отримає право на одностороннє розірвання договору; якщо ж ні, то покупець зможе вимагати від продавця відшкодування шкоди, надавши йому розумний термін для виправлення допущеного порушення. І в тому випадку, якщо продавець не скористався такою можливістю і не виконав договір, доставивши товар у додатковий призначений йому термін, покупець наділяється правом розірвати договір (з поверненням покупної ціни, якщо вона сплачена) і відшкодуванням шкоди. Покупець у випадку протермінування виконання має право звернутись до суду з вимогою про отримання права на заміну договору, яка передбачатиме, що покупець звернеться до іншого суб'єкта для укладення договору про купівлю такої самої кількості речей або речі з такими з характеристиками, а відповідно на первинного продавця буде покладатись обов'язок відшкодувати витрати з укладення такого нового договору.

Розуміючи можливості зловживання таким правом покупця, однак, варто зазначити, що таке право може стимулювати продавця до належного виконання своїх зобов'язань за договором, крім того, у випадку, коли покупцем є суб'єкт господарювання, який придбав товар з метою його використання при здійсненні своєї підприємницької діяльності, можливість такої заміни договору може мінімізувати його збитки та упущену вигоду, яка, по суті, може бути покладена на того ж самого первинного продавця. Тому, на наше переконання, запровадження такого повноваження покупця буде логічним як для захисту його інтересів, так і для мінімізації ризиків продавця у випадку, коли він не зможе виконати своє зобов'язання вчасно.

Ст.ст. 675-676 ЦК України, а також ст. 7 Закону України «Про захист прав споживачів» встановлено гарантійні зобов'язання продавця щодо реалізованого товару. Схожі норми визначено в актах приватноправової уніфікації договірного права ЄС, однак вказані норми, як нам видається з аналізу, містять ґрунтовніші механізму захисту прав та інтересів покупця.

Так, за нормами національного законодавства, гарантійний строк встановлюється продавцем, однак темпоральні рамки такого строки не встановлені. На відміну від цього, ст. 199 European Contract Code визначає, що гарантійний строк повинен бути не менше двох років.

Якщо протягом періоду, на який поширюється гарантія, товар виходить з ладу і його необхідно усунути (в першу чергу, шляхом ремонту), для споживача виникають два наслідки: здебільшого утримувач гарантії буде позбавлений володіння товаром і, як наслідок, не зможе ним скористатися або отримати від нього вигоду; термін дії гарантії на споживчі товари продовжується, незважаючи на те, що товар не функціонував як гарантійний, а власник гарантії не може ними користуватися.

Саме тому строк дії гарантії на споживчі товари продовжується на час, протягом якого товар не міг бути використаний у зв'язку з його несправністю.

Однак вітчизняним законодавством передбачена пролонгація вказаного строку на строк, протягом якого товар знаходився на гарантійному обслуговуванні (ч. 6 ст. 7 Закону України «Про захист прав споживачів». У свою чергу, ст. IV.A.-6:108 Draft of Common Frame of Reference встановлюється, що строк, протягом якого споживач не міг користуватися товаром, охоплюється період з моменту виявлення несправності товару до моменту повернення товару після гарантійного обслуговування у власність покупця. Таким чином, по суті, гарантійний період просто переривається, а не починається заново. Гарантійний термін може бути подовжений кілька разів, якщо товар необхідно відремонтувати (відремонтувати або замінити) кілька разів.

У зв'язку із цим, можемо констатувати, що DCFR має ширші гарантії захисту прав та інтересів покупця у випадку, коли товар не може використовуватись за призначення протягом гарантійного строку. Невключення за національним законодавством у перерахунок гарантійного строку періоду між виявленням несправності і до моменту передачі товару в гарантійний ремонт може істотно обмежити права споживача, зважаючи на те, що продавець може зловживати і не приймати товар на обслуговування, або ж місце гарантійного обслуговування буде віддаленим від місценаходження споживача. У зв'язку із викладеним, вважаємо доцільним регламентувати продовження гарантійного строку часом, протягом якого споживач не міг використовувати товар за призначенням, а не лише часом перебування товару в гарантійному ремонті. Тому, на нашу думку, частина 6 статті 7 Закону України «Про захист прав споживачів» потребує уточнення в частині пролонгації гарантійного строку часом неможливості користування продукцією за призначенням, у тому числі часом перебування продукції в ремонті.

Продавець за договором купівлі-продажу також у певних випадках наділяється правом вимагати або в односторонньому порядку змінювати чи розривати договір. Необхідно розглянути ці підстави докладніше.

Продавець отримує право на зміну або розірвання договору за таких порушень покупця: 1) при відмові прийняти товар (ст. 689 ЦК України); 2) при відмові оплатити товар (ст.ст. 691, 692 ЦК України).

По суті, мова має йти про те, що покупець за договором купівлі-продажу несе два основних обов'язки: прийняти річ та оплатити її відповідно до умов договору. Тут важливо ще раз відзначити нашу позицію щодо визначення істотних умов за договором із вказівкою на обов'язкове визначення ціни договору купівлі-продажу. Важливо розуміти, що у випадку, коли сторони домовляються про укладення саме договору з оплатної передачі майна у власність, яким є договір купівлі-продажу, те, що вони ціну договору не вкажуть у самому договорі, на наше переконання, не зробить цей договір іншим (до прикладу даруванням), адже важливість повинна мати мету, з якою укладається такий правочин. Зважаючи на те, що момент між укладенням договору купівлі-продажу та його виконання можуть досить різнитись у часі, встановлювати фіксовану ціну за таким договором не завжди доречно для продавця; у договорі може зазначатись норма, за якою ціна договору повинна бути встановлена на момент його виконання.

Щодо прийняття товару, то такий процес повинен передбачати його огляд з метою перевірки та оцінки поставленого об'єкта для встановлення кількості та якості. Тому доставка товару має бути здійснена у строки, які забезпечують покупцю таку можливість. У дослідженнях С.А. Абросімова зазначено доцільність надання права покупцю огляду товар як у момент купівлі та відвантаження, так і в момент прийняття такого товару. Прийняття товару покупцем не знімає з продавця відповідальності за наявність прихованих недоліків товару або відсутність обумовленої кількості, яка не може бути виявлена при його отриманні[1].

На розсуд самих сторін надається визначення всіх умов платежу: способу, часу, місця оплати та валюти платежу. Нормами міжнародного приватного права передбачено, що в разі їх відсутності у договорі інших умов щодо визначення строків та способів розрахунку діють диспозитивні норми закону (негайна оплата в момент та у місці укладання договору в національній валюті). Оплата товару може здійснюватися шляхом розрахунку готівкою або зарахуванням коштів на поточний рахунок продавця в банку. Покупець вважається таким, що виконав свій обов'язок зі сплати ціни в момент зарахування суми боргу на названий рахунок. Хоча для продавця в цей момент виникає не право власності на грошові знаки, а лише зобов'язальна вимога до банку в межах внесеної на його рахунок грошової суми[2].

[1] Абросімов С.А. До питання про умови договору купівлі-продажу за законодавством України та ЄС. *Наукові записки. Серія: Право.* 2020. Випуск 8. Спецвипуск. С. 25-30

[2] Черних Ю. Застосування Віденської конвенції міжнародної купівлі-продажу в практиці МКАС при ТПП України URL : https://lhs.net.ua/wp-content/uploads/woocommerce_uploads/2018/01/4_Zastosuvannia-Videnskoi-konventsii-mizhnarodnoi-kupivli-prodazhu-v-praktytsi-MKAS-pry-TPP-Ukrainy.-Chernykh-Iuliia-arbitr-MKAS-pry-TPP-Ukrainy-partner-IuK-ARBITRADE.pdf (дата звернення : 21.08.23 року)

Зважаючи на сучасні реалії товарно-грошових відносин, можемо стверджувати, що на сьогодні не тільки в межах комерційної купівлі-продажу, але й договорів між фізичними особами розрахунки рідко здійснюються шляхом сплати ціни товару готівкою. Зазвичай покупець робить платіж з допомогою чека чи інших форм безготівкових розрахунків, причому отримання продавцем чека на певний банк ще не означає отримання платежу ціни. Платіж в такому випадку вважається виконаним лише тоді, коли банк акцептує пред'явлений чек, тобто коли він погоджується переказати вказану в чеку суму з рахунку покупця на рахунок продавця. Тому платіж за допомогою чека є умовним і анулюється при відмові банку сплатити або акцептувати чек за поданням.

Однак сторони за договором купівлі-продажу можуть встановити й інший порядок платежу за товар, найчастіше коли покупцю надається відтермінування оплати або продажу в кредит і на визначений термін, що обчислюється з моменту передачі товару транспортній організації, або відсилання покупцю товару або відсилання покупцю товаророзпорядчих документів. Зважаючи на розвиток електронної комерції, на сьогодні поширеною є практика продажу товару через поштових операторів при отриманні (накладний платіж). У такому випадку оператор поштового зв'язку не переказує кошти моментально на рахунок продавця, хоча покупець вже виконав таке своє зобов'язання. У такому випадку договір повинен передбачати врахування строку на пересилку коштів продавцеві через поштового оператора, причому окремо в такій ситуації у покупця виникають відносини із таких поштовим оператором зі сплати комісійної винагороди за пересилку коштів. У вказаному випадку, на нашу думку, договір вважатиметься виконаним у момент отримання коштів продавцем, але варто звернути увагу на те, що права, якими наділяється покупець щодо користування самим товаром, його якості тощо будуть вже в нього існувати з моменту отримання такого товару.

Аналіз національного цивільного законодавства щодо регулювання різних договорів купівлі-продажу, а також норм ст. 9:508 Principles of European Contract Law, ст. 111.-3:708, 111.-3:710 Draft of Common Frame of Reference, ст. 135, 139, 166-171 Common European Sales Law та ст. 209 European Contract Code дає підстави вважати, що у випадку невиконання покупцем обов'язку щодо оплати товару, у випадках, встановлених законодавством, продавець наділений такими правами: вимагати сплати основного грошового боргу, відсотків за протермінування такої сплати; стягнення збитків від протермінування платежу в частині, не покритій відсотками; притримати зустрічне виконання щодо товару, який ще не переданий; вимагати повернення проданого товару; звернути стягнення на переданий товар, як на предмет застави.

Вартою увагу в цьому випадку є гарантія продавця, передбачена ч. 2 ст. 209 European Contract Code, де вказується право продавця перепродати неоплачувані покупцем товари на аукціоні із зарахуванням отриманих доходів у рахунок сплати покупної ціни у випадку, якщо товар було виготовлено для покупця[1].

Така норма не має аналогів у жодному із названих актів, її розробники доповнюють вказану[2] позицію тим, що умовою здійснення цього права є письмове попередження про це покупця не менше, ніж за 10 днів або інший розумний термін, що застосовується, наприклад, щодо товарів, що швидко псуються. Зрозуміло, що European Contract Code не передбачає жодних перешкод для стягнення збитків, понесених продавцем у зв'язку з підготовкою до виконання договору та здійсненням акту перепродажу. На наше переконання, доцільність запровадження такої норми можна пояснити тим, що вона може використовуватися навіть у тих випадках, коли внесення покупцем платежу за товари не є його обов'язком, наприклад, у разі, коли договір укладено на умовах попередньої оплати (авансового платежу).

У зв'язку із викладеним, вважаємо, що наділення таким правом продавця може призвести до мінімізації його збитків, однак, ймовірно, таке право варто буде обмежити лише договорами купівлі-продажу, які укладаються між юридичними особами. Також необхідним буде встановлення процедури такого аукціону та переліку витрат за ним, що будуть зараховані на користь відшкодування покупцем з метою недопущення зловживання таким правом продавцем.

Як уже зазначалося, продавець зобов'язується передати товар у розпорядження покупця, який може володіти ним і використовувати його без будь-яких перешкод і ускладнень, навіть якщо він і не набув права на його в матеріальному значенні (коли стверджувалося про обов'язки продавця щодо гарантійних зобов'язань, у тому числі на товар, що не оплачений ще покупцем, але останній ним володіє та/або користується). Тому зобов'язання продавця виконується в результаті передачі товару чи товаророзпорядчого документа, а покупець зобов'язаний прийняти товар, тобто фактично заволодіти ним. Покупець або його представник повинен брати участь у процесі передачі товару та сприяти продавцю у виконанні його зобов'язання та зняти тим самим з нього відповідальність за збереження товару. Варто також говорити про те, що процедура передачі товару може різнитись залежно від умов договору, а також від виду самого договору купівлі-продажу.

[1] Grundmann S. European Contract Law(s) of What Colour? URL : https://edoc.hu-berlin.de/bitstream/handle/18452/10037/297ZHOg0YdAY.pdf?sequence=1 (дата звернення : 23.10. 2023 року)

[2] Hein Kötz. European contract law. Oxford : Oxford University Press, 2017. P. 156

Час та місце отримання майна визначаються договором чи звичаями ділового обороту (для міжнародної купівлі-продажу). Вказані положення унормовані на рівні актів гармонізації договірного права ЄС[1].

Як правило, передача товару за часом та місцем збігається з його отриманням, тому що здебільшого вони відбуваються одночасно. Тобто час та місце передачі є часом та місцем отримання товару. Покупець повинен прийняти товар відразу за його передачі. Якщо товар перебуває у складах продавця, покупець повинен вивезти його негайно за загальним правилом. Якщо ж він не зробив цього, він вважається таким, що порушив своє зобов'язання, і продавець може змусити його прийняти товар або вимагати розірвання договору. Витрати на прийом товару несе покупець, що є обов'язковим для належного виконання ним свого зобов'язання, крім випадків, коли інше не встановлено в договорі. Так, до прикладу, за договорами роздрібної купівлі-продажу, частими є випадки, коли ставка товару і відповідно витрати з його отримання покладаються договором на продавця, що вказано в публічних договорах.

Важливість визначення моменту та способів передачі товару покупцю пояснюється тим, що якщо товар має бути переданий у місцзнаходженні покупця, то право власності переходить на покупця у момент передачі товару перевізником покупцю у такому місці. У свою чергу, момент виникнення права власності пов'язаний із ризиком випадкової загибелі речі. Оскільки за договором купівлі-продажу продавець передає майно у власність покупця, то важливого значення набуває питання про те, з якого саме моменту покупець стає власником майна. Від правильного вирішення цього питання залежить низка правових наслідків, зокрема, пов'язаних з розподілом ризику випадкової загибелі або псування майна, зі зверненням стягнення кредиторам тієї чи тієї сторони на майно, що продається, можливістю для власника вимагати свою річ з чужого незаконного володіння, виникненням у покупця можливості реально здійснювати правомочності щодо володіння, користування та розпорядження майном тощо[2].

Досить часто в договорі купівлі-продажу моменти переходу товару, права власності та ризику випадкової загибелі збігаються, що є ідеальним, оскільки з моменту отримання (передачі) товару покупець набуває права власності та власник несе ризик випадкової загибелі майна. Проте проблема ризику отримує відокремлене вирішення у зв'язку з посиленням тенденції до відділення моменту передачі товару від моменту переходу до покупця права

[1] Guiding Principles of European Contract Law. URL : https://www.legiscompare.fr/web/IMG/pdf/19._Guiding_Principles.pdf (дата звернення : 23.10.2023 року).

[2] Гриняк А. Б., Пленюк М.Д. Правова природа ризику в договорах з виконання робіт. *Вісник Національної академії правових наук України.* 2018. Т. 25, № 1. С. 29-49.

власності на товар у сучасних умовах, особливо коли мова йде про міжнародну купівлю-продаж. Внаслідок цього ризик випадкової загибелі товару може переходити до покупця окремо від права власності. Це означає можливість виникнення небажаних випадків, коли невласник повинен нести ризик випадкової загибелі товару. На нашу думку, не можна давати однозначних юридичних оцінок таким випадкам. З одного боку, поділ моментів передачі товару і права власності, що є причиною виникнення незвичайних випадків, виникає за потребою ринку з метою захисту справедливих прав продавця та покупця. З іншого боку, зловживання цією можливістю можуть призвести до зворотного результату, тобто порушується правовий інтерес іншої сторони в договорі купівлі-продажу. Таким чином, ймовірно, доцільно мати конкретний підхід до кожного випадку, коли невласник несе ризик випадкової загибелі товару. Зважаючи на зміст національного цивільного регулювання, можна помітити існування двох зазначених випадків.

Перший випадок — купівля-продаж товарів у дорозі. Відповідно до ч. 2 ст. 668 ЦК ризик випадкової загибелі чи випадкового пошкодження товару, проданого під час перебування в дорозі, переходить на покупця за укладеним договором купівлі-продажу, якщо інше передбачено договором чи звичаями ділового обороту. Це призводить до того, що може існувати такий проміжок часу між моментом укладання договору і моментом фактичної передачі товару або товаророзпорядчого документа на нього, коли покупець несе ризик і в цей проміжок часу, хоча він ще не був власником товару. На нашу думку, такий випадок несення ризику випадкової загибелі невласником у національному законодавстві не є необхідним, оскільки купівля-продаж товарів у дорозі є нормальною і досить поширеною практикою сьогодні. Вона не створює жодних переваг покупцю, а також потреби в особливому захисті прав продавця, тому застосування загального правила переходу ризику випадкової загибелі є достатньою для регулювання відносин сторін у цьому випадку. Зокрема, спеціальне правило переходу ризику випадкової загибелі в ч. 2 ст. 668 ЦК України може перешкоджати розвитку купівлі-продажу товарів, проданих під час перебування в дорозі, оскільки покупець не хоче вступати в договірні відносини, очікуючи на прибуття товарів через можливе настання випадкової загибелі чи випадкового пошкодження товару. Отже, на нашу думку, доцільним буде виключити вказану статтю із гарантування звичайним умов щодо переходу ризику випадкового знищення або пошкодження товару.

Другий випадок стосується ситуації за договором купівлі-продажу такого товару, що підлягає державній реєстрації. Законодавством України закріплене загальне положення про перехід права власності в разі необхідності державної реєстрації, відповідно до якого право власності на проданий товар

виникає з моменту такої реєстрації, незалежно від моменту передачі самого товару. У той самий час за національним законодавством немає окремого правила переходу ризику випадкової загибелі в разі державної реєстрації, тобто моментом переходу ризику вважається виконання обов'язку з передачі товару.

Отож, до прикладу, В. купив житловий будинок у К. Договір був належним чином складений, засвідчений нотаріусом та зареєстрований. За договором, К. мав сплатити продавцю гроші через два дні після реєстрації будинку. Однак наступної ж ночі будинок від удару блискавки згорів, у зв'язку із чим виникає питання: чи повинен К. сплатити гроші В., чи не повинен? Вирішити питання можна, лише з'ясувавши, хто з них був власником будинку в той момент, коли згорів, і на кому лежав ризик випадкової загибелі проданого майна.

За загальним правилом, право власності в набувача, за договором, виникає з передачі речі, якщо інше не передбачено законодавством чи договором. Якщо договір про відчуження майна підлягає державній реєстрації або нотаріальному посвідченню, право власності в набувача за договором виникає у момент його реєстрації чи посвідчення, а за необхідності — у момент нотаріального посвідчення та державної реєстрації договору. Отже, у наведеному прикладі право власності до реєстрації договору купівлі-продажу збереглося у продавця, і він несе ризик випадкової загибелі речі.

Виходячи з цього, може виникнути ситуація, коли з'явиться випадок, коли покупець отримає товар, і повинен буде нести ризик випадкової загибелі, хоча він не буде власником через нездійснення державної реєстрації. На відміну від першого випадку, на нашу думку, необхідно підтримати позицію національного законодавства, сформульованого в другому випадку. Ця підтримка обумовлюється тим, що в цьому випадку має місце затримка переходу права власності через процедуру державної реєстрації. Така реєстрація слугує державним регулятором управління окремими видами об'єктів цивільних правовідносин, що можуть бути предметом договору купівлі-продажу, що мають велике значення для цивільного обороту. Тому продавець не повинен нести додатковий тягар у вигляді ризику випадкової загибелі товару, якщо він належним чином виконує свій обов'язок його передачі. Водночас не менш важливою причиною підтримки цієї думки є те, що у володінні покупця, хоча він не є власником, знаходиться товар, отже, він має умови та має вжити всіх необхідних заходів для уникнення можливості випадкової загибелі чи випадкового пошкодження товару найбільше інших учасників цивільного обороту, зокрема і продавця.

Хочемо в цьому аспекті звернути увагу на норми Draft of Common Frame of Reference, які у ст. IV.A.-5:201 встановлюють спеціальні правила з переходу ризику загибелі речі щодо речей, які були передані в розпорядження

покупцеві. Варто також зазначити, що вказана норма не має аналогів у національному законодавстві, тому становить особливий інтерес.

Так, вказана стаття передбачає виняток з основних правил переходу ризику випадкової загибелі або псування речі, згідно з якими ризик переходить, коли покупець приймає товар. Згідно з вказаною статтею, у договорі купівлі-продажу, який не є споживчим, ризик переходить, коли товар надається покупцеві, а покупець не приймає товар. Відправна точка в цьому випадку полягає в тому, що покупець зобов'язаний прийняти товар за договором. Якщо покупець не виконує цього зобов'язання, ризик переходить за певних умов.

Отже, ризик переходить, коли покупець повинен забрати товар на місці діяльності продавця. У цьому випадку ризик переходить лише в тому випадку, якщо покупець знає, що товар доступний для отримання, і все одно не забирає його, порушуючи зобов'язання за договором.

Також ризик переходить у момент надання товару в розпорядження покупця за умови, що покупець знає про товар, що передається, коли продавець повинен доставити товар покупцеві або покупець повинен забрати товар з іншого місця, наприклад, зі складу). У цьому випадку ризик переходить у момент.

Перший виняток може застосовуватись у випадку дотримання трьох умов:

– товар був переданий у розпорядження покупця за місцем діяльності продавця. Таким чином, покупець повинен забрати товар у продавця, що також є звичайним правилом для договору купівлі-продажу щодо місця і часу доставки товару;

– продавець має фактично зробити товар доступним для покупця, тобто повинен виставити товар на продаж, як це було погоджено в контракті;

– покупець не прийняв товар на умовах, що визначені договором.

Це правило не тільки не дозволяє покупцеві відкласти перехід ризику, не приймаючи товар (так званий *mora creditoris*), але також накладає на покупця певні санкційні зобов'язання за те, що він зірвав спробу продавця виконати зобов'язання щодо поставки товару належним чином. Хоча продавець може, по суті, примусити покупця придбати товар; на практиці, як вважають розробники DCFR, кращим засобом правового захисту було б подати позов до покупця щодо оплати товару[1]. Перехід ризику в такому випадку є додатковим стимулом для покупця прийняти товар, оскільки буде сплачена повна ціна, навіть якщо товар буде втрачений або пошкоджений протягом періоду затримки з отримання товару.

[1] Абросімов С. А. Перспективи удосконалення правового регулювання договору купівлі-продажу в контексті рекодифікації національного цивільного законодавства та приведення у відповідність законодавства України до законодавства ЄС. *Art and Science. Part 2. Science.* 2021. № 1. С. 38-47

На нашу думку, можна визнати справедливим звільнення продавця від ризику випадкової загибелі товару, якщо продавець намагався виконати зобов'язання за договором належним чином. Такі наслідки також служать додатковим стимулом для покупця до виконання зобов'язання прийняти товар. Фактично покупець може зазнати потрійної шкоди в разі неотримання товару, який згодом випадково втрачений або пошкоджений: втрата товару; оплата ціни; можлива відповідальність за відшкодування збитків за порушення договору (якщо невиконання зобов'язання прийняти товар спричинило будь-які випадкові збитки продавця).

Якщо продавець повинен зробити товар доступним до передачі товар в іншому місці, ніж місце діяльності продавця, ризик переходить на покупця, коли настає термін передачі. Однак перехід ризику в цьому випадку залежить від двох умов: продавець повинен зробити товар доступним для отримання покупцем; покупець повинен знати про це місце виконання і той факт, що товар передається саме там.

Однак для переходу ризику не має значення, чи покупець, не прийнявши товар, не виконує зобов'язання за договором.

До прикладу, А., який є продавцем за договором купівлі-продажу, продає товари Б. Вони погоджуються, що товари будуть доступні для передачі Б. на певну дату безпосередньо на місці виробництва – на заводі, який знаходиться недалеко від місця діяльності Б. Ризик випадкової загибелі речі переходить в узгоджену ними дату, враховуючи, що А. повідомив Б. про те, що товар буде передано на заводі.

По суті, вказана норма є загальним застереженням для переходу ризику, коли товари надаються в розпорядження покупця в будь-якому місці, крім місця діяльності продавця. Таким чином, вона охоплює як випадки, коли продавець повинен доставити товар покупцеві, так і випадки, коли покупець повинен забрати товар з іншого місця, наприклад, зі складу чи фабрики.

У зв'язку із викладеним, вважаємо, що доцільним було б розглянути вказану можливість щодо правил-винятків для моменту переходу ризику випадкової загибелі речі на покупця у випадках, коли це стосується конкретного місця отримання товару, а також безпідставної відмови покупця прийняти товар за договором.

З погляду гарантій продавця, важливе значення, на наш погляд, має унормування, передбачене ст. IV.A.-2:307 DCFR, де вказується, що продавець не несе відповідальності на придатність товару меті використання, якості, упакуванню або за переданий товар, обтяжений вимогами третіх осіб, у випадку, коли покупець у момент укладення договору знав або міг знати про таку невідповідність. Крім того, вказаною нормою передбачається звільнення продавця

від відповідальності за неправильну установку товару за договорами роздрібної купівлі-продажу, якщо на момент укладення договору покупець знав або міг знати про недоліки інструкції з установки.

З погляду розробників вказаного проєкту, вказана стаття чітко визначає, що покупець не може використовувати передбачені законом механізми захисту у випадку невідповідність товару, якщо про таку невідповідність (недолік) він знав або повинен був знати при укладенні договору[1]. Фактично це положення вводить певне обмеження щодо обсягу відповідальності продавця, гарантуючи, що певні недоліки (дефекти) товару не є невідповідністю товару. Таким чином, він урівноважує жорстку відповідальність продавця, яка на нього покладається іншими нормами, особливо що стосується роздрібної купівлі-продажу, де покупець, зважаючи на свою «пріоритетну» позицію, має більший арсенал прав, гарантованих законом.

Логіка цієї норми виходить із необхідності підтримки рівноваги сторін за договором. Тобто покупець, який знав про недолік, повинен був взяти до уваги цей факт, вирішуючи, чи купувати товар. Так, до прикладу, якщо мова йде про придбання товарів вживаних або «сток», то є ймовірно припустити покупцеві, що такі товари можуть мати певні недоліки або ж можуть бути позбавлені гарантійних зобов'язань продавця або ж виробника.

У певному сенсі, це положення є іншою стороною медалі розумних очікувань покупця від товару. Ми говоримо про ті ознаки, якими має бути наділений такий товар, тобто бути придатними для будь-якої конкретної мети, відомої продавцю в момент укладання договору; бути придатними для цілей, для яких речі, які мають такі ж характеристики, зазвичай використовуються; мати якості речей, представлених продавцем покупцю як зразок або модель; бути затареним або упакованим звичайним для таких речей способом, а за відсутності такого — способом, який забезпечує їх збереження та захист; бути забезпечені таким приладдям, інструкціями з установки або іншими інструкціями, на отримання яких покупець може розумно очікувати; і мати такі якості та виконувати такі функції, які покупець може розумно очікувати.

У цьому випадку варто говорити про те, що продавець несе відповідальність за обґрунтовані очікування покупця щодо властивостей товару, що ним придбається. Таким же чином у покупця можуть бути негативні очікування, тобто фактичні знання про невідповідність товару.

Так, до прикладу, особа А. в магазині звернула увагу на скляну перегородку для ванни, за зовнішніми ознаками визначивши її придатною для своїх потреб. Однак продавець не рекомендує особі А. придбавати вказану

[1] Kerber W., Grundmann S. An optional European contract law code: *Advantages and disadvantages. European Journal of Law and Economics*. 2006. Volume 21. P. 215–236.

модель, пояснюючи, що така перегородка укомплектована такою інструкцією для встановлення, яка фактично є незрозумілою і зможе гарантувати покупцеві отримання всіх необхідних знань для встановлення цієї перегородки, у зв'язку із чим особа А. ігнорує рекомендації продавця, вказуючи на свою професійність у побутовому ремонті приміщень. У такому випадку, за ідеєю розробників DCFR, продавець звільняється від відповідальності за неправильну установку за договором споживчої купівлі-продажу, навіть якщо А. встановить товар неправильно через невідповідність інструкції.

Очевидно, що при укладенні договору встановити, що покупець мав знання про невідповідність товару, буде досить важко. У цьому контексті важливе місце займає питання: наскільки ґрунтовно покупець повинен оглянути товар перед укладенням договору? Згідно з цими правилами, покупець не зобов'язаний оглядати товар перед покупкою. Такий обов'язок у нього виникає при прийомі товару та в процесі користування ним. Покупець не буде наділеними належними йому додатковими гарантіями лише у випадку, якщо він дійсно знав про невідповідність або коли фактичне знання про таку невідповідність не може бути доведено, якщо можна обґрунтовано припустити, що покупець повинен був знати про такі недоліки (наприклад, оскільки покупець уважно оглянув товар і невідповідність була очевидною або ж якщо товар придбавався з позначкою «з дефектом» тощо).

Важливо зауважити, що такий правовий механізм жодним чином не виключає ті правові гарантії, якими наділений покупець при виявленні недоліків товару в момент його отримання. Також варто зауважити, що розглядуваний нами механізм, по суті, буде застосовувати на більш ранній стадії, аніж огляд товарів при отриманні.

Варто зазначити, що аналізована норма має винятки, що стосуються відповідальності за конкретизованими умовами договору. У такому випадку договір буде виконуватись відповідно до його умов. Таким чином, якщо товар має певні недоліки на момент укладення договору, але сторони прямо чи неявно погоджуються, що продавець має усунути ці недоліки до моменту поставки, продавець не звільняється від відповідальності. Аналогічно, якщо сторони прямо домовилися про певні характеристики, то покупець може очікувати, що продавець гарантуватиме наявність таких характеристик товару в момент передачі товару покупцеві, навіть якщо вони були відсутні на момент укладання договору. До прикладу, особа А. повідомляє особу Б., який є дилером з продажу автомобілів, що хоче придбати придатний для їзди вживаний автомобіль. Перед укладанням угоди вони оглядають транспортний засіб. Автомобіль, який має стати предметом договору, на момент укладення договору має певні недоліки щодо якості гуми, що робить автомобіль непридатним

для руху. Особа А. вказує на ці недоліки, але все одно погоджується придбати автомобіль в узгодженому стані щодо справності. У цьому випадку продавець не звільняється від відповідальності з відома покупця, оскільки покупець може очікувати, що продавець усуне недолік, тобто встановить нові шини перед доставкою автомобіля покупцеві, оскільки наявність належних за якістю гуми буде служити можливість використовувати придбаний товар за призначенням.

Звичайно, за умови запровадження такої норми, щоб довести наявність або відсутність відповідальності продавця, варто буде звертатись до договору і тлумачити його, з метою, щоб встановити, чи було розумним для покупця очікувати, що продавець усуне недолік до доставки. Ціна контракту також може вказувати на те, на які якісні та інші характеристики покупець може розраховувати при виконання укладеного договору.

У зв'язку із викладеним, вважаємо за доцільне передбачити в оновленому ЦК України таку підставу звільнення продавця від відповідальності за недоліки товарів, що пов'язані із його якістю, упакуванням, метою використання, вимогами третіх осіб, як поінформованість про вказані недоліки покупця на момент укладення договору або ймовірність того, що покупець повинен був знати про такі недоліки.

Узагальнюючи викладене, важливо відзначити, що встановлення додаткових особливих гарантій захисту сторін за договором купівлі-продажу спрямоване, на нашу думку, не лише на захист конкретно визначеної сторони, щодо якої передбачено таку норму, а також для баласування рівності сторін за таким договором, де, по суті, зачіпаються майнові інтереси кожної із сторін.

Зважаючи на те, що купівля-продаж, як один із цивільно-правових договорів, має величезну розгалуженість видів, важливо виокремити особливі гарантії захисту учасників договірних відносин за окремими видами договорів купівлі-продажу.

Так, підвищення значення договору роздрібної купівлі продажу відбувається не тільки в Україні, а й в інших країнах. Не менше уваги регулюванню таких договірних відносин приділено в ЄС, зважаючи на тенденцію уніфікації договірного права в ЄС та підвищення рівня правового захисту прав споживачів.

Одним із найважливіших питань у сфері правового регулювання договору роздрібної купівлі-продажу залишається захист прав споживачів, оскільки захист прав споживачів — це одне з провідних завдань кожної цивілізованої держави, оскільки, незалежно від політичної й економічної ситуації в країні, люди купують товари і користуються різними послугами.

Безперечним фактом є необхідність встановлення особливих заходів охорони та впровадження механізму ефективного захисту також вітчизняного

споживача; через це державна національна політика у цій сфері поступово займає належне місце у соціально-економічних перетвореннях у країні. Це обумовило наявність особливих регулятивних та охоронних норм, спрямованих на захист державою законних інтересів споживачів, створення додаткових гарантій охорони їхніх прав у сфері роздрібної купівлі-продажу.

Важливо відзначити, що компетенція ЄС у сфері захисту прав споживачів полягає, головним чином, у провадженні правотворчої діяльності, встановленні одноманітних правил та норм на європейському рівні, які діють безпосередньо (регламент, як акт уніфікації) або відповідно до яких держави-члени ЄС та треті країни зобов'язані приводити своє національне законодавство до однотипності (директиви як акти гармонізації). Правотворча діяльність ЄС у сфері захисту прав споживачів, як і в інших сферах, реалізується передусім його законодавчими інститутами — Європейським парламентом і Радою ЄС, які, у своє чергу, можуть доручати Європейської комісії як виконавчому інституту ЄС вживати додаткові заходи у вигляді виконавчих чи делегованих актів[1].

Основною метою регулювання на рівні ЄС вимог до різного виду продукції пояснюється не визначення приналежності до кола правовідносин тих чи тих норм (особливо, коли усвідомлювати, що ЄС, по суті, не відомий класичний поділ на галузі права, а визначаються лише сфери регулювання), а важливим є «підсвічування» складних питань, що потребують захисту. Вказана наша позиція актуалізується думкою Суду ЄС. Як ухвалив Суд ЄС, інформація про підприємство, надана шляхом перенаправлення споживача за гіперпосиланням на сайті підприємства, не відповідає критеріям ст. 5 Директиви 97/7/ЄС[2], оскільки в такий спосіб неможливо визначити таку інформацію як передану підприємством або як отриману споживачем, оскільки немає жодних прямих або непрямих підтверджень передачі інформації або її отримання споживачем.

Крім того, сайт з розміщеною на ньому інформацією не може бути класифікований як довговічний носій, що також є вимогою ст. 5 Директиви № 97/7/ЄС (ст. 7 Директиви № 2011/83/ЄС[3]).

[1] Hondius E. The Notion of Consumer: European Union versus Member States. *Sydney Law Review*. 2006. Vol. 28. No. 1. P. 89-98

[2] 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. OJ. 1977. L 144, 4 June. P. 19–27.

[3] Regulation (EU) No 1169/2011 of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on the provision of food information to consumers, amending Regulations (EC) No 1924/2006 and (EC) No 1925/2006 of the European Parliament and of the Council, and repealing Commission Directive 87/250/EEC, Council Directive 90/496/EEC, Commission Directive 1999/10/EC, Directive 2000/13/EC of the European Parliament and of the Council, Commission Directives 2002/67/EC and 2008/5/EC and Commission Regulation (EC) No 608/2004. OJ. 2011. L 304, 22 November. P. 18–63

Щодо ознак довговічного носія, то Суд ЄС зазначає, що зберігання інформації на такому носії має гарантувати її збереження та незмінність, а також можливість споживача скористатися реквізитами компанії в разі необхідності захисту прав та законних інтересів[1].

Ці положення відображаються і в Директиві № 2011/83/ЄС, що також зазначено Судом ЄС, як підтвердження актуальності та правильності використаного у вирішенні підходу.

Регламент (ЄС) № 1169/2011 у ст. 2 вводить поняття «продовольча інформація» (food information) та «законодавство про продовольчу інформацію» (food information law). Регламент (ЄС) № 1169/2011 встановлює також принципи законодавства про продовольчу інформацію, серед яких можна виділити такі: відповідність продовольчої інформації нормам законодавства про продовольчу інформацію, заборону вводить в оману продовольчої інформації, відповідальність за продовольчу інформацію особи, зазначеної як виробник продукту, принцип повної гармонізації.

Варто відзначити, що у 2018 році в Україні також унормовані ці питання на рівні Закону України «Про інформацію для споживачів щодо харчових продуктів»[2]. На нашу думку, це лише підтверджує важливість визначення різних видів інформації про товар, що надається для потенційного споживача перед укладенням договору купівлі-продажу.

Варто звернути увагу на те, що стосовно інформації про ціну запропонованої до публічного продажу речі в European Contract Code вказано, що продавець «зобов'язаний чітко вказати ціну». У свою чергу, нормам Draft of Common Frame of Reference і Common European Sales Law встановлено, що недостатнім є лише повідомити власне ціну (повну вартість) товару, визначену з включенням до неї сплати податків, зборів (підпункт (a) п. 1 ст. 14 Common European Sales Law, пункт (a) ст. II.–3:107 Draft of Common Frame of Reference), — необхідно поінформувати потенційного покупця «...про будь-які додаткові витрати на транспортування, доставку, поштове пересилання та інші витрати» (підпункт (b) п. 1 ст. 14 Common European Sales Law, пункт (a) ст. 11.-3:107 Draft of Common Frame of Reference), «...про вартість використання засобів зв'язку для цілей укладення договору на відстані, якщо ця вартість розраховується не за базовим тарифом» (п. 3 ст. 14 Common European Sales Law) та «...про порядок розрахунків, якщо сума не підлягає сплаті одноразово» (пункт (c) ст. II.-3: 107 Draft of Common Frame of Reference).

[1] Case C-49/11: Judgment of the Court (Third Chamber) of 5 July 2012 Content Services Ltd v Bundesarbeitskammer. OJ. 2012. C 287. P. 8

[2] Про інформацію для споживачів щодо харчових продуктів : Закон України від 06.12.2018 року. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2639-19#Text (дата звернення: 12.10.2023 року)

Крім того, п. 2 ст. 14 Common European Sales Law уточнює, що розуміється під повною вартістю в договорах, укладених на невизначений термін і які передбачають систематичне однорідне виконання, а також у абонентських договорах. Нарешті, і Common European Sales Law, і Draft of Common Frame of Reference вказують продавцю вихід із положення у випадках, що не допускають точного визначення ціни або суми додаткових витрат до укладення договору, — продавець зобов'язаний інформувати покупця про правила, за якими ціна або сума додаткових визначатиметься (розраховуватиметься).

У зв'язку із викладеним, вважаємо за необхідне деталізувати вимоги щодо інформування про ціну договору за участю споживача. Така ціна має бути чіткою із зазначенням власне ціни (повної вартості) товару, визначеної з урахуванням належних до сплати податків, зборів, інших платежів. Споживач також має бути повідомлений про будь-які додаткові витрати на транспортування, доставку, поштову пересилку, використання засобів зв'язку з метою укладення договору і про інші витрати, що можуть бути опосередковані договором купівлі-продажу.

У зв'язку із викладеним, вважаємо за доцільне п. 6 абз. 2 частини 1 статті 157 Закону України «Про захист прав споживачів» конкретизувати в частині зазначення інформації про ціну продукції.

Статтею 16 Закону України «Про захист прав споживачів»[1], що діяла до 17 вересня 2011 року, було визначено підстави звільнення виробника від відповідальності. Закон України «Про відповідальність за шкоду, завдану внаслідок дефекту в продукції»[2], розширив такий перелік підстав за рахунок того, що встановлено норму, за якою виробник не буде нести відповідальність за шкоду, яка завдана дефектною продукцією, у випадку, коли дефект виник після введення виробником продукції в обіг. Таке правило не поширюється на випадки, коли виникнення такого дефекту було зумовлено конструкцією чи складом продукції. Також зникає можливість притягнення виробника до відповідальності і в тому випадку, коли продукція, що має дефект, виготовляється чи розповсюджується ним не в межах здійснення господарської діяльності. Обсяг відповідальності виробника може бути зменшений у тому випадку, коли шкода заподіяна не тільки дефектом продукції, але й виною потерпілого або будь-якої особи, за яку потерпілий несе відповідальність. Правом регресу наділяється виробник у випадку, коли шкода, завдана дефектом продукції, була спричинена у зв'язку із діями або упущеннями третьої особи.

[1] Про внесення змін до Закону України «Про захист прав споживачів» : Закон України від 01.12.2005 р. № 3161–IV. *Відомості Верховної Ради України.* 2006. № 7. Ст. 84

[2] Про відповідальність за шкоду, завдану внаслідок дефекту в продукції : Закон України від 19.05.2011 року № 3390-IV. *Відомості Верховної Ради України.* 2011. № 47. Ст. 531

РОЗДІЛ 4

Багаторічна практика застосування Директиви 85/374/ЄЕС[1] в ЄС дозволила Суду ЄС визначити перелік обставин, які не повинні братись до уваги при вирішенні питання про відповідальність виробника. Такими обставинами є можливість уникнути спричинення шкоди, коли виробником вжито або ж ні всіх можливих попереджувальних заходів для уникнення виникнення дефекту в продукції; непрактичність, вартість і складність застосування превентивних заходів виробником; наявність вигоди для суспільства або корисність продукції[2].

У рішенні Суду ЄС у справі «European Commission v United Kingdom»[3] наголошується: для того, щоб встановити відповідальність виробника відповідно до ст. 4 Директиви 85/374/ЄЕС, потерпілому необхідно довести наявність шкоди, наявність дефекту продукції і зв'язок між дефектом продукції і заподіяною шкодою, а не саму вину виробника, що додатково характеризує досліджувані деліктні правовідносини.

Необхідно погодитись із поглядом О. Ю. Черняк про те, що такий підхід до визначення обсягу відповідальності виробника, на наш погляд, спрямований на додатковий захист споживача, що, по суті, унеможливлює зловживання з боку виробника своїми правами для зменшення або ж уникнення відповідальності за шкоду, спричинену дефектом у продукції[4].

У гонитві за калькуванням законодавства ЄС, в тому числі щодо відшкодування шкоди, завданої недоліками товарів, робіт та послуг, варто пам'ятати та враховувати, коли було прийнято той чи інший нормативний акт. Як зазначається в останньому Звіті Європейської комісії щодо Директиви 85/374/ЄЕС (такі звіти відбуваються щоп'ять років з метою опрацювання тих проблем та механізмів, які потребують удосконалення), «2018 рік — це не 1985 рік, тому ЄС та його правила щодо безпеки продукції еволюціонували, як і економіка та технології. Багато видів продукції, наявної сьогодні на ринку, має характеристики, які вважалися науковою фантастикою у 1980-х»[5].

[1] Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products. *Official Journa*l. L 210. 07.08.1985. P. 29-33

[2] Micklitz, H-W., Stuyck J., Terryn E. Cases, Material and Text on Consumer Law. Oregon : Oxford and Portland, 2010. C. 144.

[3] Case C-300/95 : European Commission v United Kingdom (Commission v UK) [1997]. ECR-I02649. URL: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:61995CJ0300&qid=1404033851473 (дата звернення : 12.06.2020)

[4] Черняк О.Ю. Нове бачення зобов'язань з відшкодування шкоди, завданої внаслідок недоліків товарів, робіт (послуг), у структурі сучасної кодифікації цивільного законодавства України. Оновлення Цивільного кодексу України: формування підходів : колективна монографія / О. І. Виговський, Н.Ю. Голубєва, С.Д. Гринько та ін.; за ред. проф. Довгерта А.С. І проф. Харитонова Є.О. Одеса : Видавничий дім «Гельметика», 2020. С. 529-547

[5] Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic

На сьогодні в ЄС та Україні, як і в усьому світі, є гостра потреба в перегляді концепції захисту прав споживачів через призму виникнення нових видів товарів, робіт та послуг, що пов'язано із диджиталізацією, збільшенням кількості транскордонних продажів, розвитком штучного інтелекту тощо.

У січні 2020 року Комітет Європейського парламенту з питань внутрішнього ринку та захисту споживачів провів публічні слухання «Директива про відповідальність за товар: захист споживачів на єдиному цифровому ринку»[1], де основними потребами до вдосконалення правового регулювання відшкодування шкоди, завданої дефектною продукцію, називали такі: оновлення змісту поняття «продукція», оскільки зростає взаємодія між фізичними продуктами та цифровими послугами; зміни концепції розуміння поняття виробника, в тому числі за рахунок виокремлення тих суб'єктів, які беруть участь в оновленні та модифікації продукції; розширення видів збитків, що підлягають відшкодуванню; чіткий розподіл відповідальності між виробником та іншими суб'єктами, що беруть участь у реалізації продукції, в тому числі суб'єктами, що здійснюють його модифікацію; перенесення тягаря доказування з споживача на виробника, як це передбачено в оновлених актах ЄС у сфері захисту прав споживачів.

Вказане ще раз демонструє потребу чіткого і виваженого підходу до унормування досліджуваних відносин, зважаючи на потреби сьогодення.

У зв'язку із викладеним, також важко погодитись з позиціє І. І. Банасевич про те, що базовими нормативними актами, що регулюють зобов'язання з відшкодування шкоди, завданої недоліками товарів, робіт (послу) є ЦК України, Закон № 3390-IV, а субсидіарно застосовуються положення Закону 1023-XII, Господарського кодексу України, Закону України «Про міжнародне приватне право»[2], зважаючи на те, що сучасний стан правового регулювання не дає чіткої відповіді на те, які норми є спеціальними, бо предмет регулювання таких законів у багатьох аспектах перетинається і суперечить один одному, а розуміння поняття споживача в межах Господарського кодексу України, не відповідає цілі та завданням Закону 1023-XII і стосується іншого виду правовідносин. Також варто розуміти значення Закону 1023-XII як основного

and Social Committee on the Application of the Council Directive on the approximation of the laws, regulations, and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products (85/374/EEC) Brussels, 07.05.2018 COM(2018) 246 final. URL : https://ec.europa.eu/docsroom/documents/29233?locale=en (дата звернення : 15.05.2020)

[1] Директива про відповідальність за товар: захист споживачів на єдиному цифровому ринку. URL: https://www.europarl.europa.eu/committees/en/product-liability-directive-protecting-c/product-details/20200107CHE06841 (дата звернення : 15.07.2020).

[2] Банасевич І. І. Відшкодування шкоди, завданої внаслідок недоліків товарів, робіт (послуг): стан правового регулювання. *Актуальні проблеми вдосконалення чинного законодавства України.* 2012. Вип. 29. С.119.

у сфері захисту прав споживачів, на підставі якого мають бути розроблені інші нормативні акти, що регулюють особливості здійснення окремих прав споживача.

У зв'язку із викладеним, вважаємо за доцільне уточнити зміст параграфу 3 глави 82 ЦК України в частині повернення до редакції статей до 2011 року і уточнення поширення цього спеціального делікту на відносини за участю споживача.

Актами гармонізації європейського контрактного права виокремлено специфічні види договорів купівлі-продажу — договори, що потребують схвалення та випробування.

Ст. 210 European Contract Code передбачено можливість укладення договору купівлі-продажу на схвалення та на випробування. Згадка про можливість продажу речі з умовою її перевірки чи випробування передбачена також п. 3 ст. 168 Common European Sales Law, та п. 4 ст. 11.-5:105 Draft of Common Frame of Reference, згідно з яким «... сторона, що відмовляється від договору, не зобов'язана платити (а) за будь-яке зменшення в цінності будь-чого, отриманого за договором, що передбачає огляд і випробування». Варто вказати, що договір купівлі-продажу на схвалення є цивільно-правовим інститутом, більш характерний для англо-американського, ніж континентального європейського права.

Відмінна риса договору продажу на схвалення (або, інакше, купівлі-продажу на пробу) — є його укладання під скасувальною (резолютивною) умовою несхвалення переданого товару покупцем.

За наявності таких умов продавець пов'язаний договором з моменту його укладання, але для покупця такий юридичний зв'язок обумовлений. Така нерівність у положенні сторін може тривати лише визначений проміжок часу, яке вказується покупцем, або ж може бути передбачено обставинами, що випливають із суті договору.

Аналіз змісту ч. 1 ст. 210 ECC дає підстави стверджувати про те, що продаж із схваленням має три відмінні риси: 1) договір укладено і з боку продавця виконано (товар переданий у власність покупця), але все це зроблено під умовою; 2) такою умовою є одностороння мотивована відмова покупця від договору; 3) виявлення у переданому на схвалення товарі істотних недоліків.

Зважаючи на те, що з боку продавця такий договір виконаний, відмова покупця від договору скасовує договір з моменту її вчинення — діє так, начебто договору ніколи не було (*ex tunc*).

Крім того, варто підкреслити, що європейським контрактним правом не передбачено можливості схвалення лише частини товару. Покупець, який отримав весь товар на схвалення, протягом узгодженого часу схвалення не

повернув його і ніяк про нього не відгукнувся, вважається таким, що його прийняв. На мою думку, за аналогію можна припустити, що якщо все ж таки на схвалення була передана частина товару, то у випадку, що покупець не схвалює цю частину, він не схвалює увесь товар за договором.

Правові наслідки застереження «якщо сподобається» повною мірою відображені у назві: сподобається (неважливо з якої причини) — залишу, не сподобається — поверну.

Відмінності в підставах односторонньої відмови від договору та повернення товару обумовлюють відмінностями строку та правових наслідків. У договорах купівлі-продажу на схвалення йдеться про строк, необхідний для виявлення істотних недоліків товару; тривалість його у кожному конкретному випадку залежить від виду товару, тому він щоразу повинен узгоджуватися сторонами; за відсутності такого погодження повинен застосовуватися розумний строк. Що ж до тривалості строку на вирішення питання «сподобається чи не сподобається», вона, очевидно, може бути визначена загальною для всіх випадків і встановлена як мінімальна.

Однак тут варто зробити застереження, що схожа норма містить в законодавстві про захист прав споживачів (в тому числі, національному), що передбачає право на відмову від договору купівлі-продажу протягом 14 днів з моменту придбання продукції без пояснення причин такої відмови. Однак розглядувана мною норма European Contract Code вказує на строк у 8 днів.

Тому, мені видається недоцільним запровадження такої норми в межах ЦК України, тим більше її поширення на договори, укладені за участю суб'єктів господарювання, що може спричинити додаткові майнові збитки як для продавця, так і покупця.

Від двох попередніх видів купівлі-продажу продаж із випробуванням принципово відрізняється тим, що ускладнюється не скасувальною, а відкладною умовою. Це означає, що перехід права власності на переданий покупцю товар відбувається не в момент передачі товару, а відкладається, до моменту «...підтвердження відповідності проданої речі умовам, визначеним законом». Сприятливий результат випробування (вірніше, не сам такий результат, а повідомлення покупця про нього) спричиняє не тільки перехід права власності на товар, а й неможливість в майбутньому для покупця посилатися на такі недоліки якості, які повинні бути виявлені під час випробування. Несприятливий результат випробування дозволяє покупцю вважати договір припиненим, що тягне за собою право вимагати від недобросовісного продавця ще й відшкодування збитків за правилами про переддоговірну відповідальність, тобто, виникають ті наслідки, якби договір взагалі не був укладений (негативний договірний інтерес).

Підсумовуючи, необхідно зазначити про доцільність виділяти договори купівлі-продажу, що потребують схвалення та випробування, що різняться обсягом прав покупця та продавця, строками прийняття товару.

Особливостями договору купівлі-продажу на схвалення (покупка на пробу) варто визначити такі: договір укладений і з боку продавця виконаний (товар переданий у власність покупця), але це вчинено під скасувальною умовою; такою умовою є одностороння відмова покупця від договору, яка мотивована виявленням в переданому на пробу товарі явних дефектів.

У зв'язку із тим, що по суті договір вважається виконаним вже в момент передачі товару на пробу, відмова від такого товару скасовує договір з моменту його виконання.

Висновки. Процес рекодифікації цивільного законодавства України та активне прагнення нашої держави до вступу в ЄС, зумовлює потребу в досить детальному дослідженні конструкції договорів купівлі продажу. Серед досліджених актів гармонізації договірного права ЄС, взято до уваги напрацювання в межах European Contract Code, Draft of Common Frame of Reference, Common European Sales Law, Principles of European Contract Law. Серед іншого за аналогією із нормами Проєкту Кодексу європейського договірного права запропоновано встановити тридцяти денний строк для права покупця на відмову від договору купівлі-продажу у зв'язку із невідповідністю товару отриманій про нього інформації від продавця з моменту прийняття товару за умови, що такий товар не був в експлуатації. Обґрунтовано, що для відмови від договору покупець повинен звернутись до продавця з вимогою про заміну товару та такий, що відповідає отриманій інформації. У разі неотримання відповіді продавця протягом десяти днів, договір вважається припиненим і у сторін виникає право на двосторонню реституцію за цим договором. В такому випадку за продавцем зберігається право вимагати від покупця оплатити будь-які витрати, пов'язані із користуванням товаром навіть з метою його перевірки. Разом із тим законом необхідно передбачити розумний строк для споживних товарів та таких, які швидко псуються.

Також визначено право покупця на вчинення правочину на заміну договору купівлі-продажу у випадку прострочення передачі товару. Таке право покупець набуває за рішенням суду з покладенням витрат продавця за первинним договором.

У випадку невиконання покупцем обов'язку щодо оплати товару, у випадках, встановлених законодавством, продавець наділений такими правами: вимагати сплати основного грошового боргу, відсотків за прострочення такої сплати, а в частині, не покритій відсотками, — стягнення збитків від прострочення платежу; притримати зустрічне виконання щодо товару, який ще не

переданий; вимагати повернення проданого товару; звернути на нього стягнення як на предмет застави.

4.4. Цивільно-правова відповідальність у механізмі виконання договору купівлі-продажу

«Будь-який договір укладається з певною метою. Правова мета договору є елементом договору і його матеріальною підставою. Шляхом виконання договору здійснюються певні інтереси осіб, для яких договір виступає засобом задоволення інтересу»[1]. Як зазначено у рішенні Конституційного Суду України, охоронюваний законом інтерес є гарантований державою простий легітимний дозвіл задовольняти виникаючі потреби і забезпечувати себе певними благами[2].

Сторони вступають у договірні правовідносин для того, щоб одержати або здійснити певне виконання. Тому законодавець встановлює принцип, згідно з яким «договір є обов'язковим для виконання сторонами» (ст. 629 ЦК України). Відповідно не може виникати зобов'язання, щодо якого виконання не передбачається. Якщо правовідношення втілюється у форму цивільно-правового зобов'язання, яке сторони не мають наміру виконати, тоді має місце нікчемний правочин.

У юридичній літературі поняття «виконання зобов'язання» визначається як здійснення боржником на користь кредитора конкретної дії, що становить предмет зобов'язання, або утримання від визначених зобов'язанням дій.

Виконання зобов'язання, проведене належним чином, припиняє зобов'язання (ч.1 ст. 599 ЦК України), оскільки призводить до досягнення того правового результату, заради якого зобов'язання виникло, що здійснюється у зв'язку з реалізацією сторонами, які уклали договір, своїх прав і обов'язків. Так, у результаті виконання зобов'язання із договору купівлі-продажу має місце перенесення права власності на річ.

Водночас забезпечуючим фактором виконання зобов'язань є права та обов'язки боржника і кредитора, які сторони визначають у договорі на свій розсуд, що обов'язкові до виконання (ст.ст. 627–628 ЦК України). У зв'язку з тим, що закон допускає можливість виникнення зобов'язань, які прямо не закріплені в законі, але й не суперечать йому, необхідно враховувати, що перелік обов'язків боржника щодо виконання зобов'язань не є вичерпним.

[1] Венедіктова І. Реалізація охоронюваних законом інтересів у договірних правовідносинах. *Право України*. 2012. № 9. С. 78.

[2] Рішення Конституційного Суду України у справі щодо офіційного тлумачення окремих положень частини першої статті 4 Цивільного процесуального кодексу України від 1 грудня 2004 р. *Урядовий кур'єр*. 2004. № 239. Додаток «Документи». С. 7–12.

У законі передбачені дії, які лише найбільш часто повторюються, які необхідно вчинити боржнику, такі як передача майна, сплата грошей, виконання робіт тощо.

Зобов'язання підпорядковуються загальним правилам їх виконання — принципам виконання зобов'язання, центральне місце серед яких займають принципи реального виконання та належного виконання зобов'язання.

Слід зазначити, що в юридичній літературі зустрічається декілька концепцій щодо співвідношення цих принципів. За радянських часів поширеною була позиція про надання принципу реального виконання зобов'язання значення загального принципу (О. С. Іоффе, В. С. Толстой). При цьому деякі науковці розглядали принцип належного виконання як складову частину змісту принципу реального виконання зобов'язання (О. В. Венедиктов)[1]. Таке ставлення зумовлено тим, що в плановому господарстві гроші фактично не мали значення загального еквівалента, тому і грошова компенсація збитків зазвичай не надавала кредитору можливості набути потрібний йому товар (замовити роботи або послуги тощо).

Зустрічається й протилежна викладеній позиція, згідно з якою принцип належного виконання зобов'язання розглядається як загальний, а принцип реального виконання – однією з складових його частин (М. І. Краснов)[2]. Зокрема деякі науковці визнають принцип належного виконання зобов'язання основним (Т. В. Боднар)[3]. При цьому Т. В. Боднар зайняла позицію щодо заперечення існування принципу реального виконання[4].

На нашу думку, щодо співвідношення принципів реального та належного виконання зобов'язання, то не можна надавати перевагу одного принципу над іншим. Роблячи категоричні висновки про віднесення одного принципу до загальної категорії, а іншого — до окремої, складової, вчені водночас слушно обґрунтовують їх самостійне значення для виконання зобов'язання. Тому слід підтримати тих науковців, які стверджують про самостійне значення принципів реального виконання та належного виконання зобов'язання,: у реальному виконанні виявляється сутність виконання як здійснення певної дії, а у належному виконанні — якісна характеристика дії (утримання від дії). Так, на думку В. В. Луця, на стадії нормального розвитку зобов'язання вимоги належного і реального виконання збігаються; при порушенні якихось умов

[1] Венедиктов А. В. Гражданско-правовая охрана социалистической собственности в СССР. М., Л. : Изд-во АН СССР, 1954. С. 164.

[2] Краснов Н. И. Реальное исполнение договорных обязательств между социалистическими организациями. М. : Госюриздат, 1959. С. 16.

[3] Боднар Т. В. Виконання договірних зобов'язань в цивільному праві : монографія.К. : Юрінком Інтер, 2005. С. 47.

[4] Боднар Т. В. Там само. С. 49-55.

договору (наприклад, щодо строку) виконання визнається неналежним, проте при цьому зберігається обов'язок виконання в натурі з додержанням інших умов договору, що не втратили значення для контрагента[1].

Зобов'язання із договору купівлі-продажу також мають виконуватися за принципом реального виконання, що означає необхідність здійснення боржником дій або утримання від дій, що передбачені змістом зобов'язання. Для договірних зобов'язань цей принцип традиційно конкретизується у поняття «договірна дисципліна», дотримання якої означає необхідність точного і своєчасного виконання сторонами договору всіх своїх обов'язків відповідно до умов їх домовленості і вимог законодавства. Подібні міркування ще за радянських часів висловлював О. В. Венедиктов, на думку якого договірна дисципліна спрямована на забезпечення реального виконання планових завдань, покладених в основу господарських договорів[2].

Принцип реального виконання впливає на виконання зобов'язання протягом усього часу його дії, як на стадії нормального розвитку, так і у випадку порушення. Водночас на кожній із двох стадій він виявляється по-різному.

На стадії нормального розвитку зобов'язання, коли воно виконується відповідно до його змісту, реальне виконання зобов'язання тісно пов'язане із принципом належного виконання. При цьому законодавець встановлює правовий засіб забезпечення реального виконання шляхом закріплення заборони зміни та розірвання договору на вимогу однієї із сторін, якщо інше не встановлено договором або законом (ст. 651 ЦК України).

Правове значення принципу належного виконання закріплено у ст. 526 ЦК України: «Зобов'язання має виконуватися належним чином відповідно до умов договору та вимог цього Кодексу, інших актів цивільного законодавства, а за відсутності таких умов та вимог — відповідно до звичаїв ділового обороту або інших вимог, що, звичайно, ставляться»[3]. Разом з тим у силу принципу свободи договору, встановленого цивільним законодавством (ст. 627 ЦК України), значна роль у визначенні умов зобов'язання належить його сторонам. Як зазначав В. В. Луць, «в регулюванні майнових відносин розширюється свобода волевиявлення у визначенні своїх прав та обов'язків як ознака диспозитивного методу регулювання»[4]. Подібні міркування висловлює Т. В. Боднар:

[1] Луць В.В. Контракти в підприємницькій діяльності: навч. пос. 2-е вид., перероб. і допов.. К. : Юрінком Інтер, 2008. С. 102.

[2] Венедиктов А. В. Договорная дисциплина в промышленности. Л. : Издательство ЛГУ, 1935. С. 7.

[3] Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. (зі змінами та доповненнями). *Офіційний вісник України*. 2003. № 11. Ст. 461.

[4] Луць В. Тенденції розвитку договірного права України в сучасних умовах. *Право України*. 2009. № 8. С. 9.

«Визначення договору як домовленості передбачає, що сторони договору мають домовитися, тобто досягти згоди з усіх умов (пунктів) майбутнього договору»[1].

Згідно з гл. 48 ЦК України принцип належного виконання зобов'язання передбачає, що зобов'язання має виконуватися: а) щодо належного предмета; б) належними сторонами; в) належним способом; г) у належний строк (термін); д) у належному місці. Відповідно виконання зобов'язання із дотриманням усіх його умов припиняє зобов'язання, оскільки призводить до досягнення того правового результату, заради якого зобов'язання виконано. У цьому полягає основна сутність і значення виконання зобов'язання. Так, у разі виконання договору купівлі-продажу до покупця переходить право власності на куплену річ. Невиконання зобов'язання чи виконання його з порушенням будь-яких умов спричиняє настання відповідальності для боржника. Таким чином, належне виконання зобов'язання якісно характеризує його реальне виконання.

Предметом виконання зобов'язання є річ, робота чи послуга, яку в силу зобов'язання боржник зобов'язаний передати, виконати або надати кредитору. У ЦК України предмет виконання зобов'язання називається предметом зобов'язання чи предметом договору. Так, наприклад, солідарний обов'язок або солідарна вимога виникають у разі неподільності *предмета зобов'язання* (*курсив – С. З.*) (ст. 541 ЦК України). У ЦК України передбачено, що предметом договору купівлі-продажу можуть бути товар, майнові права, право вимоги, якщо вимога не має особистого характеру (ст. 656).

Вимоги до предмета зобов'язання визначаються відповідно до умов договору, актів цивільного законодавства, а за відсутності таких умов та вимог — відповідно до звичаїв ділового обороту або інших вимог, що, звичайно, ставляться (ст. 526 ЦК України). Так, продавець зобов'язаний передати покупцеві товар, визначений договором купівлі-продажу одночасно із його приналежностями та документами (технічний паспорт, сертифікат якості тощо), що стосуються товару (ст. 662 ЦК України), у кількості, що встановлена у договорі (ст. 669 ЦК України), в асортименті, погодженому сторонами, а якщо асортимент товару не встановлений, то в асортименті, виходячи з потреб покупця (ст. 671 ЦК України), у комплектності, що відповідає умовами договору, а якщо їх не встановлено, то комплектність визначається звичаями ділового обороту або іншими вимогами, що, звичайно, ставляться (ст. 682 ЦК України), у комплекті, якщо договором встановленого такий обов'язок

[1] Боднар Т. В. Умови виконання договірного зобов'язання. *Еволюція цивільного законодавства: проблеми теорії і практики.* Матеріали Міжнародної науково-практичної конференції, 29–3 квітня 2004 р., м. Харків. – К. : Академія правових наук України, НДІ приватного права і підприємництва, НДІ інтелектуальної власності, Національна юридична академія ім. Ярослава Мудрого, 2004. – С. 303.

(ст. 683 ЦК України), у тарі та (або) упаковці, якщо інше не встановлено договором або не випливає із суті зобов'язання (ст. 685 ЦК України). Відповідно покупець зобов'язаний прийняти товар (ст. 689 ЦК України) та оплатити товар за ціною, встановленою у договорі, а якщо вона не встановлена у договорі, — виходячи із звичайних цін (ст.ст. 691–692 ЦК України).

Належне виконання зобов'язання передбачає передачу лише тієї речі, виконання лише тієї роботи, надання лише такої послуги, які були передбачені договором. Для цього необхідно, щоб предмет зобов'язання було конкретизовано. Оскільки предмет договору становить істотну його умову (ст. 638 ЦК України), договір із невизначеним предметом може бути визнано неукладеним. Якщо предметом зобов'язання є речі, зокрема гроші та цінні папери, вони повинні бути індивідуально визначеними або визначені родовими ознаками. Конкретизованими повинні бути й роботи, послуги та дії, від яких боржник повинен утриматися.

Якщо у договорі передбачено альтернативне зобов'язання, в якому боржник зобов'язаний вчинити одну з двох або кількох дій (ст. 539 ЦК України), то предмети виконання також повинні бути конкретизовані. При цьому право вибору предмета виконання альтернативних зобов'язань належить боржнику, якщо інше не встановлено договором, актами цивільного законодавства, не випливає із суті зобов'язання або звичаїв ділового обороту (ст. 539 ЦК України).

За ЦК України істотною умовою договору є умова про предмет договору. Водночас законодавець допускає віднесення до умов, що визначені законом як істотні або є необхідними для договорів такого виду також усіх тих умов, щодо яких за заявою хоча б однієї зі сторін має бути досягнуто згоди (ч. 1 ст. 638 ЦК України). Так, істотною умовою в окремих договорах, зокрема договору купівлі-продажу, є умова про строк (термін).

За строком (терміном) виконання слід розрізняти два види зобов'язань із договорів купівлі-продажу: 1) зобов'язання із визначеним строком (терміном) виконання; 2) зобов'язання із невизначеним строком (терміном) виконання.

До першого виду належать зобов'язання, де передбачено певний період у часі (строк) або певний момент у часі (термін), зі спливом або настанням якого пов'язане виконання зобов'язання (ст. 251 ЦК України). Так, за загальним правилом цивільного законодавства у договорах купівлі-продажу продавець зобов'язаний передати товар покупцеві у строк, встановлений договором купівлі-продажу (ст. 663 ЦК України), наприклад: продавець зобов'язаний передати покупцеві річ 14 червня 2014 р.

Для окремих договорів купівлі-продажу строк завжди є обов'язковою умовою укладення договору про продаж товару в кредит (ст. 695 ЦК України), договору з умовою про прийняття покупцем товару у встановлений строк

(ст. 701 ЦК України), договору з умовою про доставку товару покупцеві (ст. 704 ЦК України), договору поставки (ст. 712 ЦК України).

Щодо другого виду зобов'язань — із невизначеним строком (терміном) виконання, — кредитор має право вимагати його виконання у будь-який час, а боржник повинен виконати такий обов'язок у семиденний строк від дня пред'явлення вимоги, якщо обов'язок негайного виконання не випливає із договору або актів цивільного законодавства (ч. 2 ст. 530 ЦК України).

Існують вимоги, які підлягають задоволенню негайно. Наприклад, вимога покупця за договором роздрібної купівлі-продажу про заміну товару підлягає негайному задоволенню, а у разі необхідності перевірки якості товару – протягом чотирнадцяти днів або за домовленістю сторін — в інший строк (ч. 2 ст. 709 ЦК України).

Для деяких договорів купівлі-продажу мають значення як загальний строк виконання зобов'язання, так і окремі (часткові) строки. Зокрема окремі (часткові) строки поставки визначають поставку продукції частинами, партіями у межах строку дії договору (п. 27 Положення про поставки продукції виробничо-технічного призначення та п. 22 Положення про поставки товарів народного споживання)[1]. У ЦК України передбачено, що істотною умовою договору про продаж товару в кредит з умовою про розстроченням платежу є умова про строки внесення покупцем чергового платежу за проданий з розстроченням платежу і переданий йому товар (ст. 695).

Умова зобов'язання про строк може бути порушена достроковим виконанням і прострочкою виконання. Відповідно до ч. 1 ст. 531 ЦК України «боржник має право виконати свій обов'язок достроково, якщо інше не встановлено договором, актами цивільного законодавства або не випливає із суті зобов'язання чи звичаїв ділового обороту»[2]. Так, щодо виконання зобов'язання за договором поставки законодавець передбачає правило, що дострокова поставка товарів може здійснюватися за згодою покупця. Лише за такої умови товари, поставлені достроково і прийняті покупцем, оплачуються і зараховуються до кількості товарів, що підлягають поставці у наступний період (п. 27 Положення про поставки продукції виробничо-технічного призначення та п. 22 Положення про поставки товарів народного споживання)[3]. Зазначена позиція законодавця зумовлена тим, що дострокове виконання зобов'язання

[1] Положение о поставках продукции производственно-технического назначения, Положение о поставках товаров народного потребления и основных условий регулирования договорных отношений при осуществлении экспортно-импортных операций, утв. постановлением Совета Министров СССР от 25 июля 1988 г. № 888. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v0888400-88.

[2] Цивільний кодекс України. Там само.

[3] Положение о поставках продукции производственно-технического назначения, Положение о поставках товаров народного потребления и основных условий регулирования договорных отношений при осуществлении экспортно-импортных операций. Там само.

не завжди є вигідним для покупця, оскільки йому слід прийняти додаткові заходи для зберігання продукції, її переробки, однак покупець може й не мати такої можливості, що, безумовно, призведе до додаткових витрат.

Зі змісту окремих договорів купівлі-продажу може випливати, що при порушенні строку виконання покупець втрачає інтерес до договору. Тому законодавець надає право кредитору відмовитися від прийняття виконання, яке внаслідок прострочення втратило для нього інтерес (ч. 2 ст. 622 ЦК України).

Належне виконання зобов'язання неможливе без визначення місця його виконання, що має значення для вирішення питання про те, де сторона-боржник повинна здійснити виконання. Разом з тим від місця виконання залежить вирішення питання про розподіл витрат по доставці предмета виконання.

Умова про місце виконання зобов'язання має значення, тому що пов'язана з моментом виконання зобов'язання, тобто враховується при оцінці своєчасності виконання зобов'язання. Так, ст. 664 ЦК України присвячена моменту виконання обов'язку продавця передати товар покупцеві, де передбачено, що обов'язок продавця передати товар покупцеві вважається виконаним у момент: а) надання товару в розпорядження покупця за місцезнаходженням товару; б) вручення товару покупцеві за місцезнаходженням покупця, якщо договором встановлений обов'язок продавця доставити товар; в) здачі товару перевізникові або організації зв'язку для доставки покупцеві, якщо з договору купівлі-продажу не випливає обов'язок продавця доставити товар або передати товар у його місцезнаходженні (ст. 664 ЦК України). Водночас договором купівлі-продажу може бути встановлений інший момент виконання і визначено інше місце виконання продавцем обов'язку передати товар.

За договором поставки моментом виконання постачальником зобов'язання з поставки товарів вважається момент здачі товарів перевізникові або організації зв'язку при вивантаженні одержувачу з іншого міста, а при здачі на складі одержувача або постачальника (виготовлювача) — момент складання прийомо-здавального акта або розписки про одержання товарів (п. 28 Положення про поставки продукції виробничо-технічного призначення та п. 23 Положення про поставки товарів народного споживання)[1].

Зі змісту ч. 2 ст. 702 ЦК України випливає, що договір купівлі-продажу за зразком є виконаним з моменту доставки товару у місце, встановлене договором, а якщо місце передання товару не встановлене договором — з моменту доставки товару за місцем проживання фізичної особи покупця або

[1] Положение о поставках продукции производственно-технического назначения, Положение о поставках товаров народного потребления и основных условий регулирования договорных отношений при осуществлении экспортно-импортных операций. Там само.

місцезнаходженням юридичної особи-покупця, якщо інше не встановлено договором або законом. Аналогічне правило діє і щодо місця виконання договору з умовою про доставку товару покупцеві (ст. 704 ЦК України).

Із суті договору продажу товарів з використанням автоматів випливає, що зобов'язання повинно бути виконано за місцем знаходження автоматів (ст. 703 ЦК України). А зобов'язання постачальника щодо постачання енергетичних та інших ресурсів через приєднану мережу повинно виконуватися за місцем знаходження споживача, абонента (ст. 714 ЦК України).

Якщо місце виконання зобов'язання із договору купівлі-продажу не визначено договором або спеціальним законодавством, то застосовуються загальні правила ст. 532 ЦК України. Так, виконання зобов'язання про передачу нерухомого майна у власність провадиться за місцезнаходженням цього майна (ч. 1 п. 1). Зобов'язання про передачу товару (майна), що виникають на підставі інших правочинів, виконуються за місцем виготовлення або зберігання товару (майна), якщо це місце було відоме кредиторові на момент виникнення зобов'язання (ч. 1 п. 3). Грошові зобов'язання виконуються за місцем проживання кредитора, а якщо кредитором є юридична особа — за її місцезнаходженням на момент виникнення зобов'язання (ч. 1 п. 4). Усі інші зобов'язання виконуються за місцем проживання (місцезнаходженням) боржника (ч. 1 п. 5).

Зобов'язання повинно бути виконано належним способом. У юридичній літературі спосіб виконання зобов'язання розкривається як порядок вчинення боржником дій щодо виконання зобов'язання[1]. Способи виконання залежать від специфіки окремих зобов'язань. Так, спосіб виконання зобов'язання із договору купівлі-продажу залежить від предмета, моменту укладення договору і моменту його виконання, способів розрахунків тощо. При цьому спосіб виконання, як правильно робить висновок І. Б. Утєхін, може зумовлюватися певним видом відносин[2]. Науковець пояснює своє твердження на прикладі роздрібної торгівлі, де на продавця покладено обов'язок надати покупцю інформацію про товар, який продається (ч. 1 ст. 700 ЦК). У такому випадку договір є публічним[3].

За загальним правилом зобов'язання повинно виконуватися повністю одноразовим актом, однією дією (передача речі, оплата товару тощо). Виконання зобов'язання частинами може бути невигідним, обтяжуючим для кредитора. У зв'язку з цим, виконання зобов'язання частинами визнається

[1] Боднар Т. В. Виконання договірних зобов'язань в цивільному праві : монографія. К. : Юрінком Інтер, 2005. С. 95.

[2] Утєхін І. Б. Виконання договорів з передачі майна у власність : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. К., 2009. С. 99.

[3] Утєхін І. Б. Там само. С. 99.

належним лише тоді, коли такий спосіб виконання спеціально встановлено договором, актами цивільного законодавства або випливає із суті зобов'язання чи звичаїв ділового обороту (ст. 529 ЦК України).

Із суті окремих зобов'язань випливає необхідність вчинення декількох дій. Такими є довгострокові зобов'язання із договорів, що укладаються на тривалий строк або на невизначений строк. Так, за договором про продаж товару в кредит може бути передбачено оплату товару з розстроченням платежу, що покладає на покупця обов'язок здійснювати платежі за проданий і переданий йому товар (ст. 695 ЦК України). Договори поставки укладаються на 5 років, на 1 рік чи інший період (п. 17 Положення про поставки продукції виробничо-технічного призначення та п. 16 Положення про поставки товарів народного споживання)[1]. Здійснення у встановлений строк окремих дій для виконання таких зобов'язань (внесення чергового платежу, поставка окремої партії продукції тощо) є належним виконанням зобов'язання на певний період часу. Відповідно вчинення окремих дій з порушенням умов зобов'язання спричиняє настання цивільно-правової відповідальності. Для припинення тривалого зобов'язання, укладеного на визначений строк, вимагається його належне виконання і сплив строку. Якщо зобов'язання укладено на невизначений строк, для його припинення вимагається належне виконання зобов'язання і вимога припинити таке зобов'язання однією зі сторін.

У зобов'язаннях із договорів купівлі-продажу (двосторонніх за характером розподілу прав і обов'язків між сторонами) кожна сторона має як права, так і обов'язки, тобто виступає як кредитор і боржник. Щоб таке зобов'язання було належним чином виконано, умовам зобов'язання повинна відповідати поведінка кожного боржника.

Якщо виконання зобов'язання однією зі сторін обумовлено виконанням другою стороною свого обов'язку, то мова йде про зустрічне виконання зобов'язання (ч. 1 ст. 538 ЦК України). За загальним правилом при зустрічному виконанні зобов'язання сторони повинні виконувати свої обов'язки одночасно. Проте договором, актами цивільного законодавства, із суті зобов'язання або звичаями ділового обороту може бути встановлено те, яка зі сторін першою повинна виконати свої обов'язки (ч. 1 ст. 538 ЦК України). Так, за загальним правилом цивільного законодавства за договором купівлі-продажу встановлено обов'язок продавця передати майно (товар) у власність покупця, тоді обов'язок покупця сплатити за нього певну грошову суму буде зустрічним (ст. 655 ЦК України). Якщо договором купівлі-продажу встановлено обов'язок

[1] Положение о поставках продукции производственно-технического назначения, Положение о поставках товаров народного потребления и основных условий регулирования договорных отношений при осуществлении экспортно-импортных операций. Там само.

покупця частково або повністю оплатити товар до його передання продавцем, покупець повинен здійснити оплату, у такому випадку обов'язок продавця передати товар буде зустрічним (ст. 693 ЦК України).

За договорами купівлі-продажу на покупця покладаються різні за характером обов'язки: прийняти майно (товар) та сплатити за нього певну грошову суму (ст. 655 ЦК України). На продавця покладається обов'язок передати майно (товар) покупцеві (ст. 655 ЦК України) та обов'язок попередити покупця про права третіх осіб на товар (ст. 659 ЦК України), а якщо право власності переходить до покупця раніше від передання товару, продавець зобов'язаний зберігати товар, не допускаючи його погіршення (ст. 667 ЦК України).

Виконання зобов'язання може здійснюватися різними способами, зокрема шляхом надання предмета зобов'язання повністю або частинами; безпосередньо кредитору або іншій особі (уповноваженому кредитора); шляхом здачі предмета зобов'язання перевізникові або організації зв'язку для доставки кредитору тощо.

Якщо кредитор або уповноважена ним особа відсутні у місці виконання зобов'язання або ухиляються від прийняття виконання: у разі іншого прострочення з їхнього боку, а також у разі відсутності представника недієздатного кредитора боржник має право виконати свій обов'язок шляхом внесення належних з нього кредиторові грошей або цінних паперів у депозит нотаріуса, нотаріальної контори (ст. 537 ЦК України). За таких умов виконання таким способом зобов'язання буде визнано належним. Відповідно нотаріус повідомляє кредитора у порядку, встановленому законом, про внесення боргу у депозит (ч. 2 ст. 537 ЦК України).

Виконання зобов'язання визнається належним, якщо його здійснено належними сторонами. Відповідно до ст. 527 ЦК України обов'язок щодо виконання зобов'язання покладається на боржника, а кредитор, у свою чергу, зобов'язаний прийняти виконання особисто, якщо інше не встановлено договором або законом, не випливає із суті зобов'язання чи звичаїв ділового обороту. У більшості випадках боржник особисто виконує зобов'язання. Однак він може покласти обов'язок виконання зобов'язання на іншу особу, якщо з умов договору, ЦК України, інших актів цивільного законодавства або суті зобов'язання не випливає обов'язок боржника виконати зобов'язання особисто (ч. 1 ст. 528 ЦК України).

Відповідно до ст. 658 ЦК України право продажу товару належить власникові товару. Тобто приймати рішення про відчуження майна, а саме визначати його правову долю, має право лише його власник, так як за договором купівлі-продажу продавець зобов'язаний передати покупцеві не лише саме майно, а й право власності на нього. Продавець не може передати покупцеві те, на що

він сам не має права. Така позиція законодавця зумовлена тією обставиною що на продавця покладається відповідальність за право на річ, яка ним відчужується. Метою купівлі-продажу є надання права власності, а це є можливим лише за умови, що таке право належить самому продавцю. Проте законодавець наділяє власника товару правом продажу, крім випадків примусового продажу та інших випадків, встановлених законом (ст. 658 ЦК України).

Законодавець визначає підстави для здійснення примусового продажу майна. Наприклад: реалізація арештованого майна боржника з метою задоволення вимог кредитора на підставі рішення суду та інших юрисдикційних органів (ст. 61 Закону України «Про виконавче провадження»)[1]; продаж заставленого майна, на яке звернено стягнення для задоволення вимог заставодержателя, на підставі виконавчого листа, суду або наказу господарського суду, або виконавчого напису нотаріусів (ст. 20 Закону України «Про заставу»)[2], зокрема продаж майна, що перебуває у податковій заставі (ст. 95 Податкового кодексу України)[3]; продаж майна відповідно до Закону України «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом»[4] тощо.

До інших випадків реалізації майна, що здійснюється не власником, законодавець відносить випадки відчуження майна за відсутності на це волі власника. Зокрема у разі нез'явлення замовника за одержанням виконаної роботи за договором побутового підряду або іншого ухилення від її прийняття підрядник має право продати предмет договору (ст. 874 ЦК України); річ, яку поклажодавець не забрав із ломбарду, може бути продано ломбардом у порядку, встановленому законом (ст. 968 ЦК України), тощо.

Крім того, власникові необов'язково особисто брати участь в укладенні договору купівлі-продажу. Він може здійснити ці повноваження через свого представника за договором доручення (повірений зобов'язується вчинити від імені та за рахунок довірителя певні юридичні дії згідно зі ст. 1000 ЦК України) або комісіонера за договором комісії (комісіонер зобов'язується за дорученням комітента за плату вчинити один або кілька правочинів від свого імені, але за рахунок комітента відповідно до ст. 1011 ЦК України).

В окремих передбачених законом випадках для укладення договору купівлі-продажу не власником обов'язкова згода самого власника. Так, за

[1] Про виконавче провадження: Закон України від 21.04.1999 № 606-XIV. *Відомості Верховної Ради України* (ВВР). 1999. № 24. Ст. 207.

[2] Про заставу: Закон України від 02.10.1992 № 2654-XII. *Відомості Верховної Ради України* (ВВР). 1992. № 47. Ст. 642.

[3] Податковий кодекс України від 02.12.2010 № 2755-VI. *Відомості Верховної Ради України* (ВВР). 2011. № 13-14, № 15-16, № 17. Ст. 112.

[4] Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом : Закон України від від 14.05.1992 № 2343-XII. *Відомості Верховної Ради України* (ВВР). 1992. № 31. Ст. 440.

договором довірчого управління управитель може відчужувати майно, передане в управління, лише за згодою власника управління (ст. 1037 ЦК України). Опікун не має права без дозволу органу опіки та піклування укладати договори, які підлягають нотаріальному посвідченню, або уповноважених органів (ст. 71 ЦК України). У таких випадках стороною в договорі є власник, а не повірений. Таким чином, у цій ситуації боржник не вибуває із зобов'язання, залишаючись повністю відповідальним перед кредитором за виконання, що здійснюється іншою особою (ст. 528 ЦК України). Уповноважена особа, виконуючи обов'язок за боржника, не виступає стороною зобов'язання і не набуває за ним прав і обов'язків, так як виконує лише фактичні дії: сплачує кошти, передає річ, виконує роботу, надає послуги тощо.

У зобов'язаннях із купівлі-продажу застосовується термін «третя особа» у трьох значеннях: а) уповноважена особа кредитора, яка немає права вимоги до боржника; б) уповноважена особа кредитора, яка має право вимоги до боржника; в) особа, яка має права на майно (товар), що продається.

Кредитор може доручити третій особі (уповноваженій особі) прийняти виконання від боржника. Така дія відома у юридичній літературі як «переадресація виконання». За переадресації виконання уповноважена особа не є кредитором і не має права вимагати виконання зобов'язання від боржника. Переадресація виконання може бути встановлена законом або договором. Наприклад, за договором поставки вивантаження продукції може здійснюватися не покупцю, а одержувачу, який не перебував у договірних відносинах з постачальником (п. 29 Положення про поставки продукції виробничо-технічного призначення та п. 24 Положення про поставки товарів народного споживання)[1]. Тобто кредитором за договором поставки залишається покупець, а одержувач лише приймає виконання.

Від переадресації виконання слід відрізняти виконання договору на користь третьої особи (ст. 636 ЦК України). Переадресація виконання і договір на користь третьої особи схожі тим, що боржник зобов'язаний виконати обов'язок не кредитору особисто, а іншій особі. Проте, на відміну від переадресації виконання, за договором на користь третьої особи ця третя особа має право вимагати від боржника виконання зобов'язання на свою користь, якщо інше не встановлено договором або законом чи не випливає із суті договору (ч. 2 ст. 636 ЦК України).

Зобов'язання за участю третіх осіб слід відрізняти від зобов'язань з множинністю осіб (часткове, солідарне, субсидіарне, регресне зобов'язання)

[1] Положение о поставках продукции производственно-технического назначения, Положение о поставках товаров народного потребления и основных условий регулирования договорных отношений при осуществлении экспортно-импортных операций. Там само.

(ст. ст. 540–544 ЦК України). У зобов'язаннях з множинністю осіб виступає два або більше боржники або кредитор, а не беруть участь треті особи, які не є стороною зобов'язання, як у зобов'язаннях за участю третіх осіб.

Щодо третього значення застосування терміна «третя особа», то мова йде про обов'язок продавця попереджати покупця про всі права третіх осіб на товар, що продається (права наймача, право застави, право довічного користування тощо) (ст. 659 ЦК України). Наявність таких обтяжень, звичайно, може спричинити негативні наслідки для покупця, зокрема призвести до вилучення у нього речі на користь третіх осіб за рішенням суду (евікції). Такі обтяження можуть існувати не лише до речі в цілому, а й до її окремих складових частин (комплектуючих), приналежностей, а також супроводжуючих документів. Якщо продавець попередив покупця про права третіх осіб на товар, а покупець не знав і не міг знати про права третіх осіб на товар, то покупець має право вимагати зниження ціни або розірвання договору купівлі-продажу (ст. 659 ЦК України). Якщо ж третя особа пред'явить до покупця позов про витребування товару, то покупець повинен повідомити про це продавця та подати клопотання про залучення його до участі у справі на стороні покупця (ст. 660 ЦК України).

Кожна зі сторін зобов'язання має бути впевнена у тому, що обов'язок виконується належним боржником або виконання приймається належним кредитором чи уповноваженою на це особою. Тому законодавець надає сторонам зобов'язання права вимагати надання відповідних доказів (ч. 2 ст. 527 ЦК України). Способи підтвердження передбачені у ст. 545 ЦК України, серед яких основними є видання кредитором розписки про одержання виконання зобов'язання частково або в повному обсязі, а також повернення кредитором боргового документа, виданого боржником. Водночас у разі відмови кредитора повернути борговий документ або видати розписку боржник має право затримати виконання зобов'язання (прострочення кредитора) (ч. 4 ст. 545 ЦК України).

Так, за договором купівлі-продажу вимога покупця про обмін або повернення товару підлягає задоволенню за наявності доказів придбання товару у цього продавця (ч. 1 ст. 707 ЦК України). Такими доказами є розрахунковий документ (касовий чек, розрахункова квитанція) встановленої форми, що засвідчує факт купівлі, з позначкою про дату продажу, а щодо товарів, на які встановлено гарантійний строк, — технічного паспорта чи іншого документа, що його замінює, з позначкою про дату продажу (п. 11 Закону України «Про захист прав споживачів»[1], п. 22 Порядку провадження торговельної

[1] Про захист прав споживачів : Закон України від 12.05.1991 № 1023-XII. *Відомості Верховної Ради УРСР* (ВВР). 1991. № 30. Ст. 379.

діяльності та правила торговельного обслуговування на ринку споживчих товарів[1]). Якщо не застосовуються реєстратори розрахункових операцій, розрахунки проводяться з використанням книги обліку розрахункових операцій та розрахункової книжки з одержанням встановленого порядку їх ведення (п. 5 ст. 3 Закону України «Про застосування реєстраторів розрахункових операцій у сфері торгівлі, громадського харчування та послуг»)[2]. Для повноти захисту прав та інтересів сторін договору роздрібної купівлі-продажу вважаємо за доцільне закріпити в окремій нормі правила про форму укладення цього договору. Таким чином, пропонуємо доповнити ЦК України новою статтею такого змісту:

«700[1]. Форма укладення договору роздрібної купівлі-продажу»

Договір роздрібної купівлі-продажу вважається укладеним у належній формі з моменту видання продавцем покупцеві розрахункового документа (касового чеку, розрахункової квитанції) чи іншого документа, що підтверджує оплату товару, якщо інше не встановлено законом чи договором роздрібної купівлі-продажу. Відсутність у покупця вказаних документів не позбавляє його можливості посилатися на показання свідків для підтвердження укладення договору і його умов».

Принципи належного виконання і реального виконання зобов'язання тісно пов'язані між собою також на стадії порушення зобов'язання. При цьому, неналежне виконання зобов'язання трансформується в інше порушення: зобов'язання не виконано в натурі. Прикладами такої трансформації можуть бути інші випадки неналежного виконання зобов'язання із договору купівлі-продажу: якщо продавець передав покупцеві некомплектний товар і у розумний строк не доукомплектував товар, то має місце невиконання зобов'язання (ст. 684 ЦК України); передання продавцем товару покупцеві, щодо якого виявлено недоліки, які не можна усунути або усунення яких пов'язане з непропорційними витратами або затратами часу, недоліки, які виявилися неодноразово чи з'явилися знову після їх усунення, перетворюється у невиконання (ст. 678 ЦК України).

Таким чином, зобов'язання із договору купівлі-продажу припиняється шляхом його виконання відповідно до змісту договору, якщо його здійснено щодо належного предмета, належними сторонами, належним способом, у належний строк (термін), у належному місці.

[1] Порядок провадження торговельної діяльності та правила торговельного обслуговування на ринку споживчих товарів, затв. постановою Кабінету Міністрів України від 15 червня 2006 р. № 833. URL : http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/833-2006-%D0%BF.

[2] Про застосування реєстраторів розрахункових операцій у сфері торгівлі, громадського харчування та послуг : Закон України від 06.07.1995 № 265/95-ВР. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 1995. № 28. Ст. 205.

У випадку порушення зобов'язання, коли боржник не виконує взяте на себе за договором купівлі-продажу зобов'язання належним чином, кредитор може захистити свої права та інтереси на засадах принципу реального виконання. На цьому принципі ґрунтується такий спосіб захисту цивільних прав та інтересів, як примусове виконання обов'язку в натурі (п. 5 ст. 16 ЦК України). Наприклад, якщо продавець відмовився передати річ, визначену індивідуальними ознаками, покупець має право витребувати цю річ у боржника та вимагати її передання відповідно до умов зобов'язання (ч. 2 ст. 665 і ч. 1 ст. 620 ЦК України); якщо продавець передав покупцеві меншу кількість товару, ніж це встановлено договором купівлі-продажу, покупець має право вимагати передання кількості товару, якої не вистачає (ч. 1 ст. 670 ЦК України); у разі передання некомплектного товару покупець має право вимагати від продавця доукомплектування товару в розумний строк (п. 2 ст. 684 ЦК України); у разі прострочення оплати товару продавець має право вимагати оплати товару та сплати процентів за користування чужими грошовими коштами (ч. 3 ст. 692 ЦК України).

Якщо порушення зобов'язання має ознаки правопорушення і до боржника застосовуються заходи цивільно-правової відповідальності, то боржник не звільняється від обов'язку виконати зобов'язання в натурі навіть тоді, коли він сплатив неустойку і відшкодував збитки, завдані таким порушенням (ч. 1 ст. 622 ЦК України).

Водночас законодавець передбачає випадки, коли боржник звільняється від виконання обов'язку в натурі, якщо: 1) кредитор відмовився від прийняття виконання, яке внаслідок прострочення втратило для нього інтерес; 2) передання кредиторові боржником відступного; 3) кредитор відмовився від договору внаслідок порушення зобов'язання боржником (ст. 622 ЦК України).

Таким чином, відповідність поведінки (вчинення певних дій або утримання від дій) зобов'язаної сторони (боржника) умовам договору, в яких зафіксовані такі елементи виконання зобов'язання, як предмет, сторони, строк (термін), спосіб, місце, дає підстави оцінювати її (поведінку) як виконання зобов'язання належним чином. І навпаки, невідповідність поведінки боржника хоч би одному з параметрів, установлених умовами договору, є доказом неналежного виконання[1]. Відповідно через призму виконання своїх обов'язків сторонами за договором необхідно розглядати порушення зобов'язання із договору купівлі-продажу, тобто невиконання або неналежне виконання зобов'язання. Разом з тим не всі порушення умов зобов'язання становлять правопорушення, що спричиняє настання цивільно-правової відповідальності та застосування її

[1] Боднар Т. В. Умови виконання договірного зобов'язання. *Еволюція цивільного законодавства: проблеми теорії і практики.* Матеріали Міжнародної науково-практичної конференції, 29–30 квітня 2004 р., м. Харків. К. : Академія правових наук України, НДІ приватного права і підприємництва, НДІ інтелектуальної власності, Національна юридична академія ім. Ярослава Мудрого, 2004. С. 303.

заходів. Тому особливого значення набуває вирішення питання про правові гарантії захисту їх прав та інтересів кредитора. Відповідно необхідно розмежувати способи захисту та заходів відповідальності за порушення договору купівлі-продажу.

Насамперед слід визначитися із правильністю застосування терміна для позначення видів санкцій за вчинене цивільне правопорушення, оскільки в юридичній літературі з цивільного права відсутній однозначний підхід щодо цього поняття. Більшість науковців слідує поширеній за радянських часів тенденції щодо застосування терміна «форма відповідальності». Так, Д. В. Боброва розглядає договірну відповідальність через дві форми: загальну і спеціальну[1]. Подібну позицію висловлює В. В. Луць, який відшкодування збитків і сплату неустойки розглядає як форми відповідальності за порушення зобов'язання[2]. І. А. Бірюков пропонує визначення поняття форми цивільно-правової відповідальності як форми вираження додаткових обтяжень, що покладаються на правопорушника[3].

Є. О. Харитонов застосовує два терміни («форма» і «міра») цивільно-правової відповідальності. Так, науковець зазначає, що цивільно-правова відповідальність за невиконання зобов'язань виявляється через форми. При цьому він розрізняє загальні та спеціальні форми відповідальності[4]. Водночас він відмежовує «міри відповідальності від мір захисту»[5].

У підручнику з правознавства конфіскаційні, стимулюючі (штрафні), компенсаційні санкції за цивільне правопорушення називаються мірами відповідальності[6]. Подібної позиції притримується більшість авторів праць із теорії держави і права. Зокрема А. В. Сурілов для позначення санкцій юридичної відповідальності застосовував термін «міра»[7]. С. М. Тимченко, Р. А. Калюжний, Н. М. Пархоменко, С. М. Легуша обов'язок суб'єкта, винного у скоєнні правопорушення, нести несприятливі наслідки називають мірою покарання[8].

---

[1] Цивільне право України : підручник : у 2 кн. / Д. В. Боброва, О. В. Дзера, А. С. Довгерт та ін.; за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової. Кн. 2. К. : Юрінком Інтер, 2002. С. 511.

[2] Цивільне право України : підручник : у 2 кн. / Д. В. Боброва, О. В. Дзера, А. С. Довгерт та ін.; за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової. Кн. 1. К. : Юрінком Інтер, 2002. С. 699-700.

[3] Бірюков І. А., Заіка Ю. О., Співак В. М. Цивільне право України. Загальна частина. К. : Вид-во «Наукова думка», 2000. С. 161.

[4] Цивільне право України : [в 3 кн.] / Є. О. Харитонов , Р. О. Стефанчук, А. І. Дрішлюк та ін. ; [за ред. Є. О. Харитонова, А. І. Дрішлюка]. Одеса : «Юридична література», 2005. Книга перша. С. 516-518.

[5] Цивільне право України . Там само. С. 516-518.

[6] Правознавство: навчальний посібник / О. Л. Копиленко, Ю. І. Римаренко, Л. І. Мозговий та ін. К. : Професіонал, 2007. С. 35-47.

[7] Сурілов А. В. Основи загальної теорії держави і права. Одеса : Одеський університет, 1995. С. 111-112.

[8] Теорія держави та права : посіб. для підготов. до іспитів / С. М. Тимченко, Р. А. Калюжний, Н. М. Пархоменко, С. М. Легуша. К. : Вид. ПАЛИВОДА А. В., 2005. С. 141.

В окремих нормативно-правових актах також застосовується термін «міра відповідальності», зокрема у постанові Верховної Ради України від 20 лютого 1996 р. «Про механізм застосування міри відповідальності юридичних осіб, на зберіганні яких знаходяться матеріальні ресурси державного резерву, за самовільне їх відчуження (використання, реалізацію)»[1].

Водночас нині намітилася інша тенденція щодо позначення невигідних майнових наслідків за вчинене цивільне правопорушення через «захід відповідальності». Зокрема В. Д. Примак, визначаючи особливості цивільно-правової відповідальності юридичних осіб, розглядає санкцію у вигляді застосування заходів відповідальності[2]. Т. В. Боднар також вживає термін «заходи відповідальності»[3]. Пов'язує із заходами застосування відповідальності у цивільному праві й І. С. Канзафарова[4]. Подібні міркування висловлює Р. О. Стефанчук, розмежовуючи «заходи захисту» і «заходи відповідальності»[5].

Для того, щоб визначитися з термінологією для позначення негативних майнових наслідків за вчинене цивільне правопорушення, слід звернутися до змістовного тлумачення слів «форма», «міра» і «захід».

У юридичній енциклопедії зазначається, що слово «форма» походить від лат. *forma* — вигляд, зовнішність, устрій, різновид та розкривається як устрій, вид, тип, структура відповідного суспільства (соціальних, економічних, правових, органічних тощо), утворень або процесів (наприклад, управління, судочинства, оплати, обміну), а також порядок чогось[6]. Подібне пояснення міститься у Великому тлумачному словнику сучасної української мови: «Форма — тип, будова, спосіб організації чого-небудь; зовнішній вияв якого-небудь явища, пов'язаний з його сутністю, змістом»[7]. Тобто форма

[1] Про механізм застосування міри відповідальності юридичних осіб, на зберіганні яких знаходяться матеріальні ресурси державного резерву, за самовільне їх відчуження (використання, реалізацію): постанова Верховної Ради України від 20 лютого 1996 р. *Відомості Верховної Ради України* (ВВР). 1996. № 10. Ст. 49 (Із змінами, внесеними згідно з Постановою ВР № 26/97-ВР від 23.01.97. ВВР. 1997. № 11. Ст. 96).

[2] Примак В. Д. Цивільно-правова відповідальність юридичних осіб : Монографія. К. : Юрінком Інтер, 2007. С. 83.

[3] Боднар Т. В. Деякі проблеми захисту цивільних прав у договірних зобов'язаннях. *Університетські наукові записки*. 2007. № 2 (22). С. 115.

[4] Канзафарова І. С. Теоретичні основи цивільно-правової відповідальності в Україні: автореф. дис. на здобуття наук. ступеня докт. юрид. наук : спец. 12.00.03 – ивільне право та цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право. Київ, 2007. 36 с.

[5] Стефанчук Р. О. Особисті немайнові права фізичних осіб у цивільному праві: поняття, зміст, система, особливості здійснення та захисту. Хмельницький : Вид-во Хмельницького університету управління та права, 2007. С. 191.

[6] Юридична енциклопедія : у 6 т. / редкол. Ю. С. Шемшученко (голова редкол.). Київ : Вид-во «Українська енциклопедія» імені М. П. Бажана, 2004. Т. 6. Т–Я. С. 294.

[7] Великий тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і голов. ред. В. Т. Бусель. К. : Ірпінь : ВТФ «Перун», 2004. С. 1328.

відповідальності може означати спосіб її зовнішнього виявлення, а саме у тому, який обов'язок покладається на правопорушника — у формі відшкодування збитків, сплати неустойки, відшкодування моральної шкоди.

Поняття «міра» розкривається у Великому тлумачному словнику сучасної української мови як «одиниця виміру чого-небудь. Міра ваги. Міра об'єму»[1]. У юридичній енциклопедії термін «міра» пов'язують із мірою покарання у кримінальному праві України, що означає якісну і кількісну характеристику визначеного судом згідно із законом покарання[2]. На нашу думку, застосовування терміна «міра відповідальності» у цивільному праві буде правильним лише у контексті характеристики обсягу відповідальності (наприклад, щодо відшкодування шкоди в повному, кратному чи неповному обсязі), а не безпосередньо санкції за цивільне правопорушення. У більшості випадках застосування цього терміна у вітчизняній юридичній літературі можна пояснити використанням російськомовної літератури, де для характеристики цивільно-правової відповідальності застосовуються два терміни («меры ответственности» та «форма ответственности») з однаковим змістовним навантаженням.

Водночас для позначення санкції у цивільному праві автори юридичної енциклопедії застосовують термін «захід відповідальності»[3]. Вважаємо такий підхід правильним, так як ним позначаються обов'язки нести безвідплатно майнові обтяження або позбавлення суб'єктивного права, тобто те, що винний зобов'язаний понести за вчинене правопорушення.

Таким чином, на нашу думку, для позначення негативних майнових наслідків за вчинене цивільне правопорушення можна застосовувати два терміни: «форма» і «захід», оскільки форма цивільно-правової відповідальності становить захід, і навпаки. Нами у цьому дослідженні буде використовуватися термін «захід» відповідальності у розумінні «форми».

У ст. 15 ЦК України закріплено загальне правило про те, що «кожна особа має право на захист свого цивільного права у разі його порушення, невизнання або оспорювання». У більшості випадках спосіб захисту порушеного права прямо визначено законом, що регламентує конкретне цивільне правовідношення. Так, наприклад, у договорі купівлі-продажу у разі вилучення за рішенням суду товару у покупця на користь третьої особи на підставах, що виникли до продажу товару, продавець має відшкодувати покупцеві завдані йому збитки, якщо покупець не знав або не міг знати про наявність цих підстав (ч. 1 ст. 661 ЦК України). А якщо продавець відмовився передати річ, визначену

[1] Великий тлумачний словник сучасної української мови. Там само. С. 531.

[2] Юридична енциклопедія : у 6 т. / редкол. Ю. С. Шемшученко (голова редкол.). Київ : Вид-во «Українська енциклопедія» імені М. П. Бажана, 2001. Т. 3. К–М. С. 724.

[3] Юридична енциклопедія : у 6 т. / редкол. Ю. С. Шемшученко (голова редкол.). Київ : Вид-во «Українська енциклопедія» імені М. П. Бажана, 1999. Т. 2. Д–Й. С. 541.

індивідуальними ознаками, покупець має право витребувати цю річ у боржника та вимагати її передання відповідно до умов зобов'язання (ч. 2 ст. 665 і ч. 1 ст. 620 ЦК України). Водночас коли у спеціальних нормах немає вказівок на конкретні способи захисту, то застосовуються способи захисту з числа загальних, передбачених ст. 16 і ст. 611 ЦК України. Зокрема у ст. 611 ЦК України передбачені правові наслідки порушення зобов'язання як: 1) припинення зобов'язання внаслідок односторонньої відмови від зобов'язання, якщо це встановлено договором або законом, або розірвання договору; 2) зміна умов зобов'язання; 3) сплата неустойки; 4) відшкодування збитків та моральної шкоди. Але такі наслідки є неоднорідними за своєю правовою природою, що зумовило їх віднесення до способів захисту і заходів відповідальності: припинення зобов'язання і зміна умов зобов'язання є способами захисту, тоді як сплата неустойки і відшкодування збитків та моральної шкоди є заходами цивільно-правової відповідальності.

Закон України «Про захист прав споживачів» також містить наслідки невиконання або неналежного виконання договору, що становлять способи захисту або заходи відповідальності[1]. Наприклад, у п. 9 цього Закону зазначається, що «на письмову вимогу споживача на час ремонту йому надається (з доставкою) товар аналогічної марки (моделі, артикулу, модифікації) незалежно від моделі», — спосіб захисту; «за кожний день затримки виконання вимоги про надання товару аналогічної марки (моделі, артикулу, модифікації) та за кожний день затримки усунення недоліків понад установлений строк (чотирнадцять днів) споживачеві виплачується неустойка відповідно в розмірі одного відсотка вартості товару», — захід відповідальності[2]. Таким чином, можливості реалізації способів захисту і заходів відповідальності різні, що зумовлює необхідність розмежування цих правових категорій.

Появу в юридичній літературі поняття «способи захисту» пов'язують із необхідністю відмежування заходів юридичної відповідальності від інших способів захисту прав. Одними з перших наукових праць, присвячених способам захисту, були дисертаційні праці С. М. Кожевнікова «Меры защиты в советском праве» (1968 р.)[3] і Г. Н. Стоякіна «Меры защиты в советском праве» (1973 р.)[4]. Разом з тим проблему розмежування способів захисту і заходів відповідальності досліджували С. М. Братусь, О. С. Іоффе, О. О. Красавчіков,

[1] Про захист прав споживачів: Закон України від 12.05.1991 № 1023-XII. *Відомості Верховної Ради УРСР* (ВВР). 1991. № 30. Ст. 379.

[2] Про захист прав споживачів: Закон України. Там само.

[3] Кожевников С. Н. Меры защиты в советском праве : автореф. дисс.канд юрид. наук. Свердловск, 1968. 20 с.

[4] Стоякин Г. Н. Меры защиты в советском гражданском праве: автореф. дис. ...канд.юрид.наук : 12.00.03 / Свердловский юрид.ин-т. Свердловск, 1973. 199 с.

М. С. Малеїн, А. О. Лєвков, І. С. Самощенко, О. П. Сергєєв, Є. О. Суханов, В. О. Тархов та ін. Проте у роботах згаданих науковців немає одностайності у вирішенні поставленого питання. Для того, щоб визначитися із правовим характером способу захисту необхідно відмежувати цю категорію від заходу відповідальності.

О. С. Іоффе відзначав, що відповідальність — це санкція за правопорушення, але санкція не завжди означає відповідальність[1]. В приклад свого твердження він наводив таке. Майно вилучається з чужого незаконного володіння у примусовому порядку, наявна санкція як наслідок правопорушення. Але така санкція не буде відповідальністю, тому що не пов'язана з будь-якими позбавленнями для порушника, у якого вилучається річ, що йому не належала. Відповідальністю є не просто санкція за правопорушення, а така санкція, що спричиняє певні позбавлення майнового або особистого характеру[2]. Таким чином, О. С. Іоффе основну відмінність між способами захисту і заходами відповідальності вбачав у тому, що для відповідальності характерним є позбавлення правопорушника майнового або особистого характеру, а застосування способів захисту такого наслідку не передбачають. Подібні міркування висловлював і О. О. Красавчіков, який сутність цивільно-правової відповідальності вбачав у встановленій законом невідворотній негативній реакції держави на цивільні правопорушення, що виражається у позбавленнях певних цивільних прав або покладенні безвідплатних обов'язків майнового характеру[3]. На майновий характер відповідальності вказував М. І. Брагінський, який під відповідальністю за порушення зобов'язання розумів «встановлені законом міри майнового впливу на боржника, який порушив зобов'язання»[4].

Із зазначеною позицією науковців слід погодитися, так як способи захисту відрізняються від заходів відповідальності відсутністю штрафних санкцій. Відповідно тлумачення цивільно-правової відповідальності як позбавлення права або покладення на особу безвідплатних майнових позбавлень є обґрунтованим. Наявність покарання (майнового за характером) є важливою кваліфікованою ознакою відповідальності у цивільному праві.

Відповідальність завжди пов'язана із покладенням на особу негативних майнових позбавлень, оскільки завдяки майновому впливу можна досягнути мету покарання. Якщо майнова сфера правопорушника не страждає (не зменшується) в результаті застосування заходів примусу, то відповідальності

[1] Иоффе О. С. Обязательственное право. М. : Юрид. лит., 1975. 880 с. URL : https://library.nlu.edu.ua/POLN_TEXT/KNIGI/IOFFE_1975.pdf

[2] Иоффе О. С. Там само.

[3] Советское гражданское право: в 2-х т. / Под ред. О. А. Красавчикова. Т. 1. М. : Высшая школа, 1985. С. 502.

[4] Советское гражданское право. Т. 1. Там само. С. 187.

немає. Правопорушник повинен виконати новий додатковий обов'язок, якого до порушення у нього не було, з відновлення правового становища потерпілого: таким чином, він несе цивільно-правову відповідальність. Разом з тим відповідальність виражається у покладенні певних заходів, які мають безвідплатний характер. Особа, яка сплачує неустойку або відшкодовує збитки, несе таким чином майнові позбавлення, які не мають відплатного характеру. У цьому полягає штрафний (каральний) аспект відповідальності. Особа несе додаткові витрати як результат своєї протиправної поведінки, на відміну від застосування способів захисту. Переконані, що наявність такого роду додаткових витрат у порушника є кваліфікуючими ознаками заходів відповідальності.

Таким чином, будь-які заходи примусу, що супроводжуються покладенням безвідплатного майнового обтяження або позбавлення суб'єктивного права, можна віднести до заходів відповідальності. Особа, до якої вони застосовуються, несе не будь-які негативні наслідки, а лише ті, які виражаються у безвідплатних позбавленнях. Це нові або додаткові витрати (сплата грошової суми або передача майна) або позбавлення суб'єктивного цивільного права.

На нашу думку, правильними є міркування О.С. Іоффе і щодо того, що способи захисту не завжди пов'язані із правопорушенням, протиправною поведінкою, тоді як підставою відповідальності завжди є правопорушення. Щодо договору купівлі-продажу зазначене розмежування має неабияке значення, оскільки деякі способи захисту не можна пов'язувати ні з правопорушенням, ні з протиправною поведінкою сторін договору. Так, окремі способи захисту, передбачені законом, мають не відновлювальний, а попереджуючий характер. Наприклад, «при укладенні договору купівлі-продажу продавець зобов'язаний попередити покупця про всі права третіх осіб на товар, що продається (права наймача, право застави, довічного користування тощо)» (ст. 659 ЦК України)[1]. Водночас деякі способи захисту володіють правозабезпечуючим характером. Так, наприклад, для забезпечення інтересів одержувача ренти за договором ренти у ЦК України передбачено два способи захисту: «у разі передання під виплату ренти земельної ділянки або іншого нерухомого майна одержувач ренти набуває право застави на це майно» (ч. 1 ст. 735) і «встановлення обов'язку платника ренти застрахувати ризик невиконання ним своїх обов'язків за договором ренти» (ч. 3 ст. 735)[2]. Таким чином, способи захисту можуть виходити за межі правопорушення і протиправного діяння.

[1] Цивільний кодекс України. Там само.

[2] Цивільний кодекс України. Там само.

Відмінність між заходами цивільно-правової відповідальності і способами захисту полягає у такому: 1) заходи цивільно-правової відповідальності реалізують компенсаційно-відновлювальну функцію цивільного права, так як їх застосування дозволяє або відновити майнову сферу потерпілого, або є майновою компенсацією за моральну шкоду. Способи захисту цивільних прав реалізують, крім відновлювальної, превентивні та попереджувальні функції. Таким чином, заходи цивільно-правової відповідальності застосовуються щодо порушеного суб'єктивного цивільного права, а способи захисту права — у зв'язку із оспорюваним або порушеним суб'єктивним цивільним правом; 2) заходи цивільно-правової відповідальності володіють лише галузевими особливостями, оскільки кожній галузі властиві свої заходи відповідальності. Способи захисту цивільних прав можуть мати універсальний міжгалузевий характер. Повністю підтримати міркування науковця не можна, оскільки заходи цивільно-правової відповідальності також виконують загально-превентивну функцію. Як зазначає С. Д. Гринько, «загроза необхідності відшкодування шкоди у випадку її завдання іншому сприяє утриманню від вчинення шкідливих дій»[1].

Щодо наділення заходів цивільно-правової відповідальності галузевими особливостями, то вчені мають рацію. Майновий характер відповідальності полягає у безвідплатному зменшенні майна, тому заходи відповідальності характеризують розмір (обсяг) і форму майнових позбавлень, що покладаються на порушника. На відміну від галузей публічного права, заходи відповідальності у цивільному праві застосовуються на користь потерпілої сторони з метою компенсування його втрат. Така особливість заходів відповідальності зумовлена тим, що порушення обов'язків однією особою спричиняє порушення прав іншого учасника цивільного правовідношення. Виняток становить цивільно-правова конфіскація, що застосовується за рішенням суду у дохід держави. У кримінальному праві, наприклад, відповідальність має особистий характер, тобто вплив здійснюється на особистість злочинця.

У цивільному праві, як і в галузях публічного права, виключається можливість застосування заходів, які не передбачені у законодавстві. Разом з тим у цивільному праві допускається можливість того, що суд може захистити цивільне право або інтерес іншим способом, що встановлений договором або законом (ст. 16 ЦК України), що не характерно для кримінального й адміністративного права.

Важливою особливістю цивільно-правових заходів відповідальності є можливість їх реалізації у формі добровільного несення відповідальності

[1] Гринько С. Д. Деліктні зобов'язання римського приватного права : поняття, система, рецепція : монографія. Хмельницький : Видавництво Хмельницького університету управління та права, 2012. С. 6.

особою майнових позбавлень. Застосування заходів відповідальності у судовому порядку можливе при зверненні кредитора з позовом у випадку відсутності добровільного виконання. З цього приводу Р.Й.Халфіна: «Застосування заходів відповідальності спрямовано на те, щоб у випадку, коли відновлення порушеного правовідношення в натурі неможливо, так змінити права й обов'язки сторін, щоб було досягнуто передбачений при виникненні правовідношення результат, а втрати і збитки, завдані порушенням зобов'язання, були відшкодовані винною особою»[1].

Таким чином, заходам відповідальності у цивільному праві характерні такі галузеві особливості: 1) мають майновий характер; 2) передбачені законом або договором; 3) встановлені судом або реалізовані добровільно; 4) застосовуються на користь потерпілого[2].

Основну відмінність між способами захисту і заходами відповідальності більшість вчених вбачають не лише у додаткових обтяженнях у вигляді позбавлення правопорушника певних прав або покладення на нього додаткових обов'язків, а також у тому, що заходи відповідальності, на відміну від способів захисту, застосовуються лише до винного порушника суб'єктивного права. Подібні міркування висловлював за радянських часів і Г.М.Стоякін: способи захисту застосовуються до правопорушника незалежно від його вини, їх мета — відновлення майнових благ управомоченого або правопорядку[3]. На нашу думку, запропонований критерій для розмежування цих правових категорій є не зовсім вдалий, оскільки законодавець передбачає випадки настання цивільно-правової відповідальності незалежно від наявності вини, тому вина не завжди виступає як обов'язкова умова відповідальності. Так, наприклад, відшкодування шкоди, завданої внаслідок недоліків товарів, робіт (послуг) здійснюється незалежно від вини продавця, виготовлювача товару, виконавця робіт (послуг) (ч.1 ст.1209 ЦК України). Тобто відповідальність за шкоду, завдану цим деліктом, настає як за наявності вини, так і її відсутності.

На думку Є.О.Харитонова, «для того, щоб відмежувати міри відповідальності від мір захисту, необхідно враховувати, що покладання юридичної відповідальності, стягнення в цьому випадку майнових санкцій завжди пов'язано з осудом поведінки правопорушника. Такий осуд спочатку виражається у відповідній правовій нормі, де така поведінка засуджується взагалі. Потім осуд поведінки порушника відбувається вже на конкретному рівні — при винесенні рішення судом. Коли ж йдеться про міри захисту, то осуду з

[1] Халфина Р. О. Общее учение о правоотношении. М. : Юрид. лит., 1974. С. 323.

[2] Заверуха С.В. Цивільно-правова відповідальність за договором купівлі-продажу : дис. ... канд. юр. наук : 12.00.03. Київ, 2014. С. 45-72.

[3] Стоякин Г. Н. Меры защиты в советском гражданском праве : автореф. дис. ...канд.юрид.наук : 12.00.03 / Свердловский юрид.ин-т. Свердловск, 1973.С. 6-7, 13.

боку держави і суспільства немає. Є лише обов'язок відшкодувати збиток. В іншому випадку сторони повертаються у вихідне положення, що існувало до порушення, і при цьому негативних наслідків немає, як, наприклад, при двосторонній реституції, — кожен залишається «при своїх інтересах»[1]. Отже, робить висновок науковець, що в цивільному праві у випадку порушення прав і обов'язків (правопорушення) можуть застосовуватися дві групи санкцій: пов'язані з осудом з боку держави і суспільства та не пов'язані з ним. У першому випадку ми маємо справу із цивільно-правовою відповідальністю, у другому — з мірами захисту. Це пов'язано з тим, що держава засуджує тільки винну поведінку. Міри захисту застосовуються незалежно від провини. Зазначена позиція науковців потребує певного правового аналізу.

На нашу думку, застосування санкцій як способів захисту також може супроводжуватися осудом як з боку держави, так і з боку суспільства. Так, наприклад, якщо приналежності товару або документи, що стосуються його, не передані продавцем у встановлений строк, покупець має право відмовитися від договору купівлі-продажу та повернути товар покупцеві (ч. 2 ст. 666 ЦК України). Такий спосіб захисту прав покупця буде супроводжуватися осудом поведінки продавця, оскільки свідчить про його недобросовісність. Тому вважаємо вказівку на відсутність осуду поведінки правопорушника визначальною для способу захисту, а наявність такого осуду для заходу відповідальності — такою, що не становить істотний критерій для розмежування цих правових категорій.

Найбільш характерним для договору купівлі-продажу *вважаємо* розмежування способів захисту і заходів цивільно-правової відповідальності у тому, що застосування захисту прав учасників цих договірних відносин передбачає активну діяльність самого суб'єкта права без звернення до компетентних органів. Наприклад, «у разі відмови продавця передати проданий товар покупець має право відмовитися від договору купівлі-продажу» (ч. 1 ст. 665 ЦК України); «покупець, якому передано товар неналежної якості, має право, незалежно від можливості використання його за призначенням, вимагати від продавця за своїм вибором: 1) пропорційного зменшення ціни; 2) безоплатного усунення недоліків товару в розумний строк; 3) відшкодування витрат на усунення недоліків товару» (ч. 1 ст. 678 ЦК України)[2] тощо.

Відмінність між способами захисту і заходами відповідальності за порушення зобов'язання із договору купівлі-продажу полягає також у тому, що застосування способів захисту у договірних відносинах спрямоване насамперед на виконання належним чином первісного зобов'язання. Таким

[1] Цивільне право України : [в 3 кн.] / Є. О. Харитонов , Р. О. Стефанчук, А. І. Дрішлюк та ін. ; [за ред. Є. О. Харитонова, А. І. Дрішлюка]. Одеса : «Юридична література», 2005. Книга перша. С. 502.

[2] Цивільний кодекс України. Там само.

чином, реалізація способів захисту має забезпечувальний характер. Заходи відповідальності породжують новий (або додатковий) обов'язок із несення відповідальності в певному розмірі. Первісне зобов'язання може припинитися лише внаслідок виконання або неможливості виконання, за яку жодна із сторін не відповідає. Такі обставини не спричиняють припинення відповідальності. Новий або додатковий обов'язок, що становить зміст відповідальності, продовжує існувати, і її реалізація не залежить від правовідношення, що пов'язує сторони. Таким чином, способи захисту спрямовані на виконання первісного обов'язку, а заходи відповідальності становлять новий або додатковий обов'язок.

Вищезазначене дозволяє зробити висновок про те, що відмінність між способами захисту і заходами відповідальності за порушення договору купівлі-продажу полягає у такому:

1) захід відповідальності означає покладення на правопорушника безвідплатного майнового обтяження або позбавлення суб'єктивного права, а спосіб захисту такого наслідку не передбачає;

2) застосування заходу відповідальності пов'язано із правопорушенням або протиправною поведінкою, а способи захисту не завжди пов'язані із правопорушенням або протиправною поведінкою;

3) застосування способу захисту передбачає активну діяльність самого суб'єкта порушеного права, як правило, без звернення до компетентних органів, а заходи відповідальності у більшості випадках реалізуються із зверненням до компетентних органів;

4) заходи відповідальності становлять новий або додатковий обов'язок для правопорушника, а способи захисту спрямовані на виконання первісного обов'язку.

Таким чином, цивільно-правова відповідальність за порушення договору купівлі-продажу настає за протиправне невиконання або протиправне неналежне виконання однією зі сторін своїх обов'язків, що передбачає застосування заходів відповідальності до правопорушника шляхом покладення безвідплатного майнового обтяження або позбавлення суб'єктивного права.

РОЗДІЛ 4

4.5. Особливості застосування заходів цивільно-правової відповідальності за порушення авторського права

Перш за все, необхідно вказати, що заходами цивільно-правової відповідальності за порушення авторського права є відшкодування збитків, виплата компенсації, стягнення неправомірного доходу та відшкодування моральної (немайнової) шкоди.

Відшкодування збитків є одним із заходів цивільно-правової відповідальності за порушення авторського права, головною метою якого є відновлення порушеного майнового стану потерпілої особи. Право на відшкодування збитків виникає у особи з самого факту невиконання обов'язку, порушення цивільних прав, а відшкодування збитків має характер універсального засобу захисту цивільних прав, котрий одночасно, як правило, є й заходом відповідальності[1]. Судова практика відшкодування збитків називає компенсаційним способом захисту авторського права, який незважаючи на його майновий зміст, може застосовуватися й до захисту особистих немайнових прав та в загальному розумінні означає можливість відшкодування як реальних збитків, так і неотриманих доходів[2].

Синонімічним до майнової шкоди є поняття «збитки», різновидами яких є реальні збитки та упущена вигода. При цьому «шкода» є загальним поняттям, яке включає як майнову (матеріальну), так і немайнову (моральну) шкоду. У свою чергу, збитки є спеціальним поняттям щодо майнової (матеріальної) шкоди. Із вказаного випливає, що відшкодування збитків є способом відшкодування майнової шкоди.

Так, М. М. Агарков збитками називав шкоду, заподіяну майну[3]. Схожої думки дотримувався О. О. Красавчиков, вказуючи, що матеріальна чи нематеріальна шкода визначається об'єктом посягання — матеріальне або нематеріальне благо[4]. І. Б. Новіцький і Л. А. Лунц збитком називали грошову оцінку шкоди, а під завданим збитком розуміли шкоду в натуральній формі, яка «за умов товарно-грошових відносин отримує вираження у вигляді грошового еквіваленту збитку, що підлягає відшкодуванню»[5]. Г. К. Матвєєв збитками називав

[1] Харитонов Є.О., Старцев О.В. Цивільне право України : підручник. вид. 2, перероб. і доп. Київ : Істина, 2007. С. 160.

[2] Рішення Жовтневого районного суду м. Дніпропетровська від 17.01.2017 у справі № 201/10392/16-ц. URL : https://reyestr.court.gov.ua/Review/64225089

[3] Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву. Москва : Типография «Известий Советов депутатов трудящихся СССР», 1940. С. 139.

[4] Советское гражданское право : в 2-ч т. Т. И. Илларионова, М. Я. Кириллова / под ред. О.А. Красавчикова. Москва: Высшая школа, 1985. Т.2. С. 368.

[5] Новицкий И.Б., Лунц Л.А. Общее учение об обязательстве. Москва : Государственное издательство юридической литературы, 1950. С. 365.

грошове вираження шкоди[1]. Проти визначення збитків лише через грошову форму виступав О. С. Іоффе, аргументуючи це тим, що не завжди шкода завдається майну, що обчислюється в грошах[2]. Така думка є слушною, оскільки найбільш поширеним способом відшкодування шкоди є грошовий спосіб, однак не менше значення має право потерпілого вимагати відшкодування шкоди і в натурі.

Сучасне цивільне законодавство чіткого визначення «збитки» не містить, лише у ст. 22 ЦК України характеризує його через поняття реальні збитки та упущену вигоду. По суті, законодавець визначив збитки як втрати, витрати та неправомірні доходи. Т. С. Ківалова справедливо зазначає, що ЦК України не дає визначення поняттям майнової та моральної шкоди, а лише підміняє їх описом шкідливих наслідків[3]. Але якщо керуватися змістом ЦК України, то вчена приходить до висновку, що збитки це «майнова шкода, завдана особі в результаті порушення її цивільного права»[4]. Отже, слід погодитись з думкою, що є повна втрата матеріального блага (в тому числі повна втрата цінності матеріального блага), а також часткова втрата матеріального блага (часткова втрата цінності матеріального блага)[5].

У своєму дисертаційному дослідженні, присвяченому збиткам, Т. Є. Крисань пише, що до складу збитків повинно входити три елемента: 1) витрати, які потерпіла особа або провела, або повинна буде провести для усунення наслідків правопорушення (тобто і «майбутні витрати»); 2) вартість втраченого або пошкодженого майна потерпілого; 3) неодержані потерпілою стороною доходи, які вона могла б одержати за відсутності правопорушення[6]. Майбутніми витратами в авторському праві можуть бути витрати на відновлення твору, фонограми, відеограми, витрати на усунення змін, внесених в об'єкти авторського права без дозволу відповідного суб'єкта[7].

Збитки в авторському праві можуть бути завдані як майновим, так і особистим немайновим авторським правам. Так, відповідно до ч. 1 ст. 53 Закону

[1] Матвеев Г. К. Основания гражданско-правовой ответственности. Москва : Юридическая литература, 1970. С. 75.

[2] Иоффе О.С. Обязательственное право. Москва: Юридическая литература, 1975. С. 100.

[3] Ківалова Т.С. Зобов'язання відшкодування шкоди за цивільним законодавством України: теоретичні проблеми : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.03. Одеса, 2008. С. 207.

[4] Ківалова Т.С. Там само. С. 206.

[5] Янчук А.В. Відшкодування збитків як спосіб захисту цивільних прав та інтересів : дис... канд. юрид. наук: 12.00.03. Київ, 2011. С. 109.

[6] Крисань Т.Є. Збитки як категорія цивільного права України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Одеса, 2008. С. 134.

[7] Штефан А.С. Авторське право і суміжні права: особливості правової охорони, здійснення та захисту: монографія. Київ : Інтерсервіс, 2017. С. 133.

України «Про авторське право і суміжні права» підставами для захисту *особистих немайнових та/або майнових* авторських і суміжних прав є будь-яке порушення, невизнання або оспорювання таких прав, а також створення загрози порушення таких прав[1]. Також за ст.1166 ЦК України майнова шкода, завдана неправомірними рішеннями, діями чи бездіяльністю особистим немайновим правам фізичної або юридичної особи, а також шкода, завдана майну фізичної або юридичної особи, відшкодовується в повному обсязі особою, яка її завдала[2]. Наприклад, у разі присвоєння авторства справжній автор має право як на відшкодування збитків, так і на визнання права авторства[3]. При цьому, щоб стягнути збитки, автор як позивач повинен довести, що він є власником права авторства на цей твір[4].

Частіше за все автору завдаються реальні збитки – знищення або пошкодження об'єкта, в якому втілене авторське право, а також витрати, які суб'єкт авторського права зробив або мусить зробити для відновлення свого порушеного авторського права[5]. У зв'язку з цим, В. І. Корецький майнові авторські права поділяв на такі дві групи: 1) право на отримання гонорару; 2) право на відшкодування заподіяних автору збитків та застосування санкцій до порушників[6].

Упущену вигоду досить проблематично довести у суді в будь-якому виді правовідносин, оскільки проводиться умовне припущення про можливість отримання прибутку, якби не було вчинене цивільне правопорушення. Упущена вигода за ЦК України включає не тільки суму неодержаних особою грошових коштів, а й вартість будь-якого не набутого нею матеріального блага, можливість набуття якого втрачена внаслідок протиправних дій іншої особи, а також втрату можливості примноження вартості наявного блага, яке не відбулось з вказаних підстав[7].

Свого часу М.С. Малеїн писав, що при розрахунку упущеної вигоди потрібно керуватись не загальними критеріями перетворення комерційної можливості в реальність (прибуток), а виходити з конкретних обставин справи, оскільки,

[1] Про авторське право і суміжні права : Закон України від 01.12.2022. № 2811-IX. *Офіційний вісник України*. 2023. № 13. Ст. 74.

[2] Цивільний кодекс України від 16.01.2003. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 40-44. Ст. 356.

[3] Флейшиц Е.А. Курс советского гражданского права. Москва : Гос. изд-во юрид. лит., 1951. С. 22.

[4] Бааджи Н.П. Відшкодування шкоди, завданої неправомірним використанням авторських прав : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Одеса, 2010. С. 121.

[5] Ромась Д.С. Цивільно-правова відповідальність за порушення авторського права : дис.. доктора філософії в галузі права. м. Хмельницький, 2022. С. 135.

[6] Корецкий В.И. Авторские правоотношения в СССР. Сталинабад : Таджик. гос. ун-т им. В.И. Ленина, 1959. С. 256.

[7] Янчук А.В. Відшкодування збитків як спосіб захисту цивільних прав та інтересів : дис... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2011. С. 135.

як писав вчений, «неотриманий прибуток є співвідношенням можливості та дійсності»[1]. Подібні міркування сьогодні висловлює О. О. Отраднова, що «упущена вигода має бути дійсно упущеною і підлягає відшкодуванню тільки тоді, якщо потерпілий доведе наявність у нього реального шансу отримати вигоду і неотримання її виключно внаслідок дій заподіювача шкоди»[2].

Отже, для захисту авторського права суд постановляє рішення чи ухвалу про: а) відшкодування збитків; б) стягнення із порушника авторського права доходу, отриманого внаслідок порушення; в) виплату компенсації; г) відшкодування моральної шкоди.

Відшкодування збитків як захід цивільно-правової відповідальності за порушення авторського права може застосовуватися як самостійно, такі і в поєднанні з іншими вимогами[3]. Крім того, відшкодування збитків застосовується як у разі порушення договірного зобов'язання, так і при завданні шкоди. Так, за ч.1 ст. 611 ЦК України відшкодування збитків є правовим наслідком у разі порушення зобов'язання[4]. Отже, відшкодування збитків виникає не лише при невиконанні чи неналежному виконанні зобов'язань, а й при порушенні інших прав та обов'язків (особистих немайнових, інтелектуальної власності тощо)[5].

Реальні збитки в авторському праві здебільшого розуміються в прямому значенні як знищення або пошкодження речі, в якій втілений об'єкт авторського права. До прикладу, «такі втрати означають знищення або пошкодження твору, який існує в єдиному або в незначній кількості примірників, коли кожен примірник є окремим результатом творчої діяльності автора (скульптура, картина, твір ужиткового мистецтва тощо), а відновлення твору не можна здійснити простим промисловим способом»[6]. Наприклад, втрата видавництвом рукопису твору є збитком, спричиненим автору. У такому випадку видавництво або може виплатити весь гонорар автору, якби твір був не втрачений та опублікований; або оплатити послуги з передрукування твору (якщо твір втрачений не на завжди). Важливо, що в автора завжди повинен бути запасний екземпляр, оскільки саме оригінал є власністю автора, за яку

[1] Малеин Н.С. Имущественная ответственность в хозяйственных отношениях. Москва : Наука, 1968. С. 93.

[2] Отраднова О.О. Проблеми вдосконалення механізму цивільно-правового регулювання деліктних зобов'язань : монографія. Київ : Юрінком Інтер, 2014. С. 108.

[3] Цивільне право України: навчальний посібник / кол. авторів; за ред. Г.Б. Яновицької, В.О. Кучера. Львів : Львівський державний університет внутрішніх справ, 2011. С. 107.

[4] Цивільний кодекс України від 16.01.2003. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 40-44. Ст. 356.

[5] Цивільне право України : підруч. : у 2-х кн. / Д. В. Боброва, О. В. Дзера, А. С. Довгерт та ін.; за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової. Київ : Юрінком Інтер, 1999. С. 717.

[6] Посібник для суддів з інтелектуальної власності. Бенедисюк І. М. та ін. Київ : К.І.С., 2018. С. 96.

він несе відповідальність. Однак, якщо ж було втрачено єдиний екземпляр твору, то розмір відшкодування збитків збільшується[1]. Порушення видавництвом навіть обумовленого тиражу твору теж є підставою для відшкодування збитків автору[2]. Загалом, збитки за порушення авторських прав включають витрати на створення твору, інші витрати, пов'язані зі створенням твору і, безперечно, авторську винагороду, обумовлену договором[3].

Слід також звернути увагу на те, що у п. 6 ч. 2 ст. 55 Закону України «Про авторське право і суміжні права» вказано про можливість суб'єктів авторського права звернутися до суду з вимогою про відшкодування збитків, завданих порушенням авторського права або суміжних прав, включаючи упущену вигоду[4]. Вважаємо формулювання «включаючи упущену вигоду» у контексті відшкодування збитків є недоречним, оскільки ст. 22 ЦК України під збитками розуміє і реальні збитки, і упущену вигоду. Більше того, судове рішення про відшкодування упущеної вигоди буде покривати один захід відповідальності — відшкодування збитків.

Упущена вигода в авторському праві полягає у доходах, які б міг отримати автор або інший законний власник авторського права в тому випадку, якщо б порушники не заважали йому реалізовувати свої права[5]. Тобто упущена вигода може мати місце тоді, коли потерпілий реально міг би отримати дохід від використання своїх прав, а не сподівався б теоретично отримати. Тому дуже важливим є правильне доведення у суді факту упущеної вигоди.

Розмір відшкодування збитків повинен відповідати завданим негативним наслідкам і з урахуванням багатьох факторів. Так, за ч. 3 ст. 623 ЦК України збитки визначаються з урахуванням ринкових цін, що існували на день добровільного задоволення боржником вимоги кредитора в місці, де зобов'язання має бути виконане, а якщо вимога не була задоволена добровільно, — у день пред'явлення позову, якщо інше не встановлено договором або законом. Суд може задовольнити вимогу про відшкодування збитків, беручи до уваги ринкові ціни, що існували на день ухвалення рішення[6].

[1] Чертков В.Л. Авторское право в периодической печати. Москва : Юридическая литература, 1989. С. 91.

[2] Антимонов Б.С., Флейшиц Е.А. Авторское право. Москва : Юридическая литература. 1957. С. 199.

[3] Право інтелектуальної власності: академ. курс, підручник для студентів вищих навч. закладів / О.А. Підопригора, О. Б. Бутнік-Сіверський, В. С. Дроб'язко та ін.; за ред. О.А. Підопригори, О.Д. Святоцького. 2-ге вид., переробл. та допов. Київ : Ін Юре, 2004. С. 380.

[4] Про авторське право і суміжні права : Закон України від 01.12.2022. № 2811-IX. *Офіційний вісник України*. 2023. № 13. Ст. 74.

[5] Вахонєва Т.М. Авторське право і суміжні права в Україні : навчальний посібник. 2 -ге видання. Київ : Дакор, 2019. С. 497.

[6] Цивільний кодекс України. Там само.

При відшкодуванні збитків особа, авторські права якої порушено, має довести як сам факт спричинення збитків, так і їхній розмір[1]. Також при визначенні розміру відшкодування збитків при порушенні авторського права слід встановити ціну договору, вартість об'єкта авторського права, винагороду автора, здійснені економічно-господарські операції тощо. Усі ці обставини видається можливим встановити за допомогою наявних засобів доказування — письмові, речові та електронні докази, висновки експертів, показання свідків (ч.2 ст.76 ЦПК України[2], ч. 2 ст. 73 ГПК України[3]). Найчастіше судова практика застосовує використання експертиз, наприклад, економічна експертиза визначає розмір матеріальної шкоди, якої було завдано, ринкову вартість об'єкта авторського права або майнового авторського права, співмірність суми винагороди за використання авторського права.

Отже, відшкодування збитків як захід цивільно-правової відповідальності за порушення авторського права включає можливість відшкодувати реальні збитки та упущену вигоду. Для позначення збитків у профільному законі використано поняття «матеріальна шкода», що є синонімом до категорії «майнова шкода». Відшкодування збитків може бути як самостійним заходом відповідальності, так і поєднаним з іншими (наприклад, разом з відшкодуванням немайнової (моральної) шкоди).

Наступним заходом цивільно-правової відповідальності за порушення авторського права є **виплата компенсації**. Свого найбільшого розвитку виплата компенсації як захід відповідальності отримала в часи активного розвитку законодавства ЄС. Так, за ст.44 Угоди ТРІПС, виплата компенсації є засобом судового захисту за використання авторського права без згоди власника[4]. Слід вказати, що в попередніх конвенціях у сфері авторського права (Римська 1961 року та Бернська 1971 року) компенсацію не закріплювали як захід відповідальності. Лише в Бернській конвенції йдеться про компенсацію як справедливу винагороду за використання ліцензії[5].

Цивільне законодавство України не містить згадки про компенсацію як заходу цивільно-правової відповідальності за порушення зобов'язання

[1] Ульянова Г.О. Методологічні проблеми цивільно-правового захисту прав інтелектуальної власності від плагіату : дис... док. юр. наук. 12.00.03. Одеса, 2015. С. 305.

[2] Цивільний процесуальний кодекс України : Закон України від 18.03.2004. № 1618-IV. *Відомості Верховної Ради України.* 2004. № 40. Ст. 492.

[3] Господарський процесуальний кодекс : Закон України від 06.11.1991. № 1798-XII. *Відомості Верховної Ради України.* 1992. № 6. Ст. 56.

[4] Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності від 15.04.1994. Світова організація торгівлі (СОТ). URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/981_018#Text

[5] Бернська конвенція про охорону літературних і художніх творів від 24.07.1971. Всесвітня організація інтелектуальної власності. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_051#Text

загалом, зокрема авторського права. Термін «компенсація» згадується лише у ч. 2 ст. 364 ЦК України, де мова йде про виділ у натурі частки із спільного майна, що не допускається згідно із законом або є неможливим, співвласник, який бажає виділу, має право на одержання від інших співвласників грошової або іншої матеріальної компенсації вартості його частки[1]. Натомість існує загальна норма, яка хоч і не містить поняття «компенсація», однак чітко її характеризує. За п. 5 ч. 2 ст. 432 ЦК України для захисту права інтелектуальної власності суд може постановити рішення про застосування разового грошового стягнення замість відшкодування збитків за неправомірне використання об'єкта права інтелектуальної власності. Розмір стягнення визначається відповідно до закону з урахуванням вини особи та інших обставин, що мають істотне значення[2]. Як наслідок, компенсація є разовим грошовим стягненням замість відшкодування збитків, про що йтиметься далі.

Виплата компенсації як захід цивільно-правової відповідальності за порушення авторського права з'явився у 1994 році у Законі України «Про авторське право і суміжні права». Втім, набула свого розвитку у зв'язку з євроінтеграційними процесами в Україні. Так, відповідно до ст. 158 Угоди про Асоціацію з ЄС, ратифікованої Україною 16.09.2014 року[3], якою закріплено правило про забезпечення сторонами належного та ефективного виконання зобов'язань за міжнародними договорами у сфері інтелектуальної власності, зокрема за Угодою ТРІПС[4], де закріплено виплату компенсації, як захід відповідальності за порушення авторського права.

У зв'язку з обов'язком України узгодити національне законодавство відповідно до європейських стандартів, документом, який був взятий за основу щодо змін у сфері виплати компенсації, стала також і Директива 2004/48/ЄС Європейського парламенту та Ради від 29 квітня 2004 року «Про забезпечення дотримання прав інтелектуальної власності». Так, у статті 26 Директиви 2004/48/ЄС вказуються особливості відшкодування шкоди, що була завдана внаслідок правопорушення у сфері дотримання прав інтелектуальної власності[5]. У вказаній статті компенсація є заходом відповідальності

[1] Цивільний кодекс України. Там само.

[2] Цивільний кодекс України. Там само.

[3] Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, від 16.09.2014. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011#Text

[4] Угода про торговельні аспекти прав інтелектуальної власності від 15.04.1994. Світова організація торгівлі (СОТ). URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/981_018#Text

[5] Directive 2004/48/EC of the European Parliament and of the Council of 29 April 2004 «On the enforcement of intellectual property rights». URL : https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32004L0048R%2801%29

для порушника, який здійснював відповідні дії свідомо або маючи розумні підстави знати, що вони призведуть до порушення[1].

Як наслідок імплементації європейських норм до українського законодавства, 02.12.2022 року набув чинності Закон України «Про авторське право і суміжні права». Положення цього Закону визначають компенсацію як разове грошове стягнення в розмірі від 2 до 200 прожиткових мінімумів для працездатних осіб або як фіксована подвоєна, а в разі умисного порушення — потроєна сума винагороди, яка була б сплачена за надання дозволу на використання об'єкта авторського права або об'єкта суміжних прав, щодо якого виник спір[2]. Аналізуючи цю статтю, випливає, що паушальна сума при розрахунку компенсації виступає як одноразовий платіж у формі виплати залежно від кількості прожиткових мінімумів або подвоєної/потроєної суми винагороди. По-перше, законодавець замінив «паушальна сума» на «фіксовану», що є більш доступним понятійним апаратом для будь-якої особи в процесі пізнання закону. По-друге, законодавець знову повертається до законодавчо встановлених меж виплати компенсації — від 2 до 200 прожиткових мінімумів для працездатних осіб, при цьому залишаючи альтернативу фіксованої подвоєної або потроєної суми винагороди. Така законодавча зміна позитивно оцінюється, оскільки потерпілий зможе завжди отримати справедливе відшкодування за порушення авторського права.

Очевидно, що для доведення факту необхідності виплати більшого розміру компенсації має значення форма вини порушника — умисна. У цьому випадку сума винагороди, яка була б сплачена до порушення авторського права, потроюється. Авторською винагородою (роялті) є всі види винагород або компенсацій, що виплачуються авторам за використання їхніх творів, які охороняються в межах, встановлених авторським правом (п. 25 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про застосування судами норм законодавства у справах про захист авторського права і суміжних прав» № 5 від 04 червня 2010 р.)[3].

Із вказаного випливає, що головною особливістю компенсації є те, що компенсація має місце, якщо лише доведений факт порушення авторського права, тоді як збитки та доходи, отримані від порушення, підлягають розрахунку. Так, А. С. Штефан вказує, що відмінність компенсації від відшкодування

[1] Directive 2004/48/EC. Там само.

[2] Про авторське право і суміжні права : Закон України від 01.12.2022. № 2811-IX. *Офіційний вісник України*. 2023. № 13. Ст. 74.

[3] Про застосування судами норм законодавства у справах про захист авторського права і суміжних прав : постанова Пленуму Верховного Суду України № 5 від 04.06.2010. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0005700-10#Text

збитків полягає в тому, що при визначенні розміру компенсації масштаб спричиненої шкоди не є головним та основним критерієм: окрім, власне, розміру шкоди, значення мають характер заподіяної шкоди, наслідки та їхня тривалість, ступінь вини заподіювача[1]. Натомість, для стягнення прибутку з відповідача, що був отриманий ним унаслідок порушення прав автора, необхідно спочатку довести наявність цих прибутків, що не завжди легко зробити[2]. Таким прикладом може слугувати копіювання твору образотворчого мистецтва без згоди автора; у випадку, якщо таку копію продано замість оригіналу, то природно, що автор втратив ту суму, яку він особисто отримав би за авторське повторення твору[3]. Водночас існує думка, що «компенсація» і «відшкодування» несуть одне й те саме смислове навантаження — відновлення фізичним та юридичним особам їхніх порушених прав[4]. Логічним є висновок, що якщо факт порушення авторського права не доведений, то і вимога про виплату компенсації не підлягає задоволенню. Наприклад, у рішенні Луцького міськрайонного суду Волинської області від 26.10.2020 року у справі № 161/15786/16-ц вказано, що в ході розгляду справи суд не знайшов факту порушення прав позивача з боку відповідачів щодо плагіату дисертації позивача та вимоги про виплату компенсації у розмірі 100 000 грн., оскільки «факт відтворення частин дисертації 1 у змісті дисертації 2 та монографії належним чином не підтверджено висновком судової експертизи, який взято судом як належний доказ у справі, оскільки у всіх спірних роботах є посилання на інші джерела, в тому числі спільні, що були використанні при їх написанні...»[5]. Отже, правильним є положення, що для задоволення вимоги про виплату компенсації достатньо наявності доказів вчинення особою дій, які визнаються порушенням авторського права і (або) суміжних прав (п. 42 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про застосування судами норм законодавства у справах про захист авторського права і суміжних прав» № 5 від 04 червня 2010 р.)[6].

Компенсація підлягає виплаті в разі доведення факту порушення майнових прав суб'єкта авторського права, а не заподіяних збитків. Відповідно

[1] Штефан А. Відшкодування майнової шкоди як спосіб захисту авторського права. *Теорія і практика інтелектуальної власності*. №1. 2014. С. 27.

[2] Афанасьєва К.О. Авторське право: практичний посібник. Київ : Атіка, 2006. С. 173.

[3] Гордон М.В. Советское авторское право. Москва : Госюриздат, 1955. С. 220.

[4] Палиюк В.П. Правовое регулирование возмещения морального (неимущественного) вреда : дис.. канд. юрид. наук : 12.00.03. Харьков, 1999. С. 72.

[5] Рішення Луцького міськрайонного суду Волинської області від 26.10.2020 у справі № 161/15786/16-ц. URL : https://reyestr.court.gov.ua/Review/92948216

[6] «Про застосування судами норм законодавства у справах про захист авторського права і суміжних прав постанова Пленуму Верховного Суду України № 5 від 04.06.2010. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0005700-10#Text

для задоволення вимоги щодо виплати компенсації достатньо наявності доказів вчинення особою дій, які визнаються порушення авторського права[1]. Для визначення суми компенсації, яка є адекватною порушенню, суд має дослідити: факт порушення майнових прав та яке саме порушення допущено; об'єктивні критерії, що можуть свідчити про орієнтовний розмір шкоди, завданої неправомірним кожним окремим використанням об'єкта авторського права; тривалість та обсяг порушень (одноразове чи багаторазове використання спірних об'єктів); розмір доходу, отриманий унаслідок правопорушення; кількість осіб, право яких порушено; наміри відповідача; можливість відновлення попереднього стану та необхідні для цього зусилля тощо (п. 42 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про застосування судами норм законодавства у справах про захист авторського права і суміжних прав» №5 від 04 червня 2010 р.)[2].

Пізніше була видана ще одна постанова, яка стосувалась визначення розміру компенсації — Постанова Пленуму Вищого господарського суду України «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності» №12 від 17.10.2012 р. Вона закріплює головне правило розмежування збитків та компенсації: «Компенсація підлягає виплаті у разі доведення факту порушення майнових прав суб'єкта авторського права та/або суміжних прав, а не розміру заподіяних збитків. Таким чином, для задоволення вимоги про виплату компенсації достатньо наявності доказів вчинення особою дій, які визнаються порушенням авторського права та/або суміжних прав, а розмір збитків суб'єкт такого права доводити не зобов'язаний» (п. 51.2)[3]. Тобто потерпілий може вимагати виплатити компенсацію за кожен самостійний факт порушення авторського права.

За згаданою постановою, розмір компенсації визначається судом у межах заявлених вимог залежно від характеру порушення, ступеню вини відповідача та інших обставин. Зокрема, до наведених вище критеріїв визначення розміру компенсації у постанові Пленуму Верховного Суду України №5 від 04.06.2010 р. ще додалось «наявність раніше вчинених відповідачем порушень виключного права даного позивача» (п. 51.3)[4]. Із вказаного випливає, що для

[1] Бузовська Н. Актуальні проблеми захисту прав на фотографічні твори. *Юридичний вісник*. 2014. №4/6. С. 351.

[2] Про застосування судами норм законодавства у справах про захист авторського права і суміжних прав : постанова Пленуму Верховного Суду України № 5 від 04.06.2010. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0005700-10#Text

[3] Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності: постанова Пленуму Вищого господарського суду України № 12 від 17.10.2012. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0012600-12#Text

[4] Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності. Там само.

компенсації характерна повторюваність порушення як «обтяжуюча» обставина при визначенні суми компенсації.

За п. 4 ч. 3 ст. 55 Закону України «Про авторське право і суміжні права» виплата компенсації визначається судом замість відшкодування збитків або стягнення доходу[1]. Така норма є спеціальною з відношення до ст. 432 ЦК України, за якою суд може застосувати разове грошове стягнення замість відшкодування збитків за неправомірне використання об'єкта права інтелектуальної власності[2]. Отже, за цивільним законодавством, виплата компенсації за порушення авторського права є разовим грошовим стягненням (паушальна сума в розумінні спеціальної норми). Із вказаного можна зробити висновок, що компенсація в авторському праві має схожі риси з неустойкою, оскільки теж є одноразовою виплатою та не залежить від розміру збитків. Так, за ч. 1 ст. 549 ЦК України неустойкою (штрафом, пенею) є грошова сума або інше майно, які боржник повинен передати кредиторові в разі порушення боржником зобов'язання[3]. А зміст ч.ч. 2, 3 ст. 624 ЦК України вказує на можливість одночасного застосування відшкодування збитків та неустойки, а також на можливість застосувати або лише неустойку, або можливість кредитора обрати між стягненням неустойки та відшкодуванням збитків.

Таким чином, можна дійти висновку, що виплата компенсації при порушенні авторського права є аналогом неустойки. Це підтверджується тим, що підставою для застосування неустойки є вчинення відповідного правопорушення, а наявність при цьому збитків є необов'язковою. Більше того, завдання збитків підлягає доказуванню, тоді як неустойку можна стягнути лише за факт порушення зобов'язання. Такі самі характеристики містить і виплата компенсації при порушенні авторських прав.

Відповідно до Закону України «Про авторське право і суміжні права» «розмір компенсації має бути ефективним, співрозмірним і стримуючим, спрямовуватись на відновлення порушених прав та має застосовуватися таким чином, щоб уникнути створення перешкод законній діяльності користувача і водночас забезпечити захист від зловживань користувача»[4]. Більше того, «при визначенні розміру компенсації судом враховується тривалість та систематичність порушення, обсяг порушення (зокрема, з урахуванням території його поширення), сфера господарювання та наміри порушника,

[1] Про авторське право і суміжні права : Закон України від 01.12.2022. № 2811-IX. *Офіційний вісник України*. 2023. № 13. Ст. 74.

[2] Цивільний кодекс України. Там само.

[3] Цивільний кодекс України. Там само.

[4] Про авторське право і суміжні права : Закон України від 01.12.2022. № 2811-IX. *Офіційний вісник України*. 2023. № 13. Ст. 74.

вину та її форму, а також інші об'єктивні обставини»[1]. Таким чином, законодавець встановив чіткі принципи та правила, за якими повинно відбуватись призначення розміру компенсації. Серед таких є встановлення мети виплати компенсації — відновлення порушених авторських прав без подальшого порушення прав інших осіб (наприклад, коли існують добросовісні користувачі майновим авторським правом).

Отже, виплата компенсації є разовим грошовим стягненням за неправомірне використання об'єкта авторського права. Такий захід цивільно-правової відповідальності є новітнім механізмом захисту авторського права, є результатом вдалої імплементації європейського законодавства до національного. Головною особливістю компенсації є те, що компенсація застосовується лише за наявності встановленого факту порушення авторського права, тоді як відшкодування збитків та стягнення доходів, отриманих від порушення, підлягають розрахунку. Водночас важливою ознакою такого заходу відповідальності є факт надання доказів розміру бажаної компенсації, за яку позивач бажає отримати.

Відшкодування моральної (немайнової) шкоди є заходом цивільно-правової відповідальності за порушення авторського права. Моральна (немайнова) шкода має особливе значення у сфері авторського права, оскільки автор — це творча та, як наслідок, — емоційно вразлива особистість. Це завжди негативні наслідки немайнового характеру, які впливають на стан особи у соціумі. Така шкода відшкодовується, незалежно від відшкодування майнової шкоди та не пов'язана з розміром цього відшкодування (ч. 4 ст. 23 ЦК України)[2]. Автору може бути завдано моральної (немайнової) шкоди за порушення як особистих немайнових, так і майнових прав, тоді як іншим особам, яким було передане авторське право, може бути завдана моральна (немайнова) шкода через порушення лише майнових авторських прав (такими особами можуть бути видавництва, організації колективного управління авторськими правами, фізична-особа підприємець тощо). Особистими немайновими авторськими правами автора є право на псевдонім, недоторканність твору (п.п. 3, 4 ч. 1 ст. 438 ЦК України)[3], право на визнання свого авторства шляхом зазначення належним чином імені автора на творі, право на анонімність (п.п. 1, 2 ч. 1 ст. 11 Закону України «Про авторське право і суміжні права»)[4]. Закономірно, що особисті немайнові права автора не можуть бути передані (відчужені) іншим

[1] Про авторське право і суміжні права : Закон України. Там само.

[2] Цивільний кодекс України. Там само.

[3] Цивільний кодекс України. Там само.

[4] Про авторське право і суміжні права : Закон України від 01.12.2022. № 2811-IX. *Офіційний вісник України*. 2023. № 13. Ст. 74.

особам, що вкотре доводить, що автор є найбільш уразливим суб'єктом щодо завдання моральної шкоди поміж інших суб'єктів авторського права. У зв'язку з цим, вимагати компенсації моральної шкоди, за загальним правилом, можуть в першу чергу володільці особистих немайнових прав, тобто самі автори[1]. Що стосується майнових прав суб'єкта авторського права, то такими правами є право використовувати твір будь-яким способом (способами), а також виключне право дозволяти або забороняти використання твору іншими особами (ч.1 ст.12 Закону України «Про авторське право і суміжні права»)[2].

Моральна (немайнова) шкода у сфері авторського права виникає як у недоговірних (деліктних), так і договірних зобов'язаннях. Генеральний делікт про відшкодування моральної (немайнової) шкоди передбачений ст.1167 ЦК України, за якою моральна шкода, завдана фізичній або юридичній особі неправомірними рішеннями, діями чи бездіяльністю, відшкодовується особою, яка її завдала, за наявності її вини[3]. Що стосується договірної відповідальності у сфері авторського права, то така відповідальність настає за умови невиконання або неналежного виконання умов зобов'язання (ст.610 ЦК України)[4]. Це означає, що до порушника авторського права можуть бути застосовані такі наслідки порушення зобов'язання, як сплата неустойки, відшкодування збитків та моральної шкоди тощо (ч.1 ст.611 ЦК України)[5]. Можливість відшкодування моральної шкоди встановлюється договором або законом (ч.5 ст.23 ЦК України)[6], однак важливо наголосити, що навіть тоді, якщо умовами договору та закону, що регулює відповідний вид договору, право на відшкодування моральної шкоди не передбачено, таке відшкодування може бути здійснено на підставі ст.23 ЦК України. На це ще у 2017 році звернула увагу О.С.Кочина у своєму дисертаційному дослідженні, присвяченому відшкодуванню моральної (немайнової) шкоди за порушення авторського права, вказуючи, що «вимога про компенсацію моральної шкоди може супроводжувати будь-який позов, незалежно від того чи випливає порушення з договірних або позадоговірних зобов'язань, що зачіпає особисті немайнові чи майнові права потерпілого»[7]. Тобто відшкодування моральної (немайнової) шкоди за

[1] Бааджи Н.П. Відшкодування шкоди, завданої неправомірним використанням авторських прав : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Одеса, 2010. С. 165.

[2] Про авторське право і суміжні права : Закон України від 01.12.2022. № 2811-IX. *Офіційний вісник України*. 2023. № 13. Ст. 74.

[3] Цивільний кодекс України Там само.

[4] Цивільний кодекс України. Там само.

[5] Цивільний кодекс України. Там само.

[6] Цивільний кодекс України. Там само.

[7] Кочина О.С. Порядок відшкодування моральної немайнової шкоди при порушенні авторських та суміжних прав в Україні : дис... канд. юрид. наук. : 12.00.03. Київ, 2017. С. 201.

порушення договірного зобов'язання у сфері авторського права є заходом цивільно-правової відповідальності за порушення авторського права.

Автор є творчою особою, моральний стан якої напряму залежить від реалізації іншими прав, пов'язаних з об'єктами авторського права — неможливість завершити твір, втрата натхнення тощо. Звертаючись до доктрини цивільного права, поняття «моральної» шкоди застосовується для позначення страждань фізичної особи. Серед вітчизняних науковців найбільш повне визначення моральної шкоди надав Р. О. Стефанчук, який моральну шкоду розглядає як «негативні наслідки немайнового характеру, які заподіяні фізичній особі внаслідок завданих їй фізичних, психічних та моральнісних страждань, що пов'язані із порушенням її прав чи охоронюваних законом інтересів, або загрозою вчинення такої поведінки»[1]. Отже, науковці моральну шкоду розглядають через душевні страждання, що є найбільш характерним для моральної шкоди, завданої фізичній особі.

Моральна шкода в національному цивільному законодавстві трактується як: 1) фізичний біль та страждання, які фізична особа зазнала у зв'язку з каліцтвом або іншим ушкодженням здоров'я; 2) душевні страждання, які фізична особа зазнала у зв'язку з протиправною поведінкою щодо неї самої, членів її сім'ї чи близьких родичів; 3) душевні страждання, які фізична особа зазнала у зв'язку із знищенням чи пошкодженням її майна; 4) приниження честі та гідності фізичної особи, а також ділової репутації фізичної або юридичної особи (ч. 2 ст. 23 ЦК України)[2].

Очевидно, що законодавець розглядає моральну шкоду з урахуванням різних аспектів — негативні наслідки для потерпілого, вияв шкоди, об'єкт посягання. Водночас для авторського права не є характерним весь зміст ч. 2 ст. 23 ЦК України для визначення моральної шкоди. Так, п. 3 постанови Пленуму Верховного Суду України №4 «Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди» передбачено, що моральна шкода може полягати не лише у приниженні честі, гідності, престижу або ділової репутації, а й у порушенні права інтелектуальної власності[3]. Як правильно пише С. Д. Гринько, на відміну від матеріальних речей, які можна відновити або відшкодувати їхню вартість, нематеріальні блага відновити неможливо[4].

[1] Стефанчук Р. О. Особисті немайнові права фізичних осіб у цивільному праві: поняття, зміст, система, особливості здійснення та захисту. Хмельницький : Видавництво Хмельницького університету управління та права, 2007. С. 223.

[2] Цивільний кодекс України. Там само.

[3] Про судову практику в справах про відшкодування моральної (немайнової) шкоди : постанова Пленуму Верховного Суду України № 4 від 31.03.1995. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0004700-95#Text

[4] Гринько С. Д. Деліктні зобов'язання римського приватного права: поняття, система, рецепція : монографія. Хмельницький : Хмельницький університет управління та права, 2012. С. 294.

Аналізуючи цитовану ст. 23 ЦК України, стає очевидним, що для суб'єктів авторського права характерними є душевні страждання, які фізична особа зазнала у зв'язку з протиправною поведінкою щодо неї самої (не враховуючи «членів її сім'ї чи близьких родичів», як вказано у ЦК України), душевні страждання, які фізична особа зазнала у зв'язку із знищенням чи пошкодженням її об'єкта авторського права (а не «майна», як вказано у ЦК України), а також приниження честі та гідності фізичної особи, ділової репутації фізичної або юридичної особи. Вказане підтверджується п. 40 постанови Пленуму Верховного Суду України «Про застосування судами норм законодавства у справах про захист авторського права і суміжних прав» №5, за якою моральна (немайнова) шкода за порушення авторського права полягає у приниженні гідності, честі фізичної особи, а також ділової репутації фізичної або юридичної особи; в душевних стражданнях, яких фізична особа зазнала у зв'язку з протиправною поведінкою щодо неї[1].

Із вказаного випливає, що немайнова шкода юридичній особі може бути завдана шляхом посягання на її ділову репутацію. Під діловою репутацією юридичної особи розуміється оцінка її підприємницької, громадської, професійної чи іншої діяльності, яку здійснює така особа як учасник суспільних відносин (п. 4 постанови Пленуму Верховного Суду України №1 «Про судову практику у справах про захист гідності та честі фізичної особи, а також ділової репутації фізичної та юридичної особи»)[2]. Як правильно пише В. П. Паліюк, юридична особа не володіє психікою, тому зрозуміло, що не може відчувати будь-які емоції щодо протиправної поведінки інших осіб[3]. Тоді як для фізичної особи шкода для честі, гідності та ділової репутації в майбутньому може мати свій вияв через порушення функцій організму, у припиненні звичних життєвих зв'язків, що відобразиться на її здоров'ї[4]. Притаманна для фізичної особи ділова репутація може розглядатись як погляд на певні професійні якості людини, якими є, наприклад, майстерність та надійність[5]. Саме такі професійні якості найчастіше характеризують автора будь-якого твору.

[1] Про застосування судами норм законодавства у справах про захист авторського права і суміжних прав: Постанова Пленуму Верховного Суду України № 5 від 04.06.2010. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0005700-10#Text

[2] Про судову практику у справах про захист гідності та честі фізичної особи, а також ділової репутації фізичної та юридичної особи : постанова Пленуму Верховного Суду України № 1 від 27.02.2009. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v_001700-09#Text

[3] Палиюк В.П. Возмещение морального (неимущественного) вреда : монография. Изд. 2-е, испр. и доп. Киев : Право, 2000. С. 61.

[4] Палиюк В.П. Там само. С. 46.

[5] Малеин Н.С. Возмещение вреда, причиненного личности. Москва : Юридическая литература, 1965. С. 43.

Очевидно, що законодавець застосовує поняття «моральна шкода» для фізичних осіб, тоді як для юридичних осіб більш характерною є відшкодування «немайнової» шкоди. Як влучно пише В. П. Паліюк, подвійне поєднання «моральна і (немайнова)» шкода дозволяє, по-перше, повніше відбивати її природу, та по-друге, дані поняття є прийнятними як для громадян, так і для юридичних осіб, оскільки «честь», «гідність», і «ділова репутація» у сенсі цього терміна об'єднує цих суб'єктів[1]. Як слушно зазначає С. І. Шимон, цілком логічно застосовувати до юридичної особи поняття «немайнова» шкода, оскільки вона не має духовного, психічного вияву, як це характерно для фізичної особи[2]. Так, найбільш часто приниження ділової репутації ділової особи може знаходити свій вияв через «серйозне зменшення вартості компанії», однак доведення в суді такого факту зумовлене низкою труднощів, серед яких — доведення факту шкоди та оцінка грошового еквіваленту страждань, яких неможливо відчути[3].

Згідно з Законом України «Про авторське право і суміжні права» первинним суб'єктом, якому належить авторське право, є автор твору (ч. 1 ст. 5), а автор — це фізична особа (ст. 1)[4]. Іншими суб'єктами авторського права є інші фізичні та юридичні особи, яким було передано майнові авторські права на підставі договору або закону (ч. 2 ст. 435 ЦК України)[5]. У зв'язку з цим, авторуфізичній особі може бути завдано моральної шкоди як за порушення особистих немайнових, так і майнових авторських прав, тоді як вторинним суб'єктам моральна шкода може бути завдана за порушення лише майнових авторських прав. Так, моральна шкода для фізичної особи-суб'єкта авторського права знаходить свій вияв через емоційні страждання, болісні переживання щодо невдачі або інші негативні емоції пов'язані з протиправною поведінкою. Моральна шкода може проявлятися як втрата творчого натхнення, нервове захворювання, депресія, втрата чи погіршення стосунків на роботі, вимушена зміна чи обмеження у виборі професії, втрату кар'єри, звичного кола спілкування, втрату чи погіршення стосунків у сім'ї тощо[6].

[1] Палиюк В.П. Там само. С. 73.

[2] Шимон С.І. Немайнова (моральна шкода) юридичної особи: поняття і компенсація. *Підприємництво, господарство і право.* 2001. № 1. С. 36.

[3] Спасова К.І. Відшкодування моральної шкоди при порушенні немайнових прав у соціальних мережах: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Одеса, 2021. С. 126-127.

[4] Про авторське право і суміжні права: Закон України від 01.12.2022. № 2811-IX. *Офіційний вісник України.* 2023. № 13. Ст. 74.

[5] Цивільний кодекс України від 16.01.2003. *Відомості Верховної Ради України.* 2003. № 40-44. Ст. 356.

[6] Шимон С.І. Відшкодування моральної (немайнової) шкоди як спосіб захисту суб'єктивних цивільних прав : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 1998. С. 8.

У зв'язку з вказаним, на нашу думку, у Законі України «Про авторське право і суміжні права» необхідно закріпити положення про презумпцію моральної шкоди для автора стосовно всіх випадків порушення особистих немайнових авторських прав. Юридична аксіома як презумпція моральної шкоди для автора цілком закономірно підпадає саме під авторське право, оскільки, незалежно від того, чи відчужив свої майнова права автор або ні, особисті немайнові права завжди будуть належати лише йому, а тому при порушенні будь-яких авторських прав завжди буде завдано моральних страждань для автора[1]. Так, відповідно до ст. 11 Закону України «Про авторське право і суміжні права» особистими немайновими правами автора є право вимагати визнання свого авторства шляхом зазначення належним чином імені автора в оригіналі і копіях твору, право забороняти під час будь-якого використання твору згадування свого імені, право обирати псевдонім, право вимагати збереження цілісності твору, протидіяти будь-якому перекрученню тощо[2]. І такі права не можуть бути передані (відчужені) іншим особам і не переходять у спадщину, що є важливою їхньою ознакою.

Головною метою відшкодування моральної (немайнової) шкоди є покращення психічного та душевного стану фізичної особи, а також усунення чи зменшення негативних наслідків для ділової репутації юридичної особи. За ст. 16 ЦК України відшкодування моральної шкоди є одним із способів захисту цивільних прав та інтересів[3]. Як уже було згадано вище, способи відшкодування моральної шкоди закріплені у ч. 3 ст. 23 ЦК України, якими є: 1) відшкодування грошовими коштами, 2) іншим майном, 3) в інший спосіб[4]. Водночас у п. 1 ч. 3 ст. 55 Закону України «Про авторське право і суміжні права» вказано, що суд постановляє рішення про відшкодування моральної (немайнової) шкоди, завданої порушенням авторського права і (або) суміжних прав, з визначенням розміру відшкодування[5]. Вказане означає, що в авторському праві моральна шкода відшкодовується лише одним способом — грошовими коштами. Така законодавча позиція спричинила дискусію серед вчених. На нашу думку, грошове відшкодування моральної шкоди є цілком адекватним та прийнятним способом відшкодування моральної (немайнової) шкоди за порушення авторського права. Водночас слід погодитись з думкою Р. О. Стефанчука,

[1] Ромась Д.С. Цивільно-правова відповідальність за порушення авторського права : дис.. доктора філософії в галузі права. м. Хмельницький, 2022. С. 170.

[2] Про авторське право і суміжні права : Закон України від 01.12.2022. № 2811-IX. *Офіційний вісник України.* 2023. № 13. Ст. 74.

[3] Цивільний кодекс України. Там само.

[4] Цивільний кодекс України. Там само.

[5] Про авторське право і суміжні права : Закон України. Там само.

що лише грошове відшкодування моральної (немайнової) шкоди за порушення авторського права занадто вузько характеризує негативні наслідки її завдання[1]. До прикладу, суб'єкту авторського права може бути відшкодовано моральну (немайнову) шкоду квитками на відпочинок, курсом послуг психолога, іншими рекреаційними засобами для «душевного спокою» автора або відновлення репутації інших суб'єктів. А тому вважаємо за необхідне поширення положень ч. 3 ст. 23 ЦК України на Закон України «Про авторське право і суміжні права» не лише щодо грошового способу відшкодування моральної шкоди, а й інших способів.

При визначенні розміру відшкодування моральної шкоди враховуються вимоги розумності і справедливості (п. 2 ч. 3 ст. 23 ЦК України)[2]. Є. О. Харитонов розглядає справедливість, добросовісність, розумність як «встановлення рівних умов для участі всіх осіб, закріплення адекватного захисту порушеного цивільного права або інтересу, забезпечення реалізації цивільного права з шануванням прав і інтересів інших осіб»[3]. Н. С. Кузнєцова пише, що такі категорії, як «добросовісність» та «справедливість», надають судам більше можливостей з'ясовувати в повному обсязі фактичні обставини справи і встановити об'єктивну істину[4]. В. Д. Примак до вказаних засад додає ще «такі фактичні обставини порушення суб'єктивного цивільного права кредитора, які здатні істотним чином вплинути на передбачуваний вияв завданих потерпілому немайнових втрат та ступінь ураження засад справедливості, розумності і добросовісності як спеціальних об'єктів цивільно-правового захисту»[5].

Як правильно зазначає А. С. Штефан, аналіз судових рішень у справах про захист авторського права свідчить про певний підхід, який уже виробився в судовій практиці — оцінюючи доведеність факту порушення авторського права, серйозність порушення та глибину інших негативних наслідків, що настали в результаті порушення права (розмір спричиненої майнової шкоди, обсяг незаконно виданих та/або розповсюджених об'єктів тощо), суд визначає обсяги спричинення немайнової шкоди[6]. Отже, особливістю розміру

[1] Стефанчук Р. О. Особисті немайнові права фізичних осіб у цивільному праві: поняття, зміст, система, особливості здійснення та захисту. Хмельницький : Видавництво Хмельницького університету управління та права, 2007. С. 225.

[2] Цивільний кодекс України. Там само.

[3] Цивільне право України: підручник у трьох книгах. Книга перша / за ред. Є.О. Харитонова, А.І. Дрішлюка. Одеса: Юридична література, 2005. С. 42.

[4] Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України : 2 т. / за ред. О. В. Дзери, Н. С. Кузнєцової, В. В. Луця. Київ : Юрінком Інтер, 2013. Т. 1. С. 16.

[5] Примак В.Д. Відшкодування моральної шкоди на засадах справедливості, розумності й добросовісності : монографія. Київ : Юрінком Інтер, 2014. С. 429.

[6] Штефан А.С. Авторське право і суміжні права: особливості правової охорони, здійснення та захисту : монографія. Київ : Інтерсервіс, 2017. С. 137.

відшкодування моральної шкоди за порушення авторського права є ступінь страждань суб'єкта авторського права — як сильно, наскільки довго тривали негативні наслідки від порушення, наскільки нищівними для ділової репутації особи вони були тощо.

У зв'язку з необхідністю встановлення презумпції моральної шкоди автору, як було вже вказано вище, вважаємо за необхідне встановити мінімальний розмір відшкодування моральної шкоди для автора, який зазнав порушення особистих немайнових авторських прав. Такий мінімальний розмір можна встановити як прожитковий мінімум для працездатних осіб на одну особу в розрахунку на місяць, що встановлюється законом України про державний бюджет на відповідний рік[1]. На нашу думку, саме така сума може вважатися мінімальним відшкодуванням моральної шкоди для автора, оскільки прожитковий мінімум — це вартісна величина достатнього для забезпечення нормального функціонування організму людини, збереження його здоров'я набору продуктів харчування, а також мінімального набору непродовольчих товарів та мінімального набору послуг, необхідних для задоволення основних соціальних і культурних потреб особистості (ст.1 Закону України «Про прожитковий мінімум»)[2]. Таким чином, грошове задоволення мінімальних потреб автора, який зазнав порушення його прав, може вважатися закономірним зіставленням презумпції моральної шкоди автора та визначення мінімального розміру її відшкодування. При цьому вважаємо, що порушення майнових авторських прав необхідно в суді доводити як автору, так й іншим суб'єктам авторського права, оскільки визначення розміру, наприклад, збитків, підлягає чіткому розрахунку та дослідженню обставин завдання такої шкоди.

Отже, відшкодування моральної (немайнової) шкоди є досить поширеним заходом цивільно-правової відповідальності за порушення авторського права, оскільки створений об'єкт завжди матиме не лише матеріальну, а й немайнову цінність для суб'єкта авторського права. Особливо це стосується автора, для якого порушення його прав інтелектуальної власності є вагомою втратою нематеріального характеру, що знаходить свій вияв у витраченому часі на створення твору; умов, у яких він створювався; матеріалі, який був для цього необхідний тощо.

Підбиваючи підсумки, слід вказати, що відшкодування моральної (немайнової) шкоди є заходом цивільно-правової відповідальності за порушення авторського права як у недоговірних (деліктних), так і у договірних

[1] Ромась Д.С. Цивільно-правова відповідальність за порушення авторського права : дис. ... доктора філософії в галузі права. м. Хмельницький, 2022. С. 175.

[2] Про прожитковий мінімум : Закон України від 15.07.1999. № 966-XIV. *Відомості Верховної Ради України*. 1999. № 38. Ст. 348.

зобов'язаннях. Поняття «моральна шкода» характерне для фізичних осіб, тоді як для юридичних осіб слід застосовувати термін «немайнова» шкода. Вважаємо за необхідне встановити презумпцію моральної шкоди автора в разі порушення особистих немайнових авторських прав — незалежно від того, чи відчужив свої майнові права автор або ні, особисті немайнові авторські права завжди будуть належати лише йому, а тому при порушенні будь-яких авторських прав завжди буде завдано моральних страждань для автора. У зв'язку з цим, також необхідно закріпити мінімальний розмір відшкодування моральної шкоди для автора, який зазнав порушення особистих немайнових авторських прав.

Висновки. Порушення авторського права є настільки поширеним явищем, що питання юридичної відповідальності за це будуть завжди актуальними. Цивільно-правова відповідальність встановлюється в разі порушення цивільних прав та інтересів, зокрема пов'язаних з творчістю людини. Творча діяльність людини виявляється в літературі, мистецтві, музиці, культурі тощо, а результат творчої діяльності становить об'єкт авторського права. Заходами цивільно-правової відповідальності за порушення авторського права є: 1) відшкодування моральної (немайнової) шкоди; 2) відшкодування збитків; 3) стягнення доходу, отриманого порушником внаслідок порушення ним авторського права; 4) виплата компенсацій. Заходи цивільно-правової відповідальності за порушення авторського права також поділені на загальні (відшкодування моральної (немайнової) шкоди, відшкодування збитків) та спеціальні (стягнення доходу, виплата компенсацій).

Відшкодування збитків є найпоширенішим заходом відповідальності, оскільки для нього характерний принцип повного відшкодування завданої шкоди. Відшкодування збитків може бути як самостійним заходом відповідальності, так і поєднаним з іншими (наприклад, разом з відшкодуванням немайнової (моральної) шкоди). Поряд з реальними збитками та упущеною вигодою, потерпілий може стягнути з порушника дохід, отриманий внаслідок порушення авторського права. Так, суд може постановити окреме рішення про стягнення такого доходу, що характеризує його як окремий захід цивільно-правової відповідальності.

Серед відмінностей виплати компенсації та відшкодування збитків є: 1) застосування до порушника виплати компенсації виключає відшкодування збитків; 2) збитки підлягають розрахунку, при компенсації необхідно довести факт порушення авторського права; 3) термін «компенсація» відсутній у ЦК Україні в розумінні відшкодування шкоди; 4)мвідшкодування збитків є універсальним заходом цивільно-правової відповідальності, тоді як виплата компенсації присуджується лише при порушенні авторських і

суміжних прав; 5) при відшкодуванні збитків може враховуватись форма та ступінь вини порушника, при виплаті компенсації має значення лише форма вини. Виплата компенсації є альтернативою з-поміж інших майнових заходів цивільно-правової відповідальності та передбачена лише за порушення авторських і суміжних прав. Такий захід може бути застосований самостійно або в поєднанні з іншим немайновим заходом — відшкодування моральної шкоди. Потерпілий може вимагати компенсацію за кожен самостійний факт порушення авторського права (тобто за кожен об'єкт авторського права).

Право на відшкодування моральної (немайнової) шкоди за порушення авторського права належить автору та іншим особам, яким було передано (відчужено) авторські права. Автору може бути завдано моральної шкоди за порушення як особистих немайнових, так і майнових прав, тоді як іншим особам, яким було передане авторське право, може бути завдана моральна (немайнова) шкода через порушення лише майнових авторських прав. Юридичній особі немайнова шкода може бути завдана шляхом посягання на її ділову репутацію, оскільки такий суб'єкт авторського права не володіє психікою, не має духовного та психічного прояву. У сфері авторського права найбільш уразливими юридичними особами-суб'єктами завданої немайнової шкоди є видавництва, оскільки це є основним видом спеціалізованого підприємства, що випускає у світ результати інтелектуальної авторської діяльності.

4.6. Захист майнових прав малолітніх і неповнолітніх осіб при укладанні договорів, пов'язаних з відчуженням майна

У ч. 3 ст. 51 Конституції України[1] передбачено, що сім'я, дитинство, материнство і батьківство охороняються державою. Захист прав людини починається із захисту прав дитини[2]. Відповідно до ст. 16 Конвенції про права дитини[3] жодна дитина не може бути об'єктом свавільного або незаконного втручання у здійснення її права на особисте і сімейне життя, недоторканність житла, таємницю кореспонденції або незаконного посягання на її честь і гідність. Дитина має право на захист закону від такого втручання або посягання.

[1] Конституція України від 28.06. 1996 р. № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України.* 1996. №30. Ст.141.

[2] Діяльність прокурора щодо захисту майнових та житлових прав дітей : наук.-практ. посібник / В.С. Вишинський, О.В. Пащенко, Г.В. Попов, І.І. Присяжнюк, К.І. Грейдіна, В.П. Томіленко; за ред. В.Д. Войцишена. К. : Видавництво «Центр навчальної літератури», 2013. С.4.

[3] Конвенція про права дитини, прийнята ООН від 20.11.1989 р. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/995_021

ЗАХИСТ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВ ТА ІНТЕРЕСІВ УЧАСНИКІВ ЗОБОВ'ЯЗАЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИН

У 5 принципі Декларації прав дитини[1] зазначається, що дитині, яка є неповносправною фізично, психічно або соціально, мають бути забезпечені спеціальні режим, освіта і піклування, необхідні, з огляду на її особливий стан.

На сьогодні вчинення правочинів з майном є сферою цивільного обороту, яка стрімко розвивається. Майно є об'єктом численних правочинів, які вчиняються між особами у формі договорів, серед яких найпоширенішими є договори купівлі-продажу, міни, дарування, найму. Об'єктом цих правочинів є майно, визначення якого міститься у ст.190 ЦК України[2], згідно з яким майном як особливим об'єктом вважаються окрема річ, сукупність речей, а також майнові права та обов'язки. З поняттям «майно» тісно пов'язане й поняття «майнові відносини», під якими розуміють відносини, що виникають із використанням різного майна (природних ресурсів, речей, робіт, послуг[3].

Однією із найбільш важливих правомочностей батьків у процесі управління майном малолітніх і неповнолітніх осіб є вчинення ними правочинів, об'єктом яких є майно, власниками або користувачами якого виступають малолітні і неповнолітні особи, в інтересах останніх.

Виходячи з норм цивільного законодавства, такі правочини можуть бути поділені на дві основні категорії. До першої належать правочини, які батьки (усиновлювачі), опікун або піклувальник можуть вчиняти самостійно. Це побутові правочини (правочини, які не підлягають нотаріальному посвідченню). До другої належать правочини, які виходять за межі побутових (договори, які підлягають нотаріальному посвідченню або державній реєстрації, правочини про відмову від належних дитині прав; видавати письмові зобов'язання від імені дитини; вчиняти правочини щодо об'єкта житлової нерухомості та/або земельної ділянки, на якій розміщений такий об'єкт, власником або користувачем яких є дитина; відчуження (у тому числі шляхом міни або внесення (передачі) до статутного (складеного) капіталу (пайового фонду) юридичної особи чи як вступного, членського та/або цільового внеску члена кооперативу), поділу, виділу нерухомого майна, об'єкта незавершеного будівництва, майбутнього об'єкта нерухомості, іншого цінного майна, зокрема транспортних засобів, власником якого є дитина.

Як бачимо, законодавство встановлює межі, які регламентують правомочності законних представників при вчиненні ними правочинів з майном малолітніх і неповнолітніх осіб.

[1] Декларація прав дитини, прийнята резолюцією 1386 (XIV) Генеральної Асамблеї ООН від 20 листопада 1959 р. URL : https://zakononline.com.ua/documents/show/140610___140610##document_code__v10_2323-15__n2##

[2] Цивільний кодекс України від 16.01. 2003 р. № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України.* 2003.№41-44. Ст. 356.

[3] Цивільне право України : підручник : у 2-х кн. / О.В. Дзера (керівник авт.кол.), Д.В. Боброва, А.С. Довгерт та ін.; за ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнєцової. К.: Юрінком Інтер, 2002. Кн.1. С.78.

Слід зазначити, що в законі не міститься визначення побутового правочину. Це слугує підставою кваліфікувати поняття побутового правочину як оціночне, яке визначається в кожному конкретному випадку залежно від обставин справи[1]. Наприклад, відповідно до ч.1 ст. 865 ЦК України за договором побутового підряду підрядник, який здійснює підприємницьку діяльність, зобов'язується виконати за завданням фізичної особи (замовника) певну роботу, призначену для задоволення побутових та інших особистих потреб, а замовник зобов'язується прийняти та оплатити виконану роботу. Так, О. Б. Петінова визначає поняття «побут» як специфічну сферу людського буття, в якій особистість задовольняє свої матеріальні і духовні потреби, він виступає тим підґрунтям, на якому безпосередньо базуються соціально-культурні цінності, з якого особистість бере свої життєві сили, забезпечує як фізичне, так і культурне існування[2]. Зате ЦК України містить поняття дрібного побутового правочину.

Виходячи із визначення, яке міститься в п.1 ч.1 ст. 31 ЦК України, для дрібного побутового правочину характерними є такі ознаки:

1) це правочин, який безпосередньо спрямований на задоволення побутових потреб особи (придбання продуктів у магазині, купівля предметів домашнього вжитку чи гігієни, шкільного обладнання).

Однак, на наш погляд, виходячи із поняття «побут», положення закону про побутові правочини повинні застосовуватися до значно ширшого кола відносин, ніж побутові зв'язки. Мова в цьому випадку йде про різноманітні відносини стосовно культурного, транспортного й іншого обслуговування малолітніх і неповнолітніх осіб;

2) відповідає фізичному, духовному чи соціальному розвитку малолітнього;

3) стосується предмета, який має невисоку вартість[3].

Невипадково в ЦК України використовується поняття «дрібного побутового правочину», а не «побутового». Дрібні побутові правочини, які укладаються малолітніми особами, суттєво відрізняються від побутових правочинів, які укладаються батьками (усиновлювачами), опікуном чи піклувальником в інтересах малолітніх чи неповнолітніх осіб. Такі правочини укладаються стосовно значно більш дорогоцінного майна і, по суті, включають будь-які речі, правочини, з якими не підпадають під особливі правила, зазначені в законі[4].

[1] Жилинкова И.В. Правовой режим имущества членов семьи. Х. : Ксилон, 2000. С.274.

[2] Петінова О. Б. Соціально-побутове в ціннісних орієнтаціях особистості : автореф. дис... канд. філос. наук : 09.00.03. О., 2004. С.8.

[3] Науково-практичний коментар до Цивільного кодексу України. URL : http://www.jurists.org.ua/civil-law/2602-naukovo-praktichniy-komentar-do-st-31-civlnogo-kodeksu-ukrayini.html

[4] Жилинкова И.В. Правовой режим имущества членов семьи. Х. : Ксилон, 2000. С.275.

Виходячи із цього аналізу, ми пропонуємо уточнити поняття дрібного побутового правочину і дати таке його визначення (ч.1 ст. 31 ЦК України): «Під дрібним побутовим правочином слід розуміти правочин, який має побутовий характер, вчиняється систематично, на невелику суму, спрямований на задоволення особистих, матеріальних чи культурних потреб особи і відповідає її фізичному, культурному чи соціальному розвитку».

Ст. 7 Закону України «Про охорону дитинства»[1] містить вказівку на те, що батьки або інші законні представники не мають права без дозволу органу опіки та піклування, наданого відповідно до закону, вчиняти від імені малолітньої дитини правочини, визначені частиною другою статті 177 Сімейного кодексу України.

Відповідно до ч. 2 с. 177 Сімейного кодексу України[2] батьки (усиновлювачі) або опікун малолітньої дитини не мають права без дозволу органу опіки та піклування:

1) відмовитися від прав на майно малолітньої дитини, в тому числі речових прав на нерухоме майно, що підлягають державній реєстрації;

2) видавати письмові зобов'язання від імені малолітньої дитини;

3) вчиняти правочини щодо:

- об'єкта житлової нерухомості та/або земельної ділянки, на якій розміщений такий об'єкт, власником або користувачем яких є малолітня дитина;

- відчуження (у тому числі шляхом міни або внесення (передачі) до статутного (складеного) капіталу (пайового фонду) юридичної особи чи як вступного, членського та/або цільового внеску члена кооперативу), поділу, виділу нерухомого майна, об'єкта незавершеного будівництва, майбутнього об'єкта нерухомості, іншого цінного майна, зокрема транспортних засобів, власником якого є малолітня дитина.

У ст. 71 ЦК України зазначене таке ж положення, але воно стосується лише опікунів. Про батьків у цій статті нічого не сказано. Ми пояснюємо таку ситуацію тим, що ст. 71 ЦК України належить до положень глави 6 ЦК України «Опіка та піклування».

Для правочинів, які батьки вчиняють щодо належного малолітній чи неповнолітній особі майна, важливе значення має безпосередній об'єкт цих правочинів. У зв'язку з цим, особлива увага повинна бути приділена правочинам, об'єктами яких є квартири і житлові будинки, які належать малолітнім і неповнолітнім особам. Це пояснюється, як високою цінністю такого роду

[1] Про охорону дитинства : Закон України від 26.04.2001 р. № 2402-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. №30. Ст.142.

[2] Сімейний кодекс України від 10.01.2002 р. № 2947-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2002. №21. Ст.135.

речей, так і їхніми специфічними споживчими якостями — здатністю задовольняти житлові потреби малолітньої чи неповнолітньої особи. Тобто правочини, спрямовані на відчуження квартир і житлових будинків, які перебувають у власності малолітніх чи неповнолітніх осіб, потребують підвищеної уваги з боку органу опіки та піклування[1].

Так, договори про відчуження та заставу майна, крім випадків, встановлених ст. 38 Закону України «Про іпотеку» посвідчуються за умови подання документів, що підтверджують право власності на майно, що відчужується або заставляється, або за наявності державної реєстрації права власності на таке майно в Державному реєстрі речових прав на нерухоме майно. У разі застави майбутнього майна або створення забезпечувального обтяження в майбутньому майні нотаріусу надаються документи, що підтверджують наявність прав на набуття такого майна у власність у майбутньому (ч.1 ст. 55 Закону України «Про нотаріат»)[2]. Водночас можна говорити і про те, що малолітній чи неповнолітній особі (як і будь-якому іншому власнику) належить право на продаж належної їй квартири (житлового будинку). Але належна реалізація цього права пов'язана з наявністю різного роду обставин, які своєю сукупністю дають підстави для видання дозволу на продаж житла. До них, зокрема, можуть бути віднесені дійсна необхідність продажу житла малолітньої чи неповнолітньої особи; реальна можливість придбання нового житла; відсутність заборони на відчуження житла тощо.

Так, відповідно до п. 66 Порядку провадження органами опіки та піклування діяльності, пов'язаної із захистом прав дитини[3] служба у справах дітей за місцезнаходженням майна надає консультації громадянам з питань підготовки необхідних документів щодо відчуження майна дитини. Для відчуження майна дитини батьки, опікуни або піклувальники подають зазначеній службі такі документи:

- явку кожного з батьків (опікунів, піклувальників);
- копію паспорта громадянина України, тимчасового посвідчення громадянина України, паспортного документа іноземця;
- копію реєстраційного номера облікової картки платника податків (у разі наявності);
- документ, що підтверджує право власності (користування) дитини на відчужуване майно;

[1] Жилинкова И.В. Правовой режим имущества членов семьи. Х. : Ксилон, 2000. С.275.

[2] Про нотаріат : Закон України від 2.09. 1993 р. № 3425-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1993. №39. Ст.383.

[3] Порядок провадження органами опіки та піклування діяльності, пов'язаної із захистом прав дитини : затв. постановою Кабінету Міністрів України від 24 вересня 2008 р. № 866. *Офіційний вісник України*. 2008. №76. Ст.2561.

- витяг з Державного реєстру речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень, виданий відповідно до законодавства;
- копію свідоцтва про народження дитини;
- довідку з місця проживання, про склад сім'ї та реєстрацію або витяг з домової книги;
- копію рішення про встановлення опіки над дитиною (для опікунів, піклувальників);
- копію рішення про встановлення опіки над майном дитини (для опікунів, піклувальників);
- копію свідоцтва про укладення або розірвання шлюбу між батьками дитини (в разі наявності).

А відповідно до п. 67 Порядку провадження органами опіки та піклування діяльності, пов'язаної із захистом прав дитини[1], дозвіл на вчинення правочинів щодо нерухомого майна, право власності на яке або право користування яким має дитина, надається районною, районною у мм. Києві та Севастополі держадміністрацією, виконавчим органом міської, районної у місті (у разі утворення) ради, сільської, селищної ради об'єднаної територіальної громади лише в разі гарантування збереження права на житло дитини.

Л. Я. Бічук підкреслює, що в низці випадків для забезпечення інтересів малолітніх і неповнолітніх осіб нотаріус, посвідчуючи правочин на продаж квартири, обговорює при цьому обов'язок відшкодування батьками вартості належного малолітній чи неповнолітній особі житла у випадку непридбання нового чи вимагають письмової гарантії з боку інших родичів, які мають житло на праві власності, що малолітня чи неповнолітня особа буде забезпечена житловою площею[2]. У теоретичному плані такий варіант дійсно уявлявся найбільш оптимальним. Але його здійснення переважно було неможливим, у зв'язку з відсутністю у батьків засобів на придбання нового житла до продажу старого.

Крім цього, відповідно до ч. 2 ст. 12 Закону України «Про основи соціального захисту бездомних осіб і безпритульних дітей»[3] зменшення або обмеження прав та інтересів дітей під час вчинення будь-яких правочинів щодо житлових приміщень не допускається. Відповідно до ч. 3 ст. 18 Закону України «Про охорону дитинства»[4] органи опіки та піклування зобов'язані

[1] Порядок провадження органами опіки та піклування діяльності, пов'язаної із захистом прав дитини : затв. постановою Кабінету Міністрів України від 24 вересня 2008 р. № 866. *Офіційний вісник України.* 2008. №76. Ст.2561.

[2] Бічук Л. Захист права власності неповнолітнього на нерухоме майно. *Право України.* 1999. №6. С.86.

[3] Про основи соціального захисту бездомних осіб і безпритульних дітей : Закон України від 02.06.2005 р. № 2623-IV. Відомості Верховної Ради України. 2005. №26. Ст.354.

[4] Про охорону дитинства : Закон України від 26.04.2001 р. № 2402-III. *Відомості Верховної Ради України.* 2001. №30. Ст.142.

здійснювати контроль за додержанням батьками або особами, які їх замінюють, майнових та житлових прав дітей при відчуженні жилих приміщень та купівлі нового житла.

Щодо цього Л. Красицька та Г. Забарний зазначають, що тлумачення мовного виразу «та купівлі нового житла» надає підстави для висновку, що органи опіки та піклування зобов'язані здійснювати контроль за дотриманням майнових та житлових прав дітей при відчуженні «старого» житла дитини та купівлі «нового» (у значенні не новобудови, а іншого) житла дитини[1].

Водночас судовою практикою вироблено підхід, що сама лише відсутність дозволу органу опіки та піклування не є безумовною підставою, для нікчемності правочину, якщо правочин, що вчиняється батьками (усиновлювачами), не суперечить правам та інтересам їхніх малолітніх чи неповнолітніх дітей. Так, 20.01.2016 р. Верховний Суд України у постанові по справі № 6-2940ц15 зазначив, що вчинення батьками малолітньої дитини певного правочину за відсутності попереднього дозволу органу опіки та піклування порушує установлену ст. 177 СК України заборону. Проте сам по собі цей факт не є безумовним підтвердженням наявності підстав для визнання правочину недійсним. Правочин може бути визнаний недійсним, якщо його вчинення батьками без попереднього дозволу органу опіки та піклування призвело до порушення права особи, в інтересах якої пред'явлений позов, тобто до звуження обсягу існуючих майнових прав дитини та/або порушення охоронюваних законом інтересів дитини, зменшення або обмеження прав та інтересів дитини щодо жилого приміщення[2].

Часто батьки, вирішуючи питання про придбання житла за новим місцем проживання, при вчиненні відповідних правочинів не включають малолітніх чи неповнолітніх осіб у коло співвласників, тоді коли правочин вчиняється за гроші, отримані за житло, яке належало на праві спільної власності як батькам, так і їхнім дітям за місцем колишнього проживання, та не дотримуються обов'язкової нотаріальної форми. Крім того, опитування таких батьків у більшості випадків показало, що вони не включають своїх дітей у число співвласників, оскільки не вважають це за необхідне[3].

На практиці також виникають питання про захист майнових інтересів малолітніх і неповнолітніх осіб у випадку поділу житлового будинку, коли між

[1] Красицька Л., Забарний Г. Науково-правовий висновок щодо дозволу органу опіки та піклування на вчинення батьками малолітньої дитини правочинів щодо її майнових прав та надання згоди батьками на вчинення неповнолітньою дитиною правочинів щодо її майнових прав (частини 2, 3 ст. 177 СК України). *МЕН*. 2016. № 4 (88). С.82.

[2] Постанова Верховного Суду України від 20.06. 2016 р. по справі № 6-2940ц15. URL : https://protocol.ua/ua/postanova_vsu_vid_20_01_2016_roku_u_spravi_6_2940ts15/

[3] Бічук Л. Захист права власності неповнолітнього на нерухоме майно. *Право України.* 1999. №6. С.85.

батьками розривається шлюб. Відповідно до ч. 3 ст. 173 СК України при вирішенні спору між батьками та малолітніми, неповнолітніми дітьми, які спільно проживають, щодо належності їм майна вважається, що воно є власністю батьків, якщо інше не встановлено судом.

Ю. Друзь звертає увагу на те, що при поділі майна подружжя, яке має дитину, остання не отримує у свою власність жодного майна, оскільки воно вважається власністю батьків. За рахунок дитини, а точніше — встановленого права опіки над нею, може бути збільшена частка в майні того з батьків, котрий здійснюватиме цю опіку[1].

Також потрібно звернути увагу на те, що попередній дозвіл органу опіки при відчуженні нерухомого майна, право власності/користування яким має дитина, має надаватися лише, коли власниками відчужуваного майна є батьки (особи, які їх замінюють), або при укладенні від її імені. З цього приводу слід згадати постанову Верховного Суду від 8. ц06. 2021 р. по справі № 607/8145/18. Фабула судового акта: мати, діючи в інтересах неповнолітнього сина, звернулася до суду з позовом про визнання недійсним договору купівлі-продажу житлового будинку з надвірними будівлями і спорудами, укладеного між бабусею та третьою особою, а також просила визнання недійсним договору купівлі-продажу цього ж житлового будинку з надвірними будівлями і спорудами, укладеного вже між третьою особою та новим покупцем. Позивач просила зобов'язати нового покупця (актуального власника) повернути в натурі нерухоме майно.

Позов обґрунтовувала тим, що на час укладення її матір'ю оспорюваного договору №1, вона, її неповнолітній син та інші члени сім'ї, проживали в цьому будинку. Після того новий власник фактично змусив їх виселитися з будинку. З того часу вона та її син позбавлені права користування зазначеним будинком та змушені тимчасово проживати в будинку друзів. Вказувала, що зазначений договір купівлі-продажу №1 вчинено без дозволу органу опіки та піклування, наданого відповідно до закону на укладення такого договору, що позбавляє неповнолітнього права на проживання в житловому будинку, який для нього був єдиним постійним місцем проживання від народження, вчинено в порушення вимог чинного законодавства, спрямованого на захист законних прав та інтересів дітей, а тому просила визнати його недійсним з підстав, передбачених ст. 203 ЦК України. А подальше відчуження спірного будинку за договором №2 також є незаконним, оскільки його вчинення стало можливим внаслідок незаконного укладення договору купівлі-продажу №1.

[1] Друзь Ю. Коли є що ділити: роль дітей у майнових спорах подружжя. Дзеркало тижня. URL : https://zn.ua/ukr/family/koli-ye-scho-diliti-rol-ditey-u-maynovih-sporah-podruzhzhya-273016_.html

Рішенням суду першої інстанції, з яким погодився суд апеляційної інстанції, їй у позові відмовлено — зазначено, що інтереси неповнолітнього не були порушені, а тому відсутні правові підстави для визнання їх недійсними. Позивач подала касаційну скаргу.

ВС КЦС залишив касаційну скаргу без задоволення, а рішення судів попередніх інстанцій без змін. ВС КЦС мотивував таким: За змістом ст.ст.17, 18 Закону України «Про охорону дитинства», ст.177 СК України дбати про збереження та використання майна дитини в її інтересах — обов'язок батьків. З метою гарантування декларованого державою пріоритету інтересів дитини закон передбачає додаткові засоби контролю з боку держави за належним виконанням батьками своїх обов'язків, установлюючи заборону для батьків малолітньої дитини вчиняти певні правочини щодо її майнових прав без попереднього дозволу органу опіки та піклування.

Отже, системний аналіз ст.12 Закону України «Про основи соціального захисту бездомних осіб і безпритульних дітей», ст.17 Закону України «Про охорону дитинства» дає підстави для висновку про те, що попередній дозвіл органу опіки та піклування при відчуженні нерухомого майна, право власності на яке або право користування яким, в разі використання його як житла, має дитина, надається лише в разі, коли власниками відчужуваного майна є батьки або особи, які їх замінюють, а також коли останні укладають угоди від імені неповнолітніх.

Чинним законодавством не передбачено обмежень при реалізації права власника на розпорядження майном залежно від того, чи мають право на користування ним інші особи, зокрема, малолітні, якщо власник не є їхнім батьком (матір'ю) або ж особою, яка замінює останніх[1].

Відповідно до абзацу 2 ч.6 ст.177 СК України на вчинення одним із батьків правочинів щодо транспортних засобів та нерухомого майна малолітньої дитини повинна бути письмова нотаріально засвідчена згода другого з батьків. А відповідно до абзацу 3 ч.6 ст.177 СК України якщо той з батьків, хто проживає окремо від дитини протягом не менш як шість місяців, не бере участі у вихованні та утриманні дитини або якщо місце його проживання не відоме, правочини, зазначені в абзаці другому цієї частини, можуть бути вчинені без його згоди. Тут, на нашу думку, доречно навести таку справу: 25.03.2020 р. в справі №303/3121/18 Верховний Суд у складі колегії суддів Другої судової палати постановив залишити без задоволення позов матері малолітньої дитини, яка просила усунути їй та її малолітній дитині перешкоди у здійсненні права користування та розпорядження власністю через визнання відповідача

[1] Постанова Верховного Суду України від 8.06. 2021 р. по справі № 607/8145/18, провадження № 61-6249св20. URL : https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/97565680

(батька малолітньої дитини) таким, що втратив право на користування житловим будинком, та надати їй дозвіл на продаж домоволодіння й земельної ділянки від імені власника, малолітньої дочки, без згоди батька. Судом першої інстанції позов було задоволено, рішення мотивоване тим, що відповідач не проживає в зазначеному будинку з 2015 р., а отже, наявні підстави для визнання його таким, що втратив право на користування житловим будинком; і його згоди не реалізацію цього правочину не потрібно. Відповідач (батько дитини) звернувся з апеляційною скаргою, мотивувавши її тим, що не проживає у спірному будинку тимчасово й із поважних причин, оскільки не бажає спричиняти моральні страждання дитині, через постійні сварки з позивачкою. До того ж, у будинку містяться його речі, а він сам не має іншого житла. Апеляційний суд задовольнив скаргу відповідача, обґрунтувавши рішення тим, що відповідно до ст.ст. 9, 156, 157 ЖК УРСР сам факт припинення сімейних відносин із позивачкою не позбавляє відповідача права користуватися житлом. Більше того, якщо співвласницею житла є його малолітня донька, яку він зобов'язаний утримувати, як і зобов'язаний брати участь у її вихованні. Окрім іншого, в матеріалах справи відсутні належні та допустимі докази того, що малолітня дитина після продажу належної їй частини домоволодіння буде забезпечена іншим житлом, рівноцінним тому, що наразі їй належить за правом власності. Позивачка (мати дитини) подала касаційну скаргу, проте Верховний Суд підтримав рішення, ухвалене судом апеляційної інстанції[1].

Щодо правових наслідків відсутності дозволу органу опіки та піклування на заставу житла, право власності або право користування яким має малолітня чи неповнолітня особа, мова йде, зокрема, у постанові Верховного Суду України від 1.07.2015 р. у справі № 6-396ц15 про визнання недійсним договору іпотеки, у якій заначено, що відсутність попередньої згоди органу опіки та піклування на здійснення будь-якого правочину стосовно нерухомого майна, право власності або користування яким мають діти, є підставою для визнання такого правочину недійсним[2].

Відповідно до абзацу 2 п. 4.8. Правил опіки та піклування[3] батьки не мають права зобов'язувати себе від імені неповнолітнього порукою. На укладення договору застави в законі заборони немає, хоча він, як і порука, є видом забезпечення зобов'язання. Саме з урахуванням останнього фактору орган опіки та

[1] Постанова Верховного Суду від 25 березня 2020 року в справі № 303/3121/18, провадження №61-11610св19. URL: https:// zakononline.com.ua/court-decisions/ show/88574874

[2] Постанова Верховного Суду України від 1.07.2015 р. по справі № 6-396ц15. URL: https://protocol.ua/ru/postanova_vsu_vid_01_07_2015_roku_u_spravi_6_396ts15/

[3] Правила опіки та піклування: затв. наказом Державного комітету України у справах сім'ї та молоді, Міністерства освіти України, Міністерства охорони здоров'я України, Міністерства праці та соціальної політики України від 26.05.99 р. № 34/166/131/88. *Офіційний вісник України.* 1999. №26. Ст.1252.

піклування уникає видання дозволу на заставу квартири, так як забезпечене заставою зобов'язання може бути за тих чи тих причин не виконане.

Відповідно до ч.1 ст.405 ЦК України визначено, що члени сім'ї власника житла, які проживають спільно, мають право користування ним відповідно до закону. За змістом цієї статті, право членів сім'ї власника будинку користуватися жилим приміщенням може виникнути та існувати лише за наявності права власності на будинок в особи, членами сім'ї якої вони є; з припиненням права власності особи втрачається й право користування жилим приміщенням у членів його сім'ї. Вирішуючи спори щодо захисту прав дітей під час укладення договорів іпотеки, суди повинні в кожному конкретному випадку перевіряти право користування житловим приміщенням дитиною, яке може ґрунтуватися на документальній підставі та законодавчо. За змістом ч.6 ст.203, ч.1 ст.215 ЦК України, правочин, що вчиняється батьками (усиновлювачами) й суперечить правам та інтересам їхніх малолітніх, неповнолітніх чи непрацездатних дітей, може бути визнаний судом недійсним. Такий правочин є оспорюваним[1]. Також слід звернути увагу на те, що якщо дитина проживає в житловому будинку (квартирі), що належить за правом приватної власності її батькам або одному з них, вона набуває права користування цим житлом (сервітут). Такий сервітут установлюється законом, тому для його виникнення не потрібно укладення батьками та дітьми спеціального договору про користування житлом (ч.1 ст.402 ЦК України)[2].

Так, відповідно до ч.2 ст.40 Закону України «Про іпотеку»[3] після прийняття рішення про звернення стягнення на передані в іпотеку житловий будинок чи житлове приміщення шляхом позасудового врегулювання на підставі договору всі мешканці зобов'язані на письмову вимогу іпотекодержателя або нового власника добровільно звільнити житловий будинок чи житлове приміщення протягом одного місяця з дня отримання цієї вимоги. Якщо мешканці не звільняють житловий будинок або житлове приміщення у встановлений або інший погоджений сторонами строк добровільно, їх примусове виселення здійснюється на підставі рішення суду.

Слід також звернути увагу на те, що дозвіл органу опіки і піклування необхідний лише при укладенні договору іпотеки, а при реалізації предмета іпотеки на електронних торгах — ні. У постанові від 15.05.2019 р. по справі №678/301/12 Велика Палата Верховного Суду розглядала питання реалізації

[1] Божко Ю. Коли відсутність дозволу органів опіки і піклування стає підставою для визнання правочину недійсним. *Закон і Бізнес*. URL: https://zib.com.ua/ua/128231.html

[2] Розгон О. Право дитини на місце проживання та механізм його здійснення. *Юридичний радник*. 2012.№5 (65). URL : http://yurradnik.com.ua/stati/d0-bf-d1-80

[3] Про іпотеку : Закон України від 05.06.2003 р. № 898-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. №38. Ст.313.

предмету іпотеки на електронних торгах із зареєстрованими дітьми. Позивач аргументував свою позицію тим, що торги відбувалися із зареєстрованими дітьми, а оскільки виконавець не отримав дозволу органу опіки та піклування, то реалізація майна на торгах є недійсною. Колегія судді прийшла до висновку, що реалізація майна на торгах прирівнюється до укладення договору купівлі-продажу, результати торгів можуть бути визнані недійсними в судовому порядку. Проте суд не знайшов факту порушення виконавцем прав та законних інтересів зареєстрованої дитини. Судді зазначили, що «судом апеляційної інстанції обґрунтовано зазначено про відсутність порушення ст.ст. 17, 18 Закону України «Про охорону дитинства», ст. 12 Закону України «Про основи соціального захисту бездомних громадян і безпритульних дітей», внаслідок проведення прилюдних торгів та продажу предмета іпотеки, оскільки за змістом зазначених норм дозвіл органу опіки та піклування на відчуження житлового приміщення, право користування яким мають неповнолітні, необхідний на момент укладення договору іпотеки»[1].

Такий же висновок міститься і в постанові Верховного Суду України від 2.10.2019 р. по справі №754/15589/14-ц, відповідно до якого звернення стягнення на предмет іпотеки за рішенням суду є кінцевою стадією виконання рішення суду, а тому попередній дозвіл органу опіки та піклування на відчуження квартири, право користування якою належить дитині, законом не вимагається. Така згода потрібна при укладенні договору іпотеки, якщо предметом іпотеки мають право користуватись чи володіти діти, а не при виконанні рішення суду про звернення стягнення на предмет іпотеки, коли дії з реєстрації місця проживання дітей вчинені без згоди іпотекодержателя після укладення договору іпотеки (наприклад, реєстрація неповнолітньої дитини в житловому будинку, народження дитини після укладення договору іпотеки). Скасовуючи рішення попередніх інстанцій, Верховний Суд зробив висновок, що суди попередніх інстанцій не врахували, що на виконанні перебував виконавчий лист, виданий на виконання рішення суду, яким вирішено спір та звернуто стягнення на предмет іпотеки, визначено спосіб реалізації предмета іпотеки, а тому наявність чи відсутність згоди органу опіки та піклування на примусову реалізацію предмета іпотеки не може перешкоджати виконанню судового рішення[2].

Крім цього, слід зазначити, що факт непроживання дитини у спірній квартирі/будинку не є безумовною підставою для позбавлення її права користування цим житлом. 03.04.2019 р. Верховний Суд у складі колегії суддів

[1] Постанова Великої Палати Верховного Суду від 15.05. 2019 р. у справі № 678/301/12, провадження № 14-624цс18. URL : https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/82095825

[2] Постанова Верховного Суду України від 2.10.2019 року по справі № 754/15589/14-ц провадження № 61-3066св19. URL : https://reyestr.court.gov.ua/Review/84845583

Першої судової палати Касаційного цивільного суду розглянув у порядку спрощеного позовного провадження справу за позовом про позбавлення права користування квартирою і усунення перешкод у здійсненні власником права користування та розпорядження своїм майном. Суд встановив, що позивачі є співвласниками квартири, у якій зареєстровано спільну дочку позивача та відповідача, які перебували у шлюбі. Після розірвання шлюбу дитина у квартирі не проживає, а проживає разом з матір'ю у належній їй на праві власності квартирі за іншою адресою. Позивачі просили позбавити неповнолітню права користування квартирою та усунути перешкоди в користуванні і розпорядженні їхньою власністю шляхом зняття з реєстрації неповнолітньої дитини та реєстрації її за місцем проживання матері. За результатами розгляду, Верховний Суд прийняв постанову, в якій зазначив таке. Проживання дитини за місцем проживання своєї матері не є підставою для втрати права користування житлом за місцем проживання батька, оскільки він має рівні з матір'ю права та обов'язки щодо дитини, зокрема щодо забезпечення її права на користування житлом, власником якого він є. Дитина належить до сім'ї своїх батьків і тоді, коли спільно з ними не проживає (ч. 2 ст. 3 СК України). Малолітня дитина не може самостійно обирати місце проживання, тому факт її непроживання у спірній квартирі не є безумовною підставою для позбавлення її права користування цим житлом. Відповідно до ч. 2 ст. 18 Закону України «Про охорону дитинства» діти-члени сім'ї наймача або власника житлового приміщення мають право користуватися займаним приміщенням нарівні з власником або наймачем. Суди попередніх інстанцій дійшли правильного висновку про відсутність підстав для визнання відповідача такою, що втратила право користування спірним житловим приміщенням, оскільки дитина зареєстрована у спірному будинку зі згоди позивача, а позивач, у свою чергу, не надав належних та допустимих доказів на підтвердження того, що реєстрація дитини спричиняє перешкоди в користуванні належним позивачу житловим приміщенням. Непроживання батька дитини у спірній квартирі із січня 2014 року не може бути підставою для зняття з реєстрації у вказаній квартирі його дитини, а право малолітньої дитини на користування житловим приміщенням надасть їй у майбутньому можливість визначити своє місце проживання самостійно відповідно до ч. 4 ст. 29 ЦК України[1].

Також малолітня особа не втрачає право користування житлом за будь-яких обставин: ні внаслідок тимчасової відсутності понад шість місяців, відповідно до ст. 71 ЖК України, ні внаслідок вибуття (ст. 107 ЖК України)[2].

[1] Верховний Суд України. Огляд практики Касаційного цивільного суду у складі Верховного Суду. URL : https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/Oglyad_KCS_viselennya.pdf

[2] Житловий кодекс України від 30.06.1983 р. № 5464-X. *Відомості Верховної Ради УРСР.* 1983. №28. Ст.573.

Як приклад, можна навести постанову Верховного Суду України від 9.09.2020 р. по справі № 755/16152/16-ц. По цій справі зареєстрована у квартирі мати з двома дітьми вже декілька років фактично мешкає з чоловіком за кордоном, проте бореться за свої права проживання та права проживання дітей. Її сестра — позивач звернулася до суду із позовом про визнання дітей таким, що втратили право проживання у квартирі і суд першої інстанції, з яким погодився суд апеляційної інстанції, керуючись ст. ст. 71, 72 ЖК України, такий позов задовільнив.

Проте суд касаційної інстанції скасував ці рішення і направи справу на новий розгляд до суду першої інстанції.

Верховний Суд підкреслив, що існують дві окремі підстави для позову про визнання особи такою, що втратила право на проживання.

Так, на підставі ст. 71 ЖК України, коли встановлюється факт тимчасової відсутності особи в жилому приміщенні понад шість місяців без наявності поважних причин (за винятком вказаних у цій статті випадків). Важливо, що процесуальний закон покладає обов'язок довести факт відсутності особи понад шість місяців на позивача, а поважність причин такої відсутності на відповідача. У цій справі факт тимчасової відсутності відповідача та її дітей підтверджувався Актом про непроживання, засвідченими начальником ЖЕКу.

Проте, що стосується малолітніх дітей, то ВС вважає, що оскільки діти не можуть самостійно визначати своє місце проживання, то факт їх непроживання у жилому приміщенні не є безумовною підставою про визнання їх такими, що втратили право користування житлом. Іншими словами, на підставі ст. ст. 71 та 72 ЖК України малолітніх дітей виселити з житла неможливо.

Також, на підставі ст. 107 ЖК України, коли особа вибуває на постійне проживання до іншого населеного пункту чи в інше жиле приміщення в тому ж населеному пункті, і відбувається розірвання договору найму (за ініціативою наймача). Тут ВС підкреслює, що факт вибуття з жилого приміщення та набуття малолітніми дітьми права власності або права користування іншим жилим приміщенням повинен доводитися позивачем, і це є його процесуальним обов'язком. За таким підходом відповідачу навіть за наявності в дитини у власності нерухомості достатньо про це промовчати, і в позові буде відмовлено. У цій справі позивач не зміг надати суду докази із-за кордону про місце проживання дітей (окрім віз у паспортах), а суд не вважав за потрібне ці відомості витребувати у відповідача. Суд прийняв просту заяву відповідача про те, що діти іншого житла не мають, а термін дії візи у 5 років підтверджує, на думку суду, тимчасовий характер непроживання. ВС також зазначив, що на підтвердження вибуття суд може брати до уваги будь-які фактичні дані, які свідчать про обрання стороною іншого постійного місця проживання

(повідомлення про це в листах, розписках, переадресація кореспонденції, утворення сім'ї в іншому місці, перевезення майна в інше жиле приміщення, виїзд в інший населений пункт, укладення трудового договору на невизначений строк тощо). Проте такі фактичні дані не можуть стосуватися дітей внаслідок їхньої часткової цивільної дієздатності. Несплата дитиною комунальних послуг також не є підставою для визнання її такою, що втратила право на користування жилим приміщенням[1].

Звичайно, що єдиного способу захисту майнових прав малолітніх і неповнолітніх осіб у випадку вчинення правочинів, право власності або користування яким мають малолітні або неповнолітні, немає. У кожному конкретному випадку нотаріус і орган опіки та піклування повинні ретельно вивчати ситуацію, яка складається, адже законодавство передбачає конкретні правові механізми забезпечення майнових прав та інтересів малолітніх і неповнолітніх осіб, відповідно до вчиненого правопорушення.

Також права малолітніх і неповнолітніх можуть порушуватися і при приватизації майна. Так, відповідно до ч.1 ст.1 Закону України «Про приватизацію державного житлового фонду»[2] приватизація державного житлового фонду — це відчуження квартир (будинків), житлових приміщень у гуртожитках, призначених для проживання сімей та одиноких осіб, кімнат у квартирах та одноквартирних будинках, де мешкають два і більше наймачів, та належних до них господарських споруд і приміщень (підвалів, сараїв і т. ін.) державного житлового фонду на користь громадян України.

Зокрема, відповідно до ч.2 ст.8 Закону України «Про приватизацію державного житлового фонду», передача квартир (будинків), житлових приміщень у гуртожитках здійснюється у спільну сумісну або часткову власність за письмовою згодою всіх повнолітніх членів сім'ї, які постійно мешкають у цій квартирі (будинку), житловому приміщенні у гуртожитку, в тому числі тимчасово відсутніх, за якими зберігається право на житло, з обов'язковим визначенням уповноваженого власника квартири (будинку), житлового приміщення у гуртожитку. Прикладом порушення необхідності наявності такої письмової згоди може стати така справа. У липні 2014 р. Особа 1 звернулась до суду з позовом про визнання недійсним та скасування наказу про приватизацію квартири й свідоцтва про право власності на квартиру, визнання договору міни та договору дарування недійсними, скасування реєстрації права власності. Свої вимоги мотивувала тим, що у 1997р. вона зареєструвала шлюб з

[1] Постанова Верховного Суду України від 9.09. 2020 р. по справі № 755/16152/16-ц., провадження № 61-11414св19 URL : https://protocol.ua/ua/postanova_ktss_vp_vid_17_09_2020_roku_u_spravi_755_16152_16_ts/

[2] Про приватизацію державного житлового фонду : Закон України від 19.06.1992 р. № 2482-XII. *Відомості Верховної Ради України.* 1992. №36. Ст.524.

Особа 2, після чого почала проживати з чоловіком у квартирі. Від цього шлюбу вони мають двох дітей. Наказом Мукачівського міського комунального підприємства «Закарпатекотранс» від 20.04.2010 р. спірну квартиру в порядку приватизації було передано у власність Особа 2 без її згоди як члена сім'ї, який має право на це житло. Крім того, разом з ними проживали неповнолітні діти, яких також було позбавлено права на приватизацію квартири. Після приватизації квартири Особа 2 19.08.2012 р. уклав з Особа 3 договір міни спірної квартири. Внаслідок цього, Особа 1 просила договір визнати недійсним, оскільки він укладений, без згоди органу опіки та піклування та порушує права неповнолітніх дітей. Крім того, Особа 3 11.07.2013 р. уклала договір дарування спірної квартири з Особа 4. У зв'язку з тим, що договір міни визнається недійсним, то і договір дарування також має бути визнаний недійсним. Рішенням Мукачівського міськрайонного суду Закарпатської області від 29.12.2014 р., залишеним без змін ухвалою апеляційного суду Закарпатської області від 13.03.2015 р., позов ОСОБА 1 задоволено частково. Визнано недійсним та скасовано наказ Мукачівського міського комунального підприємства «Закарпатекотранс» від 20.04.2010 р. та свідоцтво про право власності на квартиру від 20.04.2010 р., видане на ім'я Особа 2. Визнано недійсним договір міни. У задоволенні решти позовних вимог відмовлено. Частково задовольняючи позов, суд першої інстанції, з яким погодився й апеляційний суд, виходив із того, що при здійсненні приватизації спірної квартири були порушені вимоги законодавства України та права дітей на участь у приватизації спірної квартири, що позбавило їх права на частку у праві власності на квартиру[1].

Відповідно до ч.1 ст. 355 ЦК України майно, що є у власності двох або більше осіб (співвласників), належить їм на праві спільної власності (спільне майно). А у ч. 2 ст. 356 та ч. 2 ст. 368 ЦК України зазначається, що суб'єктами права спільної власності можуть бути, зокрема, фізичні особи. Також, відповідно до ч.1 ст. 175 СК України, майно, набуте батьками і дітьми за рахунок їхньої спільної праці чи спільних коштів, належить їм на праві спільної сумісної власності. Так, у ч.1 ст. 369 ЦК України зазначається, що співвласники майна, що є у спільній сумісній власності, володіють і користуються ним спільно, якщо інше не встановлено домовленістю між ними. Щодо розпорядження майном, що належить дитині на праві спільної сумісної власності, діють загальні правила. Якщо дитина є малолітньою (до 14 років), то від її імені виступають її батьки. При цьому вони діють лише в межах, встановлених законодавством (ч.ч. 2 – 5 ст. 177 СК України). Якщо дитина є неповнолітньою (від 14 до 18 років) і не має повного обсягу цивільної дієздатності, то вона

[1] Ухвала Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ по справі № 6-12055св15. URL : https://reyestr.court.gov.ua/Review/46045440

укладає правочини щодо розпорядження спільним майном за згодою батьків, а у випадках, передбачених законом, — з дозволу органу опіки та піклування (ч.ч. 2, 4 ст 32 ЦК України). Також, відповідно до ч. 4 ст. 177 СК України, дозвіл на вчинення правочинів щодо нерухомого майна дитини надається органом опіки та піклування після перевірки, що проводиться протягом одного місяця, і лише в разі гарантування збереження права дитини на житло.

Ще одним питанням є забезпечення виконання зобов'язання батьків, шляхом сплати неустойки. Предметом неустойки, відповідно до ч. 1 ст. 551 ЦК України, може бути грошова сума, рухоме або нерухоме майно. У такому випадку можуть постраждати інтереси малолітніх і неповнолітніх осіб, оскільки є можливість того, що сплачувати неустойку батьки будуть за рахунок майна, яке належить малолітнім чи неповнолітнім особам, тим самим позбавляючи їх певних матеріальних благ.

Наділення особи майном на праві власності дає власнику не лише можливість користуватися корисними якостями речі, отримувати плоди, доходи, які вона приносить, отримувати іншу вигоду, але також і нести витрати, пов'язані із забезпеченням належного функціонування речі.

У законодавстві повинні бути розроблені спеціальні правила, які б регламентували можливість відмови від майна, власником якого стане малолітня чи неповнолітня особа в результаті вчинення тих чи інших правочинів, якщо через таку відмову майнові інтереси малолітньої чи неповнолітньої особи не будуть порушені.

Водночас виникає питання і про те, чи можуть батьки самі відмовитися від прийняття речі, яка передається малолітній чи неповнолітній особі за правочином, якщо правочин виходить за межі дрібного побутового. На наш погляд, відповідь на це запитання має бути позитивною. Основною умовою при цьому, звичайно, є відповідність такого рішення інтересам малолітньої чи неповнолітньої особи, оскільки, наприклад, за договором дарування може бути встановлений обов'язок для неповнолітньої особи як обдаровуваного на користь третьої особи (ч. 1 ст. 725 ЦК України), який остання повинна буде виконати, але в силу відсутності повної цивільної дієздатності не зможе виконати. Однак деколи батьки відмовляються від прийняття майна, яке передається в дарунок малолітній чи неповнолітній особі, задовольняючи свої особисті амбіції, керуючись при цьому власними бажаннями: «насолити» колишньому чоловікові чи дружині; приховати від них факт потреби малолітньої чи неповнолітньої особи в тих чи тих речах; не допустити спілкування баби, діда чи інших родичів з малолітнім чи неповнолітнім тощо.

Актуальним сьогодні стає також питання про передачу житлового приміщення, власником (співвласником) якого є малолітня чи неповнолітня особа,

третім особам за договором оренди. Це питання, як і в усіх інших випадках, повинно вирішуватись, виходячи з інтересів малолітньої чи неповнолітньої особи. Якщо такі інтереси найкращим чином забезпечуються передачею майна за договором оренди, то питання повинно бути вирішене позитивно[1]. При цьому засоби, отримані орендодавцем, повинні використовуватись на утримання малолітньої чи неповнолітньої особи, а також сплату комунальних послуг. На це орієнтує і п. 6.4. Правил опіки та піклування.

Щодо видачі батьками письмових зобов'язань від імені дитини та відмови від майнових прав дитини. Такі дії батьки можуть здійснювати лише з дозволу органу опіки та піклування. Інколи при укладенні правочинів батьки видають письмові зобов'язання від імені дитини. Головне, щоб при цьому вони діяли лише в її інтересах. Наприклад, батьки укладають договір купівлі-продажу належного дитині автомобіля, за яким вони видають від імені дитини письмове зобов'язання щодо передачі речі покупцеві (взамін одержання грошей). З дозволу органу опіки та піклування батьки можуть відмовитися від майнових прав, що належать дитині. Інколи такі випадки прямо передбачені в законі. Так, відповідно до ч. 4 ст. 1273 ЦК України батьки можуть відмовитися від прийняття спадщини, належної малолітній дитині[2].

До кола правочинів, на вчинення яких законом встановлена абсолютна заборона, належить дарування батьками (усиновлювачами), опікуном майна, яке належить малолітній чи неповнолітній особі (ч. 2 ст. 720 ЦК України). З урахуванням цього, можна зробити висновок про те, що заборона встановлюється щодо будь-якого майна, яке належить малолітній чи неповнолітній особі, в тому числі і того, правочини з яким можуть бути віднесені до побутових. Але в процесі управління майном батьки (усиновлювачі), опікун чи піклувальник нерідко дарують належні малолітній чи неповнолітній особі речі іншим особам без будь-якого порушення її інтересів (наприклад, дарування одягу, іграшок, інших речей, якими малолітній чи неповнолітній більше не користується). З урахуванням цього, правило про заборону дарування майна малолітньої чи неповнолітньої особи не повинно бути настільком категоричним. Воно може поширюватися лише на те майно малолітніх чи неповнолітніх осіб, правочини з яким виходять за межі побутових.

У зв'язку з цим, хотілося б проаналізувати ч. 1 ст. 71 ЦК України, в якій міститься заборона для опікуна, на вчинення певних правочинів, без дозволу органу опіки та піклування. У ч. 1 ст. 72 ЦК України зазначається, що опікун

[1] Жилинкова И.В. Правовой режим имущества членов семьи. Х. : Ксилон, 2000. С.280.

[2] Щодо захисту житлових (майнових) прав дітей : лист Державного департаменту з усиновлення та захисту прав дитини від 23.06.2010 р. N 4.1/6-49/3248. URL : https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v3248632-10#Text

зобов'язаний дбати про збереження та використання майна підопічного в його інтересах. Дотримуючись тексту Закону, робимо висновок, що опікун не може вчиняти правочини, які порушують інтереси малолітньої особи. Ступінь порушення в цьому випадку не має значення. Достатньо встановити факт порушення майнових прав малолітньої особи.

Відповідно до абзацу 1 ч.1 ст.177 СК України батьки управляють майном, належним малолітній дитині, без спеціального на те повноваження. Батьки зобов'язані дбати про збереження та використання майна дитини в її інтересах.

О. П. Коваль звертає увагу на те, що при здійсненні дій щодо управління майном, батьки фактично здійснюють ті дії, які б мав здійснювати власник майна самостійно. Отже, здійснюючи володіння, користування та розпорядження майном дитини, батьки мають діяти лише в інтересах та на користь дитини[1].

І. Жилінкова звертає увагу на те, що юридична кваліфікація дій батьків щодо управління майном дітей має подвійну природу. У відносинах з усіма третіми особами управління майном дитини є правом батьків, тоді як стосовно дітей воно перетворюється в обов'язок з належного управління їхнім майном[2].

У зв'язку з тим, що батьки наділені рівними правами в процесі управління майном малолітньої чи неповнолітньої особи, особливого значення набуває питання про координацію їхніх зусиль, про їхню взаємодію в процесі реалізації цього права та про врахування думки малолітньої дитини щодо способів управління її майном.

З. В. Ромовська визначає управління майном як комплекс дій, спрямованих, насамперед, на його збереження, забезпечення можливості користування ним самим власником або іншою особою, а в окремих випадках — у можливості одержання доходу[3].

У ч. 5 ст.177 СК України зазначено, що батьки вирішують питання управління майном дитини спільно. Спори, які виникають між батьками щодо управління майном дитини, можуть вирішуватися органом опіки та піклування. Крім того, кожний із батьків має право звернутися за розглядом спору до суду. У взаємовідносинах батьків з третіми особами щодо відчуження майна малолітнього чи неповнолітнього або передачі його в користування і

[1] Коваль О.П. Управління майновими правами дітей за цивільним та сімейним законодавством. *Держава і право*. 2010. Випуск 49. С.316.

[2] Жилінкова І. Науково-правовий висновок щодо співвідношення понять «управління майном дитини» за СК України та «розпорядження майном» за ЦК України. *Юридичний Радник*. 2008. URL : http://yurradnik.com.ua/vis_

[3] Ромовська З.В. Сімейний кодекс України : Науково-практичний коментар. 2-ге вид., перероб. и доп. К.: Видавничий Дім «Ін юре», 2006. С.375.

володіння цим особам, взаємна згода батьків передбачається. Але у випадку, якщо один із батьків діяв без згоди іншого, то останній може звернутися до суду з вимогою про визнання правочину недійсним. Єдине доповнення може бути зроблене щодо причин, які спонукають одного із батьків звернутися до суду з вимогою про визнання правочину недійсним. Із змісту статті випливає, що для цього є достатнім сам факт вчинення правочину одним з батьків без згоди іншого. Ми підтримуємо думку І. В. Жилінкової, що цього не достатньо. Правочин не може бути визнаний недійсним на тій лише підставі, що він вчинений одним із батьків наперекір волі іншого. Обов'язковою умовою визнання правочину недійсним повинно бути порушення майнових прав та інтересів малолітньої особи (загроза порушення цих прав), яке виникло в результаті його вчинення. Тільки за наявності цих двох умов правочин може бути визнаний недійсним. Інакше практично будь-який правочин, укладений з майном малолітньої особи, може бути визнаний недійсним за позовом одного із батьків на тій лише підставі, що він не давав своєї згоди на його вчинення, навіть у тому випадку, коли інтереси малолітньої особи в результаті цього правочину не постраждали[1]. Тому ми пропонуємо уточнити абзац 1 ч. 6 ст. 177 СК України і викласти його в такій редакції: «При вчиненні одним із батьків правочинів щодо майна малолітньої дитини вважається, що він діє за згодою другого з батьків. Другий з батьків має право звернутися до суду з вимогою про визнання правочину недійсним, який укладеного без його згоди, а також, якщо цей правочин порушує права малолітньої дитини».

Наступною нормою, яка покликана захищати права малолітньої дитини при здійсненні управління майном, що належить їй на праві власності, є абзац 2 ч. 1 ст. 177 СК України, де зазначено, що якщо малолітня дитина може самостійно визначити свої потреби та інтереси, батьки здійснюють управління її майном, враховуючи такі потреби та інтереси. З теоретичного погляду, таке положення є правильним. Але, як зазначає І. В. Жилінкова, на практиці постає питання щодо форми визначення та закріплення «думки дитини», а головне — наслідків недотримання правила щодо врахування її думки у випадках, коли дитина внаслідок віку не в змозі таку думку сформулювати[2].

Певну роль в управлінні нерухомим майном малолітніх чи неповнолітніх осіб може відіграти інститут фідуціарного управління майном, введення якого було запропоноване Р. Майданником та Ю. Смирницьким, оскільки

[1] Жилинкова И.В. Правовой режим имущества членов семьи. Х. : Ксилон, 2000. С.282-283.

[2] Жилінкова І.В. Правове регулювання майнових відносин у сім'ї в контексті нового сімейного законодавства. *Еволюція цивільного законодавства: проблеми теорії і практики*: матеріали міжнародної науково-практичної конференції (29–30 квітня 2004р., м. Харків). К. : Академія правових наук України, НДІ приватного права і підприємництва, НДІ інтелектуальної власності, Національна юридична академія ім. Ярослава Мудрого, 2004. С.212.

таке управління — це «...правовідносини, за якими засновник передає довірчому керуючому на певний строк майно і всі пов'язані з ним повноваження власника, в тому числі будь-які ризики та зобов'язання, що існують, так і ті, що можуть виникнути у майбутньому, з метою збереження, приросту майна, отримання прибутку чи досягнення визначеного засновником будь-якого іншого соціально корисного результату, шляхом реалізації управителем від свого імені й за власним розсудом повноважень права власності щодо майна траст-фонду в інтересах вигодонабувача...»[1].

Що стосується захисту майнових прав та інтересів малолітніх і неповнолітніх осіб, то тут мова йде про можливість передавання батьками частини належних їм прав щодо управління майном дітей, іншим фізичним та юридичним особам, тобто про управління майном малолітніх і неповнолітніх осіб.

Своє закріплення ця норма отримала в ЦК України, зокрема в ч. 4 ст. 72 зазначено, що якщо підопічний є власником нерухомого майна або майна, яке потребує постійного управління, опікун може з дозволу органу опіки та піклування управляти цим майном або передати його за договором в управління іншій особі. При регулюванні відносин такого роду можуть бути також використані загальні норми управління майном, передбачені главою 70 ЦК України.

Слід зазначити, що договір управління майном є особливим правочином, якому притаманні висока ступінь довіри й особливе значення особистості його учасників, що відображено в предметі договору, наданні управителеві надмірних повноважень, установленні, з метою недопущення безпідставного збагачення обов'язку їх здійснення лише в чужому інтересі — вигодонабувача та (або) установника управління, а також підвищених вимогах до відповідальності управителя та підставах припинення договору у зв'язку з утратою довіри[2].

Згідно з ЦК України договір про управління майном, яке належить малолітньому, укладається між опікуном малолітньої особи і управителем. Щодо неповнолітніх осіб, то установниками управління є вони самі за дозволом батьків (усиновлювачів) або піклувальника (ч. 4 ст. 1032 ЦК України). Тут, на наш погляд, простежується нелогічність такого підходу, яка виявляється в тому, що стосовно малолітньої особи такий договір укладається між опікуном малолітньої особи та управителем. Але ж опіка відповідно до ст. 58 ЦК України встановлюється над малолітніми особами, які є сиротами або позбавлені

[1] Майданик Р., Смирницький Ю. Довірче управління майном у праві України. *Право України*. 1998. №4. С. 19.

[2] Цивільне право України. Особлива частина : підручник / за ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнєцової, Р.А. Майданика. 3-тє вид., перероб. і допов. Київ : Юрінком Інтер, 2010. С. 783.

батьківського піклування, та фізичними особами, які визнані недієздатними. Тобто наголос робиться на факті сиріцтва або позбавлення батьківських прав.

Щодо цього варто звернутися до положень ст.1 Закону України «Про забезпечення організаційно-правових умов соціального захисту дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування»[1], відповідно до якого:

1) дитина-сирота — дитина, в якої померли чи загинули батьки;

2) діти, позбавлені батьківського піклування, — діти, які залишилися без піклування батьків у зв'язку з позбавленням їхніх батьківських прав, відібранням у батьків без позбавлення батьківських прав, визнанням батьків безвісно відсутніми або недієздатними, оголошенням їх померлими, відбуванням покарання в місцях позбавлення волі та перебуванням їх під вартою на час слідства, розшуком їх органами Національної поліції, пов'язаним з відсутністю відомостей про їх місцезнаходження, тривалою хворобою батьків, яка перешкоджає їм виконувати свої батьківські обов'язки, а також діти, розлучені із сім'єю, підкинуті діти, батьки яких невідомі, діти, від яких відмовилися батьки, діти, батьки яких не виконують своїх батьківських обов'язків з причин, які неможливо з'ясувати у зв'язку з перебуванням батьків на тимчасово окупованій території України, в районах проведення антитерористичної операції, здійснення заходів із забезпечення національної безпеки і оборони, відсічі і стримування збройної агресії російської федерації у Донецькій та Луганській областях, та безпритульні діти.

Якщо ж у малолітньої особи є батьки і діти не позбавлені батьківського піклування, то в такому випадку саме батьки повинні бути установниками управління майном малолітньої особи, а не орган опіки і піклування. Виходячи з цього, ми пропонуємо уточнити ч. 3 ст.1032 ЦК України і викласти в такій редакції: «Якщо власником майна є малолітня особа, то установником управління є її батьки. Якщо власником майна є малолітня особа, над якою встановлена опіка, або фізична особа, яка визнана недієздатною, установником управління може бути опікун або орган опіки та піклування».

Виходячи із цього, відповідні доповнення треба внести і до абзацу 1 ч.1 ст. 54 ЦК України і викласти в такій редакції: «Якщо фізична особа-підприємець — визнана безвісно відсутньою, недієздатною, чи її цивільна дієздатність обмежена, або якщо власником майна, яке використовується в підприємницькій діяльності, стала неповнолітня чи малолітня особа, над якою встановлено піклування чи опіку, орган опіки та піклування може призначити управителя цього майна».

[1] Про забезпечення організаційно-правових умов соціального захисту дітей-сиріт та дітей, позбавлених батьківського піклування : Закон України від 13.01.2005 р. № 2342-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2005. №6. Ст.147.

Управління майном не має наслідком перехід до управителя права власності на це майно.

Управитель здійснює будь-які фактичні і юридичні дії, але лише в інтересах установника управління (власника майна), якщо інше не передбачено договором.

Управитель володіє, користується і розпоряджається в межах, визначених законом чи договором, нерухомим майном, цінними паперами, іншим майном. Під «іншим майном» можна розуміти рухомі речі, які можуть стати об'єктом цього договору лише при їх відокремленні і зарахуванні на окремий баланс чи окремий банківський рахунок (ч. 3 ст. 1030 ЦК України).

С. Н. Клейменова зазначає, що рухомі речі як самостійний предмет договору управління не можуть виступати майном. Це пояснюється тим, що фактично всі договори щодо рухомого майна спрямовані на їх відчуження. І така модель відносин не дозволить досягнути мети договору управління майном — отримання майнової вигоди для вигодонабувача. Але якщо рухоме майно входить у склад підприємства як єдиного майнового комплексу, то воно може розглядатися як предмет договору управління майном[1].

На нашу думку, як рухомі речі в управлінні не можуть виступати звичайні рухомі речі споживчого призначення, бо тоді особливе управління втратило б своє значення. До того ж, відокремити їх у юридичному сенсі (шляхом відкриття окремого балансу) нереально. Відокремлення речей установника управління від речей управителя є необхідним, оскільки характер правовідносин між ними не допускає можливості змішувати особисте майно управителя з майном установника управління.

Майно малолітньої чи неповнолітньої особи повинно бути описане представниками опіки та піклування, і лише після цього воно передається на зберігання управителю. Один екземпляр опису майна зберігається в опікуна чи піклувальника, а інший — в особистій справі підопічного.

Часто трапляються випадки, коли у власності малолітньої чи неповнолітньої особи знаходиться майно, яке потребує певних професійних умінь і навичок для використання. Наприклад, у власності малолітньої чи неповнолітньої особи може опинитися приватне підприємство, виробничий комплекс чи інше, не менш цінне майно. А в опікуна чи піклувальника немає достатніх знань для управління таким майном. У випадку, коли підопічному належить майно, яке потребує комерційного використання, на наш погляд, можна запрошувати як управителя майном професійного управителя.

Інтерес управителя як підприємця зводиться до того, що він набуває прав на об'єкти комерційного використання і їх експлуатацію, з метою отримання

[1] Клейменова С.Н. Договор управления имуществом в системе гражданско-правовых договоров. *Вісник ОНУ ім. І. І. Мечникова. Правознавство.* 2016. Т. 21. Вип. 1 (28). С.50-51.

комерційного прибутку. Важливою в цьому випадку є та обставина, що свобода дій управителя обмежується договором.

Важливим є питання про те, чи може передаватися за договором управління майном малолітньої чи неповнолітньої особи, яке не існує в момент укладення договору. На наш погляд, таке майно стане предметом договору, а не предметом управління. У такому випадку в договорі повинні бути передбачені критерії, відповідно до яких знову створене або придбане майно буде включатися у склад такого, що перебуває в управлінні. Це можуть бути плоди, продукція, прибуток, отриманий в результаті використання майна.

Не можуть бути самостійним об'єктом управління гроші, які належать малолітнім чи неповнолітнім ні самі по собі, ні у складі іншого майна.

Своєю чергою, опікун та піклувальник зберігають свої повноваження щодо того майна малолітньої чи неповнолітньої особи, яке не було передане в управління.

Інтереси власника і управителя знаходять своє відображення в договорі. Ст. 1031 ЦК України передбачає форму договору управління майном. Договір повинен бути укладений у письмовій формі, нотаріально посвідчений. Передавання в управління нерухомості повинно бути оформлене за правилами договору продажу нерухомості. Тут мається на увазі складання і підписання сторонами не лише тексту договору, але й передавального акта чи іншого документа про фактичну передачу нерухомості в управління.

Якщо ж договір управління майном засвідчує виникнення в управителя права довірчої власності на отримане в управління майно, то довірча власність на отримане в управління нерухоме майно, об'єкт незавершеного будівництва, майбутній об'єкт нерухомості виникає з моменту її державної реєстрації у Державному реєстрі речових прав на нерухоме майно (абзаци 1, 2 ч. 2 ст. 1029 ЦК України).

Договір управління є строковим, причому строк його дії передбачений на п'ять років. Це правило слугує однією із гарантій майнових інтересів установників управління.

Для управителя ЦК України передбачає субсидіарну відповідальність за боргами, що виникли у зв'язку із здійсненням ним управління, якщо вартості майна, переданого в управління, недостатньо для задоволення вимог кредиторів (ч. 2 ст. 1043 ЦК України). Така схема відповідальності продиктована тим, що саме управитель, який використовує чуже майно, повинен, у першу чергу, нести відповідальність за боргами, які виникли в результаті такого використання. Відповідальність не настає, якщо управитель доведе, що збитки виникли в результаті непереборної сили, винних дій установника управління або вигодонабувача.

Так, на думку І. Венедіктової, не викликає сумніву той факт, що для фідуціарних угод необхідна висока ступінь моральності громадянського суспільства, з одного боку, й ефективний механізм захисту порушених прав за фідуціарними угодами — з іншого, що також є однією з вагомих причин удосконалювати правовий простір нашої держави[1].

У разі припинення договору управління майном майно, що було передане в управління, або майно, набуте від такого управління, передається установникові управління в порядку, визначеному договором.

Відповідно до законодавства батьки зобов'язані управляти майном дітей належним чином. За неналежного виконання батьками своїх обов'язків, щодо них застосовуються відповідні санкції. Основною санкцією в цьому випадку буде відшкодування завданих малолітній чи неповнолітній особі збитків. На це прямо вказує ч. 9 ст. 177 СК України, в якій зазначається, що неналежне виконання батьками своїх обов'язків щодо управління майном дитини є підставою для покладення на них обов'язку відшкодувати завдану їй матеріальну шкоду та повернути доходи, одержані від управління її майном.

Справа про відшкодування майнової шкоди може бути порушена органом опіки та піклування в інтересах малолітньої чи неповнолітньої особи або самою неповнолітньою особою після досягнення нею 18-річного віку. На жаль, на практиці є можливою ситуація, коли до моменту подання неповнолітньою особою позову до суду про відшкодування шкоди в батьків буде відсутнє майно, необхідне для такого відшкодування. Тому важливою правовою гарантією захисту майнових прав малолітніх чи неповнолітніх осіб має стати своєчасний контроль за діями недобросовісних батьків. Римське право передбачало подвійний ступінь захисту майнових прав малолітніх і неповнолітніх осіб. По-перше, відповідальність за збереження майна несли опікуни, на яких був покладений обов'язок відшкодувати шкоду, завдану їхніми недобросовісними діями. По-друге, опікуни і піклувальники представляли спеціальних поручителів, які повинні були в разі порушення майнових прав малолітніх чи неповнолітніх осіб, нести майнову відповідальність. В інституціях Юстиніана зазначалось, що у справах управління опікою чи піклуванням несуть відповідальність перед сиротами, неповнолітніми й іншими особами не тільки опікуни і піклувальники, але й особи, які приймають поручительство; проти останніх подається допоміжний позов, який може надати тим, хто перебуває під опікою, останню допомогу[2].

[1] Венедіктова І. В. Договір довірчого управління майном як форма реалізації правового інституту довірчого управління майном в Україні : автореф. дис... канд. юрид. наук : 12.00.03. Х., 2003. С.12.

[2] Институции Юстиниана : перевод с латин. Д. Расснер; под ред. Л. Л. Кофанова, В.А. Томсинова (ред.). М. : Зерцалло, 1998. Серия «Памятники римского права». С.65.

При позбавленні батьківських прав (ст.164 СК України) мова йде як про захист дитини як особистості, так і про матеріальне становище малолітньої чи неповнолітньої особи. При розгляді питання про позбавлення батьківських прав суд повинен з'ясувати питання наявності належного малолітній чи неповнолітній особі майна; вживати заходів до ведення обліку і охорони майна, а в окремих випадках — оставити питання не лише про позбавлення батьківських прав, але й про відшкодування завданої малолітній чи неповнолітній особі майнової шкоди. Окрім того, пункт 2 ч.1 ст.166 СК України регламентує, що особа, позбавлена батьківських прав, перестає бути законним представником дитини. Отже, шкода завдана дитині, повинна бути відшкодована батьками до моменту позбавлення батьківських прав, оскільки з моменту позбавлення батьківських прав втрачається правовий зв'язок між дитиною і батьками.

Відповідно до п.4.7. Правил опіки та піклування для захисту інтересів дитини орган опіки та піклування може обмежувати право одного з батьків або опікуна (піклувальника) розпоряджатися вкладом, внесеним будь-ким на ім'я підопічного. На сьогодні ця норма повинна бути доповнена положенням про те, що батьки обмежуються у праві управляти майном підопічного, коли проти них відкрито провадження про позбавлення батьківських прав. Оскільки до моменту, поки судом не буде винесене відповідне рішення, батьки ще зберігають усі батьківські права, зокрема і право розпоряджатись майном малолітньої чи неповнолітньої особи, що і може потягнути за собою зловживання з боку батьків. Щоб цього не сталося, в законі повинно бути чітко зазначено, що суд може накладати заборону на відчуження майна, яке належить дитині, у випадку, коли проти батьків дитини відкрито провадження про позбавлення батьківських прав. Тому ми пропонуємо доповнити ст.177 СК України частиною 10 і викласти в такій редакції: «Батьки обмежуються у праві управління майном дитини у випадку, коли проти них відкрито провадження про позбавлення батьківських прав».

Завершуючи розгляд цього питання, варто зазначити, що житло стає повсякденним товаром, предметом купівлі-продажу, найму, застави, дарування, міни, заповіту. А це призводить до поширення протиправних дій у сфері придбання житла та користування ним. При цьому виникає багато проблем, у тому числі й правового характеру, які торкаються прав малолітніх і неповнолітніх осіб як власників житла; як колишніх членів сім'ї власника житлового приміщення; як осіб, які постійно проживають з наймачем житлового приміщення. Значного поширення на практиці набувають правочини купівлі-продажу житлових приміщень, у яких проживають малолітні і неповнолітні особи. Якщо при вчиненні таких правочинів порушуються права малолітніх і неповнолітніх осіб, то вони визнаються недійсними відповідно до ч.1 ст.215

ЦК України, і до них застосовуються правила про двосторонню реституцію (абзац 2 ч.1 ст.216 ЦК України). З погляду судової практики, застосування зазначених наслідків найбільш повно повинно сприяти захисту майнових прав та інтересів малолітніх і неповнолітніх осіб, права яких порушуються при вчиненні правочинів з майном. Але велика кількість учасників цих правочинів є добросовісними набувачами, вони також мають дітей, права яких залишаються незахищеними.

Суттєвий вплив на захист та примноження майна, яке належить на праві власності малолітнім і неповнолітнім особам, повинен справити й інститут управління майном.

Дії батьків малолітніх осіб, відповідно до ч.1 ст. 221 ЦК України, також спрямовані на захист їхніх прав. Так, правочин, який вчинено малолітньою особою за межами її цивільної дієздатності, може бути згодом схвалений її батьками (усиновлювачами) або одним з них, з ким вона проживає, або опікуном.

Правочин вважається схваленим, якщо ці особи, дізнавшись про його вчинення, протягом одного місяця не заявили претензії другій стороні.

У випадку незгоди із вчиненим малолітньою особою правочином, батьки (усиновлювачі) або опікун зобов'язані пред'явити свою претензію до іншої сторони в активній формі, наприклад, вимагати повернення переданого малолітньою особою майна. В іншому випадку після закінчення місячного строку правочин малолітньої особи автоматично стає дійсним.

Подальше схвалення батьками (усиновлювачами) або опікуном правочину у формі непред'явлення претензії іншій стороні протягом одного місяця має юридичне значення, оскільки за його наявності вчинений малолітньою особою правочин породжує цивільні права та обов'язки для його учасників (зокрема, для малолітньої особи). У зв'язку з цим, таке подальше схвалення правочину можна визначити як умову чинності правочину, вчиненого малолітньою особою поза межами її цивільної дієздатності, з моменту такого схвалення[1].

Відповідно до абзацу 1 ч.2 ст.221 ЦК України в разі відсутності схвалення правочину він є нікчемним.

А.В.Луць зазначає, що про відсутність схвалення правочину, вчиненого малолітньою особою, свідчитиме поведінка батьків (усиновлювачів) або опікуна, які або заявляють претензії до іншої сторони, або в разі відхилення звертаються в суд про визнання правочину недійсним, а відтак виходить нікчемний правочин перетворюється в оспорюваний[2].

[1] Чорна Ж.Л. Вчинення правочину малолітньою особою за межами її цивільної дієздатності як підстава його недійсності. *Університетські наукові записки*. 2016. № 1. С.113.

[2] Луць А.В. Свобода вибору контрагента за цивільно-правовим договором. *Вісник Львівського ун-ту. Серія «Юридична»*. 2001 Вип. 36. С.310.

Можливість подальшого схвалення правочину, вчиненого малолітньою особою за межами її цивільної дієздатності, не означає, що він виникає як дійсний. Навіть факт корисності правочину для малолітньої особи (наприклад, отримання будь-яких додаткових коштів порівняно з переданими нею майновими благами) у момент його вчинення не перетворює цей правочин у дійсний, оскільки батьки можуть мати заперечення щодо укладення такого правочину[1].

Відповідно до п.15 Постанови Пленуму Верховного суду України «Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними» вимоги про визнання правочину недійсним на підставі ст.ст. 221–223 ЦК можуть заявлятися як батьками (усиновлювачами), опікуном чи піклувальником, а також бабою і дідом (ч. 2 ст. 258 Сімейного кодексу України), так і будь-якою заінтересованою особою[2].

Відповідно до абзацу 2 ч. 2 ст. 221 ЦК України за позовом заінтересованої особи суд може визнати такий правочин дійсним, якщо буде встановлено, що він вчинений на користь малолітньої особи.

У зв'язку з цим пропонуємо доповнити статтю 203 ЦК України («Загальні вимоги, додержання яких є необхідним для чинності правочину» пунктом 7 і викласти в такій редакції: «Правочин у випадках, встановлених законом, повинен бути схваленим батьками (усиновлювачами) або одним з них, з ким проживає особа, опікуном, піклувальником»[3].

Також вагому роль у захисті майнових прав дітей відіграють і органи прокуратури. Відповідно до п. 4 наказу Офісу Генерального Прокурора від 04.11.2020 р. «Про особливості виконання функцій прокуратури з питань захисту інтересів дітей та протидії насильству»[4] до основних принципів роботи на вказаному напрямі, зокрема, віднесено отримання дітьми інформації про їхні права, забезпечення вільного доступу дітей до правосуддя та можливості повідомляти про факти порушення їхніх прав; забезпечення найкращих інтересів дитини.

У Рекомендаціях 1604 (2003) Парламентської Асамблеї Ради Європи «Про роль прокуратури в демократичному правовому суспільстві» від 27.05.2003 р.

[1] Чорна Ж.Л. Вчинення правочину малолітньою особою за межами її цивільної дієздатності як підстава його недійсності. *Університетські наукові записки.* 2016. № 1. С.114.

[2] Про судову практику розгляду цивільних справ про визнання правочинів недійсними : постанова Пленуму Верховного Суду України від 6.11. 2009 р. URL :

[3] Чорна Ж.Л. Вчинення правочину малолітньою особою за межами її цивільної дієздатності як підстава його недійсності. *Університетські наукові записки.* 2016. № 1. С.114.

[4] Про особливості виконання функцій прокуратури з питань захисту інтересів дітей та протидії насильству : Наказ Офісу Генерального Прокурора від 04.11.2020 р. № 509. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0509905-20#Text

зазначено, що прокуратура відіграє важливу роль у забезпеченні безпеки і свободи європейського співтовариства шляхом гарантування верховенства права[1].

Відповідно до абзацу 1 ч. 2 ст. 23 Закону України «Про прокуратуру»[2] прокурор здійснює представництво в суді інтересів громадянина (громадянина України, іноземця або особи без громадянства) у випадках, якщо така особа не спроможна самостійно захистити свої порушені чи оспорювані права або реалізувати процесуальні повноваження через недосягнення повноліття, недієздатність або обмежену дієздатність, а законні представники або органи, яким законом надано право захищати права, свободи та інтереси такої особи, не здійснюють або неналежним чином здійснюють її захист.

Отже, підставою представництва в суді інтересів дітей є їхній відповідний юридичний стан — недосягнення повноліття, та додаткова умова — законні представники або органи, яким законом надано право захищати права, свободи та інтереси такої особи, не здійснюють або неналежним чином здійснюють її захист. При цьому під «неналежним захистом» варто також розуміти і поведінку представників, яка суперечить дійсним інтересам дитини[3].

Також на захист цивільних прав та інтересів неповнолітніх спрямовані і норми ЦК України про позовну давність. Так, відповідно до ст. 256 ЦК України позовна давність — це строк, у межах якого особа може звернутися до суду з вимогою про захист свого цивільного права або інтересу.

Також слід зазначити, що відповідно до ч. 4 ст. 261 ЦК України в разі порушення цивільного права або інтересу неповнолітньої особи позовна давність починається від дня досягнення нею повноліття. Таке правило обумовлене виникненням у цієї особи повної цивільної дієздатності (ч. 1 ст. 34 ЦК України), що дає можливість об'єктивної оцінки власних прав та інтересів, а також виникнення в такої особи суб'єктивного право на захист, встановленого ст. 20 ЦК України[4].

Отже, виходячи з проведеного аналізу, слід зазначити під цивільно-правовим захистом майнових прав малолітніх і неповнолітніх осіб, зокрема, при укладанні договорів, пов'язаних з відчуженням майна, слід розуміти діяльність

[1] Про роль прокуратури у демократичному правовому суспільстві : рекомендації 1604 (2003) Парламентської Асамблеї Ради Європи від 27.05. 2003 р. URL : https:// www.coe.int/T/r/ Parliamentary_Assembly/ [Russian_documents][2003]/Rec1604.asp

[2] Про прокуратуру : Закон України від 14.10.2014. № 1697-VII. *Відомості Верховної Ради України*. 2015. №2-3. Ст.12.

[3] Терещук Г.А. Представництво прокуратурою інтересів дітей в цивільному судочинстві: автореф. дис... канд. юрид. наук : 12.00.10. Київ, 2015. С.10.

[4] Коментар Цивільного кодексу України. URL : https://legalexpert.in.ua/komkodeks/gk/79-gk/622-261.html

органів опіки та піклування, суду, прокуратури, самих неповнолітніх осіб, їхніх батьків, спрямовану на поновлення порушених чи оспорюваних прав.

Пропонується:

1. Дати таке визначення поняття дрібного побутового правочину (ч. 1 ст. 31 ЦК України): «Під дрібним побутовим правочином слід розуміти правочин, який має побутовий характер, вчиняється систематично, на невелику суму, спрямований на задоволення особистих, матеріальних чи культурних потреб особи і відповідає її фізичному, культурному чи соціальному розвитку».

2. Внести зміни до абзацу 1 ч. 1 ст. 54 ЦК України і викласти в такій редакції: «Якщо фізична особа — підприємець — визнана безвісно відсутньою, недієздатною, чи її цивільна дієздатність обмежена, або якщо власником майна, яке використовується в підприємницькій діяльності, стала неповнолітня чи малолітня особа, над якою встановлено піклування чи опіку, орган опіки та піклування може призначити управителя цього майна».

3. Уточнити абзац 1 ч. 6 ст. 177 СК України і викласти його в такій редакції: «При вчиненні одним із батьків правочинів щодо майна малолітньої дитини вважається, що він діє за згодою другого з батьків. Другий з батьків має право звернутися до суду з вимогою про визнання правочину недійсним, який укладено без його згоди, а також якщо цей правочин порушує права малолітньої дитини».

4. Доповнити ст. 177 СК України частиною 10 і викласти в такій редакції: «Батьки обмежуються у праві управління майном дитини у випадку, коли проти них відкрито провадження про позбавлення батьківських прав».

5. Уточнити ч. 3 ст. 1032 ЦК України і викласти в такій редакції: «Якщо власником майна є малолітня особа, то установником управління є її батьки. Якщо власником майна є малолітня особа, над якою встановлена опіка, або фізична особа, яка визнана недієздатною, установником управління може бути опікун або орган опіки та піклування».

6. Доповнити ст. 203 ЦК України («Загальні вимоги, додержання яких є необхідним для чинності правочину» пунктом 7 і викласти в такій редакції: «Правочин, у випадках встановлених законом повинен бути схваленим батьками (усиновлювачами) або одним з них, з ким проживає особа, опікуном, піклувальником».

РОЗДІЛ 4

4.7. Забезпечення позову у справах, що виникають із зобов'язальних правовідносин

Інститут забезпечення позову має особливе значення для досягнення завдань цивільного судочинства, які полягають у справедливому, неупередженому та своєчасному розгляді й вирішенні цивільних справ із метою захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави. Цей інститут сприяє створенню оптимальних умов для реального захисту прав та законних інтересів осіб у цивільному судочинстві. Саме інститут забезпечення позову виступає гарантією виконання рішення суду та захисту майнових інтересів як позивача, так і відповідача.

Забезпечення позову, по суті, є обмеженням суб'єктивних прав, свобод та інтересів відповідача або пов'язаних із ним інших осіб в інтересах забезпечення реалізації в майбутньому актів правосуддя і задоволених вимог позивача (заявника). Зазначені обмеження встановлює суд в ухвалі, вони діють до заміни судом виду забезпечення позову або скасування заходів забезпечення позову.

Застосування заходів забезпечення позову здійснюється як дискреційне повноваження суду. Дискреційні повноваження суду спрямовані на подолання правової невизначеності, однак вони самі є в певних випадках причиною невизначеності кінцевого результату вчинення процесуальної дії, що призводить до неоднозначності судової практики. Однак, з іншого боку, здійснення судами дискреційних повноважень формує судову практику з вчинення окремих процесуальних дій. Стала судова практика вказує на необхідність нормативного закріплення певних вироблених положень. Таким чином, дискреційні повноваження суду сприяють враховувати ті зміни, які відбуваються у відносинах. Наділення суду дискреційними повноваженнями спрощує роботу законодавця, запобігає зарегульованості відносин, а також сприяє системності та гнучкості правового регулювання[1].

Дискреційні повноваження є важливим факультативним елементом механізму правового регулювання. Законодавець свідомо надає право державним органам і посадовим особам діяти на власний розсуд, коли це є виправданим і необхідним для забезпечення гнучкості правового регулювання. Дискреційні повноваження спеціально передбачені для того, щоб пом'якшити формалізм і жорстку імперативність права в публічній сфері. Дискреційні повноваження полягають у використанні можливостей, визначених нормами права, тому

[1] Гарієвська, М. Б. Дискреційні повноваження суду при розгляді цивільних справ у суді першої інстанції: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2017. С. 46.

вони реалізуються відповідно до принципу законності. Мова йде не про безконтрольну, безвідповідальну роботу посадових осіб, а про реалізацію повноважень у межах, визначених законом. Законодавство передбачає поле для ініціативної діяльності наділених компетенцією суб'єктів, яка повинна відбуватися в чітко визначених рамках, з додержанням відповідних вимог. Не будь-яке самостійне рішення посадової особи слід відносити до сфери її дискреційних повноважень, а лише те, яке є законним і обґрунтованим, оптимальним у межах офіційно визнаного правопорядку[1].

Наділення суду дискреційними повноваженнями знаходить як доктринальне, так і нормативне підтвердження, оскільки вони сприяють ухваленню оптимальних рішень, тобто максимально повного забезпечення досягнення встановлених цивільним процесуальним правом завдань, створюючи основу для узгодженості інтересів держави, суспільства й особи, виконують роль індикатора прогресивності, ефективності та незалежності судової гілки влади, забезпечують врахування конкретних обставин справи, гнучкість підходів до захисту прав і законних інтересів осіб, дозволяють виробити сталу судову практику.

Розглядаючи зіставлення та вплив дискреційних повноважень суду на їхню незалежність, слід відмітити, що вчинення процесуальних дій з використанням розсуду сприяє утвердженню незалежності суду за умови його реалізації з дотриманням відповідних меж та належним обґрунтуванням такої дискреційної діяльності.

Наявність дискреційних повноважень є однією з передумов незалежності судової влади, оскільки її рішення не є автоматичним застосуванням загальної норми до окремого випадку, а становлять можливість враховувати обставини кожної справи.

Більше того, тут важливо зауважити, що дискреційні повноваження повинні здійснюватися не залежно від тієї чи іншої ситуації, а залежно від того, чи іншого варіанта можливої поведінки, який визначений у самій нормі права. Саме тому дискреційні повноваження суду необхідні для подолання недоліків законотворчої діяльності. Врегулювати і змоделювати весь спектр суспільних відносин нормами права не можливо. І це не викликає сумнівів. Крім того, відносно визначені норми актуалізують значення дискреційних повноважень суду, оскільки зміст таких норм конкретизується і сприяє врахуванню конкретних обставин справи[2].

[1] Фуфалько Т. М. Обмеження дискреційних повноважень як складова принципу пропорційності. *Вісник Харківського національного університету внутрішніх справ*. 2012. № 1. С. 54,55.

[2] Гарієвська, М. Б. Дискреційні повноваження суду при розгляді цивільних справ у суді першої інстанції: дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2017. С. 54.

Заходи забезпечення позову застосовуються для того, щоб гарантувати виконання можливого рішення суду і повинні застосовуватися лише в разі необхідності, оскільки безпідставне звернення до таких дій може спричинити порушення прав та законних інтересів інших осіб чи учасників процесу.

Важливо наголосити, що інститут забезпечення позову слід відрізняти від забезпечення виконання зобов'язання, що регулюється главою 49 Цивільного кодексу України та іншими актами цивільного законодавства.

Інститут забезпечення виконання зобов'язання спрямований на зміцнення положення кредитора в зобов'язанні і забезпечення його майнових інтересів, так як зобов'язання само по собі не гарантує виконання боржником певних дій на користь кредитора. Якщо в боржника нема майна для задоволення вимог кредитора, ці вимоги не будуть задоволені.

Першою і основною відмінністю забезпечення позову від забезпечення виконання зобов'язання є те, що заходи забезпечення позову може застосувати лише суд (тобто забезпечення позову базується на владному судовому акті), тоді як вид забезпечення виконання зобов'язання застосовується сторонами, як правило, в цивільно-правовому договорі (ч.1 ст. 548 України). Другою відмінністю є те, що заходи забезпечення позову забезпечують вимоги, виконання яких протерміноване, а вид забезпечення виконання зобов'язань встановлюється сторонами, як правило, до закінчення строку виконання основного зобов'язання (виняток становить лише притримання). Нарешті заходи забезпечення позову можуть бути застосовані судом, незалежно від того, чи є матеріальні правовідносин між сторонам речовими або зобов'язальними[1].

Так, якщо предметом позову є позовні вимоги немайнового характеру про визнання недійсними кредитного та іпотечного договорів, а в разі задоволення позову рішення суду полягатиме в констатації факту їх недійсності. Таке судове рішення не підлягає примусовому виконанню, а тому помилково вважати, що незабезпечення позову в обраний спосіб ускладнить чи унеможливить виконання рішення суду.

Наприклад, незастосування заходу забезпечення позову шляхом накладення заборони вчинення будь-яких дій із відчуження та реалізації квартири, яка перебуває в іпотеці банку, не призведе до утруднення чи унеможливлення виконання рішення суду в разі задоволення позову про визнання договорів недійсними, окрім того, такий захід забезпечення позову не відповідає змісту порушеного права та не є співмірним із заявленими вимогами[2].

[1] Цивільне процесуальне право України: Навчальний посібник / Безлюдько І. О., Бичкова С.С. Бобрик В. І. та ін. За заг. ред. С.С. Бичкової.К. : Атіка, 2006. С. 280.

[2] Постанова Верховного Суду від 25.11.2020 р. у справі № 643/16678/18 на касаційну скаргу адвоката Темнюкової Марини Ігорівни, яка діє в інтересах акціонерного товариства «Укрсоцбанк», на ухвалу Московського районного суду м. Харкова суду від 21 листопада 2018 року та на

Відповідно до ч.1 ст.149 ЦПК України суд за заявою учасника справи має право вжити заходів забезпечення позову[1]. Підставою для забезпечення позову є відповідне клопотання у формі мотивованої заяви учасника справи, а не лише позивача. Склад учасників справи визначається ст.42 ЦПК України. Тобто відповідно до ч.1 ст.149 ЦПК України забезпечення позову можливе також за заявою відповідача, третіх осіб, що заявляють та не заявляють самостійних вимог щодо предмета спору. Очевидно, що відповідач може реалізувати право на забезпечення позову в разі пред'явлення ним зустрічного позову. На думку Г. Буги, відповідач може реалізувати право на забезпечення позову лише в разі пред'явлення ним зустрічного позову[2].

Згідно зі ст.149 ЦПК України забезпечення позову допускається як до пред'явлення позову, так і на будь-якій стадії розгляду справи, якщо невжиття таких заходів може істотно ускладнити чи унеможливити виконання рішення суду або ефективний захист, або поновлення порушених чи оспорюваних прав або інтересів позивача, за захистом яких він звернувся або має намір звернутися до суду[3].

Заява про забезпечення позову подається в письмовій формі. Згідно зі ст.152 ЦПК України заява про забезпечення позову подається:

1) до подання позовної заяви — за правилами підсудності, встановленими ЦПК України для відповідного позову, або до суду за місцезнаходженням предмета спору – якщо суд, до підсудності якого належить справа, визначити неможливо;

2) одночасно з пред'явленням позову — до суду, до якого подається позовна заява, за правилами підсудності, встановленими ЦПК України;

3) після відкриття провадження у справі — до суду, у провадженні якого перебуває справа.

Заява про забезпечення позову розглядається судом не пізніше двох днів з дня її надходження без повідомлення учасників справи, крім випадків, передбачених частиною п'ятою цієї статті (частина перша статті 153 ЦПК України).

Відповідно до частини першої статті 187 ЦПК України за відсутності підстав для залишення позовної заяви без руху, повернення позовної заяви чи

постанову Харківського апеляційного суду від 20 лютого 2019 року. URL : https://reyestr.court.gov.ua/Review/93217664 (дата звернення : 07.12.2023).

[1] Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 р. у редакції Закону № 2147-VIII від 03.10.2017 URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15 (дата звернення : 07.12.2023).

[2] Буга Г.С. Забезпечення позову в цивільному процесуальному праві України : автореф. дис. ...канд. юрид. наук : 12.00.03 Харків, 2012. С.5.

[3] Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 р. у редакції Закону № 2147-VIII від 03.10.2017р. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15 (дата звернення : 07.12.2023).

відмови у відкритті провадження суд відкриває провадження у справі протягом п'яти днів з дня надходження позовної заяви або заяви про усунення недоліків, поданої в порядку, передбаченому статтею 185 цього Кодексу[1].

Заходи забезпечення позову, вжиті судом до подання позовної заяви, скасовуються судом також у разі: 1) неподання заявником відповідної позовної заяви згідно з вимогами частини третьої статті 152 ЦПК України; 2) повернення позовної заяви; 3) відмови у відкритті провадження у справі (частина тринадцята статті 158 ЦПК України).

Системне тлумачення частини першої статті 153, частини тринадцятої статті 158, частини першої статті 187 ЦПК України дає можливість дійти висновку, що:

- законодавець передбачив відповідний процесуальний порядок розгляду заяви про забезпечення позову та вирішення питання про відкриття провадження у справі;

- для розгляду заяви про забезпечення позову та вирішення питання про відкриття провадження у справі встановлені різні процесуальні строки — два та п'ять днів відповідно;

- першочерговим при надходженні на розгляд суду заяви про забезпечення позову є надання оцінки щодо порядку звернення з нею до суду, за умови дотримання якого здійснюється її розгляд по суті;

- у випадку одночасного подання позовної заяви та заяви про забезпечення позову розгляд заяви про забезпечення позову не залежить від вирішення питання про відкриття провадження у справі. Законодавець не покладає обов'язку на суд відкрити провадження у справі, а тільки потім вирішувати питання про забезпечення позову;

- у разі повернення позовної заяви, відмови у відкритті провадження у справі передбачений процесуальний механізм скасування заходів забезпечення позову.

Законодавець передбачив відповідний процесуальний порядок розгляду заяви про забезпечення позову та вирішення питання про відкриття провадження у справі. Для розгляду заяви про забезпечення позову та вирішення питання про відкриття провадження у справі встановлені різні процесуальні строки — два та п'ять днів відповідно. Першочерговим при надходженні на розгляд суду заяви про забезпечення позову є надання оцінки щодо порядку звернення з нею до суду, за умови дотримання якого здійснюється її розгляд по суті. У випадку одночасного подання позовної заяви та заяви про забезпечення позову розгляд заяви про забезпечення позову не залежить

[1] Цивільний процесуальний кодекс України. Там само.

від вирішення питання про відкриття провадження у справі. Законодавець не покладає обов'язку на суд відкрити провадження у справі, а тільки потім вирішувати питання про забезпечення позову. У разі повернення позовної заяви, відмови у відкритті провадження у справі передбачений процесуальний механізм скасування заходів забезпечення позову[1].

У разі подання заяви про забезпечення позову до подання позовної заяви заявник повинен пред'явити позов протягом десяти днів, а в разі подання заяви про арешт морського судна — тридцяти днів з дня постановлення ухвали про забезпечення позову.

Частиною 2 ст.149 ЦПК України встановлений перелік підстав для забезпечення позову[2]. По-перше невжиття заходів забезпечення позову може істотно ускладнити виконання рішення суду. По-друге невжиття заходів забезпечення позову може зробити неможливим виконання рішення суду. По-третє невжиття заходів забезпечення позову може утруднити ефективний захист або поновлення порушених чи оспорюваних прав або інтересів позивача, за захистом яких він звернувся або має намір звернутися до суду.

Д. Луспеник вказує, що такі заходи призначені сприяти примиренню сторін ще на стадії підготовки справи до судового розгляду, що є однією із головних цілей цієї стадії процесу. Заходи забезпечення позову є також засобами стимулювання до примирення[3]. Така позиція заслуговує на увагу. Вжиття заходів забезпечення позову унеможливить зловживання відповідачем свої правами, і відповідно він буде змушений шукати компромісного варіанта вирішення спору.

У цивільному процесуальному праві Німеччини виділяються такі підстави забезпечення позову: гарантія належного та своєчасного виконання майбутнього судового рішення, превенція цивільно-правових порушень, що полягає в запобіганні можливих порушень прав або охоронюваних законом інтересів особи, яка звернулася з клопотанням про забезпечення позову, а також задоволення надзвичайних потреб, що полягає в наданні грошових виплат до прийняття остаточного судового рішення у випадках, не терплять зволікань (наприклад, за позовами про стягнення аліментів)[4]. Як бачимо, ЦПК

[1] Постанова Верховного Суду від 14.06.2021 р. у справі № 308/8567/20 на касаційну скаргу СОБА_2 , яка підписана адвокатом Ємчук Лідією Вікторівною, на ухвалу Ужгородського міськрайонного суду Закарпатської області від 02 вересня 2020 року та постанову Закарпатського апеляційного суду від 02 лютого 2021 року. URL : https://reyestr.court.gov.ua/Review/97656944. (дата звернення: 07.12.2023).

[2] Цивільний процесуальний кодекс України. Там само.

[3] Луспеник Д. Д. Розгляд цивільних справ судом першої інстанції. Х.: Харків юридичний, 2006. С. 187.

[4] Code of Civil Procedure. URL : https:// www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/index.html (last access: 07.12.2023).

Німеччини передбачає більш широкий перелік підстав для забезпечення позову, що сприяє захисту прав особи, яка звертається до суду з клопотання про забезпечення позову.

У зв'язку з тим, що підстави забезпечення позову викладені у формі оціночних понять, то це відповідно може призвести до помилкового переконання суду щодо необхідності застосування заходів для забезпечення позову. Також проблемою постановлених судами ухвал є їхня немотивованість, а значить невідповідність вимогам ЦПК України щодо форми і змісту ухвал.

Невизначеність змісту підстав забезпечення позову приводить до того, що в деяких ухвалах судді зазначають лише про необхідність забезпечення позову без будь-якого обґрунтування або ж лише зазначають про доцільність забезпечення позову.

Приймаючи ухвалу про забезпечення позову, суд повинен врахувати, що прийняття такого рішення доцільно та можливе в разі наявності достатньо обґрунтованого припущення, що невжиття таких заходів ускладнить у майбутньому виконання рішення чи приведе до потреби докладати значні зусилля для відновлення прав позивача[1].

Заходи забезпечення застосовуються саме для того, щоб забезпечити виконання рішення суду. Однак необхідно відзначити, що коли судом вирішується питання про вжиття заходів щодо забезпечення виконання рішення суду, самого рішення як такого ще не існує. Суд вживає заходів для того, щоб зробити реальним виконання рішення суду, яке буде винесено судом у майбутньому, тобто після розгляду справи по суті.

ЦПК Україні не передбачає умов, які зобов'язують суд забезпечити позов, зокрема не висуває умовою забезпечення позову його обґрунтованість наданими доказами.

У Постанові Пленуму ВСУ «Про практику застосування судами цивільного процесуального законодавства при розгляді заяв про забезпечення позову» також вказується, що, розглядаючи заяву про забезпечення позову, суд (суддя) має з урахуванням доказів, наданих позивачем на підтвердження своїх вимог, пересвідчитися, зокрема, в тому, що між сторонами дійсно виник спір та існує реальна загроза невиконання чи утруднення виконання можливого рішення суду про задоволення позову; з'ясувати обсяг позовних вимог, дані про особу відповідача, а також відповідність виду забезпечення позову, який просить застосувати особа, котра звернулася з такою заявою, позовним вимогам[2].

[1] Гарієвська М. Б. Забезпечення майнових інтересів учасників справи в цивільному процесі: порівняльно-правовий аспект. *Університетські наукові записки.* 2018. № 3-4. С. 97.

[2] Про практику застосування судами цивільного процесуального законодавства при розгляді заяв про забезпечення позову : постанова Пленуму Верховного Суду України від 22.12.2006 № 9. URL : http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/va009700-06 (дата звернення: 15.11.2023).

Вирішуючи питання про вжиття забезпечення позову, суд повинен встановити, наскільки обґрунтовані позовні вимоги позивача, а також чи заслуговують на увагу його сумніви щодо добросовісності дій з боку відповідача або інших осіб, які можуть протидіяти виконанню майбутнього судового рішення. Позивач необов'язково повинен доказувати, що відповідач приховує своє майно та грошові кошти. Для вжиття заходів до забезпечення позову досить довести можливість таких дій з боку відповідача.

Касаційний господарський суд Верховного Суду у своїй Постанові вказує, що обґрунтування необхідності забезпечення позову покладається саме на позивача та полягає в доказуванні обставин, з якими пов'язано вирішення питання про забезпечення позову. Забезпечення позову застосовується як гарантія задоволення його законних вимог. Недоведення заявником дійсної необхідності забезпечення позову, а також недотримання в разі застосування конкретних заходів забезпечення зазначених критеріїв співрозмірності та збалансованості інтересів сторін є підставою для відмови в задоволенні заяви учасника справи про забезпечення позову[1].

На нашу думку, на момент подання заяви про забезпечення позову існує тільки ймовірність настання тієї або іншої події, яка утруднить або унеможливить виконання рішення суду. Щоб звернутися із заявою про забезпечення позову, особа не повинна чекати порушення своїх прав, оскільки подібний підхід не відповідає суті забезпечення позову.

Необхідно звертати увагу на характер стягнення, стан і місцезнаходження речей, щодо яких виник спір, матеріальне становище відповідача, підставу пред'явлення позову і на інші обставини, що дають можливість передбачати протидію відповідача виконанню майбутнього судового рішення, яке може зробити виконання утрудненим або неможливим.

Умовами реалізації повноважень щодо забезпечення позову є надходження заяви про забезпечення позову, а також та обставина, що невжиття заходів забезпечення може утруднити чи зробити неможливим виконання рішення суду. Приймаючи ухвалу про вжиття заходів щодо забезпечення позову, суд повинен враховувати, що прийняття такого рішення доцільно та можливе лише в разі наявності достатньо обґрунтованого припущення, що невжиття таких заходів може в майбутньому ускладнити виконання рішення суду чи призвести до потреби докладати значні зусилля для відновлення прав позивача.

[1] Постанова Верховного Суду від 20.02.2019 р. у справі № 923/558/18 на касаційну скаргу Сільськогосподарського товариства з обмеженою відповідальністю «Берегиня» на постанову Південно-західного апеляційного господарського суду від 26.11.2018 та ухвалу Господарського суду Херсонської області від 28.09.2018р. URL : https://reyestr.court.gov.ua/Review/80036180 (дата звернення : 07.12.2023).

Передбачені умови для застосування заходів забезпечення позову є оцінними, містять небезпеку для застосування заходів забезпечення позову всупереч меті інституту забезпечення позову[1].

Достатньо повно питання, які повинен суд врахувати в господарському процесі при забезпеченні позову, викладені в Інформаційному листі Вищого господарського суду України «Про деякі питання практики забезпечення позову» від 12 грудня 2006 р. № 01-8/2776. Так, у вирішенні питання про забезпечення позову суд повинен здійснити оцінку обґрунтованості доводів заявника щодо необхідності вжиття відповідних заходів з урахуванням:

– розумності, обґрунтованості й адекватності вимог заявника щодо забезпечення позову;

– забезпечення збалансованості інтересів сторін, а також інших учасників судового процесу;

– наявності зв'язку між конкретним заходом до забезпечення позову і предметом позовної вимоги, зокрема чи спроможний такий захід забезпечити фактичне виконання судового рішення в разі задоволення позову;

– імовірності утруднення виконання або невиконання рішення господарського суду в разі невжиття таких заходів;

– запобігання порушенню у зв'язку із вжиттям таких заходів прав та охоронюваних законом інтересів осіб, що не є учасниками цього судового процесу[2].

Вважаємо, що запропоновані умови цілком можуть бути використані і при вирішенні питання щодо забезпечення позову в цивільному процесі.

Важливим є не тільки визначення умов для забезпечення позову, але й вирішення можливості забезпечення позову повністю або частково, оскільки законодавець ставить це залежно від обставин справи. Застосування повного або часткового забезпечення залежить від категорії та характеру конкретної справи. Найчастіше при забезпеченні позову враховуються вартість, конкретний вид предметів, матеріальний стан відповідача, їх повсякденна необхідність.

Ст. 150 ЦПК України передбачає види забезпечення позову[3]. Однак з аналізу норм ЦПК можна зробити висновок, що переважно законодавцем

[1] Музиченко А. Вжиття заходів забезпечення позову як підстава для притягнення судді до дисциплінарної відповідальності. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка.* Юридичні науки. Вип. 88. К., 2011. С. 118.

[2] Про деякі питання практики забезпечення позову : інформаційний лист Вищого господарського суду України від 12.12.2006 р. № 01-8/2776. Верховна Рада України. Законодавство України. URL : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v2776600-06 (дата звернення: 15.11.2023).

[3] Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 р. у редакції Закону № 2147-VIII від 03.10.2017 р. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15 (дата звернення: 07.12.2023).

застосовується термін «заходи» забезпечення позову, тому доцільно було б говорити про види заходів забезпечення позову, що обумовлює необхідність внесення відповідних змін до ст.150 ЦПК України.

Згідно зі ст.150 ЦПК України позов забезпечується:

1) накладенням арешту на майно та (або) грошові кошти, що належать або підлягають передачі або сплаті відповідачеві і знаходяться у нього чи в інших осіб;

2) накладенням арешту на активи, які є предметом спору, чи інші активи відповідача, які відповідають їхній вартості, у справах про визнання необґрунтованими активів та їх стягнення в дохід держави;

3) забороною вчиняти певні дії;

4) встановленням обов'язку вчинити певні дії у разі, якщо спір виник із сімейних правовідносин;

5) забороною іншим особам вчиняти дії щодо предмета спору або здійснювати платежі, або передавати майно відповідачеві чи виконувати щодо нього інші зобов'язання;

6) зупиненням продажу арештованого майна, якщо подано позов про визнання права власності на це майно і про зняття з нього арешту;

7) зупиненням стягнення на підставі виконавчого документа, який оскаржується боржником у судовому порядку;

8) зупиненням митного оформлення товарів чи предметів;

9) арештом морського судна, що здійснюється для забезпечення морської вимоги;

10) іншими заходами у випадках, передбачених законами, а також міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

Відповідно до статті 150 ЦПК України позов забезпечується, зокрема, накладенням арешту на майно та (або) грошові кошти, що належать або підлягають передачі або сплаті відповідачу і знаходяться в нього чи в інших осіб[1].

За змістом цієї норми під час розгляду заяви про застосування такого заходу забезпечення позову, як накладення арешту на майно або грошові кошти, потрібно виходити із того, що цей захід забезпечення обмежує право особи користуватися та розпоряджатися грошовими коштами або майном, тому може застосуватись у справі, в якій заявлено майнову вимогу, а спір вирішується про визнання права (інше речове право) на майно, витребування (передачу) майна, грошових коштів або про стягнення грошових коштів. Сума підданих арешту грошових коштів обмежується розміром позову та можливими судовими витратами, а арешт майна має стосуватися майна, належного

[1] Цивільний процесуальний кодекс України. Там само..

до предмета спору. Такі правові висновки викладені у постановах Верховного Суду від 15.01.2019 у справі № 915/870/18, від 05.09.2019 у справі № 911/527/19 та від 14.02.2020 у справі № 916/2278/19.

За висновками Верховного Суду, викладеними у постанові від 07.09.2020 у справі 921/634/19, накладення арешту в межах ціни позову на грошові кошти, що належать або підлягають передачі або сплаті відповідачу і знаходяться у нього чи в інших осіб, є одним із визначених законом способів забезпечення позову[1].

Враховуючи викладене, можна дійти до висновку, що стаття 150 ЦПК України визначає два окремі засоби забезпечення позову, а саме накладення арешту на майно та накладення арешту на грошові кошти, які за змістом цієї норми можуть застосовуватись одночасно або незалежно один від одного, беручи до уваги, що стаття 150 ЦПК України розмежовує поняття майна та грошових коштів для цілей вжиття заходів забезпечення позову шляхом накладення на них арешту. Відповідно арешт, накладений судом для забезпечення позову лише на майно, що належить або підлягає передачі відповідачу і знаходиться в нього чи в інших осіб, не розповсюджує свою дію на відповідні грошові кошти, оскільки для їх арешту суд має вжити окремий захід забезпечення позову, передбачений цією нормою.

Заборона відповідачеві вчиняти певні дії є видом забезпечення позову, яка спрямована проти активних учинків відповідача, що можуть ускладнити виконання ухваленого судом рішення. Вона може включати заборону використовувати певне майно, продавати контрафактну продукцію, заселяти житлову площу, укладати договір, вести ремонтні або будівельні роботи, передавати дитину іншим особам з метою приховати її місце знаходження у справі щодо передання дитини на виховання тощо[2].

С. Я. Фурса зазначає, що таке забезпечення може мати місце в немайнових позовах, наприклад, коли вирішується питання про визначення місця проживання дитини, суд може позивачці заборонити перешкоджати зустрічатися батькові з дитиною; заборонити користуватися майном (будинком, квартирою, земельною ділянкою), коли мають місце спори щодо визначення порядку користування цим майном чи визнання на це майно право власності[3].

[1] Постанова Верховного Суду від 07.09.2020 р. у справі № 921/634/19 на касаційну скаргу Товариства з обмеженою відповідальністю «Захід-Агротранс» на ухвалу Західного апеляційного господарського суду від 15.05.2020 р. URL : https://reyestr.court.gov.ua/Review/91340961 (дата звернення: 07.12.2023).

[2] Цивільний процесуальний кодекс України: Науково-практичний коментар. 2-ге вид. перероб. і доп. / За ред. Є.О. Харитонова, О.І. Харитонової, В.В. Васильченка, Н.Ю. Голубєвої та ін.-Х.: Одіссей, 2011. С. 426.

[3] Фурса С. Я. Цивільний процесуальний кодекс України : наук. - практ. комент. : у 2 т. Т. 1 К.: Фурса С.Я., КНТ, 2007. С.466.

Я. П. Зейкан вказує, що існує багато випадків, коли суд постановлює ухвали про вжиття заходів забезпечення у вигляді заборони на вчинення певних дій, які не пов'язані з предметом спору, не відповідають заявленим позивачем вимогам або ж такі, які взагалі не впливають на ускладнення при виконанні рішення чи запобігання можливих збитків у особи, що заявила клопотання. Тому одним із головних проблемних аспектів заборони вчинення певних дій як заходу забезпечення позову є його невизначеність щодо предмета. Сформульоване в такий спосіб забезпечення позову є занадто широким і може завдати істотної шкоди інтересам відповідача та судочинству в цілому. Тому суд повинен бути особливо скрупульозним при з'ясуванні причин і необхідності саме такого виду забезпечення позову. Було б чіткіше вказати про заборону іншим особам вчиняти певні дії щодо предмета спору[1].

У позовах про визнання права власності на виставлене на продаж арештоване майно законодавець передбачив можливість забезпечення позову шляхом зупиненням продажу арештованого майна. Дія наведеної норми права спрямована на те, щоб запобігти відчуженню майна в порядку виконання судового рішення, яке належить не боржнику, а іншій особі, що є цілком логічно.

Розглядаючи заяву про забезпечення позову, суд (суддя) має з урахуванням доказів, наданих позивачем на підтвердження своїх вимог, пересвідчитися, зокрема, в тому, що між сторонами дійсно виник спір та існує реальна загроза невиконання чи утруднення виконання можливого рішення суду про задоволення позову; з'ясувати обсяг позовних вимог, дані про особу відповідача, а також відповідність виду забезпечення позову, який просить застосувати особа, яка звернулася з такою заявою, позовним вимогам.

Заходи забезпечення позову застосовуються для того, щоб гарантувати виконання можливого рішення суду і повинні застосовуватися лише в разі необхідності, оскільки безпідставне звернення до таких дій може спричинити порушення прав та законних інтересів інших осіб чи учасників процесу.

Необхідність застосування заходів забезпечення позову випливає з фактичних обставин справи, які свідчать про наявність підстав вважати, що незастосування цього заходу призведе до утруднення, чи унеможливлення виконання рішення суду в разі задоволення позову.

Зупинення продажу арештованого майна, якщо подано позов про визнання права власності на це майно і про зняття з нього арешту, є спеціальним способом забезпечення позову, який застосовується лише у справах за позовом про визнання права власності на це майно.

[1] Зейкан Я. П. Захист у цивільній справі: наук.-практ. комент. К.: КНТ, 2008. С. 218.

Вказаний спосіб забезпечення позову жодним чином не перешкоджає державному/приватному виконавцю проводити виконавчі дії у межах виконавчого провадження з виконання цього рішення суду, а саме вживати заходів, спрямованих на розшук іншого майна, що належить на праві власності боржнику. Тобто зазначений спосіб забезпечення позову не зупиняє виконання судового рішення в іншій справі, а лише зупиняє продаж певного (спірного) майна, яке є предметом спору в іншій справі, а не всього майна боржника.

Більше того, зазначений вид забезпечення позову є ефективним і унеможливлює відкриття нових судових проваджень щодо оспорення результатів торгів у разі, якщо позов про визнання права власності на спірне майно буде задоволено[1].

При цьому варто відмітити, що недопустимо забезпечувати позов шляхом зупинення виконання судових рішень, що набрали законної сили.

Заходи забезпечення позову не повинні суперечити принципу верховенства права, складником якого є принцип правової визначеності; зокрема, недопустимо забезпечувати позов шляхом зупинення виконання судових рішень, що набрали законної сили, оскільки це не відповідає положенням Конституції України в частині обов'язковості виконання судових рішень; заходи забезпечення позову також мають застосовуватися лише в межах, заявлених у відповідній справі позовних вимог, відповідати критеріям співмірності, адекватності та розумності вимог заявника щодо забезпечення позову[2].

Враховуючи групи видів забезпечення позову (прямо передбачені в ЦПК України та заходи, передбачені іншими законами), повноваження суду застосовувати інші види цивільним процесуальним законом не обмежене. Законом не передбачені, які ж це можуть бути види забезпечення, ні умови їх застосування. Саме тому суд повинен керуватися конкретними обставинами справи, враховуючи також і обґрунтування, вказані в заяві забезпечення позову. Вони повинні бути співмірними із заявленими позивачем вимогами.

Однак виникає питання про те, чи може суд обрати інший вид забезпечення позову, ніж той, що просить заявник, враховуючи обставини справи?

---

[1] Постанова Верховного Суду від 05.12. р. у справі № 757/22558/20 на касаційну скаргу ОСОБА_3 на ухвалу Печерського районного суду м. Києва від 18 червня 2020 року та постанову Київського апеляційного суду від 03 грудня 2020 року. URL : https://reyestr.court.gov.ua/Review/107994355 (дата звернення : 07.12.2023).

[2] Постанова Верховного Суду від 22.12.2022 р. у справі № 640/32706/21 на касаційну скаргу Акціонерного товариства «Національна акціонерна компанія «Нафтогаз України», Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг на ухвалу Окружного адміністративного суду м. Києва від 26 травня 2022 року та постанову Шостого апеляційного адміністративного суду. URL : https://reyestr.court.gov.ua/Review/108025499 (дата звернення : 07.12.2023).

Вказуючи в ч.1 ст.152 ЦПК України види забезпечення позову, а в ч.2 цієї статті — про право суду вжити інші види, закон право суду самостійно обирати вид забезпечення позову не надає.

Імперативне начало в діяльності суду презюмує, що неприпустимо здійснювати ті процесуальні дії, про які учасники процесу не просили, якщо законом прямо не встановлено інше (наприклад, ч.3 ст.140 ЦПК України вказує, що суд сам або за клопотанням учасника процесу для участі в огляді доказів може залучити свідка, перекладача тощо).

Тому при застосуванні заходів забезпечення позову в суду відсутнє повноваження самостійно вибирати або змінювати вид таких заходів, він повинен або задовольнити те клопотання, що заявлене, або відмовити.

У Постанові Пленуму Верховного Суду України «Про практику застосування судами цивільного процесуального законодавства при розгляді заяв про забезпечення позову» зазначається, що при вирішенні питання щодо застосування певного виду забезпечення позову суди повинні виходити з того, що наведений у ч.1 ст.152 ЦПК України перелік видів такого забезпечення не є вичерпним, тому за наявності відповідного клопотання можуть бути застосовані й інші його види, але з урахуванням обмежень, установлених ч.4 зазначеної статті. Неприпустимо забезпечувати позов шляхом зупинення виконання судових рішень, що набрали законної сили. Судам слід ураховувати, що у справах окремих категорій позови можна забезпечувати за допомогою спеціальних заходів, які регулюються нормами відповідних законів[1].

У судовій практиці виникає питання: що це за інші види забезпечення позову, про що зазначено в ч.2 ст.152 ЦПК України?

На перший погляд, задум законодавця невідомий, тобто що саме мається на увазі:

1) це ті види забезпечення позову, які передбачені іншими законами;

2) чи будь-які інші, які просить заявник і з доцільністю яких погодиться суд, незалежно від того, передбачені вони в законі чи ні (тобто постає питання, чи передбачив законодавець відкритий перелік).

ЦПК України не встановлює вичерпного переліку заходів забезпечення позову. Отже, позивачі можуть звертати до суду із заявою про застосування інших (п.10 ч.1 ст.150 ЦПК України) заходів забезпечення позову[2], в такому випадку позивач повинен додатково обґрунтувати, що такі заходи не суперечать закону, правам та інтересам інших осіб.

[1] Про практику застосування судами цивільного процесуального законодавства при розгляді заяв про забезпечення позову : постанова Пленуму Верховного Суду України від 22.12.2006 р. № 9. Верховна Рада України. Законодавство України. URL : http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/va009700-06.

[2] Цивільний процесуальний кодекс України. Там само.

Суд, обираючи вид забезпечення позову в кожному випадку, повинен обирати такий спосіб, що найбільшою мірою спрямований на забезпечення предмета спору. Але при цьому слід мати на увазі, що суд обирає з тих видів, що вказані в заяві про забезпечення позову. А також види забезпечення позову або їх поєднання повинні бути співмірними із заявленими вимогами позивача.

У вирішенні питання про забезпечення позову суд має здійснити оцінку обґрунтованості доводів заявника щодо необхідності вжиття відповідних заходів з урахуванням розумності, обґрунтованості і адекватності вимог заявника щодо забезпечення позову; забезпечення збалансованості інтересів сторін, а також інших учасників судового процесу; наявності зв'язку між конкретним заходом до забезпечення позову і предметом позовної вимоги, зокрема, чи спроможний такий захід забезпечити фактичне виконання судового рішення в разі задоволення позову; імовірності утруднення виконання або невиконання рішення господарського суду в разі невжиття таких заходів; запобігання порушенню у зв'язку із вжиттям таких заходів прав та охоронюваних законом інтересів осіб, що не є учасниками цього судового процесу.

Співмірність передбачає зіставлення судом негативних наслідків від вжиття заходів забезпечення позову з тими негативними наслідками, які можуть настати в результаті невжиття цих заходів, з урахуванням відповідності права чи законного інтересу, за захистом яких заявник звертається до суду та наслідків заборони відповідачеві або іншим особам здійснювати певні дії[1].

Така умова при формулюванні «співмірність виду забезпечення» спрямована, головним чином, на захист прав осіб, щодо яких вживаються заходи забезпечення позову. Правила забезпечення позову спрямовані на створення умов ефективного захисту прав заявника за допомогою реалізації забезпечувальних заходів, прийняття яких при цьому, однак, не повинно призводити до необґрунтованого обмеження прав протилежної сторони або до її економічного краху. Співмірність у цьому випадку повинна означати відповідність певного виду забезпечення обсягу матеріально-правової вимоги[2].

Вимога співмірності є оціночною категорією для суду, що надає йому свободу розсуду і тому, в свою чергу, вимагає від суду певної аргументації свого рішення. Тому, враховуючи зазначене, суд повинен брати до уваги зіставлення виду та розміру забезпечення позову із заявленими позовними вимогами. При цьому суд повинен виходи з принципів справедливості та розумності, а також

[1] Постанова Верховного Суду від 11.09.2020 р. у справі № 910/16505/19 на касаційну скаргу Товариства з обмеженою відповідальністю «Укрфармгруп» на постанову Північного апеляційного господарського суду від 12.05.2020 р. URL : https://reyestr.court.gov.ua/Review/91466041 (дата звернення : 07.12.2023).

[2] Гарієвська М. Б. Забезпечення майнових інтересів учасників справи в цивільному процесі: порівняльно-правовий аспект. *Університетські наукові записки*. 2018. № 3-4. С. 98.

враховувати зіставлення виду та розміру забезпечення позову із інтересами відповідача. Важливе значення про розгляді судом питання про забезпечення позову має збереження балансу всіх учасників спірного правовідношення.

Іншою умовою забезпечення є відповідність розміру вимоги і співмірність виду забезпечення тим наслідкам, які може мати його прийняття для протилежної сторони. Якщо забезпечення позову призведе до заподіяння іншій особі значних збитків, то прийняття охоронних заходів без будь-яких додаткових умов проводитися не повинно.

Відступ від вимог пропорційності без будь-яких додаткових умов можливо тільки в одному випадку, коли, з одного боку, майно, стосовно якого обмежені права іншої сторони, є, за відомостями заявника, єдиним матеріальним засобом, на яке можливо в майбутньому звернути стягнення, і, з іншого боку, коли закон не вимагає[1].

Адекватність заходу забезпечення позову, що застосовується господарським судом, визначається його відповідністю вимогам, на забезпечення яких він вживається.

Обранням належного заходу забезпечення позову дотримується принцип зіставлення виду заходу забезпечення позову із вимогами позивача, чим, врешті, досягаються збалансованість інтересів сторін та інших учасників судового процесу під час вирішення спору, фактичне виконання судового рішення в разі задоволення позову та, як наслідок, ефективний захист або поновлення порушених чи оспорюваних прав або інтересів позивача без порушення або безпідставного обмеження при цьому прав та охоронюваних інтересів інших учасників справи.

Під час вирішення питання про вжиття заходів щодо забезпечення позову необхідно дотримуватися принципу їх співмірності із заявленими позивачем вимогами. Заходи щодо забезпечення позову можуть бути вжиті судом лише в межах предмета позову та не повинні порушувати прав інших осіб, не залучених до участі у справі. Під час вирішення питання про вжиття заходів щодо забезпечення позову слід враховувати, що такими заходами не повинні порушуватися права осіб, що не є учасниками справи, застосовуватися обмеження, не пов'язані з предметом спору.

Достатньо обґрунтованим для забезпечення позову є підтверджена доказами наявність фактичних обставин, з якими пов'язується застосування певного виду забезпечення позову.

Таким чином, звертаючись з відповідною заявою, позивач, серед іншого, повинен обґрунтувати причини звернення з такою заявою та надати суду

[1] Гарієвська М. Б. Забезпечення майнових інтересів учасників справи в цивільному процесі: порівняльно-правовий аспект. *Університетські наукові записки*. 2018. № 3-4. С. 98.

докази наявності фактичних обставин, з якими пов'язується застосування певного заходу забезпечення позову; наявність зв'язку між конкретним заходом забезпечення і предметом позовної вимоги; взаємопов'язаність заходу забезпечення з обставиною утруднення виконання чи невиконання рішення господарського суду, а саме, що обраний спосіб забезпечення спроможний запобігти відповідним утрудненням; імовірність утруднення виконання рішення або невиконання рішення господарського суду в разі невжиття таких заходів — саме з урахуванням предмета позову і неможливість виконання позовних вимог у випадку їх задоволення тощо[1].

Заходи забезпечення, вжиті судом, не повинні виходити за межі позовних вимог, а також порушувати інтереси відповідача, третіх осіб, а також осіб, які не беруть участі у справі.

Не допускається забезпечення позову шляхом накладення арешту на заробітну плату, пенсію та стипендію, допомогу по загальнообов'язковому державному соціальному страхуванню, яка виплачується у зв'язку з тимчасовою непрацездатністю (включаючи догляд за хворою дитиною), вагітністю та пологами, по догляду за дитиною до досягнення нею трирічного віку, на допомогу, яка виплачується касами взаємодопомоги, благодійними організаціями, а також на вихідну допомогу, допомогу по безробіттю, на майно або грошові кошти неплатоспроможного банку, а також на майно або грошові кошти Фонду гарантування вкладів фізичних осіб.

Ця вимога не поширюється на позови про стягнення аліментів, про відшкодування шкоди, заподіяної каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю фізичної особи, про відшкодування збитків, заподіяних злочином.

У будь-якому випадку основними умовами, якими повинен керуватися суд, вибираючи конкретний інший вид забезпечення позову, — повинен бути законним, тобто не заборонений законодавством, і його застосування не повинно з неминучістю вести до порушення закону, а також такий вид повинен бути реально виконуваним, у тому числі й щодо примусового виконання[2].

Таким чином, аналіз ч. 2 ст. 152 ЦПК України з урахуванням наведеного дає право передбачити, що законодавець дійсно надає право обирати інші види забезпечення позову, які передбачені іншими законами. У такому випадку суд в ухвалі про забезпечення позову повинен обґрунтувати, крім передбачених

[1] Постанова Верховного Суду від 11.09.2020 р. у справі № 910/16505/19 на касаційну скаргу Товариства з обмеженою відповідальністю «Укрфармгруп» на постанову Північного апеляційного господарського суду від 12.05.2020 р. URL : https://reyestr.court.gov.ua/Review/91466041 (дата звернення : 07.12.2023).

[2] Луспеник Д. Д. Практика розгляду судами заяв про забезпечення позовів при вирішенні спорів у цивільному судочинстві: спірні питання. *Юридичний журнал*. 2007. № 10. URL : http://www.justinian.com.ua/article.php?id=2786.

для загальних випадків умов, доцільність застосування саме такого виду забезпечення позову.

Виходячи з того, що ч. 5 ст. 153, ст. 210 ЦПК України зобов'язує суд мотивувати свій висновок, суд у кожному випадку повинен врахувати всі обставини, зазначені вище[1].

Невід'ємним структурним елементом судового рішення є його мотивувальна частина. Вона завжди є і сутнісною характеристикою його змісту, пов'язуючи правові висновки суду з установленими в судовому розгляді юридичними фактами, і послідовно відбиває процес формування переконання суду.

Вчинення процесуальної дії дискреційно повинно бути вмотивовано (бути окремою вимогою у відповідному процесуальному акті, випливати із конкретної цивільної справи, відповідати стадії розгляду справи та відповідній процесуальній ситуації). Вказівка на мотиви при реалізації дискреційних повноважень є важливим елементом недопущення зловживанню наданими повноваження та зведення до мінімуму суб'єктивної складової.

ЦПК України передбачає, що в мотивувальній частині зазначаються мотиви, з яких суд дійшов висновків (тобто висновок суду про обґрунтованість чи необґрунтованість заявленого клопотання), і закон, яким керувався суд, постановляючи ухвалу (тобто посилання на конкретну правову норму).

Вмотивованість як вимога, що пред'являється до судового рішення, означає обов'язковість наявності в ньому вичерпно аргументованих висновків суду. У необхідних випадках у рішенні також повинно міститися обґрунтування вибору кожної із застосованих судом норм права та їх тлумачення.

Мотиви — це всі ті міркування суду, за якими він прийшов до свого рішення. Викладення мотивів додає рішенню переконливості та робить висновок суду зрозумілим для всіх[2].

У постанові Пленуму Верховного Суду України «Про практику застосування судами цивільного процесуального законодавства при розгляді заяв про забезпечення позову» передбачено, що ухвала про забезпечення позову повинна включати мотивувальну частину, де поряд із зазначенням мотивів, із яких суд (суддя) дійшов висновку про обґрунтованість припущення про те, що невжиття заходів забезпечення може в майбутньому утруднити чи зробити неможливим виконання судового рішення, наводиться посилання на закон, яким суд керувався при постановленні ухвали[3].

[1] Цивільний процесуальний кодекс України. Там само.

[2] Шиманович О. М. До питання про зміст рішення суду в цивільних справах. *Ученые записки Таврического национального университета им. В. И. Вернадского. Серия «Юридические науки»*. 2009. Том 22 (61). № 1. С.146.

[3] Про практику застосування судами цивільного процесуального законодавства при розгляді заяв про забезпечення позову : постанова Пленуму Верховного Суду України від 22.12.2006 № 9. URL : http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/va009700-06 (дата звернення : 15.11.2023).

При прийнятті заходів забезпечення позову суду необхідно перевірити аргументованість заяви про забезпечення позову і застосовувати такі заходи у випадках, коли є реальна небезпека, що невжиття заходів забезпечення позову може призвести до утруднення або навіть неможливості в майбутньому виконати рішення суду, в тому числі, що внаслідок цього заявнику може бути завдано шкоди (хоча останнє обґрунтування не зазначено в ч. 3 ст. 151 ЦПК України). Усе це повинно бути мотивовано, а не шаблонний переписс диспозиції норми права[1].

Належне обґрунтування вчинення певної процесуальної дії вказує на те, що дискреційні повноваження не є безконтрольними. Мотиви, які спонукали суд при вчиненні процесуальної дії, сприяють можливості осіб, які беруть участь у справі, контролювати законність таких повноважень суду.

Обов'язок суду мотивувати прийняте рішення щодо забезпечення позову випливає з того, що відповідач не може надати суду свої заперечення, докази. А це свого роду є відступом від принципів змагальності, рівності сторін, гласності і не на користь тієї особи, стосовно якої заходи забезпечення позову вживаються.

З урахуванням дискреційних повноважень це наводить на висновок, що суд, приймаючи правозастосовний акт, щоразу встановлює не лише юридичні факти, які передбачені в нормі, але й ті факти, які в нормі не передбачені, але яким суд надає юридичне значення. Саме ці останні факти й будуть обґрунтовувати вибір судом одного з передбачених дискреційною нормою варіантів[2].

Отже, суд при вирішенні питання про забезпечення позову повинен врахувати обґрунтованість фактичної підстави забезпечення позову; характер стягнення, стан і місце знаходження речей, щодо яких виник спір, матеріальне становище відповідача, підставу пред'явлення позову й на інші обставини; співмірність виду та розміру способу забезпечення позову заявленим вимогам, а також їх відповідність інтересам відповідача; доцільність внесення застави позивачем.

Вжиття заходів забезпечення позову повинно відбуватись за наявності для цього причин та обґрунтування вказаних обставин. Це створить хоча б деякий бар'єр для задоволення абсолютно безпідставних клопотань та виступатиме межею реалізації дискреційних повноважень суду щодо забезпечення позову[3].

[1] Луспеник Д. Д. Практика розгляду судами заяв про забезпечення позовів при вирішенні спорів у цивільному судочинстві: спірні питання. *Юридичний журнал.* 2007. № 10. URL : http://www.justinian.com.ua/article.php?id=2786 (дата звернення: 15.11.2023).

[2] Луспеник Д. Д. Практика розгляду судами заяв про забезпечення позовів при вирішенні спорів у цивільному судочинстві: спірні питання. *Юридичний журнал.* 2007. № 10. URL : http://www.justinian.com.ua/article.php?id=2786 (дата звернення: 15.11.2023).

[3] Гарієвська М. Б. Дискреційні повноваження суду при розгляді цивільних справ у суді першої інстанції : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2017. С. 132.

У випадку ж, коли суд відмовляє в застосуванні заходів забезпечення позову, він повинен зазначити, що, незважаючи на наявність нормативних та фактичних підстав для забезпечення позову (ч. 3 ст. 151 ЦПК України), є такі обставини, які виключають можливість їхнього застосування. При цьому ці обставини не повинні виводитись з інших правових норм шляхом їх тлумачення, а повинні бути індивідуальними, тобто такими, що можуть застосовуватись лише в цій справі.

По-перше, незастосування заходів забезпечення позову за наявності для цих умов само по собі може потягти неможливість або ускладненість при виконанні судового рішення, що було б порушенням права на справедливий судовий розгляд за змістом ст. 6 Конвенції, оскільки виконання рішення суду є складовою, невід'ємною частиною судового розгляду.

По-друге, з погляду інституту забезпечення позову, не має сенсу вказувати на конкретні умови для цього, при цьому допускати, що, зважаючи на специфіку конкретної справи, можуть існувати такі обставини, які виключають можливість застосування заходів забезпечення. Мається на увазі не обставини, які можуть встановлюватись у законі, а про обставини, яким суд у рамках конкретної справи надає юридичне значення, які виключають можливість застосування заходів забезпечення позову[1].

Ч. 1 ст. 151 ЦПК України передбачає, що суд може за заявою однієї зі сторін, і зважаючи на пояснення другої сторони, допустити заміну одного способу забезпечення позову іншим[2].

Заміна одного виду забезпечення позову іншим проводиться, зокрема, у випадках, коли раніше встановлений вид забезпечення не захищає прав позивача і не може гарантувати виконання рішення або коли цей захід невиправдано обмежує права відповідача. Заміна виду забезпечення таких сум можлива без згоди позивача у спорах про стягнення коштів шляхом внесення відповідачем коштів на депозитний рахунок суду. Розмір суми повинен відповідати вимогам, зазначеним у позовній заяві. Суд не може з власної ініціативи зобов'язати відповідача внести на депозит суду витребувану позивачем суму, так як це є правом відповідача. Однак внесення відповідачем спірної грошової суми на депозит суду і подання відповідної заяви зобов'язує суд скасувати раніше обраний спосіб забезпечення позову.

Ст. 154 ЦПК України передбачає два випадки, коли суд може скасувати заходи забезпечення позову. Так, у ч. 3 ст. 154 ЦПК України вказано, що

[1] Луспеник Д. Д. Практика розгляду судами заяв про забезпечення позовів при вирішенні спорів у цивільному судочинстві: спірні питання. *Юридичний журнал*. 2007. № 10. URL : http://www.justinian.com.ua/article.php?id=2786 (дата звернення : 15.11.2023).

[2] Цивільний процесуальний кодекс України. Там само.

заходи забезпечення позову можуть бути скасовані судом, який розглядає справу. З аналізу цієї норми може скластись уявлення про те, що суд у будь-якому випадку може скасувати заходи забезпечення позову. Однак це не так. Провівши системний аналіз ст. 154 ЦПК України, ми прийшли до висновку, що суд може скасувати заходи забезпечення позову тільки в разі подання особою, стосовно якої вжито заходи забезпечення позову без її повідомлення, заяву про їх скасування. Зі змісту наведених норм випливає, що суд не вправі з власної ініціативи скасувати заходи забезпечення позову до ухвалення рішення по справі[1].

У ч. 6 цієї ж статті положення про можливість скасування заходів забезпечення позову конкретизовано і зазначено, що якщо в задоволенні позову було відмовлено, провадження у справі закрито або заяву залишено без розгляду, вжиті заходи забезпечення позову застосовуються до набрання судовим рішенням законної сили. Проте суд може одночасно з ухваленням судового рішення або після цього постановити ухвалу про скасування заходів забезпечення позову. Саме такий зміст норми вказує на те, що суд самостійно вирішує, чи є умови для скасування заходів забезпечення позову. Але таке питання може вирішуватись тільки під час ухвалення рішення суду або ж після його ухвалення.

Суд при задоволенні позову не вправі скасовувати вжиті заходи до виконання рішення або зміни способу його виконання, за винятком випадків, коли потреба в забезпеченні позову з тих чи тих причин відпала або змінились обставини, що зумовили його застосування. Тобто суд може на власний розсуд скасувати заходи забезпечення позову. Умовою для скасування заходів забезпечення позову в такому випадку можуть бути будь-які обставини, які свідчать про відсутність потреби в забезпеченні позову, про неефективність вжитих заходів, про невідповідність вжитих заходів дійсним обставинам справи, про наявність зловживань з боку позивача при вирішенні питання про забезпечення позову[2].

Враховуючи те, що вжиття заходів забезпечення позову спрямоване на захист інтересів позивача, потрібно забезпечити баланс інтересів. Оскільки вжиття заходів забезпечення позову може завдати збитків відповідачу, тому в ЦПК України передбачено зустрічне забезпечення.

Зустрічне забезпечення позову — це процесуальний інститут, покликаний гарантувати баланс інтересів сторін у разі забезпечення судом позову на

[1] Гарієвська М. Б. Дискреційні повноваження суду при розгляді цивільних справ у суді першої інстанції : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2017. С. 136.

[2] Цивільний процесуальний кодекс України: науково-практичний коментар. С. С. Бичкова [та ін.] ; ред. С. С. Бичкової. К. : Атіка, 2008. С.377.

користь позивача. Згідно зі ст.154 ЦПК України суд може вимагати від особи, яка звернулася із заявою про забезпечення позову, забезпечити відшкодування збитків відповідача, які можуть бути спричинені забезпеченням позову (зустрічне забезпечення)[1]. Зустрічне забезпечення застосовується тільки у випадку забезпечення позову.

Зустрічне забезпечення застосовується, з метою захисту прав відповідача від понесення можливих збитків, що можуть настати в результаті вжиття заходів забезпечення позову, збалансування прав та інтересів учасників справи.

У юридичній літературі зустрічне забезпечення прийнято поділяти на первинне та вторинне. Положення ч.4 ст.153 ЦПК України регулюють первинне зустрічне забезпечення та передбачають дії особи, яка звертається з клопотанням про застосування забезпечувальних заходів, і спрямовані на забезпечення відшкодування можливих для відповідача збитків. Вторинне зустрічне забезпечення закріплене у ч.2 ст.154 ЦПК України, відповідно до якої в разі забезпечення позову про стягнення грошових коштів відповідач може з дозволу суду замість допущеного виду забезпечення внести на депозитний рахунок суду суму, зазначену в позовній заяві. Тобто це дії відповідача, що здійснюються з метою не допустити застосування забезпечувальних заходів і уберегтися тим самим від можливих для нього збитків.

Схожість між первинним і вторинним зустрічним забезпеченням полягає в тому, що в будь-якому випадку воно надається з метою звести до мінімуму можливість виникнення збитків у відповідача[2].

Суд може вимагати від особи, яка звернулася із заявою про забезпечення позову, забезпечити відшкодування збитків відповідача, які можуть бути спричинені забезпеченням позову (ч.1 ст.154 ЦПК України).

Застосування зустрічного забезпечення законодавець відносить до дискреційних повноважень суду. ЦПК України передбачає тільки два випадки, коли забезпечувальні заходи застосовуються обов'язково. В інших випадках застосування зустрічного забезпечення здійснюється на вимогу суду або в разі задоволення клопотання відповідача про зустрічне забезпечення.

Д.Луспеник звертає увагу на те, що обов'язкове зустрічне забезпечення існує в небагатьох країнах і передбачене щодо певного кола осіб, наприклад, іноземців, проте в окремих країнах це вважається порушенням ст.6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод щодо вільного доступу до суду, оскільки тут є певна дискримінація. Враховуючи зазначене, судам слід дуже ретельно перевіряти правові підстави та подані докази в разі

[1] Цивільний процесуальний кодекс України. Там само.

[2] Алєксєєва Н.С. Зустрічне забезпечення як засіб захисту інтересів відповідача в цивільному процесі. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції.* 2017. № 3. С. 43.

застосування наведеної норми, а в разі сумніву — виносити питання в судове засідання[1].

Що ж до зустрічного забезпечення, то законом так само не встановлено обов'язку суду вимагати від особи, яка звертається із заявою про забезпечення позову, забезпечити відшкодування можливих збитків відповідача, які можуть бути спричинені забезпеченням позову (частина перша статті 141 ГПК України): відповідна вимога лише може висуватися судом з урахуванням обставин справи, але не визначається як неодмінна умова забезпечення позову[2].

Суд зобов'язаний застосовувати зустрічне забезпечення, якщо:

1) позивач не має зареєстрованого в установленому законом порядку місця проживання (перебування) чи місцезнаходження на території України та майна, що знаходиться на території України, в розмірі, достатньому для відшкодування можливих збитків відповідача, які можуть бути спричинені забезпеченням позову, у випадку відмови у позові; або

2) суду надані докази того, що майновий стан позивача або його дії щодо відчуження майна чи інші дії можуть ускладнити або зробити неможливим виконання рішення суду про відшкодування збитків відповідача, які можуть бути спричинені забезпеченням позову, у випадку відмови в позові.

Зустрічне забезпечення, як правило, здійснюється шляхом внесення на депозитний рахунок суду грошових коштів у розмірі, визначеному судом.

Якщо позивач з поважних причин не має можливості внести відповідну суму, зустрічне забезпечення також може бути здійснено шляхом:

1) надання гарантії банку, поруки або іншого фінансового забезпечення на визначену судом суму та від погодженої судом особи, щодо фінансової спроможності якої суд не має сумнівів;

2) вчинення інших визначених судом дій для усунення потенційних збитків та інших ризиків відповідача, пов'язаних із забезпеченням позову.

Розмір зустрічного забезпечення визначається судом з урахуванням обставин справи. Заходи зустрічного забезпечення позову мають бути співмірними із заходами забезпечення позову, застосованими судом, та розміром збитків, яких може зазнати відповідач у зв'язку із забезпеченням позову.

Д. Луспеник вказує, що оцінка співмірності здійснюється, крім іншого, з урахуванням зіставлення права та інтересу, які просить захистити заявник,

[1] Луспеник Д. Зустрічне забезпечення. Кілька складних питань щодо застосування нового інституту, з якими стикнуться судді. URL : https://zib.com.ua/ua/print/130073-kilka_skladnih_pitan_schodo_zastosuvannya_zustrichnogo_zabez.html (дата звернення: 17.11.2023).

[2] Постанова Верховного Суду від 19.02.2019 р. у справі № 911/1695/18 на касаційну скаргу на ухвалу господарського суду Київської області від 20.08.2018 (суддя Кошик А.Ю.) та постанову Північного апеляційного господарського суду від 12.12.2018 р. URL : https://reyestr.court.gov.ua/Review/80052595 (дата звернення: 07.12.2023).

вартості майна, на яке накладається арешт, або майнових наслідків заборони відповідачеві вчиняти певні дії. При цьому в ухвалі про забезпечення позову або про зустрічне забезпечення вказується розмір останнього або інші дії, які повинен вчинити заявник у порядку зустрічного забезпечення, а також строк його надання, котрий не може перевищувати 10 днів з дня постановлення ухвали[1].

Питання застосування зустрічного забезпечення вирішується судом в ухвалі про забезпечення позову або в ухвалі про зустрічне забезпечення позову.

Якщо клопотання про зустрічне забезпечення подане після застосування судом заходів забезпечення позову, питання зустрічного забезпечення вирішується судом протягом десяти днів після подання такого клопотання. Копія ухвали про зустрічне забезпечення направляється учасникам справи не пізніше наступного дня після її постановлення. В ухвалі про забезпечення позову або про зустрічне забезпечення зазначаються розмір зустрічного забезпечення або інші дії, що повинен вчинити заявник у порядку зустрічного забезпечення.

Строк надання зустрічного забезпечення визначається судом та не може перевищувати десяти днів з дня постановлення ухвали про забезпечення позову або ухвали про зустрічне забезпечення, якщо інше не випливає зі змісту заходів зустрічного забезпечення. Особа, за заявою якої застосовані заходи забезпечення позову із застосуванням зустрічного забезпечення, протягом визначеного судом строку має надати суду документи, що підтверджують надання зустрічного забезпечення. Якщо особа, за заявою якої застосовані заходи забезпечення позову, не виконує вимоги суду щодо зустрічного забезпечення у визначений судом строк, суд скасовує ухвалу про забезпечення позову та про зустрічне забезпечення[2].

Ухвала про зустрічне забезпечення може бути оскаржена разом із ухвалою про забезпечення позову або окремо.

Дискреційні повноваження суду повинні дозволяти ухвалювати оптимальні та доцільні рішення, тобто максимально повно забезпечувати виконання встановлених цивільним процесуальним правом завдань судочинства щодо розгляду цивільної справи, сприяючи при цьому узгодженості інтересів держави, суспільства і особи; вони є індикатором прогресивності, ефективності та незалежності судової гілки влади; дозволяють забезпечити

[1] Луспеник Д. Зустрічне забезпечення. Кілька складних питань щодо застосування нового інституту, з якими стикнуться судді. URL : https://zib.com.ua/ua/print/130073-kilka_skladnih_pitan_schodo_zastosuvannya_zustrichnogo_zabez.html (дата звернення: 17.11.2023).

[2] Гарієвська М. Б. Забезпечення майнових інтересів учасників справи в цивільному процесі: порівняльно-правовий аспект. *Університетські наукові записки*. 2018. № 3-4. С. 99.

врахування конкретних обставин справи, гнучко підходити до захисту прав і законних інтересів осіб; сприяють виробленню сталої судової практики.

При застосуванні засади доцільності в процесі розгляду справ у судах мова йде про знаходження оптимального вирішення правового питання у випадках, коли в межах, встановлених законом, є можливою реалізація дискреційних повноважень. При цьому суд повинен виходити з мети, яку прагнув досягти законодавець, і правового статусу осіб, які беруть участь у справі, при вчиненні конкретної процесуальної дії. Без урахування мети вчинення певної процесуальної дії реалізація будь-якого дискреційного повноваження суду буде формальною і недоцільною.

Отже, при вирішенні питання про забезпечення позову суд повинен взяти до уваги, перш за все, обґрунтованість підстави забезпечення позову, співмірність виду та розміру способу забезпечення позову заявленим вимогам, а також їхню відповідність інтересам відповідача; при цьому необхідно звернути увагу на доцільність зустрічного забезпечення позивачем.

Обов'язок суду мотивувати прийняте рішення стосовно забезпечення позову випливає з того, що відповідач не може надати суду свої заперечення, докази. А це свого роду є відступом від принципів змагальності, рівності сторін, гласності і не на користь тієї особи, стосовно якої заходи забезпечення позову вживаються.

Вжиття заходів забезпечення позову повинно відбуватись за наявності для цього підстав та обґрунтування вказаних обставин. Це створить хоча б деякий бар'єр для задоволення абсолютно безпідставних клопотань та виступатиме межею здійснення дискреційних повноважень суду щодо забезпечення позову.

4.8. Порядок розгляду цивільних справ судом апеляційної інстанції

Рішення суду першої інстанції, ухвалені за результатами розгляду справ, що виникають із зобов'язальних правовідносин, виступають самостійним об'єктом оскарження. Ст.129 Конституції України визначає право учасників подати апеляційну скаргу на рішення суду першої інстанції[1]. Апеляційний перегляд рішень суду першої інстанції, ухвалених за результатами розгляду справ, що виникають із зобов'язальних правовідносин, виступає засобом виправлення помилок, якщо такі будуть допущені судом першої інстанції.

[1] Конституція України. Прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 р. *Відомості Верховної Ради України.* 1996. № 30. Ст. 141; 2005. № 2. Ст. 44; 2011. № 10. Ст. 68; 2014. № 11.Ст. 142, 143; 2016. № 28. Ст. 532; 2019. № 9. Ст. 50; 2019. № 38. Ст. 160.

Апеляційний перегляд є найбільш доступним та оптимальним на сьогодні способом перевірки судових рішень.

Перевірка законності та обґрунтованості судових рішень лежить в основі апеляційної діяльності та становить сутність апеляційного провадження. На це вказує ч.1 ст.367 ЦПК України. Вона передбачає не повторний розгляд справи, а перевірку законності та обґрунтованості рішень суду першої інстанції. Це положення підтверджується й розміщенням глави «Апеляційне провадження» саме в розділі «Перегляд судових рішень».

Наприклад, результати судової статистики за 2022 рік вказують на те, що у справах у спорах, що виникають із правочинів, найбільш оскаржуваними є рішення щодо надання послуг (переглянуто 1480 рішень, із них скасовано – 460, змінено – 142, визнано нечинними – 4), рішення щодо позики, кредиту, банківського вкладу (переглянуто 3611 рішень, із них скасовано – 2504, змінено – 677, визнано нечинними – 33)[1].

Широке поширення має оскарження рішень суду у справах про недоговірні зобов'язання. Найбільший відсоток із них становлять рішення суду про відшкодування шкоди. Зокрема у 2022 році було переглянуто 2312 рішень, із них скасовано – 1075, змінено – 501, визнано нечинними – 13[2].

Ефективність апеляційного провадження залежить від встановленої процесуальної форми, належної процедури розгляду, що визначаються як рівнем її регламентації, так і дотримання судами апеляційної інстанції. Розгляд справи в суді апеляційної інстанції відбувається за правилами, встановленими для розгляду справи судом першої інстанції у порядку спрощеного позовного провадження. Водночас апеляційне провадження має свою мету, предмет судового розгляду, що відрізняє його від провадження в суді першої інстанції. Розгляд справи в суді апеляційної інстанції враховує особливості, встановлені гл.1 «Апеляційне провадження» розділу V «Перегляд судових рішень» ЦПК України. Правила, встановлені лише для розгляду справ у першій інстанції, судом апеляційної інстанції не застосовуються.

Судовий розгляд справи — центральна стадія апеляційного провадження, яка спрямована на безпосередню перевірку законності та (або) обґрунтованості судового рішення, яке не набрало законної сили. ЦПК України визначає загальний порядок розгляду справ судом апеляційної інстанції та особливості розгляду в апеляційному порядку окремих категорій справ. Ухвалення 03 жовтня 2017р. Закону України «Про внесення змін до Господарського

[1] Звіт судів апеляційної інстанції про розгляд апеляційних скарг у порядку цивільного судочинства за 2022 рік. Судова влада України. URL : https://court.gov.ua/inshe/sudova_statystyka/zvit_dsau_2022

[2] Звіт судів апеляційної інстанції про розгляд апеляційних скарг у порядку цивільного судочинства за 2022 рік. Судова влада України. URL : https://court.gov.ua/inshe/sudova_statystyka/zvit_dsau_2022

процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів»[1] є важливим кроком на шляху вдосконалення процесуальної форми розгляду цивільних справ судом апеляційної інстанції, розширення підходів до неї.

До прийняття 03 жовтня 2017 р Закону України «Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів» існувала одна процесуальна форма розгляду цивільних справ у суді апеляційної інстанції — судове засідання. Зазначений закон розширив види форм судового розгляду в судовому засіданні. Чинна редакція ЦПК України передбачає розгляд справ у судовому засіданні з повідомленням учасників справи (ст. 368 ЦПК України) та розгляд окремих категорій справ без повідомлення її учасників (ст. 369 ЦПК України). Судові рішення першої інстанції, ухвалені за результатами розгляду справ, що виникають із зобов'язальних правовідносин, можуть бути переглянуті як у судовому засіданні, так і без повідомлення учасників справи.

Основною процесуальною формою судового розгляду в суді апеляційної інстанції виступає судове засідання. Про його проведення повідомляються учасники справи.

Зважаючи на дію принципу гласності, діяльність суду апеляційної інстанції відбувається, як правило, у відкритому судовому засіданні. Розгляд справи в закритому засіданні суду апеляційної інстанції допускається в тих же випадках, у яких справа може слухатись у закритому засіданні в суді першої інстанції.

Слід зазначити, що можливість проведення закритих судових засідань передбачена і міжнародними нормами, причому в більш широкому обсязі, ніж у нашому законодавстві. Вартою уваги є і позиція Європейського суду, відповідно до якої будь-яка особа може відмовитись від свого права на публічний судовий розгляд. Така відмова може бути заявлена за власним бажанням, але вона не є обов'язковою для суду[2].

Зважаючи на те, що розгляд справи в суді апеляційної інстанції становить окремий вид провадження, закритий розгляд цивільної справи в суді першої інстанції автоматично не призводить до аналогічного розгляду справи в суді апеляційної інстанції. Тобто в разі виникнення підстав, визначених ст. 6 ЦПК

[1] Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів : Закон України від 03 жовтня 2017 р. № 2147–VIII. *Відомості Верховної Ради України.* 2017. № 48. Ст. 436.

[2] Кононенко В. І. Неупередженість суддів. *Вісник Верховного Суду України.* 2002. № 2 (30). С. 57-58.

України, суд апеляційної інстанції повинен вирішити питання і винести про це мотивовану ухвалу[1].

Зміст процесуальних дій, послідовність їх здійснення під час розгляду справ у суді апеляційної інстанції дозволяють виділити певні складові засідання суду апеляційної інстанції. Вони в науковій літературі, зазвичай, називаються частинами, іноді — підстадіями[2].

Проте поняття «підстадії» застосовується вченими-процесуалістами також під час розгляду стадій цивільного судочинства. Наприклад, М. Й. Штефан вказує на фазу (підстадію) судового розгляду[3]. У науковій літературі це поняття іноді не розмежовується з поняттям «стадія». Окремі вчені ототожнюють поняття «стадія» та «провадження». На думку Ю. С. Червоного, перегляд рішень та ухвал в апеляційному порядку виступає стадією цивільного процесу, яка складається із:

а) відкриття стадії апеляційного перегляду рішень та ухвал, що не набрали законної сили;

б) підготовки до розгляду справи в апеляційному порядку;

в) розгляду справи по суті;

г) прийняття та проголошення апеляційним судом судового рішення[4].

Н. А. Зражевська вважає, що апеляційне провадження є стадією процесу, а підготовка справи до розгляду, судовий розгляд є елементами стадії[5].

Також має місце застосування поняття «стадія» як до судового розгляду, так і до самого апеляційного провадження. Вважаємо, що не можна ототожнювати поняття «провадження» та «стадія», які мають різні характерні для них риси.

Наявність різних позицій із зазначеної проблеми зумовлено відсутністю в науці цивільного процесуального права єдиного підходу до розуміння системи, структури цивільного процесу, визначення та розмежування таких його елементів, як: процесуальна стадія, підстадія, провадження. Тому, на нашу думку, для виділення складових судового засідання необхідно застосовувати саме поняття «частина».

У науковій літературі немає його легального визначення. М. Й. Штефан звертає увагу на те, що кожна частина (підстадія) має своє завдання та

[1] Трач О. М. Порядок розгляду справ судом апеляційної інстанції в цивільному процесі України : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Львів : Львівський національний університет імені Івана Франка, 2009. 221 с.

[2] Штефан М. Й. Цивільне процесуальне право України, академічний курс : підруч. Київ : Видавничий дім «Ін Юре», 2001. С. 32.

[3] Штефан М. Й. Вказана праця. С. 18, 19.

[4] Гражданский процесс Украины / под ред. Ю. С. Червоного. Киев : Истина, 2006. С. 339.

[5] Зражевська Н. О. Особливості підготовки цивільних справ до розгляду апеляційним судом.URL : http://kia.court.gov.ua/sud2690/1j/4q/67102/

відповідний зміст[1]. І. А. Безлюдько вказує на те, що складові судового засідання спрямовані на досягнення проміжних цілей судового розгляду та поєднують процесуальні дії суду та інших учасників процесу. На кожному етапі суд вирішує певне коло питань та виконує поставлені завдання[2].

З вищенаведених положень можна виділити такі ознаки, які характеризують частину судового засідання:

— сукупність процесуальних дій суду та інших учасників процесу;

— виконання проміжних цілей судового розгляду;

— розв'язання визначеного кола питань;

— наявність самостійного завдання.

На нашу думку, виконання проміжних цілей судового розгляду не виступає ознакою частини судового засідання. Мета — це те, чого хтось прагне, чого хоче досягти[3], тобто те, на що спрямована процесуальна діяльність. У зв'язку з тим, що судове засідання є процесуальною формою стадії судового розгляду, воно, а також його частини, не можуть мати проміжних цілей. Процесуальна діяльність, що здійснюється в них, спрямована на досягнення мети стадії судового розгляду.

Наведений перелік ознак, на нашу думку, не є вичерпним. До них слід також віднести такі:

1) складова судового засідання;

2) наявність внутрішньої структури;

3) регламентованість окремою групою норм ЦПК України;

4) чітка послідовність вчинення процесуальних дій учасниками процесу;

5) одержання правового результату;

6) досягнення юридичних наслідків;

7) послідовність частин судового засідання.

Внутрішня структура частини судового засідання обумовлюється визначеними перед нею завданнями. Наприклад, елементами підготовчої частини судового засідання[4] є відкриття судового засідання, визначення наслідків неявки в судове засідання учасників справи та інших учасників процесу, оголошення складу суду апеляційної інстанції, роз'яснення прав та обов'язків перекладачу, експерту, приведення їх до присяги, роз'яснення прав та обов'язків учасникам справи (за потреби), а також спеціалістам, розгляд заяв

[1] Штефан М. Й. Вказана праця. С. 374.

[2] Цивільне процесуальне право України : навч. посіб. / за заг. ред. С. С. Бичкової. Київ : Атіка, 2006. С. 225.

[3] Великий тлумачний словник сучасної української мови / уклад. і голов. ред. В. Т. Бусел. К., Ірпінь : ВТФ «Перун», 2004. С. 520.

[4] Така назва стадії є усталеною у національній доктрині цивільного процесу. У чинному ЦПК України вона йменується як «Розгляду справи по суті».

та клопотань учасників справи. Вказані елементи складаються з сукупності процесуальних дій.

Учасники процесу у відповідній частині судового засідання повинні вчиняти процесуальні дії в чіткій послідовності, яка визначається послідовністю викладення норм у ЦПК України. Ця ознака обумовлена тим, що довільний порядок вчинення процесуальних дій може призводить до втрати юридичних наслідків, які могли б настати в результаті вже вчинених дій, або скасування судового рішення, а також до неможливості вчинення окремих дій, передбачених ЦПК України. Проте слід зазначити, що послідовність викладення норм у ЦПК України є недосконалою та потребує внесення змін.

Вчинення процесуальних дій у певній частині судового засідання спрямоване на одержання правового результату. Вони настають тоді, коли дотримано послідовності вчинення процесуальних дій, виконано поставлені завдання. Наприклад, вчинювані в підготовчій частині судового засідання процесуальні дії забезпечують створення відповідних умов для розгляду апеляційної скарги, як частини судового засідання. Юридичними наслідками частини судового засідання є перехід до наступної частини.

Для кожної частини судового засідання ЦПК України передбачено окрему групу норм. Частини судового засідання характеризується послідовністю їх настання. Після завершення однієї частини, як правило, здійснюється перехід до наступної частини. Так, наприклад, після підготовчої частини судового засідання має місце розгляд апеляційної скарги. Як виняток, перехід до наступної частини судового засідання може не наставати в результаті реалізації окремих диспозитивних прав учасниками справи, встановлення судом відсутності умов реалізації права на звернення до суду або ж порушення його порядку.

Таким чином, частина судового засідання — його складова, яка виступає сукупністю процесуальних дій суду, учасників справи, інших учасників процесу, що врегульовані окремою групою цивільних процесуальних норм, вчиняються у чіткій послідовності та спрямовані на вирішення конкретного процесуального завдання судового розгляду.

У науковій літературі відсутня єдність поглядів щодо понятійного, кількісного виділення частин судового засідання суду апеляційної інстанції. Так, П. І. Шевчук, В. В. Кривенко виділяють три частини засідання суду апеляційної інстанції: 1) підготовчу; 2) розгляд апеляційної скарги; 3) постановлення та проголошення судового рішення[1]. Г. В. Чурпіта вказує, що засідання суду апеляційної інстанції складається з чотирьох частин: підготовчої, розгляд справи

[1] Шевчук П. І., Кривенко В. В. Апеляційне провадження за новим цивільним процесуальним законодавством. Вісник Верховного Суду України. 2001. № 4. С. 34.

по суті, судових дебатів, прийняття та проголошення судового рішення[1]. Такої ж позиції дотримуються В. П. Паліюк[2], Д. Ю. Цихоня[3]. На думку К. В. Гусарова, судове засідання включає чотири частини: підготовчу, з'ясування обставин і перевірку їх доказами, судові дебати, прийняття та оголошення рішення або ухвали[4].

Відсутність єдності щодо структури судового засідання обумовлена наявністю різних поглядів щодо визначення місця судових дебатів як у засіданні суду першої інстанції, так і суду апеляційної інстанції. У науковій літературі з цього питання існують дві протилежні погляди. Одні вчені-процесуалісти вважають, що судові дебати на стадії судового розгляду входять до розгляду апеляційної скарги і не можуть виступати самостійною частиною засідання суду. Таку думку поділяють, зокрема, П. І. Шевчук, В. В. Кривенко[5]. Інші вчені, наприклад: К. В. Гусаров, Г. В. Чурпіта, Д. Ю. Ціхоня — дотримуються позиції, що судові дебати є самостійною частиною[6].

Вказані вище твердження були наведені в літературі до набрання чинності ЦПК України в редакції від 03 жовтня 2017 р. Ця редакція фактично нормативно закріпила концепцію поділу судового засідання, що має місце в суді першої інстанції, на частини. Стадія судового розгляду названа як «Розгляд справи суті», яка відбувається у формі судового засідання, і закріплена у главі 6 розділу III «Позовне провадження», що включає такі параграфи, як: «Відкриття розгляду справи по суті», «З'ясування обставин справи та дослідження доказів», «Судові дебати та прийняття рішення». Вважаємо, що стосовно розгляду справи в суді апеляційної інстанції така концепція поділу судового засідання неприйнятна, оскільки відмінними є мета та завдання провадження в суді першої та апеляційної інстанцій, що має безпосередній вплив на комплекс процесуальних дій, що здійснюються в судовому засіданні в суді апеляційної інстанції, їхня спрямованість.

---

[1] Цивільний процесуальний кодекс України : науково-практичний коментар / за заг. ред. С. С. Бичкової. Київ : Атіка, 2008. С. 620.

[2] Цивільний процес України : підруч. / за ред. Є. О. Харитонова, О. І. Харитонової, Н. Ю. Голубєвої. Київ : Істина, 2012. С. 413

[3] Цихоня Д. Ю. Оскарження судових рішень, ухвалених судами першої інстанції : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Одеса : Нац. ун-т «Одеська юридична академія», 2015. С. 145.

[4] Курс цивільного процесу : підруч. / за ред. В. В. Комарова. Х. : Право, 2011. С. 853.

[5] Шевчук П. І., Кривенко В. В. Апеляційне провадження за новим цивільним процесуальним законодавством. *Вісник Верховного Суду України*. 2001. № 4. С. 34.

[6] Курс цивільного процесу : підруч. / за ред. В. В. Комарова. Х. : Право, 2011. С. 853; Цивільний процесуальний кодекс України : науково-практичний коментар / за заг. ред. С. С. Бичкової. Київ : Атіка, 2008. С. 620; Цихоня Д. Ю. Оскарження судових рішень, ухвалених судами першої інстанції : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Нац. ун-т «Одеська юридична академія», 2015. С. 145.

Аналіз ст. 304 ЦПК України дає можливість зробити висновок, що в засіданні суду апеляційної інстанції дебати доцільно виділяти як самостійну частину. Наявність судових дебатів є відмінною рисою судового засідання, яке проводиться судом апеляційної інстанції, від загальної процедури спрощеного позовного провадження в суді першої інстанції, на що вказує ч.ч. 6, 7 ст. 368 ЦПК України.

Судові дебати — це самостійна частина засідання суду апеляційної інстанції. Її злиття з іншими частинами судового засідання, зокрема такою, як розгляд апеляційної скарги, неможливе. Відмежування судових дебатів від останньої обумовлено та визначається, насамперед, тими завданнями, які стоять перед цими частинами засідання суду апеляційної інстанції. Так, завданням розгляду апеляційної скарги є перевірка її доводів, що ж стосується дебатів, то це — аналіз і оцінка вже перевірених доказів і з'ясованих обставин. Відповідно вказані частини містять й різні способи реалізації своїх завдань. Зокрема, завдання дебатів реалізуються за допомогою промов учасників справи. Розгляд апеляційної скарги як частина судового засідання є тим, від чого відштовхуються у своїх усних промовах учасники судових дебатів. Учасники справи не можуть висловити свої міркування стосовно всіх доказів у їхній сукупності в такій частині судового засідання, як розгляд апеляційної скарги, вони можуть це зробити лише під час дебатів. Це свідчить про те, що ці частини є самостійними, хоча й взаємопов'язаними, залежними одна від одної, з визначеними чіткими процесуальними рамками.

Вважаємо, що засідання суду апеляційної інстанції доцільно поділяти на чотири частини: підготовчу частину; розгляд апеляційної скарги; судові дебати; прийняття та проголошення постанови.

Відповідно до ч. 1 ст. 368 ЦПК України справа розглядається судом апеляційної інстанції за правилами, встановленими для розгляду справи в порядку спрощеного позовного провадження, з особливостями, визначеними главою 1 «Апеляційне провадження» розділу V «Перегляд судових рішень» ЦПК України. Особливості розгляду справ у порядку спрощеного позовного провадження визначаються ч. 1 ст. 279 ЦПК України, яка має відсилочний характер, оскільки в ній вказується на те, що такий розгляд здійснюється за правилами, встановленими ЦПК України для розгляду справи в порядку загального позовного провадження, з особливостями, визначеними главою 10 «Розгляд справ у порядку спрощеного провадження» розділу III «Позовне провадження» ЦПК України.

Такі формулювання ч. 1 ст. 368, ч. 1 ст. 279 ЦПК України призводять до появи складнощів при застосуванні вищезазначених положень судами апеляційної інстанції. Це, у свою чергу, створює досить широкий простір для судового

тлумачення тієї чи тієї норми, що регулює спрощене позовне провадження, апеляційне провадження, судами апеляційної інстанції.

Не дозволяє зробити однозначні висновки, а відповідно — і тлумачити, таке формулювання ч.1 ст.368 ЦПК України, як «справа розглядається...». Чи має ця частина значення лише стадії судового розгляду справи чи всієї процедури розгляду справи у суді апеляційної інстанції? Але інші частини цієї норми стосуються такої процесуальної форми стадії судового розгляду, як судове засідання.

Слід зазначити, що особливістю розгляду справ судом першої інстанції у порядку спрощеного провадження у формі судового засідання із повідомленням (викликом) учасників справи є відсутність судових дебатів. Проте специфікою розгляду справ судом апеляційної інстанції в судовому засіданні є наявність такої частини судового засідання. Це, у свою чергу, породжує питання про фактичну наявність насправді розгляду справ у процесуальній формі судового засідання за правилами спрощеного позовного провадження.

Норми ст.368 ЦПК України не встановлюють правил перегляду судових рішень, ухвалених у спорах, які не можуть бути розглянуті в порядку спрощеного позовного провадження, не визначають правила перегляду судових рішень, ухвалених у порядку окремого провадження. Зазначені прогалини породжують низку проблем у судовій практиці, не сприяють її єдності та вимагають негайного усунення.

Аналіз судової практики апеляційних судів дає можливість зробити висновок про те, що мають місце випадки, коли у своїх ухвалах про відкриття апеляційного провадження вони уникають вказівки на те, у порядку якого різновиду провадження розглядатиметься справа в разі, якщо характер вимог є таким, що відповідно ст.274 ЦПК України не підлягає розгляду в порядку спрощеного позовного провадження.

У справах із спорів, які відповідно до ст. 274 ЦПК України не підлягають розгляду в порядку спрощеного позовного провадження, досить часто апеляційні суди вказують на процесуальну форму апеляційного розгляду (судове засідання) у постанові про призначення справи до розгляду, вступній частині постанови, винесеній за наслідками розгляду апеляційної скарги.

Таким чином, у ст.368 ЦПК України слід визначити правила перегляду судових рішень, ухвалених у спорах, які не можуть бути розглянуті в порядку спрощеного позовного провадження.

Основною процесуальною формою розгляду апеляційних скарг судом апеляційної інстанції виступає судове засідання. Підготовча частина засідання суду апеляційної інстанції — це початкова частина судового засідання. У ній суд апеляційної інстанції здійснює перевірку готовності справи до

апеляційного перегляду в певному судовому засіданні, що розпочалося, вчиняє відповідний перелік процесуальних дій організаційного характеру та вирішує низку питань, які є процесуальними передумовами для всіх інших частин засідання суду апеляційної інстанції.

Суд апеляційної інстанції не може негайно при відкритті судового засідання розпочати виконання свого основного завдання — розгляду апеляційної скарги, перевірки законності, обґрунтованості судового рішення. Попередньо він має вчинити встановлений законодавством перелік процесуальних дій.

У підготовчій частині засідання суду апеляційної інстанції створюються умови, що забезпечують належну перевірку доводів апеляційної скарги, дотримання прав та законних інтересів усіх учасників апеляційного провадження. У цій частині судового засідання учасникам процесу і присутнім у залі судового засідання оголошують, яка справа розглядатиметься. Вони наочно переконуються в об'єктивності та неупередженості суду при перевірці законності та обґрунтованості рішень, ухвал суду першої інстанції, що не набрали законної сили, в забезпеченні прав усіх учасників процесу. Завданням підготовчої частини є створення умов для повноцінного та оперативного безпосереднього розгляду справи в суді апеляційної інстанції.

У цій частині засідання суду апеляційної інстанції ще не здійснюється і не повинна здійснюватися перевірка всіх матеріалів та доказів по справі з погляду законності та обґрунтованості рішення, ухвали суду першої інстанції, що не набрали законної сили. Проте, обговорюючи і вирішуючи низку питань, що вналежать до підготовчої частини, апеляційний суд і учасники справи не можуть не торкатися суті самої справи, що розглядається.

У підготовчій частині засідання суду апеляційної інстанції не лише встановлюється наявність умов, що забезпечують правильність перевірки законності, обґрунтованості рішень, ухвал суду першої інстанції. У цій частині на виконання вимог ст. 10 ЦПК України вживаються необхідні заходи для того, щоб такі умови створити та ліквідувати всі наявні перешкоди.

Процесуальні дії, що вчиняються в підготовчій частині засідання суду апеляційної інстанції, визначені законом. Але така регламентація є недостатньою. Це пов'язано із тим, що цивільне процесуальне законодавство не містить окремої норми права, яка стосується послідовності вчинення процесуальних дій у підготовчій частині. Це слід визнати недоліком чинного законодавства. Щодо цього практика пішла таким шляхом: порядок вчинення процесуальних дій у підготовчій частині засідання суду здійснюється відповідно до послідовності розміщення статей у ЦПК України, що присвячені цій частині судового засідання. Такий вихід із ситуації, що склалась, є правильним.

Зважаючи на це, в підготовчій частині судового засідання суд з'ясовує і вирішує питання щодо: 1) можливості розгляду справи у випадку неявки в судове засідання учасників справи, інших учасників процесу; 2) можливості розгляду справи при такому складі суддів, секретарі судового засідання; 3) створення умов для здійснення прав учасниками апеляційного провадження; 4) вирішення клопотань; 5) створення умов для об'єктивного і правильного вирішення справи.

Судове засідання є процесуальною формою судового розгляду, покликаною забезпечити безпосередню можливість здійснення учасниками справи в суді низки процесуальних прав. Вважаємо за необхідне покласти на голову обов'язок щодо роз'яснення в судовому засіданні учасникам справи їхніх прав та обов'язків в апеляційному провадженні (згідно з чинною редакцією ЦПК суд роз'яснює їх у разі потреби), оскільки їхнє коло не збігається з правами та обов'язками, що можуть бути здійснені в суді першої інстанції. Така потреба пояснюється також відсутністю їхнього комплексного визначення, дискусійністю щодо визначення їхнього складу в науковій літературі, наявністю різних підходів у судовій практиці. У зв'язку з цим, вважаємо за необхідне доповнити ст. 368 ЦПК України положеннями щодо спеціальних прав та обов'язків учасників справи в апеляційному провадженні.

Учасники справи наділені не лише правом на подання апеляційної скарги, а й правом на відмову від неї. У зв'язку із тим, що регламентація його здійснення є неповною, воно потребує роз'яснення в підготовчій частині судового засідання. Особа може відмовитись від апеляційної скарги повністю або частково. Така дія має не матеріально-правовий, а процесуальний характер[1]. Це право можна здійснити протягом усього часу розгляду справи до закінчення апеляційного провадження. Це правило закріплене також у цивільному процесуальному законодавстві багатьох країн, у тому числі пострадянських.

Проте не врегульовані на сьогодні форма відмови від апеляційної скарги (письмова, усна), умови та порядок її прийняття. С. Я. Фурса, Є. І. Фурса, В. М. Кравчук, О. І. Угриновська вказують на те, що відмова може здійснюватися як в усній, так і письмовій формі[2]. Не закріплено у ст. 364 ЦПК України обов'язок суду роз'яснити особі, яка відмовляється від поданої нею апеляційної скарги, правові наслідки вчинення цієї процесуальної дії, проте він випливає зі ст. 13 ЦПК України. На апеляційний суд має покладатися обов'язок пояснити особі, яка має намір відмовитися від апеляційної скарги, всі наслідки її

[1] Цивільний процес : навч. посіб. / за ред. Ю. В. Білоусова. К. : Прецедент, 2005. С. 103.

[2] Кравчук В. М., Угриновська О. І. Науково-практичний коментар Цивільного процесуального кодексу України. К. : Істина, 2006. С. 754; Фурса С. Я. Цивільний процесуальний кодекс України: науково-практичний коментар : у 2 т. / за заг. ред. С. Я. Фурси. К. : Видавець Фурса С. Я. ; КНТ, 2006. Т. 1. 2006. С. 802.

волевиявлення, включаючи й те, що закінчення апеляційного провадження для інших осіб, які подали апеляційні скарги, приєднались до них не настає[1].

Про прийняття відмови від апеляційної скарги суд апеляційної інстанції постановляє ухвалу про закриття апеляційного провадження у справі. Такі наслідки однозначно настають, якщо рішення, ухвалу оскаржувала лише одна особа. У випадку здійснення права апеляційного оскарження декількома суб'єктами шляхом звернення із заявою про відмову від скарги окремими з них, апеляційне провадження не підлягає закриттю. У законодавстві слід закріпити закриття провадження щодо скарги. Це надасть можливість ліквідації відповідної прогалини, забезпечить динамічність процесу стосовно кожного суб'єкта права апеляційного оскарження, сприятиме усуненню наявної в певний час невизначеності щодо правового статусу суб'єкта, який реалізував право на відмову від апеляційної скарги. Вважаємо, що неналежна правова регламентація правових наслідків здійснення цього права може призвести до порушення процесуальних прав вказаного суб'єкта, зокрема права на повернення судового збору. Закриття провадження щодо скарги вливає на визначення меж розгляду справи в суді апеляційної інстанції. У зв'язку з цим, ст.142 ЦПК України необхідно доповнити новим пунктом такого змісту: «Закриття провадження щодо апеляційної скарги».

ЦПК України не регламентує, які ж наслідки настають у вказаному випадку, коли у провадженні беруть участь особи, які приєднались до апеляційної скарги, або ж коли апеляційну скаргу подали суб'єкти захисту прав інших осіб. Зазначені правові наслідки потребують детальної регламентації.

Приєднання передбачає дві умови: правове обґрунтування посилання на незаконність чи необґрунтованість судового рішення в заяві про приєднання не повинно відрізнятися від обґрунтування, яке міститься в апеляційній скарзі; вимоги заяви про приєднання та ті, що містяться в апеляційній скарзі, повинні бути однакові[2]. У разі, якщо в заяві про приєднання містяться інші вимоги або заявлені інші мотиви, ніж ті, що зазначені в апеляційній скарзі, то така заява вважається окремою апеляційною скаргою зі всіма наслідками, які з цього випливають[3]. У заяві про приєднання можуть уточнюватись аргу-

[1] Зейкан Я. П. Коментар Цивільного процесуального кодексу України К. : Юридична практика, 2006. С.11; Трач О. М. Щодо реалізації права на відмову від апеляційної скарги. *Молодь у юридичній науці* : Збірн. тез Міжн. наук. конф. молодих учених «П'яті осінні юридичні читання»: У п'яти част. : Част. четверта. Хмельницький, 2006. С. 44-47.

[2] Кравчук В. М., Угриновська О. І. Науково-практичний коментар Цивільного процесуального кодексу України. К. : Істина, 2006. С. 754; Кройтор В. А. Защита прав и интересов в суде. Научно-практическое пособие / В. А. Кройтор. Изд. третье (с изменениями и дополнениями). Х. : Эспада, 2002. С. 392.

[3] Про судову практику розгляду цивільних справ в апеляційному порядку : постанова Пленуму Верховного Суду України від 24 жовтня 2008 року № 18. *Вісник Верховного Суду України.* 2008. № 11 (99). С. 11.

менти на користь задоволення вимоги, зазначеної у скарзі[1], міститись лише додаткові обґрунтування[2]. Проте не можливо погодитись із позицією, згідно з якою заява про приєднання повинна містити власне бачення справи, має бути доповнена доказами, про які з тих чи тих причин не вказано в апеляційній скарзі[3]. На нашу думку, в цьому випадку посилання на докази, не вказані в апеляційній скарзі, не припустимі, оскільки вони можуть бути такими, що суперечать доказам апеляційної скарги або ж з ними не буде погоджуватися особа, яка подала скаргу. Це може породжувати інші підстави для перегляду судових рішень. Такі посилання свідчать про вихід за межі доказів апеляційної скарги, в яких має здійснюватись розгляд справи. У цьому випадку такий процесуальний документ повинен мати назву — апеляційна скарга, а не заява про приєднання, адже приєднання передбачає повне погодження, підтримку доказів, вимог, що вказані в апеляційній скарзі, без висунення нових.

Щодо наслідків відмови від апеляційної скарги у випадку, коли в провадженні беруть участь особи, які приєднались до неї, то в літературі немає єдиної позиції. Я. П. Зейкан зазначає, що відмова від апеляційної скарги може порушити інтереси тих, хто подав заяву про приєднання до апеляційної скарги, а тому за певних умов доцільним є своєчасне подання апеляційної скарги, а не заяви про приєднання[4]. В. М. Кравчук, О. І. Угриновська вказують на те, що прийняття відмови не тягне за собою закриття провадження, якщо співучасники або треті особи, які приєднались до справи, клопотатимуть про поновлення строків апеляційного провадження і самостійно оскаржуватимуть процесуальні документи суду першої інстанції[5]. Крім того, слід зазначити, що позиція щодо вказаного питання окремих науковців змінюється під впливом часу. Так, П. І. Шевчук вказує зараз на те, що прийняття відмови від апеляційної скарги не тягне за собою закриття апеляційного провадження, якщо співучасники або треті особи приєднались до цієї скарги[6]. Протилежні положення щодо цього питання висвітлені в постанові Пленуму від 24 жовтня 2008 року № 12,

[1] Фурса С. Я. Цивільний процесуальний кодекс України: науково-практичний коментар : у 2 т. / за заг. ред. С. Я. Фурси. К. : Видавець Фурса С. Я. ; КНТ, 2006. Т. 1. 2006. С. 799.

[2] Про судову практику розгляду цивільних справ в апеляційному порядку : постанова Пленуму Верховного Суду України від 24 жовтня 2008 року № 18. *Вісник Верховного Суду України*. 2008. № 11 (99). С. 11.

[3] Зейкан Я. П. Коментар Цивільного процесуального кодексу України. К. : Юридична практика, 2006. С. 407.

[4] Зейкан Я. П. Вказана праця. С. 407.

[5] Кравчук В. М., Угриновська О. І. Науково-практичний коментар Цивільного процесуального кодексу України. К. : Істина, 2006. С. 753.

[6] Шевчук П. І., Кривенко В. В. Апеляційне провадження за новим цивільним процесуальним законодавством. *Вісник Верховного Суду України*. 2001. № 4 (26). С. 32; Шевчук П. І. Апеляційне і касаційне оскарження судових рішень. *Адвокат*. 2001. № 6. С. 11.

відповідно до якої при відмові від апеляційної скарги втрачається можливість розгляду заяви про приєднання до неї. Проте зазначені особи не позбавлені права в загальному порядку подати апеляційну скаргу з клопотанням про поновлення строку на апеляційне оскарження[1].

На нашу думку, прийняття відмови не тягне за собою автоматичного закриття повністю апеляційного провадження у справі, так як співучасники, треті особи, які приєднались до справи, сплатили судовий збір, який би вона оплатили й у разі самостійного їх звернення. Тут важливим є з'ясування їхнього волевиявлення в частині розпорядження процесуальними правами.

Відсутня чітка регламентація суб'єктного складу, що може здійснити право на приєднання. На думку С. Я. Фурси, Є. І. Фурси, таке право з осіб, які беруть участь у справі, мають треті особи без самостійних вимог, оскільки лише вони діють на боці сторони[2]. В. М. Кравчук, О. І. Угриновська до таких осіб відносять процесуальних співучасників, третіх осіб, які не заявляють самостійних вимог, судових представників[3].

З огляду на це, положення, що стосуються відмови від апеляційної скарги, потребують удосконалення, у зв'язку з чим за необхідне вважаємо виключити із ст. 364 ЦПК України частину четверту та доповнити кодекс ст. 364[1] «Відмова від апеляційної скарги». У цій нормі необхідно передбачити як усну, так і письмову форму здійснення цього права, обов'язок суду щодо роз'яснення наслідків вчинення вказаної процесуальної дії, тобто закриття апеляційного провадження у справі (у випадку відмови від апеляційної скарги усіх учасників справи) або закриття провадження щодо скарги (якщо судове рішення було оскаржене іншими особами). У разі відмови органів та інших осіб, які відповідно до ст. 56 ЦПК України звернулись до суду в інтересах інших осіб, від поданої ними апеляційної скарги, особа, на захист прав, свобод та інтересів якої подано апеляційну скаргу, не втрачає права вимагати від суду перегляду судового рішення. Якщо особа, яка має цивільну процесуальну дієздатність і в інтересах якої подано апеляційну скаргу, не підтримує її, апеляційний суд залишає апеляційну скаргу без розгляду.

Через те, що суд апеляційної інстанції отримує для розгляду не «чистий спір», а матеріали справи, рішення (ухвалу), ухвалене по справі судом першої інстанції, апеляційну скаргу із зазначенням про його незаконність і (або)

[1] Про судову практику розгляду цивільних справ в апеляційному порядку : постанова Пленуму Верховного Суду України від 24 жовтня 2008 року № 18. *Вісник Верховного Суду України.* 2008. № 11 (99). С. 11.

[2] Фурса С. Я. Цивільний процесуальний кодекс України: науково-практичний коментар: у 2 т. / за заг. ред. С. Я. Фурси. К. : Видавець Фурса С. Я. ; КНТ, 2006. Т. 1. 2006. С. 798-799.

[3] Кравчук В. М., Угриновська О. І. Науково-практичний коментар Цивільного процесуального кодексу України. К. : Істина, 2006. С. 750.

необґрунтованість, та виходячи з того, що сутністю апеляції є саме перевірка законності, обґрунтованості, позивач не має в суді апеляційної інстанції права на зміну підстави, предмета позову. Особи не можуть заявляти нових вимог, тобто тих, що не були предметом розгляду в суді першої інстанції. Під новими вимогами слід розуміти, по-перше, вимоги, що не були предметом розгляду в суді першої інстанції, по-друге, вимоги, пред'явлені до особи, яка не брала участі в суді першої інстанції.

Позовні вимоги повинні бути незмінними упродовж усього процесу по справі. За іншого підходу було б порушено право сторін на судовий захист, яке передбачає не лише звернення до суду першої інстанції за захистом свої прав та інтересів, а і його здійснення послідовно в усіх інших судових інстанціях. В іншому випадку суд апеляційної інстанції не здійснював би перевірки, а розглядав справу на підставі нового позову. Можливість пред'явлення нових вимог в апеляційній інстанції, крім того, суперечить принципу процесуальної економії.

Розгляд апеляційної скарги — основна частина засідання суду апеляційної інстанції. У ній суд апеляційної інстанції за можливою участю учасників справи перевіряє законність та обґрунтованість рішень та ухвал суду першої інстанції, які не набрали законної сили.

Підготовча частина засідання суду апеляційної інстанції створює умови перевірки доводів апеляційної скарги, поданих не неї заперечень, є основою виконання завдань, що стоять перед останньою. Водночас розгляд апеляційної скарги як частина судового засідання є гарантом успішного перебігу наступних частин засідання суду апеляційної інстанції — судових дебатів, винесення постанови, її проголошення. Вона є тим, від чого відштовхуються у своїх усних промовах учасники судових дебатів.

Розгляд апеляційної скарги здійснюється в таких процесуальних формах і забезпечене такими процесуальними гарантіями, які забезпечують належний рівень перевірки законності, обґрунтованості оскаржуваного рішення, ухвали суду першої інстанції.

Перебіг та завдання цієї частини обумовлені визначенням сутності апеляції. Ураховуючи розглянуте нами розуміння сутності апеляції як перевірки, завданням зазначеної частини засідання суду апеляційної інстанції можна визначити перевірку доводів апеляційної скарги щодо законності та (або) обґрунтованості оскаржуваного рішення, заперечень на неї, викладених у відзиві. У цій частині засідання суд апеляційної інстанції за можливою участю учасників справи перевіряє докази по справі.

Суд апеляційної інстанції здійснює перевірку правильності судових рішень, що не набрали законної сили, як за матеріалами справи, так і за новими

доказами. Він не лише перевіряє повноту та правильність встановлення обставин нижчим судом, а й може сам встановлювати нові факти.

Коло процесуальних дій, вчинюваних у цій частині судового засідання, визначається межами розгляду справи. Такі дії завжди здійснюються в межах вимог, що заявлялись у суді першої інстанції. Доводи апеляційної скарги обумовлюють те, які дії вчинятимуться при її розгляді. ЦПК України не визначає, на якій стадії процесу має вирішуватись питання щодо визначення меж розгляду справи. На нашу думку, визначення меж має здійснюватись під час провадження до судового розгляду, оскільки на цій стадії суд ознайомлюється із рішенням суду першої інстанції, з'ясовує, які доводи наводяться в апеляційній скарзі. Суд під час підготовки справи вирішує питання про поважність причин неподання доказів, від якого залежить обсяг дій, що вчинятимуться під час розгляду апеляційної скарги в судовому засіданні.

Перевірка законності судового рішення здійснюється шляхом з'ясування питань щодо наявності порушень або неправильного застосування судом як норм матеріального, так і процесуального права. Суд, який розглядає справу, не може неправильно застосовувати норму процесуального права чи порушити норму матеріального права. Підставою для скасування судового рішення у зв'язку з його незаконністю може бути неправильне застосування судом норм матеріального права, адже суд є правозастосовним органом. При здійсненні перевірки судового рішення у справі суд не може порушити норми матеріального права в ній, оскільки не є їхнім учасником. Суд апеляційної інстанції може також скасувати рішення суду першої інстанції у зв'язку з порушенням норм процесуального права, оскільки він є суб'єктом цих правовідносин, наділений правами та обов'язками, які може і не виконати, таким чином вчинивши протиправну поведінку. Суд не може застосовувати норми процесуального права, оскільки не є правозастосовним органом у цьому аспекті, а виступає безпосереднім учасником процесуальних правовідносин. У зв'язку з цим, суд апеляційної інстанції повинен з'ясувати питання щодо наявності неправильного застосування судом першої інстанції норм матеріального права, порушень ним норм процесуального права.

Перевірка обґрунтованості судових рішень судом апеляційної інстанції у цій частині судового засідання здійснюється шляхом перевірки правильності встановлення судом першої інстанції фактичних обставин справи. Оскільки фактичний бік справи встановлюється судом першої інстанції на підставі оцінки наявних у справі доказів, то в зазначеній частині засідання апеляційний суд, перевіряючи обґрунтованість судового рішення, повинен перевірити правильність оцінки доказів судом першої інстанції.

РОЗДІЛ 4

Оцінка доказів судом апеляційної інстанції має певні особливості порівняно із оцінкою, що її здійснює судом першої інстанції. Це пояснюється сутністю та завданнями апеляційного провадження. Діяльність щодо оцінки доказів судом апеляційної інстанції можна поділити на дві групи: оцінку доказів, наявних у справі, та оцінку доказів, а також нових доказів, поданих до суду апеляційної інстанції за певних умов. Кожна з цих груп має свої особливості.

Особливість оцінки доказів першої групи полягає в тому, що вони були вже предметом оцінки суду першої інстанції. Доказовий матеріал, наявний у справі, переданій судом першої інстанції, є основою перевірочної діяльності апеляційного суду. Таким чином оцінка доказів, що її здійснює апеляційний суд, має перевірочний характер. Таке твердження випливає із самої суті апеляції, яка закріплена в національному законодавстві, за якої подання нових доказів є винятком, а не правилом. Апеляційний суд, здійснюючи оцінку наявних у справі доказів, насамперед, зіставляє факти, встановлені в рішенні суду першої інстанції, із засобами доказування, дослідженими нижчим судом. Для цього апеляційний суд перевіряє підкріпленість вказаних у рішенні фактів зібраними у справі доказами. Далі апеляційний суд здійснює перевірку доказової діяльності суду першої інстанції (вивчає порядок отримання того чи того доказу судом першої інстанції, його дослідження, результати оцінки). Після цього апеляційний суд здійснює оцінку доказів, на підставі якої формує свій висновок щодо визнання фактів предмета доказування встановленими або невстановленими. Крім оцінки доказів, наявних у справі, суд здійснює дослідження і оцінку нових доказів. Суд апеляційної інстанції порівнює висновки суду першої інстанції зі своїми, до яких він прийшов, на підставі оцінки доказів і таким чином з'ясовує питання про правильність прийнятого судом першої інстанції рішення чи наявність підстав для його скасування.

Стосовно оцінки доказів, у дослідженні яких було неправомірно відмовлено судом першої інстанції, а також нових доказів судом апеляційної інстанції, то її специфіка полягає в тому, що вона дається вперше, на відміну від доказів, наявних у справі, оцінив суд першої інстанції. Суд апеляційної інстанції оцінює нові докази за правилами, встановленими для суду першої інстанції, і в сукупності з наявними у справі доказами.

Слід зазначити, що перелік процесуальних дій, вчинюваних у цій частині засідання суду апеляційної інстанції, залежить від явки учасників справи, адже вона є необов'язковою, подання ними доказів, нових доказів. Через те, що явка учасників справи не є обов'язковою, суди апеляційної інстанції досить часто здійснюють перевірку судових рішень на основі матеріалів справи, що надійшли з суду першої інстанції, та апеляційної скарги, відзиву на неї. Вказані процесуальні документи, що подаються учасниками справи,

виступають окремим предметом оцінки апеляційного суду, адже саме в них містяться вказівки щодо незаконності, необґрунтованості рішень, ухвал суду першої інстанції, при цьому посилання робиться як на докази, досліджені судом першої інстанції, так і за певних умов на нові докази. Слід зазначити, що хоча перелік процесуальних дій, що можуть бути вчинені в цій частині (доповідь судді-доповідача, дача пояснень особою, яка подала апеляційну скаргу, іншими учасниками справи, перевірка доказів, наявних у справі, дослідження нових доказів), є досить широким, однак центральною є все-таки перевірка доводів апеляційної скарги. Саме в цьому полягає основне призначення вказаної частини.

Таким чином, перевірку доводів апеляційної скарги щодо незаконності, необґрунтованості судового рішення суд апеляційної інстанції здійснює не протягом усього розгляду справи в апеляційному порядку, а лише під час розгляду апеляційної скарги. В усіх інших частинах судового засідання проводиться або підготовка до розгляду апеляційної скарги, створюються необхідні передумови, або обговорення, аналіз і оцінка вже досліджених, перевірених доказів з метою досягнення кінцевих висновків щодо законності, обґрунтованості оскаржуваного судового рішення. Проте суди апеляційної інстанції подекуди неналежно здійснюють перевірку доводів апеляційної скарги, відзиву на неї і, як наслідок, ухвалюють незаконні, необґрунтовані судові рішення.

Судові дебати в суді апеляційної інстанції — це частина судового засідання, котра передує винесенню постанови і в якій підбиваються підсумки проведеного розгляду апеляційної скарги. Завданням цієї частини засідання суду апеляційної інстанції є внесення ясності в ті питання, які є в справі, приведення множинності фактів у певну логічно побудовану систему, їх осмислення, усвідомлення, тобто формування загального уявлення щодо справи у суду, учасників процесу, присутніх у залі судового засідання. У своїй промові учасники справи повинні проаналізувати та дати оцінку доказам, які було перевірено, досліджено в попередній частині засідання суду апеляційної інстанції. Але не слід забувати при цьому, що, як правильно підкреслив Г. І. Давиденко, в судових дебатах учасники справи підводять підсумок, висловлюють думку про те, як потрібно, з їхнього погляду, вирішити справу[1]. Отже, у своїх промовах зазначені особи не повинні переказувати розгляд апеляційної скарги, а здійснити його підсумок. Промова повинна містити всі доводи та міркування, які повинні бути обговорені при винесені постанови судом апеляційної інстанції. Таке коло питань складає зміст дебатів. В усному виступі необхідно зупинитись лише на спірних питаннях.

[1] Давиденко Г. И. Рассмотрение гражданских дел. К. : Изд-во политической литературы Украины, 1985. С. 57.

РОЗДІЛ 4

Дебати є найвищою формою виразу принципу змагальності в цивільному процесуальному праві. У судових дебатах змагальність сторін досягає своєї кульмінації. Предметом судових дебатів в апеляційній інстанції не виступають самі по собі спірні вимоги; оскільки вони є об'єктом судових дебатів у суді першої інстанції, ним виступає підставність та обґрунтованість апеляційної скарги та заперечень на неї.

У судових промовах учасники справи дають оцінку перевірених, досліджених судом доказів з протилежних поглядів, переконують суд апеляційної інстанції в необхідності скасування, зміни чи залишення без змін рішення, ухвали суду першої інстанції. Промови учасників справи містять у собі остаточне коло питань, які підлягають вирішенню судом апеляційної інстанції у нарадчій кімнаті, кінцеве формулювання їхніх вимог і заперечень, яке ґрунтується на узагальненні всіх доказів у їхній сукупності.

Судові дебати дають можливість учасникам справи узагальнити досліджені, перевірені докази, викласти свої висновки щодо дослідження обставин справи та перевірки їх доказами, міркування щодо їх оцінки, внести свої пропозиції, спростувати позицію тієї чи тієї сторони, а суду апеляційної інстанції — остаточно сприйняти безпосередньо перед прийняттям постанови усі докази учасників справи, краще розібратися в обставинах справи, скласти більш чітке уявлення про те, які потрібно зробити висновки з розглянутих матеріалів справи і як необхідно вирішити апеляційну скаргу.

Судові дебати дають можливість особам, які беруть участь у справі, узагальнити досліджені, перевірені докази, викласти свої висновки щодо судового дослідження обставин справи та перевірки їх доказами, міркування щодо їх оцінки, внести свої пропозиції, спростувати позицію тієї чи тієї сторони, а суду апеляційної інстанції — остаточно сприйняти безпосередньо перед ухваленням рішення, постановленням ухвали всі доводи осіб, які беруть участь у справі, краще розібратися в обставинах справи, скласти більш чітке уявлення про те, які потрібно зробити висновки з розглянутих матеріалів справи і як необхідно вирішити апеляційну скаргу.

Важливо відмітити, що суд апеляційної інстанції вправі оголосити про час, який відводиться для судових дебатів, тобто обмежити їхню тривалість, але при цьому повинен встановити для всіх учасників справи однаковий проміжок часу. Про це відповідно до ч. 7 ст. 368 ЦПК України оголошується на початку судового засідання. Проте, на нашу думку, апеляційний суд на початку судового засідання повинен роз'яснити учасникам справи лише те, що він має право на обмеження тривалості дебатів. І лише після закінчення з'ясування обставин справи та перевірки їх доказами, тобто безпосередньо перед самими судовими дебатами, постановляти ухвалу про надання конкретних рівних

проміжків часу для виступів у дебатах. Це пов'язано із тим, що суд на початку судового засідання фактично не може визначити без дослідження, перевірки доказів, який час необхідно встановити для промов. Водночас недостатньо чітко можна простежити критерії оцінки, якими керується суд при вирішенні цього питання. Суд, встановивши в ухвалі відповідний час, може прийти до висновку після розгляду апеляційної скарги, враховуючи доказову базу, що він є недостатнім, а повноваженнями скасувати її не наділений. Крім того, між початком судового засідання та судовими дебатами може пройти досить тривалий час, і учасники справи можуть випустити з уваги це попередження. У результаті особа не зможе викласти відповідну інформацію. З огляду на це, ч. 7 ст. 368 ЦПК України слід викласти в такій редакції:

«На початку судового засідання суд може оголосити про обмеження тривалості судових дебатів. Суд може обмежити тривалість судових дебатів. Кожному учаснику справи в апеляційному суді надається однаковий проміжок часу для виступу з промовами, обміну репліками. Про встановлення часу суд постановляє ухвалу на початку судових дебатів».

За результатами розгляду апеляційної скарги суд апеляційної інстанції приймає постанову. Прийняття постанови та їх проголошення є останньою і завершальною частиною засідання суду апеляційної інстанції. Прийняттям постанови підбивається підсумок розгляду справи в суді апеляційної інстанції. У цій частині засідання знаходить остаточне вирішення питання про законність, обґрунтованість судового рішення, що не набрало законної сили, оскарженого в апеляційному порядку.

При прийнятті постанови судді апеляційної інстанції під керівництвом голови повинні розглянути певне коло питань, від яких залежить кінцевий висновок суду по справі, що розглядається в судовому засіданні. У нарадчій кімнаті у процесі обговорення суд перевіряє, чи є оскаржене рішення (ухвала) суду першої інстанції, що не набрало законної сили, законним та обґрунтованим у межах доводів апеляційної скарги та в межах вимог, заявлених у суді першої інстанції. Склад суду, перевіряючи законність і обґрунтованість рішення (ухвали) суду першої інстанції, обговорює доводи апеляційної скарги з урахуванням пояснень особи, яка подала апеляційну скаргу, поданих нею доказів, нових доказів, які мають значення для справи, заперечень проти доказів.

Слід зазначити, що законодавство багатьох країн допускає розгляд апеляційних скарг без проведення судового засідання, наприклад, Естонії, Німеччини, Словаччини, Угорщини. ЦПК України у редакції від 03 жовтня 2017 р. також закріпив таку процедуру розгляду апеляційних скарг. Апеляційні скарги на ухвали суду, зазначені у п.п. 1, 5, 6, 9, 10, 14, 19, 37–40 ч. 1 ст. 353 ЦПК

України, розглядаються судом апеляційної інстанції без повідомлення учасників справи. Наведені вище положення поширюють свою дію і на апеляційні скарги на рішення суду у справах, у яких ціна позову менше ста розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб, крім тих, які не можуть бути розглянуті у порядку спрощеного позовного провадження.

Вказуючи на можливість розгляду справи без повідомлення, законодавець нормативно не пойменовує процесуальну форму розгляду справи в такому випадку. На нашу думку, її слід називати як колегіальні дії суду щодо розгляду справи судом апеляційної інстанції. Такі твердження випливають із комплексного аналізу положень ст. 7, 34, 368 ЦПК України. Розгляд справ здійснюється колегією у складі трьох суддів (ст. 34 ЦПК України). Відповідно до ч. 3 ст. 368 ЦПК України розгляд справ у суді апеляційної інстанції здійснюється на судовому засіданні з повідомленням учасників справи, крім випадків, передбачених ст. 369 ЦПК, які є предметом нашого дослідження. Відповідно до ч. 13 ст. 7 ЦПК України, якщо ЦПК України не передбачено повідомлення учасників справи, то розгляд справи відбувається у порядку письмового провадження за наявними у справі матеріалами та без проведення судового засідання.

Слід зазначити, що в науковій літературі окремими вченими-процесуалістами не схвалюється наявність розгляду справи без повідомлення її учасників. Так, на думку К. В. Гусарова, апеляційна форма перегляду судових рішень є основною. Вона визначає, по суті, набрання рішенням місцевого суду законної сили. У зв'язку з цим, на його думку, не слід виключати можливість заінтересованих осіб брати участь у розгляді справи судом апеляційної інстанції. Зазначені положення, на його думку, суперечать Конвенції про захист прав людини та основних свобод (ст. 6 і 13), оскільки обмежують право на доступ до правосуддя та принцип відкритості розгляду цивільної справи, за якою особа має право бути присутньою в судовому засіданні та відстоювати свої позиції з урахуванням особливостей національного права[1]. Н. А. Сакара звертає увагу на право бути вислуханим[2].

Для розгляду справи без повідомлення її учасників, якщо об'єктом оскарження є рішення, суд апеляційної інстанції має встановити такі обставини у сукупності:

- апеляційну скаргу подано на рішення у справі з ціною позову менше ста розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб;

- рішення ухвалено у справі стосовно вимог, що підлягають розгляду у порядку спрощеного позовного провадження.

[1] Гусаров К. В. Інстанційний перегляд судових рішень у цивільному судочинстві : дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.03. Х., 2011. С. 164–165.

[2] Сакара Н. Ю. Проблема доступності правосуддя у цивільних справах : монографія. Х. : Право, 2010. С. 143.

Законодавець при визначенні судом апеляційної інстанції можливості розгляду апеляційної скарги на рішення без повідомлення учасників справи фактично використав два різні критерії. Перший взятий із визначення малозначних справ, інший — із вимог, які можуть розглядатися судом першої інстанції в порядку спрощеного позовного провадження.

Справи, у яких ціна позову не перевищує ста розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб, було віднесено ЦПК України до малозначних (п.1 ч. 6 ст.19 ЦПК України). Однак цією вказівкою поняття малозначності не вичерпується, воно ширше, оскільки законодавець до них відносить інші категорії справ (п.п. 2–4 ч. 6 ст.19 ЦПК України).

Водночас такий критерій малозначності справи, як сто розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб, рішенням Конституційного Суду України від 22.11.2023 року було визнано таким, що не відповідає положенням Основного закону України. На думку Конституційного Суду України, такий розміри ціни позову, як критерій віднесення справи до категорії малозначних, не відповідають розумінню справи та спору в ній як малозначного. Законодавець у п.1 ч. 6 ст.19 ЦПК України, визначаючи грошовий критерій віднесення справ до категорії малозначних, перевищив відповідний показник, установлений у Правилах ESCP. Конституційний Суд України дійшов висновку, що п.1 ч. 6 ст.19 ЦПК України не є належним засобом регулювання процесуальних відносин та суперечить ч.1 ст. 8 та ч. 2 ст. 24 Конституції України. Втрата чинності цих положень була відтермінована на 6 місяців[1].

Слід зазначити, що положення ч.1 ст. 369 ЦПК України не виступали предметом розгляду Конституційного Суду України. Однак, на нашу думку, грошовий критерій віднесення справи до розгляду без повідомлення її учасників також виступає дискримінаційним у світлі визначення ціни позову. Спрощеність процедури розгляду таких апеляційних скарг не гарантує оперативності їх розгляду, оскільки ЦПК України не встановлює скорочених строків їх розгляду. Строки розгляду апеляційної скарги, що розглядається в судовому засіданні та без повідомлення учасників справи, є єдиними, так як ЦПК України не визначає спеціальних строків розгляду справи в порядку ст. 369 ЦПК України.

Друга складова, яка визначає можливість перегляду рішення у формі колегіальних дій суду, пов'язана зі спрощеним позовним провадженням. Спрощене провадження є окремим видом позовного провадження. М. Шевердін відзначає похідний характер цього провадження від загального позовного провадження. Зазначені твердження, на його думку, випливають

[1] Рішення Конституційного Суду України № 10-р(II)/2023 від 22.11.2023 року. Справа № 3-88/2021 (209/21, 47/22, 77/23, 188/23). URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v010p710-23#n200

із положень ч.1 ст. 279 ЦПК України, згідно з якими розгляд справи у порядку спрощеного позовного провадження здійснюється судом за правилами, встановленими ЦПК України для розгляду справи в порядку загального позовного провадження, з особливостями, визначеними у главі X розділу III ЦПК України[1]. Спрощене позовне провадження має на меті швидке вирішення справи. Введення цієї новели спрямоване на полегшення становища сторін, суду, дозволивши судовий розгляд певної категорії справ за короткою процедурою, яка є простішою порівняно із загальним порядком[2]. Перелік категорій справ, які не можуть бути розглянуті в порядку спрощеного позовного провадження, визначено ч. 4 ст. 275 ЦПК України.

Не слід змішувати справи з ціною позову менше ста розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб, справи незначної складності, інші справи, які також розглядаються в порядку спрощеного позовного провадження, але незначними не є. Слід зазначити, що в судовій практиці це має місце в окремих випадках.

Мотивувальна частина ухвали повинна відповідати умовам, визначеним ст. 369 ЦПК України. У практиці судів має місце мотивування розгляду справ у порядку ст. 369 ЦПК предметом вимог, що розглядалися в суді першої інстанції. Наприклад, у ухвалах апеляційного суду Львівської області зазначено: «Предметом апеляційного оскарження є рішення суду про стягнення аліментів, а тому є підстава для розгляду апеляційним судом апеляційної скарги без повідомлення учасників справи»[3]. У змісті ухвал не вказується, яка ціна позову. Тому вказане обґрунтування є недостатнім.

Слід зазначити, що відсутність вказівки на ціну позову, розмір задоволених судом першої інстанції вимог при вирішенні питання про розгляд справ без повідомлення учасників справи про стягнення аліментів не є поодиноким. У практиці судів такі справи розглядаються у порядку ч.1 ст. 367 ЦПК України та в разі прийняття судом першої інстанції рішення про стягнення аліментів на утримання дитини на суму відповідної частини від усіх видів заробітку (доходу)[4].

[1] Шевердін М. Спрощене провадження як новела Цивільного процесуального кодексу України. URL : https://sud.ua/ru/news/blog/114146-sproschene-provadzhennya-yak-novela-tsivilnogo-protsesualnogo-kodeksu-ukrayini

[2] Майстренко Л. Спрощене позовне провадження в цивільному процесі: чи все так просто? URL: https://sud.ua/ru/news/blog/116570-sproschene-pozovne-provadzhennya-v-tsivilnomu-protsesi-chi-vse-tak-prosto

[3] Ухвала Апеляційного суду Львівської області від 05 квітня 2018 р. Справа № 461/4331/17. *Єдиний державний реєстр судових рішень.* URL : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/73212872; ухвала Апеляційного суду Львівської області від 5 квітня 2018 р. Справа № 459/2214/17. *Єдиний державний реєстр судових рішень.* URL : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/73212926.

[4] Рішення Кіровського районного суду від 31 січня 2018 р. Справа № 404/3222/17. *Єдиний державний реєстр судових рішень.* URL : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72004299; Ухвала Апеляційного суду Кіровоградської області від 18 березня 2018 р. Справа № 404/3222/17. *Єдиний державний реєстр судових рішень.* URL : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72772471.

Водночас слід зазначити, що лише з 15 січня 2020 р.[1], коли було внесено зміни до ЦПК України, справи про стягнення аліментів віднесено до малозначимих, а також до таких, що розглядаються судом першої інстанції у порядку спрощеного позовного провадження. Вимоги щодо стягнення аліментів у визначених ст. 161 ЦПК України в розмірах можуть бути розглянуті судом першої інстанції у наказному чи спрощеному позовному провадженні (на вибір ініціатора процесу). Судовий наказ про стягнення аліментів не може бути переглянутий судом апеляційної інстанції. Відповідно до ЦПК України вибір провадження обумовлює можливість реалізації права апеляційного оскарження або відсутність такого.

Крім того, слід звернути увагу на те, що не всі рішення, прийняті в малозначних справах, можуть бути переглянуті судом апеляційної інстанції у порядку спрощеного позовного провадження без виклику учасників справи.

Вважаємо, що запровадження такої норми щодо рішення з такою верхньою межею ціни позову є передчасним, враховуючи не завжди належний рівень підготовки справ судом апеляційної інстанції до судового розгляду, значну кількість судових помилок, які допускаються судом цієї інстанції на практиці, подекуди недовіри суспільства до нього. Крім того, враховуючи економічний розвиток держави, середню заробітну плату її громадян, рішення, прийняті у справах із ціною позову, навіть понад цю суму, можуть становити істотне значення. Також надмірними, на нашу думку, є ставки судового збору за подання апеляційних скарг на рішення. Вони не диференційовані залежно від форми судового розгляду. Фактично принцип «бути почутим» у цих категоріях справ може бути реалізований лише у суді першої інстанції. Тому вважаємо, що необхідно зменшити верхню межу зі 100 до 20 розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб. У таких випадках суд має провести судовий розгляд без проведення судового засідання. Апеляційні скарги на рішення суду з ціною від 20 до 100 розмірів за клопотанням учасника справи мають розглядатися у судовому засіданні з їх повідомленням.

У судовій практиці сформувалося кілька підходів до темпоральних меж вирішення питання про розгляд справи без повідомлення учасників справи. Окремі суди вказують на таку форму розгляду скарги в ухвалі про відкриття апеляційного провадження[2], інші — в ухвалі про призначення справи до

[1] Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України щодо вдосконалення порядку розгляду судових справ : Закон України від 15 січня 2020 р. № 460-IX. *Офіційний вісник України*. 2020. № 14. Ст. 543.

[2] Ухвала Апеляційного суду Львівської області від 13 лютого 2018 р. Справа № 461/3734/17. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72321738; Ухвала Апеляційного суду Львівської області від 5 квітня 2018 р. Справа № 459/2214/17. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/73212926

розгляду[1]. Належить на законодавчому рівні закріпити як одну із вимог до ухвали про відкриття апеляційного провадження необхідність роз'яснення судом учасникам справи права на подання клопотання про розгляд справ, визначених ст. 369 ЦПК України, у судовому засіданні, визначення умов, процесуальних строків можливості його здійснення. Необхідність роз'яснення такого права обумовлюється можливою необізнаністю учасника справи про нього, вагомими процесуальними можливостями, які можуть бути здійснені лише при розгляді справи в такій процесуальній формі, як судове засідання, процесуальними фільтрами, встановленими під час здійснення права касаційного оскарження судового рішення. Здійснення такого права визначається значимістю апеляційного перегляду для розгляду таких категорій справ, оскільки вони здебільшого неспроможні виступати об'єктами касаційного оскарження в силу вказівки процесуального закону.

В ухвалах суди по-різному підходять до визначення розгляду справ у порядку ч. 1 ст. 369 ЦПК України. Одні вказують на те, що розгляд здійснюється у порядку письмового провадження[2], інші — на спрощене позовне провадження без повідомлення учасників справи[3].

Враховуючи наявність процесуальних недоліків із цього питання у судовій практиці, порушень з боку суду, вважаємо за необхідне у ст. 369 ЦПК України чітко визначити форму судового розгляду справ без повідомлення учасників справи — колегіальні дії суду апеляційної інстанції щодо судового розгляду.

Слід зазначити: з урахуванням конкретних обставин справи суд апеляційної інстанції може розглянути апеляційні скарги на рішення суду у справах із ціною позову менше ста розмірів прожиткового мінімуму для працездатних осіб та ухвали, перелік яких визначено законом, у судовому засіданні з повідомленням (викликом) учасників справи. Питання процесуальної форми судового розгляду справи суд апеляційної інстанції може вирішити на стадії відкриття провадження у справі. Однак, на нашу думку, доцільно його з'ясовувати на стадії підготовки справи до судового розгляду, дослідивши аргументи з цього питання із змісту апеляційної скарги, відзиву на неї, заперечень щодо поданих клопотань. Вважаємо, що учасники справи мають навести свої аргументи щодо цього питання в апеляційній скарзі чи відзиву на неї. З викладеного випливає, що вимоги, які пред'являються законодавцем до змісту

[1] Ухвала Апеляційного суду Запорізької області від 6 квітня 2018 р. Справа № 333/5195/13-ц. *Єдиний державний реєстр судових рішень.* URL : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/73228631

[2] Ухвала Апеляційного суду Запорізької області від 6 квітня 2018 р. Справа № 333/5195/13-ц. *Єдиний державний реєстр судових рішень.* URL : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/73228631

[3] Ухвала Апеляційного суду Львівської області від 22 грудня 2017 р. Справа № 465/5724/17. *Єдиний державний реєстр судових рішень.* URL : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/71237900; Ухвала Апеляційного суду Харківської області від 05 березня 2018 р. Справа № 642/2466/17. *Єдиний державний реєстр судових рішень.* URL : http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/72720741.

зазначених процесуальних документів, потребують уточнення, а ст.ст. 356, 360 ЦПК України — вказівки на аргументацію щодо форми судового розгляду.

Водночас на законодавчому рівні є необхідність нормативного визначення повноваження суду апеляційної інстанції про перехід від розгляду справи без повідомлення до судового засідання з повідомленням учасників справи. У судовій практиці має місце перехід від однієї процесуальної форми до іншої. Як правило, це відбувається в разі задоволення клопотання учасника справи, оскільки воно є обґрунтованим, або зумовлене здійсненням відповідних спеціальних процесуальних прав (наприклад, відмови від апеляційної скарги), з метою перевірки передумов їх здійснення, роз'яснення правових наслідків.

Відхід від положень ч.ч. 1, 2 ст. 369 ЦПК України та розгляд апеляційних скарг у судовому засіданні повинен обов'язково обґрунтовуватися судом апеляційної інстанції із зазначенням конкретних обставин справи, що розглядається. Проте аналіз судових рішень свідчить про інше — наявність випадків не наведення відповідної аргументації, мотивів застосування.

Розгляд справи без проведення судового засідання, на нашу думку, має на меті забезпечення швидкого виправлення помилок, допущених судом першої інстанції під час ухвалення судового рішення. Тому ЦПК України у ст. 371 ЦПК України має визначати спеціальні строки розгляду таких справ.

Вважаємо, що розгляд апеляційної скарги без проведення судового засідання має здійснюватись у разі встановлення судом підстав, передбачених ст. 378 ЦПК України. Судове рішення, яким закінчено розгляд справи, підлягає скасуванню з направленням справи на розгляд за встановленою законом підсудністю, якщо вона прийнята судом з порушенням правил територіальної юрисдикції (підсудності). У разі встановлення суддею-доповідачем зазначених підстав для скасування рішення розгляд справи має здійснюватись колегією у нарадчій кімнаті без виклику учасників справи. Ця форма судового розгляду забезпечить оперативність правосуддя, гарантує особам, які подали апеляційні скарги, право на своєчасний судовий захист.

Таким чином, процесуальною формою розгляду справ у суді апеляційної інстанції виступають судове засідання, колегіальні дії суду.

Сукупність процесуальних дій, що здійснюються на стадії судового розгляду в апеляційному провадженні, дозволяє виділити частини судового засідання: підготовча, розгляд апеляційної скарги, судові дебати, прийняття та проголошення постанови.

Поєднання законодавцем у ст. 368 ЦПК України правил розгляду справи у порядку спрощеного позовного провадження з особливостями апеляційного провадження, наявністю судових дебатів не сприяє єдності тлумачення відповідних норм, а відповідно — і формуванню у судовій практиці єдиної

процедури розгляду справ у такій процесуальній формі, як судове засідання. Певною перепоною в цьому виступає відсильний характер аналізованих норм про порядок розгляду справ (ч.1 ст. 368, ч.1 ст. 279 ЦПК).

Встановлено необхідність визначення правил апеляційного перегляду судових рішень, прийнятих у спорах, які не можуть бути розглянуті у порядку спрощеного позовного провадження. Зазначена прогалина спричинила у судовій практиці виникнення різних підходів до її заповнення.

Потреба детальної регламентації порядку розгляду справ судом апеляційної інстанції обумовлюється також необхідністю визначення чітких гарантій здійснення учасниками справи процесуальних прав в апеляційному провадженні, забезпечення використання ними всіх процесуальних можливостей, які характерні для судового засідання як форми судового розгляду, оскільки перегляд судових рішень судом апеляційної інстанції виступає основним видом перегляду, оскільки право касаційного оскарження може бути здійснено лише у випадках, визначених законом, обмежено низкою процесуальних фільтрів. У судовій практиці сформувалися різні підходи до темпоральних меж вирішення питання про розгляд справи у формі колегіальних дій суду.

У чинній редакції ЦПК України не ліквідовано раніше наявних проблем щодо регламентації порядку розгляду справи судом апеляційної інстанції. Її окремі положення створили базис для виникнення нових дискусійних питань. Порядок розгляду справ судом апеляційної інстанції, як у судовому засіданні з повідомленням учасників справи, так і без нього у формі колегіальних дій суду, вимагає вдосконалення.

4.9. Захист інтересів стягувача, боржника та держави у виконавчому провадженні щодо зобов'язальних відносин

Однією з умов ефективного виконання судових рішень є належне та своєчасне виконання всіма учасниками виконавчого провадження покладених на них обов'язків. Це може бути досягнуто завдяки регулюванню строків та порядку вчинення виконавчих дій, а також встановленню важелів впливу на поведінку учасників виконавчого провадження в разі допущення ними зловживання своїми процесуальними правами[1], а також способів захисту прав та інтересів у разі їх порушення. При цьому останній потрібен для того, щоб припинити правові «аномалії», поновити нормальні правові зв'язки та відносини шляхом примусу суб'єктів права до певної правової поведінки[2].

[1] Скрипник В. Зловживання правами боржником при виконанні рішень юрисдикційних органів. *Вісник прокуратури.* 2010. № 5. С. 67-72.

[2] Кожухарь А. Н. Право на судебную защиту в исковом производстве. Кишинев, 1989. 128 с.

ЗАХИСТ ЦИВІЛЬНИХ ПРАВ ТА ІНТЕРЕСІВ УЧАСНИКІВ ЗОБОВ'ЯЗАЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИН

Питання, пов'язані із захистом прав та інтересів учасників виконавчого провадження, в літературі в основному розглядаються через визначення наявних форм контролю за діяльністю виконавців та видів відповідальності, до якої можуть бути притягнуті особи, які своєю неналежною поведінкою перешкоджають вчиненню виконавчих дій. Механізми, які б забезпечили безпосередній захист інтересів стягувача, боржника й особливо держави, на теоретичному рівні не достатньо досліджені.

Загальновизнаним є той факт, що в межах виконавчого провадження здебільшого порушуються права, свободи та інтереси стягувача, що може бути наслідком неправомірних дій з боку виконавця, органів, установ, організацій та осіб, які уповноважені виконувати судові рішення боржника. При цьому заходи впливу на їхню поведінку є різними. Так, якщо мова йде про державного виконавця, то держава, в першу чергу, встановлює різні форми контролю за виконанням судових рішень, які залежать від моделі виконання, яка функціонує в тій чи тій країні[1]. Щодо цього зрозумілою є позиція ЄСПЛ, який зазначає, що позитивне зобов'язання держави за п.1 ст. 6 ЄКПЛ полягає в організації системи виконання рішень, ефективної як теоретично, так і на практиці, і здійснення їх виконання без необґрунтованих затримок[2]. Відповідальність держави існує у випадку, коли порушення одного з прав і свобод, передбачених ЄКПЛ, викликане недотриманням державою обов'язків, закріплених у ст. 1 щодо забезпечення збереження цих прав та свобод на національному рівні для кожного, хто перебуває під їхньою юрисдикцією. Ситуація, коли орган, якому делеговано державою виконувати судові рішення, користується виключними повноваженнями у своїй діяльності, яка, зокрема, не є предметом будь-якого ефективного судового чи адміністративного контролю, то вона (діяльність) не є сумісною зі ст. 6 у поєднанні зі ст. 1 Протоколу №1 до ЄКПЛ[3].

Контроль за виконанням судових рішень можна поділити на судовий, що здійснюється судами, та адміністративний, що здійснюється несудовими державними органами. Однак найбільш дієвим та ефективним в літературі все ж таки є судовий контроль[4]. У літературі його зазвичай поділяють на попередній та наступний (подальший). Під попереднім розуміється обов'язкове

[1] Хесс Б. Системы принудительного исполнения. Исполнительное производство: традиции и реформы. пер. с англ. под ред. Р. Ван Рее и др. М. : Инфотропик Медиа, 2011. С. 67-68.

[2] Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Носаль проти України». *Офіційний вісник України.* 2006. № 13. С. 485.

[3] Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Сичов проти України». *Офіційний вісник України.* 2006. № 9. С. 265.

[4] Якимчук С.О. Щодо питання захисту прав стягувача у виконавчому провадженні. Методологія дослідження проблем цивільного права та процесу : матеріали наук.-практ. конф., присв. пам'яті О.А. Пушкіна. Харків : Харківський нац. ун-т внутр. справ, 2012. с.407-409.

судове санкціонування діяльності органів примусового виконання шляхом винесення на прохання заінтересованих осіб судових ухвал, на підставі яких органи примусового виконання здійснюють, змінюють чи припиняють дії щодо провадження примусового виконання. Наступний (подальший) судовий контроль полягає у перегляді дій (бездіяльності), які орган примусового виконання вже здійснив або повинен був здійснити, шляхом розгляду скарг на рішення, дії чи бездіяльність цих органів[1]. Окремі автори виділяють також й інші форми судового контролю: оскарження законності та обґрунтованості постанов суду щодо питань, які виникають у процесі виконання, яке практично не відрізняється від звичайного провадження справ в апеляційній або касаційній інстанції[2]. Когорта вчених дотримується іншої класифікації судового контролю, поділяючи його на прямий (безпосередній), до якого належить діяльність судів щодо розгляду заяв про оспорювання постанов посадових осіб виконавчої служби, їхніх дій, бездіяльності; непрямий (опосередкований), що виявляється на різних етапах судової діяльності та діяльності щодо виконання судових актів: визначення порядку та строків виконання судового рішення, застосування заходів щодо забезпечення виконання, відтермінування та розтермінування виконання, видача виконавчого документа, дубліката виконавчого листа або судового наказу, зміна способу та порядку виконання судового рішення тощо[3]; вторинний (апеляційне чи касаційне оскарження ухвал суду, постановлених з питань, які виникли на стадії судового виконання), об'єктом якого є діяльність суду щодо здійснення повноважень, які складають його виключну компетенцію у виконавчому провадженні[4]. Однак як основний, загальний для всіх суб'єктів виконавчого провадження способу захисту прав розглядається саме наступний (подальший, прямий) судовий контроль, під час якого оскаржуються рішення, дії чи бездіяльність державного чи приватного виконавця[5]. Останній поруч з адміністративним закріплений у чинному законодавстві України (ст.74 Закону

[1] Верба О. Попередній та подальший судовий захист у виконавчому провадженні за законодавством України та Польщі. Проблеми державотворення і захисту прав людини в Україні : мат-ли XIV регіон. наук.-практ. конф., (06 лютого 2008 р.). Львів : Юрид. фак-тет Львів. нац. ун-ту ім. І. Франка, 2008. С. 375.

[2] Якимчук С.О. Ефективність виконання судових рішень. Проблеми законності: зб. наук. пр. Харків, 2012. Вип. 120. С. 296-305.

[3] Якимчук С.О. Ефективність виконання судових рішень. Проблеми законності: зб. наук. пр. Харків, 2012. Вип. 120. С. 296-305.

[4] Хотинська О. З. Форми судового контролю за виконання рішень судів в Україні: критерії та проблеми їх розмежування. Вісник Академії адвокатури України. 2006. Вип. 5. С. 57-58.

[5] Якимчук С.О. Щодо питання захисту прав стягувача у виконавчому провадженні. Методологія дослідження проблем цивільного права та процесу: матеріали наук.-практ. конф., присв. пам'яті О.А. Пушкіна. Харків : Харківський нац. ун-т внутр. справ, 2012. с.407-409.

України «Про виконавче провадження»). Порядок розгляду таких скарг регулюється розділом VII ст.ст. 447–453 ЦПК України, розділом VI ст.ст. 339–345 ГПК України, ст. 382 КАС України.

Оцінюючи вищезазначений захід у контексті захисту прав стягувача, необхідно обов'язково враховувати, хто виступає боржником: чи то приватна особа, чи то орган державної влади, державне підприємство чи установа. Так, ЄСПЛ виходить з того, що держава не може бути відповідальною за відсутність коштів у приватної компанії, і її відповідальність поширюється не далі як на дії державних органів під час виконавчого провадження. Українське законодавство забезпечує можливість оскаржити до судів незаконність дій чи бездіяльності державної виконавчої служби чи приватних виконавців у виконавчих провадженнях та вимагати відшкодування за затримки у виплаті присуджених сум. Якщо заявники не скаржились до національних судів на бездіяльність виконавчої служби чи приватних виконавців та не вимагали відшкодування за бездіяльність виконавців, вони не можуть вважатися такими, що вичерпали національні засоби правового захисту, до яких вони мали доступ згідно з українським законодавством[1]. З наведеного випливає, що судовий контроль за діями державних та приватних виконавців у разі, якщо боржниками виступають приватні особи, може розглядатися як спосіб захисту прав стягувача, ефективність якого не заперечується. Натомість ЄСПЛ виходить з того, що такий захід не може розглядатися як ефективний засіб правового захисту, якщо боржником виступає держава або державне підприємство. Так, судове оскарження бездіяльності органу-боржника може забезпечити винесення декларативного рішення, що нагадує те, що в будь-якому випадку є очевидним з первісного рішення, а саме про обов'язок держави погасити заборгованість, яка існує. Що стосується можливості винесення рішення про поновлення прав та зобов'язання усунути допущені порушення прав і свобод особи або перешкод щодо їх здійснення, то це нове рішення не наближує заявника до мети, тобто до реальної виплати присудженої суми[2].

Так, стаття 1173 ЦК закріплює, що шкода, завдана фізичній або юридичній особі незаконними рішеннями, дією чи бездіяльністю органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування при здійсненні ними своїх повноважень, відшкодовується державою, Автономною Республікою Крим або органом місцевого самоврядування, незалежно від вини цих органів. Слід відмітити, що ЄСПЛ, оцінюючи такого

[1] Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Макаренко проти України». *Офіційний вісник України*. 2007. № 36. С. 60.

[2] С. О. Якимчук Захист прав, свобод та інтересів боржника під час виконання рішень суду в цивільних справах. Нові вектори розвитку демократії та інститутів держави і права. Київ, 2015. 244с.

роду позови, не заперечує їхню ефективність як засобу правового захисту у випадку, якщо боржником виступає приватна особа, однак підкреслює, що в тому випадку, якщо невиконання судових рішень викликане не порушеннями з боку державних виконавців, а відсутністю грошових коштів на рахунках державних органів, підприємств або установ, такий позов не покращує перспективи заявників отримати присуджене, отже, не є ефективним засобом правового захисту проти невиконання рішення суду[1]. Крім того, аналіз рішень ЄСПЛ дає можливість зробити висновок, що за допомогою таких позовів гарантовано можна вимагати відшкодування лише матеріальних збитків, але не моральної шкоди, перспективи стягнення якої повністю залежать від встановлення вини органу державної влади, що є непридатним у справах про невиконання рішень державою. Це випливає і зі ст. 1167 ЦК, яка передбачає, що моральна шкода, завдана фізичній або юридичній особі неправомірними рішеннями, діями чи бездіяльністю, відшкодовується особою, яка її завдала, за наявності її вини, крім випадків, встановлених частиною другою цієї статті. Моральна шкода відшкодовується, незалежно від вини органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим, органу місцевого самоврядування, фізичної або юридичної особи, яка її завдала: якщо шкода завдана каліцтвом, іншим ушкодженням здоров'я або смертю фізичної особи внаслідок дії джерела підвищеної небезпеки; якщо шкоди завдано фізичній особі внаслідок її незаконного засудження, незаконного притягнення до кримінальної відповідальності, незаконного застосування як запобіжного заходу тримання під вартою або підписки про невиїзд, незаконного затримання, незаконного накладення адміністративного стягнення у вигляді арешту або виправних робіт; в інших випадках, встановлених законом. Однак на сьогодні жоден законодавчий акт не передбачає, що моральна шкода, спричинена несвоєчасним виконанням чи невиконанням судових рішень, відшкодовується, незалежно від вини органу державної виконавчої служби.

У тому випадку, якщо боржник зловживає своїми процесуальними правами та не виконує судове рішення, він притягається до відповідальності у вигляді штрафу в разі невиконання без поважних причин у встановлений виконавцем строк рішення, що зобов'язує його вчинити певні дії та рішення про поновлення на роботі (ст. 75 Закону України «Про виконавче провадження»), тимчасового обмеження боржника-фізичної особи або керівника боржника-юридичної особи у праві виїзду за межі України (ст. 441 ЦПК), адміністративної (188-13 КУпАП) та кримінальної відповідальності (ст.ст. 164, 165, 342, 343, 382 КК). Однак застосування вищезазначених заходів поширюється

[1] Якимчук С.О. Ефективність виконання судових рішень. Проблеми законності: зб. наук. пр. Харків, 2012. Вип. 120. С. 296-305.

більше на боржників-приватних осіб, жодним чином не залежить від стягувача, має більш стимулюючий характер та не сприяє підвищенню ефективності виконання судових рішень, що підтверджується статистичною інформацією. Наведене, на наш погляд, вимагає розроблення додаткових важелів впливу на поведінку боржника, які одночасно зможуть виступати й безпосередньо способами захисту прав стягувача.

У наукових колах у свій час пропонувалося стягувати з недобросовісного боржника додаткову шкоду, яка виникає в період після винесення судового акта і до моменту його фактичного виконання. При цьому зазначалося, що навряд чи в подібних випадках є необхідність у порушенні нової справи та її повторного розгляду судом. Такі вимоги про відшкодування додаткової шкоди, що виникає внаслідок затримки боржником реального виконання виконавчих документів, мають практично безспірний характер, оскільки засновані на тотожному фактичному складі. У таких випадках стягувач повинен мати право звернутися до судді із заявою про видачу виконавчого листа на додаткове стягнення відповідних сум, надавши підтверджуючі затримку виконання документи[1]. З такою пропозицією навряд чи можна погодитися, оскільки такі вимоги не можна розглядати як безспірні. Звісно, факт несвоєчасного виконання судового рішення може розглядатися як безспірний, однак інші обставини — несвоєчасне виконання судового рішення, спричинення шкоди, її розмір, причинно-наслідковий зв'язок між несвоєчасним виконанням судового рішення та шкодою підлягають доведенню, тобто предмет доказування в таких справах є зовсім іншим та вони не можуть розглядатися в спрощеному порядку.

У зв'язку з наведеним, на наш погляд, більш цікавим способом захисту інтересів стягувача є стягнення пені за несвоєчасне виконання судових рішень, відомий процесуальному законодавству Франції та деяких інших країн (Греція, Польща, Португалія, Німеччина тощо) і який має назву астрент. Його сутність полягає в тому, що боржник зобов'язаний, крім суми основного боргу, сплатити пеню, сума якої буде підвищуватися кожен день до моменту повного виконання покладених на боржника обов'язків. Астрент може застосовуватися як санкція за затримку виконання в днях, тижнях або місяцях. Він нараховується, окрім збитків, які може понести стягувач внаслідок затримки виконання, та не покриває їх[2]. Крім того, в деяких країнах стягнення процентів відбувається не з боржника, а з осіб, які за законом зобов'язані виконувати

[1] Якимчук С.О. Щодо питання захисту прав стягувача у виконавчому провадженні. Методологія дослідження проблем цивільного права та процесу : матеріали наук.-практ. конф., присв. пам'яті О.А. Пушкіна. Харків : Харківський нац. ун-т внутр. справ, 2012. с.407-409.

[2] Якимчук С.О. Ефективність виконання судових рішень. Проблеми законності : зб. наук. пр. Харків, 2012. Вип. 120. С. 296-305.

рішення у справах про стягнення аліментів, що виплачують боржнику заробітну плату, пенсію, стипендію та інші періодичні платежі, у випадку, якщо ці платежі утримані, але не перераховані стягувачу[1].

Вбачається, що стягнення пені як стимулюючий фінансовий важель впливу на поведінку боржника й одночасно спосіб захисту прав стягувача може бути запозичений для виконавчого провадження України. При цьому, якщо мова йде про виконання майнових зобов'язань, разом зі стягненням пені, на наш погляд, можна також застосовувати відповідальність, передбачену ч. 2 ст. 625 ЦК, згідно із якою боржник зобов'язаний сплатити суму боргу з врахуванням встановленого індексу інфляції за весь час протермінування, а також три відсотки річних від протермінованої суми. Для обчислення розміру пені можна застосовувати подвійну облікову ставку Національного банку України, яка діяла в період, за який стягується пеня, від розміру своєчасно невиконаного майнового зобов'язання[2] або її розмір може бути визначений певною грошовою сумою, особливо якщо мова йде про невиконання вимоги немайнового характеру. Для впровадження цього способу захисту прав стягувача, на наш погляд, необхідно доповнити Закон України «Про виконавче провадження» статтею такого змісту: «У разі невиконання боржником рішення майнового характеру у строк, встановлений частиною 6 статті 26 цього Закону для самостійного його виконання, постановою державного виконавця з боржника на користь стягувача стягується пеня в розмірі подвійної облікової ставки Національного Банку України, яка діяла у період, за який стягується пеня, від суми, що підлягає стягненню, або вартості майна боржника, що підлягає передачі стягувачу за виконавчим документом. Сума боргу підлягає стягненню з урахуванням встановленого індексу інфляції за весь час протермінування, а також три відсотки річних від протермінованої суми. У разі невиконання боржником у той самий строк рішення немайнового характеру постановою державного виконавця на користь стягувача стягується пеня в розмірі ... грн. за весь час протермінування».

З огляду на дотримання принципу диспозитивності, який притаманний виконавчому провадженню, вищезазначені заходи мають застосовуватися лише за бажанням стягувача, про що він має зазначити в заяві про відкриття виконавчого провадження. Крім того, про можливість застосування такої відповідальності боржник має попереджатися в постанові про відкриття провадження у справі. У тому випадку, якщо боржник не виконав судове рішення внаслідок неправомірних дій з боку державного чи приватного виконавця,

[1] Якимчук С.О. Захист прав, свобод та інтересів боржника під час виконання рішень суду у цивільних справах. Нові вектори розвитку демократії та інститутів держави і права. Київ, 2015. 244с.

[2] Наведений спосіб обчислення пені закріплювався, наприклад, у Законі України «Про відповідальність за несвоєчасне виконання грошових зобов'язань» № 543/96-ВР від 22.11.96 р. [Див. : 425].

наприклад, несвоєчасне винесення постанови про відкриття провадження у справі, ненаправлення його боржнику тощо, вищезазначені фінансові санкції мають покладатися на державного чи приватного виконавця та стягуватися в порядку, передбаченому Законом України «Про виконавче провадження» разом зі збитками, спричиненими стягувачу.

В італійському цивільному процесі, з метою захисту прав стягувача, існує процедура «сурогатного» виконання, яка застосовується щодо зобов'язуючих та забороняючих наказів. Її сутність полягає в тому, що сторона, на користь якої ухвалено рішення, може попросити суддю призначити як «заміну» боржника яку-небудь особу, що може діяти та виконувати зобов'язання замість нього. Ця процедура не застосовується в тих випадках, коли наказ, що підлягає виконанню, зобов'язує вчинити яку-небудь дію (або утриматися від неї) саме боржника, а не будь-яку третю особу[1]. Однак можливість її запозичення та вдалого впровадження у виконавче провадження України уявляється сумнівною, оскільки за своєю суттю порушує вимоги щодо суб'єктивних меж законної сили судового рішення. Вбачається, що заміна боржника іншою особою у виконавчому провадженні може відбуватися лише за згодою обох сторін та особи, яка буде заміщати боржника, в порядку процесуального правонаступництва (ч. 5 ст. 15 Закону України «Про виконавче провадження»).

Нідерландському цивільному процесу відомий такий засіб примусового виконання судових рішень як цивільний арешт. Він характеризується такими ознаками: позбавлення свободи боржника; за вимогою стягувача або стягувачів; за рахунок стягувача; у випадку невиконання цивільних зобов'язань, які мають бути виражені в судовому рішенні; на встановлений законом строк або до того моменту, доки зобов'язання не буде виконано. Його застосування можливе лише в трьох категоріях справ: у справах, в яких суд у своїй постанові приписує боржнику утриматися від здійснення певних дій; у справах, в яких лише боржник зобов'язаний вчинити певну дію (передати документи, предмети, інформацію або навіть дітей), однак він це не робить; у справах, де мають місце настільки термінові рішення, що будь-яка затримка у виконанні неприпустима, наприклад, аліментні платежі. Цивільний арешт не застосовується, якщо за допомогою інших засобів примусового виконання можна досягти такого самого результату в ті ж строки; такий радикальний захід, як цивільний арешт, не відповідає інтересам стягувача; або боржник не в змозі виконати рішення[2]. Доцільність запозичення цього засобу сумнівна, оскільки

[1] Сильвестри Э. «Дьявол кроется в мелочах»: замечания по поводу итальянского исполнительного производства. Исполнительное производство: традиции и реформы : пер. с англ. / под ред. Р. Ван Рее и др. Инфотропик Медиа, 2011. С. 255.

[2] Б. Ассинк. Гражданский арест как средство принудительного исполнения судебных решений по гражданским делам: пережиток или необходимость. Исполнительное производство: традиции и реформы : пер. с англ. под ред. Р. Ван Рее и др. Инфотропик Медиа, 2011. С. 351-364.

можливість його застосування поступово скасовується в тих країнах, де він існував (Франція, Англія, Німеччина), крім того, є непоодинокі випадки зловживання з боку боржника, а також очевидної неефективності у випадку відсутності в боржника можливості виконати судове рішення.

Як випливає з рішень ЄСПЛ, дуже часто несвоєчасне виконання чи невиконання судових рішень має місце в тому випадку, коли боржником виступає державний орган, державне підприємство або юридична особа, примусова реалізація майна якої забороняється відповідно до законодавства, до яких заходи примусового виконання, встановлені чинним законодавством України, не можуть бути застосовані. Більш того, ЄСПЛ у своїх рішеннях неодноразово зазначав, що держава несе відповідальність за виконання остаточних рішень, якщо чинники, які затримують чи перешкоджають їхньому повному й вчасному виконанню перебувають у межах контролю органів влади. Наприклад, якщо мова йде про необхідність передбачити асигнування на відповідні видатки Державного бюджету України шляхом здійснення відповідних законодавчих заходів[1]. Крім того, несумісною з п. 1 ст. 6 ЄКПЛ є ситуація, коли чинне законодавство надає можливість суду заборонити стягнення усіх боргів з боржника, і останній отримує імунітет від відповідальності за затримки у виконанні своїх зобов'язань за тривалість цих проваджень або є заборона на відчуження майна державних підприємств для виплати їхніх заборгованостей. При цьому законодавство не надає стягувачу, такому як заявник, чи державному виконавцю жодної можливості оскаржити такі обмеження у випадку їх довільного чи незаконного застосування, ініціювати скасування закону або зобов'язати державу внести зміни в закони про бюджет, пред'явити позов про відшкодування шкоди за затримки у виконанні, спричинені такими обмеженнями[2]. Щодо цього Комітетом міністрів Ради Європи навіть були прийняті проміжні резолюції CM/ResDH(2008) 1 щодо виконання рішень Європейського суду з прав людини у 232 справах щодо України, які стосуються невиконання або суттєвих затримок у виконанні остаточних рішень національних судів, винесених проти держави та підпорядкованих їй суб'єктів, а також відсутності ефективного засобу юридичного захисту, а також CM/Del/Dec(2009) 159 щодо 324 аналогічних справ проти України. Європейський суд з прав людини також прийняв пілотне рішення проти України у справі «Іванов проти України» від 15.10.2009 р., яким зобов'язав державу вирішити системну проблему невиконання рішень суду шляхом введення відповідного засобу правового захисту права особи на виконання судового рішення в розумний строк.

[1] Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Войтенко проти України». Офіційний вісник України. 2004. № 44. С. 413.

[2] Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Сокур проти України». Офіційний вісник України. 2005. № 33. С. 258.

З боку України на виконання цього пілотного рішення було прийнято Закон України «Про гарантії держави щодо виконання судових рішень» від 05.06.2012 р.[1]. Відповідно до цього Закону держава гарантує виконання рішення суду про стягнення коштів та зобов'язана вчинити певні дії щодо майна, боржником за яким є державний орган, державні підприємство, установа, організація, юридична особа, примусова реалізація майна якої забороняється відповідно до законодавства. Виконання рішень суду про стягнення коштів, боржником за якими є державний орган, здійснюється центральним органом виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері казначейського обслуговування бюджетних коштів, у межах відповідних бюджетних призначень шляхом списання коштів з рахунків такого державного органу, а в разі відсутності в зазначеного державного органу відповідних призначень — за рахунок коштів, передбачених за бюджетною програмою для забезпечення виконання рішень суду.

У разі, якщо рішення суду про стягнення коштів з державного підприємства або юридичної особи не виконано протягом шести місяців з дня винесення постанови про відкриття провадження, його виконання здійснюється за рахунок коштів, передбачених бюджетною програмою для забезпечення виконання рішень суду. У цьому випадку перерахування коштів здійснюється центральним органом виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері казначейського обслуговування бюджетних коштів у тримісячний строк з дня надходження документів та відомостей, необхідних для цього. У разі якщо центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері казначейського обслуговування бюджетних коштів протягом трьох місяців не перерахував кошти за рішенням суду про стягнення коштів, стягувачу виплачується компенсація в розмірі трьох відсотків річних від несплаченої суми за рахунок коштів, передбачених за бюджетною програмою для забезпечення виконання рішень суду. Компенсація за порушення строку перерахування коштів за рішенням суду про стягнення коштів з державного органу нараховується центральним органом виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері казначейського обслуговування бюджетних коштів. У разі, якщо кошти за рішенням суду не перераховані стягувачу з відповідного рахунку центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері казначейського обслуговування бюджетних коштів протягом десяти днів з дня надходження всіх необхідних для цього документів та відомостей, стягувачу виплачується компенсація в розмірі, встановленому частиною першою статті 5 вищезазначеного Закону, за

[1] Закон України «Про гарантії держави щодо виконання судових рішень» від 05.06.2012 р. № 4901-VI. Відомості Верховної Ради (ВВР). 2013, № 17, ст.158.

рахунок коштів, передбачених за бюджетною програмою для забезпечення виконання рішень суду.

На нашу думку, з одного боку, цей Закон, закріплюючи безпосередньо механізм виконання судових рішень щодо державних підприємств, юридичних осіб, примусова реалізація майна яких забороняється відповідно до законодавства, врегулював питання, яке зовсім не було врегульовано в чинному законодавстві. Однак, з іншого боку, він має суттєві недоліки, зважаючи на вимоги практики ЄСПЛ стосовно п.1 ст. 6 та ст.13 Конвенції щодо розумності строків. Встановлюючи для виконання судових рішень за рахунок коштів, передбачених бюджетною програмою виконання судових рішень, строк у три місяці, не враховуються реальні можливості передбачити в державному бюджеті достатньо коштів для погашення заборгованості за судовими рішеннями. Тим більше, що ЄСПЛ не прив'язується до якихось конкретних строків, закріплюючи, що вони мають бути розумними, а також виходить з того, що за певних обставин затримка з виконанням судового рішення може бути виправдано, але затримка не може бути такою, що зводить нанівець сутність гарантованого п.1 ст. 6 ЄКПЛ права[1]. Недоліком цього Закону також є те, що можливість звернення стягувача до суду з метою отримання компенсації в разі ненарахування коштів центральним органом виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері казначейського обслуговування бюджетних коштів, не передбачена, що унеможливлює стягнення компенсації в судовому порядку, що не можна визнати ефективним. Крім того, розмір компенсації, закріплений у законі, є нерозумним порівняно з розміром відшкодувань, призначених Європейським судом з прав людини в аналогічних справах. Однак вимога щодо того, що розмір відшкодування не повинен бути нерозумним порівняно з розміром відшкодувань, призначених ЄСПЛ в аналогічних справах, є одним з критеріїв, за яким ЄСПЛ перевіряє ефективність компенсаторного засобу юридичного захисту щодо надмірно тривалих судових проваджень[2]. За таких умов цей засіб правового захисту можна визнати лише проміжним етапом на шляху до запровадження ефективного засобу правового захисту права на виконання судового рішення в розумний строк.

Враховуючи наведене, на цьому етапі має бути закріплено право на отримання компенсації в разі порушення розумного строку виконання судових рішень у судовому порядку. Для цього на рівні чинного законодавства необхідно закріпити норму такого змісту: «Стягувачі, право на виконання судових

[1] Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Шмалько проти України». *Офіційний вісник України.* 2004. № 47. Ст. 3150.

[2] Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Юрій Миколайович Іванов проти України». *Офіційний вісник України.* 2010. № 13. С. 120.

рішень щодо державних органів, державних підприємств, юридичних осіб, примусова реалізація майна яких забороняється відповідно до законодавства, протягом розумного строку було порушено, мають право звернутися до суду з позовом про присудження компенсації за таке порушення в порядку, встановленому чинним законодавством України». Такі позови мають подаватися до судів, які видали виконавчі документи, тобто до судів загальної юрисдикції, господарських або адміністративних судів. Відповідачем у таких справах має виступати центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері казначейського обслуговування бюджетних коштів, якщо не виконано або несвоєчасно виконано судове рішення щодо державного органу, або центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері казначейського обслуговування бюджетних коштів разом з відповідною державною виконавчою службою, якщо не виконано або несвоєчасно виконано судове рішення щодо державного підприємства або юридичної особи, примусова реалізація майна якої забороняється відповідно до законодавства. Під час розгляду справи суд встановлює, чи було порушено розумний строк виконання судового рішення з врахуванням критеріїв, вироблених ЄСПЛ.

З метою захисту прав та інтересів держави, необхідно обмежити строк для пред'явлення вищезазначених позовів про стягнення компенсації, наприклад, трьома роками з моменту закінчення граничного строку, в який виконавчий документ мав бути виконаний центральним органом виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері казначейського обслуговування бюджетних коштів. Такий запобіжник зменшить можливі зловживання з боку стягувачів. Порушення строків позовної давності має призводити до ухвалення рішення про відмову в задоволенні позову. На рівні чинного законодавства доцільно встановити межі такої компенсації, тобто її мінімальний та максимальний розмір. Крім того, в контексті захисту інтересів держави можна позитивно оцінити ст. 6 Закону України «Про гарантії держави щодо виконання судових рішень», у якій передбачається, що центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері казначейського обслуговування бюджетних коштів, звертається до суду з позовами про відшкодування збитків, завданих державному бюджету, до відповідного державного органу, державного підприємства чи юридичної особи, примусова реалізація майна якої забороняється відповідно до законодавства, які у майбутньому можуть пред'явити зворотну вимогу (регрес) до посадових, службових осіб, винних у завданні збитків.

Слід відмітити, що оскільки у виконавчому провадженні можливе зловживання процесуальними правами не лише з боку боржника, а й стягувача, то відповідно мають існувати хоча б мінімальні способи захисту прав боржника,

про що зазначалося на 24 Конференції міністрів юстиції Європи в 2001 році[1], а також у майбутньому ця вимога була закріплена в Рекомендації Rec (2003) 17 Комітету міністрів Ради Європи державам-членам щодо примусового виконання[2].

Наведене дало підстави деяким вченим виділяти принцип мінімальних стандартів правового захисту, що відображає неприпустимість заходів особистого впливу на боржника у випадку об'єктивної неможливості виконання ним вимог виконавчого документа, можливість застосування лише правового примусу, а також імунітет певних видів майна від стягнення, але лише у випадках, прямо передбачених законом. При здійсненні виконавчих дій орган виконання зобов'язаний дотримуватися та забезпечувати дотримання законних прав та інтересів сторін виконавчого провадження та інших осіб, які гарантуються законами та міжнародними угодами. Відповідно орган примусового виконання зобов'язаний дотримуватися права громадян на недоторканість приватного життя, особисту та сімейну таємницю, таємницю переписки, телефонних розмов, поштових, телеграфних та інших повідомлень. Науковці виділяють такі аспекти вищезазначеного принципу: повага честі та гідності особи й недоторканність особи боржника та звільнення майна боржника від стягнення (майновий імунітет). Існує така думка, що у виконавчому провадженні мають діяти правила про мінімальні гарантії прав боржника, які повинні знаходитися в балансі з дотриманням прав стягувача, з метою досягнення цілей виконавчого провадження як кінцевого етапу здійснення правосуддя[3]. Розкриваючи зміст запропонованого принципу, зазначається, що мають враховуватися такі фактори:

1. Баланс інтересів стягувача та боржника за приватними стягненнями полягає, з одного боку, в задоволенні законних та підтверджених від імені держави рішенням суду вимог, а з іншого боку, в залишенні боржнику мінімального рівня існування, здатного не залишити його за межами соціального життя.

2. Водночас зайвий перекіс гарантій на бік боржників буде позбавляти їх заінтересованості у виконанні взятих на себе зобов'язань та, навпаки, буде спричиняти шкоду стягувачу.

3. В умовах, коли здійснення підприємницької діяльності та наявність самого статусу індивідуального підприємця за законодавством формально

[1] Якимчук С.О. Захист прав, свобод та інтересів боржника під час виконання рішень суду у цивільних справах. Нові вектори розвитку демократії та інститутів держави і права. Київ, 2015. 244с.

[2] Рекомендация Комитета министров Совета Европы № Rec (2003) 17 о принудительном исполнении, принятая 09.09.2003 г. URL : https://zakononline.com.ua/documents/show/228579___228644

[3] Якимчук С.О. Захист прав, свобод та інтересів боржника під час виконання рішень суду у цивільних справах. Нові вектори розвитку демократії та інститутів держави і права. Київ, 2015. 244с.

пов'язується зі спеціальною реєстрацією, розповсюдження майнових імунітетів на майно, яке не використовується для таких цілей, сприяє ухиленню боржників від стягнення.

4. При визначенні майнових імунітетів мають братися до уваги не так як статус особи, а, перш за все, кількісні та якісні характеристики майна, якому законодавець передбачає надати особливий статус та звільнити від стягнення. Законодавець повинен прагнути до того, щоб забезпечити боржнику та непрацюючим з поважної причини членам його сім'ї мінімальний прожитковий рівень, прийнятий у цьому регіоні, але не більше того, оскільки обмеження прав боржника пов'язано зі здійсненням законних та підтверджених судом прав стягувача.

5. Цільове призначення майна не може слугувати вирішальною обставиною, що визначає можливість розповсюдження стосовно нього майнового імунітету. Головним може бути надання мінімального рівня існування, прийнятого в цьому регіоні[1].

Слід відмітити, що така вимога, як звільнення майна боржника від стягнення (майновий імунітет), що виділяється як складова вищезазначеного принципу, як один зі способів захисту інтересів боржника, відомий законодавству багатьох країн. Наприклад, у штаті Каліфорнія імунітетом від стягнення володіють домоволодіння, вартість яких складає 50000 дол. для одного власника, 75000 дол. — коли інший член домоволодіння не має інтересу у придбанні нерухомого майна, 150000 дол. — коли член домоволодіння старший 65 років, має розумові або фізичні хвороби або має невисокий рівень доходу. Імунітет щодо особистої власності захищає домашню обстановку, побутові прилади, продовольчі товари, одяг та інші особисті речі, якщо вони, звичайно, розумно необхідні для боржника та членів його родини в місці переважного проживання боржника. Закон також звільняє ювелірні вироби, сімейні реліквії та вироби мистецтва до певної вартості. До майна комерційних суб'єктів, на яке не може бути звернено стягнення, належать інструменти, інвентар, уніформа, меблі, книги, обладнання, один єдиний комерційний автомобіль, одне єдине судно та інша особиста власність. Імунітети застосовуються до певної вартості описаного вище майна і за умови, що воно використовується при веденні підприємницької діяльності, або боржником, або його подружжям. Звільнені від стягнення також поліси страхування життя, за якими не настав страховий випадок, а при його настанні сумам, що отримуються за зазначеними полісами, надається імунітет до ступеня,

[1] Якимчук С.О. Щодо питання захисту прав стягувача у виконавчому провадженні. Методологія дослідження проблем цивільного права та процесу: матеріали наук.-практ. конф., присв. пам'яті О.А. Пушкіна. Харків : Харківський нац. ун-т внутр. справ, 2012. с.407-409.

розумно необхідного для підтримки боржника, його подружжя або осіб, які перебувають на утриманні[1].

У Франції звернення стягнення на майно боржника неможливо в таких випадках: якщо майно вилучено з обігу; якщо майно входить до переліку майна, на яке не може бути звернено стягнення, встановленому законодавцем; якщо стосовно майна проголошена неможливість накладення стягнення заповідачем або дарувальником. Більш того, до Торгівельного кодексу Франції у 2003 р. було включено положення, відповідно до якого індивідуальні підприємці обмежують свій ризик, встановлюючи імунітет від звернення стягнення на об'єкт нерухомого майна, що є для них основним місцем проживання[2]. В Англії також окремі законодавчі акти передбачають підстави звільнення майна від стягнення. Так, The Courts and Legal Service Act 1990 р. встановлює майновий імунітет щодо певного майна, що належить боржнику фізичній особі, — книги, знаряддя праці, одяг тощо. При цьому враховується, що право боржника на особисте майно є його особистим правом і тому ані законодавець, ані суд не визначають верхній розмір вартості цього майна. У зв'язку з цим, боржник у випадку звернення стягнення на його майно може звернутися до суду з позовом про виключення конкретного майна з-під арешту. Забороняється звертати стягнення на майно, що використовується військовослужбовцями для несення служби; на майно та обладнання, що належить залізниці; не звертається стягнення на право інтелектуальної власності. Законом Англії «Про банки» (*The Banking act* 1987) встановлено перелік банків, рахунки в яких звільнені від накладення на них арешту[3].

У науці в контексті захисту прав боржника виділяється також принцип співмірності заходів примусового виконання та проступку боржника. Співмірність забезпечує баланс прав та інтересів сторін. Відповідно до цього принципу примусові заходи не повинні невиправдано посягати на права боржника та третіх осіб, а також неприпустимо застосування неспівмірних та недобросовісних заходів[4]. У § 803 (1) ЦПК Німеччини встановлено, що стягнення не може перевищувати суму, необхідну для задоволення потреб кредитора та покриття витрат по примусовому виконанню. Стягнення не проводиться, якщо не можна очікувати, що виручка від реалізації звернених

[1] Пайич Н. Приведение в исполнение судебных решений в Соединенных Штатах Америки. Исполнительное производство: традиции и реформы : пер. с англ. под ред. Р. Ван Рее и др. М. : Инфотропик Медиа, 2011. С. 289-290.

[2] Кузнецов Е. Н. Иммунитет от взыскания в отношении определенных видов имущества должника. Арбитражный и гражданский процесс. 2001. № 4. С. 37-44.

[3] Гладышев С. И. Исполнительное производство Англии. Лекс-Книга, 2002. С. 223.

[4] Якимчук С.О. Ефективність виконання судових рішень. Проблеми законності : зб. наук. пр. Харків, 2012. Вип. 120. С. 296-305.

до стягнення предметів перевищить витрати по примусовому виконанню[1].

У чинному законодавстві України передбачені способи захисту прав боржника, які, на наш погляд, є достатніми та можуть підпадати під визначення «мінімальних». Так, по-перше, в Законі України «Про виконавче провадження» встановлюється, що державний та приватний виконавець зобов'язаний використовувати надані йому права відповідно до закону і не допускати у своїй діяльності порушення прав та законних інтересів фізичних і юридичних осіб. При цьому Закон закріплює заходи примусового виконання судових рішень. Незважаючи на те, що їхній перелік не є вичерпним, тобто державний та приватний виконавець може використовувати інші заходи, вони мають бути чітко зазначені в судовому рішенні. Тобто, якщо захід є незаконним, особа має право оскаржити можливість його застосування, посилаючись на незаконність судового рішення. Тут визначальними виступають норми Конституції України, що закріплюють право кожного на повагу його гідності (ст. 28), свободу та особисту недоторканість (ст. 29), недоторканність житла (ст. 30), таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції (ст. 31) тощо, які унеможливлюють застосування заходів, спрямованих проти особи боржника.

По-друге, Закон України «Про виконавче провадження» закріплює так званий «майновий імунітет боржника». Закон встановлює, що не допускається звернення стягнення на майно, зазначене в переліку видів майна громадян, на яке не може бути звернуто стягнення за виконавчими документами, згідно з додатком до цього Закону (настільні речі та предмети домашнього вжитку; продукти харчування з розрахунку на три місяці тощо). Закон передбачає, що в разі, якщо сума, що підлягає стягненню за виконавчим провадженням, не перевищує 10 розмірів мінімальної заробітної плати, звернення стягнення на єдине житло боржника та земельну ділянку, на якій розташоване це житло, не здійснюється. Закон також передбачає, що звернення стягнення на будинок, квартиру, земельну ділянку, інше нерухоме майно фізичної особи проводиться в разі відсутності в боржника достатніх коштів чи рухомого майна. При цьому, в першу чергу, звертається стягнення на окрему від будинку земельну ділянку, інше приміщення, що належать боржникові. В останню чергу звертається стягнення на житловий будинок чи квартиру, в якому фактично проживає боржник. Відповідно до Закону не може бути звернено стягнення на певні кошти. Крім того, залежно від специфіки окремих суб'єктів господарювання, в законодавстві встановлені додаткові «майнові імунітети», що забезпечують їм можливість належним чином функціонувати.

[1] Гражданское процессуальное уложение Германии (Deutsche Zivilprozessordnung mit Einführungsgesetz): Вводный Закон к Гражданскому процессуальному уложению: пер. с нем. В. Бергман, введ., сост. М.: Волтерс Клувер, 2006. 288 с.

По-третє, незважаючи на те, що в законодавства України не закріплений принцип співмірності заходів примусового виконання та проступку боржника, Закон України «Про виконавче провадження» встановлює, що стягнення на майно боржника звертається в розмірі і обсязі, необхідних для виконання за виконавчим документом з урахуванням стягнення виконавчого збору, витрат, пов'язаних з організацією та проведенням виконавчих дій, штрафів, накладених на боржника під час виконавчого провадження. У разі, якщо боржник володіє майном спільно з іншими особами, стягнення звертається на його частку, що визначається судом за поданням державного чи приватного виконавця. Наведене дає можливість констатувати, що в разі, якщо державний чи приватний виконавець під час виконання судового рішення звертає стягнення на майно, вартість якого перевищує розмір заборгованості, що підлягає стягненню, його дії є неправомірними й можуть бути оскаржені.

По-четверте, боржник відповідно до Закону України «Про виконавче провадження» має право оскаржувати рішення, дії або бездіяльність державного чи приватного виконавця та інших посадових осіб у судовому порядку, тобто боржник, так само як і стягував, може скористатися таким правом.

По-п'яте, враховуючи Закон України «Про виконавче провадження», боржник, так само як і стягувач, може звернутися з позовом до державної виконавчої служби чи приватного виконавця та вимагати відшкодування збитків, завданих виконавцем під час проведення виконавчого провадження.

Узагальнюючи зазначене, можна зробити висновок, що в законодавстві, з метою захисту прав, свобод та інтересів стягувача, встановлені різні форми контролю, а також можливість пред'явлення позову про відшкодування шкоди, заподіяної юридичними особами, уповноваженими виконувати судові рішення, а також державними чи приватними виконавцями під час виконання судових рішень, однак вони не завжди відповідають критеріям ефективного засобу правового захисту в розумінні ЄСПЛ. З метою подолання ситуації, що склалася, на наш погляд, як додатковий спосіб захисту прав стягувача, а також стимулюючий захід, необхідно запровадити додаткову фінансову санкцію за несвоєчасне виконання судового рішення у вигляді стягнення пені в розмірі подвійної облікової ставки Національного Банку України, яка діяла у період, за який вона стягується, від суми, що підлягає стягненню, або вартості майна боржника, що підлягає передачі стягувачу за виконавчим документом. Сума боргу підлягає стягненню з урахуванням встановленого індексу інфляції за весь час протермінування, а також три відсотки річних від протермінованої суми. У тому випадку, якщо боржником виступає державний орган, державне підприємство або юридична особа, примусова реалізація майна якої забороняється відповідно до законодавства, стягувач повинен мати право пред'явити

позов про стягнення компенсації за невиконання чи несвоєчасне виконання судового рішення. При цьому, з метою захисту інтересів держави, строк пред'явлення таких позовів, а також мінімальний та максимальний рівень компенсації, мають бути закріплені у відповідному законі. Що стосується захисту прав, свобод та інтересів відповідача, то він, на сьогодні є достатнім.

АВТОРСЬКИЙ КОЛЕКТИВ

Анікіна Галина Володимирівна,
кандидатка юридичних наук, доцентка – підрозділ 2.7 розділу 2;
Абросімов Сергій Анатолійович,
кандидат юридичних наук – підрозділ 4.3 розділу 4;
Бабійчук Володимир Миколайович,
доктор філософії з права – підрозділ 3.4 розділу 3;
Бліхар Марія Миронівна,
докторка юридичних наук, професорка – підрозділ 1.1 розділу 1 (у співавторстві з Омельчуком О. М., доктором юридичних наук, професором, заслуженим юристом України);
Васильєв Владислав Віталійович,
кандидат юридичних наук – підрозділ 2.5 розділу 2;
Ватрас Володимир Антонович
доктор юридичних наук, професор, заслужений юрист України – підрозділ 2.8 розділу 2;
Гаріївська Мирослава Богданівна,
кандидатка юридичних наук, доцентка – підрозділ 4.7 розділу 4;
Гринько Світлана Дмитрівна,
докторка юридичних наук, професорка, заслужена юристка України – підрозділи 3.1, 3.2 розділу 3; підрозділ 3.3 розділу 3 (у співавторстві з Завадською О. П., кандидаткою юридичних наук);
Гринько Руслан Віталійович,
кандидат юридичних наук, доцент – підрозділ 4.2 розділу 4;
Грицишина Лариса Валеріївна,
докторка філософії з права – підрозділ 1.4 розділу 1;
Завадська Ольга Петрівна,
кандидатка юридичних наук – підрозділ 3.3 розділу 3 (у співавторстві з Гринько С. Д., докторкою юридичних наук, професоркою, заслуженою юристкою України);
Заверуха Сергій Володимирович,
кандидат юридичних наук – підрозділ 4.4 розділу 4;
Левицький Максим Олегович,
доктор філософії з права – підрозділ 1.2 розділу 1;
Лозінська Світлана Володимирівна,
кандидатка юридичних наук, доцентка – підрозділ 1.5 розділу 1;

АВТОРСЬКИЙ КОЛЕКТИВ

Омельчук Олег Миколайович,
доктор юридичних наук, професор, заслужений юрист України – підрозділ 1.1 розділу 1 (у співавторстві з Бліхар М. М., докторкою юридичних наук, професоркою);

Панченко Сергій Володимирович,
доктор філософії з права – підрозділ 2.2 розділу 2;

Панченко Сніжана Сергіївна,
кандидатка юридичних наук – підрозділ 2.3 розділу 2;

Погребняк Марія Володимирівна,
докторка філософії з права – підрозділ 2.6 розділу 2;

Романюк Віталія Анатоліївна,
кандидатка юридичних наук – підрозділ 4.1 розділу 4;

Ромась Марія Іванівна,
докторка філософії з права – підрозділ 2.4 розділу 2; підрозділ 4.5 розділу 4 (у співавторстві з Ромасем Д. С., доктором філософії з права);

Ромась Денис Сергійович,
доктор філософії з права – підрозділ 4.5 розділу 4 (у співавторстві з Ромась М. І., докторкою філософії з права);

Самбір Ольга Євгенівна,
кандидатка юридичних наук – розділ підрозділ 1.3 розділу 1;

Трач Оксана Михайлівна,
кандидатка юридичних наук, доцентка – підрозділ 4.8 розділу 4;

Черняк Олена Юріївна,
кандидатка юридичних наук, професорка – підрозділ 2.1 розділу 2;

Чорна Жанна Леонтіївна,
кандидатка юридичних наук, доцентка – підрозділ 4.6 розділу 4.

Якимчук Світлана Олексіївна,
кандидатка юридичних наук, доцентка – підрозділ 4.9 розділу 4.

Наукове видання

ТЕНДЕНЦІЇ СТАНОВЛЕННЯ ТА РОЗВИТКУ ЗОБОВ'ЯЗАЛЬНОГО ПРАВА

Упорядник — Оксана ТРАЧ.
Коректор — Ольга ПОДОЛЯНЧУК.
Верстка та дизайн — Лілія МАСЛОВСЬКА.

Підписано до друку 00.06.2024 р.
Папір офсетний. Друк .
Формат 70×100 1/16. Ум. друк. арк. 42,1. Зам. №59.

Видано у Хмельницькому університеті управління та права
імені Леоніда Юзькова
29013, м. Хмельницький, вул. Героїв Майдану, буд. 8
Тел.: (0382) 71-75-91
Ел. адреса: rvv@univer.km.ua
www.univer.km.ua

Свідоцтво Державного комітету інформаційної політики,
телебачення та радіомовлення України про внесення суб'єкта
видавничої справи до Державного реєстру видавців, виготівників
і розповсюджувачів видавничої продукції
Серія ДК № 6982 від 19.11.19 р.